

- Eenheid Limburg
- Team Milieu

Omwille van het geld

een onderzoek naar het ontnemen van criminele verdiensten bij milieucriminaliteit middels de voordeelsberekening per delict

-Scriptie-

"Milieucriminaliteit gaat vaak om personen en bedrijven die geld verdienen, maar een groot deel van de kosten afwentelen op de samenleving. Bijvoorbeeld criminelen die grof geld verdienen aan de illegale handel in pesticiden, zonder te investeren in ontwikkelkosten en zonder zich te bekommeren om de gevolgen voor mens en milieu. De maatschappij is hiervan de dupe, omdat de integriteit van het maatschappelijke en economische stelsel aangetast wordt. Daarnaast kan (groot) gevaar ontstaan voor milieu en gezondheid. De strafrechtelijke onderzoeken zijn zeer divers. Bijvoorbeeld onderzoeken naar personen en bedrijven die met gevaarlijke stoffen werken terwijl ze de veiligheidscultuur niet op orde hebben met alle gevolgen van dien. Bedrijven of personen die zonder vergunning ozonlaag-afbrekende stoffen uitvoeren, die illegaal afval dumpen in andere landen, die illegale antibiotica bij dieren toepassen, die zonder beschermende maatregelen asbest verwijderen."
(Bron: www.om.nl, zoekvraag 'milieucriminaliteit')

Afstudeerproject

-Scriptie-

Auteur : W.A. Heij
Studentnummer : 1139932
E-mailadres : tonny.heij@politie.nl

Onderwijsinstelling : Zuyd Hogeschool
Opleiding : Hoger Juridische Opleiding
Afstudeerbegeleider : mr. M. Sprenkels

Opdrachtgever : L. de Vries, teamleider Team Milieu van de politie-eenheid
Limburg
Praktijkbegeleider : F. Meekels

Datum : vrijdag 20 maart 2015

Inhoudsopgave

Voorwoord

Samenvatting

1	Inleiding	1
1.1	Algemeen	1
1.2	Probleemstelling	2
1.3	Doelstelling	5
1.4	Afbakening van het onderzoek	5
1.5	Methoden van onderzoek	6
1.6	Leeswijzer	7
2	De maatregel ter ontneming van het wederrechtelijk verkregen voordeel	9
2.1	Twee-sporenstelsel	9
2.2	Achtergrond ontnemingswetgeving	9
2.3	Materiële bepaling art. 36e Sr	10
2.4	Doelstelling van de ontnemingsmaatregel	11
3	Wederrechtelijk verkregen voordeel	14
3.1	Wettelijk kader ter vaststelling wederrechtelijk verkregen voordeel	14
3.2	Berekening van wederrechtelijk verkregen voordeel bij milieudelicten	15
3.3	Voordeelberekening per delict	15
3.4	Denkmodel BOOM	16
3.5	Opbrengsten	16
3.6	Kosten	17
3.7	Kostenbesparing	18
3.8	Toerekenen wederrechtelijk verkregen voordeel	19
4	Voordeeltbegrip in de (milieu)ontnemingsrechtspraak	20
4.1	Opbrengsten -/- kosten	20
4.2	Kostenbesparing	21
4.3	Winst of kostenbesparing	22
4.4	Conclusie	23
5	Ontneming bij milieudelicten	25
5.1	Afdoening van milieudelicten	25
5.2	Transactie met afneemcomponent	25
5.3	De strafbeschikking	25
5.4	De ontnemingsschikking	26
6	Ervaringen denkmodel voordeeltberekening per delict	27
6.1	Eerste perspectief	27
6.2	Tweede perspectief	28
6.3	Derde perspectief	29
7	Conclusies en aanbevelingen	31
7.1	Conclusies	31
7.2	Aanbevelingen	32
	Nawoord	35
	Afkortingenlijst	36
	Begrippenlijst	37
	Bronnen	39

Bijlage 1: Artikel 36e Wetboek van Strafrecht	41
Bijlage 2: Lijst van geïnterviewde personen.....	43
Bijlage 3: Interviewprotocol.....	44
Bijlage 3a Interview respondent 1	45
Bijlage 3b Interview respondent 2.....	50
Bijlage 3c Interview respondent 3	57
Bijlage 3d Interview respondent 4.....	63
Bijlage 3e Interview respondent 5 en 6.....	72
Bijlage 3f Interview respondent 7.....	80
Bijlage 3g Interview respondent 8.....	87
Bijlage 4: Een eerste aanzet tot vereenvoudiging denkmodel	100

Voorwoord

In het kader van mijn deeltijd HBO-opleiding aan de Zuyd Hogeschool te Sittard, de Hoger Juridische Opleiding, ben ik op zoek gegaan naar een interessant praktisch en juridisch probleem, ten einde deze te onderzoeken voor de milieuopsporingspraktijk. Ik werk nu ruim 12 jaar bij de politie, waarvan de laatste vijf jaar als tactisch rechercheur in het domein opsporing. Bij het Interregionale Milieuteam en het Team Commuun van de Bovenregionale Recherche Zuid-Nederland, ben ik voor het eerst in aanraking gekomen met de milieuwet- en regelgeving en de ontnemingsmaatregel. Sinds november 2014, maak ik als tactisch rechercheur deel uit van het Team Milieu van de Divisie Regionale Recherche van de politie-eenheid Limburg.

Voor u ligt mijn scriptie over de ontneming van wederrechtelijk (onrechtmatig) verkregen voordeel binnen milieudelicten. Het is een actueel onderwerp, omdat de materiële bepaling van de ontnemingsmaatregel onlangs nog werd uitgebreid met een extra lid. Het gedrag van de milieucrimineel is in de meeste gevallen niet gericht op de aantasting van het milieu, maar op winnen of uitsparen van geld door niet naleving van de milieuwet- en regelgeving. De drijfveer om milieudelicten te plegen is dus veelal een financieel motief. De ontneming van wederrechtelijk verkregen voordeel is een belangrijk hulpmiddel in de bestrijding van milieucriminaliteit. Toch komt dit binnen milieudelicten nog niet voldoende uit de verf en voor verbetering vatbaar. Aan de hand van deze scriptie wordt beoogd het instrument ontneming van wederrechtelijk verkregen voordeel binnen het Team Milieu van de politie-eenheid Limburg meer op de kaart te zetten en de toepassing ervan te laten toenemen, dan wel handvatten te bieden voor het ontnemen van de met milieudelicten verdiende criminele verdiensten. Voor milieucriminaliteit geldt namelijk ook het agadium dat misdaad mag niet lonen.

Ik wil iedereen die een bijdrage heeft geleverd aan de totstandkoming van deze scriptie bedanken.

Ik hoop dat u deze scriptie met veel plezier en interesse zult lezen.

Tonny Heij,
Roermond, maart 2015.

Samenvatting

Wederrechtelijk verkregen voordeel, kortgezegd onrechtmatig verkregen winst en/of een besparing van kosten, kan op vordering van de officier van justitie bij een afzonderlijke rechterlijke beslissing aan degene die veroordeeld is wegens een strafbaar feit worden ontnomen. Alvorens een vordering aanhangig kan worden gemaakt, dient het wederrechtelijk verkregen voordeel te worden berekend. Het berekenen van wederrechtelijk verkregen voordeel bij milieudelicten kan zeer gecompliceerd zijn. Er is niet één berekeningsmethode die voor alle voorkomende milieustrafzaken opgaat. In de milieuopsporingspraktijk blijkt met enige regelmaat van probleemsituaties bij het berekenen van wederrechtelijk verkregen voordeel bij milieudelicten. De berekening kan geschieden aan de hand van een voordeelsberekening per delict, ook wel de transactieberekening genoemd, of middels een periodeberekening. De voordeelsberekening per delict kent als basis het strafbare feit waarvoor een veroordeling is uitgesproken of waarvoor voldoende aanwijzingen bestaan dat dit strafbare feit door de veroordeelde is begaan. Voor de berekening van het wederrechtelijk verkregen voordeel kan een algemene formule worden gegeven. Deze is: wederrechtelijk verkregen voordeel = opbrengsten -/- kosten (= winst) en / of kostenbesparing. Aan de hand van deze formule kan het wederrechtelijk verkregen voordeel worden berekend op grond van de modellen opbrengsten -/- kosten (= winst) en / of kostenbesparing. Door de milieuopsporingspraktijk wordt de keuze tussen genoemde modellen als problematisch ervaren. Met name de prangende vraag of het wederrechtelijk verkregen voordeel op de winst of een besparing van kosten moet worden bepaald, levert bij milieudelicten problemen op.

Door het voormalige Bureau Ontnemingswetgeving Openbaar Ministerie, is in 2013 een denkmodel voordeelsberekening per delict ontwikkeld en gepubliceerd, waarin de gebruiker een keuze kan maken tussen winst, kostenbesparing of een combinatie van beide. Volgens de stellers zou het gebruik van het denkmodel voordeelsberekening per delict moeten leiden tot de meest zuivere berekeningmethode van het wederrechtelijk verkregen voordeel bij (milieu)delicten, maar is dit ook zo?

Ten einde te onderzoeken in hoeverre het denkmodel voordeelsberekening van het wederrechtelijk verkregen voordeel per delict binnen de opsporing van milieudelicten toepasbaar is, zijn naar aanleiding van deze hoofdvraag een 7-tal deelvragen geformuleerd en deze betreffen:

1. Wat is het doel van de ontnemingsmaatregel?
2. Wat is wederrechtelijk verkregen voordeel?
3. Waaruit bestaat wederrechtelijk verkregen voordeel?
4. Welke redenering over het wederrechtelijk verkregen voordeel, bestaande uit winst, kostenbesparing of een combinatie van beide, is in de (milieu)ontnemingsrechtspraak te vinden?
5. Hoe werkt het ontnemen van voordeel binnen milieudelicten?
6. Wat zijn de ervaringen van politie en justitie met het denkmodel voor de voordeelsberekening per delict toegespitst op milieudelicten tot nu toe?
7. Welke conclusies en aanbevelingen zijn er te trekken c.q. te geven ten aanzien van de centrale vraagstelling?

Aan de hand van kwalitatieve onderzoeksmethoden, is dit onderzoek verricht. Zo zijn literatuur en jurisprudentie geanalyseerd, heeft documentenonderzoek plaatsgevonden, is de probleemstelling gepresenteerd aan de landelijke 'Werkgroep Financieel Rechercheren en milieu' en zijn interviews van experts afgenomen.

1. Doel ontnemingsmaatregel

Het doel van de ontnemingsmaatregel is puur reparatoir van aard. Ze is primair gericht op rechtsherstel, herstel van de onrechtmatige toestand op grond van het algemeen belang. De maatregel is een op de persoon gerichte sanctie. De rechter zal zich voor de vraag gesteld zien wat aan de betrokkene moet worden ontnomen, teneinde hem in de (financiële) vermogenstoestand te brengen als ware het strafbare feit niet gepleegd.

2. Wat is wederrechtelijk verkregen voordeel

De waarde waarmee het vermogen van de betrokkene als gevolg van het strafbare feit is toegenomen, is wederrechtelijk verkregen voordeel. Daartoe behoren ook de uit die vermogensvermeerdering verkregen vruchten (vervolgprofijt). Wederrechtelijk verkregen voordeel is met andere woorden op geld waardeerbaar profijt dat door het strafbare handelen is verkregen, alsmede voorwerpen die met illegale middelen zijn verkregen. Ook een besparing van kosten kan onder voordeel worden begrepen.

3. Waaruit bestaat wederrechtelijk verkregen voordeel

Wederrechtelijk verkregen voordeel kan bestaan uit opbrengsten -/- de direct aan het strafbare feit gerelateerde en daadwerkelijk gemaakte kosten (= winst) en/of de waarde waarmee het vermogen als gevolg van een besparing van kosten niet is afgenomen.

4. Redenering over het wederrechtelijk verkregen voordeel in de (milieu)ontnemingsrechtspraak

Uit de (milieu)ontnemingsrechtspraak is ter herleiden, dat het wederrechtelijk verkregen voordeel wordt vastgesteld aan de hand van de modellen opbrengsten -/- direct gerelateerde kosten en/of een besparing van kosten. Afhankelijk van de omstandigheden van het geval, kan het tijdelijk niet aanvragen van de vergunning als wederrechtelijk verkregen voordeel in de vorm van een besparing van kosten worden aangemerkt. Niet kan worden gesteld dat nooit en te nimmer de opbrengsten -/- kosten (= winst) als wederrechtelijk verkregen voordeel kan worden aangemerkt, indien sprake is van het niet tijdig aanvragen van een vergunning, dan wel het strafbare handelen nadien door het bevoegde gezag wordt gelegaliseerd.

5. Hoe werkt het ontnemen van voordeel binnen milieudelicten

De ontneming van wederrechtelijk verkregen voordeel bij milieudelicten verschilt niet van andersoortige delicten. De voordeelsberekening per delict kan en wordt het meest toegepast binnen milieudelicten, dit in tegenstelling tot de periodeberekening. Reden daarvoor is gelegen in het feit, dat bij milieudelicten veelal een administratie voorhanden is en deze concrete aanknopingspunten kan opleveren voor het strafbare feit, het genoten voordeel en de direct gerelateerde en gemaakte kosten. Bij milieudelicten kan ook een transactie met een afneemcomponent worden aangeboden. De strafbeschikking zal de transactie op termijn gaan vervangen. Daarnaast kan een ontnemingsschikking worden aangeboden door de officier van justitie. Accepteert de betrokkene het aanbod, dan vervalt, in tegenstelling tot de strafzaak, de ontnemingszaak.

6. Wat zijn de ervaringen met het denkmodel voordeelsberekening per delict, toegespitst op milieudelicten tot nu toe

Er zijn categorieën milieudelicten waarbij de bedoeling en de richting van het delict eenduidig kan worden vastgesteld. In dergelijke gevallen zal de keuze voor de wijze van de berekening van het wederrechtelijk verkregen voordeel dan ook voor de hand liggen. Bij dergelijke milieudelicten komt de prangende vraag dan niet aan de orde, of nu het wederrechtelijk verkregen voordeel aan de hand van het model opbrengsten minus kosten (= winst) en/of het model kostenbesparing moet worden berekend. Een voorbeeld daarvan is bijvoorbeeld het zich illegaal ontdoen van afvalstoffen door dumping in een natuurgebied, in plaats van zich

van de afvalstoffen te ontdoen door afgifte aan een erkende verwerker. Het te berekenen wederrechtelijk verkregen voordeel zal in een dergelijk geval veelal bestaan uit een besparing van kosten. Echter, indien de richting en de bedoeling van het milieudelict minder eenduidig is vast te stellen en aan de hand van het delict geen eenvoudige keuze kan worden gemaakt omtrent de berekening van het wederrechtelijk verkregen voordeel, dan kan worden geconcludeerd dat de opsporingsambtenaar meer zicht zal moeten hebben op de aard van het milieudelict, bezien in het licht van het bedrijfsproces. Het denkmodel wordt niet of nagenoeg niet gebruikt in de milieuopsporingspraktijk. Redenen hiervoor zijn, dat het denkmodel als complex wordt ervaren en de onderscheidingen die in het model zijn aangebracht, in de kern onrechtmatig en niet in de kern onrechtmatig, zijn juridisch gezien geen harde criteria. Daarnaast ontbreekt bij de milieurechercheur financiële kennis, zoals het kunnen lezen van een jaarrekening en het rechercheren in administraties. Financieel rechercheren is essentieel om bij (complexe) milieudelicten wederrechtelijk verkregen voordeel te kunnen berekenen.

Daarnaast kan uit het onderzoek worden geconcludeerd dat ontneming van wederrechtelijk verkregen voordeel nog te weinig als een volwaardig onderdeel van het (milieu)opsporingsonderzoek wordt gezien. Ontneming wordt nog te vaak ervaren als "iets" wat "er bij" gedaan moet worden.

7. Welke conclusies en aanbevelingen zijn er te trekken c.q. te geven ten aanzien van de centrale vraagstelling?

Naar aanleiding van het onderzoek zijn naar aanleiding van de conclusies een aantal aanbevelingen te formuleren. Deze betreffen:

- Vereenvoudiging van het denkmodel voordeelsberekening per delict.
- Voorafgaand aan het preweegdocument en projectvoorstel het denkmodel voordeelsberekening per delict raadplegen.
- Gemotiveerde onderbouwing bij afwijking van het denkmodel voordeelsberekening per delict.
- Beschrijving bedrijfsproces door een (financieel) expert.
- Onderzoek naar legalisering van de situatie.
- Ontneming van wederrechtelijk verkregen voordeel als volwaardig onderdeel van het (milieu)opsporingsonderzoek.

1 Inleiding

1.1 Algemeen

Nederland kent op milieugebied een uitgebreid vergunningenstelsel met op de achtergrond een veelomvattend stelsel van wet- en regelgeving.¹ Voor allerlei bedrijfsmatige activiteiten is een vergunning nodig om op legale wijze producten of diensten te kunnen leveren. Daarnaast verbindt het bevoegde gezag voorwaarden aan een vergunning die dienen om milieuschade zoveel mogelijk te voorkomen en te beperken. De vergunning is in veel gevallen een essentiële benodigdheid om op milieugebied te kunnen ondernemen. Zo is het zonder 'afvalstoffenvergunning' nagenoeg niet mogelijk om in de afvalwereld te acteren. Er zijn bedrijven die aan de wettelijke verplichtingen geen gehoor geven. Overtredingen van milieuregels zijn veelal aangemerkt als strafbare feiten. Het is dan aan de milieurechercheurs en milieutaakaccenthouders van de politie om milieucriminaliteit te onderzoeken. Hierbij staan ze onder gezag van een officier van justitie van het Functioneel Parket (hierna: FP). De opsporing en vervolging van milieudelicten is primair geregeld in het Wetboek van Strafvordering (hierna: Sv). De Wet op de economische delicten (hierna: WED) voorziet in aanvullende bevoegdheden omtrent economische (milieu)delicten. De strafbepalingen voor het milieustrafrecht zijn opgenomen in het Wetboek van Strafrecht (hierna: Sr) en in de WED, zij het dat in laatstgenoemde sprake is van een gelede normstelling waarbij strafbaarstelling en strafbedreiging zijn gescheiden in tegenstelling tot de materiële milieubepalingen in het Sr.

Milieucriminaliteit omvat een breed scala aan gedrag. Een belangrijke categorie betreft de vervuiling van de lucht, water en bodem. Dit kan bijvoorbeeld het gevolg zijn van illegale lozing op het oppervlaktewater of illegale dumpingen van bijvoorbeeld synthetisch drugsafval. Een tweede hoofdcategorie van milieucriminaliteit is het overtreden van regels die directe schade veroorzaken aan flora en fauna, zoals het stropen van wild of het illegaal plukken van beschermde plantensoorten. Meldingen van milieudelicten komen meestal niet vanzelf binnen. De burger ondervindt er niet direct last van. Dat een burger aangifte doet van een milieudelict komt nauwelijks voor. De werkelijke omvang van milieudelicten is daardoor moeilijk in beeld te brengen. Milieuwet- en regelgeving is zeer specifiek en er zijn allerhande internationale verdragen waar je kennis van moet hebben. Bovendien lopen bij bedrijven die milieuregels overtreden, legale en illegale werkzaamheden veelal door elkaar. Deze omstandigheid vergroot de herkenbaarheid van de gepleegde milieucriminaliteit en/of strafbare feiten niet. Wat milieucriminaliteit nog extra complex maakt is dat milieucriminelen niet stoppen bij de grens van een regio of een land, terwijl handhaving en toezicht vaak wel slechts regionaal of nationaal georganiseerd zijn. De aandacht voor het toezicht op de naleving van de milieuvoorschriften is niet in alle landen hetzelfde, maar gesteld kan worden dat Nederland milieucriminaliteit hoog op de agenda heeft staan.²

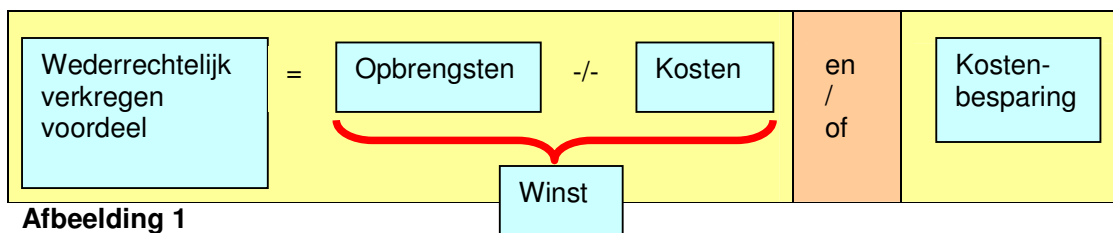
¹ Vergunningen ingevolge de Wet algemene bepalingen omgevingsrecht (Wabo) die per 01-10-2010 in werking is getreden. Voorheen viel een dergelijke aanvraag van een vergunning onder de Wet milieubeheer (Wm).

² Over de ontneming van wederrechtelijk verkregen voordeel zijn veel publicaties geschreven. Milieucriminaliteit betreft echter een niche. Zoals ik in mijn scriptie zal uitleggen, werkt het ontnemen bij milieudelicten in veel gevallen anders dan bij het commune strafrecht. Doordat ontnemen bij milieudelicten ook nog eens achterbleef in vergelijking met commune zaken (*milieucriminaliteit is al moeilijk genoeg*), zijn er om deze redenen weinig publicaties beschikbaar. Faure en De Roos zijn een van de weinigen die iets over dit onderwerp hebben geschreven (o.a. in 1997, 1998 en 2007) en dit werd geconstateerd door W. Van der Leest en G. van der Zon, toen zij enkele jaren geleden een onderzoek deden naar witwassen binnen milieucriminaliteit (publicatie *Witwasmethoden bij grensoverschrijdende milieucriminaliteit in: Justitiële verkenningen*, jrg. 38, nr. 2, 2012 *Groene Criminologie*. Den Haag: Boom Lemma uitgevers). Zij hebben toen door een gespecialiseerd onderzoekster naar (Nederlandse en buitenlandse) publicaties laten zoeken. In maart 2015 is G. van der Zon, werkzaam als milieujurist bij de landelijke eenheid, bij de gerechtelijke politie in Brussel geweest. Ook hier bleek dat wij met onze weinige Nederlandse publicaties voorop lopen.

1.2 Probleemstelling

De wet- en regelgeving op het gebied van milieu zijn complex en bewijs is vaak lastig te leveren. Gevangenisstraffen worden zelden uitgedeeld en hoge geldboetes komen ook niet vaak voor. Het opleggen van een geldboete staat vaak niet in verhouding tot het financiële gewin, waardoor de gedragsverandering niet plaatsvindt en bedrijven dit tot het normale bedrijfsrisico rekenen. Milieucriminaliteit kan veel geld opleveren. Er zijn tal van links tussen milieucriminaliteit en financieel-economische criminaliteit. Financieel-economische criminaliteit staat al jaren hoog op de agenda van het kabinet. Beide vormen van criminaliteit worden vaak bedrijfsmatig begaan en zijn in die zin vormen van organisatiecriminaliteit. Het directe verband tussen het gedrag en de milieuschade is ook vaak moeilijk aan te tonen. Het gedrag van de milieucrimineel is niet gericht op de aantasting van het milieu, maar op winnen of uitsparen van geld door het niet naleven van de milieuwet- en regelgeving. De drijfveer om milieudelicten te plegen is dus veelal een financieel motief. De ontneming van wederrechtelijk verkregen voordeel is een belangrijk hulpmiddel in de bestrijding van milieucriminaliteit en kan nog beter worden benut.

De vraag op welke wijze het wederrechtelijk verkregen voordeel bij milieudelicten moet worden berekend, wordt in de Nederlandse literatuur en jurisprudentie als problematisch ervaren.³ Het berekenen van wederrechtelijk verkregen voordeel bij milieudelicten kan zeer gecompliceerd zijn. Er is niet één berekeningsmethode die voor alle voorkomende milieustrafzaken opgaat. In de milieuopsporingspraktijk blijkt met enige regelmaat van probleemsituaties bij het berekenen van wederrechtelijk verkregen voordeel bij milieudelicten. Het voordeel kan per periode⁴ of per delict⁵ worden berekend. De voordeelberekening per delict, ook wel de transactieberekening genoemd, kent als basis het strafbare feit waarvoor een veroordeling is uitgesproken of waarvoor voldoende aanwijzingen bestaan dat dit strafbare feit door de veroordeelde is begaan.⁶ Voor de berekening kan de algemene formule worden gegeven, welke is weergegeven in afbeelding 1:



Afbeelding 1

Het wederrechtelijk verkregen voordeel kan aan de hand van deze formule worden berekend op grond van de modellen opbrengsten minus de kosten (= winst) en/of kostenbesparing. Door de milieuopsporingspraktijk wordt de keuze tussen genoemde modellen als problematisch ervaren.

³ M.G. Faure en Th.A. de Roos, *De ontneming van het wederrechtelijk verkregen voordeel in Nederlandse en Belgische milieustrafzaken*, Antwerpen: Intersentia 1997, p. 295.

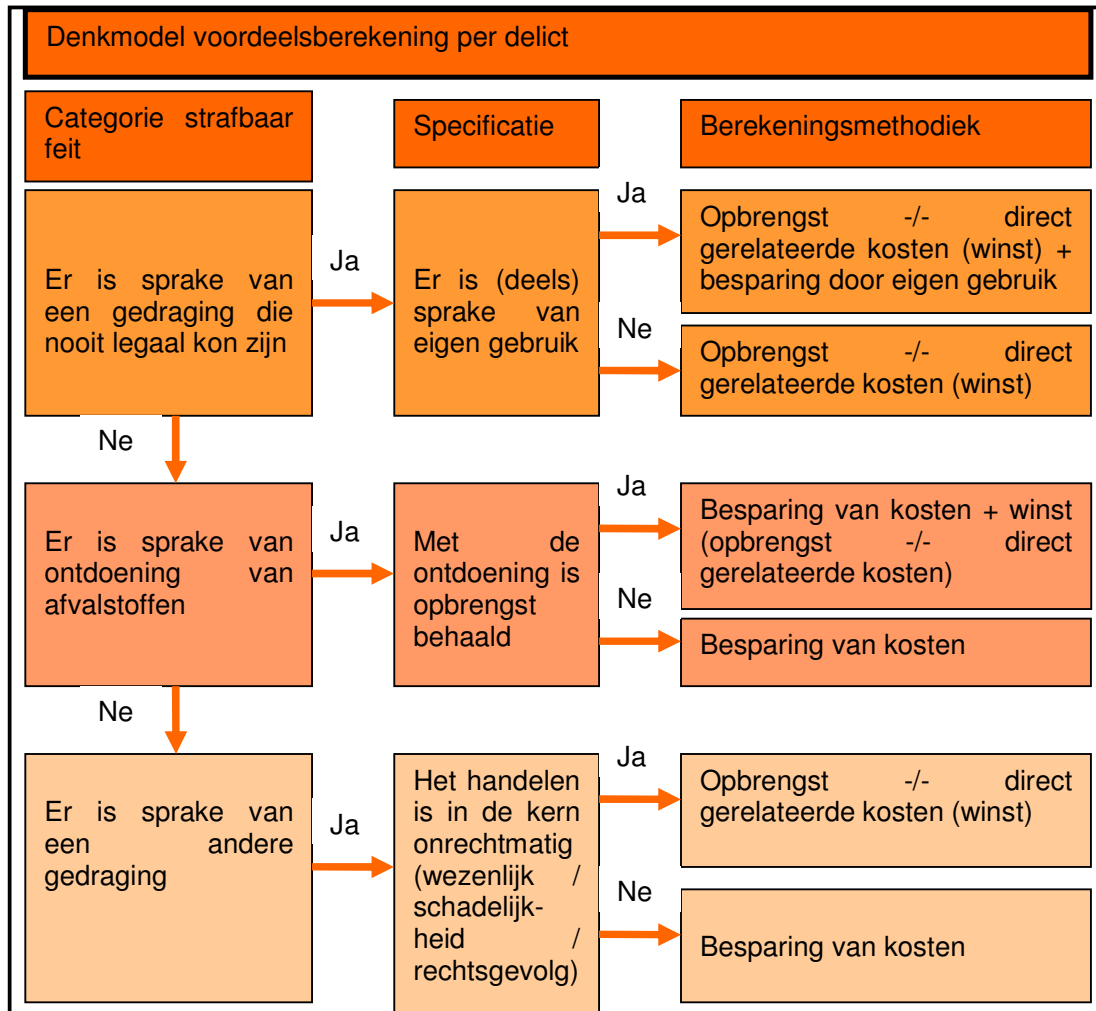
⁴ Ook wel de lid 3 berekening genoemd, art. 36e lid 3 jo. lid 1 Sr. Zie voor de volledige wettekst van art. 36e Sr Bijlage 1.

⁵ Ook wel de lid 2 berekening genoemd, art. 36e lid 2 jo. lid 1 Sr.

⁶ Art. 36e lid 2 Sr.

Denkmodel voordeelsberekening per delict

Door het voormalige BOOM⁷ is in 2013 een denkmodel voordeelsberekening per delict⁸ gepubliceerd⁹. Dit denkmodel is weergegeven in afbeelding 2.



Afbeelding 2

Uitgangspunten denkmodel

In dit denkmodel kan de gebruiker een keuze maken tussen winst, kostenbesparing of een combinatie van beide. Het denkmodel hanteert een viertal uitgangspunten. Het ten laste gelegde feit of in een later stadium bewezen feit geldt voor dit model als startpunt. Speelt het strafbare feit zich bij een onderneming met meerdere productielijnen binnen één productielijn af, dan moet het wederrechtelijk verkregen voordeel op die ene productielijn worden bepaald. Daarnaast dient het denkmodel altijd per strafbaar feit worden doorlopen en kan dit denkmodel alleen worden gebruikt voor de voordeelsberekening per delict. Aan de beantwoording van één tot twee vragen rubriceert het denkmodel het strafbare feit in één

⁷ Bureau Ontnemingswetgeving Openbaar Ministerie (BOOM) is thans geïntegreerd in het FP.

⁸ J.H. Gerrits februari 2013, *Voordeelsberekening per delict. Een keuze tussen winst, kostenbesparing, of een combinatie van beiden?*, BOOM-Nieuws 67. Hardinxveld-Giessendam: Tuijtel 2013, p. 18-25.

⁹ Afbeelding 2 behelst het schema van het denkmodel voordeelsberekening per delict. Bron: J.H. Gerrits februari 2013, *Voordeelsberekening per delict. Een keuze tussen winst, kostenbesparing, of een combinatie van beiden?*, BOOM-Nieuws 67. Hardinxveld-Giessendam: Tuijtel 2013, p. 21, 24-25.

van de categorieën: 'er is sprake van een gedraging die nooit legaal kon zijn', 'er is sprake van ontdoening van afvalstoffen' of 'er is sprake van een andere gedraging'. Indien overeenkomstig het denkmodel wordt gehandeld zou dit moeten leiden naar de juiste wijze van berekening van het wederrechtelijk verkregen voordeel per delict. In het denkmodel is de vraag of de activiteiten van de betrokkene in de kern onrechtmatig zijn leidend en in de strafzaak dient aan de hand van aanwijzingen te worden onderzocht of daar sprake van is. Kenmerken die op in de kern onrechtmatig handelen kunnen duiden, zijn volgens Gerrits dat, het handelen nooit legaal kan zijn, het handelen vanuit de geldende wet- en regelgeving een wezenlijk kenmerk is van de bedrijfsvoering, door het handelen relatief schadelijke gevolgen ontstaan of kunnen ontstaan, het bevoegd gezag bij dergelijk handelen de activiteiten kan stilleggen, structureel wordt gehandeld of het handelen vormt een onderdeel van het bedrijfsproces, bij het niet voldoen aan de noodzakelijke voorwaarden is herstel achteraf niet meer mogelijk.¹⁰

Met name bij de berekening van het wederrechtelijk verkregen voordeel bij milieudelicten, waarbij sprake is van een andere gedraging, levert de juridische 'en/of' component, waarmee wordt bedoeld het berekenen van het wederrechtelijk verkregen voordeel op basis van het model opbrengsten minus de kosten en/of kostenbesparing, voor de milieupsporingspraktijk praktische problemen op. Dit is met name het geval als zowel legale en illegale activiteiten worden verricht en/of er meerdere betrokkenen (verdachten) bij strafbare feiten betrokken zijn. De Aanwijzing ontneming (oud)¹¹ geeft geen antwoord op de en/of vragen, waardoor de ontnemingspraktijk hiermee worstelt. In de milieuontnemingspraktijk levert dit o.a. de volgende vragen op:

- In welke gevallen kan het wederrechtelijk verkregen voordeel op bespaarde kosten worden gesteld?
- In welke gevallen moet worden gekeken naar de winst die met het onrechtmatige handelen is behaald?
- In welke gevallen bestaat het wederrechtelijk verkregen voordeel uit een combinatie van kostenbesparing en winst?
- Welke keuze(s) moet(en) (er) worden gemaakt?
- Kan worden gesteld dat de gehele opbrengst met het onrechtmatig handelen aan te merken is als wederrechtelijk verkregen voordeel, of moet alleen een besparing van kosten worden berekend, of een combinatie van beide?
- Welke kosten komen voor aftrek in aanmerking?
- Indien binnen het opsporingsonderzoek het vermoeden is gerezen dat er door een milieubedrijf meer afval wordt ingenomen dan er volgens de vigerende vergunning is toegestaan, is dan het ingenomen 'meerafval' als wederrechtelijk verkregen voordeel in de zin van criminele verdiensten aan te merken, of moet het niet tijdig aanvragen van de vergunning om 'meerafval' op te slaan als wederrechtelijk verkregen voordeel, in de zin van kostenbesparing, worden aangemerkt?

Het antwoord op voornoemde vragen zijn voor de milieupsporingspraktijk van belang, omdat er tijdens het opsporingsonderzoek strategische en tactische keuzes moeten worden gemaakt ten behoeve van waarheidsvinding en bewijsvergaring. Voornoemde is van belang om te kunnen bepalen of er wederrechtelijk verkregen voordeel is verkregen, zo ja de vorm en omvang daarvan te bepalen, te onderzoeken aan wie het voordeel kan worden toegerekend en welke berekeningsmethodiek kan worden gehanteerd om de uiteindelijke berekening ervan in een proces-verbaal weer te geven, waarmee vervolgens de vordering aanhangig kan worden gemaakt. Een berekening van het wederrechtelijk verkregen voordeel kost opsporingscapaciteit en deze kan maar één keer worden benut. De vervolging voor een

¹⁰ J.H. Gerrits februari 2013, *Voordeelsberekening per delict. Een keuze tussen winst, kostenbesparing, of een combinatie van beiden?*, BOOM-Nieuws 67. Hardinxveld-Giessendam: Tuijtel 2013, p. 20.

¹¹ College van procureurs-generaal, Aanwijzing ontneming (vervallen). 2009A003, *Stcrt.* 2009, 40.

strafbaar feit en de eventueel van de strafzaak afgesplitste ontnemingsvordering, kan in beginsel maar één keer plaatsvinden.¹² Gelet op voorgaande kan de probleemstelling (centrale vraag) worden geformuleerd als:

In hoeverre is het denkmodel¹³ voor de voordeeltberekening van het wederrechtelijk verkregen voordeel per delict binnen de opsporing van milieudelicten toepasbaar?

Om de centrale vraag te kunnen beantwoorden zijn de navolgende onderzoeksvragen (deelvragen) opgesteld die tenslotte het antwoord geven op de centrale vraag:

1. Wat is het doel van de ontnemingsmaatregel?
2. Wat is wederrechtelijk verkregen voordeel?
3. Waaruit bestaat wederrechtelijk verkregen voordeel?
4. Welke redenering over het wederrechtelijk verkregen voordeel, bestaande uit winst, kostenbesparing of een combinatie van beide, is in de (milieu)ontnemingsrechtspraak te vinden?
5. Hoe werkt het ontnemen van voordeel binnen milieudelicten?
6. Wat zijn de ervaringen van politie en justitie met het denkmodel voor de voordeeltberekening per delict toegespitst op milieudelicten tot nu toe?
7. Welke conclusies en aanbevelingen zijn er te trekken c.q. te geven ten aanzien van de centrale vraagstelling?

1.3 Doelstelling

Een praktijkgericht onderzoek heeft een intern kennisdoel en een externe doelstelling. De externe doelstelling is erop gericht om een directe bijdrage te leveren aan het praktijkprobleem. Het is dan ook mijn bedoeling om te onderzoeken hoe het denkmodel voordeeltberekening per delict zich verhoudt tot de milieuontnemingspraktijk, ten einde bouwstenen te verzamelen om het theoretisch kader over de ontneming van wederrechtelijk verkregen voordeel bij milieudelicten te toetsen of deze in overeenstemming is met de praktijk en zo niet, de redenen hiervoor te achterhalen (intern kennisdoel) en naar aanleiding van de getrokken conclusies aanbevelingen (extern doel) te doen voor de milieuothersporingspraktijk. Daarnaast zal kennis over eventuele verdere praktische knelpunten op het gebied van ontneming van wederrechtelijk verkregen voordeel bij milieudelicten worden verzameld, ten einde ontneming van wederrechtelijk verkregen voordeel als interventiestrategie toe te passen in de bestrijding van milieucriminaliteit (extern doel).

1.4 Afbakening van het onderzoek

In de afpakketen staan verschillende afpaktmogelijkheden ter beschikking. Zo kan door het bevoegd gezag een vergunning worden ingetrokken of geweigerd¹⁴, kan door een officier van justitie een verbeurdverklaring worden gevorderd¹⁵ of kan er door de strafrechter een geldboete worden opgelegd waarbij het wederrechtelijk verkregen voordeel wordt afgeroomd¹⁶.

¹² Ne bis in idem-beginsel, art. 68 Sr.

¹³ J.H. Gerrits februari 2013, *Voordeeltberekening per delict. Een keuze tussen winst, kostenbesparing, of een combinatie van beiden?*, BOOM-Nieuws 67. Hardinxveld-Giessendam: Tuijtel 2013, p. 18-25.

¹⁴ Wet van 20 juni 2002, *Stb.* 2002, 347 (Wet bevordering integriteitsbeoordelingen openbaar bestuur, ook wel bekend als Wet Bibob).

¹⁵ Art. 33a Sr. Verbeurdverklaring is een vermogens- en bijkomende straf. Alle voorwerpen (hieronder vallen alle zaken en alle vermogensrechten) kunnen in aanmerking komen voor verbeurdverklaring.

¹⁶ Bijvoorbeeld art. 6 lid 1 WED. Middels de afroomboete wordt getracht de criminele winst ongedaan te maken.

Dit onderzoek beperkt zich tot de strafrechtketen. In de strafrechtketen staan uiteenlopende strafrechtelijke afpakhmogelijkheden ter beschikking. Ontneming van wederrechtelijk verkregen voordeel als bedoeld in art. 36e Sr¹⁷, is zo'n afpakhmogelijkheid en tevens is dit het zwaarste strafrechtelijke instrument om crimineel vermogen af te nemen. De ontnemingsmaatregel kan na een veroordeling door een rechter bij afzonderlijke beslissing op vordering van de officier van justitie worden opgelegd. Dit onderzoek beperkt zich verder tot de maatregel ontneming van wederrechtelijk verkregen voordeel binnen de categorie milieudelicten. Het onderzoek wordt verder afgekaderd tot de art. 36e lid 2 jo lid 1 Sr berekening, ofwel de voordeelsberekening per delict. De periodeberekening conform art. 36e lid 3 jo lid 1 Sr, wordt binnen milieudelicten nauwelijks toegepast en daarom zal daar ook geen uitgebreid onderzoek naar worden gedaan.

Daarnaast wordt het praktijkonderzoek verricht binnen de milieu- en financiële opsporing van de Thematische Opsporing van de Dienst Regionale Recherche van de politie-eenheid Limburg.

1.5 Methoden van onderzoek

Voor het vooronderzoek en het formuleren van de centrale vraag en de onderzoeksvragen, zijn een milieujurist, de opdrachtgever, een milieuspecialist en milieurechercheurs informeel bevestigd en is literatuur-, rechtsbronnen- en bureauonderzoek verricht. Daarmee zijn we er echter nog niet. Om een volledig antwoord te kunnen geven op de probleemstelling, is gebruik gemaakt van literatuuronderzoek, bureauonderzoek en interviews met experts. Het betreffen allen kwalitatieve onderzoeksmethoden, waarbij de keuze voor deze methoden werd bepaald door de centrale vraagstelling en deelvragen van het onderzoek, het verkennen en inzichtelijk maken van een thema c.q. vraagstuk.

Om het rechtsgedeelte van de centrale vraag te kunnen beantwoorden, dient een onderzoek te worden verricht van het recht. Voor het onderzoek van het recht is de meest gebruikte strategie in het praktijkgericht juridisch onderzoek, het rechtsbronnen- en literatuuronderzoek. Deze is dan ook toegepast, aangevuld met bureauonderzoek (handboeken en documenten op Politiekennisnet). Literatuur-, rechtsbronnen en bureauonderzoek is nodig om onderzoeksvragen 1 t/m 5 te kunnen beantwoorden. De gevonden teksten werden geanalyseerd en vergeleken om vervolgens te worden geïnterpreteerd (inhoudsanalyse). Ik ging op zoek naar criteria om te bepalen of de denkwijze van het denkmodel voordeelsberekening per delict die nu wordt gehanteerd toepasbaar is binnen de (milieu)opsporingspraktijk. Hierbij werd gebruik gemaakt boeken voor de uitleg van wettelijke bepalingen. Voor argumenten omtrent de theorie werden ook artikelen in vaktijdschriften (zoals BOOM-nieuws) geraadpleegd. Door gebruikmaking van wetenschappelijke literatuur worden betrouwbare en controleerbare bronnen aangeboord. Er werd zoveel mogelijk gebruik gemaakt van verschillende literatuur over hetzelfde onderwerp, ten einde het gevaar van een te eenzijdige benadering van het (deel)onderwerp te voorkomen. De rechtsbronnen, literatuur en documenten zijn controleerbaar, vakkundig, adequaat, valide en betrouwbaar. Opgemerkt moet worden dat er over ontneming van wederrechtelijk verkregen voordeel (bij commune delicten) veel is gepubliceerd, in tegenstelling tot ontneming van wederrechtelijk verkregen voordeel in relatie tot milieucriminaliteit. Zoals ik in mijn scriptie zal uitleggen, werkt het ontnemen bij milieudelicten in veel gevallen anders dan bij het commune strafrecht. Doordat ontnemen bij milieudelicten ook nog eens achterbleef in vergelijking met commune zaken (*milieucriminaliteit is al moeilijk genoeg*), zijn er om deze redenen weinig publicaties beschikbaar. M.G. Faure en Th.A. De Roos zijn een van de weinigen die iets over dit onderwerp hebben geschreven. Belangrijke rechtsbronnen voor dit onderzoek van het recht zijn wetten (hieronder begrepen ook Aanwijzingen en Kamerstukken) en jurisprudentie. In de jurisprudentie wordt de interpretatie van een rechtsregel gegeven, kan zelfs een nieuwe rechtsregel worden geformuleerd of

¹⁷ Zie voor de volledige wettekst van art. 36e Sr Bijlage 1.

heeft een uitspraak soms een aanvullende werking op het positieve recht. Ik beperk mij daarbij niet tot één boek, één artikel of één arrest.

Om het praktijkgedeelte van de hoofdvraag te kunnen beantwoorden, dien ik een onderzoek te verrichten van de praktijk om kennis op te doen op het terrein van de berekening van het wederrechtelijk verkregen voordeel per delict binnen milieucriminaliteit en daarover een theorie te ontwikkelen. Gezien het feit dat mijn centrale vraag een 'werkt-dit'-vraagstelling is, zijn experts een geschikte informatiebron voor het onderzoek van de praktijk en heb ik daarin een keuze gemaakt die geschikt was om de onderzoeksvragen 5 (gedeeltelijk) en 6 te beantwoorden. De probleemstelling werd op 15 januari 2015, gepresenteerd aan de landelijke 'Werkgroep financieel rechercheren milieu'¹⁸ waarna een brainstormsessie volgde over de ervaringen en het gebruik van het denkmodel. Ik heb er tevens voor gekozen om als kwalitatieve onderzoeksstrategie experts te interviewen. Een (geanonimiseerde) lijst van geïnterviewde respondenten is opgenomen in Bijlage 2. De open interviews vonden plaats in de vorm van een tweegesprek¹⁹, zodat ze hun praktijkervaringen konden delen. Voorafgaand aan de interviews zijn de te interviewen experts zorgvuldig gekozen ten einde de gewenste informatie te verkrijgen. Het betreffen sleutelfiguren binnen de milieu- en financiële opsporing en vervolging m.b.t. de ontneming van wederrechtelijk verkregen voordeel bij (milieu)delicten. De voordelen van personen als bron van informatie en kennis is, dat zij een grote diversiteit aan informatie kunnen verschaffen. De belevingswereld en ervaringen van de respondenten staat daarbij centraal. Er is gekozen voor een interview aan de hand van een topiclijst (zie hiervoor Bijlage 3), maar daarbij is zeker alle ruimte gelaten voor de eigen inbreng van de expert. De interviews zijn met toestemming opgenomen en daarna zoveel in eigen woorden van respondenten uitgewerkt. De uitwerkingen zijn tevens ter controle aangeboden aan de respondenten, ten einde interpretatiefouten van de onderzoeker te voorkomen. Bij het opstellen van de lijst respondenten is het onderwerp vanuit de politieke (financieel en milieu) en justitiële invalshoek (Openbaar Ministerie, hierna: OM) belicht. Ook werd getracht de probleemstelling vanuit het gezichtspunt van de advocatuur te benaderen, echter heeft dat niet tot resultaat geleid.

Alle onderzoeksmethoden die zijn toegepast, betreffen kwalitatieve onderzoeksmethoden. In dit onderzoek heb ik ervoor gekozen om geen kwantitatief onderzoek te verrichten. De deelvragen lenen zich niet of nauwelijks om een grote hoeveelheid aan data te genereren, deze vervolgens te analyseren en interpreteren. Er is bijvoorbeeld niet gekozen om een survey onder milieurechercheurs te houden, omdat de respondenten voor de beantwoording van de praktijkvragen specialistische kennis van het ontnemingsrecht dienen te bezitten. Dit is bij de gemiddelde opsporingsambtenaar, zoals een (milieu)rechercheur, veelal onvoldoende aanwezig. Ook zijn de teams Milieu en Financiële Opsporing van de politie-eenheid Limburg qua personele omvang te klein om een representatieve survey uit te kunnen voeren.

1.6 Leeswijzer

De scriptie is als volgt verder ingedeeld, nadat in hoofdstuk 1 de inleiding, probleemstelling, doelstelling, afbakening en methoden van dit onderzoek zijn beschreven, geeft hoofdstuk 2 een toelichting op de (algemene) ontnemingswetgeving en het doel van de maatregel. Hoofdstuk 3 gaat in op het begrip wederrechtelijk verkregen voordeel en waaruit dat

¹⁸ De Werkgroep Financieel Rechercheren milieu overlegt ± drie keer per jaar over de ontwikkelingen op financieel gebied binnen milieudelicten. Van deze werkgroep maken ongeveer 25 personen deel uit, waaronder financieel en/of milieu gelabelde rechercheurs, zijnde opsporingsambtenaren van de (zeehaven)politie en bijzondere opsporingsdiensten (vertegenwoordigd zijn de Nederlandse Voedsel en Warenautoriteit, de Inspectie Leefomgeving en Transport Opsporings- en Inlichtingendienst en de Inspectie Sociale Zaken en Werkgelegenheid), één milieujurist en enkele medewerkers van het FP. Laatstgenoemden waren niet aanwezig.

¹⁹ I.v.m. capaciteit en tijd van de respondenten 5 en 6, heeft het interview gezamenlijk plaatsgehad.

wederrechtelijk verkregen voordeel kan bestaan. In hoofdstuk 4 wordt de redenering rond de begrippen winst en kostenbesparing, of een combinatie van beide, aan de hand van enkele rechterlijke uitspraken in de (milieu)ontnemingrechtspraak geanalyseerd. In hoofdstuk 5 wordt beschreven hoe ontneming van wederrechtelijk verkregen voordeel binnen milieudelicten werkt. Hoofdstuk 6 beschrijft de ervaringen van de geïnterviewde experts en de deelnemers van de op 15 januari 2015 bijeengekomen Werkgroep Financieel Rechercheren milieu, met het denkmodel voordeeltberekening per delict zoals deze is gepubliceerd in BOOM-Nieuws. In hoofdstuk 7 worden conclusies getrokken ten aanzien van de probleemstelling en opgedane knelpunten in de milieuopsporingspraktijk, waarna aanbevelingen worden geformuleerd ten behoeve van de milieuopsporingspraktijk.

2 De maatregel ter ontneming van het wederrechtelijk verkregen voordeel

Dit hoofdstuk beschrijft achtereenvolgens het Nederlandse twee-sporenstelsel, in het kort de achtergrond van de ontnemingswetgeving, de materiële bepaling art. 36e Sr. Het hoofdstuk wordt afgesloten met de beantwoording van de eerste deelvraag, het doel van de ontnemingsmaatregel.

2.1 Twee-sporenstelsel

Het Nederlandse strafrecht kent als strafrechtelijke sancties de straffen en maatregelen. Dit wordt ook wel het twee-sporenstelsel genoemd. Een straf wordt opgelegd op grond van een strafbaar feit. Met de oplegging van een straf wordt beoogt aan de dader vanwege zijn gedrag en zijn schuld daaraan een bepaald leed toe te voegen. Maatgevend voor een straf is vergelding, de bewuste leedtoevoeging. Een maatregel wordt naar aanleiding van een strafbaar feit opgelegd. Voor maatregelen geldt niet de grondslag van vergelding, maar naar gelang het soort maatregel heeft deze een primair doel, zoals bijvoorbeeld herstel in oude toestand of voorkoming van gevaar.²⁰ De materiële regelingen van straffen en maatregelen zijn te vinden in Sr in de Titels II en IIA van het Eerste Boek. De WED bevat voornamelijk een opsomming van misdrijven en overtredingen, waaronder een veelvoud aan milieudelicten, die aan te merken zijn als economisch delict. Daarnaast geeft de WED eigen bevoegdheden, straffen en maatregelen die overeenkomstig de WED kunnen worden opgelegd.²¹ Van belang voor de ontnemingsmaatregel, als bedoeld in art. 36e Sr, is art. 8 onder a WED. Daaruit blijkt namelijk dat de maatregelen genoemd in Sr Titel IIA van het Eerste Boek, waaronder de ontneming van het wederrechtelijk verkregen voordeel als bedoeld in art. 36e Sr, kunnen worden opgelegd bij overtreding van een economisch delict.

2.2 Achtergrond ontnemingswetgeving

In de laatste decennia zijn lucratieve vormen van criminaliteit toegenomen, met name valt te denken aan bepaalde vormen van georganiseerde criminaliteit, zoals de handel in verdovende middelen, vrouwenhandel, fraude, maar ook milieucriminaliteit. Veelal worden door het plegen van deze vormen van criminaliteit hoge financiële opbrengsten gegenereerd, terwijl de geldstraffen waarmee de strafbare feiten bedreigd zijn daarbij in het niet vallen. Het oude wettelijke instrumentarium van art. 36e Sr (oud) en art. 8 WED (oud), was ontoereikend om de uit het strafbare feiten verkregen voordeel op te sporen, de omvang daarvan te bepalen, dit voordeel veilig te stellen en te ontnemen. De verdachten werden wel veroordeeld voor de strafbare feiten, maar de door misdaad verkregen vermogenswinsten bleven onaangeroerd. De behoefte om slagvaardiger te kunnen optreden tegen bepaalde lucratieve vormen van criminaliteit die aanzienlijke hoeveelheden wederrechtelijk voordeel genereren, heeft in 1993²² geleid tot een verruiming van de maatregel ontneming van wederrechtelijk verkregen voordeel. In de loop der jaren is de ontnemingswetgeving nog een aantal keren gewijzigd, nl. in 2003, 2011, 2014 en in januari van dit jaar. De wetswijziging in 1993, heeft ervoor gezorgd dat meer op doeltreffende wijze misdadopbrengsten kunnen worden opgespoord, de omvang daarvan kan worden bepaald, dit voordeel kan worden veilig gesteld en uiteindelijk krachtens een rechterlijk vonnis kan worden ontnomen. Door de oplegging van de ontnemingsmaatregel ontstaat een betalingsverplichting van de veroordeelde aan de Staat. Hierdoor ontstaat de verhouding schuldenaar (veroordeelde) – schuldeiser (Staat). Dit houdt in dat als de veroordeelde zijn betalingsverplichting niet nakomt, de Staat een recht heeft op verhaal van het te betalen bedrag op het (gehele) vermogen van de veroordeelde. Voorwerpen die de veroordeelde toebehoren kunnen dan worden uitgewonnen. Omdat veel strafbare feiten worden gepleegd vanuit een winstogmerk

²⁰ C. Kelk en F. de Jong, *Studieboek materieel strafrecht*, Deventer: Kluwer 2013, p. 537.

²¹ Titel II, art. 5 e.v. WED.

²² Wet van 10 december 1992, *Stb.* 1993, 11.

en voorkomen moet worden dat financiële opbrengsten in het vermogen van daders achter blijven, beoogt het OM in iedere strafzaak het bij de verdachte terecht gekomen misdadgeld te ontnemen. Slechts bij hoge uitzondering, waarbij gedacht kan worden aan een verdachte met een zeer geringe (toekomstige) financiële draagkracht, zal ontneming achterwege kunnen blijven.²³

2.3 Materiële bepaling art. 36e Sr

De ontnemingsmaatregel is omschreven in artikel 36e Sr. Een ontnemingsmaatregel kan bij afzonderlijke beslissing, dus los van de strafzaak, worden opgelegd aan een (rechts)persoon die is veroordeeld voor een strafbaar feit. Indien de officier van justitie voornemens is een ontnemingsprocedure op te starten, dient hij dit uiterlijk bij zijn requisitoir²⁴ aan de verdachte kenbaar te maken. De ontnemingsprocedure kan parallel lopen aan de inhoudelijke behandeling van de strafzaak, maar kan ook na de strafzaak een aanvang nemen. Omdat financieel onderzoek veelal gecompliceerd en tijdrovend is, kan de strafzaak worden afgerond terwijl het financieel onderzoek kan worden voortgezet. De aard en de hoogte van de in de strafzaak opgelegde straf, staat los van de op te leggen ontnemingsmaatregel. Nadat het financiële onderzoek is gestart kan de officier van justitie van de rechter-commissaris vorderen dat een machtiging strafrechtelijk financieel onderzoek (hierna: SFO) wordt verstrekt. Politie en justitie kunnen dan ruimere bevoegdheden toepassen om financieel onderzoek te doen, door bijvoorbeeld de inzage te vorderen van bescheiden en gegevens. Nadat de verdachte in de strafzaak is veroordeeld, verandert zijn status in die van een veroordeelde. Alleen tegen een verdachte kunnen dwangmiddelen worden ingezet. Als een 'bloot' financieel onderzoek wordt ingesteld na veroordeling, kunnen aldus geen dwangmiddelen meer worden toegepast. Dit ligt anders indien een SFO is aangevraagd en toegewezen.

Door o.a. de politie, meestal een financieel rechercheur, wordt de omvang van het wederrechtelijk verkregen voordeel berekend en weergegeven in een proces-verbaal. Beschikt de officier van justitie over voldoende bewijs, dan wordt de zaak bij de rechter aanhangig gemaakt middels het indienen van een vordering ter ontneming van het wederrechtelijk verkregen voordeel. De vordering moet binnen twee jaar na de dag van de uitspraak in de strafzaak in eerste aanleg aanhangig worden gemaakt. De rechtbank beslist naar aanleiding van de vordering van de officier van justitie en niet, zoals bij strafzaken, op basis van de tenlastelegging. De rechter is dus niet strikt gebonden aan de inhoud van de vordering. Nadat de ontnemingszitting is afgerond, zal de rechtbank na beraadslaging tot een uitspraak komen, waarbij de betrokkene de verplichting tot betaling aan de Staat van een geldbedrag ter ontneming van het wederrechtelijk verkregen voordeel kan worden opgelegd.²⁵ In het vonnis stelt de rechter het bedrag vast waarop het wederrechtelijk verkregen voordeel wordt geschat.

De strafrechtelijke maatregel van ontneming van wederrechtelijk verkregen voordeel behoort tot de categorie vermogensrechtelijke sancties. De vermogensrechtelijke sancties bestaan uit de vermogensmaatregelen en –straffen die een rechter²⁶ kan opleggen. Bij de invoering van de Wet vermogenssancties in 1983²⁷, werd de mogelijkheid om het wederrechtelijk verkregen voordeel te ontnemen in het commune strafrecht ingevoerd. De maatregel vindt zijn huidige regeling nog steeds in art. 36e Sr. Uit art. 36e lid 1 Sr blijkt, dat op vordering van het OM bij een afzonderlijke rechterlijke beslissing aan degene die is veroordeeld wegens

²³ College van procureurs-generaal, Aanwijzing afpakken. 2013A021, *Stcr.* 2013, 35782, p. 6.

²⁴ Artikel 311 Sv.

²⁵ www.om.nl

²⁶ Het opleggen van straffen en maatregelen is niet meer exclusief voorbehouden aan de rechter, doch het opleggen van de ontnemingsmaatregel als bedoeld in art. 36e Sr kan alleen bij afzonderlijke rechterlijke beslissing worden opgelegd.

²⁷ Wet van 31 maart 1983, *Stb.* 1983, 153.

een strafbaar feit de verplichting kan worden opgelegd tot betaling van een geldbedrag aan de staat ter ontneming van wederrechtelijk verkregen voordeel. Het voordeel kan in het huidige ontnemingsrecht worden ontnomen op grond van art. 36e lid 2 en/of lid 3 naargelang sprake is van:

- het voordeel is behaald met behulp van het strafbaar feit of strafbare feiten waarvoor de betrokkene is veroordeeld (lid 2);
- het voordeel is behaald uit de baten van het strafbare feit of de strafbare feiten waarvoor betrokkene is veroordeeld (lid 2);
- het voordeel is ontstaan uit andere feiten dan waarvoor betrokkene is veroordeeld indien er voldoende aanwijzingen zijn dat die andere strafbare feiten door de veroordeelde zijn begaan (lid 2);
- het voordeel is ontstaan uit een misdrijf, bedreigd met een geldboete van de vijfde boetecategorie, indien aannemelijk is dat dat misdrijf op enigerlei wijze tot voordeel heeft geleid (lid 3);
- het voordeel is ontstaan uit andere strafbare feiten dan het misdrijf, bedreigd met een geldboete van de vijfde categorie, indien aannemelijk is dat die strafbare feiten op enigerlei wijze tot voordeel hebben geleid (lid 3).

In het laatste geval kan het zijn dat tijdens het onderzoek aannemelijk wordt dat de verdachte, naast het door hem gepleegde misdrijf welke is bedreigd met de vijfde boetecategorie, verdacht wordt van andere strafbare feiten, of misschien zelfs heeft geprofiteerd van het voordeel ontstaan uit strafbare feiten die door een derde zijn gepleegd. In dat geval kan ook worden vermoed, dat uitgaven die de veroordeelde heeft gedaan in een periode van zes jaren voorafgaand aan het plegen van dat misdrijf wederrechtelijk verkregen voordeel belichamen, tenzij aannemelijk is dat deze uitgaven zijn gedaan uit een legale bron van inkomsten²⁸, of dat voorwerpen die in een periode van zes jaren voorafgaand aan het plegen van dat misdrijf aan de veroordeelde zijn gaan toebehoren wederrechtelijk verkregen voordeel belichamen, mits aannemelijk is dat aan de verkrijging van die voorwerpen een legale bron van inkomsten ten grondslag ligt.²⁹

2.4 Doelstelling van de ontnemingsmaatregel

Uit de wetsgeschiedenis van de ontnemingsmaatregel valt af te leiden, dat de scheiding tussen straf en maatregel op het terrein van de vermogenssancties niet altijd scherp is te trekken. Een rechter kan zowel met de oplegging van vermogensstraffen als –maatregelen hetzelfde beogen, nl. bevorderen dat materieel gewin, behaald door het plegen van strafbare feiten, ongedaan wordt gemaakt. Doel van een straf is leedtoevoeging (punitief), waarbij het strafrecht als uiterst redmiddel '*ultimum remedium*', dient te worden toegepast.³⁰ De leedtoevoeging ontbreekt bij een op te leggen maatregel en laatstgenoemde heeft primair een ander doel. Uit de ontnemingswetgevingsgeschiedenis blijkt verder, dat de vermogensmaatregel is gericht op "hetzij bescherming van de maatschappij (onttrekking aan het verkeer), hetzij het herstel van een rechtmatige toestand, doordat aan de veroordeelde wordt ontnomen wat hem rechtens niet toekomt [...]."³¹ De ontnemingsmaatregel is een op de persoon gerichte sanctie en draagt naar haar aard een zeker civielrechtelijk karakter. Ze is primair gericht op rechtsherstel, het herstel van een onrechtmatige toestand op grond van het algemeen belang. Het herstellend karakter van de maatregel is het uitgangspunt bij de bepaling van het voordeel. De rechter zal zich moeten afvragen wat aan de veroordeelde moet worden ontnomen, teneinde hem in de financiële (vermogens)toestand te brengen die zou hebben bestaan indien de veroordeelde het strafbare feit niet zou hebben gepleegd.

²⁸ Art. 36e lid 3 onder a Sr.

²⁹ Art. 36e lid 3 onder b Sr.

³⁰ C. Kelk en F. de Jong, *Studieboek materieel strafrecht*, Deventer: Kluwer 2013, p. 9.

³¹ *Kamerstukken II* 1989/90, 21 504, nr. 3, p. 8.

Het reparatiekarakter³² betekent niet, dat de oplegging van een maatregel geen enkel punitief element kan bevatten. De oplegging van de ontnemingsmaatregel is een 'publieke terechtwijzing'.³³ Ook werd de ontnemingswetgeving al spoedig na 1993 de 'Plukze'-wet genoemd. Binnen de rechterlijke macht werd die naam niet passend geacht.³⁴ Tot aan de wetswijziging in 2003, kon maximaal zes jaar vervangende hechtenis³⁵ worden opgenomen in het ontnemingsvonnis. Dit was dan een stok achter de deur voor de onwillige die weigerde aan de opgelegde betalingsverplichting te voldoen. De onder de categorie straf vallende vervangende hechtenis, is na 1 september 2003 vervangen door lijfswang.³⁶ Lijfswang kan pas achteraf bij het uitblijven van de voldoening van het opgelegde geldbedrag³⁷ en op vordering van de officier voor maximaal drie jaren door de rechter worden bevolen. Het heft, in tegenstelling tot de vervangende hechtenis (oud), de betalingsverplichting niet op.³⁸ Verondersteld wordt tevens, dat de ontnemingsmaatregel de veroordeelde op de meest gevoelige plek treft door inbeslagneming van bezittingen en ontneming van de financiële opbrengsten. Aangenomen wordt dat die plek de portemonnee is.

Wet verruiming mogelijkheden bestrijding financieel-economische criminaliteit

Per 1 januari van dit jaar is de Wet verruiming mogelijkheden bestrijding financieel-economische criminaliteit³⁹ in werking getreden. Hierdoor is in art. 36e Sr een nieuw lid (lid 8) ingevoegd, hetgeen betrekking heeft op de beperking van de aftrek van kosten.

Artikel 36e Sr

Lid 8: De rechter kan bij de bepaling van de hoogte van het voordeel kosten in mindering brengen die rechtstreeks in verband staan met het begaan van strafbare feiten, bedoeld in het eerste tot en met het derde lid, en die redelijkerwijs voor aftrek in aanmerking komen.

Tegen deze wetswijziging zijn bezwaren geuit, welke er voor een groot deel op neerkwamen dat de wijziging in strijd zou zijn met het doel van de ontnemingsmaatregel.⁴⁰ De aftrek van kosten dient zich te beperken tot bijzondere gevallen waarin de redelijkheid dit gebiedt. Daarvan zal geen sprake zijn bij handelen dat op zichzelf reeds het plegen van strafbare feiten behelst of aanschaf van voorwerpen, die in aanmerking komen voor onttrekking aan het verkeer of verbeurdverklaring, aldus de minister van Veiligheid en Justitie.⁴¹ Als voorbeeld voor niet aftrekbare kosten wordt door de minister de assimilatielamp voor het kweken van hennep genoemd. In de rechtspraak is aanvaard dat de aanschaf van apparatuur voor een hennepplantage, waaronder de aanschaf van assimilatielampen, als afschrijvingskosten in aanmerking komen voor aftrek.⁴² Je kunt je afvragen als dergelijke (noodzakelijke) kosten niet meer kunnen worden afgetrokken, de veroordeelde dan niet in een nadeligere positie terecht komt. De ontnemingsmaatregel zou dan als punitief kunnen worden ervaren.

³² A.M. Hamers, *Handboek (fiscale) aanpak beroepscriminelen en vrijplaatsen*, Den Haag: Boom juridische uitgevers 2014, p. 10.

³³ C. Kelk en F. de Jong, *Studieboek materieel strafrecht*, Deventer: Kluwer 2013, p. 11.

³⁴ H.G. Punt, *Praktijkboek ontneming van het wederrechtelijk verkregen voordeel*, Den Haag: SDU 2011, p. 15.

³⁵ Sr, Eerste Boek, Titel II Straffen, artikel 24d (vervallen).

³⁶ Artikel 36e lid 11 Sr jo. artikel 577c Sv.

³⁷ A.M. Hamers, *Handboek (fiscale) aanpak beroepscriminelen en vrijplaatsen*, Den Haag: Boom juridische uitgevers 2014, p. 40.

³⁸ H.G. Punt, *Praktijkboek ontneming van het wederrechtelijk verkregen voordeel*, Den Haag: SDU 2011, p. 20.

³⁹ Wet van 19 november 2014, *Stb.* 2014, 445.

⁴⁰ M.E. Rosing, Tijdschrift Onderneming & Strafrecht in praktijk nummer 7/8, *Wet verruiming mogelijkheden bestrijding financieel-economische criminaliteit: werk aan de winkel*, Den Haag: SDU 2014.

⁴¹ *Kamerstukken II* 2012/13, 33 685, nr. 3, p. 12.

⁴² J.H. Gerrits februari 2013, *Voordeelsberekening per delict. Een keuze tussen winst, kostenbesparing, of een combinatie van beiden?*, BOOM-Nieuws 67. Hardinxveld-Giessendam: Tuijtel 2013, p. 19 en 25.

Door de criminele verdiensten te ontnemen wordt daarmee de drijfveer tot het plegen milieudelicten weggenomen.⁴³ Op deze manier kan een signaal worden afgegeven dat milieucriminaliteit niet loont. Door niet te ontnemen zou afbreuk worden gedaan aan het preventieve effect dat met het strafrechtelijke optreden wordt beoogd. Niet afnemen van wederrechtelijk verkregen voordeel wordt in het algemeen als onrechtvaardig ervaren.⁴⁴ Tevens wordt door ontneming voorkomen dat criminele verdiensten in de legale bovenwereld worden witgewassen⁴⁵, of zelfs kan worden 'geïnvesteed' in nieuw te plegen (milieu)delicten.

⁴³ M.G. Faure en Th.A. de Roos, *De berekening van het wederrechtelijk verkregen voordeel uit milieudelicten*, Den Haag: SDU 1998, p. 34-37.

⁴⁴ A.M. Hamers, *Handboek (fiscale) aanpak beroepscriminelen en vrijplaatsen*, Den Haag: Boom juridische uitgevers 2014, p. 28.

⁴⁵ Art. 420bis e.v. Sr (Witwassen is kort gezegd het omzetten of overdragen van crimineel vermogen waardoor dit een schijnbaar legaal karakter krijgt met als doel het verhullen van de criminele herkomst).

3 Wederrechtelijk verkregen voordeel

3.1 Wettelijk kader ter vaststelling wederrechtelijk verkregen voordeel

Vaststelling van het wederrechtelijk verkregen voordeel vindt plaats door de rechter. Hij stelt het bedrag vast waarop het wederrechtelijk verkregen voordeel wordt geschat.⁴⁶ De wet neemt genoeg met een schatting, omdat de omvang van het wederrechtelijk verkregen voordeel niet altijd exact te bepalen is.⁴⁷ De schatting van het op geld waardeerbaar voordeel ontleent de rechter slechts aan de inhoud van wettelijke bewijsmiddelen.⁴⁸ Van belang is te vermelden dat de rechter bij de vaststelling van het bedrag van het wederrechtelijk verkregen voordeel niet is gebonden aan de tenlastelegging, maar op grond van de ontnemingsvordering beslist. De waarde van de voorwerpen⁴⁹ die door rechter worden gerekend tot het wederrechtelijk verkregen voordeel, kunnen geschat worden op de marktwaarde ten tijde van de beslissing. Is het niet mogelijk die waarde te schatten aan de hand van de marktwaarde, dan kan de waarde worden geschat door verwijzing naar de bij openbare verkoop te behalen opbrengst.

Bij de vaststelling van het te betalen bedrag kan de rechter rekening houden met de draagkracht van de veroordeelde, maar is daartoe niet verplicht.⁵⁰ Het draagkrachtbeginsel⁵¹ houdt in, dat de rechter het te betalen bedrag lager kan vaststellen (matigen) indien de huidige en de redelijkerwijs toekomstige draagkracht van de veroordeelde niet toereikend zullen zijn om het te betalen bedrag te voldoen.

Het artikel biedt geen uitsluitel wat onder het begrip voordeel moet worden verstaan. In het artikel⁵² staat wel te lezen dat onder het begrip voordeel de besparing van kosten valt.

Indien het bedrag van het wederrechtelijk verkregen voordeel wordt vastgesteld per strafbaar feit, waarbij het strafbare feit door twee of meer personen zijn gepleegd, kan de rechter de betrokkenen hoofdelijk of gedeeltelijk aansprakelijk stellen voor de gezamenlijke betalingsverplichting.⁵³

Het is geen wettelijke verplichting voor de rechter om de gemaakte kosten in mindering te brengen bij de bepaling van de omvang van het wederrechtelijk verkregen voordeel indien hij dat in de gegeven omstandigheden niet redelijk acht.⁵⁴ Het is vaste jurisprudentie dat noodzakelijk en redelijk gemaakte kosten, ten einde het strafbare feit te kunnen plegen, voor aftrek in aanmerking komen. Inmiddels zijn de kosten die rechtstreeks in verband staan met het begaan van strafbare feiten⁵⁵ en die redelijkerwijs voor aftrek in aanmerking komen door inwerkingtreding van de Wet verruiming mogelijkheden bestrijding financieel-economische criminaliteit⁵⁶ gecodificeerd⁵⁷. In de Memorie van Toelichting van voornoemde wet, wordt als uitgangspunt voor kostenafrek het redelijkheidscriterium gehanteerd.⁵⁸

⁴⁶ Art. 36e lid 5 Sr.

⁴⁷ H.G. Punt, *Praktijkboek Ontneming van het wederrechtelijk verkregen voordeel*, Den Haag: Sdu 2011, p. 77-78.

⁴⁸ Artikel 511f Sv.

⁴⁹ Onder voorwerpen worden verstaan alle zaken en vermogensrechten, art. 36e lid 6 Sr.

⁵⁰ Hoge Raad der Nederlanden (hierna: HR) 05 december 1995, ECLI:NL:HR:1995:ZD0312.

⁵¹ Art. 36e lid 5 vijfde en zesde volzin Sr. De rechter kan het te betalen bedrag matigen op grond van een gemotiveerd verzoek van de verdachte of veroordeelde, op vordering van de officier van justitie of ambtshalve.

⁵² Art. 36e lid 5, tweede volzin, Sr.

⁵³ Art. 36e lid 1 en 2 jo. lid 7 Sr.

⁵⁴ *Kamerstukken II* 1989/90, 21 504, nr. 3, p. 16.

⁵⁵ Als bedoeld in art. 36e lid 1 t/m 3 Sr.

⁵⁶ Wet van 19 november 2014, *Stb.* 2014, 445.

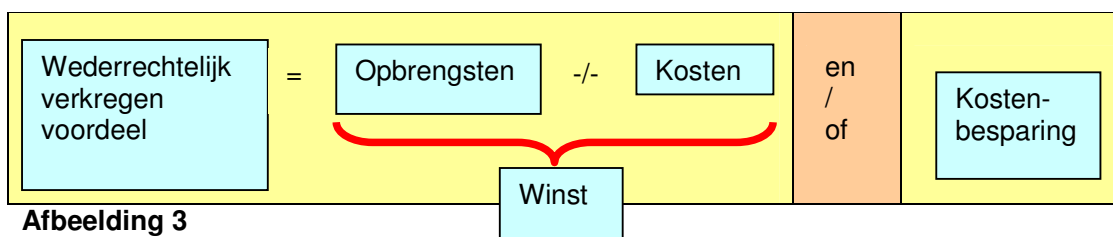
⁵⁷ Art. 36e lid 8 Sr.

⁵⁸ *Kamerstukken II* 2012/13, 33 685, nr. 3, p. 12.

Indien de veroordeelde aan benadeelden derden in rechte toegekende vorderingen heeft voldaan of de aan hem opgelegde schadevergoedingsmaatregel heeft betaald geldt als rechtsregel, dat de rechter deze in mindering brengt op de vaststelling van het bedrag van wederrechtelijk verkregen voordeel.⁵⁹ Bij de oplegging van de maatregel geldt als rechtsregel, dat de rechter ook rekening dient te houden met eerder opgelegde ontnemingsmaatregelen.⁶⁰ Eenmaal ontnomen voordeel kan dus niet nog een keer worden ontnomen.

3.2 Berekening van wederrechtelijk verkregen voordeel bij milieudelicten

Uit de Instructie afpakken⁶¹ volgt, dat het voordeel per delict of per periode kan worden bepaald. Bij de voordeeltberekening per delict kan het wederrechtelijk verkregen voordeel worden berekend op grond van de algemene formule:



Bij een periodeberekening kan het voordeel door middel van een (eenvoudige of uitgebreide) kasopstelling of vermogensvergelijking⁶² worden berekend. Het toepassen van de vermogensvergelijking of een kasopstelling ligt bij milieudelicten minder voor de hand, dit in tegenstelling tot bijvoorbeeld drugsgerelateerde criminaliteit, omdat er binnen milieudelicten veelal concrete informatie beschikbaar is over de gepleegde strafbare feiten. Je kunt daarbij denken aan bijvoorbeeld een administratie met daarin vermelde opbrengsten en gemaakte kosten. De transactieberekening ligt bij milieudelicten dan meer voor de hand. In deze scriptie, zal gezien de beoogde doelstelling, niet uitvoerig worden ingegaan op de periodeberekening.

3.3 Voordeeltberekening per delict

De voordeeltberekening per delict wordt gebruikt bij de berekening van het wederrechtelijk verkregen voordeel op basis van art. 36e lid 2 jo. lid 1 Sr. Het voordeel kan worden ontnomen uit bewezen verklaarde strafbare feiten en uit andere strafbare feiten waaromtrent voldoende aanwijzingen bestaan dat ze zijn begaan. In de opgemaakte ontnemingsrapportages moeten deze aanwijzingen uitvoerig worden toegelicht. Het is dus niet noodzakelijk dat het bewezen verklaarde feit voordeel heeft opgeleverd. Bij de voordeeltberekening per delict bestaat het wederrechtelijk verkregen voordeel uit de opbrengsten minus de kosten die in directe relatie staan tot de voltooiing van het delict en/of besparing van kosten. Uit het ontnemingsrapport moet blijken wat er feit aan voordeel is verkregen of aan kosten is bespaard. Indien er sprake is van een situatie waarin zowel legale als illegale activiteiten plaatsvinden, hetgeen bij milieucriminaliteit veelal het geval is, dan dienen de opbrengsten of bespaarde kosten en de gemaakte kosten te worden toegerekend aan de respectievelijke legale en illegale activiteit. In beginsel dient het wederrechtelijk

⁵⁹ Art. 36e lid 9 Sr.

⁶⁰ Art. 36e lid 10 Sr.

⁶¹ College van procureurs-generaal, Instructie Afpakken. 2013A008, in aanvulling op de Aanwijzing afpakken. 2013A021 *Stcr.* 2013, 35782.

⁶² Bij de eenvoudige kasopstelling vindt een vergelijking plaats van contante ontvangsten en uitgaven van de betrokkene. Bij een uitgebreide kasopstelling worden zowel de contante ontvangsten en uitgaven, als ook het girale betalingsverkeer van de betrokkene opgenomen. Bij een vermogensvergelijking wordt een schatting gemaakt van het wederrechtelijk verkregen voordeel door aan te tonen dat de betrokkene meer uitgaven heeft gedaan dan op basis van zijn legale ontvangsten mogelijk was. Bron: G.P. Vermeulen, *De strafrechtelijke toepassing van de kasopstelling en de vermogensvergelijking*, Sneek: G.P. Vermeulen 2005, p. 32, 46 en 64.

verkregen voordeel uit de illegale activiteit te worden ontnomen. Alleen de kosten die feitelijk en redelijk moeten zijn gemaakt, komen voor aftrek in aanmerking. Heeft het delict geen opbrengsten gegenereerd en zijn er wel kosten gemaakt, dan zijn deze niet aftrekbaar.⁶³

3.4 Denkmodel BOOM

Door het BOOM is in februari 2013 het denkmodel voordeeltberekening per delict gepubliceerd.⁶⁴ De formule van het denkmodel bestaat uit de vier componenten⁶⁵: opbrengsten, kosten, kostenbesparing en de woordcombinatie en/of. In de volgende paragrafen wordt hier nader op ingegaan, waarbij tevens antwoord wordt gegeven op de onderzoeksvragen wat wederrechtelijk verkregen voordeel is en waaruit dat wederrechtelijk verkregen voordeel kan bestaan. Zie voor het schema van het denkmodel afbeelding 2, § 1.2.

3.5 Opbrengsten

Als opbrengsten kunnen in ieder geval worden aangemerkt contanten, goederen en (geld)vorderingen.⁶⁶ De Aanwijzing afpakken⁶⁷ omschrijft het begrip wederrechtelijk verkregen voordeel als: 'de waarde waarmee het vermogen van de betrokken persoon als gevolg van het strafbare feit is toegenomen. Hiertoe behoren ook de uit die vermogensvermeerdering verkregen vruchten (vervolgprofijt).' In de parlementaire geschiedenis inzake de wetwijziging van 1993⁶⁸, wordt het voordeeltbegrip omschreven als in geld uit te drukken profijt, dat door het strafbaar handelen is verkregen, alsmede voorwerpen die met illegale middelen zijn verkregen. Hieronder worden ook de revenuen geschaard, zoals bijvoorbeeld de opgestreken huurpenningen.⁶⁹ Uit art. 36e Sr kan worden begrepen dat onder wederrechtelijk verkregen voordeel wordt verstaan, goederen⁷⁰, bestaande uit zaken⁷¹ en vermogensrechten⁷², die zijn verkregen door strafbaar handelen waarbij het vermogen is vermeerderd ten gevolge van het plegen van het strafbare feit of andere strafbare feiten, mede begrepen de uit die vermogensvermeerdering verkregen vruchten (vervolgprofijt). Het strafbaar feit is dan reeds voltooid. Wederrechtelijk verkregen voordeel dat is gerealiseerd is vatbaar voor ontneming. Wederrechtelijk verkregen voordeel dat in de toekomst zou kunnen ontstaan is dus niet voor ontneming vatbaar. Indien er bijvoorbeeld sprake is van een illegale productielijn binnen een milieuonderneming, dan kan alleen de daadwerkelijk gerealiseerde (illegale) opbrengst worden ontnomen.⁷³ Dit betekent dat het illegaal geproduceerde moet zijn verkocht en er dus opbrengst is gerealiseerd. Voor de milieuopsporing is het realisatieprincipe niet onbelangrijk. Ook het vermogenstotaal over een bepaalde periode berekend, vermeerderd met de onderzochte uitgaven en investeringen en deze vervolgens te verminderen met legale bronnen van inkomsten, is wederrechtelijk

⁶³ J. Ruis, R. Werts e.a., *Kernopgave 43.3.09: meewerken aan een financieel rechercheonderzoek*. "Leerboek Ontnemings", Zutphen: Politieacademie, School voor Recherche, Team Tactiek Opsporing dec. 2010, p. 60.

⁶⁴ J.H. Gerrits februari 2013, *Voordeeltberekening per delict. Een keuze tussen winst, kostenbesparing, of een combinatie van beiden?*, BOOM-Nieuws 67. Hardinxveld-Giessendam: Tuijtel 2013, p. 18-25.

⁶⁵ Vervolgprofijt is buiten beschouwing gelaten. Onder vervolgprofijt worden de vruchten verkregen uit het verkregen wederrechtelijk voordeel gerekend. Bron: H.G. Punt, *Praktijkboek ontneming van het wederrechtelijk verkregen voordeel*, Den Haag: SDU 2011, p. 99. Een voorbeeld van vervolgprofijt zou de waardevermeerdering van een schilderij kunnen zijn dat met de opbrengst (buit) van het strafbare feit is aangekocht.

⁶⁶ College van procureurs-generaal, Aanwijzing ontneming (vervallen). 2009A003, *Stcr.* 2009, 40, p. 17&18.

⁶⁷ College van procureurs-generaal, Aanwijzing afpakken. 2013A021, *Stcr.* 2013, 35782, p. 5.

⁶⁸ Wet van 10 december 1992, *Stb.* 1993, 11.

⁶⁹ *Kamerstukken II* 1989/90, 21 504, nr. 3, p. 6-15.

⁷⁰ Goederen zijn alle zaken en vermogensrechten, art. 3:1 Burgerlijk Wetboek (hierna: BW).

⁷¹ Zaken als bedoeld in de zin van art. 3:2 BW jo. 3:3 BW, dit zijn voor menselijke beheersing vatbare stoffelijke objecten, (on)roerende zaken. Een onroerende zaak is bijvoorbeeld een grondstuk met een huis dat duurzaam met de grond is verenigd. Een personenauto is een voorbeeld van een roerende zaak.

⁷² Vermogensrechten als bedoeld in art. 3:6 BW. Bijvoorbeeld een geldvordering van een schuldeiser op een schuldenaar.

⁷³ Het via de illegale productielijn geproduceerde nog niet verkochte product, kan wel via andere afpakmethoden teniet worden gedaan. Bijvoorbeeld middels een rechterlijke verbeurdverklaring als bedoeld in art. 33 e.v. Sr, maar dit valt buiten de reikwijdte van deze scriptie.

verkregen voordeel.⁷⁴ Uit de wet blijkt verder dat voordeel op geld waardeerbaar is.⁷⁵ De schatting van het wederrechtelijk verkregen voordeel en het bedrag van de betalingsverplichting dienen in een wettig Nederlands betaalmiddel, in euro's, te geschieden.⁷⁶

Voordeel zou dus kunnen worden omschreven als profijt in ruime zin. Het woord voordeel betekent in de Nederlandse wetgeving al lange tijd: baten minus lasten.⁷⁷ Het is een toename van het vermogen van de betrokken (rechts)persoon. Omdat ook kostenbesparing onder het begrip voordeel valt, duidt profijt ook op een vermindering van geldelijke lasten, bijvoorbeeld door de inlossing van schulden. Het voordeeltbegrip ziet niet alleen op een toename van het vermogen door direct geldelijk gewin, maar ook op de verkrijging van waardevolle goederen, omzetting van geldelijk gewin in de aanschaf van goederen (substituties)⁷⁸ en de uit die vermogensvermeerdering verkregen vruchten (vervolgprofijt).

Rechtsontwikkeling

De invulling van het voordeeltbegrip is door de wetgever aan de rechtsontwikkeling overgelaten. Er is daardoor veel rechtspraak ontstaan over het begrip voordeel en de aftrek van kosten. Voordeel wordt in de rechtspraak conform het doel van de ontnemingsmaatregel berekend. Op een bepaalde datum wordt de waarde van het vermogen van de betrokkene bepaald en afgezet tegen de economische toestand die zou hebben bestaan als de strafbare feiten niet zouden zijn gepleegd.⁷⁹

Milieudelicten richten veelal milieuschade aan. Het zal niet gemakkelijk zijn om de omvang van die schade in de vorm van enig nadeel en verwijtbaarheid te bepalen, als de gevolgen pas vele jaren later intreden. De vraag is of het door betrokkene toegebrachte milieuschade in de zin van nadeel als wederrechtelijk verkregen voordeel te beschouwen is. Bij de bepaling van het wederrechtelijk verkregen voordeel dient niet uitgegaan te worden van het nadeel dat is geleden, maar van het voordeel dat de betrokkene heeft genoten.⁸⁰ De pas later blijvende milieuschade dient via het civiele recht te worden bepaald en afgedaan. Deze omstandigheid valt buiten de doelstelling van deze scriptie en derhalve wordt daar niet verder op ingegaan.

3.6 Kosten

Directe kosten

Voor het plegen van strafbare feiten moeten veelal kosten worden gemaakt. Alhoewel de rechter niet verplicht is tot aftrek daarvan, is er toch jurisprudentie over de kostenafrek ontstaan. Volgens vaste jurisprudentie van de Hoge Raad (hierna: HR), kunnen bij de bepaling van de hoogte van het wederrechtelijk verkregen voordeel slechts de kosten die in directe relatie staan tot het delict voor aftrek in aanmerking komen.⁸¹ Bij milieucriminaliteit waarbij sprake is van een deels legale bedrijfsvoering is dat niet gemakkelijk vast te stellen, omdat zonder kosten geen bedrijfsvoering mogelijk is. Het moeten volgens de HR ook kosten zijn, die tenminste noodzakelijk zijn geweest om het strafbaar feit te plegen en de kosten komen alleen voor aftrek in aanmerking als ze afhankelijk zijn van het gepleegde

⁷⁴ Art. 36e lid 3 onder a en/of b Sr.

⁷⁵ Artikel 511f Sv.

⁷⁶ HR 13 juli 2010, ECLI:NL:HR:2010:BL1454.

⁷⁷ M.G. Faure en Th. A. de Roos, *De berekening van het wederrechtelijk verkregen voordeel uit milieudelicten*, Den Haag: Sdu 1998, p. 6.

⁷⁸ Hofstee, *art. 36e Sr Tekst & Commentaar*, 01-07-2014 (Kluwer Navigator).

⁷⁹ M.G. Faure en Th. A. de Roos, *De berekening van het wederrechtelijk verkregen voordeel uit milieudelicten*, Den Haag: SDU 1998, p. 49.

⁸⁰ M.G. Faure en Th. A. de Roos, *De berekening van het wederrechtelijk verkregen voordeel uit milieudelicten*, Den Haag: SDU 1998, p. 50.

⁸¹ HR 30 oktober 2001, ECLI:NL:HR:2001:AB3200.

delict. Het concrete strafbare feit is daarin leidend en de kosten dienen door betrokkene daadwerkelijk te zijn gemaakt. De kosten zijn ook als verloren te beschouwen. Denk hierbij bijvoorbeeld aan de noodzakelijke benzinekosten die zijn gemaakt om synthetisch drugsafval in vaten middels een transportmiddel in een natuurgebied te dumpen. Andere kosten blijven buiten beschouwing, want dit zijn gemaakte kosten voor de normale bedrijfsuitoefening. Als voorbeeld kan worden gegeven een partij grond, waarbij 90% schone grond met 10% vervuilde grond is vermengd, getransporteerd en toegepast op of in de bodem. De benzine- en loonkosten van het transport komen redelijkerwijs niet voor aftrek in aanmerking, want dit zijn kosten die betrokkene voor zijn normale bedrijfsvoering heeft moeten maken. Wanneer er sprake is van vermenging van legale en illegale activiteiten, zoals bij milieucriminaliteit vaak het geval is, zijn alleen die (extra) kosten aftrekbaar die daadwerkelijk zijn gemaakt ten behoeve van de illegale activiteiten.⁸²

Waardevermindering

Bij het berekenen van het wederrechtelijk verkregen voordeel bij milieucriminaliteit kunnen globaal twee soorten afschrijvingskosten worden onderscheiden, namelijk de kosten voor afschrijving van duurzame activa, zoals bedrijfspanden en machines, op korte termijn en op lange termijn. Bij de afschrijving op korte termijn kan op gelijke wijze als de afschrijving van hennepoogsten worden geredeneerd. Door de HR is bepaald dat daadwerkelijk gemaakte investeringskosten gedeeltelijk voor aftrek in aanmerking komen. Niet de aanschafprijs van de middelen die nodig zijn om een hennepoogst te kunnen realiseren, maar de waardevermindering door evenredige afschrijving, komt voor aftrek in aanmerking.⁸³ De onlangs ingevoerde Wet verruiming mogelijkheden bestrijding financieel-economische criminaliteit⁸⁴, beperkt de aftrek van kosten. Hoe de rechtspraak zich verhoudt tot deze in werking getreden beperking, welke gevolgen dit zal hebben voor de voordeeltberekening per delict en indirect voor de milieuopsporing, zal de toekomst uitwijzen. Bij de afschrijving op lange termijn kan deze kostenpost alleen in aftrek worden genomen als deze kosten voor de illegale activiteit extra zijn gemaakt en die niet zouden zijn gemaakt voor een legale activiteit. Indien er sprake is van vermenging van legale en illegale activiteiten, dan kunnen ook alleen de afschrijvingskosten van extra investeringen voor de illegale activiteiten worden afgetrokken.

3.7 Kostenbesparing

Artikel 36e Sr geeft geen antwoord op de vraag wat de te hanteren grondslag is voor het bepalen van de omvang van het wederrechtelijk verkregen voordeel. Wel moet wordt onder het begrip voordeel worden gerekend de besparing van kosten.⁸⁵ In de Aanwijzing afpakken⁸⁶ wordt de besparing van kosten onder het begrip wederrechtelijk verkregen voordeel begrepen en omschreven als: 'de waarde waarmee het vermogen als gevolg van de besparing van kosten niet is afgenomen.' Bespaarde kosten zijn de niet gedane uitgaven voor de aanschaf van goederen en/of verrichte diensten voor eigen gebruik en kosten die noodzakelijkerwijs zouden moeten zijn gemaakt om de betreffende activiteiten legaal te kunnen uitvoeren, maar die nu niet gemaakt zijn.' Er is dus een relatie tussen het gepleegde strafbare feit en de bespaarde kosten. Door deze uitgaven (kosten) niet te doen, pleegt men een strafbaar feit. Onder besparing van kosten wordt in ieder geval mede begrepen het voldoen van of het afbetalen op schulden.⁸⁷ In de Aanwijzing en Instructie afpakken, wordt het begrip kostenbesparing niet uitgewerkt. In de Aanwijzing ontneming (oud)⁸⁸ is het begrip

⁸² College van procureurs-generaal, Aanwijzing ontneming (vervallen). 2009A003, *Stcrt.* 2009, 40, p.18.

⁸³ HR 31 mei 2011, ECLI:NL:HR:2011:BQ1967 en HR 31 januari 2012 ECLI:NL:HR:2012:BT6972.

⁸⁴ Wet van 19 november 2014, *Stb.* 2014, 445.

⁸⁵ Art. 36e vijfde lid, tweede volzin Sr.

⁸⁶ College van procureurs-generaal, Aanwijzing afpakken. 2013A021, *Stcrt.* 2013, 35782, p. 5.

⁸⁷ *Kamerstukken II* 1989/90, 21 504, nr. 3, p.16.

⁸⁸ College van procureurs-generaal, Aanwijzing ontneming (vervallen). 2009A003, *Stcrt.* 2009, 40, p.12.

wel enigszins uitgewerkt en wordt er een onderverdeling gemaakt in twee categorieën, te weten:

1. De niet gedane uitgaven voor de aanschaf van goederen en/of verrichte diensten voor eigen gebruik. Hierbij valt te denken aan eigen drugsgebruik door een drugshandelaar.
2. De kosten die noodzakelijkerwijs zouden moeten zijn gemaakt om de betreffende activiteiten legaal te kunnen uitvoeren, maar die nu niet gemaakt zijn.⁸⁹ Binnen milieucriminaliteit zijn hier veel voorbeelden van te vinden, zoals de onrechtmatige ontdoening van afvalstoffen⁹⁰, maar ook de niet gemaakte kosten van de aanvraag van een vergunning die de milieuovertreder bespaart, vallen onder het begrip besparing van kosten.⁹¹

De tweede categorie is met name van belang om het wederrechtelijk verkregen voordeel te schatten op de besparing van kosten bij milieudelicten. Milieucriminaliteit is veelal organisatiecriminaliteit en het wederrechtelijk verkregen voordeel zal dan ook vaak bestaan uit besparing van kosten, zoals bijvoorbeeld niet noodzakelijk gemaakte productie- en bedrijfsvoeringkosten.⁹²

3.8 Toerekenen wederrechtelijk verkregen voordeel

We zagen reeds eerder dat bij de bepaling van het wederrechtelijk verkregen voordeel, moet worden uitgegaan van het voordeel dat de betrokkene in de concrete omstandigheden van het geval daadwerkelijk heeft behaald. Bij milieudelicten zal de betrokkene in een groot aantal gevallen een rechtspersoon zijn die het wederrechtelijk verkregen voordeel heeft genoten en aan deze kan worden toegerekend. Bij iedere entiteit waar voordeel is gevallen dient ontnomen te worden. In beginsel worden zowel de rechtspersoon en de opdrachtgever van het feit, dan wel de feitelijk leidinggevende aan de verboden gedraging⁹³, strafrechtelijk aangepakt.

⁸⁹ De Aanwijzing ontneming (vervallen) noemt als voorbeeld overtredingen op het gebied van milieuwetgeving: door het niet op reguliere wijze verwerken van afval bespaart betrokkene kosten van een dergelijke verwerking.

⁹⁰ Het op reguliere wijze zich ontdoen van afval kost geld. Indien de ontdoener zich onrechtmatig ontdoet van afval, bijvoorbeeld door het te dumpen (illegaal ontdoen), bespaart de betrokkene kosten van afvalverwerking. Het wederrechtelijk verkregen voordeel bestaat dan in ieder geval uit kostenbesparing. Daarnaast kan het zijn dat met de onrechtmatige ontdoening opbrengsten zijn gegenereerd. De kostenbesparing en de winst levert een totaalbedrag aan wederrechtelijk verkregen voordeel op.

⁹¹ HR 20 september 2011, ECLI:NL:HR:2011:BQ4686.

⁹² M.G. Faure en Th. A. de Roos, *De berekening van het wederrechtelijk verkregen voordeel uit milieudelicten*, Den Haag: SDU 1998, p. 21.

⁹³ De natuurlijke persoon als opdrachtgever van het feit of feitelijk leidinggever aan de verboden gedraging, als bedoeld in art. 51 lid 2 onder 2° Sr.

4 Voordeelbegrip in de (milieu)ontnemingsrechtspraak

In dit hoofdstuk wordt aan de hand van een analyse van enkele rechterlijke uitspraken de onderzoeksresultaten beschreven van de onderzoeksvraag welke redenering over het wederrechtelijk verkregen voordeel, bestaande uit winst, kosten of een combinatie van beide, uit de (milieu)ontnemingsrechtspraak te herleiden is. De rechtspraak wordt vervolgens vertaald naar het denkmodel voordeeltberekening per delict.

4.1 Opbrengsten -/- kosten

Urker visafslag-arrest

In het Urker visafslag-arrest⁹⁴ had de gemeente Urk, in casu de gemeentelijke visafslag, bemiddeld bij de veiling van partijen vis, waarbij niet kon worden aangetoond van welke vaartuigen de aangevoerde partijen vis afkomstig waren. De gemeentelijke visafslag had deze partijen vis eigenlijk moeten weigeren, deed dit niet en werd in de milieustrafzaak veroordeeld voor het handelen in strijd met de Visserijwetgeving. Het wederrechtelijk verkregen voordeel van de bewezen verklaarde feiten werd door het Hof vastgesteld op een bedrag gelijk aan door de verdachte ingehouden retributie van 3% van de (bruto)opbrengst de desbetreffende partijen vis. Volgens de HR getuigde dit niet van een onjuiste rechtsopvatting. Ook bleken er geen aanwijzingen dat voor het veilen van die partijen vis kosten waren verbonden die de gemeente zich bespaard zou hebben, indien zij haar bemiddeling geweigerd zou hebben. De gemeente had het standpunt ingenomen dat ze de retributie toch wel had ontvangen indien wel de vereiste gegevens waren vermeld. De HR wees dit van de hand, omdat de maatregel ertoe strekt tot ontneming van voordeel dat veroordeelde met schending van een wettelijk voorschrift heeft verkregen. Niet in de weg staat dat de veroordeelde eenzelfde voordeel had kunnen verkrijgen zonder zodanige schending. In deze casus is een vergelijking gemaakt tussen de werkelijke gang van zaken en de situatie waarin het strafbare feit wordt weggedacht. Volgens het denkmodel, zie afbeelding 2 in § 1.2, is dergelijk handelen gekwalificeerd en ondergebracht in de categorie 'een gedraging in de kern onrechtmatig, waarbij opbrengsten zijn gegenereerd, met als berekeningsmethodiek het model opbrengsten minus de direct gerelateerde kosten (winst)'. In casu werd de 3% retributie, de bruto-opbrengst, als wederrechtelijk verkregen voordeel aangemerkt. Volgens de conclusie van de advocaat-generaal Knigge⁹⁵ waren de bedrijfsactiviteiten van de visafslag op zichzelf niet in de kern onrechtmatig, maar de inname van vis zonder te voldoen aan de administratieve verplichtingen wel.

Vuurwerk-arrest

In een vuurwerkzaak⁹⁶ werd een vuurwerkhandelaar veroordeeld ter zake het handelen in vuurwerk. Het wederrechtelijk verkregen voordeel werd door het Hof vastgesteld op basis van het model opbrengsten minus kosten. De kosten bestonden uit huurpenningen voor een bus en brandstofkosten. Een gedeelte van het vuurwerk werd bij de aanhouding in beslag genomen en de winst werd berekend aan de hand van het verkochte gedeelte van een partij vuurwerk. Geredeneerd vanuit het denkmodel, was hier sprake van 'een gedraging die nooit legaal kon zijn en was er geen sprake van eigen gebruik'. Het wederrechtelijk verkregen voordeel dient te worden berekend aan de hand van het model opbrengsten minus de direct gerelateerde kosten. Dit is in overeenstemming met het gewezen arrest.

⁹⁴ HR 08 juli 1992, ECLI:NL:HR:1992:AC0473.

⁹⁵ HR 20 september 2011, ECLI:NL:PHR:2011:BQ4686.

⁹⁶ Gerechtshof Arnhem 30 augustus 2011, ECLI:NL:GHARN:2011:BR6455.

4.2 Kostenbesparing

Goederenvervoer-arrest⁹⁷

Het wederrechtelijk verkregen voordeel van een transporteur die Roemeense chauffeurs minder betaalde dan de cao voorschreef, werd door de economische politierechter vastgesteld op het netto exploitatieresultaat (winst) in de desbetreffende pleegperiode. Dit vonnis vertaald naar het denkmodel, zou betekenen dat er sprake was van 'een andere gedraging in de kern onrechtmatig' of 'een niet te legaliseren gedraging, waarbij geen sprake was van eigen gebruik'. Het wederrechtelijk verkregen voordeel werd vastgesteld op basis van het model opbrengsten minus de direct gerelateerde kosten. Tegen dit vonnis werd hoger beroep aangetekend. Het Hof stelde vervolgens het wederrechtelijk verkregen voordeel vast op het model besparing van kosten (het verschil tussen de betaalde lonen en de lonen die hadden moeten worden betaald). De onderneming had volgens het Hof er welbewust voor gekozen om de bedrijfsactiviteiten in strijd met de vigerende wet- en regelgeving uit te voeren. Daarom dient volgens het Hof het wederrechtelijk verkregen voordeel te worden berekend op basis van een vergelijking met dezelfde activiteit indien deze met legale middelen was ondernomen (besparing van kosten) en niet zoals in het eerder gegeven vonnis werd bepaald op basis van een vergelijking ondernomen activiteit – niet ondernomen activiteit (opbrengst – kosten). De verdediging was het met het vonnis van de politierechter wel eens. Volgens de conclusie van de advocaat-generaal Jörg⁹⁸, is de omstandigheid dat de veroordeelde in aanzienlijke mate kosten heeft bespaard, door bedrijfsmatig in strijd met wet- en regelgeving te handelen, de omstandigheid om het wederrechtelijk verkregen voordeel op grond van het model besparing van kosten vast te stellen. De mate van bewustheid van de wederrechtelijkheid van haar handelen is niet de omstandigheid die de grondslag vormt voor de wijze van berekening van het wederrechtelijk verkregen voordeel. Indien het gewezen arrest wordt vertaald naar het denkmodel voordeeltberekening per delict, is er sprake van 'een andere gedraging die niet in de kern onrechtmatig is', waarbij het ontstane voordeel dient te worden berekend aan de hand van het model besparing van kosten. Opgemerkt zij, dat het denkmodel ook enkele voorbeelden noemt, waaronder "het niet conform cao betalen van werknemers"⁹⁹.

Arrest opslag en bewerken groenafval

In de volgende ontnemingszaak¹⁰⁰ had een veehouder, een B.V., het verbod van art. 8.1 Wm overtreden door op zijn bedrijf, zonder daartoe verleende vergunning, groenafval op te slaan en te bewerken. De B.V. werd in de milieustrafzaak veroordeeld. De officier van justitie vorderde vervolgens de ontneming van de nettowinst (model opbrengsten minus kosten) als wederrechtelijk verkregen voordeel die met het onrechtmatige handelen was behaald en de rechtbank stelde het wederrechtelijk verkregen voordeel vast op de nettowinst (verdiend met de niet vergunde activiteiten). Tegen dit vonnis werd hoger beroep aangetekend. Het Hof vernietigde het vonnis en stelde het wederrechtelijk verkregen voordeel vast op grond van de besparing van kosten voor het tijdelijk niet aanvragen van de vergunning. Door het OM werd cassatieberoep ingesteld en met als middel dat 's Hofs motivering blij gaf van een onjuiste rechtsopvatting omtrent het begrip 'wederrechtelijk verkregen voordeel' en mitsdien onbegrijpelijk was. Ter terechtzitting in hoger beroep heeft de veroordeelde medegedeeld dat hij voor het opslaan en bewerken een vergunning had aangevraagd en inmiddels had gekregen. Daarmee waren de illegale activiteiten gelegaliseerd. Tevens voldeden zowel de aard van de activiteiten als de omstandigheden op zijn bedrijf reeds ten tijde van het gepleegde strafbare feit aan de voorwaarden die aan vergunning waren verbonden. Van de zijde van het OM is dit niet bestreden, waardoor het Hof de activiteiten van het bedrijf

⁹⁷ HR 27 januari 2004, ECLI:NL:HR:2004:AN7666.

⁹⁸ HR 27 januari 2004, ECLI:NL:PHR:2004:AN7666.

⁹⁹ J.H. Gerrits februari 2013, *Voordeelsberekening per delict. Een keuze tussen winst, kostenbesparing, of een combinatie van beiden?*, BOOM-Nieuws 67. Hardinxveld-Giessendam: Tuijtel 2013, p. 25.

¹⁰⁰ HR 20 september 2011, ECLI:NL:HR:2011:BQ4686.

bestempelde als, op zichzelf niet illegaal maar een vergunning was wel vereist. Door het niet tijdig aanvragen van de vergunning is derhalve sprake geweest van relatieve illegaliteit. Het voordeel dat de veroordeelde uit dit strafbare niet tijdig aanvragen van de vergunning heeft verkregen, is de tijdelijke besparing van kosten van de vergunningaanvraag aldus het Hof. Het oordeel van het Hof getuigt niet van een onjuiste rechtsopvatting betreffende het begrip wederrechtelijk verkregen voordeel in de zin van art. 36e Sr, aldus de HR. Indien het arrest wordt vertaald naar het denkmodel voordeeltberekening per delict, is er sprake van 'een andere gedraging die niet in de kern onrechtmatig is' en dient het wederrechtelijk verkregen voordeel te worden berekend op grond van het model kostenbesparing.

Productie synthetische drugs en dumping van drugsafval

Een verdachte werd in de hoofdzaak door de rechtbank veroordeeld voor deelname aan een criminele organisatie, witwassen, xtc-productie en het illegaal ontdoen van drugsafval in het milieu. Het wederrechtelijk verkregen voordeel werd door de rechtbank bepaald op de opbrengsten (verhandelde xtc-pillen) -/- kosten (kostprijs per pil, loon en huur van productielocaties) en de kostenbesparing van afvaldumping.¹⁰¹ In casu is sprake van een berekening van het wederrechtelijk verkregen voordeel op grond van de opbrengsten -/- kosten, met daarnaast een besparing van kosten. Door de opsporingsinstantie werd het aantal afvalkilo's uit het productieproces berekend en afgezet tegen de kostprijs excl. BTW voor verwerking daarvan. Daarmee werd een standaardnorm ontwikkeld die voor de rechtbank stand hield, zij het dat de rechtbank, anders dan de officier van justitie, de BTW niet in de berekening betrok. Een uitgangspunt van het denkmodel is, dat deze per strafbaar feit moet worden doorlopen. Geredeneerd vanuit het denkmodel, is hier sprake van twee categorieën strafbare feiten, namelijk een gedraging die nooit legaal kon zijn (xtc-productie en -handel) en ontdoening van afvalstoffen (dumping drugsafval). In dit geval leidt het denkmodel tot eenzelfde uitkomst als hetgeen door de rechter is toegepast.

4.3 Winst of kostenbesparing

Voor deze scriptie is het van belang om te vermelden dat het denkmodel voordeeltberekening per delict, zie afbeelding 2 § 1.2, is ontwikkeld naar aanleiding van het in § 4.2 genoemde arrest opslag en bewerken groenafval¹⁰² en conclusie van de advocaat-generaal Knigge¹⁰³. Het antwoord op de voor de milieuopsporingspraktijk prangende vraag, in welke gevallen het te ontnemen voordeel op (alleen) de bespaarde kosten kan worden gesteld en in welke gevallen gekeken moet worden naar de (totale) winst die met het onrechtmatig handelen is behaald, is volgens Knigge een toerekeningsvraag. Knigge: *“Meer in het algemeen gesproken gaat het hier mijns inziens om een toerekeningsvraag. Het gaat om de vraag of en zo ja in hoeverre het redelijk is het gehele voordeel dat is behaald met handelen dat in strijd met de voorschriften plaatsvond, toe te rekenen is aan de regelschending. De beantwoording van die vraag zou wel eens sterk casuïstisch kunnen zijn. Of het desbetreffende handelen in de kern onrechtmatig is te achten, is tenslotte een weinig hard criterium. Het geeft aan in welke richting het antwoord moet worden gezocht.”*¹⁰⁴ Voor de beantwoording van de vraag wanneer het wederrechtelijk verkregen voordeel moet worden vastgesteld op de totale opbrengsten minus de directe kosten is de beantwoording van de vraag of het handelen in de kern onrechtmatig is, leidend. Kan deze vraag met ja worden beantwoord, dan dient de nettowinst te worden ontnomen. Is het handelen niet in de kern onrechtmatig, dan kan het wederrechtelijk verkregen voordeel alleen uit een besparing van kosten bestaan en dient als berekeningsmethodiek de kostenbesparing als wederrechtelijk verkregen voordeel te worden berekend.

¹⁰¹ Rechtbank Oost-Brabant 10 januari 2014, ECLI:NL:RBOBR:2014:78.

¹⁰² HR 20 september 2011, ECLI:NL:HR:2011:BQ4686.

¹⁰³ HR 20 september 2011, ECLI:NL:PHR:2011:BQ4686.

¹⁰⁴ HR 20 september 2011, ECLI:NL:PHR:2011:BQ4686.

Ingevolge de theorie van Faure en De Roos, dient bij de bepaling van het voordeel een onderscheid te worden gemaakt *“tussen activiteiten die in de kern reeds wederrechtelijk zijn en strafbare feiten die min of meer incidenteel worden begaan in het kader van een overigens reguliere, legale bedrijfsvoering. In het eerste geval dient het wederrechtelijk verkregen voordeel te worden vastgesteld op de totale opbrengsten minus de directe kosten (de nettowinst). De bepaling van het voordeel bij de laatstgenoemde categorie is aanzienlijk ingewikkelder.”*¹⁰⁵ Gesteld kan worden dat de theorie van Faure en De Roos overeenkomt met de theorie van het denkmodel voordeeltberekening per delict en de conclusie van advocaat-generaal Knigge, indien sprake is van een activiteit die in de kern onrechtmatig¹⁰⁶ is. Het wederrechtelijk verkregen voordeel kan dan worden berekend aan de hand van de nettowinst (opbrengsten -/- kosten). Echter is het volgens de theorie van Faure en De Roos wel mogelijk, dat met de wederrechtelijke gedraging (niet in de kern onrechtmatig), naast een besparing van kosten ook directe opbrengsten in de zin van meeropbrengsten kunnen zijn gerealiseerd. De meeropbrengsten dienen dan te worden berekend aan de hand van een vergelijking van de fictieve situatie met de werkelijke gang van zaken. Daarnaast is het volgens Faure en De Roos mogelijk, dat door het wederrechtelijke handelen (niet in de kern onrechtmatig), ten opzichte van normconform handelen geen kosten zijn bespaard, maar wel hebben geleid tot een vergroting van opbrengsten. Het wederrechtelijk verkregen voordeel, bestaande uit opbrengsten, dient dan te worden berekend als de meeropbrengst ten opzichte van de legale situatie.¹⁰⁷

4.4 Conclusie

Indien het denkmodel voordeeltberekening per delict door politie en justitie wordt gehanteerd, kan bij activiteiten die niet in de kern onrechtmatig zijn, het wederrechtelijk verkregen voordeel uitsluitend worden berekend op basis van de besparing van kosten, dit in tegenstelling tot de theorie van Faure en De Roos.

In het arrest van de opslag en bewerking van het groenafval¹⁰⁸, is door het Hof het wederrechtelijk verkregen voordeel bepaald op de tijdelijke besparing van de kosten van de vergunningaanvraag. De kosten van het niet tijdig aanvragen van de vergunning belichamen mijns inziens niet het totale wederrechtelijk verkregen voordeel. Immers heeft betrokkene tijdelijk even geen kosten hoeven te maken voor in het bezit te komen van de vereiste vergunning. Hierdoor is tijdelijk zijn vermogensrechtelijke positie niet in waarde gedaald, maar misschien zelfs in waarde toegenomen. De met de vergunning gemoeide kosten die hij tijdelijk niet heeft hoeven maken hebben misschien rentevoordeel heeft opgeleverd. De met de vergunning gepaard gaande gelden heeft de B.V. als reserve kunnen parkeren op een bankrekening waarover rente is ontvangen. Indien de B.V. niet kapitaalkrachtig zou zijn, kan het aangaan van een lening en het betalen van een vergoeding daarover ook tijdelijk zijn uitgespaard. Daarnaast zouden de opslagkosten van het 'meerafval' als een besparing van kosten kunnen worden gezien. Indien betrokkene had gehandeld conform de vergunning, had hij waarschijnlijk een hoeveelheid afval elders moeten opslaan en bewerken. Opslag bij een derde kost geld. Deze vergunningscasuïstiek betekent voor de milieuopsporing, dat ze bij het bevoegde gezag navraag moet doen naar de vergunbaarheid van de desbetreffende activiteit. Indien deze vraag met ja kan worden beantwoord en dus eigenlijk een overtreding achteraf door het bevoegde gezag wordt gelegaliseerd, is het maar de vraag of het strafrecht en/of ontneming als interventie in dergelijke situaties wel moet worden ingezet.

¹⁰⁵ M.G. Faure en Th.A. de Roos, *Milieustrafrecht: Schatting van het voordeel en aftrek van kosten bij de oplegging van de ontnemingsmaatregel*, Den Haag: Boom juridische uitgevers, 2007, p. 296.

¹⁰⁶ Faure en De Roos hanteren het begrip wederrechtelijk in plaats van onrechtmatig.

¹⁰⁷ M.G. Faure en Th.A. de Roos, *Milieustrafrecht: Schatting van het voordeel en aftrek van kosten bij de oplegging van de ontnemingsmaatregel*, Den Haag: Boom juridische uitgevers, 2007, p. 296.

¹⁰⁸ HR 20 september 2011, ECLI:NL:HR:2011:BQ4686.

Advocaat-generaal Knigge stelt tevens in zijn conclusie¹⁰⁹, dat “*Het Hof heeft niet met zoveel worden gesteld dat de totale winst die is gemaakt met niet vergunde activiteiten rechtens nimmer als het wederrechtelijk verkregen voordeel kan worden aangemerkt. [...] Daarbij heeft het Hof, door te overwegen dat ‘de activiteiten die op het bedrijf van veroordeelde zijn verricht op zichzelf niet illegaal waren’ en dat er sprake is geweest van ‘relatieve illegaliteit’, kennelijk tot uitdrukking willen brengen dat het in dit geval niet redelijk is om de totale bedrijfswinst [...] in zijn geheel toe te rekenen aan de regelschending [...].*” Gezien voornoemde, zou de theorie van Faure en De Roos, waarbij ook ‘meeropbrengsten’ en ‘vergroting van opbrengsten’ kunnen worden berekend als wederrechtelijk verkregen voordeel bij activiteiten die in de kern niet onrechtmatig zijn, stand kunnen houden bij de ontnemingsrechter.

¹⁰⁹ HR 20 september 2011, ECLI:NL:PHR:2011:BQ4686.

5 Ontneming bij milieudelicten

Hoe wederrechtelijk verkregen voordeel kan worden ontnomen binnen milieudelicten wordt in dit hoofdstuk beschreven. Het ontnemen van wederrechtelijk verkregen voordeel kan, naast de reeds eerder beschreven bepaling van art. 36e Sr, in combinatie met de transactie, de (ontnemings)schikking en de strafbeschikking worden toegepast.

5.1 Afdoening van milieudelicten

De strafrechtelijke afdoening van een milieudelict als economisch delict vindt in veel gevallen plaats aan de hand van transactie- en tarieflijsten. In die richtbedragen is rekening gehouden met de zwaarte van het geschonden belang dat de regeling beoogt te beschermen. Ook kan een boete worden afgeroomd, de zogenaamde afroomboete¹¹⁰, bijvoorbeeld door toepassing van art. 6 lid 1 WED. Een opgelegde afroomboete staat het indienen van een ontnemingsvordering niet in de weg, doch indien sprake is van een afroomboete, dan moet daar rekening mee worden gehouden bij de bepaling van de ontnemingsvordering.¹¹¹ Zoals reeds eerder aan bod is gekomen, kan wederrechtelijk verkregen voordeel worden ontnomen op grond van art. 36e Sr. De ontnemingsprocedure bij milieudelicten verschilt niet van andersoortige delicten. Het ontnemen van wederrechtelijk verkregen voordeel bij milieudelicten is binnen politie en justitie echter nog geen gemeengoed en hier valt nog winst te behalen, waardoor ontneming meer als vanzelfsprekend onderdeel van het opsporingsonderzoek en vervolging wordt gezien.

5.2 Transactie met afneemcomponent

Op grond van art. 74 Sr kan de officier van justitie voor aanvang van de terechtzitting aan de verdachte een transactie met financiële voorwaarden aanbieden ter voorkoming van de strafvervolging wegens misdrijven bedreigd met een gevangenisstraf van zes jaar of minder. Accepteert de verdachte het aanbod en betaalt hij, dan vervalt daarmee het recht tot vervolging. Het accepteren van het aanbod geschiedt dus op vrijwilligheid van de verdachte. Aan een transactie kan de voorwaarde worden verbonden dat het wederrechtelijk verkregen voordeel geheel of gedeeltelijk moet worden terugbetaald.¹¹² Middels het aanbieden van een transactie wordt zowel de strafzaak als de ontnemingszaak buitengerechtelijk afgedaan. Het kan als pressiemiddel worden gebruikt. In het transactievoorstel dient te worden vermeld welk deel van de transactie ter ontneming van het wederrechtelijk verkregen voordeel dient en welk deel betrekking heeft op de strafzaak. De geldsom die voor het delict minimaal opgelegd moet worden bedraagt € 3,- en ten hoogste het maximum van de geldboete die voor het delict kan worden opgelegd.¹¹³ In de transactie moet door de officier van justitie worden omschreven op welk(e) feit(en) de ontnemingscomponent betrekking heeft. Dit betekent voor de (milieu)opsporing dat het voordeel per strafbaar feit moet worden berekend op basis van een transactieberekening. Voordeel berekend op grond van art. 36e lid 3 Sr kan niet middels een transactie worden ontnomen. Ter voorkoming van onnodig werk kan vooraf met de verdachte en/of diens raadsman worden overlegd over de bereidheid tot betaling. De transactie met ontnemingscomponent zal op den duur verdwijnen en overgaan in de ontnemingscomponent in de strafbeschikking.

5.3 De strafbeschikking

Met de Wet OM-afdoening¹¹⁴ is een zelfstandige sanctiebevoegdheid voor de officier van justitie ingevoerd. Op basis van deze wettelijke regeling kan de officier van justitie op grond van art. 257a Sv een strafbeschikking uitvaardigen als het strafbare feit een overtreding of

¹¹⁰ Geldboete met het oog op ongedaan maken van criminele winsten. De afroomboete maakt geen onderdeel van ontneming uit, maar is conform de Aanwijzing afpakken één van de te onderscheiden afpakkemogelijkheden.

¹¹¹ College van procureurs-generaal, Aanwijzing afpakken. 2013A021, *Stcr*. 2013, 35782, p. 4.

¹¹² Art. 74 lid 2 onder d Sr.

¹¹³ Art. 74 lid 2 onder a Sr.

¹¹⁴ Wet van 7 juli 2006, *Stb.* 2006, 330, inwerkingtreding 01-02-2008, *Stb.* 2008, 4.

misdrijf betreft, waarop gevangenisstraf is gesteld van zes jaar of minder. De inmiddels ingetrokken Aanwijzing OM-afdoening¹¹⁵ gaf aan dat het uitvaardigen van een strafbeschikking een daad van vervolging is. De verdachte kan tegen de strafbeschikking verzet instellen. Wanneer hij afstand heeft gedaan van verzet of binnen veertien dagen geen verzet heeft aangetekend, kan de tenuitvoerlegging zonder verdere tussenkomst van de rechter een aanvang nemen. Door verzet wordt de tenuitvoerlegging geschorst of opgeschort. De behandeling van het verzet tegen een strafbeschikking wordt min of meer gelijkgesteld met de behandeling van het verzet of hoger beroep tegen een rechterlijke uitspraak. Tegen de uitspraak van de rechtbank staat hoger beroep open bij het gerechtshof.¹¹⁶ Een strafbeschikking bevat een schuldvaststelling. Wordt niet vastgesteld dat de verdachte het strafbare feit heeft begaan, dan kan geen strafbeschikking worden uitgevaardigd. De strafbeschikking strekt niet ter voorkoming van vervolging maar is een afdoeningvorm waarin het OM de zaak kan vervolgen en bestraffen. Het karakter van de strafbeschikking komt overeen met een rechterlijke veroordeling.¹¹⁷ De strafbeschikking kan straffen bevatten waarvan de tenuitvoerlegging niet per definitie van de medewerking van de betrokkene afhankelijk is. Op grond van art. 257a lid 3 Sv kan een strafbeschikking ook aanwijzingen bevatten waaraan de verdachte moet voldoen. Eén van deze aanwijzingen betreft de voldoening aan de Staat van een geldbedrag of overdracht van in beslag genomen voorwerpen ter gehele of gedeeltelijke ontneming van het ingevolge art. 36e Sr voor ontneming vatbare wederrechtelijk verkregen voordeel.

5.4 De ontnemingsschikking

De officier van justitie kan ingevolge art. 511c Sv met een verdachte of een veroordeelde, schriftelijk een schikking aangaan tot betaling van een geldbedrag of tot overdracht van voorwerpen aan de Staat, zolang het ontnemingsonderzoek op de terechtzitting niet is gesloten. Het is dus mogelijk om een schikking aan te gaan voordat er een veroordeling in de hoofdzaak heeft plaatsgevonden. De schikking kan dienen ter gehele of gedeeltelijke ontneming van het voor ontneming vatbare wederrechtelijk verkregen voordeel. De schikking heeft alleen betrekking op de ontnemingszaak en niet op de strafzaak. Al het geschatte wederrechtelijk verkregen voordeel kan in de schikking worden meegenomen. Dit betekent voor de milieuopsporing dat het wederrechtelijk verkregen voordeel op basis van art. 36e lid 2 of lid 3 Sr kan worden berekend. Wordt het schikkingsvoorstel door verdachte of veroordeelde geaccepteerd en wordt deze voldaan dan is de ontnemingszaak van rechtswege geëindigd.¹¹⁸ Als achteraf blijkt dat met de betreffende delicten meer is verdiend dan aanvankelijk werd geschat, dan kan het 'meervoordeel' niet alsnog worden ontnomen. Het OM kan de schikking ook als pressiemiddel inzetten.

¹¹⁵ College van procureurs-generaal, Aanwijzing OM-afdoening (vervallen). 2013A008, *Stcr.* 2013, 11374, p.1.

¹¹⁶ Art. 404 e.v. Sv.

¹¹⁷ A.M. Hamers, *Handboek (fiscale) aanpak beroepsdelinquenten en vrijplaatsen*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2014, p. 13 en 14.

¹¹⁸ Art. 578a Sv.

6 Ervaringen denkmodel voordeeltberekening per delict

In dit hoofdstuk wordt een antwoord gegeven op de onderzoeksvraag wat de ervaringen van politie en justitie zijn met het denkmodel voordeeltberekening per delict, toegespitst op milieudelicten tot nu toe. Naar aanleiding van de interviews zijn over het denkmodel voordeeltberekening per delict twee denkrichtingen te onderscheiden. Over de overige ontnemingsonderwerpen wordt door de respondenten eensgezind gedacht.

6.1 Eerste perspectief

Het denkmodel is gebaseerd op het “groenafval-arrest”¹¹⁹ en de conclusie van advocaat-generaal Knigge¹²⁰. Een B.V. had in casu tijdelijk groenafval opgeslagen zonder vergunning. Het wederrechtelijk verkregen voordeel werd door het Hof vastgesteld op het model kostenbesparing en dit werd door de HR gebillijkt. De reden om het denkmodel te ontwikkelen, was erin gelegen dat men telkens voor het keuzeprobleem stond om het wederrechtelijk verkregen voordeel te berekenen op grond van de modellen opbrengsten minus kosten en/of kostenbesparing, en de berekening van de aftrekbare bedrijfskosten. Indien het model conform de daaraan ten grondslag liggende uitgangspunten wordt toegepast, leidt het denkmodel volgens de bedenkers tot de meest zuivere berekening van het wederrechtelijk verkregen voordeel. Respondenten 3 en 4 is ook de mening toegedaan, dat thans door de opsporing en het OM veelal wordt gekozen voor de meest gemakkelijke wijze van berekening van het wederrechtelijk verkregen voordeel. Kortom, er moet een gedachte achter zitten om het wederrechtelijk verkregen voordeel te berekenen. Als mogelijke oorzaken hiervoor noemen ze over het algemeen het ontbreken van gedegen financiële kennis bij de milieurechercheur, opsporingscapaciteit en de hoogte van het te ontnemen voordeel.

Voor een goed gebruik van het denkmodel geldt als startpunt het tenlastegelegde of bewezen strafbare feit en de plaats die het strafbare feit inneemt binnen de bedrijfsvoering. Is het strafbare feit gericht op genereren van winst, dan ga je die ontnemen. Is het feit gericht op een besparing van kosten, dan ligt het model kostenbesparing voor de hand. Volgens het denkmodel is de vraag of de activiteiten van het strafbare feit in de kern onrechtmatig zijn, leidend voor de keuze voor het model opbrengsten minus kosten of het model kostenbesparing. Daarbij kan het zijn, dat er sprake is van één of meerdere activiteiten die in de kern onrechtmatig zijn, terwijl het bedrijfsgebeuren van de verdachte in principe rechtmatig is. Is er sprake van een activiteit die in de kern onrechtmatig is, dan dient het wederrechtelijk verkregen voordeel alleen te worden berekend aan de hand van het model opbrengsten minus kosten. Het model kostenbesparing wordt dan alleen toegepast indien er sprake is van een activiteit, waarbij niet kan worden gesteld dat het handelen in de kern onrechtmatig is. Onderkent wordt, dat het criterium in de kern onrechtmatig handelen, noch door advocaat-generaal Knigge, noch door de rechter is ingevuld, maar dat daar aan de hand van in het gepubliceerde artikel genoemde voorbeelden een eigen invulling aan is gegeven. Het verschil tussen wel of niet in de kern onrechtmatig handelen, is volgens de stellers een duidelijk criterium. Bij de start van het opsporingsonderzoek kan een keuze worden gemaakt in de wijze van berekening van het wederrechtelijk verkregen voordeel. Daarbij wordt wel opgemerkt, dat je altijd een keuze kunt maken en dat dit niet betekent dat van die keuze kan worden afgeweken. Erkent wordt, dat plegers van milieudelicten vaak in een “grijs gebied” opereren, met name bij vergunningssituaties, hetgeen de keuze voor de berekeningsmethodiek kan beïnvloeden. Daarbij kan het voorkomen dat strafbaar handelen met terugwerkende kracht door het bevoegd gezag alsnog wordt gelegaliseerd.

¹¹⁹ HR 20 september 2011, ECLI:NL:HR:2011:BQ4686. Zie ook hst. 4, § 4.2 van deze scriptie.

¹²⁰ HR 20 september 2011, ECLI:NL:PHR:2011:BQ4686. Zie ook hst. 4, § 4.2 van deze scriptie.

Reden waarom het denkmodel niet wordt toegepast in de milieuopsporingspraktijk, is volgens de stellers mede gelegen in het feit dat financiële kennis die essentieel is, zoals het rechercheren in administraties en het op de juiste wijze lezen en interpreteren van jaarrekeningen, bij de gemiddelde milieurechercheur ontbreekt. In de milieuopsporingspraktijk kan dit worden ondervangen doordat het milieurechercheteam een beroep kan doen op een financieel rechercheur of accountant.

Er is ook nog geen rechtspraak voorhanden waarbij het denkmodel is toegepast, met uitzondering van het pgb-vonnis¹²¹.

6.2 Tweede perspectief

Het denkmodel is door de milieuopsporingspraktijk, politie en justitie tot op heden (nog) niet toegepast. Vanuit de landelijke werkgroep 'Financieel Rechercheren milieu' waren tot op heden¹²² ook geen ervaringen opgedaan met het denkmodel voordeeltberekening per delict. Redenen daarvoor zijn, dat het denkmodel buiten de publicatie in BOOM-Nieuws niet elders wordt uitgedragen, hetgeen de milieurechercheur die zich voor de keuze gesteld ziet om te opbrengsten minus de kosten (=winst) of besparing van kosten te gaan berekenen, niet of nauwelijks heeft bereikt.

Het onderscheid dat het denkmodel maakt tussen de gedraging die per definitie wederrechtelijk is en de gedraging die niet per definitie maar onder voorwaarden wederrechtelijk is, is een onderscheid dat juridisch gezien niet hard te maken is. Het suggereert een bepaalde tegenstelling tussen illegaal – legaal en in de kern onrechtmatig – niet in de kern onrechtmatig. Bijna alles is vergunbaar, in meer of minder strikte voorwaarden. Daardoor wordt het denkmodel door de milieuopsporingspraktijk als complex ervaren. Er staan te strakke berekeningsmethoden in, waardoor het model te weinig ruimte biedt voor maatwerk.

Omtrent de gepresenteerde stelling dat het denkmodel voor ieder strafbaar feit zou moeten leiden tot de juiste wijze van berekening van het wederrechtelijk verkregen voordeel, verschillen respondenten ook van mening met de ontwikkelaars. Het denkmodel valt niet zomaar over elk delict te leggen. Om een keuze te kunnen maken tussen de in het denkmodel gehanteerde modellen opbrengsten minus kosten of kostenbesparing, dient op voorhand een behoorlijk inzicht te zijn verkregen in het bedrijfsproces waarin het milieudelict heeft plaatsgevonden. Afhankelijk van de precieze feiten en omstandigheden van het geval, kan een keuze worden gemaakt tussen het model opbrengsten minus kosten of kostenbesparing. De criteria 'handelen in de kern onrechtmatig' komt dan niet aan de orde in het keuzeprocess. Bij milieudelicten waar de keuze tussen de opbrengsten minus kosten of kostenbesparing niet gemakkelijk is te maken, is het van belang om concreet zicht te hebben op de plaats van het delict bezien in het licht van de economische activiteit van het bedrijf. Er zijn categorieën strafbare feiten waarbij de bedoeling en richting van het strafbare feit eenduidig kan worden vastgesteld. De keuze voor het ene of het andere model ligt dan voor de hand. Bijvoorbeeld illegaal ontdoen van afval (dumping), waarbij het model kostenbesparing dan voor de hand ligt. Indien echter aan de hand van de aard van het delict geen eenvoudige keuze kan worden gemaakt, dan gaat het om categorieën strafbare feiten waar de richting en de bedoeling van het strafbare feit minder eenduidig is. Bij deze strafbare feiten zal je meer zicht moeten hebben op de aard van de bedrijfsactiviteiten, ten einde een

¹²¹ Respondent nr. 4. Rechtbank Zwolle-Lelystad 22 november 2012, ECLI:NL:RBZLY:2012:BY8458. Opgemerkt moet worden dat dit vonnis in 2012 is gewezen, en het denkmodel daarna is ontwikkeld en gepubliceerd (in februari 2013).

¹²² Op 15 januari 2015 werd mijn afstudeervoorstel en onderzoeksplan gepresenteerd aan de deelnemers van de landelijk werkgroep Financieel Rechercheren en milieu, ten einde te discussiëren over het denkmodel voordeeltberekening per delict. Uit de discussie is gebleken, dat het denkmodel voordeeltberekening per delict nagenoeg geen bekendheid had onder de deelnemers en (nog) niet wordt toegepast in de opsporingspraktijk.

keuze te kunnen maken. Het model opbrengsten minus kosten (=winst) ligt voor de hand indien het delict is gericht op het genereren van winst. De criminele winst is dan vatbaar voor ontneming. Is het delict gericht op kostenbesparing, dan ligt het andere model meer voor de hand. Daarbij zijn de concrete omstandigheden van het geval altijd leidend voor de keuze tussen de modellen opbrengsten minus kosten of kostenbesparing. Voornoemde is een meer flexibele benaderingswijze waardoor je, afhankelijk van de omstandigheden van het geval, met de tot dan toe verzamelde opsporingsgegevens gemotiveerd kunt afwijken van het gepresenteerde denkmodel.

6.3 Derde perspectief

Alle respondenten zijn van mening dat het denkmodel voordeelberekening per delict een meerwaarde kan zijn voor de transactieberekening in de milieuopsporingspraktijk. Het denkmodel biedt een handvat voor het keuzeproces in de wijze van berekening van het wederrechtelijk verkregen voordeel, zowel voorafgaand, tijdens en aan het einde van een milieuopsporingsonderzoek.

Daarnaast kan het denkmodel handvatten bieden voor de tactische¹²³ en strategische¹²⁴ inrichting van het ontneming gedeelte van het milieuopsporingsonderzoek. Aan de hand van de verzamelde opsporingsgegevens kan uiteindelijk een keuze worden gemaakt in de wijze van de berekening van het wederrechtelijk verkregen voordeel, waarmee de rechter kan worden overtuigd.

De vergunning is veelal een essentiële behoefte om op milieugebied te kunnen ondernemen. Voor de milieuopsporing is het cruciaal om per casus te achterhalen of het milieudelict, afhankelijk van de onderzochte feiten en omstandigheden, al dan niet vergunbaar is door het bevoegde gezag. Blijkt uit de omstandigheden van het geval dat een strafbaar handelen te legaliseren is, dan zou het wederrechtelijk verkregen voordeel kunnen bestaan uit een besparing van kosten voor het (tijdelijk) niet aanvragen van een vergunning. Is het handelen in de gegeven feiten en omstandigheden niet vergunbaar, dan ligt het model opbrengsten minus kosten meer voor de hand.

De financiële expertise bij de politie en het OM is goed in staat om de aan het strafbare feit direct gerelateerde kosten en afschrijvingskosten te berekenen en in mindering te brengen op het totaalvoordeel. Hetzelfde geldt ook indien vermenging van legale en illegale activiteiten optreedt, waarbij alleen de extra kosten die zijn gemaakt om het strafbare feit te plegen in mindering mogen worden gebracht op het totaalvoordeel. Omdat milieucriminaliteit veelal bedrijfsmatig gepleegde delicten zijn, is er veelal administratie voorhanden. Deze levert in veel gevallen concrete aanknopingspunten op voor de respectievelijk legale en illegale activiteiten en de daarmee gemoeide kosten. Daarnaast kunnen normstellingen worden gebruikt, afkomstig van bijvoorbeeld de FIOD of een milieubranche. De recente invoering van de Wet verruiming mogelijkheden bestrijding financieel-economische criminaliteit¹²⁵, heeft er o.a. voor gezorgd dat kostenaf trek wordt beperkt. De respondenten zien deze invoering niet meer als een weergave van de geldende jurisprudentie. De respondenten zijn van mening dat het niet wenselijk is als de gedachtegang van de minister van Justitie, zoals deze is omschreven in de memorie van toelichting, door de milieuopsporingspraktijk zal worden gevolgd. Het doel van de maatregel verandert dan van reparatoir naar een meer punitieve maatregel. De milieuopsporing dient rekening te houden met de kostenaf trek, zoals deze in de rechtspraak is ontwikkeld. Een rechter zal bij een voordeelberekening waarbij geen rekening gehouden is met kostenaf trek, van zijn matigingsbevoegdheid gebruikmaken.

¹²³ Waarheidsvinding, onderzoek naar wederrechtelijk verkregen voordeel et cetera.

¹²⁴ Sturingsinformatie om de beschikbare opsporingscapaciteit (mens en middelen) zo effectief en efficiënt mogelijk in te zetten of recherche-informatie gebruiken voor het ontwikkelen van beleid.

¹²⁵ Wet van 19 november 2014, *Stb.* 2014, 445.

Bedrijfsmatig gepleegde milieucriminaliteit vergt kennis over rechtspersonen en ondernemingsrecht. Het ontbreken van financiële deskundigheid binnen de milieurechercheteams is een ervaren knelpunt. Rechercheren in administraties en financieel rechercheren is cruciaal voor het ontnemen van wederrechtelijk verkregen voordeel, maar kan daarnaast ook een verhoogde bijdrage leveren voor het te genereren bewijs voor de milieustrafzaak. De drijfveer voor het plegen van een milieudelict is veelal een financieel motief en niet gericht op de aantasting van het milieu.

Door de integratie van de deskundigen van het BOOM in het FP, is expertise op ontnemingsgebied makkelijker bereikbaar. Toch moet ervoor worden gewaakt dat door deze samenvoeging geen verwatering van de opgebouwde expertise plaatsvindt. Specialisten worden ook betrokken bij de makkelijkere ontnemingszaken, waarbij minder of geen expertise van deze specialisten nodig is.

7 Conclusies en aanbevelingen

Zoals eerder in deze scriptie vermeld, kent het denkmodel voordeelsberekening per delict¹²⁶ uiteindelijk drie categorieën strafbare feiten en zes mogelijke uitkomsten (modellen) voor het berekenen van het wederrechtelijk verkregen voordeel¹²⁷. De in § 1.2 van deze scriptie vermelde uitgangspunten liggen aan het denkmodel ten grondslag.

De centrale vraagstelling van dit onderzoek is: *in hoeverre het huidig denkmodel voor de voordeelsberekening van het wederrechtelijk verkregen voordeel per delict binnen de opsporing van milieudelicten toepasbaar is*. Bij het formuleren van de conclusie op de centrale vraagstelling, wordt ter onderbouwing gebruik gemaakt van de informatie die verkregen is uit de bestudeerde literatuur, jurisprudentie, bureauonderzoek (politie intranet) en de informatie uit de interviews met experts op het gebied van milieu en/of ontneming, alsmede de antwoorden op de deelvragen uit de hoofdstukken 2 t/m 6.

7.1 Conclusies

Doel van de ontnemingsmaatregel

Het doel van de ontnemingsmaatregel¹²⁸ is het terugbrengen van de veroordeelde in de vermogenstoestand die zou hebben bestaan als ware het strafbare feit niet gepleegd, kortom herstel van de onrechtmatige toestand. Het doel van de ontnemingsmaatregel is voor alle categorieën delicten gelijk.

Wederrechtelijk (onrechtmatig) verkregen voordeel

Wat de categorie milieudelicten nu zo bijzonder maakt ten opzichte van commune delicten, is het feit dat milieudelicten gelegaliseerd kunnen worden. Dit feit heeft grote invloed op de berekening van het wederrechtelijk verkregen voordeel. Milieudelicten kunnen gelegaliseerd worden door een vergunning, vrijstelling of ontheffing, dit in tegenstelling tot de commune delicten die per definitie in de kern onrechtmatig zijn.¹²⁹ Daarnaast zal bij milieudelicten het wederrechtelijk verkregen voordeel veelal niet alleen bestaan uit het met het gepleegde delict verdiende profijt, in de zin van op geld waardeerbare winst (opbrengsten minus kosten), maar veeleer uit een besparing van kosten.¹³⁰ Dit betekent voor de milieuopsporing en de rechter, dat er veelal een keuze moet worden gemaakt tussen de modellen opbrengsten minus de kosten en/of kostenbesparing bij de respectievelijke schatting en vaststelling van het wederrechtelijk verkregen voordeel.

Ontnemingrechtspraak

Het wederrechtelijk verkregen voordeel kan worden vastgesteld op de opbrengsten minus kosten en/of kostenbesparing. Het niet tijdig aanvragen van een vergunning, kan als een besparing van kosten in de zin van wederrechtelijk verkregen voordeel worden aangemerkt, indien er sprake is van activiteiten die op zichzelf niet illegaal zijn, maar dat daarvoor een vergunning is vereist.¹³¹ De milieuopsporing dient op voorhand rekening te houden met de ter terechtzitting in te brengen verweren van de verdachte/veroordeelde. Aangezien de vergunning veelal de sleutel is om binnen de milieuterreinen te bewegen, kan worden gesteld dat het voor de milieuopsporing cruciaal is om per casus te achterhalen of de

¹²⁶ J.H. Gerrits februari 2013, *Voordeelsberekening per delict. Een keuze tussen winst, kostenbesparing, of een combinatie van beiden?*, BOOM-Nieuws 67. Hardinxveld-Giessendam: Tuijtel 2013, p. 18-25.

¹²⁷ Zie afbeelding 2, § 1.2 van deze scriptie.

¹²⁸ Zie § 2.4 van deze scriptie.

¹²⁹ Uitzonderingen daargelaten, bijvoorbeeld het verstrekken van medicinale weed of heroïne kan onder bepaalde voorwaarden wel worden toegestaan middels een vergunning/vrijstelling/ontheffing.

¹³⁰ Zie hst. 3 van deze scriptie.

¹³¹ HR 20 september 2011, ECLI:NL:HR:2011:BQ4686.

strafbare activiteit(en), afhankelijk van de onderzochte feiten en omstandigheden, vergunbaar is door het bevoegde gezag.¹³²

Werking van ontneming binnen milieudelicten

De berekeningsmethodiek en ontnemingsprocedure bij milieudelicten verschillen niet van andersoortige delicten. Wel zit er verschil in de uitgangspunten om tot een bepaalde berekening te komen. Uit het onderzoek kan verder worden geconcludeerd dat de voordeelsberekening per delict het meest wordt en kan worden toegepast binnen milieudelicten, dit in tegenstelling tot de periodeberekening. Omdat bij milieudelicten veelal een administratie voorhanden is, kan deze concrete aanknopingspunten opleveren voor het strafbare feit en het daaruit genoten voordeel en de direct gerelateerde kosten, ook indien sprake is van vermenging van legale en illegale activiteiten. Indien er geen administratie wordt aangetroffen, of het totale handelen als crimineel kan worden beschouwd, dan biedt de periodeberekening soelaas. Ontneming van wederrechtelijk verkregen voordeel bij milieudelicten, kan (thans nog) middels een transactie met afneemcomponent plaatsvinden. De strafbeschikking zal de transactie gaan vervangen. Ook kan een ontnemingschikking worden aangeboden. Wordt deze geaccepteerd dan kan geen ontnemingszitting meer plaatsvinden, maar de milieustrafzaak vindt gewoon doorgang.¹³³

Ervaringen denkmodel voordeelsberekening per delict¹³⁴

Er zijn categorieën milieudelicten waarbij de bedoeling en de richting van het delict eenduidig kan worden vastgesteld. In dergelijke gevallen zal de keuze voor de wijze van de berekening van het wederrechtelijk verkregen voordeel dan ook voor de hand liggen. Bij dergelijke milieudelicten komt de prangende vraag dan niet aan de orde, of nu het wederrechtelijk verkregen voordeel aan de hand van het model opbrengsten minus kosten (winst) en/of het model kostenbesparing moet worden berekend. Een voorbeeld daarvan is bijvoorbeeld het zich illegaal ontdoen van afvalstoffen. Het te berekenen wederrechtelijk verkregen voordeel zal in een dergelijk geval veelal bestaan uit een besparing van kosten. Echter, indien de richting en de bedoeling van het milieudelict minder eenduidig is vast te stellen en aan de hand van het delict geen eenvoudige keuze kan worden gemaakt voor de berekening van het wederrechtelijk verkregen voordeel, dan kan worden geconcludeerd dat de opsporingsambtenaar meer zicht zal moeten hebben op de aard van het milieudelict bezien in het licht van het bedrijfsproces. Het denkmodel wordt niet of nagenoeg niet gebruikt in de milieuopsporingspraktijk. Het wordt als complex ervaren en de onderscheidingen die in het model zijn aangebracht, zijn juridisch gezien geen harde criteria.¹³⁵

Ontneming nog niet als volwaardig onderdeel van het (milieu)opsporingsonderzoek

Daarnaast kan uit het onderzoek worden geconcludeerd dat ontneming van wederrechtelijk verkregen voordeel nog te weinig als een volwaardig onderdeel van het (milieu)opsporingsonderzoek wordt gezien. Ontneming wordt nog te vaak ervaren als "iets" wat "er bij" gedaan moet worden.

7.2 Aanbevelingen

Aanbeveling 1: vereenvoudiging van het denkmodel voordeelsberekening per delict

Het verdient aanbeveling verder te onderzoeken op welke wijze het denkmodel voordeelsberekening per delict kan worden vereenvoudigd c.q. aangevuld. Met name de gehanteerde begrippen in de eerste en derde categorie delicten, te weten 'legaliteit' en het juridisch niet harde criterium 'in de kern (niet) onrechtmatig handelen' worden als te complex

¹³² Zie hst. 4 van deze scriptie.

¹³³ Zie hst. 5 van deze scriptie.

¹³⁴ J.H. Gerrits februari 2013, *Voordeelsberekening per delict. Een keuze tussen winst, kostenbesparing, of een combinatie van beiden?*, BOOM-Nieuws 67. Hardinxveld-Giessendam: Tuijtel 2013, p. 18-25.

¹³⁵ Zie hst. 6 van deze scriptie.

ervaren in de milieupsporingspraktijk. In bijlage 4 wordt een eerste aanzet gegeven tot vereenvoudiging van het model, waaraan verdere invulling kan worden gegeven.

Na een vereenvoudiging van het denkmodel zal het gebruik naar verwachting toenemen. Een toename van het gebruik kan ertoe leiden dat het denkmodel landelijk wordt uitgedragen en, in tegenstelling tot nu het geval is, ook in de milieupsporing zal worden gebruikt. Vereenvoudiging zou ook voor de niet financieel geschoolde milieurechercheur een handvat kunnen bieden, waardoor het deel uit gaat maken van de “gereedheidskist” van de milieurechercheur en hij zijn kennis uitbreidt. Het verdient aanbeveling om deze veronderstellingen na vereenvoudiging van het model te onderzoeken.

Door de vereenvoudiging in meerdere vakbladen te publiceren, kan een groter publiek worden bereikt. Om de (milieu)rechercheur bereiken is de financiële vakliteratuur, zoals BOOM-Nieuws¹³⁶, niet de meest voor de hand liggende keuze. Door een vereenvoudiging van het denkmodel zal waarschijnlijk ook een grotere massa worden bereikt in het totale opsporingsdomein.

Aanbeveling 2: voorafgaand aan preweegdocument en projectvoorstel denkmodel voordeelsberekening per delict raadplegen

Het verdient aanbeveling het denkmodel voordeelsberekening per delict te raadplegen voorafgaand bij het opmaken van een preweegdocument en projectvoorstel, waarin de tactische en strategische onderzoeksdoelstellingen van het (milieu)opsporingsonderzoek worden geformuleerd. Voorafgaand aan het opsporingsonderzoek, kan reeds worden nagedacht over de informatie die nodig is ten behoeve van de waarheidsvinding voor de milieustrafzaak, maar ook voor het ontnemingsgedeelte van het opsporingsonderzoek. De kans, dat informatie om het wederrechtelijk verkregen voordeel aan te kunnen tonen verloren gaat of in zijn geheel niet wordt ontdekt, zal dan minder plaatsvinden. Ook kan op voorhand beter een inschatting worden gemaakt welke mensen en middelen (opsporingscapaciteit) er nodig zijn om de onderzoeksdoelstellingen te bereiken, waardoor projectmatig maatwerk de effectiviteit en de efficiëntie van de beschikbare opsporingscapaciteit ten goede komt. Betreft het een complexe milieu- en ontnemingszaak, dan kan bijvoorbeeld een forensisch accountant als deskundige bij het opsporingsonderzoek worden betrokken. Het verdient aanbeveling een preweegdocument of projectvoorstel door een financieel deskundige te laten beoordelen op de (on)mogelijkheden van ontneming. De (landelijke) Milieukamer¹³⁷ dient een preweegdocument of projectvoorstel zonder dat daarin een ontnemingsdoelstelling is opgenomen, niet te accepteren en terug te verwijzen met de opdracht die doelstelling alsnog erin op te nemen.

Aanbeveling 3: gemotiveerde onderbouwing bij afwijking van het denkmodel voordeelsberekening per delict

Het denkmodel voordeelsberekening per delict kan handvatten bieden voor de keuze om het wederrechtelijk verkregen voordeel te gaan berekenen op grond van de modellen opbrengsten minus kosten en/of kostenbesparing. De keuze voor de berekening van het wederrechtelijk verkregen voordeel dient in het proces-verbaal (ontnemingsrapport) terdege onderbouwd te worden, met name indien wordt afgeweken van het denkmodel. In het standaard proces-verbaal voordeelsberekening per delict¹³⁸ (ontnemingsrapport), ontbreekt de verplichting om de keuze gemotiveerd te onderbouwen. Het verdient daarom aanbeveling een paragraaf op te nemen in het standaard proces-verbaal voordeelsberekening per delict, waarin de keuze voor de berekening gemotiveerd wordt onderbouwd en weergegeven.

¹³⁶ Het voormalige vakblad BOOM-Nieuws heet thans aFPakken.

¹³⁷ Milieukamer stuurt top-down op het halen van informatie en het uitvoeren van milieuonderzoeken.

¹³⁸ Politiekennisnet, d.d. 12 februari 2015, standaardrapport transactieberekening, BIN-nummer 000002, versie 1.03.

Aanbeveling 4: beschrijving bedrijfsproces door een (financieel) expert

Het verdient aanbeveling de bedrijfsprocesbeschrijving van het subject van onderzoek bij complexe milieuontnemingszaken (mede) door een expert te laten beschrijven. Hierbij kan worden gedacht aan een financieel expert zoals een forensisch accountant, een milieuhygiënisch medewerker of een procestecnoloog. Een rechter zal aan die bevindingen een hoge (bewijs)waarde toekennen, hetgeen weer een grond kan opleveren voor de vaststelling van het wederrechtelijk verkregen voordeel door de rechter.

Aanbeveling 5: onderzoek naar legalisering van de situatie

Uit mijn onderzoek kan worden gesteld, dat het voor de milieuopsporing cruciaal is om bij iedere casus te achterhalen of het gepleegde milieudelict, afhankelijk van de onderzochte feiten en omstandigheden, al dan niet vergunbaar is door het bevoegde gezag. Blijkt uit de omstandigheden van het geval, dat een strafbaar handelen achteraf te legaliseren valt, dan zou het wederrechtelijk verkregen voordeel kunnen bestaan uit een besparing van kosten. Ik zeg expliciet kunnen, want indien een illegale situatie onder de gegeven omstandigheden vergunbaar zou zijn, zou dit ook een grond kunnen opleveren om niet te gaan vervolgen. Is het handelen naar aanleiding van de feiten en omstandigheden niet vergunbaar, m.a.w. er is dan nooit een legale situatie denkbaar en per definitie 'in de kern onrechtmatig', dan ligt het model opbrengsten minus kosten meer voor de hand.

Aanbeveling 6: ontneming van wederrechtelijk verkregen voordeel als volwaardig onderdeel van het (milieu)opsporingsonderzoek

De financiële paragraaf van de preweegdocumenten en projectvoorstellen voor milieudelicten worden niet of nauwelijks ingevuld. De projectleider van het milieuopsporingsonderzoek zal er op moeten toezien dat dit wel plaatsvindt, voordat deze worden ingestuurd naar de Milieukamer. Voor de inrichting van het afpak- of ontnemingsgedeelte van het milieuopsporingsonderzoek, is veelal financieel rechercheren en dus financiële deskundigheid vereist. Het verdient aanbeveling om bij het milieuopsporingsonderzoek tijdig financiële deskundigheid te betrekken. In zowel de voorfase als tijdens het milieuopsporingsonderzoek, kan worden gedacht aan de expertise van financieel recheurders, dan wel aansturing van het financiële/ontnemingsgedeelte door hen te laten plaatsvinden. In de meer complexe milieuzaken kan zelfs een beroep worden gedaan op forensisch accountants van het FP. Het OM dient de preweegdocumenten en projectvoorstellen alleen te accepteren als een financiële paragraaf is vermeld en de keuze om wel of niet te gaan ontnemen zijn verantwoord. Tenslotte dient de (zaaks)officier van justitie als eindverantwoordelijke voor het milieuopsporingsonderzoek erop toe te zien, dat er zoveel mogelijk, naast een procesdossier voor het milieudelict (de strafzaak), een ontnemingsrapportage wordt opgemaakt (voor de ontnemingszaak).

Nawoord

Ik kwam binnen het Team Commune delicten van de Bovenregionale Recherche Zuid-Nederland van de politie eenheid Oost-Brabant, voor de eerste keer in aanraking met het opstellen van ontnemingsrapportages voor commune delicten waarbij het wederrechtelijk verkregen voordeel middels de transactieberekening werd berekend. Bij het Interregionale Milieuteam van de Bovenregionale Recherche Zuid-Nederland, heb ik voor het eerst te maken gekregen met de projectmatige opsporing van zware milieucriminaliteit. Bij mijn keuze voor het onderwerp, wilde ik onderzoek doen naar een praktisch juridisch probleem, welke van betekenis kan zijn voor (o.a.) het Team Milieu van de politie eenheid Limburg, waar ik sinds november 2014 werkzaam ben. Het zoeken naar een onderwerp, het definiëren van een goede hoofdvraag en deelvragen, heeft tot heel wat hoofdbrekens geleid. Op het eindresultaat ben ik zeer trots. In de voorbereiding en gedurende het onderzoek, heb ik ook veel geleerd over deze complexe (milieu)ontnemingsmaterie. Ook het inrichten en uitvoeren van mijn onderzoek was erg leerzaam. Gedurende dit onderzoek heb ik (nog) meer affiniteit gekregen met financieel rechercheren en de ontneming van wederrechtelijk verkregen voordeel. Ik hoop ook mijn collega's middels deze scriptie hiervoor te enthousiasmeren en dat wij criminele verdiensten uit de gepleegde milieudelicten meer gaan ontnemen. Ik hoop ook dat ik mijn kennis over dit onderwerp in de toekomst nog verder kan en mag gaan uitbreiden.

Tijdens mijn afstudeeronderzoek en eigenlijk tijdens mijn gehele vier jaar durende HBO-opleiding, heb ik steun gehad aan collega's, collega-studenten, docenten en niet in de laatste plaats diverse familieleden en vrienden. Dank voor jullie ondersteuning en begrip, omdat ik soms andere prioriteiten moest stellen. Ook gaat een speciaal woord van dank uit naar mijn opdrachtgever Bert de Vries, die mij de mogelijkheid heeft geboden om dit onderzoek te realiseren.

Een aantal personen verdienen het om nader te worden genoemd, omdat ik zonder hen en hun kritieken mijn studiedoelen niet had kunnen behalen. Een speciaal woord van dank gaat uit naar mijn praktijkbegeleider en collega Frank Meekels die mij de afgelopen vier jaren heeft begeleid en ondersteund. Ook wil ik docent Dick Haster bedanken voor zijn inzet als docent en coach in de afgelopen vier jaren van wie ik veel heb geleerd. Ook wil ik mijn inhoudsdeskundige Maurice Sprenkels bedanken voor zijn ondersteuning tijdens mijn afstuderen. Mijn vrouw wil ik ook graag bedanken voor haar ondersteuning en begrip op diverse momenten tijdens de studie. Ook jij was de afgelopen twee jaar ontzettend druk met je masteropleiding sportfysiotherapie, wat af en toe leidde tot erg drukke momenten. We werden in april 2014 ook nog eens voor de eerste keer papa en mama van een prachtige dochter, hetgeen ons leven niet alleen in positief opzicht veranderde, maar dit soms ook leidde tot extra drukke momenten. Vanaf nu heb ik dan ook meer tijd om aan ons gezin te besteden. Daarnaast wil ik mijn (schoon)ouders ook bedanken. Door jullie steun en het geregeld oppassen op jullie kleindochter, heeft mij dit meer tijd en rust gegeven om mijn studie te kunnen volbrengen. Last, but not least, wil ik mijn collega George van der Zon ontzettend bedanken voor zijn begeleiding en positieve kritieken tijdens mijn afstuderen.

Nogmaals aan allen hartelijk dank!

Tonny Heij

Afkortingenlijst

Art.	Artikel
BOOM	Bureau Ontnemingswetgeving Openbaar Ministerie
BTW	Belasting Toegevoegde Waarde
B.V.	Besloten Vennootschap
BW	Burgerlijk Wetboek
cao	Collectieve arbeidsovereenkomst
e.v.	En volgende
FP	Functioneel Parket van het Openbaar Ministerie
HR	Hoge Raad der Nederlanden
OM	Openbaar Ministerie
p.	pagina
SFO	Strafrechtelijk financieel onderzoek
Sr	Wetboek van Strafrecht
Stb.	Staatsblad
Stcrt.	Staatscourant
Sv	Wetboek van Strafvordering
SZW	Sociale Zaken en Werkgelegenheid
Wabo	Wet algemene bepalingen omgevingsrecht
WED	Wet op de economische delicten
Wm	Wet milieubeheer

Begrippenlijst

Afpakken

Afhandig maken van financiële opbrengsten uit criminele activiteiten.

Financieel-economische criminaliteit

Verzamelnaam voor een groot aantal vormen van misleiding met het doel om geld van anderen afhandig te maken, zoals fraude, corruptie en verduistering.

Financieel rechercheren

Financieel rechercheren is het proces van verzamelen, veredelen, bewerken en analyseren van financiële gegevens met het doel deze gegevens te gebruiken in een strafrechtelijk onderzoek naar personen, groepen of zaken.

Inrichtingen

Een gedeelte van de milieuregels hebben betrekking op milieu-inrichtingen (bijvoorbeeld fabrieken, bedrijven). Het betreft hier onder meer milieuregels die zijn opgenomen in de vergunning van de inrichting. Het zijn juist deze vergunningen die naast de Wabo ook door de Wet Bibob kunnen worden aangepakt. Overtreding van de milieuregels uit de vergunningen wordt ook wel inrichtinggebonden milieucriminaliteit genoemd.

Milieucriminaliteit

Milieucriminaliteit karakteriseert zich met name in het plegen van strafbare feiten die de natuur, leefomgeving en gezondheid van mens en/of dier aantasten. Het is een vorm van criminaliteit die ernstige gevolgen heeft voor het milieu en de gezondheid, maar ook van de veiligheid en leefbaarheid van de woonomgeving. Er is sprake van milieucriminaliteit wanneer er overtredingen van milieuregels in het geding zijn. De kwalificatie van milieucriminaliteit richt zich tot de normstelling, de Wet waarin de bepaling is opgenomen.

In het referentiekader voor de politiemilieutaak van de Raad van Hoofdcommissarissen is een onderverdeling gemaakt van milieucriminaliteit¹³⁹:

Eenvoudige milieudelicten zijn overtredingen die de veiligheid en leefbaarheid in wijken en gebieden aantasten. Het zijn de eenvoudige milieudelicten die geacht worden door de basispolitieteams zelfstandig te worden afgehandeld.

Middelzware milieucriminaliteit wordt als volgt gedefinieerd. Dit zijn de minder eenvoudige delicten uit de milieuwetten. Als voorbeelden kunnen worden genoemd structurele schendingen van milieuvoorschriften binnen inrichtingen, illegale handel in beschermde plant- en diersoorten, illegale opslag van afvalstoffen, illegale handel en/of opslag van verboden consumptievuurwerk en de meer complexe delicten uit de zogenaamde groene milieuregeling.

Bij zware milieucriminaliteit is sprake van een combinatie van criteria. Er is sprake van zware milieucriminaliteit indien aan 3 van de volgende 5 criteria wordt voldaan:

- In georganiseerd verband gepleegd (zowel georganiseerde criminaliteit en organisatiecriminaliteit). Hieronder valt ook het criterium 'bedrijfsmatig karakter'.
- Het milieu is stelselmatig verontreinigd of aangetast;
- Er is multidisciplinair, complex of langdurig recherche onderzoek nodig;
- Commune delicten (fraude, omkoping, oplichting) vormen belangrijke bestanddelen;

¹³⁹ Raad van Hoofdcommissarissen, Referentiekader politiemilieutaak (2004).

- De zaak is interregionaal. Veel zware milieudelicten hebben internationale aspecten maar dit is geen noodzakelijke voorwaarde.

Bestrijding van milieucriminaliteit

Hiermee worden in dit onderzoek bedoeld alle opsporings- en preventieactiviteiten die bijdragen aan het tegengaan van de milieucriminaliteit.

Ontdoener

Primaire ontdoener is degene die zich van een afvalstof ontdoet, welke bij hem is ontstaan. Secundaire ontdoener is degene een afvalstof van een ontdoener in ontvangst heeft genomen en zich vervolgens van deze afvalstof ontdoet. Afvalstoffen zijn alle stoffen, preparaten of voorwerpen, waarvan de houder zich ontdoet, voornemens is zich te ontdoen of zich moet ontdoen (afvalstoffen als bedoeld in art. 1.1 lid 1 Wm).

Preweeg

Een document waarin de aard en omvang van een probleem wordt omschreven. Dit document is bestemd voor de besluitvorming over onderwerpen voor (de voorbereiding van) onderzoeken. In het preweegdocument kan worden volstaan met constatering en welke minimaal zijn onderbouwd met bronvermelding. Indien gewenst kan een advies van de samensteller worden opgenomen. In deze fase zijn nog niet alle vragen te beantwoorden.

Projectvoorstel

Een document waarin de probleemstelling uit het preweegdocument is gevalideerd. Op basis van het meest waarschijnlijke scenario ontstaat een bepaalde hypothese aan de hand waarvan een onderzoeksdoelstelling is geformuleerd (Smart). In het projectvoorstel worden opties tot keuze van aanpakmogelijkheden gegeven. In het plan van aanpak, feitelijk een goedgekeurd projectvoorstel worden de doelstelling, tactiek, scenario's, strategieën, hypothesen, operationele aanpak en/of ambities omschreven.

Witwassen

Omzetten of overdragen van crimineel vermogen waardoor dit een schijnbaar legaal karakter krijgt met als doel het verhullen van de criminele herkomst.

Bronnen

Boeken

Faure & De Roos 1997

M.G. Faure & Th.A. de Roos (1997). *De ontneming van het wederrechtelijk verkregen voordeel in Nederlandse en Belgische milieustrafzaken*. Antwerpen: Intersentia.

Faure & De Roos 1998

M.G. Faure & Th.A. de Roos (1998). *De berekening van het wederrechtelijk verkregen voordeel uit milieudelicten*. Den Haag: SDU.

Faure & De Roos 2007

M.G. Faure & Th.A. de Roos (2007). *Schatting van het voordeel en aftrek van kosten bij de oplegging van de ontnemingsmaatregel*. Milieustrafrecht. Den Haag: Boom juridische uitgevers.

Hamers 2014

A.M. Hamers (2014). *Handboek (fiscale) aanpak beroepscriminelen en vrijplaatsen*. Den Haag: Boom juridische uitgevers.

Kelk & De Jong 2013

C. Kelk & F. de Jong (2013). *Studieboek materieel strafrecht*. Deventer: Kluwer.

Punt 2011

H.G. Punt (2011). *Praktijkboek ontneming van het wederrechtelijk verkregen voordeel*. Den Haag: SDU.

Ruis e.a. 2010

J. Ruis e.a. (2010). *Kernopgave 43.3.09: meewerken aan een financieel rechercheonderzoek. "Leerboek Ontneming"*. Zutphen: Politieacademie, School voor Recherche, Team Tactiek Opsporing.

Van Keken & Haster 2008

H. van Keken & D. Haster (2008). *Voor het juridisch onderzoek. Het formuleren van een probleemstelling*. Amsterdam: Boom onderwijs.

Van Schaaijk 2011

G.A.F.M. van Schaaijk (2011). *Praktijkgericht juridisch onderzoek*. Den Haag: Boom Juridische uitgevers.

Verhoeven 2014

N. Verhoeven (2014). *Wat is onderzoek? Praktijkboek voor methoden en technieken*. Den Haag: Boom Lemma uitgevers.

Vermeulen 2005

G.P. Vermeulen (2005). *De strafrechtelijke toepassing van de kasopstelling en de vermogensvergelijking*. Sneek: G.P. Vermeulen 2005.

Artikelen

Gerrits 2013

J.H. Gerrits (2013). *Voordeelsberekening per delict. Een keuze tussen winst, kostenbesparing, of een combinatie van beiden?* BOOM-Nieuws 2013, nr. 67 uitgave van het

Functioneel Parket Bureau Ontnemingswetgeving Openbaar Ministerie (2013). Hardinxveld-Giessendam: Tuijtel.

Hofstee 2014

Hofstee (2014). *Art. 36e Sr Tekst & Commentaar*. (Kluwer Navigator).

Rosing 2014

M.E. Rosing (2014). Wet verruiming mogelijkheden bestrijding financieel-economische criminaliteit: werk aan de winkel!. Tijdschrift Onderneming & Strafrecht in praktijk nummer 7/8. Den Haag: SDU.

Regelingen

College van procureurs-generaal, Aanwijzing ontneming. 2009A003, *Stcrt.* 2009, 40.
College van procureurs-generaal, Aanwijzing OM-afdoening. 2013A008, *Stcrt.* 2013, 11374.
College van procureurs-generaal, Aanwijzing afpakken. 2013A021, *Stcrt.* 2013, 35782.
College van procureurs-generaal, Instructie Afpakken. 2013A008. In aanvulling op de Aanwijzing afpakken. 2013A021, *Stcrt.* 2013, 35782.

Stukken van de Tweede Kamer der Staten-Generaal

Kamerstukken II 1989/90, 21 504, nr. 3 (MvT).

Kamerstukken II 2012/13, 33 685, nr. 3 (MvT).

Jurisprudentie

HR 08 juli 1992, ECLI:NL:HR:1992:AC0473.
HR 05 december 1995, ECLI:NL:HR:1995:ZD0312.
HR 30 oktober 2001, ECLI:NL:HR:2001:AB3200.
HR 27 januari 2004, ECLI:NL:HR:2004:AN7666.
HR 27 januari 2004, ECLI:NL:PHR:2004:AN7666.
HR 13 juli 2010, ECLI:NL:HR:2010:BL1454.
HR 31 mei 2011, ECLI:NL:HR:2011:BQ1967.
HR 20 september 2011, ECLI:NL:HR:2011:BQ4686.
HR 20 september 2011, ECLI:NL:PHR:2011:BQ4686.
Gerechtshof Arnhem 30 augustus 2011, ECLI:NL:GHARN:2011:BR6455.
HR 31 januari 2012, ECLI:NL:HR:2012:BT6972.
Rechtbank Zwolle-Lelystad 22 november 2012, ECLI:NL:RBZLY:2012:BY8458.
Rechtbank Oost-Brabant 10 januari 2014, ECLI:NL:RBOBR:2014:78.

Intranet

Politiekennisnet (PKN). Domeinen: "milieucriminaliteit", "opsporing", "financiële opsporing".
Politiekennisnet (PKN). Raad van Hoofdcommissarissen (2004), Referentiekader politiemilieutaak.

Internet

www.jure.nl
www.kluwnavigator.nl
www.om.nl
www.overheid.nl
www.rechtspraak.nl
www.rijksoverheid.nl
www.uitspraken.nl

Bijlage 1: Artikel 36e Wetboek van Strafrecht

(geldend per 01-01-2015) Art. 36e

- 1. Op vordering van het openbaar ministerie kan bij een afzonderlijke rechterlijke beslissing aan degene die is veroordeeld wegens een strafbaar feit de verplichting worden opgelegd tot betaling van een geldbedrag aan de staat ter ontneming van wederrechtelijk verkregen voordeel.

- 2. De verplichting kan worden opgelegd aan de in het eerste lid bedoelde persoon die voordeel heeft verkregen door middel van of uit de baten van het daar bedoelde feit of andere strafbare feiten, waaromtrent voldoende aanwijzingen bestaan dat zij door de veroordeelde zijn begaan.

- 3. Op vordering van het openbaar ministerie kan bij een afzonderlijke rechterlijke beslissing aan degene die is veroordeeld wegens een misdrijf dat naar de wettelijke omschrijving wordt bedreigd met een geldboete van de vijfde categorie, de verplichting worden opgelegd tot betaling van een geldbedrag aan de staat ter ontneming van wederrechtelijk verkregen voordeel, indien aannemelijk is dat of dat misdrijf of andere strafbare feiten op enigerlei wijze ertoe hebben geleid dat de veroordeelde wederrechtelijk voordeel heeft verkregen. In dat geval kan ook worden vermoed dat:

a. uitgaven die de veroordeelde heeft gedaan in een periode van zes jaren voorafgaand aan het plegen van dat misdrijf, wederrechtelijk verkregen voordeel belichamen, tenzij aannemelijk is dat deze uitgaven zijn gedaan uit een legale bron van inkomsten, of;

b. voorwerpen die in een periode van zes jaren voorafgaand aan het plegen van dat misdrijf aan de veroordeelde zijn gaan toebehoren voordeel belichamen als bedoeld in het eerste lid, tenzij aannemelijk is dat aan de verkrijging van die voorwerpen een legale bron van herkomst ten grondslag ligt.

- 4. De rechter kan ambtshalve, op vordering van het openbaar ministerie of op het verzoek van de veroordeelde afwijken van de in het derde lid genoemde periode van zes jaren en een kortere periode in aanmerking nemen.

- 5. De rechter stelt het bedrag vast waarop het wederrechtelijk verkregen voordeel wordt geschat. Onder voordeel is de besparing van kosten begrepen. De waarde van voorwerpen die door de rechter tot het wederrechtelijk verkregen voordeel worden gerekend, kan worden geschat op de marktwaaarde op het tijdstip van de beslissing of door verwijzing naar de bij openbare verkoop te behalen opbrengst, indien verhaal moet worden genomen. De rechter kan het te betalen bedrag lager vaststellen dan het geschatte voordeel. Op het gemotiveerde verzoek van de verdachte of veroordeelde kan de rechter, indien de huidige en de redelijkerwijs te verwachten toekomstige draagkracht van de verdachte of veroordeelde niet toereikend zullen zijn om het te betalen bedrag te voldoen, bij de vaststelling van het te betalen bedrag daarmee rekening houden. Bij het ontbreken van zodanig verzoek kan de rechter ambtshalve of op vordering van de officier van justitie deze bevoegdheid toepassen.

- 6. Onder voorwerpen worden verstaan alle zaken en alle vermogensrechten.

- 7. Bij het vaststellen van het bedrag van het wederrechtelijk verkregen voordeel op grond van het eerste en tweede lid ter zake van strafbare feiten die door twee of meer personen zijn gepleegd, kan de rechter bepalen dat deze hoofdelijk dan wel voor een door hem te bepalen deel aansprakelijk zijn voor de gezamenlijke betalingsverplichting.

- 8. De rechter kan bij de bepaling van de hoogte van het voordeel kosten in mindering brengen die rechtstreeks in verband staan met het begaan van strafbare feiten, bedoeld in het eerste tot en met derde lid, en die redelijkerwijs voor aftrek in aanmerking komen

- 9. Bij de bepaling van de omvang van het bedrag waarop het wederrechtelijk verkregen voordeel wordt geschat, worden aan benadeelde derden in rechte toegekende vorderingen alsmede de verplichting tot betaling aan de staat van een som geld ten behoeve van het slachtoffer als bedoeld in artikel 36f voor zover die zijn voldaan, in mindering gebracht.
- 10. Bij de oplegging van de maatregel wordt rekening gehouden met uit hoofde van eerdere beslissingen opgelegde verplichtingen tot betaling van een geldbedrag ter ontneming van wederrechtelijk verkregen voordeel.
- 11. Lijfswang kan met toepassing van artikel 577c van het Wetboek van Strafvordering door de rechter tot maximaal drie jaar worden bevolen en geldt als maatregel.

Bijlage 2: Lijst van geïnterviewde personen

Referenten	Functie(s)
1	Operationeel specialist A, bureau financiële recherche, politie eenheid Limburg
2	Financieel expert B, financieel economische criminaliteit, politie eenheid Limburg
3	Senior forensisch accountant, Functioneel Parket Rotterdam (voorheen BOOM)
4	Forensisch accountant, Functioneel Parket Rotterdam (voorheen BOOM)
5	Officier van justitie, milieu en fraude, Functioneel Parket "s-Hertogenbosch
6	Parketsecretaris, afpakken, Functioneel Parket "s-Hertogenbosch
7	Operationeel specialist A, coördinator milieuoopsporingsonderzoeken, Team Milieu, politie eenheid Limburg
8	Senior advocaat-generaal, Ressortsparket Zwolle, tevens bijzonder hoogleraar strafrecht universiteit Maastricht

Bijlage 3: Interviewprotocol

1. Inleiding

Introductie, beschrijving onderzoek, doelstelling onderzoek en terugkoppeling onderzoek (interviewuitwerking ter verificatie, en evt. scriptie/samenvatting van de onderzoeksresultaten).

2. Topiclijst

- de werking van ontneming bij milieudelicten;
- stand van zaken ontneming binnen milieuopsporing tot nu toe;
- ervaringen ontneming bij (milieu)delicten;
- ervaringen denkmodel voordeelsberekening per delict bij (milieu)delicten;
- denkmodel: knelpunten, voor- en/of nadelen, verbeterpunten;
- denkmodel: wederrechtelijk verkregen voordeel bepalen op winst en/of kostenbesparing;
- denkmodel: vermenging legale en illegale activiteiten, voordeelsberekening en kostenaf trek;
- denkmodel: kans op 'meerontneming' dan daadwerkelijk is verdiend;
- denkmodel: rechtsgevoel bepaling wederrechtelijk verkregen voordeel op basis van kostenbesparing, terwijl met strafbaar handelen opbrengsten kunnen zijn behaald;
- denkmodel: opportuniteit om te ontnemen (bij overtredingen van vergunningsvoorwaarden, onbewuste overtredingen en een op winst gerichte bedrijfsvoering);
- toepassing van de periodeberekening bij milieudelicten;
- beperking aftrek van kosten (per 01-01-2015) en de gevolgen daarvan voor de ontneming bij milieudelicten en/of het denkmodel;
- (mogelijke) gevolgen voor de ontnemingpraktijk door reorganisatie Nationale Politie;
- (mogelijke) gevolgen voor de ontnemingpraktijk door integratie voormalige BOOM en het FP.

Bijlage 3a Interview respondent 1

Uitwerking interview Respondent 1 d.d. 16-01-2015.

Voorstellen en doelstelling onderzoek en doel van het interview.

Dhr. (geanonimiseerd), operationeel specialist A bij de Dienst Regionale Recherche van de politie-eenheid Limburg, afdeling Bureau Financiële Recherche (BFR). De BFR verricht financiële onderzoeken in de zin van witwasonderzoeken, bevorderen financieel rechercheren collega opsporingsambtenaren, berekenen wederrechtelijk verkregen voordeel, hoofdzakelijk bij commune zaken, maar ik heb ook voordeeltberekeningen gemaakt voor milieudelicten.

Wat is uw ervaring omtrent de ontneming van wederrechtelijk verkregen voordeel bij milieudelicten?

Ik ben bekend met het denkmodel voordeeltberekening per delict, welke is gepubliceerd in BOOM-nieuws nr. 67 in 2013. Als je naar het denkmodel kijkt wordt er een koppeling gemaakt tussen wederrechtelijk verkregen vermogen, enerzijds door deze te bepalen op de opbrengst minus de kosten (winst) en anderzijds wederrechtelijk verkregen vermogen als besparing van kosten.

Mijn ervaring m.b.t. milieudelicten is dat het een niet los staat van het ander. Milieudelicten worden veelal gepleegd door ondernemingen, rechtspersonen. Het kostenaspect maakt deel uit van de bedrijfsomzet. Daar staat ook een winst tegenover en hoe lager de kosten zijn hoe hoger de winst kan uitvallen. Meer winst kan worden gegenereerd met minder kosten. Bij milieucriminaliteit zal je veelal bedrijfsmatig moeten kijken naar de omzet in relatie tot legaal en illegaal handelen, indien sprake is van een verdachte onderneming/rechtspersoon. Een rechtspersoon kan ook middels een schikking worden gecorrigeerd.

Het doel van de ontnemingswetgeving is iemand terugbrengen in de positie die hij had voordat het strafbare feit werd gepleegd. In het strafrecht betekent dit dat je het voordeel moet berekenen. Je moet het voordeel schatten, want exact kun je dat nagenoeg niet berekenen. Ook moet je rekening houden met dubbeltellingen. In een ontnemingszitting legt de rechter een ontnemingsmaatregel op. Een voordeeltberekening opstellen is tijdrovend. Bij milieudelicten worden zaken soms sneller afgedaan, bijvoorbeeld door veroordeling tot een geldboete waarbij voordeel wordt verrekend (afroomboete) of dat er wordt geschikt. Indien zaken middels een schikking worden afgedaan scheelt dit bij de rechterlijke macht en het OM capaciteit. Vaak kiest men voor die methode, waarbij er tussen het OM en de verdachte wordt onderhandeld. Voor de milieuopsporing betekent dit wel dat er een voordeeltberekening moet worden opgemaakt, in de vorm van een transactieberekening of een termijnberekening, waarbij het voordeel wordt geschat. Bij milieudelicten heb je ook nog andere mogelijkheden om te corrigeren, bijvoorbeeld middels de overige maatregelen in art. 8 WED, maar ook niet strafrechtelijke ontnemingsmogelijkheden zijn mogelijk door andere overheden, die soms meer effect hebben dan strafrecht.

Wat zijn uw ervaringen m.b.t. de transactieberekening in relatie tot milieudelicten?

Bij milieubedrijven zie je dat de administratie toch wel redelijk klopt. Dus je kunt een vrij goede transactieberekening maken en deze is veelal gebaseerd op de besparing van kosten. Je ziet dat veel bedrijven kosten willen besparen door zich met name te ontdoen van productiegoederen en restproducten wat overbodig zijn. Omdat de kosten lager zijn, kunnen ze meer winst maken. Anderzijds heb ik ook wel de ervaring dat ondernemingen feitelijk kosten opvoeren die in werkelijkheid niet zijn gemaakt. Door het zogenaamd als kostenpost in de boekhouding te vermelden pleegt men valsheid in geschrift. Op papier hebben ze kosten gemaakt en dat drukt de winst. Door dit te doen betalen ze ook nog eens minder belasting. Als het bedrijf lagere kosten opvoert of deze in zijn geheel niet zouden verantwoorden, dan zou dat opvallen in vergelijking met soortgelijke bedrijven in de branche

die wel daadwerkelijk gemaakte kosten opvoeren. De gedeclareerde kosten verdwijnen zo in eigen zak. Dit betekent dat je als opsporingsambtenaar goed onderzoek moet doen naar hoe de geld- en goederenstromen lopen, de rechtspersoon, wie zit er achter de rechtspersoon zit etc. om eventuele schijnconstructies bloot te leggen.

Volgens het denkmodel voordeelsberekening per delict kan het wederrechtelijk verkregen voordeel worden berekend aan de hand van winst (opbrengst – kosten) en/of kostenbesparing. Met name de component en/of is voor de milieuopsporing lastig te bepalen. Want wanneer bereken je de winst, kostenbesparing of beide als wederrechtelijk verkregen voordeel?

Als je gaat kijken naar strafbare feiten in relatie tot verdovende middelen, met als voorbeeld de drugshandelaar die zelf gebruikt, dan is de opbrengst van de handel minus de kosten aan te merken als wederrechtelijk verkregen voordeel, waarbij ook nog eens de kostenbesparing door het eigeengebruik kan worden aangemerkt als voordeel. Het denkmodel geeft dit goed weer.

Als een milieubedrijf heeft gefraudeerd met de overschrijding van een vergunningsvoorwaarde voor bijvoorbeeld het innemen van afval dan kan het zijn dat ze op papier een aantal ton hebben ingenomen, maar feitelijk meer hebben ingenomen dan was vergund. De meeropbrengst zou je als wederrechtelijk verkregen voordeel kunnen zien. Ook moet je rekening houden met gemaakte kosten. Ook zouden kosten kunnen zijn bespaard, bijvoorbeeld door investeringskosten uit te stellen, vergunningsaanvraag om meerafval in te nemen uit te stellen of niet aan te vragen.

Wat betekent dit voor de berekening van het voordeel voor de milieuopsporing?

Om een berekening te maken op basis van opbrengsten minus de kosten en/of kostenbesparing, moet je toch met tal van factoren rekening houden. Je moet stellingen kunnen onderbouwen, aannames moeten worden geverifieerd. Daar gaat veel opsporingscapaciteit inzitten. Duidelijke afspraken tussen opsporing en bijvoorbeeld gemeente of provincie van wie doet nu wat, het liefst voorafgaand aan het opsporingsonderzoek en een goede afstemming van wie wat gaat doen in de integrale aanpak. Tegenwoordig zie je in het kader van het 'afpakken' dat de samenwerking met andere overheden meer gestalte krijgt. Overheden werken niet meer naast elkaar door.

Naar aanleiding van het voorbeeld dat het bedrijf meerafval inneemt dan is vergund, zou er volgens het denkmodel sprake zijn van categorie strafbaar feit 'een andere gedraging'. Ik laat daarbij in het midden of deze gedraging in de kern (on)rechtmatig is. Als berekeningsmethodiek kan ik het voordeel per delict berekening op basis van de meeropbrengsten of op basis van de besparing van kosten. Wat als er sprake is van meeropbrengsten en kostenbesparing?

Bepaalde investeringskosten die niet zijn gemaakt, kunnen daar in de vorm van besparing van kosten worden berekend. In het denkmodel zou daar rekening mee gehouden kunnen worden. Je zult dit per zaak moeten bekijken. Het denkmodel als richtlijn gebruiken van waar kan ik het plaatsen is heel goed, maar je zult bij iedere zaak moeten bekijken hoe is het nu precies gegaan. Dit betekent goed analyseren. Wat was de modus operandi, hoe hebben ze gehandeld, welke factoren in relatie tot gemaakte kosten spelen mee, wat voor voordeel hebben ze gemaakt en inderdaad, in hoeverre was het handelen (gedeeltelijk) illegaal.

Wat zijn uw ervaringen m.b.t. de periodeberekening?

De periodeberekening wordt met name door ons toegepast bij natuurlijke personen die actief zijn op crimineel gebied en dit kunnen ook milieudelicten zijn. Je gaat dan uit van een termijn, een termijnberekening. Je hebt onduidelijk welke strafbare feiten er zijn gepleegd en je hebt niet de beschikking over de exacte pleegdata etc.. Een transactieberekening kun je dan niet maken. Je hanteert vervolgens een termijn en berekent wat zijn begin- en eindpositie in financiële zin betreft. Je kijkt dan naar de inkomende en uitgaande geldstroom.

Heeft de verdachte meer geld uitgeven dan er middels legale bron is ingekomen, dan kun je stellen dat de meeruitgaven zijn wederrechtelijk verkregen voordeel is. Vaak zie je bij milieudelicten dat je de strafbare feiten wel kunt benoemen en ook wanneer ze gepleegd zijn. Dit kan blijken uit bijvoorbeeld de administratie, kasboek etc.. Daar kun je de feiten uit herleiden en dan kun je inderdaad per feit een voordeelsberekening maken. Hoofdzakelijk wordt als periodeberekening de eenvoudige kasopstelling gebruikt. Deze heeft alleen betrekking op contante geldstromen, m.a.w. wat gaat in de beurs aan geld en wat gaat de beurs uit. Dit is ook makkelijker aan te tonen en de advocatuur kan dat bijna niet onderuit halen. Je staat er dus een stuk sterker mee dan de vermogensvergelijking. Een complete vermogensvergelijking is van veel factoren afhankelijk. De tegenpartij kan daar zodanig op gaan schieten dat je daarmee zwakker staat. Een eenvoudige kasopstelling gebaseerd op contant geld kan de advocatuur bijna niet onderuit halen. Een vermogensvergelijking wordt bij milieudelicten eigenlijk niet toegepast. Je hebt veelal te maken met een onderneming en dan is het moeilijker, zo niet ondoenlijk, om aan te tonen wat de onderneming legaal en illegaal aan opbrengsten heeft gehad. Ze proberen dan alles op papier legaal te maken. Bij een onderneming is dat dan veel moeilijker te verifiëren dan bij een natuurlijk persoon. Het is daarom dat met name bij milieudelicten gekozen wordt voor de voordeelsberekening per feit, dus per delict.

Bij milieudelicten kan sprake zijn van vermenging van legale en illegale activiteiten. Kosten die worden gemaakt, moeten worden toegerekend aan de respectievelijk legale en illegale activiteit. Wanneer de illegale situatie vergunbaar zou zijn, is daarmee een legale situatie denkbaar en zijn de kosten meer concreet te berekenen. Wanneer de activiteit illegaal is en niet vergunbaar zou zijn is geen legale situatie denkbaar. De kosten zijn dan moeilijker te berekenen. Hoe moet de milieuopsporingspraktijk daarmee omgaan?

Je hebt kengetallen die als norm gehanteerd kunnen worden. Aan die norm houden we vast. Neem bijv. de asbestbranche. Als een bedrijf volgens een lager tarief asbest kan verwijderen, dan moet er een lampje gaan branden. Wijkt iets van de norm af dan ga je daar onderzoek naar doen. Je kijkt dan ook naar de verwevenheid binnen de rechtspersonen en in hoeverre hebben ze valsheid in geschrift gepleegd etc.. De belastingdienst zou een belangrijke bron kunnen zijn voor normen omtrent een aannemelijke kostenberekening.

Onlangs heb ik een mensenhandel zaak behandeld. In een seksclub werden een aantal dames uitgebuit, zeg maar vier van de tien dames. Er was dus sprake van deels legale en illegale activiteiten. De administratievoering was niet conform de regels. Dan wordt het moeilijk om het wederrechtelijk verkregen voordeel te berekenen. Je kunt daar wel een soort van berekening op los laten, maar uiteindelijk is het wederrechtelijk verkregen voordeel moeilijk vast te stellen, want wat had de onderneming nu aan illegale stroom aan opbrengsten en wat aan legale stroom aan opbrengsten. Recentelijk zijn een aantal uitspraken gedaan over wat is aan te merken als winst als wederrechtelijk verkregen voordeel en wat niet m.b.t. vermenging legale en illegale activiteiten. In de kern komt het erop neer, dat als het zodanig vermengd is dat je moeilijk kunt vaststellen welk gedeelte legaal of illegaal is, dan zegt de rechtspraak toch eigenlijk dat de hele winst besmet is. Er wordt dan aangenomen dat de gehele opbrengst wederrechtelijk verkregen voordeel is. Dat is natuurlijk ook vergelijkbaar bij milieuzaken, maar doorgaans heb je bij milieudelicten wel het geluk dat enige registratie in de vorm van administratie wordt bijgehouden zodat je concreter kunt vaststellen wat legaal en illegaal is verdiend. Geconcludeerd kan worden dat de voordeelsberekening per delict een goede berekeningsmethode is voor milieudelicten indien vermenging optreedt. Een periodeberekening ligt minder voor de hand als er geen administratie is. Je ziet dan wel aan de geldstroom dat er meer is uitgegaan dan ingekomen, maar hoe zit dat dan met de verdeling legaal - illegaal. Dat is dan niet of veel moeilijker aan te tonen.

Je moet bij vermenging ook letten op de aftrekbare kosten. Zijn er kosten gemaakt in relatie tot legale activiteit en zijn er extra kosten gemaakt voor de illegale activiteit, dus dat moet je

heel helder hebben. Je moet in de gaten houden dat je geen dubbeltellingen krijgt in de kosten. Indien er geen extra kosten voor de illegale activiteiten behoeven te worden gemaakt, dan zijn ze niet aftrekbaar als kosten. Als je een ontnemingsrapport hebt opgemaakt, dan gaat de advocatuur daar natuurlijk erop schieten. Ze zullen proberen kosten op te voeren zodat het eindbedrag van het voordeel lager wordt en daarmee gunstiger voor de veroordeelde.

Per 1 januari jl. is de Wet verruiming mogelijkheden bestrijding financieel-economische criminaliteit in werking getreden. Aan art. 36e Sr is een lid toegevoegd welke de aftrek van kosten beperkt. In de MvT geeft de minister als voorbeeld assimilatielampen voor een hennepplantage als niet aftrekbare kostenpost. Wat vind je van de beperking van aftrek van kosten?

Dat is alleen maar gunstig voor de opsporing, want dan hoeft je daar in je berekening geen rekening mee te houden. De lampen moeten wel worden aangeschaft wil je hennep kunnen telen. Er worden dus kosten gemaakt die in relatie staan tot het strafbare feit. Eerlijker is als afschrijvingskosten in mindering kunnen worden gebracht. De vraag is hoe de rechter in de toekomst met deze beperking omgaat.

Wat als er sprake is van een groot feitencomplex?

Bij milieudelicten is dit altijd een beetje moeilijk in de wijze hoe je gaat berekenen als sprake is van een groot feitencomplex. Je moet daar een goede keuze in maken, uiteraard in overleg met de zaaksofficier. Er zijn een groot aantal feiten gepleegd, in hoeverre ga je per feit berekenen. Neem als voorbeeld een vuurwerkdeldict waarbij illegaal 1.1 vuurwerk uit China illegaal is geïmporteerd en waarbij verschillende overtredingen worden gepleegd. Ga je dit per doos, per container of per stuks vuurwerk berekenen. In de vuurwerkzaak BRZ-71 hebben we naar een tijdsperiode gekeken en per container berekend, waarbij de noodzakelijk gemaakte kosten werden afgetrokken.

Wat zegt je rechtsgevoel als de rechter het wederrechtelijk verkregen voordeel vaststelt op basis van kostenbesparing voor het niet aanvragen van een vergunning, terwijl er mogelijk door het strafbaar handelen opbrengsten zijn gegenereerd? Als voorbeeld een bedrijf die groenafval heeft ingenomen tegen een geldelijke vergoeding en het afval in strijd met de vergunning heeft opgeslagen binnen de inrichting. Gezegd moet worden dat de inrichting wel zodanig ingericht was dat wanneer hij een vergunning had aangevraagd deze ook had gekregen?

Het is inderdaad frustrerend, veel wordt vergund in milieuzaken. Hoe gaat bevoegd gezag om met vergunningverlening, wordt het wel of niet vergund zeg maar, wordt er achteraf nog wat rechtgetrokken door de vergunning uit te breiden. Formeel gezien is er een overtreding van een vergunningsvoorschrift dat gekwalificeerd kan worden als een milieudeldict. Met name speelt dit in milieuzaken waarbij de provincie of gemeente als bevoegd gezag toch vaak tegemoet komt aan de overtreder. Het is krom dat vooraf geen vergunning was afgegeven en achteraf wel. Je moet je dan afvragen of strafrecht het geëigende middel is om die delicten aan te pakken.

Wat zal de reorganisatie Nationale Politie betekenen voor de ontnemingspraktijk?

Dat zal de toekomst moeten uitwijzen. Er komt meer kennis op de districten en robuuste basisteams, want ze krijgen een verplichting opgelegd om te ontnemen. Ik denk wel dat het een goede zaak is dat financiële doelen gedecentraliseerd zijn weggezet. Leg je de verantwoordelijkheid bij één team, dan zie je dat er minder betrokkenheid is om financieel te rechercheren en te ontnemen. Als je alle onderdelen van de organisatie erbij betreft, is de betrokkenheid bij het onderwerp groter. Daar is dan weer een taak weggelegd voor de expertisegroep. Ook is er een afpakcel, maar ik ken de werkbeschrijving niet. De naam is een beetje ongelukkig gekozen want de afpakcel is eigenlijk een informatieafdeling die aan de voorkant analyses maakt. De opsporing gaat er vervolgens tactisch mee aan de slag. De

cel zou breder kunnen werken en ook milieugerelateerd kunnen denken. Dit zou een aanbeveling kunnen zijn voor de milieuopsporingspraktijk en ontneming.

In het reorganisatieplan is rekening gehouden met formatieplaatsen van financiële expertise bij het Team Milieu, echter zijn die nog niet ingevuld. De vraag is of je die fulltime nodig hebt of dat je expertise inhuurt wanneer je het nodig hebt. Je kunt ze in twee fases inzetten. Primair als het projectvoorstel wordt gemaakt. Een financieel specialist kan advies geven over de financiële componenten in je milieuopsporingsonderzoek. Daarnaast kan de specialist worden ingezet bij de schatting en berekening van het wederrechtelijk verkregen voordeel. Hij kan dan sturing geven aan dat onderdeel van de opsporing of zelf onderzoek doen, maar hij kan ook gedeeltelijk taken delegeren. Zo kunnen bankgegevens ook door andere opsporingsambtenaren worden bevestigd.

Voor een milieurechercheur is kennis op het gebied van ondernemingsrecht een must. Want met name in milieuzaken moet je bepalen wie de normadressant is. Is dit de ondernemer, de onderneming, de feitelijk leidinggever, de opdrachtgever of degene die daadwerkelijk de touwtjes in handen had?

Heeft de samenvoeging van het FP en BOOM nog knelpunten opgeleverd?
Wij merken er eigenlijk niks van. Het heeft alleen een andere naam gekregen.

In hoeverre is het denkmodel toepasbaar binnen milieudelicten?

Ik heb het denkmodel niet bewust gebruikt. Wel onbewust in de zin van die en die stappen ga je ondernemen. Ik heb niet naar het denkmodel gekeken waar het precies onder kan vallen. Daarmee classificeer je eigenlijk de modus operandi hoe je het gaat toepassen. Je gaat kijken naar de strafbare feiten, door wie die zijn gepleegd, wat voor voordeel hebben ze erbij genoten, waarom hebben ze dat op die wijze gedaan. Als je die analyse helder hebt, dan kun je zeggen waar het binnen het denkmodel onder valt en wie je het gaat aanrekenen. Het denkmodel zorgt toch voor een bepaalde structuur in de aanpak, maar je zult primair moeten kijken naar de concrete omstandigheden van de zaak. Ieder feit is nl. anders. Je moet als onderzoeksteam een standpunt innemen in de wijze van berekening. Dit zal veelal gelegen zijn in de mate van je bewijs. Je moet een keuze maken en daarvoor gaan. Tegenwoordig wordt gekeken voor de meest praktische oplossing en welke overheid kan het beste doel bereiken met zo min mogelijk capaciteit.

Zelf heb ik in het verleden een aantal langdurige en kortdurende opsporingsonderzoeken geanalyseerd m.b.t. faillissementsfraude. Deze opsporingsonderzoeken zijn te vergelijken met milieuzaken. Uit analyse is mij gebleken dat de strafoplegging bij langdurige en korte opsporingsonderzoeken nagenoeg gelijk was. Strategisch gezien kan met minder opsporingscapaciteit hetzelfde worden bereikt. Dus de politie draait m.b.t. faillissementsfraude meer 'korte klap' onderzoeken. Dit principe zou je ook bij milieudelicten moeten toepassen. Je kunt wel een hoop milieudelicten extra onderzoeken en opvoeren, maar als de strafoplegging bij enkele opgevoerde milieudelicten hetzelfde is, dan is dat ook voldoende. Probeer dan het voordeel af te romen op een andere manier dan via het strafrecht. In de vuurwerkzaak is naast het strafrecht middels de Wet BIBOB de vuurwerkvergunning ingetrokken. De overtreding van toekomstige milieudelicten werd op die manier beëindigd.

Bijlage 3b Interview respondent 2

Uitwerking interview Respondent 2 d.d. 16-01-2015:

Voorstellen en doelstelling onderzoek en doel van het interview.

Dhr. (geanonimiseerd), financieel expert B, afdeling Thematische Opsporing van de Dienst Regionale Recherche, afdeling finEC (fraudeonderzoeken en witwassen). In het verleden werkzaam als financieel expert bij de Bovenregionale Recherche Zuid-Nederland m.b.t. ontneming van wederrechtelijk verkregen voordeel op het gebied van milieucriminaliteit, commune criminaliteit en financieel-economische criminaliteit.

Hoe werkt ontneming binnen milieudelicten?

Dat ligt aan het delict. Je hebt delicten waarbij wederrechtelijk verkregen voordeel te berekenen is in de zin van dat er daadwerkelijk een bruto-omzet is geweest die je met de kosten verminderd, waardoor je dan een netto criminele omzet overhoudt. En je hebt delicten waarbij er sprake is van een wederrechtelijk verkregen voordeel bestaande uit een kostenbesparing, waarbij men bepaalde dingen niet heeft gedaan die normaal gesproken geld hadden moeten kosten. Besparing van kosten wordt ook gezien als wederrechtelijk verkregen voordeel. Besparing van kosten is eigenlijk typisch iets voor milieudelicten. In commune opsporingsonderzoeken komt dit nagenoeg niet voor.

Hoe wordt ontneming toegepast door de milieuopsporing?

Over het algemeen is de milieurechercheur druk bezig met de milieuwetten en over het algemeen niet makkelijk te porren om iets te doen voor art. 36e Sr. De werkelijke ontneming wordt eigenlijk weinig toegepast bij milieudelicten is mijn ervaring. Je moet de mensen echt pushen om daar ook iets mee te doen. Ook het FP, waar ik tot nu toe ervaring mee heb, is op het gebied van de wat zwaardere milieucriminaliteit over het algemeen niet zo gemakkelijk te porren om ook nog iets met wederrechtelijk verkregen voordeel te doen.

Waar ligt dat aan?

Dat ligt veelal aan gebrek aan kennis en ervaring. Men is veel te veel gefixeerd en opgeleid in de richting van het specialisme van milieu. Aan ontneming is in zijn algemeenheid onvoldoende aandacht aan besteed.

In welke fase van het opsporingsonderzoek moet rekening worden gehouden met financieel onderzoek / ontneming?

Direct in het begin. In je plan van aanpak moet je daar al over al nadenken. Dat betekent dat je van begin af aan op een iets andere manier je onderzoek moet gaan inkleden, gegevens moet gaan verzamelen. Je moet duidelijk hebben wie je verdachte is. Bij de zwaardere milieudelicten heb je veelal te maken met rechtspersonen en wie is binnen de rechtspersoon degene die de feitelijke leiding heeft gehad over de verboden gedraging. Wie heeft nu het wederrechtelijk voordeel gekregen? Zit dat nog in de normale bedrijfsvoering van de onderneming? Wat je vaak bij milieudelicten ziet is, dat men niet alleen maar milieudelicten pleegt, maar dat er ook gewoon legale werkzaamheden worden verricht. Er loopt bij vermenging dan ook nog een zwart gedeelte door het bedrijf en dat maakt het ingewikkeld. De zwarte geldstroom, de wederrechtelijke geldstroom, die verdwijnt in feite in de boekhouding van het totale bedrijf en die zie je vaak niet boven komen drijven als wederrechtelijk voordeel waarbij iemand of iets rechtstreeks gebruik van maakt. Het heeft vaak ook te maken met concurrentie. Doordat men bepaalde dingen niet doet of nalaat, of bepaalde gedragingen pleegt, kan men concurrerender zijn dan soortgelijke bedrijven binnen de branche. Je ziet dan wel dat er geld in de onderneming blijft zitten, waardoor men een betere concurrentiepositie heeft t.o.v. andere branchegenoten. Daardoor krijg je natuurlijk een stukje vervuiling van de branche in de vorm van concurrentievervalsing. Bedrijven die op een nette manier ondernemen komen niet meer aan de bak omdat ze te duur zijn. Bedrijven die het op een mindere nette manier doen en waarbij het wederrechtelijk verkregen voordeel in hun bedrijfsvoering zit, kunnen concurrerender werken. Bij milieudelicten heb je dus te

maken met andere aspecten waarmee je rekening moet houden in vergelijking met andere delicten, waarbij je gewoon een wederrechtelijk verkregen voordeel ziet bij iemand en waar iemand rechtstreeks gebruik van kan maken.

Een milieudelict is veelal ook een fraudedelict, omdat er over het algemeen bescheiden niet conform de eisen wordt ingevuld, waardoor een ander beeld geschapen wordt dan het feitelijke. Beide vormen van criminaliteit zijn niet gemakkelijk te onderzoeken. Daarbij komt nog eens dat je bij milieudelicten rekening moet houden met een vergunning. Meestal heb je te maken met toezichthouders die op de gedragingen toezicht hadden moeten houden, maar dit misschien niet hebben gedaan. Daardoor kom je heel snel in het milieutechnische gebeuren terecht en op die manier kom je niet echt uit met het wederrechtelijk verkregen voordeel, want dan gaat het om de techniek. Overtreding van een vergunning hoeft niet direct een financieel gewin op te leveren. Mijn voorkeur gaat er naar uit om op het commune delict te gaan zitten, zoals bijv. valsheid in geschrift en de daaruit vloeiende voordelen, nadelen of kostenbesparing te berekenen en te ontnemen.

Hoe werken andere ontnemingsvormen binnen milieudelicten?

Een schikking is een maatregel dat justitie kan aanbieden om strafvervolgning te voorkomen. De schikking wordt wel vaker toegepast omdat milieudelicten het over het algemeen ingewikkelde procedurele onderzoeken zijn, waarbij beide partijen veel tijd kwijt zijn om de bewijsvoering goed neer te leggen of te weerleggen. Het bedrijf heeft er baat bij dat het geen openbare zitting wordt en de naamsbekendheid niet te grabbel wordt gegooid. Daarnaast spelen hoge juridische kosten mee zoals advocaatkosten, heeft de verdachte een bewijsplicht en zal het bedrijf met allerlei technische gegevens op de proppen moeten komen. Het OM hoeft geen procedure aanhangig te maken en men krijgt een x-bedrag binnen als genoegdoening. Beide zijn gebaat bij het feit dat het geen langdurige kwestie wordt. Voor de milieuopsporing betekent een schikking niets anders dan dat ze hun werk moeten doen. Er moet een proces-verbaal opgemaakt worden en op basis daarvan kan de officier van justitie besluiten om wel of niet te schikken. De voordeelsberekening dient standaard bij elk (milieu)delict te worden uitgevoerd, waarbij moet worden aangegeven of er wederrechtelijk verkregen voordeel is genoten, dan wel dat er schade is ontstaan. Op basis van die gegevens moet de officier van justitie een beslissing geven over de hoogte van de schikking. Belangrijk is dus dat de politie een voordeelsberekening maakt om te komen tot een genoegdoening.

Een ontnemingsprocedure kan worden gestart, maar voordat zaak op zitting komt legt OM zijn claim neer bij de verdachte/veroordeelde en kan er worden onderhandeld over het te betalen bedrag. Komt men er gezamenlijk niet uit, dan is het aan de rechter om het wederrechtelijk verkregen voordeel op zitting vast te stellen.

Daarnaast kunnen aan rechtspersonen hoge geldboetes worden opgelegd. Deze mogelijkheid biedt niet bij alle rechtspersonen soelaas, bijv. wanneer een groot bedrijf miljoenenomzet heeft is een geldboete van de zesde categorie niet hoog. De boete die een toezichthouder kan opleggen kan wel in de miljoenen lopen en meer soelaas bieden. Je moet daarin een keuze maken. Belangrijk is dat je die keuze aan de voorkant van je milieuopsporingsonderzoek maakt in overleg met het OM. Mijn tip is, ga niet zomaar machtigingen SFO's en conservatoir beslag aanvragen. Het kan nl. zijn dat je subject in een dusdanige financiële positie verkeert dat deze gedurende je onderzoek failliet gaat. Kostbare opsporingscapaciteit gaat dan verloren. Indien je conservatoir beslag wilt gaan leggen dan moet je je afvragen of je dat wel moet doen. Een curator heeft ook bepaalde bevoegdheden om beslag te leggen en mogelijk dat je daar mee kunt samenwerken. Dit bespaart opsporingscapaciteit. Je kunt wel heel diepgravend onderzoek doen en mogelijk veel voordeel berekenen, maar van een kale kip kun je niet plukken. Zit het voordeel bij de natuurlijke persoon dan loont ontneming. Zit of zat het voordeel alleen in het vermogen van de rechtspersoon, dan zou de aandeelhouder voordeel hebben zonder dat die het weet.

Ontneming bij de aandeelhouders kan dus niet. Je komt dan uit bij de feitelijk leidinggever, maar je moet bewijzen of hij, of de onderneming het voordeel heeft genoten. In veel gevallen zal de onderneming het voordeel hebben genoten. Je moet puur kijken naar waar de ontnemingsmaatregel voor bedoeld is. Daarnaast heb je ook nog te maken met een stukje politiek. Indien voordeel bij de onderneming wordt ontnomen en deze failleert, dan vallen er ook nog eens ontslagen en wil je dat?

Dan heb je nog de maatregel in de WED dat je alles in de staat moet terugbrengen waarin het verkeerde. Bij milieudelicten kan dat erg duur zijn. Dat kan vele malen duurder zijn voor de overtreder dan dat je de ontnemingsmaatregel toepast. Er zijn een aantal keuzes waar samen met het OM naar gekeken moet worden. Justitie is behoudend om dergelijke maatregelen toe te passen i.v.m. eventuele schadeclaims. Verder kent de WED ook nog een behoorlijke boeteoplegging.

Wat is uw ervaring omtrent de ontneming van wederrechtelijk verkregen voordeel bij milieudelicten middel het denkmodel?

Ik vind het een vrij simpel model, want het is lang niet over alle delicten heen te leggen. Als je naar de categorie 'er is sprake van een gedraging die nooit legaal kan zijn' gaat kijken, dan heb je het misschien over een amfetamine lab. Dat is natuurlijk een behoorlijk milieudelict want er zijn allerlei stoffen voorhanden in een omgeving waar geen vergunning op rust. Dat zou je als milieudelict kunnen zien, maar in het algemeen brengt men dat weer onder de opiumwetgeving. Ik kan me ook niet direct een milieusituatie voor de geest halen waarbij er sprake is van een gedraging die nooit legaal kon zijn. Ook niet de handel in illegaal vuurwerk omdat er veelal sprake is van vermenging. De handelaar in vuurwerk zal veelal ook deels legaal in vuurwerk handelen. Vuurwerk wordt dan legaal verkocht met een stukje illegaliteit. Je hebt bij milieudelicten zelden een situatie dat het nooit legaal kon zijn. Er is dan sprake van een vermenging van legale en illegale milieuactiviteiten of vermenging van milieudelicten met andere delicten. Indien er sprake is van vermenging van milieudelicten met bijvoorbeeld fraude- of Opiumwetdelicten dan wordt het al problematisch. Maar het is zelden dat je een situatie tegenkomt die nooit legaal kon zijn.

Dan krijg je de specificatie 'sprake van eigen gebruik'. Eigen gebruik van wat? Als je het over meststoffen hebt of ontgrinden, dan wordt er misschien wel wat aan eigen gebruik gedaan, maar alles wat van wederrechtelijk afkomstig is natuurlijk, ook als je het voor eigen gebruik hebt, voordeel. Op zich is dat allemaal logisch.

De opbrengst minus de direct gerelateerde kosten levert dan niet echte winst, maar criminele winst op. En de besparing van kosten heb je ook heel veel in je processen. Als mensen iets illegaals doen hebben ze een stukje besparing van kosten, dus die moet je erbij tellen. Dat is op zich een normale logische redenering die niet alleen voor milieudelicten opgaat.

Als er geen sprake is van 'een gedraging die nooit legaal kon zijn', dan is er volgens het model mogelijk sprake van 'ontdoening van afvalstoffen'. Dat is een vorm van een milieudelict en er zijn meerdere voorbeelden van te bedenken. Nu is het begrip afvalstoffen natuurlijk ook heel breed en dat maakt het ook vaak heel lastig, want er zijn een hoop stoffen die in de jurisprudentie niet als afvalstoffen worden gezien. Dus daar is het ook niet altijd even duidelijk om zo'n model te hanteren, want wat zijn afvalstoffen? Gas door de schoorsteen is in feite ook een afvalstof die in het milieu terecht komt. Stoffen die in de bodem, lucht en water komen zijn allemaal afvalstoffen. Je moet goed naar de definitie van de afvalstof gaan kijken. Vervolgens de specificatie in het model, want 'is er met de ontdoening opbrengst behaald', dan zou je afvalstoffen hebben moeten verkopen wil je er voordeel mee behalen. De opbrengst is iets wat je krijgt. De besparing van kosten is iets anders. Het begrip opbrengst in het model zorgt voor problemen. Ik vind de terminologie van begrippen in het model van wat is opbrengst, bruto/netto winst etc. niet al te duidelijk. Opbrengst is wat anders dan wederrechtelijk verkregen voordeel. In dit model zal

waarschijnlijk met opbrengst worden bedoeld, het behaalde wederrechtelijk verkregen voordeel. Als er met de ontdoening opbrengst is behaald, dan betekent dat, dat het is verkocht terwijl dat volgens de vergunning niet was toegestaan en dan is er opbrengst. Het model zegt vervolgens dat als er opbrengst is behaald met de ontdoening, dat je dan het voordeel kunt berekenen op besparing van kosten plus de opbrengsten minus de kosten. Is er geen opbrengst behaald dan kan het voordeel worden berekend aan de hand van besparing van kosten. Bij de besparing van kosten kunnen er ook kosten worden gemaakt, wat niet in het model is vermeld. Indien de ontdoener zich niet op de juiste wijze van het afval ontdoet, door dit bijv. te storten of niet te bewerken, dan worden er kosten bespaard in vergelijking met een legale ontdoening. Toch kun je evengoed nog kosten hebben bijvoorbeeld voor het vervoer van de afvalstoffen, zoals transport- en werknemerskosten. Deze kosten zijn gemaakt om het milieudelict te plegen en deze moeten wel in de berekening 'kostenbesparing' worden opgenomen. De besparing van kosten wil in feite zeggen dat je iets niet gedaan hebt, wat je had moeten doen. Je hebt je ontdaan van het afval door deze naar een goedkopere afvalinzamelaar te brengen die het afval niet mocht innemen. De ontdoener is dan blij want het drukt zijn kosten, en als je de ontdoening niet doet zoals je het had moeten doen, dan heb je evengoed nog geld verdiend en dan komen er evengoed schadelijke stoffen in het milieu terecht.

Dan de derde categorie 'er is sprake van een andere gedraging'. Hieronder versta ik dan dat het niet 100% illegaal is en het geen ontdoening van een afvalstof betreft. Dan krijg je in feite gewoon de normale hoofdregel. Als je handelt in de kern onrechtmatig, dan hou je het gewoon op wat zijn je opbrengsten minus je kosten. Dat is dan je wederrechtelijk verkregen voordeel. Heb je daarnaast nog eens kosten bespaard, dan moet je die daarbij optellen. Dan zit je gewoon weer in het normale model, waarmee ik bedoel: wederrechtelijk verkregen voordeel = opbrengsten minus de kosten en de eventueel bespaarde kosten. Bij niet in de kern onrechtmatig handelen moet je je afvragen wat je dan voor delict hebt gepleegd. Is er dan wel sprake van een strafbaar feit.

Bij deze laatste categorie wordt een tweedeling gemaakt, nl. indien het handelen in de kern onrechtmatig is dient het wederrechtelijk verkregen voordeel te worden berekend als zijnde opbrengsten minus de kosten. Is het handelen niet in de kern onrechtmatig dan kan het wederrechtelijk verkregen voordeel worden berekend op de besparing van kosten. Waarom kan bij het in de kern onrechtmatig handelen volgens het model het wederrechtelijk verkregen voordeel niet worden berekend op a) kostenbesparing en b) op opbrengst – kosten en kostenbesparing?

Dat klopt en deze mogelijkheid ontbreekt in het denkmodel. Handel je in de kern onrechtmatig, dan kun je evengoed nog kosten besparen die als wederrechtelijk verkregen voordeel is aan te merken. Kosten kun je altijd besparen. Die zou daar eigenlijk nog bij moeten. Niet onrechtmatig handelen zou in de laatste categorie een besparing van kosten moeten opleveren als wederrechtelijk verkregen voordeel, maar dan klopt het verhaal niet meer.

Wat betekent dit voor de milieuopsporing?

Als er sprake is van een andere gedraging, dan is er sprake van een gedraging waarmee gerommeld wordt. Dat zou kunnen zijn een gedraging waarbij men de verhoudingen verkeerd aangeeft, of een grotere hoeveelheid inneemt afgezet tegen datgene wat is toegestaan volgens de vergunning. Je handelt dan in de kern onrechtmatig omdat je teveel in hebt genomen wat schadelijke gevolgen kan hebben, bijvoorbeeld omdat je dat op je terrein opslaat. De opbrengst daarvan zal dan de besparing van kosten zijn. Ook bij de besparing van kosten zal je wel in je voordeelsberekening moeten meenemen welke kosten er daadwerkelijk zijn gemaakt. Dat mis ik dan ook bij besparing van kosten in het denkmodel. Want zie je de besparing van kosten als wederrechtelijk verkregen voordeel, dan moet je ook altijd de kosten die je moet maken om kosten te besparen benoemen in je berekening en in mindering brengen op je schatting. Dit klinkt raar. Je zal dan een berekening moeten maken

wat hij normaal had moeten uitgeven, daarvan moet je de feitelijk gemaakte kosten aftrekken en uiteindelijk heb je dan de bespaarde kosten. Je zult toch nog aardig wat moeten berekenen.

Ik denk dat het algemene model (wederrechtelijk verkregen voordeel = opbrengsten minus de kosten en/of kostenbesparing) altijd toepasbaar is. Dat model is toepasbaar op alle delicten en alle vragen van het denkmodel van het BOOM. Er zit bijna geen verschil in en daar komt het in het denkmodel van BOOM ook op neer. Als het nooit gemogen heeft dan heb je de opbrengsten min de kosten.

Het algemeen model heb ik wel gebruikt, maar dit denkmodel van het BOOM niet. Je moet altijd uitgaan van de motivatie van de dader, wat wilde die ermee bereiken? Waarom gebeurde het? Dan zie je snel waarom iets op die manier is gebeurd en hoe dat in de boeken is verwerkt. Je moet kijken naar de modus operandi van wat levert dat nu op qua crimineel voordeel.

Indien er sprake is van onwetendheid is het dan opportuun om te ontnemen?

Dat maakt het bij milieu altijd lastig. Ook toezichthouders willen wel eens niet handhavend optreden omdat ze de kennis niet bezitten. In hoeverre kun je dan van de vergunninghouder iets verwachten. Je hebt schulddelicten en opzettelijke delicten, maar bij crimineel voordeel moet je bewust en opzettelijk handelen. Als iemand een voordeel heeft gehad, terwijl hij niet wist dat hij dat had, dan kun je voordeel theoretisch gezien wel ontnemen, maar de bedoeling is dat je het voordeel ontnemt wat wederrechtelijk is ontstaan. Het doel van de ontnemingswetgeving moet je daarbij niet uit het oog verliezen.

Bij milieudelicten kan sprake zijn van vermenging van legale en illegale activiteiten. Kosten die worden gemaakt, moeten worden toegerekend aan de respectievelijk legale en illegale activiteit. Wanneer de illegale situatie vergunbaar zou zijn, is daarmee een legale situatie denkbaar en zijn de kosten meer concreet te berekenen. Wanneer de activiteit illegaal is en niet vergunbaar zou zijn is geen legale situatie denkbaar. De kosten zijn dan moeilijker te berekenen. Hoe moet de milieuopsporingspraktijk daarmee omgaan?

Je hebt dan te maken met legale en illegale goederen- en geldstromen die je in beeld moet zien te brengen. Met een periodeberekening kom je er dan niet. Je moet dan per stroom of per moment gaan bekijken hoe e.e.a. verlopen is. Een hele bedrijfsboekhouding ontleden om het zwarte gedeelte tussen de witte massa te ontdekken is niet te doen. Meestal is een milieubedrijf er niet op uit om alles illegaal te doen, enkele uitzonderingen daargelaten. Indien alles illegaal is verricht, dan is dit voor de opsporing makkelijker om crimineel voordeel te berekenen. Bij vermenging moet je per transactie het wederrechtelijk verkregen voordeel berekenen en de kosten moet je ook per feit berekenen. Bij vermenging kan in bepaalde gevallen ook worden uitgegaan van een gehele besmette omzet. Dit is in het nadeel van de verdachte. Dergelijke benaderingswijzen moet je van te voren goed aangeven en onderbouwen. Dit is mede afhankelijk van het delict en de handelingen die zijn verricht. Neem als voorbeeld een grondtransport. Verontreinigde en schone grond kunnen afzonderlijk van elkaar worden vervoerd, maar door de partijen te mengen ontstaat één verontreinigde partij grond.

Niet extra gemaakte kosten, maar specifiek gemaakte kosten komen voor aftrek in aanmerking. Als er gegevens zijn wat de betalingen zijn geweest, dan zijn specifieke kosten makkelijk te berekenen. Heb je die gegevens niet, dan kun je een berekening maken o.g.v. een norm. De gegevens die je niet hebt moet je zelf produceren en dit kost misschien meer onderzoek. De uiteindelijke stelling vermeld je in je proces-verbaal.

Zijn we als opsporingsinstantie in staat om kosten / bespaarde kosten een gedegen manier te berekenen?

Je moet uitgaan van markconforme kosten etc.. In de branche moet je gaan informeren en als je die branchegegevens gebruikt zou je daarmee kunnen volstaan. Dat is niet makkelijk

en vaak veel werk, wat het niet aantrekkelijk maakt. Veel tijd heeft de politie over het algemeen niet en de mensen die deze werkzaamheden doen zijn binnen de politie schaars.

Je kunt over het algemeen veel gegevens weghalen bij de FIOD omdat deze brancheonderzoeken verricht. Ze stellen dan een aantal feiten vast die ze in de branche als norm zien. Je kunt op deze wijze handvatten verzamelen. Ik maak daar zelf ook gebruik van en de contacten met de FIOD zijn goed.

Wat als er sprake is van een groot feitencomplex?

Je moet het goed uit elkaar trekken om te bepalen wie het voordeel heeft genoten. Over het algemeen heb je bij milieudelicten vaak het commune delict valsheid in geschrift. Er wordt namelijk iets anders verantwoord dan feitelijk had moeten. Valsheid in geschrift levert op zichzelf nooit wederrechtelijk voordeel op. Alleen het gebruik van het vervalste geschrift kan voordeel opleveren.

Milieuzaken maken het lastig, omdat je bij milieu altijd extra uitdagingen hebt. Je hebt altijd een geldstroom heen en terug, dus twee geldstromen, bijv. betaald gekregen om in te nemen en bespaard om niet te verwerken. Dat heb je bij andere delicten niet, dan heb je altijd één geldstroom.

Per 1 januari jl. is de Wet verruiming mogelijkheden bestrijding financieel-economische criminaliteit in werking getreden. Aan art. 36e Sr is een lid toegevoegd welke de aftrek van kosten beperkt. In de memorie van toelichting geeft de minister als voorbeeld assimilatielampen voor een hennepplantage als niet aftrekbare kostenpost. Wat vindt u van de beperking van aftrek van kosten?

Dit is niet in de lijn van het principe van de ontnemingswetgeving, want mensen hebben assimilatielampen gekocht om te kweken, om illegaal bezig te zijn en daar ook voordeel uit te halen. Dat zijn dus wel degelijk kosten die ze daadwerkelijk moeten maken om het strafbaar feit te plegen.

Ik vind dat je wel een redelijke afschrijvingstermijn moet toepassen.

Wat betekent dit voor de wijze van het berekenen van voordeel, met name de aftrek van kosten?

Ik denk dat we niet moeten uitgaan van wat de minister in de memorie heeft verwoord, maar wat de jurisprudentie gaat bepalen. Het voordeel kan namelijk niet meer zijn dan wat hij feitelijk heeft verdiend. Gevoelsmatig kan ik met de minister meegaan, maar bedrijfseconomisch klopt dat niet, want er zijn wel degelijk kosten gemaakt. Het is een stukje civiel recht in het strafrecht, dus je moet ook de civiele regels hanteren.

In hoeverre is bij het berekenen van de voordeelsberekening per delict kans op meerontneming?

Als je binnen een onderneming je kosten omlaag brengt of opbrengsten gegenereerd die je gewoon boekt, wetende dat het niet klopt om op die manier een beter bedrijfsresultaat te hebben, dan maak je meer winst. Als je meer winst maakt, betaal je daar belasting over, ook over het zwarte deel. Je moet die belasting betalen om niet op te vallen. Je hebt dus ook nog een stukje kosten die je zo niet meteen ziet, maar die wel het gevolg zijn van het milieudelict. Met deze kosten moet je ook rekening houden, want de onderneming komt straks op zitting als hij de rekening krijgt gepresenteerd van justitie, met deze aan de fiscus gemaakte kosten. Het is dus zaak om daarmee in je berekening rekening te houden. Belastinggeld zijn dus gemaakte kosten over het zwarte gedeelte, de illegale winst. Die kosten moet je er ook vanaf trekken.

Wat zegt je rechtsgevoel als de rechter het wederrechtelijk verkregen voordeel vaststelt op basis van kostenbesparing voor het niet aanvragen van een vergunning, terwijl er mogelijk door het strafbaar handelen opbrengsten zijn gegenereerd? Als voorbeeld een bedrijf die groenafval heeft ingenomen tegen een geldelijke vergoeding en het afval in strijd met de

vergunning heeft opgeslagen binnen de inrichting. Gezegd moet worden dat de inrichting wel zodanig ingericht was dat wanneer hij een vergunning had aangevraagd deze ook had gekregen?

Ik vind dat reëel, omdat hij de vergunning zou hebben gekregen indien hij die had aangevraagd. Daarnaast heeft de rechtspersoon bepaalde kosten gemaakt om bepaalde voorzieningen te treffen om het groenafval op te slaan. Het ligt natuurlijk wel aan de situatie. Er is verschil tussen onbewust en bewust handelen, dus je moet altijd kijken op welke wijze en met welke intentie het delict is gepleegd. Als in de vergunning staat dat op een bepaalde manier de inrichting ingericht moest worden, maar dit is nagelaten en dat wist hij, dan heeft hij kosten bespaard terwijl hij eigenlijk die uitgaven had moeten doen. Het moet echt crimineel verdiend vermogen zijn, dan is het redelijk om te ontnemen. Betreft het een lichte overtreding van een vergunningsvoorschrift of zal achteraf een vergunning worden verleend, dan is het niet redelijk om 'crimineel' vermogen af te nemen. Je moet daarnaast het doel van de ontnemingswetgeving niet vergeten, nl. terugbrengen in de positie die hij had voor het plegen van het milieudelict. Daarnaast heeft de opslag de rechtspersoon geld gekost om bepaalde voorzieningen te creëren wat geld kost om het afval op te slaan.

Wat zal de reorganisatie van de Nationale Politie betekenen voor de ontnemingspraktijk?

Het Team Milieu in Limburg heeft tot nu toe nog te weinig financieel gelabelde mensen binnen kunnen halen. De samenvoeging is nog niet geformaliseerd en de reorganisatie is onlangs weer vertraagd wat het er niet beter op maakt. Milieu en fraude zijn daarnaast ook niet sexy, dus de affiniteit onder de collegae om in dergelijke teams te werken is er niet. Van de werkzame mensen binnen de financiële clubs, wil niemand in het milieuteam werken. In Limburg is in het verleden weinig gedaan aan financieel rechercheren en fraude en er zijn ook weinig collega's die daar ook de meerwaarde van inzien.

Heeft de samenvoeging van het FP en BOOM nog knelpunten opgeleverd?

Nee. BOOM was voorheen iets makkelijker bereikbaar, maar het waren en blijven afdelingen van justitie.

Waar ligt de moeilijkheid in de berekening bij milieudelicten en welke tips kunt u meegeven?

Gebruik je boerenverstand en hou het simpel. Het moet bewijsbaar zijn en dat moet je begrijpend bij een rechter kunnen aanbrengen. Ga je niet in alle bochten wringen want het moet re construeerbaar zijn. Je moet naar de zaak kijken wat er is gebeurd. Beredeneer aan de hand van feiten.

Uitgangspunt is dat je de veroordeelde terug brengt in de staat waarin hij verkeerde voor het strafbare feit en niet in een slechtere staat. De maatregel fungeert niet als een genoegdoening.

Wat kunt u vertellen over de periodeberekening bij milieudelicten?

Deze kan worden toegepast wanneer alle activiteiten illegaal zijn en er te weinig concrete aanknopingspunten zijn, zoals bedrijfsadministratie, om het voordeel middels een transactieberekening te berekenen.

Bijlage 3c Interview respondent 3

Uitwerking interview Respondent 3, d.d. 22-01-2015

Voorstellen en doelstelling onderzoek en doel van het interview.

Dhr. (geanonimiseerd), senior forensisch accountant bij het Functioneel Parket in Rotterdam, voorheen het Bureau Ontnemingswetgeving Openbaar Ministerie. Adviseert de officier van justitie m.b.t. het berekenen van het wederrechtelijk verkregen voordeel, met name bij de grotere ontnemingszaken. Namens de zaakofficier van justitie stuur ik het opsporingsteam aan om te bepalen of er voldoende opsporingshandelingen ten behoeve van de ontneming zijn gedaan, om te bepalen op welke wijze het voordeel moet worden berekend, hoe de voordeelsberekening er uiteindelijk uit moet komen te zien en het lezen, beoordelen en tekstvoorstellen doen voor de uiteindelijke ontnemingsrapportage. Als de rapportage uiteindelijk klaar is, dan moet deze aanhangig worden gemaakt. Dan kan het zijn dat er een conclusiewisseling volgt tussen de betrokkene en het OM en daar schrijf ik dan aan mee namens de officier van justitie. Daarnaast kan het voorkomen dat ik tijdens de ontnemingszitting voor de officier van justitie als vraagbaak fungeer.

Hoe werkt de ontneming binnen milieudelicten?

Om te ontnemen geeft strafrecht één mogelijkheid, art. 36e Sr. Naast de strafrechtelijke ontneming heb je ook bestuursrechtelijke en fiscale afpakmodaliteiten. Vanuit de strafrechtelijke invalshoek wordt het wederrechtelijk verkregen voordeel berekend op grond van de transactiebasis of de periodeberekening. Bij milieudelicten zal laatstgenoemde nauwelijks voorkomen.

Wat zijn uw ervaringen omtrent de berekening en ontneming van wederrechtelijk verkregen voordeel bij milieudelicten?

Door het OM worden meerdere ontnemingszaken gedraaid. Ik heb ervaring met een aantal milieuzaken. Het betreffen grotere zaken waar ik als adviseur in heb geparticipeerd. Ik heb een aantal milieuzaken gedraaid, o.a. vervuild asfaltgranulaat overbrengen naar Litouwen, afval (pindadoppen), vervuilde grond dat niet naar de afvalverwerker is gebracht maar uitgereden op het land en import van vogels etc.. Niet volgens de vigerende wet- en regelgeving slopen van schepen is momenteel onderwerp van bespreking. Milieu is eigenlijk een heel breed begrip, eigenlijk vind ik het meer economische delicten. Het gepubliceerde denkmodel is in dit artikel voor milieudelicten geschreven, maar eigenlijk kun je dit model op allerlei delictsvormen toepassen.

Waarom komt de ontneming van wederrechtelijk verkregen voordeel nog onvoldoende uit de verf binnen milieuopsporing?

De ontnemingswetgeving is later ingevoerd. Een reden kan gelegen zijn in het feit dat de milieuofficier en de milieupolitie geen behoefte hadden aan ontneming, want ontneming betekent iets extra's doen. Daarnaast kan ontneming bij milieudelicten complex zijn. Ik ben van mening dat de voordeelsberekening niet uitsluitend door een financieel rechercheur hoeft te geschieden. Het moet ook een meer natuurlijk onderdeel gaan worden van de werkzaamheden van een tactisch rechercheur en deze kan een beroep doen op financiële expertise. De verantwoordelijkheid om af te pakken licht bij politie en justitie, want het OM accepteert ook projectvoorstellen en preweegdocumenten waarin geen afpakdoelstelling is verwerkt. Toen het BOOM samenging met het FP, hebben we een lijn ingezet om bij iedere zaak waar mogelijk af te pakken. De hoofdofficier van justitie heeft dan ook bepaald dat bij elke milieuzak moet worden ontnomen, tenzij daarvoor geen mogelijkheden zijn. Om iedereen binnen het FP voor afpakken te enthousiasmeren, wordt er intern in maart een afpakmaand georganiseerd. In deze maand hebben de vier FP vestigingen een week afpakken op het programma staan. Het zal met name over ontneming als afpakmodaliteit gaan. Tijdens de afpakmaand wordt ook tijd besteed aan de verbetering van het onderdeel

afpakken in de projectvoorstellen en preweegdocumenten. Je moet de teamleiders en de officieren die de intake van de zaak doen daarin meenemen en dat gaan we nu doen.

Wat zijn uw ervaringen m.b.t. de voordeelsberekening per delict conform het denkmodel en milieudelicten?

Eigenlijk heel weinig. Het is nog steeds de neiging van zowel de officier van justitie als de politie om bij de start van de zaak te kiezen voor de gemakkelijkste wijze van voordeelsberekening. Bij milieudelicten zal dit veelal de besparing van kosten zijn. Een ander verkeerde gedachtefilosofie is dat niet wordt gekeken naar de beste berekening, maar naar de hoogste berekening. Wij vinden dat als accountant van het FP een verkeerde gedachtegang. Dit denkmodel hebben we daarom ook ontwikkeld. Het denkmodel wordt gebruikt, maar nog steeds marginaal, omdat men toch meestal voor de makkelijkste weg kiest. De makkelijkste weg is misschien wel de totale winst en daarnaast de besparing van kosten. Als je echt een onderneming in moet gaan duiken om te onderzoeken welk deel illegaal en legaal is en welk gedeelte van de kosten er in mindering gebracht mogen worden, dan krijg je een aardige berekening. Het vereist een hoop denkwerk, niet alleen bij de berekening, maar ook op de ontnemingszitting. Daarnaast kost een moeilijke berekening zittingstijd. Dit zou voor een officier van justitie reden kunnen zijn dat hij dan voor de makkelijkste weg kiest.

Ik heb ooit een voordeelsberekening gemaakt m.b.t. de productie van pallets van afvalhout. Het betrof een flinke overschrijding van de vergunde productiehoeveelheid en het ontnemingsbedrag lag rond de 10 miljoen euro. De officier van justitie vond het te ontnemen bedrag te hoog, maar baseerde zijn mening niet op feiten uit de rapportage, maar gaf puur een eigen oordeel op basis van zijn gevoel. Ten tweede gebeurd het, en dit schijnt vaker bij milieudelicten voor te komen, dat het bevoegde gezag eerst aangifte doet van overschrijding van de vergunning/vergunningvoorwaarden en later en met terugwerkende kracht de vergunning heeft verruimd/verleend. Er is dan geen sprake meer van een strafbaar feit. De officier van justitie en het politieteam denken dan bij een volgende zaak, laten we maar eerst de strafzaak op orde hebben en dan kijken we later wel naar een eventuele ontneming. Dat is eigenlijk niet wenselijk maar wel begrijpelijk. Zonder veroordeling voor een strafbaar feit kun je niet gaan ontnemen.

Is strafrecht dan wel de geëigende manier om dergelijke overtredingen van vergunning en – voorwaarden aan te pakken?

Er zijn ook zaken die goed gaan. Waar wij als FP/voormalige BOOM voor staan is, dat je vooraf bij elke strafzaak moet kijken naar je doelstelling. Is de doelstelling straffen en/of afpakken. Je bekijkt de (on)mogelijkheden en als je eenmaal hebt gekozen voor dat doel, dan ga je er gewoon voor. Is je doel in een milieustrafzaak het stoppen van het strafbaar feit en uitdelen van straf, dan ga je niet ontnemen. Wil je een boodschap naar de buitenwereld afgeven dat milieumisdaad niet mag lonen, dan is je doelstelling ook ontnemen. Dit betekent dat het OM en de opsporing veel meer dan nu het geval is, aan de voorkant van het opsporingsonderzoek de strategie moeten bepalen en dat begint bij het projectvoorstel en de acceptatie daarvan.

In het artikel wordt verwezen naar de Aanwijzing ontneming en deze is inmiddels per 01-01-2014 vervallen. Heeft dat gevolgen voor het denkmodel?

In principe niet. Het denkmodel heeft betrekking op het keuzeproces, want wanneer kies je voor de volledige winst en/of de kostenbesparing te gaan ontnemen. Het verschil in die keuze wordt met name bepaald door hetgeen de pleger voor ogen had, het doel van de pleger. Milieudelicten is criminaliteit maar het woord crimineel is soms niet op zijn plaats. Is het doel van de pleger dermate gericht op overtreding van de regels, dan handelt hij in de kern onrechtmatig. In de kern onrechtmatig handelen is een grijs gebied. De grenzen zijn moeilijk aan te geven. Indien het handelen van de pleger dermate duidelijk is, dan ga je daar niet moeilijk over doen. Bijv. vervuild asfaltgranulaat overbrengen naar Litouwen omdat de

pleger het in Nederland niet kan afzetten is handelen in de kern onrechtmatig. Je gaat dan niet de besparing van kosten ontnemen, maar puur kijken naar wat het de pleger heeft opgeleverd, de winst. Het gaat er niet om welke berekeningsmethodiek het meest oplevert, maar je kiest de meest zuivere manier van berekeningsmethodiek. Daarbij kan het zijn dat een berekening op grond van besparing van kosten hoger uitvalt dan de winstberekening. Andersom kan de winstberekening ook hoger uitvallen dan een berekening op grond van kostenbesparing. Je moet echter niet kijken welke berekeningsmethodiek het meest oplevert, maar welke berekeningsmethode het meest passend is.

Indien er sprake is van een andere gedraging waarbij het handelen in de kern onrechtmatig is, dan dient volgens het denkmodel de berekeningsmethode opbrengst -/- kosten (=winst) te worden gehanteerd. Is er sprake van een andere gedraging waarbij het handelen in de kern niet onrechtmatig is, dan dient volgens het denkmodel de berekeningsmethode besparing van kosten te worden gehanteerd. Stel nu dat er sprake is van een andere gedraging waarbij het handelen in de kern onrechtmatig is, echter de pleger heeft geen opbrengsten uit het strafbaar feit of andere strafbare feiten gegenereerd, maar alleen kosten bespaard? Die wil je er nog bij optellen?

Dat zou kunnen maar dan praten we over opbrengsten en kostenbesparing. Ik bedoel dat er geen opbrengsten zijn gegenereerd, maar wel kosten zijn bespaard. Het model geeft enkele voorbeelden, o.a. het ontbreken of niet gebruiken van luchtwassers.

Stel dat de luchtwasser alleen maar elektriciteit kost, de overige aspecten kijken we even niet naar.

Dan zitten in zijn kosten een lager bedrag voor elektriciteit opgenomen, want die kosten heeft hij niet hoeven maken. Als ik dan ook die besparing erbij optel, zeg maar de opbrengst is 100.000 euro -/- 20.000 euro aan kosten, dan is er 80.000 euro winst. Zou de luchtwasser altijd gedraaid hebben, dan zou de pleger 5.000 euro extra aan elektriciteitskosten moeten betalen. Dan moet ik die 5.000 euro er niet nog een keer bijtellen. Je zou dan uitkomen op een bedrag van 85.000 euro, terwijl de winst (opbrengsten 100.000 minus de kosten van 25.000 euro (20.000 + 5.000)) dan 75.000 euro is. Met de kostenbesparing (5.000) kom je dan ook uit op 80.000 euro. Besparing van kosten zit dus inherent al in het feit dat je minder kosten hebt gemaakt. Je brengt dus ook minder kosten in mindering op de opbrengst. Zo is de accountantsgedachtegang. Tel je hem er toch bij op, dan heb je een dubbeltelling. Het niet aanzetten van een luchtwasser zal leiden tot besparing van elektriciteit en minder afschrijvingskosten omdat de luchtwasser minder hard slijt. Zitten er filters in, dan hoeft hij deze minder vaak te vervangen en hij zal die dan ook niet of later vervangen. De besparing zit al in de minder gemaakte kosten opgenomen. Door besparing worden er minder kosten gemaakt en doordat er minder kosten worden gemaakt kunnen ook minder kosten van de opbrengst worden afgetrokken. Alles wat de varkenshouder geproduceerd heeft is illegaal en dus in de kern onrechtmatig.

Voorname is een beetje te vergelijken met de hennepkweker die elektriciteit heeft gestolen. De kweker heeft een opbrengst van 100.000 euro en wordt daarnaast veroordeeld voor de diefstal van elektriciteit voor 10.000 euro. Je komt dan uit op een voordeel van 110.000, maar hij mag die 10.000 euro weer aftrekken als kosten en dan kom je weer op 100.000 uit.

Onze insteek is eerst het denkmodel doorlopen, dan een besluit nemen. Misschien is er wel sprake van verlies en dan heb je geen voordeel. Dat is onze feitelijke conclusie. Dat voelt misschien verkeerd, maar dat is dan zo.

Wat als er sprake is van verlies in de vorm van 'minderverlies', waarmee ik bedoel dat de pleger meer verlies had gemaakt indien hij het strafbare feit niet had gepleegd. Dan zou je kunnen ontnemen?

Dat 'minderverlies' is dan besparing van kosten. Dat is ook het leuke van het denkmodel. Het is ook uitproberen en kijken wat past en wat niet past. Maar onze insteek is niet van te voren bedenken we gaan daarvoor, maar eerst even goed kijken naar wat er nu precies is gebeurd en dan een methode kiezen en op die manier verder te werk gaan.

Wat te doen bij vermenging?

Je gaat puur kijken naar de opbrengsten van de illegale activiteit, bijv. het asfaltgranulaat wat naar het buitenland is vervoerd. Alle vaste bedrijfskosten laat je dan buiten beschouwing. Je berekent alleen de opbrengsten en kosten van de illegale partij. Kosten zijn dan bijv. de transportkosten naar het buitenland. De verdediging zal dan roepen dat wij te weinig kosten hebben meegenomen in de voordeelsberekening. Er is jurisprudentie van de HR die zegt dat kosten in directe relatie moeten staan tot het strafbaar feit. De kosten die je toch al gemaakt had voor het legale deel, ga je niet in mindering brengen op het totale geschatte wederrechtelijk verkregen voordeel. Alles moet gebaseerd zijn op goede gronden.

Sinds 1 januari 2015 is de Wet verruiming mogelijkheden bestrijding financieel-economische criminaliteit in werking getreden. In de MvT blijkt dat de minister het onwenselijk acht dat bepaalde kosten, zoals de aanschaf c.q. afschrijving van assimilatielampen voor een hennepkwekerij, niet meer voor aftrek in aanmerking komen. Deze ontwikkeling is niet in lijn met de jurisprudentie. Wat betekent dit voor de milieuopsporing?

Binnen het FP gaan we een richtlijn ontwikkelen van hoe we hier mee om moeten gaan. Deze zal er in februari 2015 uitkomen. Vooralsnog houden wij vast aan de jurisprudentie. Ik weet ook niet of de voordeelsberekening daardoor makkelijker wordt, want we hadden daar goede jurisprudentie over waarmee we uit de voeten konden. De beperking van aftrek van kosten is een politiek besluit. Ik denk dat de rechter wel rekening houdt met de kosten die in directe relatie staan tot het delict, zoals bijv. de inkoop van cocaïne en dat dan wellicht in mindering brengt op de betalingsverplichting.

Indien er sprake is van een groot feitencomplex, hoe wordt omgegaan met de voordeelsberekening per delict?

Dat is moeilijk, dan moet je een casus hebben. Ik zou de zaken losknippen van elkaar. Stel dat je fraude hebt die bedoeld is om de vermenging van de grond niet zichtbaar te maken in de boekhouding. Je berekent dan gewoon de vermenging met de grond. Die ene factuur voegt geen extra voordeel toe, maar is het instrument om de vermenging af te schermen. Is er echt sprake van diverse delicten, bijv. geen vergunning aangevraagd voor het verspreiden van grond over het land en wat als hij de vergunning wel had aangevraagd en zou zijn verleend, dan zou je het wederrechtelijk verkregen voordeel kunnen berekenen op de besparing van kosten. Zou de pleger nooit een vergunning hebben gekregen om de grond over het land te verspreiden, dan zou je in die zaak wederrechtelijk verkregen voordeel berekenen op grond van de winst.

Betekent dit voor de opsporing dat onderzoek moet worden nagegaan of het vergunbaar is en indien het vergunbaar is, onderzoek doen naar kosten, zoals de legeskosten?

Ja dat zou de politie of de officier van justitie moeten doen. Ik vind dat er een duidelijk verschil zit tussen in de kern onrechtmatig handelen en niet in de kern onrechtmatig handelen. Voor de verkoop van verdovende middelen kun je nooit een vergunning krijgen en dat is dan in de kern onrechtmatig. Had iets nooit gemogen, dan bereken je alle winst die behaald is. Bij milieu zit je vaak in het grijze gebied. Een varkenshouder mag varkens produceren, maar zonder luchtwasser mag dat weer niet. Doe je het bewust zonder luchtwasser, dan is het in de kern onrechtmatig. Dit betekent dat het onderzoeksteam en de zaaksofficier in het begin van het opsporingsonderzoek een keuze moeten maken. Is het een grotere zaak, dan zou ik er tevens een forensisch accountant erbij betrekken.

Wat zegt uw rechtsgevoel over het bepalen van het wederrechtelijk verkregen voordeel op basis van besparing van kosten, terwijl met niet legale activiteiten in een eerder stadium

opbrengst is behaald? Als voorbeeld wordt in het denkmodel genoemd de veehouder die zonder vergunning groenafval op zijn erf heeft opgeslagen. De veehouder had in beginsel geen vergunning daartoe, maar heeft deze later aangevraagd en alsnog gekregen van het bevoegd gezag. Het wederrechtelijk verkregen voordeel wordt door de rechtbank bepaald op besparing van kosten van het niet tijdelijk aanvragen van een vergunning. Het OM had een ontnemingsvordering ingediend en berekend op basis van de totale winst (opbrengsten minus de kosten).

Het is een grijs gebied. We zullen ook denk ik nooit kunnen zeggen van dit is het. Je moet keuzes maken en ook kijken wat de rechtbank en de gerechtshoven ermee doen. Ik denk dat we te vaak gekozen hebben voor de makkelijke weg of zelfs in zijn geheel niet hebben ontnomen.

Tja rechtsgevoel.. Ik had het al een beetje moeilijk met het woord crimineel. De veehouder zonder vergunning voor de opslag van groenafval zou ik nooit een crimineel noemen. Bij de onbewuste overtreder is ook niet opportuun om te ontnemen. Een pleger die bewust bezig is met groeihormonen om zijn vlees sneller groot te krijgen, waarmee ook gezondheidsrisico's gepaard gaan, vind ik toch wel onder het begrip criminaliteit vallen. Zijn bedrijfsvoering is gericht op winst of besparing van kosten, dus ontnemen. Ook de boer met de luchtwasser weet gewoon dat hij dat ding aan moet zetten. Indien een boer geen luchtwasser heeft, heeft hij waarschijnlijk wel subsidie ontvangen voor de aanschaf daarvan. De ontvangen subsidie zou ik bij het totale voordeel optellen en ontnemen.

Hoe gaat het denkmodel om met kosten die zijn gemaakt om kosten te besparen?
Als je kosten bespaard heb je geen kosten gemaakt.

Stel dat er kosten bespaard zijn, maar deze wel zijn opgevoerd in de boekhouding. Hoe gaat het denkmodel daarmee om?

Dat is niet in het denkmodel verwerkt, want dat is fraude. Ik breng ze dan niet in mindering op de voordeelsberekening. Je brengt kosten pas in mindering als ze ook daadwerkelijk door de verdachte zijn gemaakt en betaald. Belastingtechnisch gezien heeft de verdachte ook nog een probleem, want hij heeft zijn winst verlaagd met niet gemaakte kosten en dat kan bij de Belastingdienst worden gemeld. De omzetbelasting die hij daartoe in mindering gebracht heeft, is ook belastingfraude en zou je ook bij de Belastingdienst kunnen melden.

Stel dat er een gebouw moet worden gesloopt. In dit gebouw zit o.a. asbest. De opdrachtgever huurt enkele slopers in. Voor het asbestgedeelte wordt een asbestsaneringsbedrijf ingeschakeld waarvan hij weet dat het bedrijf het niet zo nauw neemt met de regels, maar dit bedrijf is goedkoper. Er treedt vermenging op van legale en illegale activiteiten m.b.t. de sloop van het pand, er zijn meerdere strafbare feiten en verdachten (asbestsaneringsbedrijf, opdrachtgever). Op welke wijze moet het wederrechtelijk verkregen voordeel worden berekend?

Indien je kunt bewijzen dat de opdrachtgever weet had dat het bedrijf de asbest niet volgens de wet- en regelgeving zou verwijderen, dan kun je kiezen voor de besparing van kosten of voordeel ontnemen op basis van de winst. Ik zou gaan voor die laatste. Als hij willens en wetens een niet gecertificeerd asbestbedrijf in dienst neemt, dan vind ik dat in de kern onrechtmatig. Ik zou dan het wederrechtelijk verkregen voordeel berekenen op basis van de winst die hij maakt op het pand. Van het asbestbedrijf zou ik zijn winst op dit project ontnemen, tenzij hij altijd op deze wijze werkt dan zou ik ook zijn totale winst ontnemen.

Indien er sprake is van een andere gedraging die in de kern onrechtmatig is, kan dan nooit het wederrechtelijk verkregen voordeel worden berekend op basis van besparing van kosten?

In de kern onrechtmatig, hij weet dat hij het niet mag, dus de winst die de opdrachtgever maakt op het hele project zou ik ontnemen.

Is het voordeel ook te berekenen op basis van de winst en kostenbesparing indien er sprake is van een andere gedraging in de kern onrechtmatig?

De kostenbesparing zit al in de winst opgenomen, anders was de sanering duurder uitgevallen. De besparing van kosten zit al in de lagere kostenpost.

Wat zal de reorganisatie Nationale Politie betekenen voor de ontnemingspraktijk?

We merken dat het opsporingscapaciteit kost omdat de politie met andere dingen bezig is. Daarnaast merk ik dat de mensen minder gemotiveerd zijn. Waarom zou de rechercheur iets bij willen leren als hij straks niet weet waar hij geplaatst wordt. Het heeft wel invloed op de ontnemingspraktijk, maar niet op de voordeelsberekening.

En de samenvoeging van het FP en het BOOM?

Dat valt mee. We zijn iets minder zichtbaar als het voormalige BOOM. We hebben een tijdje wat minder hulpvragen gehad, omdat men ons niet meer kon vinden of men dacht dat het BOOM alleen maar voor het FP werkzaam was. We werken voor alle parketten in Nederland. Het voordeel zit in het feit dat we nu veel dichter op de milieuzaken zitten en kunnen zeggen wat het FP moet gaan doen m.b.t. ontneming, waarbij we gesteund worden door de teamleiding. Elke zaak die in de milieukamer wordt behandeld, wordt bekeken door een accountant. Hij/zij bekijkt of het mogelijk is om in die zaak een voordeelsberekening te maken en wat daarvoor nodig is. Dat betekent niet dat in de opsporingspraktijk ook daadwerkelijk wordt ontnomen, want dat heeft veelal te maken met capaciteitsproblemen, maar je hebt in ieder geval wel naar de mogelijkheid gekeken. In 99% van de gevallen draait het in milieucriminaliteit toch om het verdienen van geld.

Wat kun u vertellen over de periodeberekening in relatie tot milieudelicten?

Dat is best moeizaam. Bij ondernemingen is het niet te doen, want daar zit het gewoon in de hele bedrijfsvoering enz.. De transactieberekening is dan de manier om het voordeel te berekenen. Als één natuurlijke persoon zonder boekhouding en zonder bedrijf regelmatig strafbare feiten pleegt, bijv. vuurwerkdelicten, waarbij je veelal niet kunt vaststellen hoeveel hij heeft verkocht en ingekocht, dan zou je wel een periodeberekening kunnen maken in de vorm van een bijv. kasopstelling.

Zijn er nog knelpunten, dan wel voor- of nadelen te benoemen m.b.t. de toepasbaarheid van het denkmodel in relatie tot milieudelicten?

Het knelpunt blijft wel dat zowel politie als justitie te makkelijk denken en het hele denkmodel niet gebruiken. Het zou mooi zijn als we toch een aantal zaken op zitting zouden kunnen brengen waarbij het schema voor de keuze van de methode van berekenen is gebruikt, om te kijken wat de rechter daarvan vindt. In de jurisprudentie is het denkmodel nog niet toegepast. Misschien dat mevr. (respondent 4) daar meer over kan vertellen. In ieder geval zou je bij het projectvoorstel of preweegdocument rekening moeten houden met de mogelijkheid om te ontnemen, de wijze waarop het voordeel zou kunnen worden berekend en daarnaast kijken of er vermogenscomponenten aanwezig zijn. Ik denk dat er bij milieuzaken nog veel vorderingen gemaakt kunnen worden als je het goed doet. Liever één zaak goed, dan één slecht.

Bijlage 3d Interview respondent 4

Uitwerking interview Respondent 4, d.d. 22-01-2015

Voorstellen en doelstelling onderzoek en doel van het interview.

Mevr. (geanonimiseerd), sinds 2007 werkzaam als forensisch accountant bij het Functioneel Parket in Rotterdam, voorheen het Bureau Ontnemingswetgeving Openbaar Ministerie. Ik adviseer de officier van justitie en financieel rechercheurs bij allerlei opsporingsonderzoeken, waaronder milieudelicten, verdovende middelen, fraudedelicten en mensenhandel, m.b.t. ontneming.

Hoe werkt de ontneming binnen milieudelicten?

In principe werkt de ontneming binnen milieudelicten hetzelfde als bij andere delicten. Je kunt dezelfde berekeningsmethoden gebruiken. Bij drugsdelicten is ontnemen meer een gemeengoed en dus normaal om ook te gaan ontnemen. Wat je bij milieudelicten merkt is dat ontnemen en de wijze waarop je kunt ontnemen, niet erg bekend is bij de rechercheurs en de officieren van justitie. Indien bijv. bij een milieudelict een partij voorwerpen in beslag is genomen, dan wordt nog wel eens gedacht dat er geen voordeel is genoten en er niets meer kan worden ontnomen. Je merkt dat men niet op de hoogte is van het feit dat je ook kunt ontnemen voor andere feiten. Zo zijn er een aantal dingen te ontdekken waarbij je merkt dat de kennis over ontnemen nog te beperkt is. In de praktijk wordt daardoor nog te weinig ontnomen. Daarnaast kan het zijn dat bij milieudelicten de ontnemingsproblematiek ingewikkelder is dan bij andere soorten delicten. Zo heb je bij milieudelicten vaak met lastige vraagstukken te maken, omdat er veelal sprake is van een combinatie van legale en illegale activiteiten. Het is dan lastiger om standpunten te bepalen. Kijk, een drugsdelict is gewoon fout en dat is ook duidelijk. Een bedrijf dat afval inneemt, kan legaal afval innemen wat onder de vergunning valt, maar ook activiteiten doen wat buiten de vergunning valt. Hoe ga je dan om met het berekenen van de bedrijfskosten etc. en dat zijn allemaal vragen waar je in opsporingsonderzoeken van andere delicten minder mee te maken krijgt.

Wat zijn uw ervaringen omtrent de berekening en ontneming van wederrechtelijk verkregen voordeel bij milieudelicten?

Het wordt steeds meer toegepast. Een aantal jaren geleden heb ik voor het eerst geadviseerd in een milieuzaak die betrekking had op vervuilde stookolie. Daarna ben ik me verder gaan verdiepen in milieuzaken. Ik liep ook steeds vaker tegen het keuzeprobleem aan, kies je nu voor de besparing van kosten of kies je er nu voor om de opbrengsten te gaan ontnemen. Vervolgens zijn we gaan nadenken over een denkmodel. In die periode zijn we ook actiever de "markt" opgegaan, om te vertellen dat je in milieuzaken ook moet gaan ontnemen.

Wat zijn uw ervaringen met het denkmodel voordeelsberekening per delict toegespitst op milieudelicten tot nu toe?

Het denkmodel is in 2013 gepubliceerd. We proberen hem toe te passen. We hebben nog geen uitspraak van de rechter. Indien ik het denkmodel toelicht bij een officier of een rechercheur, merk ik steeds meer dat het verhaal te verkopen is. Het denkmodel is redelijk duidelijk. Ik heb nog geen voorbeelden gehad waarvan gezegd kan worden dat deze niet passen in het denkmodel, zodat het niet toepasbaar is.

In het begin heb ik wel een discussie gehad met een officier van justitie die moeite had om het denkmodel toe te passen t.a.v. zgn. 'luchtwaszaken', die betrekking hebben op veehouders die noodzakelijke luchtwasinstallaties niet hebben aangeschaft dan wel niet in werking hebben. Mijn standpunt is dat je het denkmodel in dergelijke zaken gewoon zou moeten kunnen toepassen. Dat komt bij bijvoorbeeld het ontbreken van de luchtwasinstallatie neer op het berekenen van de netto-opbrengsten als wederrechtelijk verkregen voordeel, dit in tegenstelling tot de officier van justitie die de besparing van kosten als voordeel wilde berekenen. Ik denk dat de officier voornamelijk tegen het feit aan liep, dat

er bij de milieurechercheurs over het algemeen te weinig financiële kennis aanwezig is. Er is bij die groep wel veel kennis van de milieuwetgeving. Naar het kunnen lezen van jaarrekeningen, de weg weten te vinden in bedrijfsadministraties en bijv. onderzoek doen naar kosten die zijn gemaakt voor illegale activiteiten vergt financiële kennis. Het is dan ook een grote stap om naar de bedrijfsresultaten te gaan kijken en deze te ontnemen. Bij de luchtwassers zeggen wij, we gaan je netto-opbrengsten ontnemen, want je had dit bedrijf op deze manier helemaal niet mogen hebben. Ik weet niet hoever het team en de officier er op dit moment in die zaak voor staan, maar ik denk dat het ontbreken van financiële kennis de grond was voor de discussie om wel of niet de netto-opbrengsten te gaan ontnemen. De besparing van kosten leek heel eenvoudig uit te rekenen en dus kozen ze daar graag voor. Wij zeggen juist in dit denkmodel of voorafgaand aan het denkmodel, als je kiest voor de eenvoudigste berekening dan heb je geen eenduidige lijn. Voor een rechtbank sta je dan ook niet sterk. Als je voor een berekening kiest vanwege de eenvoud daarvan, en de verdediging komt met een berekening die weliswaar ingewikkelder is maar wel op een lager bedrag uitkomt, dan is de kans groot dat de rechtbank voor de eenvoudigste berekening kiest. Kortom, er moet een gedachte achter zitten om het voordeel te berekenen en dat is niet de berekening op de eenvoudigste manier. Daarom hebben we het denkmodel ontwikkeld.

Hoe werkt het denkmodel?

In het denkmodel is de vraag of de activiteiten in de kern onrechtmatig waren leidend. Vóór het denkmodel kwamen we nooit goed uit het vraagstuk wanneer het voordeel moet worden bepaald op de besparing van kosten en wanneer op de winst (opbrengst -/- kosten). Er was wel wat literatuur geschreven over dit vraagstuk Maar ook daar werd de vraag niet duidelijk beantwoord. In 2011 kwam er een conclusie van A-G Knigge, en die hanteert eigenlijk een heel helder uitgangspunt. Het uitgangspunt voor het bepalen van de vraag of het voordeel moet worden berekend op grond van kostenbesparing of winst is, dat je moet kijken of de desbetreffende activiteit in de kern onrechtmatig is. Daarbij kan het zijn, dat er sprake is van één of meerdere activiteiten die in de kern onrechtmatig zijn, terwijl het bedrijfsgebeuren van de verdachte in principe rechtmatig is geweest. Knigge geeft daarbij het voorbeeld van het zgn. 'Urker Visafslagarrest'. Deze visafslag had vis ingenomen, zonder te voldoen aan alle administratieve verplichtingen rondom deze handel. Daardoor was het voor de vishandelaren die deze vis hadden gevangen mogelijk gemaakt om meer te vissen dan was toegestaan volgens hun quota. Volgens Knigge waren de bedrijfsactiviteiten van de visafslag op zichzelf niet in de kern onrechtmatig, maar de inname van vis zonder te voldoen aan de administratieve verplichtingen was dat wel.

Het criterium in de kern onrechtmatig is noch door Knigge, noch door de rechter verder ingevuld. Wij hebben het in de kern onrechtmatig handelen aan de hand van een aantal voorbeelden ingevuld. Is er sprake van in de kern onrechtmatig handelen, dan ga je de netto-opbrengst ontnemen, zo niet dan ga je de kostenbesparing berekenen. Kostenbesparing kan overigens hoger zijn dan de opbrengstberekening, doch deze is veelal lager.

In het Goederenvervoer-arrest werd het wederrechtelijk verkregen voordeel vastgesteld op de besparing van kosten. Het vervoersbedrijf was legaal, en ook van de ritten met de Roemeense chauffeurs kan niet worden gesteld dat deze in de kern onrechtmatig waren. Als de ritten waren uitgevoerd conform de cao, dan was er niets illegaals aan de hand geweest. Hier dus geen sprake van 'in de kern onrechtmatige activiteiten'. Berekeningsmethodiek op grond van besparing van kosten, niet in de kern onrechtmatig, is in die zin ook een logische uitkomst.

Wat als nu het bedrijf, c.q. de opdrachtgever of feitelijk leidinggever willens en wetens die handelingen heeft gepleegd omdat dit goedkoper was?

Willens en wetens heeft te maken met de schuldvraag van de strafbaarheid. Dat speelt vooral in het strafproces een rol. Bij ontnemen willen we iemand terugbrengen in de financiële omstandigheden die hij had voordat hij het delict beging. We onderzoeken dan wat

de verdachte/veroordeelde aan voordeel gehad als gevolg van strafbare feiten en dat gaan we vervolgens ontnemen.

Het voordeel is in het Goederenvervoer-arrest de kostenbesparing. We zeggen dan niet dat de hele netto-opbrengst van het bedrijf voordeel belichaamt, en ook niet dat het voordeel van de ritten waarvoor de Roemeense chauffeurs waren ingezet die niet conform cao werden uitbetaald, omdat de strafbare feiten niet kunnen worden bestempeld als 'in de kern onrechtmatig'. Knigge heeft het ook op een andere wijze toegelicht door te stellen dat de problematiek eigenlijk een toerekeningsvraagstuk is. Daarmee zegt hij m.i. dat je, bij niet in de kern onrechtmatige activiteiten niet met goed fatsoen het voordeel van die activiteiten kunt toerekenen aan het strafbare feit.

De schuldvraag zal altijd wel op een of andere manier altijd een rol spelen in de keuze tussen berekening op basis van besparing van kosten dan wel op basis van de winst. Dat blijkt uit het volgende voorbeeld. Een bedrijf dat een productieproces heeft, waarbij het productieproces niet goed verloopt. Er zijn een aantal installaties die niet voldoende vervangen en onderhouden zijn. Het gaat fout en er worden continu kankerverwekkende stoffen de lucht in geblazen. Er is sprake van overtreding van de emissiewaarden. We hebben daar ook een inspiratierapport van gemaakt. Op basis van het denkmodel voordeelsberekening per delict, de conclusie van A-G Knigge en het arrest van de HR, is voornoemde activiteit in de kern onrechtmatig. Bij een dergelijke bedrijfsvoering hadden ze die opbrengst niet mogen hebben. Dan komt het bewustheidsvereiste wel om de hoek kijken, maar niet in die zin dat je kiest voor de hoogst mogelijke ontneming. Je neemt de voordelen af. Is de activiteit in de kern onrechtmatig dan zeggen we dat je die opbrengsten niet had mogen hebben, dus gaan we de opbrengsten ontnemen.

Wat als het strafbare handelen niet tot opbrengsten heeft geleid?

Dan heeft hij geen opbrengsten gehad.

Indien door het strafbaar handelen geen opbrengsten zijn gegenereerd, maar wel kosten zijn bespaard, kan het voordeel dan worden berekend op grond van besparing van kosten?

De eerste vraag blijft of sprake is geweest van in de kern onrechtmatig handelen. Als we van mening zijn dat dat het geval is, dan wordt het voordeel berekend op basis van de winst. Als hij echter geen (positieve) winst heeft behaald met de strafbare feiten, dan valt er dus niets meer te ontnemen.

Voordeel berekenen op basis van de kostenbesparing doen we als we volgens het denkmodel daarop uitkomen. Niet als vangnet voor de situaties waarin we op basis van de winst berekenen maar verdachte geen positief resultaat heeft behaald.

Indien er sprake is van een andere gedraging en het handelen in de kern onrechtmatig is, kan volgens het denkmodel het voordeel worden berekend op de wijze van opbrengsten -/- de kosten = winst. Stel dat het strafbare handelen niet tot opbrengsten heeft geleid, maar de verdachte heeft door het strafbare handelen wel kosten bespaard. Kan het voordeel dan op de besparing van kosten worden berekend?

Nee. De gedachtegang in het denkmodel zegt dan opbrengsten -/- kosten = winst ontnemen. Zijn de opbrengsten nul euro, dan gaan we niet via een achterdeur toch maar de (hogere) besparing van kosten in rekening brengen. Indien een dergelijke denkwijze wordt gehanteerd, wordt de gedachtegang van het denkmodel zwakker gemaakt. De gedachte volgens het denkmodel is als volgt: indien er sprake is van een gedraging in de kern onrechtmatig, dan vinden we dat het voordeel dat de verdachte heeft behaald, de opbrengst minus de kosten is geweest.

Overigens is de kostenbesparing in die gevallen al in de winst opgenomen.

Dat wordt mij persoonlijk niet helder uit het denkmodel...

De directe kosten zijn juist lager zodat hij door zijn illegale activiteiten een hogere winst behaalt.

Doordat het bedrijf geen onderhoud heeft gepleegd, geen investeringen heeft gedaan, heeft het kosten bespaard. Dat betekent dat de kosten die het bedrijf feitelijk heeft gemaakt, lager zijn dan wanneer het bedrijf zich zou hebben gehouden aan de regelgeving/vergunningvoorwaarden. Daardoor valt de winst in deze situatie hoger uit; de ondernemer kan immers een lager bedrag aan kosten in mindering brengen op zijn verdiensten. Aangezien het wvv wordt berekend op basis van deze winst, is het bedrag aan kostenbesparing al in dit wvv opgenomen. Met een cijfervoorbeeld: illegale omzet € 100.000,-, feitelijke kosten € 20.000,-. Als de ondernemer zich aan de regels zou hebben gehouden zou hij € 37.000,- aan kosten hebben gehad: de kostenbesparing bedraagt dus € 17.000,- (37.000 -/- 20.000). We berekenen het voordeel volgens het denkmodel echter op basis van de winst, dus het wvv wordt gesteld op € 80.000,- (100.000 -/- 20.000). Zoals je ziet, zit hier de kostenbesparing al in, want in de legale situatie zou hij € 63.000,- (100.000 -/- 37.000) winst hebben gemaakt.

En wat als door zijn strafbare handelen minder verlies is ontstaan?

We hebben het nog steeds over zgn. 'andere gedragingen' uit het denkmodel. Stel dat de omzet € 10.000,- bedraagt, met verder dezelfde cijfers als in het voorbeeld hiervoor, dan bedraagt de winst -/- € 10.000,-. Een verlies, dus. De kostenbesparing blijft € 37.000,-. Als we nu volgens het denkmodel het voordeel moeten berekenen op basis van de winst, dan is in een verliesgevende situatie als hiervoor de conclusie dat de verdachte geen voordeel heeft gehad. We gaan dan niet de besparing van kosten berekenen. De besparing van kosten komt, volgens het denkmodel, pas aan de orde als we van mening zijn dat het handelen niet in de kern onrechtmatig was. Dan zeggen we eigenlijk: "nou, je had het best wel mogen doen maar dan had je kosten moeten maken".

Dus er zijn bij de andere gedragingen twee uitgangspunten volgens het denkmodel. Het is of in de kern onrechtmatig of niet in de kern onrechtmatig. Als nu blijkt dat iemand in de kern onrechtmatig heeft gehandeld en geen winst heeft gemaakt, dan heeft hij geen voordeel gehad. We gaan dat dan niet ontnemen, want er is niks te ontnemen. Dan gaan we dus niet zeggen van nou eigenlijk had je als je het goed had gedaan nog minder verlies gehad, en dan ga je via een achterdeur op besparing van kosten zitten. Dat is een onjuiste toepassing van de besparing van kosten, want volgens het denkmodel (en volgens Knigge) pas je deze berekeningswijze toe bij activiteiten die niet in de kern onrechtmatig zijn. Je kijkt dus puur naar de opbrengsten van het strafbare feit en de kosten die hij daarvoor heeft gemaakt. Zijn er geen opbrengsten, of negatieve opbrengsten, dan valt er niks te ontnemen.

(Ik maak hier de denkfout dat ik het totale bedrijfsresultaat terwijl ik de legale en illegale activiteit moet scheiden. Daardoor tel ik negatief resultaat van het strafbaar feit bij het totale bedrijfsresultaat en dus ook het gedeelte aan legaal bedrijfsresultaat).

In het artikel wordt verwezen naar de Aanwijzing ontneming en deze is inmiddels per 01-01-2014 vervallen. Heeft dat gevolgen voor het denkmodel?

Nee dat heeft geen gevolgen. Er is een Aanwijzing afpakken voor in de plaats getreden, zij het dat deze qua inhoud meer op hoofdlijnen is.

Hoe gaat het denkmodel om met kosten die zijn gemaakt om kosten te besparen?

Als een verdacht bedrijf kosten opvoert, terwijl deze in werkelijkheid niet zijn gemaakt, dan wordt daardoor de belastbare winst (ten onrechte) verlaagd en betaalt het bedrijf als gevolg daarvan minder vennootschapsbelasting (of inkomstenbelasting als sprake is van bv. een eenmanszaak). Je Overigens kunnen kosten die het bedrijf in een bepaald jaar wel is verschuldigd, maar die nog niet daadwerkelijk zijn betaald (dat gebeurt bijvoorbeeld pas het jaar daarna), wel in aftrek worden gebracht op de fiscale winst.

Bij de voordeeltberekening per delict volgens artikel 36 3 Sr is één van de voorwaarden voor de aftrek van kosten dat deze daadwerkelijk zijn betaald. Dus kosten die een verdachte nog verschuldigd is op het moment waarop de voordeeltberekening wordt gemaakt, kunnen niet in mindering worden gebracht van het wvv.

Sinds 1 januari 2015 is de Wet verruiming mogelijkheden bestrijding financieel-economische criminaliteit in werking getreden. In de MvT blijkt dat de minister het onwenselijk acht dat bepaalde kosten, zoals de aanschaf c.q. afschrijving van assimilatielampen voor een hennepkwekerij, niet meer voor aftrek in aanmerking komen. Deze ontwikkeling is niet in lijn met de jurisprudentie. Wat betekent dit voor de milieuopsporing?

Dat kan ik nog niet zeggen. Het FP gaat er wel over nadenken wat deze wijziging nu betekent en hoe we dit in een voordeeltberekening gaan aanbieden aan de rechter. We kunnen het voordeel per delict berekenen maar ook per periode, bijv. via de kasopstelling. In principe komen die berekeningen op hetzelfde bedrag uit. Dat betekent dat kosten, die vanwege het nieuwe wetsartikel niet in mindering kunnen worden gebracht in de voordeeltberekening per delict, wellicht juist moeten worden opgeteld bij de berekening op basis van de periodeberekening.

De tekst van het nieuwe wetsartikel zelf is overigens niet schokkend, want zoals het in de wet is opgenomen lijkt het vooral een codificatie van de praktijk. Bepaalde kosten werden al niet meer afgetrokken, bijv. de kosten voor de aanschaf van een vuurwapen of cocaïnekosten die de mensenhandelaar heeft gemaakt door cocaïne te verstrekken aan vrouwen, zodat ze op die manier meer klanten konden afwerken. Een dergelijke handelswijze is walgelijk, niet redelijk, niet maatschappelijk acceptabel en dus niet aftrekbaar. Zo oordeelde de rechter inmiddels al.

Ik ben wel benieuwd hoe de rechters zullen omgaan met de wetswijziging en de MvT die daarbij hoort. . Persoonlijk vind ik een aftrekbeperking kosten geen goede zaak. Op deze manier wordt de ontnemingsmaatregel meer een straf. Het principe dat je de veroordeelde met de ontneming wordt teruggebracht in de financiële omstandigheden waarin hij zich bevond voordat hij het delict beging wordt dan voor een groot deel losgelaten. Voor het denkmodel zal deze wetswijziging geen gevolgen hebben. Het zal voor de milieuopsporing er ook niet gemakkelijker op worden nu bepaalde kosten niet meer aftrekbaar zijn. Het zal misschien zelfs tot meer discussie leiden, want welke kosten ga je nu wel of niet aftrekken.

Hoe groot is de kans dat er meer ontnomen wordt, dan daadwerkelijk is verdiend?

Ik denk niet zo groot. We kijken bij het maken van een berekening bijvoorbeeld goed naar dubbeltellingen. Daarnaast volgt er tussen het OM en de betrokkene nog een hele conclusiewisseling voordat het onderzoek ter terechtzitting plaatsvindt. De kans is vele malen groter dat er veel te weinig wordt berekend. Ik zie bijvoorbeeld wel eens uitspraken waarin betaalde inkomstenbelasting of vennootschapsbelasting in mindering zijn gebracht terwijl dat niet moet.

In de samenloop tussen ontneming en belastingheffing kan het overigens wel zijn, dat de betrokkene uiteindelijk meer kwijt is dan dat hij heeft verdiend. Dat heeft te maken met de verschillende wetten (fiscaal recht vs. Strafrecht) en de verschillende doelstellingen daarvan. Het is niet juist om dat recht te trekken via de ontneming o.a. omdat je dan via de ontnemingswetgeving de bedoelingen van de fiscale wetgever dwarsboomt. De betrokkene moet dat maar zien te regelen met de fiscus. Als dat niet lukt dan loopt de betrokkene het risico om meer geld kwijt zijn aan het einde van de rit. Er wordt dan niet "meer" ontnomen. Wat zie je als voordeel?

Ik zie criminele verdiensten als voordeel.

Ja inderdaad. Het kan dus zijn dat iemand criminele verdiensten heeft. Bijv. de verdachte heeft afval ingenomen en dat mocht hij innemen, maar dat had hij moeten afleveren aan een erkende verwerker. Dat heeft hij nu niet gedaan hetgeen hem een besparing van kosten oplevert. Als de verdachte dit afval heeft weggegeven of gedumpt, blijft het daarbij voor de

voordeelberekening. Maar als hij het heeft verkocht, dan gaan wij berekenen wat hij heeft verdiend aan die verkoop. De uitkomst daarvan tellen wij op bij de besparing van kosten. De geldelijke opbrengsten van de verkoop heeft hij in handen gehad, maar de gelden van de besparing van kosten niet. In die zin bereken je meer dan hij in handen heeft gekregen, maar dat is wel het voordeel dat hij heeft verkregen door zijn strafbaar handelen. De verdiensten zijn dus meer dan dat hij in handen heeft gekregen.

Bij milieucriminaliteit treedt veelal vermenging op van legale en illegale activiteiten. Wat te doen bij vermenging?

Stel dat een milieubedrijf 5.000.000 euro legale omzet en 50.000 euro illegale omzet heeft. Het illegale gedeelte staat in de boekhouding en er wordt ook belasting over betaald. Die 50.000 euro ga je ontnemen. Daarbij kijk je welke kosten hij specifiek heeft gemaakt voor die 50.000 euro, bijv. benzinekosten (vervoer van illegale goederen), personeelskosten (bijvoorbeeld de overuren die zijn uitbetaald aan het personeel vanwege het uitvoeren van de illegale activiteiten) en deze kosten trek je af. Wat je dus niet moet doen en dat probeert de advocatuur wel, is 50.000/50.000.000ste deel van alle kosten toerekenen aan de gedraging. Die kosten had hij immers allemaal al voor de legale activiteit gemaakt en die heeft hij niet speciaal voor de illegale activiteit gemaakt, dus we gaan die kosten niet in mindering brengen. Je gaat puur kijken naar wat hij voor extra kosten heeft gemaakt voor de illegale activiteiten. Vanuit de positie van de verdachte bekeken valt dit vaak tegen, dat zijn niet veel aftrekbare kosten.

Een andere situatie. Hij heeft 5.000.000 euro illegaal en 50.000 euro legaal aan omzet. Eigenlijk moet je dan zeggen dat het een illegaal bedrijf is. Alle kosten die gemaakt zijn, zijn dan t.b.v. de illegale activiteiten gemaakt en dus aftrekbaar. De legale 50.000 euro had op deze wijze van het voeren van de bedrijfsvoering niet zelfstandig kunnen bestaan. Die 50.000 euro is waarschijnlijk meegelift op de illegale activiteiten en natuurlijk hangt dat een beetje van de activiteiten af. De 50.000 euro is dan een soort bijvangst en deze neem je ook mee in je voordeelsberekening. Dan neem je het totaal voordeel van 5.050.000 euro. Voornoemde voorbeelden zijn twee uitersten.

Stel je hebt een situatie 50% legale en 50% illegale activiteiten. Dan moet je heel erg naar de casus kijken wat je aan kosten in mindering gaat brengen. Dat is lastig en daar kan ik ook niet zomaar een antwoord op geven. Je moet goed de casus in duiken en je moet ook goed kijken naar de ontstaansgeschiedenis van het bedrijf. Je zal dat moeten onderzoeken. Wat nog wel eens voorkomt is, dat een bedrijf vanuit de illegaliteit is ontstaan, het dus al een illegale voorgeschiedenis heeft en dat er vervolgens wel legale omzet is bijgekomen. Dan kun je die legale omzet stellen op vervolgprofijt. Als je illegaal geld in een legaal bedrijf stopt en je krijgt er vervolgens wel winsten uit, dan is dat toch wel vervolgprofijt van je illegale buit.

In hoeverre is het denkmodel hanteerbaar bij milieudelicten indien er sprake is van meerdere strafbare feiten en meerdere verdachten? Als voorbeeld, stel dat er een gebouw moet worden gesloopt. In dit gebouw zit o.a. asbest. De opdrachtgever huurt enkele aannemers in. Voor het asbestgedeelte wordt een asbestsaneringsbedrijf ingeschakeld waarvan hij weet dat het bedrijf het niet zo nauw neemt met de regels, maar daarom is dit bedrijf goedkoper. De opdrachtgever handelt dan mijns inziens in de kern onrechtmatig, want hij is op de hoogte van het feit dat het asbestsaneringsbedrijf het niet zo nauw neemt met de wet- en regelgeving en geeft willens en wetens de opdracht. Op welke wijze moet het wederrechtelijk verkregen voordeel per delict worden berekend?

Tijdens het interview zat ik hier op een dwaalspoor! Het schema volgend, is hier sprake van 'het ontdoen van afvalstoffen'. Dat betekent dat je bij de vraag 'er is sprake van ontdoening van afvalstoffen' rechts afslaat en uiteindelijk (er is met de ontdoening geen opbrengst behaald) uitkomt op 'besparing van kosten'.

De vraag of sprake is van 'in de kern onrechtmatig handelen' komt pas aan de orde als er sprake is van een andere gedraging.

Het handelen van de opdrachtgever vindt u niet in de kern onrechtmatig en de berekeningsmethode zou dan volgens het denkmodel moeten zijn de besparing van kosten. Wat nu als die opdrachtgever willens en wetens dat bedrijf de opdracht heeft gegeven, waarbij hij wist dat het bedrijf het niet zo nauw neemt met de veiligheidsvoorschriften om asbest te saneren?

Zie hiervoor: de vraag of sprake is van in de kern onrechtmatig handelen komt pas aan de orde bij 'andere gedragingen'.. Bij de opdrachtgever is echter sprake van ontdoening van afvalstoffen en kom je uit op 'besparing van kosten'.

Het 'willens en wetens' opdracht geven aan de 'foute asbestsaneerder' komt uitgebreid in de strafzaak aan de orde.

Voor de milieuopsporing is het belangrijk om daar goed over na te denken. In dit laatste geval heeft de opdrachtgever willens en wetens dat bedrijf de opdracht gegeven. De opdrachtgever is in mijn ogen gewoon fout bezig. De politie zou dan kunnen denken hij handelt in de kern onrechtmatig, maar de opdrachtgever heeft alleen kosten bespaard door het goedkopere asbestbedrijf in de arm te nemen, anders was de rekening om het asbest te saneren hoger uitgevallen.

Zie hiervoor.

De rechercheur kan volgens de denkwijze van het model denken van, de opdrachtgever wist dat de asbestsaneerder het niet zo nou nam met wet- en regelgeving, het malafide saneringsbedrijf ook een stuk goedkoper is dan een bonafide saneerder, dit de opdrachtgever niet weerhield om de opdracht te geven aan de malafide saneerder, de opdrachtgever daardoor willens en wetens heeft gehandeld, want hij kiest voor het malafide bedrijf omdat die goedkoper saneert. Indien hij een bonafide bedrijf in de arm zou hebben genomen waren de saneringskosten hoger uitgevallen. Dit zou bij de politiemannen kunnen leiden tot de denkwijze: er is sprake van een andere gedraging, handelen is in de kern onrechtmatig (willens en wetens het malafide bedrijf de opdracht geven) en de opdrachtgever heeft kosten bespaard, want een bonafide saneerder had meer kosten in rekening gebracht, dus berekeningsmethodiek is besparing van kosten...

Zie hierboven

Hoe zit het met de besparing van kosten indien er sprake is van een gedraging die nooit legaal kan zijn?

Onder deze categorie vallen o.a. handel in illegaal vuurwerk, handel in beschermde diersoorten, gebruik van verboden hormonen of bestrijdingsmiddelen, dat soort zaken. Daar kun je ook geen alternatief voor vinden en je komt dan ook nooit een besparing van kosten tegen.

Wat zegt uw rechtsgevoel over het bepalen van het wederrechtelijk verkregen voordeel op basis van besparing van kosten, terwijl met niet legale activiteiten in een eerder stadium opbrengst is behaald? Als voorbeeld wordt in het denkmodel genoemd de veehouder die zonder vergunning groenafval op zijn erf heeft opgeslagen. De veehouder had in beginsel geen vergunning daartoe, maar heeft deze later aangevraagd en alsnog gekregen van het bevoegd gezag. Het wederrechtelijk verkregen voordeel wordt door de rechtbank bepaald op besparing van kosten i.v.m. het niet tijdelijk aanvragen van de vergunning. Het OM had een ontnemingsvordering ingediend en berekend op basis van de totale winst (opbrengsten minus de kosten).

Op dit arrest en de conclusie hebben we het denkmodel gebaseerd. Als ik de parketsecretaris van die zaak spreek, dan speelde er nog veel meer maar dat haal je niet uit het arrest. Volgens het arrest is er alleen sprake van een administratieve overtreding, is inmiddels de vergunning aangevraagd en verleend en waren de omstandigheden waaronder de vergunning werd verleend hetzelfde als ten tijde van het plegen van het strafbaar feit. Kortom, had de veehouder de vergunning eerder aangevraagd, dan was deze verleend en er

was geen sprake van een strafbaar feit. Dat de omstandigheden na vergunningverlening en tijdens het plegen van het strafbaar feit hetzelfde waren, heeft het OM niet bestreden of niet kunnen weerleggen. Mogelijk is daar ook geen goed onderzoek naar gedaan. Op basis daarvan moet de rechter dan een uitspraak doen. Het Hof bezigde voor bovenstaande de term 'relatieve illegaliteit', want had de veehouder onder dezelfde omstandigheden de vergunning aangevraagd dan had hij de vergunning gekregen. Kun je dan zeggen dat de opbrengst die de veehouder heeft behaald, kan worden toegerekend aan het strafbare feit (het niet aanvragen van een vergunning) of kan dat hier niet? Het antwoord is, dat we onder die omstandigheden niet de opbrengsten die hij heeft behaald toerekenen aan het strafbare feit. Ik vind dit wel logisch en ik vind het een heel groot verschil met bijvoorbeeld de benzinepomphouder die geen vloestofdichte vloer heeft aangebracht, want dan gaat het niet meer alleen over iets administratiefs. Bij vergunningsovertredingen zal je tijdens de opsporing onderzoek moeten doen, of bij een aanvraag al dan niet vergunning wordt verleend. Mijns inziens zou het voor verdachte niet eenvoudig moeten zijn om zich te beroepen op deze relatieve illegaliteit, zeker niet als er bij de vergunningsaanvraag sprake is van bijv. een instemmingsprocedure.

Het is fijn dat we het arrest hebben, maar voor mij is het echt een uiterste. Het heeft voor mij veel duidelijk gemaakt. Maakt een verdachte aannemelijk, of bewijst hij dat hij de vergunning door een aanvraag gewoon had gekregen, dan bestond zijn voordeel uit het te laat aanvragen. Dit is een besparing van kosten. Overigens wordt volgens mij de kostenbesparing in het arrest verkeerd berekend. Ze berekenen de kosten van de vergunning als kostenbesparing. Volgens mij is er alleen sprake van rentevoordeel van het later aanvragen van de vergunning, tenzij er per maand voor die soort vergunning betaald moet worden. Al met al vind ik het arrest wel logisch zoals hij gepresenteerd wordt.

Kun je dan eigenlijk wel van een strafbaar feit spreken als later het strafbaar handelen alsnog door het bevoegde gezag wordt vergund en daarmee feitelijk wordt gelegaliseerd?

Hij is in de strafzaak veroordeeld voor het strafbaar feit en daarover oordelen is behouden aan de strafrechter. Staat het oordeel eenmaal vast, dan komt dit bij de ontnemingszaak niet meer ter sprake. De verdediging kan die discussie ook niet in de ontnemingszaak inbrengen. De rechter heeft gesproken. Vooraf moet je dan ook bij dit soort zaken nadenken of je het strafrecht wel wil inzetten of dat je het op een andere manier gaat oplossen. Zoals de zaak gepresenteerd is, ben ik van mening dat ontneming niet opportuun/nodig was, maar als ik de parketsecretaris van die zaak spreek speelde er veel meer.

Is het voor de milieuopsporing lastig om tot een strafbaar feit te komen, indien sprake is van diverse vergunningen, besluiten en meerdere bevoegde gezagen?

In de ontneming heb je daar over het algemeen minder mee te maken, omdat je een vonnis of een tenlastelegging hebt. Je kan er wel mee te maken krijgen als je voor andere feiten dan het strafbare feit waarvoor hij is veroordeeld gaat ontnemen. Je gaat andere feiten in je ontneming betrekken die niet op de tenlastelegging staan. Dan kun je wel met die lastige discussie te maken krijgen.

Wat zal de reorganisatie Nationale Politie betekenen voor de ontnemingspraktijk?

Ik merk vooral dat er binnen milieuopsporing weinig financieel rechercheurs rondlopen. Ik denk dat het erg belangrijk is dat die er komen. Er moet meer financiële kennis komen.

En de samenvoeging van het FP en het BOOM?

Als je het hebt over ontneming op het gebied van milieudelicten, is de samenvoeging heel goed geweest. We zitten nu veel dichterbij de milieuofficieren dan voorheen, waardoor je makkelijker over milieu- en ontnemingszaken kunt praten. Het zorgt voor verspreiding van kennis.

Wat kun u vertellen over de periodeberekening in relatie tot milieudelicten?

We maken dan over het algemeen een eenvoudige kasopstelling. Een vermogensvergelijking is heel ingewikkeld en lastig daarvan is ook, dat het moeilijk is uit te leggen aan de rechter. Of je nu kiest voor een vermogensvergelijking, een eenvoudige of een uitgebreide kasopstelling in één zaak, alle berekeningen komen op hetzelfde uit. Daarvan zeg ik, ga voor de meest eenvoudige berekening. Uitgangspunt bij de eenvoudige kasopstelling is heel eenvoudig. Je kunt niet meer geld uitgeven dan je middels legale bron aan inkomsten hebt. Bij de eenvoudige kasopstelling kijk je alleen naar de contante geldstromen. Zelden zou je kunnen kiezen voor uitgebreide kasopstelling, tenzij de illegale gelden per bank binnenkomen, maar dan nog zou je kunnen kiezen voor de eenvoudige kasopstelling. In die zeven jaar heb ik eigenlijk maar één keer een uitgebreide kasopstelling gezien, waarbij ik het me ook kon voorstellen dat deze werd gebruikt voor die zaak.

Zijn er nog knelpunten, dan wel voor- of nadelen te benoemen m.b.t. de toepasbaarheid van het denkmodel in relatie tot milieudelicten?

We hebben het denkmodel en dan met name het in de kern onrechtmatig handelen, nog niet voor de rechter kunnen brengen. We hebben op dit moment niet meer dan het vonnis van de HR en de conclusie van Knigge. In 2011 of 2012 is het denkmodel wel gebruikt door de rechtbank Zwolle in een PGB fraudezaak.

Voordat het denkmodel werd gepubliceerd...

Ja dat klopt.

Bijlage 3e Interview respondenten 5 en 6

Uitwerking interview Respondenten 5 en 6, d.d. 23-01-2015.

Voorstellen en doelstelling onderzoek en doel van het interview. I.v.m. capaciteit en tijdgebrek konden beiden niet afzonderlijk van elkaar worden geïnterviewd en heeft er een gezamenlijk interview plaatsgevonden.

Mevr. (geanonimiseerd respondent 5), officier van justitie en werkzaam bij het FP te 's-Hertogenbosch. Vijf jaar ervaring op het gebied van milieudelicten en gebiedsofficier van Limburg. De milieuportefeuille wordt langzaam overgedragen en gaat bij het FP fraudezaken voor zuid Nederland in behandeling nemen.

Mevr. (geanonimiseerd respondent 6), parketsecretaris afpakken en werkzaam bij het FP te 's-Hertogenbosch.

Hoe werkt de ontneming binnen milieudelicten?

Ontneming van wederrechtelijk verkregen voordeel binnen milieudelicten blijft altijd maatwerk. Het moet passen in het doel en je strategie van het milieuopsporingsonderzoek. Wil je normconform gedrag bevorderen of wil je een onderneming uit de markt weren i.v.m. oneerlijke concurrentie? Dit betekent iets voor je onderzoeksstrategie en dus de keuze om wel of niet te gaan ontnemen. Er zijn legio mogelijkheden, maar het wordt bij milieudelicten meer complex, omdat je bij deze vorm van criminaliteit vaak te maken hebt met de besparing van kosten. Vaak zie je ook dat een slechte economische positie van een onderneming de reden is om een delict te plegen. Indien je dan groot inzet om te gaan ontnemen, kan het zijn dat de onderneming failliet gaat en dat is niet altijd wat je wil bereiken. Economische belangen, zoals werkgelegenheid, kunnen daarbij ook een rol spelen. Veelal kan ook worden bereikt dat de onderneming zijn bedrijfsvoering weer op orde krijgt. Dit bepaalt in het milieuopsporingsonderzoek de keuze of je gaat ontnemen, hoe je dat instrument gaat inzetten en welke berekening je gaat toepassen. Bij laatstgenoemde kan nl. een groot verschil zitten het totaal geschatte wederrechtelijk verkregen voordeel.

Wat bedoelen jullie daarmee?

Dat het wederrechtelijk verkregen voordeel kan worden berekend aan de hand van een transactieberekening of bijv. de periodeberekening zoals een kasopstelling. Je kunt ervoor kiezen om alleen de besparing van kosten te berekenen of de netto winst te gaan ontnemen. Houden we bij het ontnemen van de winst wel of geen rekening met vermenging van de jaren die voor de pleegdatum liggen etc.. Stel iemand heeft in een X-jaar 10.000 euro aan wederrechtelijk voordeel genoten en heeft dat bedrag geïnvesteerd in zijn bedrijfsvoering. Er treedt dus vermenging op gedurende de navolgende jaren gerekend vanaf jaar X. Hoe bereken je nu het wederrechtelijk verkregen voordeel? Dit zijn lastige vraagstukken waarin je een keuze moet maken. Wij vinden milieudelicten een enorm brede verschijningsvorm met een diversiteit aan fenomenen, waar je iedere keer goed naar moet kijken. Milieudelicten zijn nu eenmaal geen standaardzaken. Het enige milieudelict die misschien een standaardzaak zou kunnen zijn en waarbij het wederrechtelijk verkregen voordeel gemakkelijker te berekenen is, zijn dierenrecht delicten. Bijv. een varkenshouderij die 1.000 varkensseenheden op zijn boerderij mag houden, maar er 200 teveel houdt. De gemiddelde prijs van een varkensrecht is dan een X-bedrag minus de kosten en dan is dat bedrag het wederrechtelijk verkregen voordeel.

Het wederrechtelijk verkregen voordeel berekenen bij een onderneming met een bio- of covergistingsinstallatie die niet is aangezet/onderhouden en daardoor slechter functioneert of waarvoor geen vergunning is aangevraagd, is lastig te bepalen want hoe bereken je dan het wederrechtelijk verkregen voordeel? Het is dus heel afhankelijk van je type milieudelict die je onderzoekt en van de parameters, de opsporingsgegevens, die je ter beschikking staan. We vinden dat je daar weer iedere keer goed naar moet kijken, al dan niet met inachtneming van het denkmodel dat door het BOOM is ontwikkeld. Het blijft een stukje maatwerk en dat maakt het lastig. Het is ook geen geld dat je kunt oormerken als bijv. drugsgeld, waarbij je ziet dat

een partij drugs een X-bedrag op heeft geleverd. Het drugsgeld blijft ergens, daar is een geldstroom zichtbaar. Indien er kosten zijn bespaard, wat bij milieudelicten veelal het geval is, zie je die geldstroom niet.

Je kunt op basis van art. 36e Sr ontnemen. Je kunt voorwerpen verbeurdverklaren, een transactie aanbieden en ook voorwerpen onttrekken aan het verkeer. Qua mogelijkheden om te ontnemen was het dat wel zo'n beetje.

En de schikking met een afneemcomponent?

Schikking is dan een transactie met een gedeelte ontneming.

En het uitvaardigen van een strafbeschikking?

Ja dat doen we ook, zij het dat de verdachte eerst de ontnemingschikking moet betalen. Indien deze betaald is, wordt de strafbeschikking uitgevaardigd.

Dat is eigenlijk de omgekeerde manier, want om te kunnen ontnemen middels art. 36e Sr is eerst een veroordeling nodig in de strafzaak voordat je kunt gaan ontnemen...

Bij de strafbeschikking laten we de betrokkene eerst het wederrechtelijk verkregen voordeel betalen, voordat de strafbeschikking voor het delict wordt uitgevaardigd. We willen niet achteraf alsnog achter de betrokkene aan hoeven lopen om het ontnemingsgedeelte te innen of alsnog de strafzaak inhoudelijk voor de rechter brengen en dan begint het hele circus opnieuw. Onze ervaring leert dat de ontneming betaald wordt. Daarna volgt er een strafbeschikking en die wordt dan ook altijd betaald.

Waarom komt ontneming nog onvoldoende uit de verf bij milieudelicten?

Milieudelicten zijn complex en het is een stukje maatwerk. Omdat een milieudelict veelal een economisch delict is, zit er per definitie een voordeelcomponent aan deze vorm van criminaliteit vast. Om een voordeeltberekening te maken ben je afhankelijk van de parameters die je tijdens het opsporingsonderzoek hebt verzameld. Daarnaast heb je bij milieudelicten veelal te maken met economische belangen. Wat we bij het gros van de gepleegde milieudelicten zien is, dat deze worden gepleegd uit een soort noodzaak omdat de positie van de onderneming op de economische markt slecht is. Ga je bij zo'n onderneming fors ontnemen, dan faileert de onderneming. Dat wil je niet en is ook niet in het belang van het strafrecht. Het gaat erom om normconform gedrag te bereiken. Bij stelselmatige daders, de grotere of kleinere bedrijven die het niet zo nauw nemen met de wet- en regelgeving, het soort delict of dat er dusdanig voordeel is gegenereerd dat er sprake is van oneerlijke concurrentie, dan kan de keuze om wel te ontnemen anders komen te liggen. Als oneerlijke concurrentie zoveel mensen treft in de markt en ook al staat het bedrijf er economisch gezien niet al te best voor, dan kan het toch zijn dat je dit bedrijf aanpakt en ook gaat ontnemen.

Binnen milieuzaken worden veel vormen van rechtspersonen gebruikt, zoals maatschappen en vennootschappen onder firma etc.. Er is binnen een milieuzak vaak sprake van een behoorlijke paraplu aan rechtspersonen. Het is daardoor moeilijk om te bepalen waar het voordeel nu terecht is gekomen en er valt bij politie en justitie nog wel winst te behalen op het gebied van kennis en expertise daarvan. Dat je kunt berekenen wat iemand bespaard of verdiend heeft is één. Wil je dat gaan ontnemen, dan moet je ook weten waar en bij wie het voordeel terecht is gekomen en of dat aan hem toegerekend kan worden. Alleen die (rechts)persoon heeft dat economische voordeel behaald. Die (rechts)persoon moet je ook meenemen in je strafzaak, want je hebt een veroordeling nodig om te kunnen ontnemen. Omdat de ontnemingsmaatregel bedoeld is om de (rechts)persoon in een positie terug te brengen waarin hij had moeten zijn als ware het strafbare feit niet gepleegd, dan moet je ook bij degene waar het voordeel terecht is gekomen het voordeel gaan ontnemen. Dit betekent voor je opsporingsonderzoek dat je de geldstromen m.b.t. de verdiensten of besparing van kosten in kaart brengt. Daarnaast zou ook nog eens de tracering van vermogen verbeterd

kunnen worden i.v.m. beslaglegging. Het is afhankelijk van je soort opsporingsonderzoek, maar het betekent ook iets voor de aansturing door het OM en de onderzoeksleiding. Misschien moet je bij de grotere milieuzaken ook afwijken van de conventionele milieudelicten en betrek je commune delicten erbij, zoals een criminele organisatie of witwassen. Belangrijk is dat er bij de start van het onderzoek wordt nagedacht over de inrichting van het financiële gedeelte van je onderzoek. Wat we vaak zien is dat het financiële gedeelte later plaatsvindt, terwijl je er eigenlijk mee zou moeten beginnen. Pas als je weet wie je verdachte is, kun je je onderzoek ook goed inrichten en aansturen. Het is daarbij cruciaal om op de juiste verdachte te reageren. Indien blijkt dat het wederrechtelijk verkregen voordeel bij een andere (rechts)persoon terecht is gekomen dan bij degene waarop het opsporingsonderzoek was gericht, dan wordt veelal geen ontnemingsonderzoek meer gestart, tenzij de zaak klip en klaar is. Reden om dan geen ontnemingsonderzoek meer te starten, is gelegen in het feit dat de zaak lang geleden gespeeld heeft, het onderzoeksteam veelal is afgebouwd en met een nieuw onderzoek weer capaciteit is gemoeid. Dit betekent dat je aan de voorkant van je opsporingsonderzoek meer opsporingscapaciteit nodig hebt en meer aansturing. Aan de achterkant kun je veel winst kunt boeken, omdat je een goede berekening hebt gemaakt op de juiste verdachte en genoeg beslag hebt gelegd op vermogensbestanddelen. Het is heel belangrijk dat financiële expertise aan de milieurecherche wordt toegevoegd, want daar valt of staat de succeskans mee om te ontnemen. Je moet opgeleid zijn om de boekhoudkundige valsheden te ontdekken, maar ook vooral kijken waar voordeel is gebleven en waar je beslag op kunt leggen.

In de milieuopsporingsonderzoeken vanaf 2012 is meer aandacht voor ontneming. Toch is daar ook nog winst te behalen, met name in de beslaglegging. We zien dat er wel een berekening is gemaakt van bijv. een miljoen, maar de beslagratio maar een ton is. Beslaglegging na eigendomsrecherche en vermogenstracing, kun je ook nog gebruiken in tactische zin. Het kan namelijk in schikkingsonderhandelingen als pressiemiddel worden gebruikt. Milieuzaken kunnen daarnaast ook sneller worden afgegaan als er wordt geschikt plus levert dit een besparing op van beoordeling- en zittingcapaciteit. Dit betekent wel dat er wel sprake moet zijn van een bewijsbare zaak waarin het OM over voldoende bewijsmiddelen moet beschikken. Een strafbeschikking is vervolging en dus een schuldbekenenis. Bij de transactie wordt door het OM een aanbod gedaan. Wordt tussen het OM en de betrokkene geen overeenkomst bereikt, dan komt de zaak voor de rechter en gaat ieder voor zijn gelijk.

Wat zijn jullie ervaringen met het denkmodel voordeelsberekening per delict toegespitst op milieudelicten tot nu toe?

We passen het in die zin toe, dat we kijken naar welke parameters we hebben, wat het doel van het opsporingsonderzoek is en hoe gaan we dat nu gaan toepassen in de zin van maatwerk. Soms kan het een bewuste keuze zijn om niet te gaan ontnemen.

Het denkmodel voordeelsberekening per delict gaat uit van drie categorieën strafbare gedragingen (er is sprake van een gedraging die nooit legaal kan zijn, er is sprake van ontdoening van afvalstoffen en er is sprake van een andere gedraging). Per categorie strafbaar feit kan het wederrechtelijk verkregen voordeel worden berekend op twee manieren. Wat is jullie visie m.b.t. het denkmodel en dan met name het bepalen van het wederrechtelijk verkregen voordeel bepalen op winst en/of kostenbesparing?

Als je kijkt naar het brede landschap van milieu, vinden wij het knap dat dit is omvat in dit denkmodel. Het is wel een goed handvat waarmee je de zaken kunt analyseren en waarmee je een keuze kunt maken welke berekening je gaat inzetten. Je moet het denkmodel ook meer zien als een handvat. Maatwerk komt daarbij om de hoek kijken. Het denkmodel kun je daarvoor prima gebruiken om in te schatten wat voor type delict je hebt, welke parameters je hebt en zijn die voldoende en past hetgeen we met de strafzaak of de ontneming willen bereiken. Het punt is alleen dat hier vrij strakke berekeningsmethoden instaan, in die zin dat

je soms ook de gehele netto omzet als onrechtmatig kunt beschouwen. In de praktijk zien we dat rechtbanken daar niet altijd mee akkoord gaan. Je moet de rechter ook overtuigen van de standpunten. De vraag is of we de rechtbanken daarvan gaan overtuigen en of je dit wel zou moeten willen, omdat je dat standpunt op iedere casus zou willen uitdragen.

Het model is gebaseerd op een arrest van de HR van een veehouder die in strijd met de vergunning groenafval had opgeslagen. OM diende een ontnemingsvordering in waarbij het wederrechtelijk verkregen voordeel werd berekend op grond van de winst (opbrengst – kosten). De rechter stelde het voordeel vast op grond van de kostenbesparing. De veehouder is veroordeeld in de strafzaak, er is sprake van een strafbaar feit en ten tijde van het plegen daarvan is voordeel ontstaan (opbrengst gegenereerd). Wat is jullie visie m.b.t. het denkmodel en dan met name het bepalen van het wederrechtelijk verkregen voordeel bepalen op winst en/of kostenbesparing?

De berekening op grond van de besparing van kosten is naar onze mening juist. Want wat ga je ontnemen en wat is voordeel? Is dat iets wat je sowieso kunt berekenen aan de hand van wat de wet je toestaat of is dat ook iets dat als zodanig als fair en redelijk wordt ervaren in de maatschappij. Wat vindt jezelf als mens, los van het feit dat je als jurist denkt van wat de wet je biedt.

Dus niet puur zwart-wit denken?

Ja. Onder het begrip mensenhandel bijv., daar kunnen we veel handelingen onder scharen. Wij denken bij mensenhandel aan grove schendingen. Een ander voorbeeld. Een onvrijwillige tongzoen vond de HR lange tijd verkrachting. Wij dachten bij een dergelijke handelswijze niet aan verkrachting en zo ziet de HR dat nu ook. De vraag is dan hoe je dat ook met ontneming moet zien. Gaat dat ook zo'n ontwikkeling doormaken? Je kunt als jurist absoluut een hele uitgebreide voordeeltberekening maken waarbij je de netto winst gaat ontnemen, maar doet dat recht aan hetgeen ervaren wordt in de maatschappij en doet dat recht aan alle feiten en omstandigheden in die zaak. De vraag is of je met een dergelijke zwart-wit benadering dan ook niet iemand in een veel slechtere toestand brengt dan in de toestand voor het plegen van het strafbare feit. Hiermee moet je wel rekening mee houden bij het berekenen van het voordeel.

De veehouder is voor het milieudelict veroordeeld en de strafzaak is daarmee afgedaan. In de ontnemingzitting komt de schuldvraag over het milieudelict ook niet meer ter sprake, althans de verdediging kan daar geen beroep op doen. Het bevoegd gezag heeft achteraf een vergunning verleend. Als we voortborduren op hetzelfde voorbeeld, is het strafrecht dan wel het geëigende middel om dit in dergelijke gevallen toe te passen?

Je ziet wel dat we milieuzaken ook steeds meer op een andere manier gaan bekijken. We betrekken daarin het aspect wat het bevoegd gezag heeft gedaan, wat ze hadden kunnen of moeten doen en de gemoeide capaciteit. De vraag is politie en justitie dan in dat gat moeten springen. We willen als politie en justitie best integraal meedenken en milieuzaken aanpakken, maar we zeggen ook tegen het bevoegd gezag dat ze vooral moeten doen waarvoor ze in het leven zijn geroepen. Gaan we puur de kosten voor de aanvraag, dan wel de legeskosten ontnemen, dan moeten we ons wel afvragen of we daar capaciteit in willen investeren. Daarnaast zijn de bij de vergunningaanvraag gepaarde kosten aftrekbaar.

Indien politie en justitie toch besluiten om ontneming ook toe te passen, dan betekent dit voor de milieuopsporing dat daar ook onderzoek naar moet worden gedaan. Is dat wel wenselijk als het bevoegd gezag met terugwerkende kracht een vergunning verleend en daarmee de illegale situatie alsnog legaliseert en de daarmee gepaard gaande kosten door de betrokkene ook nog eens kunnen worden afgetrokken?

Je moet je inderdaad afvragen of dat de zaken zijn die we als milieupolitie en FP willen onderzoeken. Je moet daar een bewuste keuze in maken.

Heeft dit ook te maken met een stuk opportuniteit om wel of niet een strafrechtelijk onderzoek te starten en te vervolgen?

Ja, is het delict onbewust of bewust gepleegd of is er sprake van een recidivist etc.. Het kan ook een zaak zijn die het bevoegd gezag zelf moet oplossen.

Hoe gaat het denkmodel voordeelsberekening per delict om met kostenaf trek?

Het denkmodel is een schema waarin een denkwijze is verwerkt, maar het is en blijft altijd maatwerk. Je moet altijd weer blijven nadenken. Alleen de kosten die in directe relatie staan tot het strafbare feit en die redelijk zijn, komen voor aftrek in aanmerking. Stel dat er voor de aanschaf van een vuurwapen kosten zijn gemaakt. Het bezit van een vuurwapen is strafbaar en de gemaakte kosten voor de aanschaf van het vuurwapen zijn geen redelijk gemaakte kosten en dus niet aftrekbaar.

Sinds 1 januari 2015 is de Wet verruiming mogelijkheden bestrijding financieel-economische criminaliteit in werking getreden. In de MvT blijkt dat de minister het onwenselijk acht dat bepaalde kosten, zoals de aanschaf c.q. afschrijving van assimilatielampen voor een hennepkwekerij, niet meer voor aftrek in aanmerking komen. Deze ontwikkeling is niet in lijn met de jurisprudentie. Wat betekent dit voor de milieuopsporing?

De vraag is of er wel zoveel aftrekbare kosten zijn voor een betrokkene. De inrichting bestaat al, de machines en/of dieren zijn er al en zijn dit dan kosten die voor aftrek in aanmerking komen? De kosten van het reguliere bedrijfsproces komen niet voor aftrek in aanmerking. Stel dat asbest is gedumpt, dan zijn de transportkosten van plaats A naar de dumpplaats B, kosten die voor aftrek in aanmerking komen. De wet zegt eigenlijk dat je mag aftrekken. Dat is bij de aanschaf van assimilatielampen natuurlijk krom, want je mag ze wel kopen maar niet gebruiken om hennep te kweken en dan zou je die kosten moeten aftrekken? We zien dat dan als een soort bedrijfsrisico, m.a.w. dan heb je gewoon pech gehad. M.b.t. de opiumwetgeving treedt in maart van dit jaar een nieuwe wet in werking. Voorbereidingshandelingen om hennep te kweken wordt strafbaar gesteld. Nu kunnen we bij de categorie voorbereidingshandelingen ook wederrechtelijk verkregen voordeel gaan ontnemen. Voorheen moest er sprake zijn van tenminste medeplegen, wilde je kunnen gaan ontnemen. De aanschaf van voorwerpen om hennep te kweken wordt na invoering van die wet gezien als een voorbereidingshandeling, met als gevolg dat de kosten die daarmee gepaard gaan niet meer voor aftrek in aanmerking komen.

Bij milieucriminaliteit treedt veelal vermenging op van legale en illegale activiteiten, kan sprake zijn van meerdere verdachten en strafbare feiten. In een situatie waarin zowel legale als illegale activiteiten plaatsvinden, dienen de kosten te worden toegerekend aan de respectievelijk legale en illegale activiteiten. Bij milieudelicten kan worden gekeken naar de mate van illegaliteit. Indien de illegale activiteit vergunbaar zou zijn, is daarmee een legale situatie denkbaar, waardoor de winst en de kosten meer concreet te berekenen zijn. Wanneer een illegale activiteit nooit vergunbaar zal zijn, is het moeilijker om de winst en kosten te bepalen. Hoe moet de milieuopsporing daarmee omgaan?

Het is erg complex als er sprake is van vermenging, want welk deel van de omzet valt dan toe te rekenen aan het strafbare feit, hoe bereken je dat en op welke wijze kun je traceren waar het voordeel uiteindelijk terecht is gekomen. Vermenging is zo complex, dat wij dan specialistische kennis inschakelen van een accountant van het voormalige BOOM. Zij zijn ook in te zetten bij bijv. een doorzoeking ter inbeslagneming en dit kan een hoop beslag en verder onderzoek daaraan besparen. Een accountant kan sneller inschatten welke documenten van belang zijn en welke je niet nodig zult hebben. Heb je in je onderzoek aanwijzingen dat de bedrijfsvoering structureel niet klopt en wil je gaan ontnemen, dan moet je ook rekening houden met een ruimere zoekperiode dan alleen de pleegperiode van het strafbare feit. De parameters die je in je onderzoek boven water hebt weten te krijgen, bepalen vervolgens op welke wijze je het voordeel gaat berekenen, hetzij op winst, kosten of een combinatie van beide.

Hoe groot is de kans dat er meer ontnomen wordt, dan er daadwerkelijk is verdiend bij voordeelsberekening per delict?

Volgens ons kan dat niet. Bij ontneming probeer je iemand in de staat terug te brengen als ware het strafbare feit niet gepleegd. Bedoel je verschillende berekeningsmethoden?

Indien je een periodeberekening of een transactieberekening toepast en je kiest ervoor om de winst te ontnemen, zou je mijns inziens op hetzelfde geschatte bedrag van wederrechtelijk verkregen voordeel moeten uitkomen. Het wordt natuurlijk anders als je verschillende berekeningsmethoden toepast en je bij de één kiest om de besparing van kosten en bij de ander kiest om de winst te berekenen. ...

Dat is niet zo. Als je een transactieberekening of een periodeberekening maakt, dan kan onder aan de streep verschil zitten in het geschatte wederrechtelijk verkregen voordeel. Indien er sprake is van één strafbaar feit dan zou je wel op hetzelfde moeten uitkomen en dan klopt je redenatie.

Is het dan mogelijk om zowel een transactie- als een periodeberekening te maken, en zo ja, zouden jullie daarvoor kiezen?

Ja dat kan. Dat ligt heel erg aan het soort delict en de capaciteit, maar ook aan het doel van het onderzoek. Op voorhand weet je misschien ook wat de meest wenselijke berekeningsmethode zal zijn. Het kan zijn dat je een transactieberekening niet rond krijgt, omdat je bepaalde gegevens mist om die berekening te kunnen maken. Dan kan je een andere berekeningsmethode kiezen en deze ernaast zetten. Het kan ook een keuze zijn om ze allebei te maken, om ze vervolgens als pressiemiddel te gebruiken voor een schikking. Het is wikken en wegen, blijven nadenken en dat maakt afpakken zo moeilijk. Stel dat je voor meerdere hennepoogsten een transactieberekening hebt gemaakt, maar er wordt maar één oogst door de rechter bewezen verklaard. Dit betekent dat je alleen het wederrechtelijk verkregen voordeel van die ene oogst kunt ontnemen (Geerings-arrest). Heb je in dezelfde situatie een kasopstelling (inkomsten legale bron t.o.v. de uitgaven) gemaakt, dan speelt de Geeringsproblematiek geen rol. De kasopstelling is door de verdediging ook moeilijker om onderuit halen.

Wat kunnen jullie vertellen over de periodeberekening in relatie tot milieudelicten?

Bij milieudelicten heb je vaak te maken met een rechtspersoon als verdachte. Om dan een periodeberekening te maken is erg lastig.

Wat zal de reorganisatie Nationale Politie betekenen voor de ontnemingspraktijk?

Door de reorganisatie bij de politie merken we dat milieuzaken trager gaan. Ze zijn begrijpelijkerwijs met andere dingen bezig en dat gaat ten koste van opsporingscapaciteit. De mensen kiezen voor zekerheid. We zien goede mensen verdwijnen uit de milieuteams en dit heeft zijn weerslag op het aantal milieu- en ontnemingsonderzoeken, maar ook op de kwaliteit ervan.

En de samenvoeging van het FP en het BOOM?

Het BOOM was voorheen een meer afstandelijker organisatie. Door samenvoeging komen twee culturen samen, wat leidt tot wrijving. Het is ook lastig om het BOOM opnieuw te positioneren, want ze werkte voor alle parketten. Nu het BOOM bij het FP is gevoegd, is het de vraag hoe het zich verhoudt tot de capaciteit die ze ook moeten leveren aan de overige parketten. Je merkt wel dat de contacten tussen het FP en het voormalige BOOM makkelijker zijn, want je loopt sneller bij elkaar binnen en dat is goed voor kennis, raad en daad.

Zijn er nog knelpunten, dan wel voor- of nadelen te benoemen m.b.t. de toepasbaarheid van het denkmodel in relatie tot milieudelicten?

We vinden dat dit denkmodel voordelen kan opleveren. Als de politie het denkmodel bij de start van het milieuopsporingsonderzoek gebruikt, kan vooraf worden nagedacht over waar

je de ontneming zou kunnen inzetten. Als FP vinden we het prettig als de rechercheur bij ons komt met een idee, want bij de rechercheur zit veel meer kennis en ervaring over het specifieke milieudelict van de strafzaak. Het onderzoeksteam heeft veelal ook reeds onderzoek gedaan voordat er voor een eerste keer met het FP wordt overlegd. Het denkmodel kan als handvat worden gebruikt en bij het overleg gaan we erover praten en sparren, waarbij we samen uiteindelijk tot de beste oplossing zullen komen. Belangrijk is dan ook, dat je laat zien waar je aan gedacht hebt en waarom je welke keuzes hebt gemaakt of wil maken.

Respondent 6:

Ik zat nog even naar het denkmodel te kijken, naar de categorie ontdoening van afvalstoffen. In het model staat dat je het wederrechtelijk verkregen voordeel kunt berekenen aan de hand van de besparing van kosten plus de winst en dan staat hier vermeld de opbrengst min direct gerelateerde kosten. Ik denk dan altijd het is toch het een of het ander?

Respondent 5:

Afval is enorm duur als je je daarvan ontdoet. We zien vaak bij dergelijke zaken dat de kosten van de normale verwerking worden bespaard en er winst wordt gegenereerd door de verkoop of het wegsluizen van afval, bijv. naar derdewereldlanden.

Respondent 6:

Oké, want als je normaal die kosten aftrekt, dan zit daar de kostenbesparing er al in opgenomen. Je moet dubbeltelling voorkomen. Je kunt dus niet de opbrengsten en kostenbesparing ontnemen.

Respondent 5:

Met de besparing van kosten wordt bedoeld de kosten voor de werking van het afval.

Onderzoeker:

Het denkmodel bedoeld daarmee inderdaad de kosten het ontdoen van een reguliere afvalverwerking en niet de kosten die worden gemaakt om het strafbare feit te plegen.

Respondent 5:

Daar moet je inderdaad kritisch naar kijken. Het kan zijn dat als je het denkmodel op een verkeerde wijze volgt, dat je dan dubbel gaat ontnemen, omdat de kostenbesparing bij een ander delict al in de "meer" winst is opgenomen.

Respondent 6:

Ja want dat blijkt mij niet zo heel goed uit het schema.

In hoeverre is het denkmodel hanteerbaar bij milieudelicten indien er sprake is van meerdere strafbare feiten en meerdere verdachten? Als voorbeeld, stel dat er een gebouw moet worden gesloopt. In dit gebouw zit o.a. asbest. De opdrachtgever huurt enkele aannemers in. Voor het asbestgedeelte wordt een asbestsaneringsbedrijf ingeschakeld, waarvan hij weet dat het bedrijf het niet zo nauw neemt met de regels, maar daarom is dit bedrijf goedkoper. De opdrachtgever handelt dan mijns inziens in de kern onrechtmatig, want hij is op de hoogte van het feit dat het asbestsaneringsbedrijf het niet zo nauw neemt met de wet- en regelgeving en geeft willens en wetens de opdracht. Op welke wijze moet het wederrechtelijk verkregen voordeel per delict worden berekend?

Volgens ons is het ofwel in de kern onrechtmatig, ofwel een element is in de kern onrechtmatig. Volgens ons is het zo dat als een element onrechtmatig is, dan kom je uit op een besparing van kosten en als het in de kern onrechtmatig is dan ga je de winst ontnemen. Het had dan nooit gelegaliseerd kunnen worden. Volgens ons heeft het Hof bepaald dat je niet en winst en kostenbesparing kunt ontnemen bij handelen in de kern onrechtmatig.

Naar mijn voorbeeld vertaald....

Dat is volgens ons handelen in de kern onrechtmatig.

Opdrachtgever heeft geen winst, hij verkoopt de asbest niet, hij ontdoet zich ook niet van asbest en zal kosten hebben bespaard...

Hij heeft natuurlijk wel lagere kosten.

Als ik de denkwijze van denkmodel zou hanteren, dan moet ik bij het in de kern onrechtmatig handelen de winst (opbrengst minus de kosten) gaan berekenen.

Wil je zo concreet die casus bespreken, want wij hebben onthouden dat in de kern onrechtmatig handelen betekent, dat het handelen, hoe je ook went of keert, nooit legaal kan zijn. Het kan niet gedoogd worden, dan wel achteraf worden gelegaliseerd worden. Bij de andere berekeningsmethoden kan de handeling wel rechtmatig zijn, maar is een bestanddeel van het handelen onrechtmatig. Bijv. een bedrijf dat een vergunning heeft, vraagt om een andere aanpak en benadering van de ontneming. Vergeet vooral niet dat het denkmodel een handvat is. We zijn soms geneigd om te denken in kaders en vervolgens te stoppen met nadenken. Het denkmodel is een mooi en knap schema, maar milieuzaken zijn casuïstisch en vraagt altijd om nadenken. Niet alleen voor het type delict dat je hebt, maar ook het doel dat je wil bereiken. Dat is leuk en tegelijkertijd lastig. Milieucriminaliteit is haalcriminaliteit en het zijn delicten die bij uitstek een economische drijfveer hebben.

Bijlage 3f Interview respondent 7

Uitwerking interview Respondent 7, d.d. 05-02-2014

Voorstellen en doelstelling onderzoek en doel van het interview.

Dhr. (geanonimiseerd), Operationeel specialist A, coördinator milieuopsporingsonderzoeken Dienst Regionale Recherche, Team Milieu, eenheid Limburg.

Wat kunt u als coördinator milieuopsporingsonderzoeken melden over de stand van zaken van ontneming van wederrechtelijk verkregen voordeel binnen Team Milieu van de eenheid Limburg?

Sinds november 2014 ben ik werkzaam bij het Team Milieu van de eenheid Limburg en ben ik coördinator van milieuopsporingsonderzoeken. Daarvoor was ik vanaf 2005 t/m oktober 2014 als operationeel specialist als projectleider werkzaam bij het Interregionale Milieuteam (IMT) van de Bovenregionale Recherche Zuid-Nederland (BRZN), destijds ondergebracht in de eenheid Oost Brabant. Bij het IMT was financieel onderzoek en ontneming een vanzelfsprekend onderdeel van het milieuopsporingsonderzoek. De projectvoorstellen of preweegdocumenten van een milieuopsporingsonderzoek, werden ook door financiële expertise beoordeeld op de (on)mogelijkheden van financieel opsporingsonderzoek en ontneming van wederrechtelijk verkregen voordeel.

Bij het Team Milieu van de eenheid Limburg staat het financieel denken, waaronder ontneming van wederrechtelijk verkregen voordeel en de uitvoering daaraan in het opsporingsonderzoek, nog in de kinderschoenen. Momenteel proberen we daar een inhaalslag in te maken. Dit proberen we te bereiken door allereerst het financieel denken bij de milieurechercheur onder de aandacht te brengen en tussen de oren te krijgen. Dit betekent dat bij de constatering van een milieudelict ook meteen aandacht moet worden geschonken aan de financiële aspecten, waaronder de (on)mogelijkheden tot ontneming. Wat ik thans zie is dat er alleen processen-verbaal van milieudelicten worden gemaakt (procesdossiers), maar nagenoeg geen voordeeltberekening wordt opgemaakt. Ik merk dat het met een financiële bril kijken naar het milieuopsporingsonderzoek nog moet worden verbeterd.

Hoe werkt de ontneming binnen milieudelicten?

Voor ontneming van het wederrechtelijk verkregen voordeel bij milieudelicten kan de strafrechtelijke route van art. 36e Sr worden gekozen. Milieudelicten zijn over het algemeen economische delicten. De WED kent een eigen afroombepaling, waarbij eventueel gemaakte winsten in een boete kunnen worden meegerekend. Voornoemde staat los van de art. 36e Sr bepaling en die bepaling betreft voor de niet economische delicten de enige optie om te ontnemen.

Ervaring transactie en (straf)schikking met afneemcomponent?

In mijn milieuhandhaving periode tot 2005 ging het om hoge boetes en niet om ontneming van wederrechtelijk verkregen voordeel. Er was een snelle afwikkeling van zaken en boetes werden in overleg met een parketsecretaris vastgesteld en opgelegd.

Vanaf 2005 werk ik in de milieuopsporing. In de opsporing heb je veelal te maken met de grotere milieudelicten, bedrijven, rechtspersonen of een combinatie van rechtspersonen en dus met de ontneming van wederrechtelijk verkregen voordeel, hetgeen los van een boete kan worden toegepast.

Wat is uw ervaring omtrent de ontneming van wederrechtelijk verkregen voordeel bij milieudelicten?

Het begint eigenlijk met mijn ervaring dat de opzet van het handelen in strijd met de milieuwetgeving veelal een financieel motief is, het gaat om de poen, en niet is gericht op vervuiling van het milieu.

Mijn ervaring leert ook dat ontneming van wederrechtelijk verkregen voordeel steeds bij elk opsporingsonderzoek een zoekweg is en blijft. Hiermee bedoel ik beantwoording van de vragen van: wat is nu het daadwerkelijk financieel voordeel, gaat het om de winst, is er sprake van kostenbesparing, welke methode kan worden gebruikt om het wederrechtelijk verkregen voordeel vast te stellen zoals een kasopstelling. Als milieurechercheur heb ik daarbij altijd behoefte aan ondersteuning van financiële specialisten. Wel is het zo dat we er meestal wel uitkomen.

Ik heb zelf nog niet eerder een berekening van het wederrechtelijk verkregen voordeel opgemaakt. In het verleden heb ik wel een grove beraming van het wederrechtelijk verkregen voordeel opgemaakt, maar in mijn beleving komt bij de juiste schatting van het wederrechtelijk verkregen voordeel financiële deskundigheid om de hoek kijken. Door het ontbreken van financiële kennis kan ik zaken over het hoofd zien die voor een berekening van het wederrechtelijk verkregen voordeel van belang zijn.

Wat zijn uw ervaringen m.b.t. de transactieberekening in relatie tot milieudelicten?

Deze dateert eigenlijk vanuit mijn handhavingperiode als milieuagent in de periode 1990 - 2005. Een milieudelict werd geconstateerd en vervolgens werd berekend wat het handelen had opgeleverd aan winst of welke kosten waren bespaard. In het verleden zijn we daarmee misschien te kort door de bocht geweest, in die zin, dat we in het verleden wel eens veel te weinig of soms zelfs misschien teveel aan wederrechtelijk verkregen voordeel hebben berekend en ontnomen.

Wat zijn uw ervaringen m.b.t. het denkmodel voordeelsberekening per delict tot nu toe?

Heel specifiek gezegd heb ik daar geen / niet veel ervaringen mee. Wat ik aan ervaringen heb, is dat het steeds weer een zoektocht is om per milieudelict te bekijken hoe je het wederrechtelijk verkregen voordeel nu gaat berekenen.

Twee jaar geleden heb ik een casus meegemaakt. De casus betrof het in strijd met wet- en regelgeving laten drogen van slib met een verhoogd zilvergehalte. Na droging van het slib bleef een koek over waaruit zilver kon worden gewonnen. De verdachte verkocht deze koek en een percentage aan opbrengst kreeg hij uitgekeerd. De vraag in deze was of de opbrengst van de koek als wederrechtelijk verkregen voordeel kon worden aangemerkt. Onder diverse geledingen van het OM, BOOM, de politie, Inspectie Leefomgeving en Transport, in totaal 20 personen, werd deze casus verstrekt. 50% vond van wel en de andere helft van niet. Ontneming heeft vervolgens niet plaatsgevonden.

Het is bij ieder onderzoek kijken naar de goede manier en het vinden van de juiste balans. Het OM en de politie hebben allen doelstellingen, dit belemmert de ontneming niet, maar maakt het vraagstuk ontneming bij milieudelicten interessant en open voor discussie.

Een meer recentelijk voorbeeld in een opsporingsonderzoek dat nu onderwerp van onderzoek is bij het Team Milieu. Een bedrijf heeft veel meer afval ingenomen dan is vergund. In casu is dus sprake van een handelen in strijd met de vergunning. Het afval is op het terrein opgeslagen. Voor de inname van afval ontvangt het bedrijf geld. Is nu alles wat hij i.s.m. de vergunning heeft ingenomen en opgeslagen wederrechtelijk verkregen voordeel (opbrengst), of is alles wat boven de norm is ingenomen en opgeslagen en het niet verwerken daarvan en de kosten die hij zich daardoor heeft bespaard (de opruimkosten) wederrechtelijk verkregen voordeel. Het voorbeeld geeft aan dat het bij milieudelicten niet altijd eenvoudig is om te bepalen of nu de winst en/of de besparing van kosten als wederrechtelijk verkregen voordeel moeten worden aangemerkt. Het blijft ook steeds zoeken om daar op een goede manier gestalte aan te geven.

Is in voornoemde casus het denkmodel gebruikt?

Nee dat is niet het geval. Ik heb als coördinator ook meer een overzicht taak. Inhoudelijk zal in deze financiële expertise worden ingeroepen, in de vorm van een financieel researcher, een accountant en dit alles in overleg met de officier van justitie. meer een overal taak. IN het gesprek betrekken we wel de fin. Deskundige, en een accountant en OvJ.

In het denkmodel wordt bij de laatste categorie strafbaar feit (er is sprake van een andere gedraging) onderscheid gemaakt in handelen in de kern onrechtmatig. Ik zie dat begrip tweeledig. Het bedrijf mocht een gedeelte afval opslaan en dat was dus ook vergund. Opslaan van afval is dus niet in de kern onrechtmatig. Benader ik in de kern onrechtmatig geredeneerd vanuit het wetsartikel, dan is het verboden om een voorschrift uit de vergunning te overtreden. Handelen in strijd daarmee is dan in de kern onrechtmatig, dus de opslag van het “meerafval” is dan in de kern onrechtmatig. Ik heb al vragen over het handelen in de kern onrechtmatig als ik het denkmodel als milieurechercheur bekijk. Het wordt dan al moeilijker om het denkmodel te gebruiken. Vertaald naar het voornoemde voorbeeld, de opslag kan rechtmatig zijn, maar de handeling, het overtreden van een vergunningsvoorschrift, is mijns inziens in de kern altijd onrechtmatig.

Wat kunt u vertellen over de werking van het denkmodel?

Ik heb het nog niet eerder toegepast. De laatste jaren heb ik de ervaring, dat het steeds een zoektocht is naar het vinden van de juiste methode om het wederrechtelijk verkregen voordeel bij milieudelicten te berekenen. Een denkmodel als stappenplan geeft de milieurechercheur meer houvast. Een benadering volgens een vaste structuur zou heel goed zijn voor de milieurechercheur om het financiële denken in hem te ontwikkelen. Ik besef dat dit een doel is wat niet meteen over de inhoud en de kwaliteit van het denkmodel gaat, maar hoe makkelijker het denkmodel, hoe eerder de milieurechercheur deze pragmatisch zal vinden en zal gaan gebruiken. De juiste route van berekening van het wederrechtelijk verkregen voordeel is en blijft steeds een zoektocht.

Volgens het denkmodel voordeelsberekening per delict kan het wederrechtelijk verkregen voordeel worden berekend aan de hand van winst (opbrengst – kosten) en/of kostenbesparing. Met name de component en/of is voor de milieuopsporing lastig te bepalen. Want wanneer bereken je de winst, kostenbesparing of beide als wederrechtelijk verkregen voordeel. Daar hebben we het zojuist al over gehad. Wat betekent dit voor de berekening van het voordeel voor de milieuopsporing?

Als coördinator betekent dit, dat ik het antwoord daarvan niet aan een milieurechercheur kan vragen of overlaten. Ik ben voor de invulling van die vraag/vragen eigenlijk gebonden aan financiële expertise van een financieel researcher of accountant en/of ondersteuning daarin. Als je het met een bepaalde structuur eenvoudiger kan maken, bereik je daarmee meer milieurechercheurs en mag je vervolgens ook van de milieurechercheur meer gaan verwachten. Een vereenvoudiging van het denkmodel zou een aanbeveling kunnen zijn. Uniformiteit of structuur binnen het hele ontnemingsverhaal kan voor ons voordelig uitwerken. Hoe moeilijker de materie, hoe minder politiemensen zich daarmee zullen bezig houden, want het is toch al complex genoeg.

Als u voornoemde vertaald naar het denkmodel, waar ligt dan de moeilijkheid in de hantering van het denkmodel?

Er is in het denkmodel een ogenschijnlijke makkelijke route die je via ja en nee kunt beantwoorden en waar je in vakken terecht komt zodat je het wederrechtelijk verkregen voordeel kunt berekenen volgens een bepaalde methodiek. Bij milieudelicten is het bij een aantal vragen al moeilijk om die met ja of nee te beantwoorden, waardoor je verderop in het schema nog steeds een aantal mogelijkheden blijft houden, nl. het in de kern onrechtmatig handelen waar we het al eerder over hadden. Daarnaast ben je bij de start van je onderzoek altijd afhankelijk van de tot dan toe verzamelde gegevens. Het denkmodel is geen verkeerd initiatief, maar doordat het op een aantal punten mijns inziens nog niet helder genoeg is

uitgekristalliseerd, wordt nog niet het maximale rendement eruit gehaald. Desalniettemin is het al meer dan niets doen en het erbij laten zoals het vroeger was. Ik heb als milieurechercheur te weinig financiële kennis om dit denkmodel vanuit een financiële achtergrond te beantwoorden. Vanuit het oogpunt van een financieel specialist bekeken, zou hij daar prima mee uit de voeten moeten kunnen komen, zij het dat het misschien voor verbetering vatbaar is voor wat betreft het uitkristalliseren van in de kern onrechtmatig. Het financiële aspect zal bij deze groep in tegenstelling tot de milieurechercheurs ook niet als angstig worden ervaren.

Naar aanleiding van uw voorbeeld heb ik een vergelijkbaar voorbeeld, nl een bedrijf dat meerafval inneemt dan is vergund (nog geen sprake is van ontdoening), zou er volgens het denkmodel sprake zijn van categorie strafbaar feit 'een andere gedraging'. Ik laat daarbij in het midden of deze gedraging in de kern (on)rechtmatig is. Als berekeningsmethodiek kan ik het voordeel per delict berekening op basis van de (meer)opbrengsten minus de kosten of op basis van de besparing van kosten. Wat als er sprake is van meeropbrengsten en kostenbesparing?

Je bent altijd afhankelijk van je verzamelde gegevens en tegen dit probleem lopen we ook in mijn eerder geschetste casus. Want bepaal je het voordeel op de winst, kostenbesparing of beide?

Indien er sprake is van een andere gedraging en het handelen in de kern onrechtmatig is, kan volgens het denkmodel het voordeel worden berekend op de wijze van opbrengsten -/- de kosten = winst. Stel dat het strafbare handelen niet tot opbrengsten heeft geleid, maar de verdachte heeft door het strafbare handelen wel kosten bespaard. Kan het voordeel dan op de besparing van kosten worden berekend?

Je bent altijd afhankelijk van je verzamelde gegevens en tegen dit probleem lopen we ook in mijn eerder geschetste casus. Want hij handelt in strijd met de vergunningsvoorschriften, mijns inziens in de kern onrechtmatig, maar hoe zit het met de kostenbesparing?

De besparing van kosten zit volgens de bedenkers van het model al in de winst opgenomen...

Bij milieudelicten kan sprake zijn van vermenging van legale en illegale activiteiten. Kosten die worden gemaakt, moeten worden toegerekend aan de respectievelijk legale en illegale activiteit. Wanneer de illegale situatie vergunbaar zou zijn, is daarmee een legale situatie denkbaar en zijn de kosten meer concreet te berekenen. Wanneer de activiteit illegaal is en niet vergunbaar zou zijn is geen legale situatie denkbaar. De kosten zijn dan moeilijker te berekenen. Hoe moet de milieupsporingspraktijk daarmee omgaan?

De politie is denk ik wel goed in staat om daar normen daarvoor te hanteren. Expertise is opvraagbaar bij partners, zoals belastingdienst, de Inspectie Leefomgeving en Transport en bij het BOOM.

Een aantal jaren geleden was ik projectleider van een vuurwerkzaak, waarbij legaal en illegaal vuurwerk werd verhandeld. Er waren geen prijzen bekend van de handel in illegaal vuurwerk, hetgeen moeilijkheden opleverde voor de berekening van het wederrechtelijk verkregen voordeel. Het onderzoeksteam had financiële expertise in huis gehaald, een collega die voorheen bij de belastingdienst had gewerkt. Via zijn netwerk en ons milieunetwerk, zijn mensen bevraagd over gemiddelde prijzen van vuurwerkartikelen. In het hele land is informatie opgevraagd en bevraagd en uiteindelijk konden we het niet helemaal sluitend maken. We hebben toen een rekenformule toegepast en de transactieberekening opgemaakt met drie mogelijke uitkomsten. Hetgeen zou zijn verdiend op de legale manier, middenweg en een enorme winst. De ontnemingszitting moet nog plaatsvinden en is derhalve nog niet onherroepelijk. De officier van justitie heeft zijn vordering aanhangig gemaakt en heeft gekozen voor middenweg. In voornoemde casus konden we de kosten niet goed in kaart brengen, maar in veel gevallen zijn we daartoe wel in staat.

Wat zegt je rechtsgevoel als de rechter het wederrechtelijk verkregen voordeel vaststelt op basis van kostenbesparing voor het niet aanvragen van een vergunning, terwijl er mogelijk door het strafbaar handelen opbrengsten zijn gegenereerd? Als voorbeeld een bedrijf die groenafval heeft ingenomen tegen een geldelijke vergoeding en het afval in strijd met de vergunning heeft opgeslagen binnen de inrichting. Gezegd moet worden dat de inrichting wel zodanig ingericht was dat wanneer hij een vergunning had aangevraagd deze ook had gekregen?

Dat zijn de discussies die we altijd voeren. Het opsporingsonderzoek zal dus meer moeten behelzen dan alleen constateren van het delict en het berekenen van het wederrechtelijk verkregen voordeel. Dit betekent voor het milieuopsporingsonderzoek dat onderzocht moet worden of uitbreiding van de vergunning tot de mogelijkheden behoort of dat het handelen vergunbaar is door bijv. naar het bestemmingplan te kijken waardoor je kunt inschatten of een vergunning mogelijk is. Ik heb gedurende de jaren wel geleerd dat dit het gedachteproces is van een milieuopsporingsonderzoek.

Opportuniteit om te ontnemen bij overtredingen van vergunningsvoorwaarden / onbewuste overtredingen of een op (criminele) winst gerichte bedrijfsvoering?

Het laatste staat buiten kijf.

Onbewust is een wat lastiger categorie en ik zou een balans opmaken van de mate van schuld, verwijtbaarheid en het ontstane wederrechtelijk verkregen voordeel.

Overtreding van vergunningsvoorwaarden is een hele duidelijke, hetgeen daarmee verdiend wordt zou moeten worden ontnomen. We hebben geen stelsel van onderhandelbare vergunningsvoorschriften. Ergens zijn gewoon normen gesteld en bij een vergunning moeten die gewoon worden nagekomen.

Het denkmodel is mede gebaseerd op een arrest van de HR waarbij een veehouder i.s.m. de vergunning groenafval had opgeslagen. Voor deze overtreding werd hij veroordeeld. Wel moet gezegd worden dat de inrichting ten tijde van het plegen reeds voldeed aan de milieutechnische eisen ten tijde van de aanvraag en toekenning van de vergunning. Wat zou moeten worden ontnomen de winst of de kostenbesparing of een combinatie van beide bij overtreding van vergunningsvoorschriften?

In casu de winst. Opbrengsten minus de kosten, dus hetgeen hij heeft verdiend. Vergunningsvoorschriften zijn duidelijk, hij weet waar hij aan begint. Je zou je kunnen afvragen wat het groenafval opslag hem heeft opgeleverd.

In de casus die ik eerder noemde van het bedrijf dat onderwerp van onderzoek is, is een vergunning aangevraagd en verleend. Het handelen is dan in de kern rechtmatig want heeft een vergunning. Je kunt het vraagstuk in de kern onrechtmatig ook anders beoordelen, nl. in de kern onrechtmatig vanuit de vergunningsvoorschriften, want heeft hij een voorschrift overtreden. Indien je de aanwijzingen van hetgeen kan duiden op in de kern onrechtmatig handelen kan duiden, blijven we toch met de keuze wederrechtelijk verkregen voordeel berekenen op grond van kostenbesparing en/of winst zitten.

Per 1 januari jl. is de Wet verruiming mogelijkheden bestrijding financieel-economische criminaliteit in werking getreden. Aan art. 36e Sr is een lid toegevoegd welke de aftrek van kosten beperkt. In de MvT geeft de minister als voorbeeld assimilatielampen voor een hennepplantage als niet aftrekbare kostenpost. Wat vind je van de beperking van aftrek van kosten?

Gevoelsmatig zegt mijn eerste reactie prima. Het is zonde om geld van assimilatielampen terug te geven, c.q. in mindering te brengen op het totaalvoordeel. Eigenlijk zouden dergelijk materiaal niet verkocht moeten worden. Indien er iets bewust illegaal geproduceerd wordt, wordt er ook een bewust een risico genomen.

Wat betekent dit voor de milieuopsporing?

Daar waar het gaat om illegale milieuhandelingen, bijv. doelbewust afvalstoffen dumpen waarbij een aanhanger wordt gehuurd om doelbewust afvalstoffen te dumpen, dan zijn die kosten niet meer aftrekbaar en vind ik het een goede zaak. Het betekent wel extra onderzoek doen naar de intentie van het plegen van het strafbare feit. Daar tussen zit wel grijs gebied, en in de opsporing moet je daar nadrukkelijker naar kijken.

Wat zijn uw ervaringen m.b.t. de periodeberekening bij milieudelicten?

Daar heb ik geen ervaringen mee.

Wat zal de reorganisatie Nationale Politie betekenen voor de ontnemingspraktijk?

Ik hoop dat het financieel rechercheren en de ontneming bij milieudelicten een meer gemeen gedachtegoed wordt. Concreet zal dit betekenen dat we in de toekomst binnen ons team eigen financieel rechercheurs, in de vorm van een specialist en een senior krijgen, waardoor we aan die financiële en ontnemingsaspecten meer vorm kunnen geven binnen milieudelicten.

Heeft de samenvoeging van het FP en BOOM nog knelpunten opgeleverd?

In tegendeel, door de samenvoeging merk ik dat we elkaar veel sneller vinden en het veel vanzelfsprekender is dan voorheen.

In hoeverre is het denkmodel toepasbaar binnen milieudelicten / nadelen / voordelen / verbeterpunten?

Als je voor de politieagent een duidelijke afbakening kunt maken middels een te hanteren denkmodel, dan heeft dat voor de milieurechercheur positieve gevolgen. Mijn ervaring leert dat financieel rechercheren en ontneming van wederrechtelijk verkregen voordeel door de milieurechercheur al snel als lastig wordt ervaren en wat dat betreft is men dan terughoudend om het toe te passen. Om op de juiste wijze te kunnen ontnemen bij milieudelicten komt er in de opsporing veel bij kijken. Wordt een denkmodel gepresenteerd met complexe termen, dan creëert een dergelijk model een afstand om het te gebruiken c.q. toe te passen. Als je als milieurechercheur dan niet met het model uit te voeten kunt, laat deze het links liggen en zal ontneming veelal niet plaatsvinden. Wordt er tijdens een zaaksoverleg op complexe financiële begrippen ingegaan, dan zal de milieurechercheur ook al snel afhaken, met als gevolg dat er een afstand wordt gecreëerd, waardoor het vaker vergeten dan meegenomen wordt.

Als nu je hoofddoel is om in het opsporingsonderzoek het financiële aspect zoveel mogelijk mee te nemen, dan moet je het aan de voorkant ver simplificeren, of een ondersteuning creëren dat een milieurechercheur financiële expertise kan raadplegen. Die richting gaan we als politie ook wel op dat we die ondersteuning gaan krijgen, alleen zou dat voor de meer moeilijker zaken moeten zijn. Wat je eenvoudig kunt oplossen moet je ook doen. In die zin slaagt dat denkmodel wel. Voor de (milieu)opsporing betekent dat ook, dat het denkmodel meer onder de aandacht moet worden gebracht. De doelstelling om tot een bredere financiële aanpak van allerlei delicten te komen, zou het een hele goede zaak zijn om dat denkmodel bekend te maken en onder de aandacht te brengen van rechercheurs. Het denkmodel fungeert dan als een redelijk eenvoudige tool waarin je zelf al een heel stuk op weg komt. Voornoemde is meer naar een sociologische aanpak.

Voor een pragmatische aanpak van het denkmodel zou het blok "er is sprake van een andere gedraging in de kern onrechtmatig" meer verhelderd moeten worden. Bij niet in de kern onrechtmatig handelen zou ook meeropbrengst kunnen worden gerealiseerd. Het denkmodel stelt in die categorie kostenbesparing voor als berekeningsmethodiek.

Het denkmodel wordt ook echt een handvat als het model ook in het hele land op dezelfde manier wordt uitgedragen en we ook als politie en justitie achter de denkwijze van het model

staan. Want vinden we met z'n allen dat we dan op een kostenbesparing uitkomen i.p.v. de winst, dan is dat prima dan hebben we een handvat. Het FP zal de politie daarin moeten ondersteunen. Dit is de basis. Kom je tot een andere denkwijze, dan ga je in overleg met elkaar en maak je het bespreekbaar.

Dit denkmodel neemt wel een eerste drempel weg. Dat is wel iets waar je naartoe moet als je vindt dat de financiële aanpak bij milieurechercheurs, maar ook politie breed gezien, tussen de oren zou moeten zitten. Je bereikt dat niet door een of andere moeilijke uitleg te geven over de vennootschapsbelasting bijv.. Als je nu wil bereiken dat we met z'n allen veel meer naar de financiële opsporingsaspecten gaan kijken, dan moet je dit naar simpel naar de rechercheur toe brengen en in die lijn voldoet dit en heeft dat kans van slagen. Het is alleen jammer dat de milieudiender niet zo'n denkmodel in zijn tas heeft zitten, want hoe eerder je in je opsporingsonderzoek weet welke route loopt, hoe beter je met iets gedurende je onderzoek rekening kunt houden. Je kunt dan ook meer gerichte vragen stellen en antwoorden krijgen en tevens kun je het financiële aspect ook nadrukkelijker betrekken in de schuld dan wel de (voorwaardelijke) opzet. Daarmee wordt het ontnemen ook meer opportuun.

Dan zal de vraag of er in de kern onrechtmatig is gehandeld ook makkelijker te beantwoorden zijn voor de milieurechercheur als deze de modus operandi erin betreft....

Dat zou een soort van ronddraaiend geheel moeten zijn. Als je aan de voorkant zorgt voor de simpele aanpak dan nemen de mensen dat in hun gedachtepatroon mee. Het wordt in een eerder stadium in het opsporingsonderzoek toegepast, er zullen betere vragen in het verhoor worden gesteld en dat weer zal leiden tot betere antwoorden en uiteindelijk tot betere ontneming van het wederrechtelijk verkregen voordeel.

Bijlage 3g Interview respondent 8

Uitwerking interview Respondent 8, d.d. 09 februari 2015:

Voorstellen en doelstelling onderzoek en doel van het interview.

Dhr. Prof. Mr. Dr. (geanonimiseerd), senior advocaat-generaal bij het ressortsparket in Zwolle. Gespecialiseerd in ontnemingswetgeving en behandelt de afdoening van ontnemingszaken in hoger beroep. Daarnaast voor twee dagen per week verbonden als hoogleraar aan de universiteit Maastricht, faculteit recht.

Bij dit interview was (op eigen verzoek) aanwezig dhr. Mr. (geanonimiseerd) milieujurist en werkzaam bij de Landelijke Eenheid (politie). Laatstgenoemde werd niet geïnterviewd, maar is vanuit de politie betrokken bij het afstudeeronderzoek van W.A. Heij.

Welke ervaring heeft u met het ontnemen van wederrechtelijk verkregen voordeel?

Mijn ervaring met ontneming is gevestigd sinds de totstandkoming van de ontnemingswetgeving vanaf 1989. Sinds 1993 geef ik cursussen over de ontnemingswetgeving aan de strafrechtspleging, aan rechters en officieren van justitie. Daarnaast heb ik mij op een wetenschappelijke manier bezig gehouden met ontnemingswetgeving en heb daar over geschreven.

In de praktijk heb ik in verschillende hoedanigheden te maken gehad met concrete ontnemingszaken en nu nog steeds. In het verleden heb ik bij de universiteit in Tilburg gewerkt en was ik tevens rechter en raadsheer plaatsvervanger. Ik heb me toen bezig gehouden met ontnemingszaken binnen de voormalige rechtbank Dordrecht. Het betrof een kleine rechtbank en niemand had affiniteit met ontnemingswetgeving, behalve ik. Ik heb daar jaren lang ontnemingszaken gedaan op allerlei terreinen. Op dit moment heb ik in mijn hoedanigheid als advocaat-generaal, te maken met, kort gezegd, de bijzondere ontnemingszaken.

Wat zijn uw ervaringen omtrent de ontneming van wederrechtelijk verkregen voordeel bij milieudelicten?

Ik heb ervaring met allerlei verschillende soorten milieudelicten, waarbij het kan gaan over varkensproblematiek, mestoverschotten, dumpingen van afval of export van verboden stoffen naar het buitenland.

Hoe werkt de ontneming van het wederrechtelijk verkregen voordeel binnen milieudelicten?

Net zoals bij commune criminaliteit en het is op menig grond vatbaar voor verbetering.

Welke gronden zijn dan voor verbetering vatbaar?

Wat bij commune criminaliteit altijd een probleem is geweest, is dat ontneming op de tweede plaats kwam binnen het opsporingsonderzoek. De laatste vier à vijf jaar zie je in toenemende mate bij opsporingsonderzoeken, dat een afpakcomponent een belangrijke plaats inneemt. In serieuze onderzoeken waar het gaat om feiten waarmee geld is verdiend, is een opsporingsonderzoek zonder financiële component tegenwoordig ondenkbaar en dat is ook nog niet zo heel erg lang.

Bij milieu- en economische criminaliteit, is denk ik het probleem dat met de oplegging van straffen mede het voordeel wordt afgeroomd. Je ziet dat er alleen een geldboete wordt opgelegd als straf en impliciet het voordeel wordt afgeroomd. Indien dit plaatsvindt, bestaat er weinig behoefte om daarnaast nog een keer een ontnemingszaak te beginnen.

Worden de geldboetes ook zodanig opgelegd en afgeroomd, zodat we kunnen spreken van een goede ontneming van het wederrechtelijk verkregen voordeel binnen milieucriminaliteit?

Nou dat gebeurt met de Franse slag. De gedachte is het voordeel afroemen, maar de afroomcomponent is niet gebaseerd op een concrete berekening van het wederrechtelijk verkregen voordeel. Er wordt een schatting gemaakt die vervolgens wordt meegenomen voor de hoogte van de geldboete, maar die berust niet op een gedegen onderzoek naar de omvang van het wederrechtelijk verkregen voordeel.

Wat is uw visie over het denkmodel in relatie tot milieudelicten?

Ik ben bekend met het denkmodel voordeelsberekening per delict. Als je het denkmodel gebruikt als vertrekpunt voor de eerste ordening van de gedachte over ontnemen, dan zitten er nuttige aanknopingspunten in. Alleen vind ik, dat je het wel moet zien als een eerste aanzet. De onderscheidingen die in het denkmodel worden gemaakt, waarmee ik bedoel de gedraging die per definitie wederrechtelijk is en de gedraging die niet per definitie maar onder voorwaarden wederrechtelijk is, vind ik een onderscheid dat niet hard te maken is. Ook het verschil wat wordt gesuggereerd tussen milieucriminaliteit en commune criminaliteit, de bedrijfsmatige of niet bedrijfsmatige omgeving, ja dat zijn onderscheidingen die zijn zo zacht als boter.

Voor de eerste gedachtevorming over ontnemen kan het nuttig zijn, maar je moet er beslist niet al te veel waarde aan hechten, in die zin dat dit denkmodel ook het geldende criterium is en op basis daarvan een zaak moet worden aangevlogen.

Dat maakt het denkmodel complex voor een milieurechercheur om te gaan gebruiken. De milieuzak is veelal al complex om te bewijzen, maar als de milieurechercheur ook nog geen tot weinig ervaring heeft met financiële opsporing, waarbij in het denkmodel ook nog eens begrippen worden benoemd die moeilijk hanteerbaar zijn, dan zal het lastig worden om het denkmodel toe te passen in de praktijk. Wat mij tot nu toe uit onderzoek is gebleken, is dat het denkmodel niet of nauwelijks wordt gebruikt door de milieu- en financieel rechercheur...

Nee dat verbaast mij ook niks. Daar is het denk ik te gecompliceerd voor. Het is complexe materie.

Bedoelt u daarmee de ontnemingswetgeving als materie of het denkmodel voordeelsberekening per delict?

Nee de ontnemingswetgeving is niet gecompliceerd. De vraagstukken die aan de orde zijn, zijn relatief eenvoudig. Het gaat alleen om de keuze voor het vertrekpunt voor de voordeelsberekening. Welke benadering kies je nu als vertrekpunt. Ook bij de transactieberekening kun je uitgaan van de keuze opbrengsten minus kosten of wat in een milieudelict vaak aan de orde is, een besparing van kosten. Alleen al die keuze veronderstelt dat je al een behoorlijk inzicht moet hebben in het bedrijfsproces waarin het milieudelict heeft plaatsgevonden.

De milieuopsporing worstelt veelal met de vraag wanneer het wederrechtelijk verkregen voordeel moet worden geschat op basis van opbrengsten minus de kosten, op kostenbesparing of op beide. Hoe zou die keuze daarin voor de milieuopsporing makkelijker kunnen worden gemaakt?

Om die keuze te maken moet je denk ik een behoorlijk zicht hebben op de plaats van het delict, bezien in de economische activiteit van het bedrijf, indien we praten over een bedrijf waar het milieudelict plaatsvindt. Als voorbeeld, als het gaat om een bedrijf dat afvalstoffen produceert, maar de afvalstoffen niet afvoert maar dumpst of deze laat liggen zonder deze af te voeren, dan ligt het voor de hand dat je dan kiest voor het model besparing van kosten. Gaat het om een bedrijf dat zich bezighoudt met de verwerking van allerlei stoffen en niet toegelaten stoffen gaat verwerken in het bedrijfsproces, dan wordt het gecompliceerder en ligt het voor de hand om te gaan kiezen voor het model van opbrengsten minus kosten. De

grondstof wordt gebruikt als stof om producten te produceren, om die vervolgens weer te gaan verkopen. Die winst had niet kunnen worden behaald als die stoffen daarvoor niet waren gebruikt. Dan gaat het om het model opbrengsten minus de kosten. In het laatste geval krijg je bedrijfseconomisch denk ik een heel lastige calculatie.

Dus om die keuze te kunnen maken zal je moeten uitgaan van het bedrijfsproces?

Ja, wat is de plaats van het strafbare feit in dat economische bedrijfsproces. Is het strafbare feit er op gericht om een bijdrage te leveren aan de productie van stoffen om die vervolgens te gaan verkopen, dan gaat het om het model opbrengsten minus de kosten. Gaat het om een residu dat geen nuttige functie meer heeft, of een stof die op een bepaalde manier opgeslagen of bewaard wordt wat niet had gemogen, dan gaat het om het model besparing van kosten.

Dat betekent voor de milieuopsporingspraktijk, zowel voor politie en justitie, dat het bedrijfsproces goed beschreven moet worden in het dossier. Je hebt een categorie milieudelicten waarbij de keuze voor de berekening van het wederrechtelijk verkregen voordeel duidelijk is. Daar hoeft je ook niet moeilijk te doen en de wijze van de berekening van het wederrechtelijk verkregen voordeel is dan duidelijk. Het betreffen bijvoorbeeld milieudelicten waarbij afval is gedumpt. De kostenbesparing is dan het te berekenen wederrechtelijk verkregen voordeel. Je hoeft dan verder ook geen concreet zicht te hebben op de plaats van het delict bezien in het licht van de economische activiteit van het bedrijf. Indien je uiteindelijk aan de hand van de aard van het delict geen eenvoudige keuze kunt maken, dan gaat het om strafbare feiten waar de richting en de bedoeling van het strafbare feit minder eenduidig is. Bij deze strafbare feiten zal je meer zicht moeten hebben op de aard van de bedrijfsactiviteiten om een keuze te maken voor het ene of het andere model, zijnde het model opbrengsten minus kosten of het model kostenbesparing. Een voorbeeld van zo'n zaak, is een zaak die ook heeft geleid tot een arrest van de HR, waar het gaat over de opslag van het ene of het ander.

Betreft dat het arrest van de HR over de opslag van het groenafval op een bedrijf?

Ja die zaak. Daar was de keuze van het OM gericht om de opbrengst minus de kosten te berekenen en te ontnemen en de zaak liep af bij het gerechtshof, en ook gebillikt door de HR, op handelen zonder vergunning waarbij het voordeel bestond uit de besparing van kosten voor het niet tijdig aanvragen van de vergunning. Wil je een keuze moeten / kunnen maken in het model opbrengsten minus kosten of model besparing van kosten, dan zal je heel goed het bedrijfsproces moeten inventariseren. Het model besparing van kosten voor het niet aanvragen van de vergunning is alleen maar acceptabel, als je duidelijk kunt vaststellen dat het bedrijf wel voldoet aan alle voorwaarden en verkrijging van de vergunning. Daar moet je bij je onderzoek al naar gaan kijken. Je moet kijken naar hoe het met het bedrijf zit en of het bedrijf al aan de voorwaarden van de vergunning voldoet, zo nee, waarom niet en op welke punten zit het dan fout in het bedrijfsproces. Komt het bedrijf niet in aanmerking voor een vergunning, dan ligt de keuze voor het model opbrengsten minus kosten meer voor de hand dan besparing van kosten.

In de zaak van het groenafval, kwam het Hof uiteindelijk uit op de keuze voor het model besparing van kosten. Het verweer van de verdediging gaf aan dat het bedrijf aan alle voorwaarden voldeed. Dat moest als een gegeven worden aangenomen, omdat het tegendeel niet bleek en daar was ook geen onderzoek naar gedaan. Of het bedrijf inderdaad voldeed aan alle voorwaarden kon het OM niet weerleggen en dan is het begrijpelijk dat de rechter in die casus het model besparing van kosten heeft toegepast.

Uiteindelijk was het zo dat de situatie gelegaliseerd kon worden...

Ja volgens de verdediging, maar of dat ook daadwerkelijk zo was moeten we maar aannemen omdat het tegendeel niet is gebleken. Het opsporingsonderzoek was daar ook niet op gericht.

We hebben dat als politie en justitie niet kunnen weerleggen...

Nee en in zo'n situatie moet je goed kijken naar het bedrijf en de bedrijfsstructuur, om van daaruit de keuze te kunnen gaan maken. Indien dat handelen om die en die reden niet gelegaliseerd had kunnen worden, dan kun je uitgaan van het model opbrengsten minus de kosten. Het bedrijf heeft dan activiteiten verricht om winst te genereren die ze niet hadden mogen genereren, dus dat is wat we gaan berekenen en ontnemen.

Het is natuurlijk krom dat het bedrijf veroordeeld wordt voor een strafbaar feit en over de periode dat het niet over die vergunning beschikte opbrengsten heeft gegenereerd en dat de winst vervolgens niet kan worden ontnomen, omdat de verdediging aantoont dat de situatie legaliseerbaar was...

Ja, maar dat was zoals de verdediging de zaak voorspiegelde. Of dat daadwerkelijk zo was moeten we maar aannemen, omdat daar geen onderzoek naar is gedaan. Wil je dus een gefundeerde keuze maken tussen het model opbrengsten minus kosten of het model kostenbesparing, dan zal je daar op zijn minst in het vooronderzoek rekening mee moeten en moeten onderzoeken of het strafbare feit te legaliseren is.

Dit zou een oplossing kunnen zijn en zal voor de milieuopsporingspraktijk betekenen dat bij het bevoegd gezag zal moeten worden onderzocht of een situatie in aanmerking komt voor een vergunning, indien de verdachte die zal aanvragen. Middels het verlenen van een vergunning of wijzigen van een vergunningsvoorschrift, wordt de illegale situatie gelegaliseerd. We komen veel van dit soort zaken tegen binnen de milieuopsporing.

Ja en komt de zaak wel voor legalisatie in aanmerking, dan is vervolgens weer de vraag in de richting van de verdachte waarom ze dat niet hebben aangevraagd. Op basis daarvan kun je dan een keuze maken voor het ene of andere model (of opbrengsten minus kosten of kostenbesparing).

Wat zou dan de keuze moeten zijn?

Dat is afhankelijk van het antwoord van de ondervraagde. Stel dat ze zouden zeggen dat ze nog nooit van een vergunning hebben gehoord en het ook niet de bedoeling was om die ooit aan te vragen. Dan ligt de benadering van het model opbrengsten minus kosten meer voor de hand. Er is een activiteit verricht en was het nooit de bedoeling die te legaliseren, dan was het handelen gericht op het behalen van winst die niet behaald had mogen worden. De bedoeling van de dader staat dan voorop.

Blijkt het bedrijf in het verleden wel een keer een vergunning te hebben gehad, maar deze is verlopen en ze zijn nalatig geweest in de aanvraag voor een nieuwe aanvraag, dan kan de keuze anders komen te liggen.

Zou je in dit laatstgenoemde geval meer het denkmodel besparing van kosten als berekeningsmethodiek hanteren, omdat dat meer gerechtvaardigd is of zelfs in zijn geheel niet gaan ontnemen?

Dat is een opportuiniteitsafweging en niet ontnemen kan ook, maar dat is echt een opportuiniteitsvraag. Als je dan toch gaat ontnemen, dan ligt het model besparing van kosten voor het niet aanvragen van een vergunning, in een dergelijk geval, meer voor de hand.

In het arrest veehouder en opslag groenafval is de kosten besparing voor het tijdelijk niet aanvragen van de vergunning als wederrechtelijk verkregen voordeel aangemerkt. Is dat wel juist, want de kosten die daarmee gepaard gaan kan het bedrijf fiscaal gezien aftrekken van de omzet of vennootschapsbelasting?

Het bedrijf is strafrechtelijk veroordeeld. Als daar dan voordeel wordt ontnomen, speelt dat binnen de vennootschapsbelasting alleen maar een rol als dat eerder in de belastingheffing is betrokken. Is daar geen sprake van, dan vormt het fiscaalrechtelijk voor zover ik weet ook geen aftrekpost, waarbinnen de vennootschapsbelasting betekenis in toekomt. Dat speelt

dan geen rol en is dan geen kostenpost. Criminele kosten mogen niet in mindering worden gebracht.

Zijn de legeskosten van een vergunningaanvraag dan aan te merken als criminele kosten, want het feit is te legaliseren en een willekeurig ander bedrijf die zich wel aan de regels houdt en ook een vergunningsaanvraag doet maakt in principe dezelfde kosten...

Klopt, maar dat bedrijf heeft geen strafbaar feit gepleegd en dan mag die kostenpost logischerwijs worden meegenomen de berekening van de winst van de onderneming en zijn dat dus kosten die aftrekbaar zijn. Fiscaalrechtelijk wordt er een uitzondering gemaakt voor die situaties waarin een bedrijf is veroordeeld voor een strafbaar feit. Kort gezegd, de kosten in relatie tot dat strafbare feit vormen dan geen kosten waarmee in de winst geen rekening mee wordt gehouden. Die kosten mogen niet worden verrekend.

Stel dat het bedrijf 1.000 euro heeft uitgespaard door dat tijdelijk niet uit te geven voor een vergunningsaanvraag. Is het mogelijk om dan de wettelijke rente als voordeel te berekenen en te eisen over de periode niet aanvragen - legalisatie door vergunningafgifte?

De wettelijke rente eisen dat kan niet, daar bestaat geen aanknopingspunt voor in het strafrecht.

Maar dat bedrag van 1.000 euro heeft het bedrijf in die periode tijdelijk niet uitgegeven. Het bedrijf heeft dat bedrag op de bankrekening gestald en over dat bedrag is in die periode een X-bedrag aan rente ontvangen...

Dan zou je het vervolgprofiel moeten berekenen op basis van de marktrente, maar niet berekenen op grond van de wettelijke rente.

Je zegt dan dat er een kostenpost is bespaard, want het zijn uitgaven die niet zijn gedaan en dat betekent, dat je bij wijze van spreken, een X-bedrag meer op de reserve hebt staan. Daar heb je van kunnen profiteren en vanaf de datum waarop je dat geld had moeten betalen tot de datum waarop de betalingsverplichting wordt opgelegd, zou je vervolgprofiel kunnen calculeren, zijnde de renteopbrengsten van 1.000 euro. Dat is dus wel de marktrente berekenen en die is momenteel in de buurt van nul %.

Ja inderdaad, het gaat ook om de gedachte, want er kan ook sprake zijn van een bedrijf die volgens de vergunning bijv. 200 uur per jaar van een bepaalde machine gebruik mag maken. Het is echter heel lucratief om vooral meeruren te draaien, dus wordt er 2.000 uur gebruik gemaakt van die machine, 1.800 uur meer. Dat staat niet in de vergunning. Ze verdienen daar veelal veel geld mee of besparen kosten. Indien dat geld op een bankrekening wordt gezet kan het rentevoordeel wel aardig oplopen. Of het voorbeeld van een energiecentrale dat op gas stookt, maar in strijd met de vergunning op kolen stookt, omdat deze brandstof veel goedkoper is....

Dan praat je over kapitalen en dan wordt het interessant.

Primaire insteek bij een dergelijke handelwijze van een energiecentrale uit het voorbeeld, is dan dat je gaat kijken naar besparing van kosten. In die zin dat je gaat kijken naar het verschil in uitgaven dat gemoeid zou zijn in het gebruik van gas vs. kolen en dat verschil gaat ontnemen.

G.: *dat is best een lastige afweging in al die zaken. Ik ben voorzitter van de werkgroep financieel onderzoeken en milieu. Daarin zitten mensen zowel van de politie, bijzondere opsporingsdiensten en het Functioneel Parket. Om deel te nemen aan deze werkgroep, moet je affiniteit met milieuopsporing hebben en financieel onderzoeken toepassen binnen milieudelicten. Ik merk dat er heel veel van dit soort zaken voorbij komen in het zakenoverleg, waarbij iedereen nadenkt over de afweging model opbrengsten minus kosten en/of kostenbesparing.*

Het blijft natuurlijk altijd een afweging hoe je het wederrechtelijk verkregen voordeel gaat berekenen. De vraag is of je met het hanteren van dit denkmodel die afweging kunt maken. Als ik kijk naar de laatste categorie strafbaar feit, dan is volgens het denkmodel sprake van een andere gedraging. Aan de hand van de vraag of je het handelen in de kern onrechtmatig met ja of nee kunt beantwoorden, bereken je het wederrechtelijk verkregen voordeel respectievelijk volgens het model opbrengsten minus de kosten of het model besparing van kosten. Een andere manier is er volgens het denkmodel niet. Als nu sprake is van een andere gedraging niet in de kern onrechtmatig handelen, waarom kan uit dat handelen geen meeropbrengst of opbrengst worden gegenereerd en dat dus worden berekend? Wat bedoel je met meeropbrengsten?

Ik neem als voorbeeld het arrest van de opslag van het groenafval, waarbij het wederrechtelijk verkregen voordeel als kostenbesparing werd aangemerkt door het niet tijdig aanvragen van de vergunning. De tijd waarbij het bedrijf heeft gehandeld in strijd met de vergunning, zijn opbrengsten gegenereerd of meer opbrengsten gegenereerd dan dat het bedrijf volgens de vergunning eigenlijk zou hebben mogen verdienen. Bij de laatste categorie strafbare feiten kun je in het denkmodel een keuze maken tussen de berekeningsmethodiek opbrengsten minus de kosten of de besparing van kosten, waarbij die keuze afhankelijk wordt gesteld van het criterium al dan niet in de kern onrechtmatig handelen. Indien er sprake is van een andere gedraging, waarbij het handelen niet in de kern onrechtmatig is, kan volgens het denkmodel het wederrechtelijk verkregen voordeel uitsluitend worden berekend op grond van het model kostenbesparing....

Ja die onderscheiding in het denkmodel vind ik te zwart-wit. Het is een onderscheiding die voor de gedachtevorming nuttig is, maar het is niet perse dit of dat model. Het zijn benaderingswijzen waarmee je toch vrij flexibel moet omgaan, afhankelijk van de omstandigheden van het geval.

Het voorbeeld van de energiecentrale is een buitengewoon boeiend voorbeeld. Wil je in die situatie een keuze maken, dan hangt dat ook af van het gegeven hoe die vergunning eruit ziet. Want wat is bijv. de bedoeling van de splitsing en de beperking van het gebruik van kolen in die afgegeven vergunning. Het zal waarschijnlijk verband houden met de hoeveelheid uitstoot van gevaarlijke stoffen. Wil je dan een keuze maken voor het ene of het andere model, want is het nu in de kern onrechtmatig wat daar gebeurt of niet, hoe moet je dat nu benaderen? Ja zeg het maar... Aan de ene kant kun je zeggen van joh, je overtreedt de vergunning, maar aan de andere kant zijn er andere energiecentrales in Nederland die continu op kolen stoken waarbij dat wel vergund is. Ook zijn er energiecentrales die overwegend alleen op gas stoken. Dan denk ik van, ja wat is dit nou, is dit handelen nu in de kern onrechtmatig of niet? Dus die onderscheiding die in het denkmodel wordt gepretendeerd, vind ik te zwart-wit gepresenteerd. Voor de gedachtevorming is het nuttig, maar wil je daar toepassing aan kunnen geven, dan moet je toch veel meer weten van de omstandigheden van het geval.

Wat vindt u van de gedachtegang van de andere twee categorieën strafbare feiten in het denkmodel, de specificatie en de te hanteren berekeningsmethodiek? Laten we beginnen met de eerste categorie, er is sprake van een gedraging die nooit legaal kan zijn. Is dat niet raar omdat bij milieudelicten over het algemeen bijna alles te legaliseren is?

Ja dat is dus het lastige. Onder bepaalde voorwaarden kan ook worden overgegaan tot heroïne verstrekking of medicinale verstrekking van cannabis. Ook dit suggereert weer een bepaalde tegenstelling, tussen per definitie illegaal en onder voorwaarden legaal. Bijna alles in vergunbaar, in meer of minder strikte voorwaarden. Kijk, iemand van het leven beroven dat is per definitie illegaal, maar we hebben ook euthanasiewetgeving, dus onder bepaalde voorwaarden mag het weer wel.

Wat maakt dit denkmodel dan complex?

Er worden onderscheidingen gesuggereerd die minder hard zijn dan ze worden gepresenteerd. Er zitten aanknopingspunten in en voor gedachtevorming is het nuttig, maar het moet niet worden opgevat als een strikte richtlijn van het is dit of het is dat, en dus zus en zo berekenen van het voordeel. Nee wacht even, het denkmodel zou een insteek kunnen zijn voor de voordeelsberekening, maar je moet flexibiliteit hebben om afhankelijk van de omstandigheden van het geval een keuze te kunnen maken en je dus kunt afwijken van de berekeningsmethodieken die het denkmodel voorschrijft als je dat zou volgen. Je moet flexibel zijn in de zin van nee, wacht eens even het is niet alleen dit, maar het is dit of misschien wel beide, of het lijkt zo te gaan en we gaan toch weer over naar een andere methode van berekeningsmethodiek.

Dus voor alle categorieën strafbare feiten zijn de omstandigheden van het geval bepalend?

Ja de omstandigheden van het geval zijn bepalend voor de keuze om de soort voordeelsberekening. Wat is zeg maar de functie van een bepaald strafbaar feit in het economisch proces in het bedrijf en op basis daarvan kun je je keuze maken voor het model en die vervolgens ook goed onderbouwen. Het belangrijke punt voor een milieucasus is, dat je de keuze die je maakt om het voordeel volgens een model te berekenen ook goed kunt onderbouwen. Deze onderscheidingen in het denkmodel zijn als het ware nuttig voor een eerste oriëntatie, maar de onderbouwing voor je keuze in de wijze van berekening moet echt komen vanuit het strafbare feit en de plaats die dat feit inneemt in de onderneming. Je moet kijken naar de strekking van het strafbare feit, dus of dat een bijdrage aan het economisch functioneren van de onderneming levert of niet.

Vindt u de voordeelsberekeningen van milieuzaken die u onder ogen krijgt voldoende onderbouwd, zodat u in de ontnemingszaak een betere keuze kunt maken?

Nee dat geldt niet alleen voor milieuzaken, maar ook voor ontnemingsrapportages in commune zaken. In die zaken wordt vaak te snel voor een bepaalde richting gekozen om het voordeel te berekenen, zonder die keuze goed te onderbouwen, dan wel te onderbouwen waarom een andere weg juist niet is bewandeld. Voornoemde is volgens mij structureel het probleem bij ontnemingsrapportages. Je moet nl. heel goed onderbouwen waarom die keuze is gemaakt. Bij sommige delicten ligt het voor de hand waarom je kiest voor het model opbrengst minus kosten, zoals bijv. bij de handel in verdovende middelen. In andere gevallen ligt dat gecompliceerder en dan moet je de keuze voor de ene of andere methode onderbouwen en ook duidelijk maken waarom je niet voor die andere methode hebt gekozen.

Op dit moment is er een soort standaardproces-verbaal ontwikkeld, ook voor de transactieberekening. Het proces-verbaal bevat een aantal rubrieken, maar er is geen rubriek waarin staat "motivering voor de wijze van berekening". Zou dat een aanbeveling kunnen zijn?

Ja zeer zeker. Zo'n standaardproces-verbaal is zeker nuttig om de zaak op weg te helpen, zeg maar om de opsporingsambtenaar de gedachte aan te reiken waar men op moet letten. Als men daar niet meer mee doet, dan wordt het een middel waarmee je je in je eigen voet schiet. Een goed voorbeeld daarvan vind ik de rapportage van BOOM berekening wederrechtelijk verkregen voordeel bij hennepsteelt. Toen dat model werd ontwikkeld, was het een heel nuttig instrument om aandacht te vragen voor de opbrengsten uit de hennepsteelt en om dat goed op de rails te krijgen. Nu zie je dat dit middel te makkelijk wordt gebruikt, er onvoldoende onderzoek wordt gedaan naar de hennepplantage en de personen die zich daarmee bezighouden. Wat ik dan veel in strafzaken zie gebeuren is, dat er een hennepplantage door de politie wordt ontruimd, maar dat er verder geen onderzoek plaatsvindt. De betrokkene verklaart vervolgens op de terechtzitting, dat hij alleen maar een stroman is en dat hij zijn zolder ter beschikking heeft gesteld. Andere personen hebben de hennepplantage opgebouwd en de stroman ontving maar 500 euro per maand vergoeding voor het ter beschikking stellen van zijn zolder. Er wordt dan nul verder onderzoek gedaan,

behalve dan dat wordt gekeken naar de opbrengsten van de hennepplanten. De oogst wordt gemeten aan de hand van de hoeveelheid hennepplanten, stof op de lampen en of er toevallig nog resten van oude planten worden aangetroffen. Vervolgens wordt het onderzoek afgesloten. Wil je vervolgens een dergelijk verweer van een stroman kunnen pareren, dan moet je verder onderzoek doen naar wat de stroman aan vermogensbestanddelen bezit. Heeft hij schulden, een uitkering, welke auto rijdt hij, hoe zit het met zijn financiële betalingsverkeer of wat halen we uit zijn bankafschriften etc.. Op basis van financiële gegevens kun je dan wat meer zeggen over het realiteitsgehalte van de stelling dat hij maar een stroman was en maar 500 euro per maand kreeg betaald. Zo'n bedrag is een redelijk bescheiden bedrag en op grond daarvan zou je wel een normaal giraal betalingsverkeer moeten zien. Zie je totaal geen giraal betalingsverkeer, dan is er waarschijnlijk meer opbrengst dan die 500 euro geweest. Hij heeft dan geleefd van contant geld dat hij binnen kreeg en met 500 euro red je het niet mee in een maand. Hij heeft dan wat uit te leggen. Dit betekent dat je dus meer onderzoek moet doen naar berekening van het voordeel.

Een modelproces-verbaal is voor de gedachtevorming goed, maar als je alleen maar kruisjes gaat zetten, moet je ook kunnen uitleggen waarom je die wel of niet zet. Motiveer je die keuze niet, dan is het een machtspreuk van de opsporingsambtenaar. De rechter zal zich afvragen waarom dan daarvoor is gekozen. Tevens biedt dit de verdediging makkelijke aanknopingspunten om het door de opsporingsambtenaar gestelde te weerleggen.

Heeft u het idee dat er dan soms voor de makkelijkste weg wordt gekozen, omtrent het berekenen van het wederrechtelijk verkregen voordeel?

Ja de makkelijkste weg. Om mensen die zich niet dagelijks bezig houden met ontneming op weg te helpen, is zo'n standaardproces-verbaal nuttig. Het reikt aandachtspunten aan, waar de opsporingsambtenaar bij het onderzoek op moeten letten, maar met het aankruisen is het niet afgelopen, in tegendeel want dan begint het werk pas. Je moet motiveren waarom je daar het kruisje hebt gezet. Doe je dat niet, dan zal de verdediging later met voer komen en zeggen dat het gestelde niet klopt.

Als we voornoemde vertalen naar ontnemingsrapportages binnen milieudelicten, wordt volgens u daar ook voor de makkelijkste manier gekozen?

Dat zou ik zo niet durven zeggen, dat weet ik niet. In de grote milieuonderzoeken zitten de mensen met meer ervaring. Veelal laten forensisch accountants hun licht over de ontnemingsrapportage schijnen en daar gaat het bijna altijd wel goed. Het probleem zit met name in de zaken die door de politie zelfstandig moeten worden afgewikkeld, zonder het invoeren van deskundigheid.

Zal een rechter een hoge waarde toekennen aan een ontnemingsrapport indien deze is (mede) is opgemaakt door een accountant en zou het voor de milieuopsporing een aanbeveling kunnen zijn dat we die deskundigheid in de grotere milieuzaken moeten betrekken, indien ook wordt ontnomen?

Dat klopt. Er wordt wel waarde gehecht aan het feit dat als een accountant een stuk beschrijft waarin een bepaalde keuze wel of niet wordt gemaakt.

Het begint bij de preweeg. Bij de opzet van je opsporingsonderzoek zal je moeten inventariseren welke informatie je nodig moet hebben, om op basis daarvan een fatsoenlijke voordeelsberekening te kunnen maken. In de voorfase moet je je eigenlijk al de vragen gaan stellen waar je een antwoord op wil hebben. Dit betekent dat je van te voren goed moet nadenken wat het strafbaar feit is en de soort onderneming.

Je kunt dan ook vanaf de start zien welke mensen (expertise) je in je opsporingsonderzoek nodig hebt om die resultaten te bereiken...

Precies.

Ik heb gesproken met twee (mede)ontwikkelaars van het denkmodel. Het denkmodel is gebaseerd op het arrest van de veehouder, een B.V., dat groenafval zonder vergunning had opgeslagen. Hun visie is o.a. dat als je dit denkmodel zou hanteren, je uiteindelijk uitkomt bij de meest zuivere berekeningsmethodiek van het wederrechtelijk verkregen voordeel.

Kort samengevat, zou volgens u meer gekeken moeten worden naar het strafbare feit en de plaats van het delict, gezien in de economische activiteit van het bedrijf. Afhankelijk van de omstandigheden van het geval zal je dan een keuze moeten maken om het wederrechtelijk verkregen voordeel te berekenen en de keuze die je maakt moet je goed onderbouwen...

Dat klopt, kijk casusgericht. Het denkmodel zegt eigenlijk dat de in het denkmodel opgenomen vragen de vragen zijn die je in het begin van het opsporingsonderzoek moet stellen. Vervolgens ga je zo het onderzoek uitvoeren en de ontnemingsrapportage inrichten.

Wat mij betreft ga je eerst na wat voor strafbaar feit je hebt. Daarna ga je kijken naar wat dit strafbare feit voor het economische proces binnen de onderneming betekent. Aan de hand van dit soort onderscheidingen in het denkmodel kun je je gedachte vormgeven van dit model zou een berekeningsmethode kunnen zijn. Je vertrekt vanuit de casus en niet vanuit het denkmodel. De praktijk is weerbarstig en in de casus moet je de omstandigheden gaan zoeken. Het denkmodel zou de gedachtevorming kunnen zijn.

Op zich is dan het denkmodel wel goed, alleen zou je voor de politie een ander model kunnen bouwen, een soort stroomschema of eenvoudiger model...

De keuze om te kiezen voor het model opbrengsten minus kosten of besparing van kosten wordt niet gemaakt op basis van het denkmodel. Die keuze wordt ingegeven door de omstandigheden van het geval. Bijv. het arrest van de groenopslag. Wil je iets over de keuze over het model opbrengsten minus kosten of het model besparing van kosten kunnen zeggen, dan moet je kijken naar de plaats dat het strafbare feit inneemt in het bedrijf. Hoe zit dat bedrijf in elkaar en hoe past die illegale activiteit, die niet vergunde opslag, in het bedrijfsproces. Deze redenering pas je ook toe in relatie tot de mogelijke legaliteit ervan, waarbij je dus onderzoek moet doen of het handelen vergunbaar is, of in aanmerking komt voor een vergunning. Ook dan moet je weer kijken naar de omstandigheden van het geval.

Dus dat is wel een aanbeveling en iets wat we moeten gaan onderzoeken tijdens het milieuopsporingsonderzoek.

Wat te doen bij vermenging legale en illegale milieuactiviteiten?

Dat hangt ook weer helemaal af van de omstandigheden van het geval. Soms heb je te maken met criminele activiteiten die het normale economische proces faciliteren. Het normale economische proces had niet kunnen plaatsvinden zonder die illegale activiteit. Waar kies je dan voor? Alleen maar de opbrengsten of besparing van kosten van de illegale activiteit, of zeg je van nee wacht eens even, met dat illegale deel is mede de legale bedrijfsuitoefening gefaciliteerd, zijn extra opbrengsten gegenereerd en zodoende zijn ook de extra opbrengsten vatbaar voor ontneming. Die extra opbrengsten zijn wel strikt genomen allemaal legaal verkregen, maar alleen maar mogelijk geweest door eerder illegaal handelen. Je zou dat dan als een vorm van vervolgprijs kunnen zien.

Hoe gaan we bij vermenging om met de aftrek van kosten?

De rechtspraak van de HR is op dat punt heel duidelijk. Kosten in directe relatie zijn aftrekbaar. Investerings- en duurzame productiemiddelen zijn aftrekbaar, dit is het model van de afschrijvingskosten.

Zijn we als milieuopsporing goed in staat om aftrekbare kosten te berekenen?

Je moet daarvoor wel administratief geschoolde politieambtenaren hebben. Heel moeilijk hoeft dat niet te zijn, omdat de boekhouding van het bedrijf vaak al een aanknopingspunt kan bieden. Voor productiemiddelen bijv. wordt in de boekhouding een bepaalde vorm van

afschrijving gekozen. Voor de bepaling van de afschrijvingskosten zou je daarbij kunnen aanhaken, maar het hangt nog meer af van de gekozen methode in de administratie.

Sinds 1 januari 2015 is de Wet verruiming mogelijkheden bestrijding financieel-economische criminaliteit in werking getreden en er is een lid aan art. 36e Sr toegevoegd hetgeen de aftrek van kosten beperkt. In de Memorie van Toelichting (MvT) blijkt dat de minister het onwenselijk acht dat bepaalde kosten, zoals de aanschaf c.q. afschrijving van assimilatielampen voor een hennepkwekerij, niet meer voor aftrek in aanmerking komen. Deze ontwikkeling is niet in lijn met de huidige jurisprudentie. Wat betekent dit voor de milieuopsporing?

Wat mij betreft moet die nieuwe regel in art. 36e Sr alleen maar worden gezien als een neerslag van geldende rechtspraak zonder een nieuwe toevoeging. Die passages in de MvT moeten we het liefst zo snel mogelijk vergeten, want als je dat gaat toepassen, dan weet ik zeker dat de hele ontnemingswetgeving op de helling komt te staan. Ga maar eens uit van de gedachte van de minister bij cocaïne handel. De opbrengst gaan we wel ontnemen, maar de inkoopkosten zijn geen kosten meer die in mindering mogen worden gebracht. Een handelen dat in zichzelf een strafbaar feit met zich meebrengt dus niet meer in mindering brengen. Ik weet zeker dat er in Nederland geen enkele rechter rondloopt die bij zo'n delict zal zeggen, dat de inkoopkosten niet meer in mindering worden gebracht en daarbij een ontnemingsmaatregel gaat opleggen voor het volle bedrag van de omzet. Dat gaat geen rechter doen. Als we dat ook als OM zouden gaan eisen, dan gaat de rechter dat bedrag matigen op basis van zijn matigingsbevoegdheid of op basis van draagkracht van de veroordeelde. De verklaring daarvoor vind ik heel eenvoudig. De ontnemingsmaatregel is reparatoir van aard. Je wil de vermogenswinst wat is behaald met het strafbare feit ontnemen en als je alleen maar gaat letten op de opbrengst en niet meer op de kosten die het strafbare feit heeft meegebracht, dan is het niet meer reparatoir, maar punitief van aard geworden. Ontneming op deze wijze met daar bovenop een andere straf, dan weet je zeker dat een rechter dat bedrag gaat matigen en dat moet je niet willen. In Duitsland is gekozen voor het "bruto-principe", alleen maar de opbrengst wordt berekend zonder rekening te houden met de kosten. Maar in Duitsland gaat de rechter op een andere manier heet op te leggen bedrag matigen. Als die ontwikkeling in Nederland zou plaatsvinden, zou ik dat zelf heel lastig en vervelend vinden, omdat je dan de sluizen open zet voor allerlei verweren die kunnen leiden tot matiging. In een heleboel gevallen merk je al dat rechters er moeite mee hebben om, bijv. bij hennepcultuur of andere delicten, hoge ontnemingsmaatregelen op te leggen en dat er wordt gezocht naar sluiptwegen om te gaan matigen. Als je uitgaat van de gedachte van de minister omschreven in de MvT, dan weet ik zeker dat de sluizen nog breder open gezet worden. Een rechter zal dan om allerlei redenen de betalingsverplichting gaat matigen, omdat hij het bedrag nu eenmaal te hoog vindt als dergelijke kosten niet mogen worden afgetrokken. Als je puur uitgaat van de reparatiegedachte, de echte vermogenswinst die je hebt behaald ontnemen, dus opbrengst minus kosten, is het meer legitiem om een bedrag te eisen. Dat is wat de veroordeelde dan nu eenmaal verdiend heeft met de strafbare feiten en dat moet je afstaan. Conform de gedachte van de MvT, willen we het deel wat hij boven de netto verdiensten heeft gehad niet weten, maar we willen de volledige opbrengst ontnemen. Omdat de rechter om allerlei redenen die betalingsverplichting dan gaat matigen en is die gedachte gewoon onwenselijk.

Betekent dit voor de milieuopsporing dat we bij een toekomstige voordeelsberekening de direct gerelateerde kosten en/of afschrijving van duurzame activa gewoon in mindering moeten blijven brengen op het bruto voordeel?

Dat klopt.

Ik denk dat de invoering van de beperking van kostenaf trek binnen milieuland kan leiden tot meer discussie, met name over welke kosten nu wel en welke niet meer voor aftrek in aanmerking komen. Ik heb ook met twee financieel onderzoekers gesproken, waarbij de één

zegt dat het dan makkelijker wordt en de kosten niet gaat aftrekken en de ander zegt dat hij de eerdere rechtspraak blijft volgen en de kosten gewoon in mindering blijft brengen....

Wat mij betreft moeten de lijnen die in de rechtspraak zijn neergelegd worden gevolgd. Bij voordeelsontneming gaat het gewoon om reparatie, herstel van de vermogenspositie, wat betekent dat uiteindelijk de winst moet worden afgeroomd en niet de opbrengsten.

Als je dit model ziet en we zien de huidige rechtspraak, wordt dit denkmodel in grote lijnen gevolgd of zijn er afwijkingen waarin we zien dat rechters anders oordelen?

Volgen rechters dit denkmodel, of moet je zeggen dat dit denkmodel tot ontwikkeling is gekomen op basis van rechtspraak? Ik denk dat het laatste het geval is en dat de gegroeide rechtspraak zeg maar een verklaring biedt voor de gedachten die in het denkmodel zijn neergelegd. Dan is de verwachting dat dit de lijnen in de rechtspraak zijn en dan kunnen we die in de toekomst ook gaan gebruiken.

Zijn er significante afwijkingen en het is ongeveer zoals de rechtspraak het in Nederland opakt?

Nou ja, dat is een soort kip – ei vraag in de zin van welke was er eerder, de rechtspraak of het model? Als je nu een rechterlijke beslissing ziet, is dat nu een uitwerking van het denkmodel of is dat een zaak waar je zegt van nee, we kunnen deze beslissing verklaren in het licht van die onderscheidingen die in het denkmodel zijn aangebracht. Ik denk dat het laatste het geval is.

Dat is één van de doelstellingen om te onderzoeken of er rechterlijke uitspraken zijn omtrent de voordeelsberekening in de vorm van opbrengsten minus de kosten en/of kostenbesparing, die afwijken van het denkmodel. Ik heb veel arresten gelezen, maar heb dat nog niet kunnen ontdekken. De medeontwikkelaars geven ook aan dat het denkmodel nog niet in de praktijk is toegepast. Het denkmodel is gebaseerd op het eerder genoemde arrest van de opslag van het groenafval en de conclusie van advocaat-generaal Knigge. Het criterium in de kern onrechtmatig is nog niet door de rechter verder ingevuld. Gaat de rechter dat ook verder invullen?

Nee dat gaat een rechter ook niet invullen, dat weet ik wel zeker. Het in de kern onrechtmatig handelen is een zacht criterium. Zeker bij commune criminaliteit heb je er niet zoveel aan. Ga je uit van valsheid in geschrift, wat is dan het voordeel? Daar kun je in abstracto niks over zeggen, want wat heb je voor een soort valsheid in geschrift? Praten we over hypotheekfraude of valse declaraties? Praten we over hypotheekfraude, wat is dan in vredesnaam het voordeel uit de hypotheekfraude en daar kun je ook al verschillend over nadenken. Die onderscheiding van in de kern onrechtmatig, daar kan ik niet zoveel mee, want wat is het voordeel uit de hypotheekfraude, ik moet gaan kijken naar de casus. Wat is de casus en wat gebeurt daar in die casus met die hypotheekfraude.

Het motief van de dader?

Ja die doelstellingen spelen dan een belangrijke rol.

Heeft de reorganisatie van de politie nog tot knelpunten geleid m.b.t. de voordeelsberekening of ontneming?

Concreet voor specifieke berekeningen weet ik dat niet. De reorganisatie heeft wel enorme effecten voor de ontneming in de volle breedte. Capaciteit vervliegt, capaciteit wordt verplaatst of verdwijnt zelfs, waardoor de deskundigheid verdwijnt. In die zin heeft de reorganisatie wel schade voor de ontnemingspraktijk tot gevolg. Bijv. afpakteams waarvan de samenstelling in één keer is veranderd of er worden mensen bij een afpakteam gezet niet omdat ze het leuk vinden, maar omdat het moet. Mensen die het leuk vinden worden dan weg gehaald. Die categorie bewegingen is heel nadelig voor de ontnemingspraktijk. Maar datzelfde geldt voor andere vormen van specialisme.

En de samenvoeging van het FP en het BOOM?

Zelf betreur ik dat, omdat de specifieke deskundigheid van het BOOM dan weer opgaat in het grotere geheel. Deskundigen van het BOOM of de gespecialiseerde officieren van justitie moeten, naast hun deskundigheid, ook meer de gewone strafzaken gaan doen en worden wat capaciteit betreft opgeslokt door andere gewone strafzaken. Het ontnemings- en het advieswerk leidt daardoor schade en deze activiteiten komen door de waan van de dag op het tweede plan te staan. Zelf vind ik het jammer dat op die manier de deskundigheid toch dreigt te vervliegen.

Wat voor zaken krijgen die specialistische officieren van justitie erbij?

Van alles wat maar binnen het FP voorkomt, zoals bijv. fraudezaken.

We hebben het nog niet gehad over de periodeberekening in relatie tot milieudelicten. In hoeverre is de berekening van het wederrechtelijk verkregen voordeel middels een periodeberekening toepasbaar binnen milieudelicten?

Dat is lastig. Ik denk dat je met een periodeberekening binnen milieucriminaliteit alleen maar iets kan doen in een totaal criminele omgeving. Alle activiteiten zijn dan allemaal illegaal geweest. Welke dat precies zijn kunnen we niet precies achterhalen. Met een periodeberekening kun je dan wel komen tot een benadering van het wederrechtelijk verkregen voordeel dat is behaald met alle criminele activiteiten.

Zodra het gaat om een betrekkelijk normaal functionerend bedrijf, waar één keer of een paar keer economische delicten zijn gepleegd, is het gewoon lastig om het wederrechtelijk verkregen voordeel middels een periodeberekening te berekenen. Je moet bij dergelijke bedrijven toch een onderscheid gaan maken in de legale en illegale activiteiten en een periodeberekening kan dat onderscheid niet aanbrengen.

Indien het denkmodel wordt gebruikt, is er dan een kans dat er dubbel wordt ontnomen, of dat meer ontnomen wordt dan daadwerkelijk met de criminele activiteit is verdiend?

Het risico van dubbeltellingen is mij niet eerder opgevallen.

Het denkmodel geeft duidelijk aan dat je bij vermenging goed moet kijken naar de productielijn waar de illegale activiteit heeft plaatsgevonden en dat je de illegale opbrengsten en kosten puur op die productielijn moet berekenen en niet naar de totaalopbrengst van die onderneming moet kijken, om dubbeltelling te voorkomen.

Ja dan krijg je een dubbeltelling met een lager wederrechtelijk verkregen voordeel, omdat je wel uitgaat van opbrengst en daar allerlei kosten bij gaat betrekken die niet voor verrekening in aanmerking komen. Dan moet je goed letten op de kosten die je in mindering wil brengen.

De opbrengst minus de kosten is de winst. Stel je volgt de categorie strafbaar feit 'er is sprake van een andere gedraging' en 'het handelen is in de kern onrechtmatig', dan zegt het denkmodel dat de besparing van kosten al in de opbrengsten minus de kosten is opgenomen. Klopt dat, want als er inderdaad sprake is van een andere gedraging waarbij het handelen in de kern onrechtmatig is, dan hoeft ik als onderzoeker nooit meer de keuze te maken tussen de modellen opbrengsten minus de kosten of besparing van kosten. Alleen het model opbrengsten minus kosten is dan volgens het denkmodel de juiste berekeningsmethodiek...

Je hebt casuïstiek waar je het wederrechtelijk verkregen voordeel cumulatief kunt benaderen. Er is dan sprake van wederrechtelijk verkregen voordeel dat deels bestaat uit opbrengsten minus kosten en deels uit een besparing van kosten. Die cumulatie is wel mogelijk in zekere gevallen. Je moet inderdaad wel opletten dat je rekenkundig geen dubbeltelling maakt. Denk bijv. aan het dumpen van illegaal afval afkomstig van de productie van synthetische drugs. De verkoop van synthetische drugs levert natuurlijk een opbrengst op. Daarnaast zijn afvalstoffen illegaal gedumpt. Is dat dan een voordeelscomponent die leidt tot een extra voordeel uit de besparing van kosten? Kun je dat meenemen ja of nee? Reken

technisch is het denkbaar dat je een berekening maakt model opbrengst minus kosten voor de productie van synthetische drugs. Dumping van afvalstoffen is een besparing van kosten, alleen bij de uitwerking van het model moet je er wel rekening mee houden, dat het voordeel van besparing van kosten dan weer een aftrekpost vormt voor de totale winst. Het is dan een aftrekpost, want het zijn kosten die verband houden met het plegen van strafbare feiten.

Ga je dan niet per delict het wederrechtelijk verkregen voordeel berekenen, dus de opbrengst minus de kosten van de verkoop van het opiumdelict en de besparing van kosten voor de dumping van afval, het milieudelict?

Dat kan wel hoor, je gaat naar het soort strafbare feit. Het opiumdelict levert voordeel op, model opbrengst minus kosten. Je hebt het milieudelict bestaande uit het dumpen, dus het model besparing van kosten. Alleen in de totale voordeelsberekening zal je dan toch moeten erkennen dat die besparing van kosten weer een aftrekpost vormt op de winst die is behaald uit het opiumdelict. Dus je kunt het uit elkaar trekken, maar uiteindelijk bij de berekening van het wederrechtelijk verkregen voordeel en het opleggen van de betalingsverplichting, moet je wel weer het onderlinge verband zien tussen beide posten. Juridisch gezien is het uit elkaar trekken van voornoemde begrijpelijk, maar rekenkundig moet je het onderlinge verband wel weer zien.

Knelpunten, voor- of nadelen van het denkmodel voordeelsberekening per delict?

Het denkmodel is vergelijkbaar met de normen van het BOOM voor de berekening van het voordeel van hennepsteelt. Het is een denkmodel voor de oriëntatie van de gedachte, maar daarmee houdt het denkwerk natuurlijk niet op. Dit zijn nuttige onderscheidingen, maar het zijn geen harde, maar zachte onderscheidingen en de invulling van de criteria moet toch voornamelijk geschieden vanuit de aard van het delict en de omstandigheden van het geval, dus puur een casusgerichte benadering. Op basis van een ordening daarin en alle omstandigheden van het geval daarbij betrokken, kun je beredeneerde keuzes maken voor het ene of het andere model (opbrengsten minus kosten of kostenbesparing). Uiteindelijk gaat het om de beredenering van die keuze.

Heeft u nog opmerkingen die nuttig kunnen zijn voor het ontnemen c.q. afpakken binnen milieucriminaliteit?

Wil je een zaak serieus strafrechtelijk goed oppakken, zowel voor het milieudelict als ook voor de ontneming of afpakken, dan moet je meteen vanaf het begin gaan nadenken over de vragen waar je een antwoord op wil hebben. De vragen die je je in het begin stelt bij het tactische onderzoek, moet je je ook bij het ontnemingsonderzoek stellen. Wat zijn de vragen, welke informatie heb ik dan nodig en waar moeten we op letten bij de uitvoering van het onderzoek om daar antwoorden op te kunnen geven. Van oudsher is dat wel gebruikelijk bij een tactisch opsporingsonderzoek, maar ongebruikelijk bij het ontnemingsonderzoek, omdat ontneming veel te lang een stiefkindje is geweest. Je moet beide zien als twee volwaardige onderdelen van het strafrechtelijk onderzoek. Dit houdt verder in, dat er bepaalde eisen worden gesteld aan de mensen en middelen die je bij je opsporingsonderzoek moet betrekken, want ja welke mensen en middelen hebben we dan nodig om die antwoorden te kunnen geven.

Bijlage 4: Een eerste aanzet tot vereenvoudiging denkmodel

Voorafgaand moet worden opgemerkt dat er categorieën strafbare feiten zijn, waarbij de keuze tussen de modellen opbrengsten minus kosten en/of kostenbesparing gemakkelijk te maken is, omdat bij dergelijke strafbare feite de bedoeling en richting van het strafbare feit (aard van het delict) eenduidig kan worden vastgesteld. Indien echter aan de hand van de aard van het delict geen eenvoudige keuze kan worden gemaakt, dan gaat het om categorieën strafbare feiten waar de richting en de bedoeling van het strafbare feit minder eenduidig is. Bij dergelijke strafbare feiten zal het opsporingsteam onderzoek moeten verrichten naar het delict, bezien in het licht van het economische bedrijfsproces van het onderzochte subject. De concrete omstandigheden van het geval zijn dan leidend voor de keuze tussen de modellen opbrengsten minus de kosten en/of kostenbesparing. De niet harde juridische criteria, te weten in de kern (niet) onrechtmatig, speelt geen rol bij het nieuwe vereenvoudigde denkmodel voordeeltberekening per delict.

Een eerste aanzet tot vereenvoudiging

Een mogelijke vereenvoudiging, hetgeen aanbeveling verdient verder te onderzoeken, is de presentatie van een denkmodel waarin maar twee categorieën strafbare feiten zijn opgenomen. Deze zouden kunnen zijn:

1. er is sprake van ontdoening van afvalstoffen;
2. er is sprake van een andere gedraging.

Er is sprake van ontdoening van afvalstoffen

Het gepresenteerde in het denkmodel voordeeltberekening per delict¹⁴⁰ over de categorie strafbaar feit 'Er is sprake van ontdoening van afvalstoffen' verdient geen vereenvoudiging en volstaat mijns inziens.

Er is sprake van een andere gedraging

Indien 'Er sprake is van een andere gedraging', zal het opsporingsteam onderzoek moeten verrichten naar de aard van de gedraging. Van belang is om een concreet beeld te verschaffen van de aard van het delict, bezien in het licht van het economische activiteit (bedrijfsvoering proces) van het onderzochte subject. Tevens moet worden onderzocht of deze gedraging onder de concrete feiten en omstandigheden vergunbaar is door het bevoegde gezag. De concrete omstandigheden van het geval zijn leidend voor de keuze tussen de modellen opbrengsten minus de kosten en/of kostenbesparing. Is de gedraging gericht op de besparing van kosten die gemaakt hadden moeten worden maar nu niet zijn gemaakt, dan ligt het model kostenbesparing voor de hand. Is de gedraging gericht op het genereren van winst, dan ligt het model opbrengsten minus kosten in dergelijke gevallen meer voor de hand. Indien er sprake is van een gedraging die onder de gegeven omstandigheden niet vergunbaar is, dan ligt de keuze voor het model opbrengsten minus kosten meer voor de hand. Indien uit de feiten en omstandigheden blijkt dat er tevens sprake is van eigen gebruik, kan deze besparing worden opgeteld. Indien er sprake is van een gedraging die onder de gegeven omstandigheden wel (achteraf) vergunbaar is, dan ligt het model kostenbesparing voor het niet tijdig aanvragen van de vergunning voor de hand.

Twee kanttekeningen zijn bij laatstgenoemde wel op zijn plaats. Indien namelijk uit de concrete feiten en omstandigheden blijkt, dat de gedraging onder de gegeven omstandigheden wel vergunbaar is maar het subject opzettelijk geen vergunning heeft aangevraagd en daar ook nooit de intentie toe had gehad, dan kan aan de hand van deze concrete feiten en omstandigheden toch worden gekozen om de winst te gaan ontnemen, in

¹⁴⁰ J.H. Gerrits februari 2013, *Voordeeltberekening per delict. Een keuze tussen winst, kostenbesparing, of een combinatie van beiden?*, BOOM-Nieuws 67. Hardinxveld-Giessendam: Tuijtel 2013, p. 18-25.

plaats van het model kostenbesparing. Indien er door het subject onwetendheid of onbewust is gehandeld en de gedraging te legaliseren valt, dan zou men het wederrechtelijk verkregen voordeel op grond van het model kostenbesparing kunnen berekenen, dan wel besluiten om de ontneming achterwege te laten.

Het onderzoek naar de aard van het delict en het al dan niet legaliseren van de concrete feiten en omstandigheden door het bevoegd gezag, zal de keuze voor het model opbrengsten -/- kosten en/of kostenbesparing hoogstwaarschijnlijk vergemakkelijken.