

1. Bij vonnis d.d. 13 april 2007 (LJN BA2876 en BA2911) van de Rechtbank Breda zijn respectievelijk Afvalstoffen Terminal Moerdijk BV (hierna ATM) en de directeur van de BV als feitelijk leidinggevende (in de zin van art. 51 Sr) veroordeeld voor overtreding van een aantal milieuvoorschriften (onder andere het verwerken van meer verontreinigde grond dan toegestaan), het zonder vergunning in loods opslaan van verfafval, het overschrijden van de normen van de Wvo-vergunning (thans Watervergunning) en de uitstoot van gassen. Aan beide verdachten zijn geldboeten opgelegd ter hoogte van € 160.000,-, waarvan € 40.00,- voorwaardelijk voor de BV en € 20.000,- voor de directeur, inclusief 20 % respectievelijk 30% korting voor overschrijding van de redelijke termijn. De pleegperiode strekte zich uit over de periode 1997 t/m 1999. De vraag kan gesteld worden of verdachten onder de indruk zullen zijn geweest van de boetes. Overigens vielen de straffen – naast de korting voor de overschrijding van de redelijke termijn - aanzienlijk lager uit, omdat een groot aantal te laste gelegde feiten niet bewezen zijn verklaard in verband met ‘onvolkomenheden’ in het onderzoek. Wel blijkt uit de motivering van de strafmaat dat het nodige misging binnen het bedrijf en men het economisch belang boven het milieubelang stelde. Maar de Officier van Justitie (hierna OvJ) heeft nog een troef achter de hand, die conform OM-beleid steeds vaker wordt ingezet, ook in milieuzaken. Die troef is de ontnemingsvordering ex art. 36 e Sr. (voluit: vordering tot ontneming van het wederrechtelijk verkregen voordeel).
2. Tijdens de behandeling van de strafzaak heeft de OvJ aangekondigd een ontnemingsvordering tegen ATM in te zullen dienen. Dat is tijdig; na afloop van de zitting waarop de strafzaak wordt behandeld, kan dit niet meer en vervalt de bevoegdheid van de OvJ om een vordering aanhangig te maken (art. 511b lid 1 Sv.). Bovendien moet hij uiterlijk binnen 2 jaar na aankondiging van het voornemen ook daadwerkelijk overgaan tot het indienen van de vordering bij dezelfde rechtbank die ook de strafzaak heeft behandeld (art. 511b lid 1 Sv.). De rechtbank kan zelf of op verzoek van partijen een schriftelijke voorbereidingsprocedure gelasten en de rechtbank is daarbij vrij zelf de werkwijze en de termijnen te bepalen. (art. 511 d lid 1 2° volzin Sv.). Dat is in deze zaak ook gebeurd. Dat werkt bij complexe zaken een stuk efficiënter dan te wachten tot de zitting. Bij eenvoudiger zaken kan een ontnemingsvordering gelijktijdig met de strafzaak worden behandeld maar zeker bij wat meer complexe zaken gebeurt dat separaat. Het zijn en blijven altijd twee verschillende procedures. Indien de ontnemingsvordering gelijktijdig met de strafzaak wordt behandeld dan heet degene tot wie de ontneming zich richt nog ‘verdachte’. Als de ontnemingsprocedure pas na de strafzaak wordt behandeld spreekt men van ‘veroordeelde’. Hoewel in deze zaak ATM al in 2007 is veroordeeld, gebruik ik hierna de meer neutrale aanduiding ‘betrokkene’ of ATM. De ontnemingsprocedure is geregeld in de artikelen 511b t/m 511i Sv.
3. De ontnemingsmaatregel is geen sanctie: het heeft een reparatoir karakter. Het strekt tot herstel van de rechtmatige toestand in financieel opzicht, doordat de betrokkene wordt ontnomen wat hem rechtens niet toekomt. De ontnemingsregeling (ook wel met Plukze-wetgeving aangeduid) is sinds de invoering in 1993 al enkele malen verruimd. Het OM maakt er steeds meer gebruik van. In het algemeen kan worden opgemerkt dat politie en justitie meer aandacht krijgen voor de financiële kanten van het vak. Er zijn speciale financieel rechercheurs, bijv. met een achtergrond als accountant. Ook OvJ's met een financiële achtergrond zijn gewild, vooral bij fraudezaken. Het OM kent ook een apart onderdeel dat zich alleen maar bezighoudt met ontnemingen, het Bureau

Ontnemingswetgeving Openbaar Ministerie (afgekort BOOM), dat de ‘gewone’ zaaksofficieren ondersteunt bij grote en ingewikkelde ontnemingszaken. Niet alleen financiële capaciteiten zijn van belang, maar ook kennis van het civiele recht, met name van het beslagrecht. Om niet achter het net te vissen, is het van belang om tijdig conservatoir beslag te leggen op vermogensbestanddelen van de betrokkene. Het BOOM beheert het conservatoir beslag.

4. Het idee achter de ontnemingsmaatregel is duidelijk: het raken van de betrokkenen in de portemonnee. Geld is vaak het motief van overtredingen, zeker bij de financieel-economische criminaliteit, waartoe ook milieuzaken worden gerekend. Bovendien wordt hiermee ook vervalsing van concurrentieverhoudingen voorkomen dan wel hersteld.
5. In deze zeer goed gemotiveerde beslissing (dus niet vonnis) van de Rechtbank Breda komt een paar onderwerpen aan de orde die de moeite waard is om in deze noot te behandelen. Bovendien is per 1 juli 2011 de ontnemingsregeling (weer) verruimd, dus het biedt een goed aangrijpingspunt om daarop in te gaan. Hierna komen aan de orde: de wijzigingen per 1 juli 2011, het overgangsrecht, de begrippen ‘soortgelijk feit’ en ‘ander feit’, het voordeel en de daarmee samenhangende kosten en het zgn. vervolgpofijt. Ik sluit af met een korte duiding van een aantal recent gewezen andere ontnemingsbeslissingen in milieuzaken.
6. De OvJ heeft in deze zaak een ontnemingsvordering ingediend van (uiteindelijk) € 17.457.287,- (incl. vervolgpofijt). Uit de beslissing blijkt dat de OvJ zich heeft gebaseerd op 4 onderdelen:
 1. met betrekking tot de pyrolyse-installatie (o.a. verfafval):
 - a. overschrijding van de vergunde doorzet;
 - b. niet-vergunde opslag in loods A;
 2. overschrijding van de vergunde doorzet van grond in de Thermische Reinigings Installatie (hierna: TRI);
 3. puin;
 4. vervolgpofijt.
7. De eerste vraag die de Rechtbank te beantwoorden heeft, is of de oude ontnemingsregeling van vóór 1 juli 2011 van toepassing is of de nieuwe van na die datum. De OvJ stelt zich op het standpunt dat nieuw recht van toepassing is, omdat de nieuwe wet, waarbij artikel 36 e Sr. is verruimd, geen overgangsrecht kent. Bovendien is volgens de OvJ is de nieuwe regeling niet als gunstiger of minder gunstig te kwalificeren en geeft geen blijk van een gewijzigd inzicht van de wetgever (artikel 1 lid 2 Sr).
8. Wat is er per 1 juli 2011 gewijzigd? De mogelijkheden tot voordeelontneming zijn verruimd (Wet verruiming mogelijkheden voordeelontneming, Stb. 2011, 171 en 237, kamerstuknr. 32194). Naast de wijziging van lid 2 van artikel 36 e Sr (zie hierna punten 9 en 20 van deze noot) houdt de verruiming in grote lijnen het volgende in: van criminelen kan worden verlangd dat zij aannemelijk maken dat inkomsten en voorwerpen legaal werden verkregen, zelfs tot maximaal 6 jaar voorafgaand aan het misdrijf terug. Dat betekent een omkering van de bewijslast. Ook wordt het gemakkelijker om illegaal verkregen goederen verbeurd te verklaren. Nieuw is ook dat het OM achteraf financieel onderzoek kan doen als een crimineel probeert te ontkomen aan zijn betalingsverplichting uit een ontnemingmaatregel. Daarnaast biedt de wet een ruimere regeling om voorwerpen verbeurd te verklaren (in gewoon Nederlands: te verkopen) en meer effectievere mogelijkheden om de crimineel in zijn vermogen te raken. Tot slot zijn maatregelen genomen waardoor ontneming van criminele winsten een vanzelfsprekend onderdeel wordt van opsporing en vervolging

van misdrijven. Dit laatste sluit dus geheel aan bij de reeds enkele jaren geleden in gang gezette beleidslijn binnen het OM. Voor een overzicht van alle wijzigingen kan kennis worden genomen van een themanummer van het juridisch vakblad BOOM-nieuws van juli 2011 dat geraadpleegd kan worden via de link:

http://www.om.nl/onderwerpen/ontneming_o_a/@155904/boom-nieuws/

9. In deze zaak gaat het met name om de wijziging van art. 36 e lid 2 Sr. Voorheen kon alleen voordeel uit het bewezen verklaarde en/of soortgelijke feit of dat van de vijfde geldboetecategorie worden ontnomen op grond van dit artikellid, maar nu kan ook voordeel uit ‘andere strafbare feiten’ worden ontnomen zonder dat sprake is van een veroordeling voor de vijfde boetecategorie. Wel moeten er ‘voldoende aanwijzingen’ zijn dat die andere feiten door de veroordeelde zijn gepleegd. De boetecategorieën zijn opgenomen in art. 23 Sr.
10. Overgangsrecht. Zoals uit punt 7 van deze noot blijkt, kwam o.a. de vraag aan de orde of deze nieuwe regeling nu ook al van toepassing is op de onderhavige procedure, nu de ontnemingsvordering al ver vóór de wetswijziging aanhangig is gemaakt. Een overgangsregeling ontbreekt in de wijzigingswet en dat betekent dat art. 1 Sr voor de materiële bepalingen en art 1 Sv voor de processuele bepalingen van toepassing is. Artikel 36 e Sr is een materiële bepaling en dus dient getoetst te worden aan art. 1 lid 2 Sr. De Hoge Raad heeft in zijn arrest van 12 juli 2011 LJN BP6878 naar aanleiding van het zgn. Scoppola arrest van de EHRM van 17 september 2009 zijn eerdere jurisprudentie op dat punt aangescherpt en een onderscheid gemaakt tussen enerzijds sancties (waaronder strafmaxima) en anderzijds de materiële delictomschrijving. Voor de eerste categorie geldt nu dat bij een gunstiger regeling voor de verdachte de nieuwe wetswijzigingen direct moeten worden doorgevoerd. Voor de tweede categorie blijft de oude jurisprudentie van toepassing, inhoudende dat er eerst getoetst moet worden of de wetswijziging blijkt geeft van een gewijzigd inzicht van de wetgever in de strafwaardigheid van de bepaling. Als dat niet het geval is, blijft het recht van toepassing zoals dat gold ten tijde van het plegen van het strafbare feit. Als dat wel het geval is, is de voor de verdachte meest gunstige regeling van toepassing.
11. Over de werking van het overgangsrecht in het kader van deze wetswijziging kan verschillend worden gedacht: zie Caroline de Sitter en Rosa van Zijl in hun artikel in het NJB van 11 november 2011 aflevering 39, met als titel: ‘De verruiming van de ontnemingsmaatregel is een feit. Maar per wanneer?’. Zij reageren hiermee onder andere op het onder punt 8 hiervoor genoemde themanummer van BOOM-Nieuws. De Sitter en van Zijl bestrijden het standpunt van het OM over de datum van in werking treding van de materiële bepalingen die ongunstiger zijn voor de verdachte. Het gaat dan om de artikelen 33a en 36 e leden 2, 3 (deels) en 7 Sr. Het OM neemt het standpunt in dat ongeacht of het gaat om gunstiger of ongunstiger wijzigingen voor verdachte, er getoetst moet worden aan het criterium van het gewijzigd inzicht.
12. In deze procedure lijkt de OvJ het hiervoor weergegeven standpunt ook in te nemen, maar uit de beslissing van de rechtbank blijkt dat de OvJ de nieuwe regeling ten opzichte van ATM niet als gunstiger of ongunstiger kwalificeert, dus dat het er eigenlijk niet toe doet (zie de eerste alinea’s onder punt 2.1 met betrekking tot de vergunde doorzet in de pyro-installatie). De verdediging bestrijdt dat standpunt en meent dat voorheen het begrip ‘soortgelijk feit’ in artikel 36 e lid 2 Sr een beperktere reikwijdte heeft dan de nieuwe omschrijving van ‘ander strafbaar feit’. De rechtbank is het daarmee eens: ‘De rechtbank kan zulks niet anders zien dan dat sprake is van een gewijzigd inzicht van de wetgever nu het element “soortgelijk” een nauwer criterium bevat dan het element “ander”. Het ontnemen van voordeel uit andere strafbare feiten was weliswaar vóór de wetswijziging ook al mogelijk maar zulks enkel op grond van

artikel 36e, derde lid Wetboek van Strafrecht en dus op voorwaarde van -onder andere- een ingesteld strafrechtelijk financieel onderzoek'. Ik interpreteer het verschil in standpunt als volgt: het OM beantwoordt de vraag welk recht van toepassing is direct aan de hand van de zaak die voorligt, terwijl de Rechtbank (in navolging van de verdediging) dit los doet van de concrete zaak. Het nieuwe recht kan ongunstiger voor de verdachte uitwerken en daarom is het oude recht per definitie van toepassing.

13. De volgende vraag die beantwoord moet worden is of er sprake is van een 'soortgelijk feit', als waarvoor ATM in 2007 is veroordeeld, namelijk voor (onder meer) de overtreding van vergunningvoorschriften die zien op de opslag van materialen in loods A. Het voordeel waarop de OvJ zich richt in dit onderdeel van de ontneming is het voordeel dat is verkregen als gevolg van overschrijding van de vergunde doorzet in de pyro-installatie. Onder 'soortgelijke feiten' worden feiten verstaan die hetzelfde rechtsbelang beschermen als het (telastegelegde en bewezenverklarde) gronddelict (MvT, TK 21504, nr. 3 pag 21/22). De Hoge Raad heeft dienaangaande overwogen dat het gaat om feiten, die gelet op het belang dat de wetgever heeft willen beschermen, tot dezelfde categorie behoren als de begane feiten, waarvan de betrokkene wordt verdacht (HR 6 mei 1997, NJ 1997, 655). De rechtbank komt tot de conclusie dat aan beide eisen is voldaan: zowel het bewezen verklaarde feit (niet vergunde opslag in loods A) als het in de berekening van het voordeel betrokken feit (overschrijding van de vergunde doorzet) behoren tot dezelfde delictscategorie en beschermen hetzelfde rechtsbelang, namelijk de bescherming van het milieu. De rechtbank verwerpt tevens het verweer van de verdediging dat de soortgelijke feiten tijdens de inhoudelijke behandeling van de hoofdzaak (de strafzaak) aan de orde hadden moeten worden gesteld. Er moeten wel voldoende 'aanwijzingen' zijn dat de soortgelijke feiten zijn gepleegd. Dit is een veel minder zware eis dan gesteld wordt aan het bewijs om tot een bewezen verklaring van de feiten in de strafzaak te komen.
14. De rechtbank komt ook t.a.v. het tweede onderdeel (de thermische reiniging van grond in de TRI) tot de conclusie dat er sprake is van een 'soortgelijk feit', waarbij als bijzonderheid is te vermelden dat in de strafzaak een relatief korte periode van 6 maanden aangaande de TRI is bewezen verklaard, terwijl bij de berekening van het voordeel uit is gegaan van de totale onderzoeksperiode van 3 jaar (1997 t/m 1999). De Rechtbank oordeelt dat ook daar waar de OvJ uitgaat van een buiten de bewezen verklaarde periode vallende overschrijding van de norm, er sprake is van een soortgelijk feit. Dat is met name interessant, omdat het mogelijkheden biedt voor zgn. extrapolatie: indien de OvJ aannemelijk kan maken dat de betrokkene ook buiten de te laste gelegde periode door is gegaan met dezelfde of soortgelijke (en onder nieuw recht 'andere') illegale activiteiten, kan ook voordeel worden ontnomen dat toegerekend kan worden aan die periode, mits ook de omvang van het over die periode genoten voordeel aannemelijk gemaakt kan worden.
15. Ten aanzien van het derde onderdeel 'puin' dat door ATM zou zijn afgegeven aan een onbevoegd bedrijf, omdat het vanwege de mate van verontreiniging als afvalstof aangemerkt had moeten worden, is de rechtbank kort. De telastelegging was in het kader van de strafzaak al nietig verklaard, omdat het strafrechtelijk verwijt onvoldoende helder was. De rechtbank maakt zich niet zo druk of ten aanzien van dit onderdeel nu sprake is van een 'soortgelijk' of 'ander' feit, want ook de voordeelsberekening was op dit onderdeel volstrekt onvoldoende onderbouwd. Ook is tijdens de schriftelijke voorbereidingsprocedure noch tijdens de mondelinge behandeling een nadere toelichting door de OvJ verschaft, dus komt de rechtbank tot het oordeel dat er onvoldoende aanwijzingen zijn dat ATM soortgelijke/andere strafbare feiten heeft begaan. Hieruit is ook af te leiden dat het wel had gekund als de

OvJ met een beter onderbouwd verhaal was gekomen. Het feit dat dit deel van de dagvaarding door de rechter in de strafzaak nietig was verklaard, belemmert de OvJ niet om het mee te nemen in de ontnemingprocedure, maar hij moet dan wel beter beslagen ten ijs komen.

16. Ten aanzien van de eerste twee onderdelen gaat de rechter nog in op het begrip voordeel en de kosten, die in mindering mogen worden gebracht op het voordeel. De voordelen worden in artikel 36 e lid 2 Sr. omschreven als de ‘voordelen verkregen door middel van of uit de baten van’ strafbare feiten etc. De rechtbank haalt vervolgens een recent arrest van de Hoge Raad aan (d.d. 27 september 2011, NJ 2011, 458: zie ook hierna onder punt 21), waaruit blijkt dat onder een dergelijk voordeel ook kan worden begrepen daadwerkelijk genoten voordeel in het geval dat het (strafbare/soortgelijke/andere) feit op zichzelf geen rechtstreeks voordeel oplevert, doch kennelijk ertoe strekt en geëigend is voordeel te genereren. Voor de opslag van het onvergonde verfafval gaat de rechtbank daarom uit van het acceptatietarief, omdat de rechtbank aanneemt dat het handelen van ATM is ingegeven om voordeel te genereren. In deze procedure leverde de berekening van het voordeel weinig problemen op, want de meeste informatie kwam van het bedrijf zelf (verklaringen van getuigen/verdachten) of schriftelijke documentatie. Dat is soms anders. Het is voldoende dat het voordeel wordt geschat, maar ook de schatting moet worden onderbouwd. Als het strafrechtelijk onderzoek zelf te weinig financiële informatie heeft opgeleverd, kan onderzoek worden gedaan in de markt. Het opvragen van offertes bij liefst meerdere aanbieders behoort dan tot de mogelijkheden. Het is aan de OvJ om de schatting van het voordeel voldoende te onderbouwen. Ook besparingen vallen onder het begrip voordeel (art. 36 e lid 5 Sr). Voor complexe zaken kan een strafrechtelijk financieel onderzoek worden geopend, waardoor opsporingsambtenaren meer bevoegdheden hebben om dwangmiddelen toe te passen die kunnen helpen om aan de vereiste financiële informatie te komen (art. 126 – 126f Sv).
17. Op het voordeel kunnen kosten in mindering worden gebracht, mits zij door de betrokkene aannemelijk worden gemaakt. Dat lukte ATM in ieder geval niet bij de opslag van het verfafval, hoewel de rechtbank niet op voorhand uitsloot dat met die opslag ook kosten gemoeid zouden zijn. De rechtbank kwam er wel aan toe bij onderdeel 2 (de thermische reiniging van de grond). Het kostenbegrip wordt in de ontnemingsregeling beperkt opgevat: alleen de kosten die in directe relatie staan tot de voltooiing van het delict komen voor aftrek in aanmerking. De rechtbank herformuleert dit criterium aldus: ‘Uitgangspunt is daarom dat die kosten die de veroordeelde **niet** zou hebben gemaakt als hij de strafbare gedraging **niet** zou hebben gepleegd, in aanmerking komen voor aftrek van het genoten voordeel’. Dat is twee keer ‘niet’ in één zin. Eenvoudiger is het om beide te schrappen. Welke kosten zijn toe te rekenen aan het gepleegde strafbare feit (waarvan de voordelen ontnomen worden)? Die strikte interpretatie van het begrip ‘kosten’ houdt verband met het reparatoire karakter van de maatregel (zie ook hiervoor onder punt 3 van deze noot). De wetgever heeft de rechter een grote vrijheid gelaten of, en zo ja, in welke mate, hij rekening wil houden met de kosten die de betrokkene heeft gemaakt. Bovendien moet de betrokkene de omvang van die kosten ook onderbouwen. Alleen de cleaning- en handlingkosten die horen bij het thermisch reinigen van grond en de (extra) kosten van elektriciteit en brandstof/stroomverbruik worden door de rechtbank toegewezen als kosten die direct zijn gemaakt in relatie tot het delict. De overige kosten, zoals huur van het terrein en de verzekering, worden afgewezen, omdat niet is gebleken dat de extra doorzet van grond heeft geleid tot extra huurkosten of extra verzekeringspremies. Hieruit blijkt dat met name de kosten die variëren met de (in dit

geval) hoeveelheid gereinigde grond voor aftrek in aanmerking komen; de vaste kosten worden toch wel gemaakt, ook zonder het plegen van strafbare feiten (in dit geval de reiniging van de vergunde doorzet).

18. Een aanzienlijk deel van de ontnemingsvordering betreft het zgn. vervolgprofijt (€ 6,5 miljoen van de in totaal € 17,5 miljoen). Vervolgprofijt zijn vruchten, verkregen uit het voordeel. In dit geval zou het volgens de OvJ gaan om de wettelijke rente die over de periode van 1 januari 2000 tot de dag van de zitting op 28 december 2011 (dus 12 jaar) was opgelopen tot maar liefst 62,3%. Dat was iets te gemakkelijk van de OvJ. Met een beroep op het arrest van de Hoge Raad van 25 september 2007 (NJ 2007, 531) oordeelt de rechtbank dat alleen vervolgprofijt dat door de betrokkene daadwerkelijk is genoten in aanmerking komt voor ontneming. Het is aan de OvJ aannemelijk te maken dat dat zo is op basis van feitelijke vaststellingen omtrent daadwerkelijk behaald rendement. Dus als ATM het geld had geïnvesteerd in nieuwe installaties, dan had het rendement van die investeringen als vervolgprofijt kunnen worden aangemerkt. Waar het geld precies vandaan komt lijkt mij niet van belang (de ene euro is te vervangen door een ander), dus wellicht was het mogelijk geweest om uit te gaan van een gemiddeld rendement, bijvoorbeeld op alle investeringen sinds 2000. In ieder geval is een onderbouwing met alleen (vermeend) genoten rente onvoldoende.
19. Uiteindelijk levert het door de rechtbank toegewezen deel van de vordering toch nog een behoorlijk bedrag op, te weten ruim € 7 miljoen. Weliswaar brengt de rechtbank nog een bedrag van €15.000,- in mindering in verband met overschrijding van de redelijke termijn (die ook in ontnemingszaken in acht genomen moet worden: zie daarvoor de ook op dit punt goed gemotiveerde uitspraak van de rechtbank), maar het blijft een mooi resultaat, dat meer indruk op ATM zal maken dan de geldboete van € 160.000,- die is opgelegd in de strafzaak.
20. Nog even terug naar de wijziging van de wet per 1 juli 2011, die in deze casus dus niet van toepassing is. Sinds 1 juli 2011 is art. 36 e lid 2 Sr. ook verruimd tot 'andere strafbare feiten'. Dat begrip kent de ontnemingsregelgeving al veel langer, maar alleen in het kader van lid 3 van art. 36 e Sr. en die stelde een strafrechtelijk financieel onderzoek tegen de betrokkene verplicht (zie hiervoor onder punt 16). Die eis is komen te vervallen. Het is een aanzienlijke verruiming want de relatie tussen ontnemingsmaatregel en het gronddelict dat tot veroordeling heeft geleid wordt daardoor veel losser. Verder hoeft enige betrokkenheid van de veroordeelde in de zin van daderschap of deelnemerschap bij de 'andere strafbare feiten' die tot voordeelsverkrijging hebben geleid, door de rechter niet te worden vastgesteld. Niet vereist is immers dat deze feiten door de betrokkene als dader of deelnemer zijn begaan. De jurisprudentie betrekking hebbende op dit derde lid van art. 36 e Sr. is dus nu ook van belang voor lid 2. Zie bijvoorbeeld het arrest van de Hoge Raad van 14 september 1999 (NJ 2000, 55), waarin is overwogen dat de wet er niet aan in de weg staat dat de in lid 3 (nu ook lid 2) bedoelde strafbare feiten aanvankelijk voorwerp zijn geweest van de tenlastelegging zonder dat zij tot een veroordeling hebben geleid; de wetgever heeft hier een ruime regeling voor ogen gehad.
21. Naast deze ATM beslissing zijn recent nog een paar ontnemingsbeslissingen in milieuzaken geweest. Er zijn zelfs 2 arresten van de Hoge Raad bij. Een daarvan is hiervoor onder punt 16 al aan de orde gekomen: het arrest van 27 september 2011 LJN BR 2086 (NJ 2011, 458) dat gaat over de onvergunde opslag van zogenaamd biowater (water uit de voedingsmiddelenindustrie dat wordt gebruikt voor het aanlengen van vast varkensvoer). Het overtollige biowater leverde de varkensboer aan ATM (!) en betaalde voor de verwerking de helft minder dan hij ontving voor het afnemen van het

biowater. Een lucratieve handel dus. De varkensboer werd in de strafzaak (onder meer) veroordeeld voor het onvergund opslaan van het biowater, maar het voordeel werd berekend op grond van hetgeen de boer met zijn handel in biowater verdiende. Het Hof vond dat het voordeel niet kon worden toegerekend aan de opslag van het biowater, waarvoor hij veroordeeld was, en wees de vordering af. De Hoge Raad is het niet met het Hof eens onder de overweging die hiervoor onder punt 16 al aan de orde is gekomen.

22. Heel anders liep het af in twee uitspraken waarbij het ook ging om de onvergunde opslag van resp. biowater (Hof Den Haag d.d. 25 januari 2012, LJN BV6102) en groenafval (Hoge Raad d.d. 20 september 2011, LJN BQ4686). Het OM stelde zich in deze zaken ook op het standpunt dat het voordeel bestond uit het bedrag dat de veroordeelden hadden verdiend met de niet vergunde activiteit. In beide zaken werd dit standpunt verworpen: als alleen de vergunning ontbreekt, maar de inrichting voldoet verder aan alle materiële eisen om een vergunning te krijgen (dus het gaat alleen om het niet tijdig aanvragen van de vergunning), dan is het voordeel beperkt tot de (bespaarde) kosten van het aanvragen van de vergunning. Het Hof Den Haag schatte die kosten op € 3000,- en de Hoge Raad op €2500,-. Ik ben het wel eens met deze benadering. In dit geval is er ook geen sprake van concurrentievervalsing in die zin dat de veroordeelden minder investeringen hebben gepleegd dan hun concurrenten. Er is slechts sprake van een administratieve overtreding. In hoeverre de varkensboer van de zaak die ik in punt 21 behandelde ook onder deze optie zou kunnen vallen is onduidelijk. Kennelijk voldeed die inrichting niet aan de eisen voor een vergunning, maar dat blijkt niet uit het arrest. Het kan ook zijn dat het biowater in die zaak van een veel slechtere kwaliteit was dan die van de zaak van Hof Den Haag. Uit het arrest blijkt dat ATM het biowater verwerkte als gevaarlijk afval. In ieder geval is de zaak door de HR terugverwezen naar het Hof en dat is wederom Hof Den Haag, dus we zullen er nog wel van horen.

A.M.C.C. Tubbing