

Trending Topics

Vervolging nieuwe ESG-wetgeving, nog even geduld graag

Mr. M.J. Bloos en mr. F. Mattheijer*

Eerder dit jaar verscheen in dit tijdschrift een artikel van Visser en Regtering¹ over de relatie tussen wetgeving op het gebied van ESG² en witwassen. Het artikel analyseert onder meer de huidige verschijningsvormen van ESG-wetgeving en de reikwijdte van de witwasbepalingen. De auteurs concludeerden onder meer dat voor zover de overtreding van ESG-wetgeving een misdrijf is, dit een gronddelict kan opleveren voor witwassen. Die conclusie is terecht. Een relevantere vraag is in onze ogen echter in hoeverre de daadwerkelijke strafrechtelijke handhaving van ESG-wetgeving, al dan niet 'via de band' van de witwasbepalingen, in de nabije toekomst wenselijk en effectief zou zijn. Deze vraag speelt vooral in relatie tot ESG-wetgeving die (mogelijk) nog in werking zal treden. Die wetgeving bevat zeer open normen en zal vernieuwende verplichtingen introduceren, die ook betrekking hebben op de activiteiten van andere partijen in de (internationale) bedrijfsketen.³

Een algemeen bezwaar tegen een focus op strafrechtelijke handhaving is dat die nieuwe ESG-wetgeving in grote mate een instrument is om – overigens wenselijke – geopolitieke doelstellingen te bereiken. Toegege-

ven moet worden dat die doelstellingen wellicht moeilijker haalbaar zijn als er geen strafrechtelijke handhaving is als stok achter de deur. Voorlopig lijkt een mildere benadering, waarbij de bereidheid van het bedrijfsleven om mee te doen met het realiseren van ESG-doelstellingen zo nodig wordt vergroot, ons echter veel effectiever dan een focus op strafrechtelijke handhaving. Een ander bezwaar tegen die focus is dat de nieuwe ESG-wetgeving zoals gezegd zeer open normen en vernieuwende verplichtingen bevat, die nog zullen moeten worden ingevuld en verduidelijkt. Wij menen dat die invulling en verduidelijking niet moet worden bereikt via strafrechtelijke handhaving. Wij kunnen ons vinden in de gedachte dat het bedrijfsleven zo nodig via handhaving wordt aangespoord om bij te dragen aan verduurzaming en betere arbeidsomstandigheden, vooral ook buiten Nederland, maar wel nádat de betrokken instanties duidelijk maken wat concreet van het bedrijfsleven wordt verwacht.

Voor zover handhaving al mag worden gebruikt om de inhoud van de nieuwe ESG-wetgeving in de praktijk te gaan 'ontdekken', zou het uitsluitend inzetten van bestuursrechtelijke handhaving in onze ogen veel gepaster en effectiever zijn dan strafrechtelijke handhaving. Daar waar bij strafrechtelijke handhaving de nadruk ligt op bestraffing van overtredingen die vaak jaren eerder zijn begaan en niet meer te verhelpen zijn, strekken bestuursrechtelijke herstelmaatregelen er juist wel toe om een lopende overtreding te beëindigen. Bij bestuursrechtelijke herstelmaatregelen is de betreffende instantie bovendien verplicht om aan te geven welke maatregelen concreet worden verwacht, waarop de betreffende onderneming doorgaans een zienswijze mag geven. Daarmee ontstaat als het goed is een dialoog over de toepassing van wetgeving voordat het komt tot een

257

* Mr. M.J. Bloos is advocaat / of counsel bij Houthoff. Mr. F. Mattheijer is advocaat / of counsel bij Houthoff.

1 S. Visser & R.A. Regtering, 'Ondernemen met oog voor mens, milieu en maatschappij: van nobel streven tot witwassen', *Tijdschrift voor Bijzonder Strafrecht & Handhaving* 2023, nr. 2.

2 Onder ESG-wetgeving verstaan wij in deze bijdrage alle wet- en regelgeving op het gebied van Environment, Social en Governance die al toepasselijk is in Nederland of in de nabije toekomst (mogelijk) in werking zal treden althans moet worden geïmplementeerd.

3 Wij doelen daarbij vooral op de Corporate Sustainability Reporting Directive (CSRD), de Corporate Sustainability Due Diligence Directive (CSDDD) en het op de CSDDD geïnspireerde initiatiefwetsvoorstel Wet antwoord en duurzaam internationaal ondernemen.

daadwerkelijke sanctie, waarvoor het strafrecht zich niet of nauwelijks leent, en die kan leiden tot meer duidelijkheid over het normenkader.⁴

Over de strafrechtelijke handhaving van de nieuwe ESG-wetgeving via de witwasbepalingen het volgende. Met Visser en Regtering menen wij dat het verband tussen het verkregen voorwerp (veelal geld) en de betreffende overtreding bij veel fraudedelicten – ‘profijtgerichte’ misdrijven – min of meer een gegeven is, bijvoorbeeld wanneer een slachtoffer wordt opgelicht om een geldbedrag te betalen. Een dergelijk verband zal bij de nieuwe ESG-wetgeving vaak lastiger liggen, omdat die wetgeving zich niet toespitst op het vaststellen en bestraffen van illegale geldstromen of concrete schadelijke gevolgen voor mens en milieu. Niet die schadelijke gevolgen, maar het onvoldoende in kaart brengen van, voorkomen van en rapporteren over activiteiten die mogelijk schadelijk zijn voor mens en milieu staan centraal.

Desalniettemin zullen er zeker gevallen zijn waarin de overtreding van ESG-wetgeving tot doel had inkomsten te verhullen die vatbaar zijn voor witwassen of waarin er wel concrete baten te identificeren zijn. Hoewel het delict witwassen vanzelfsprekend een eigen doel dient en plaats heeft, vergt de keuze om in die gevallen in samenhang met de ESG-wetgeving wel een eigen afweging. Behoudens gevallen waarin geldstromen ook actief verhuuld zijn, en het verwijt van witwassen realistisch gezien losstaat van het verwijt in relatie tot de overtreding van de nieuwe ESG-wetgeving als gronddelict, gelden bovenstaande bezwaren tegen strafrechtelijke handhaving voorlopig ook voor de vervolging op basis van witwassen, totdat voldoende duidelijkheid is ontstaan over de concrete toepassing van die wetgeving.

Een specifiek bezwaar tegen inzet van de witwasbepalingen, in relatie tot ESG-wetgeving, is dat daarin (mogelijk) bijzondere vervolgingsdrempels zullen worden geïntroduceerd die vooral recidive beogen te bestrijden. Daarbij kan worden gedacht aan de voorwaarde dat strafrechtelijke handhaving van de onderneming of haar bestuur pas mogelijk is als de afgelopen vijf jaar al bestuursrechtelijke handhaving heeft plaatsgevonden voor eenzelfde overtreding.⁵ Het uitgangspunt bij wit-

wassen is dat het gronddelict niet daadwerkelijk bewezen hoeft te worden of vervolgbaar hoeft te zijn.⁶ Dit zou een argument kunnen zijn om overtredingen van ESG-wetgeving feitelijk te vervolgen via de witwasbepalingen, ook als de overtreding van die wetgeving zelf (het gronddelict) niet vervolgbaar is. De introductie van eventuele vervolgingsdrempels in relatie tot ESG-wetgeving getuigt in onze ogen echter van een bewuste beperking om strafrechtelijk te kunnen vervolgen voor de overtreding van ESG-wetgeving. Met name in gevallen waarin het verwijt van witwassen realistisch gezien weinig toevoegt aan het verwijt van overtreding van de nieuwe ESG-wetgeving, zou deze drempel in onze ogen worden omzeild als dan toch zou worden vervolgd voor witwassen.

Een ander mogelijk bezwaar tegen de vervolging van ESG-wetgeving via de band van de witwasbepalingen is dat daarmee de toepasselijke maximumstraf aanzienlijk zou kunnen worden opgerekt. Als de wetgever zou kiezen voor een relatief lage maximumstraf voor de overtreding van ESG-wetgeving zelf,⁷ zou die keuze in onze ogen niet doorkruist moeten worden door min of meer in één adem witwassen toe te voegen als extra verwijt en vervolgens uit te komen op een veel hogere straf. Het min of meer ‘dubbel tellen’ van een delict door automatisch witwassen toe te voegen aan de verdenking heeft vanaf 2010 geleid tot rechtspraak van de Hoge Raad. Daaruit volgde kort gezegd dat niet langer sprake was van witwassen, als handelingen rondom een voorwerp verkregen uit eigen misdrijf niet heeft bijgedragen aan het verhullen van de criminele herkomst. In reactie daarop heeft de wetgever vervolgens het eenvoudig witwassen ingevoerd, waardoor dergelijk handelen alsnog onder een lichter bestrafte vorm van witwassen kwam te vallen.⁸ De introductie van het eenvoudig witwassen zou de bovengenoemde bezwaren deels kunnen ondervangen, voor zover het plegen van ESG-gerelateerde misdrijven door een onderneming leidt tot de verkrijging van voordeel door diezelfde onderneming. Bij de overtreding van ESG-wetgeving zullen echter vaak niet alleen de eigen rol en activiteiten van die onderneming centraal staan, maar ook die van andere partijen in de

4 Een interessant voorbeeld in dit kader is het waarschuwende bericht dat de ACM in 2021 deed uitgaan naar geselecteerde kledingbedrijven in verband met vermeende *greenwashing* in de vorm van misleidende labels op kleding. De ACM keek een jaar aan in hoeverre die bedrijven hun gedrag zouden aanpassen, om vervolgens een jaar later met drie partijen die dit onvoldoende zouden hebben gedaan een schikking te treffen. Zie www.acm.nl/nl/publicaties/decathlon-en-henm-zullen-consumenten-voortaan-beter-informereren-over-duurzaamheid.

5 Zie bijvoorbeeld art. 9 van de aangenomen, maar nog niet in werking getreden Wet zorgplicht kinderarbeid (*Stb.* 2019, 401). Daarin is bepaald dat bestuurders van ondernemingen pas kunnen worden vervolgd als in de vijf jaar voorafgaand aan de overtreding een bestuurlijke boete is opgelegd voor eenzelfde overtreding door de onderneming die is begaan in opdracht of onder feitelijke leiding van diezelfde bestuurder. De eerste versie van het initiatiefwetsvoorstel Wet verantwoord en duurzaam internationaal ondernemen ging ervan uit dat strafrechtelijke handhaving van bepaalde duurzaamheids- en rapportageverplichtingen pas mogelijk zou zijn als aan de betreffende onderneming in de vijf jaar voorafgaand

aan de overtreding minimaal twee keer een bestuurlijke boete of last onder dwangsom is opgelegd voor dezelfde overtreding. Zie *Kamerstukken II 2020/21, 35761*, nr. 3, p. 66.

6 Zie bijvoorbeeld F.G.H. Kristen e.a., *Bijzonder strafrecht*, Den Haag: Boom juridisch 2019, p. 166-167.

7 Bij strafrechtelijke handhaving van art. 2:392a BW, met betrekking tot het opnemen van ESG-gerelateerde informatie in jaarcijfers, geldt bijvoorbeeld een maximale boete voor rechtspersonen van de vierde categorie (€ 90.000). In de tweede versie van het initiatiefwetsvoorstel Wet verantwoord en duurzaam internationaal ondernemen wordt bij dat maximum aangesloten als het gaat om de overtreding van bredere rapportageverplichtingen op het gebied van ESG. Zie *Kamerstukken II 2020/21, 35761*, nr. 10, p. 100-101. Voor overtreding van de witwasbepalingen geldt in de meeste gevallen een geldboete die veel hoger is en kan oplopen tot 10% van de jaaromzet.

8 Art. 420bis.1 Sr (opzetvariant) en 420quater.1 Sr (schuldvariant). Zie over deze ontwikkeling en de betreffende rechtspraak uitvoerig D.E. Hooydonk, ‘Eenvoudig witwassen: was het maar zo eenvoudig’, *TBS&H* 2017, p. 3-10.

keten. Het verwijt zal vaak zijn dat een andere schakel in die keten, zoals een buitenlandse leverancier, de onderliggende inbreuken op milieubelangen of mensenrechten (mede) heeft begaan. Dit zou gemakkelijk kunnen leiden tot discussie over de vraag of de onderneming wel kan ‘profiteren’ van de relatief lichte variant van het eenvoudig witwassen, of dat toch min of meer automatisch kan worden teruggevallen op klassiek witwassen omdat geen sprake is van voordeel dat uitsluitend is verkregen uit eigen misdrijf. In die situatie ligt het aanzienlijk oprekken van de maximumstraf zoals hierboven gesignaleerd op de loer, en zou de bewuste keuze voor een relatief lage straf in onze ogen worden omzeild door inzet van de witwasbepalingen.

De ESG-thema’s staan hoog op de politieke beleidsagenda. De doelen die worden gesteld in alle wetgeving, verordeningen en richtlijnen zijn het waard om te worden gehaald. Als ondernemingen deze aankomende wetgeving serieus gaan uitvoeren en de onderzoeks- en rapportageplicht oppakken, zou goede en eerlijke rapportage hen ook kwetsbaar kunnen maken voor vervolging. Er zou geen straf moeten staan op transparantie en het strafrecht zou niet moeten worden ingezet om wetgeving die nog onvoldoende duidelijk is te handhaven. In onze ogen zouden daarom op voorhand richtlijnen moeten worden gepubliceerd waarin aandacht wordt besteed aan het vervolgingsbeleid, aan de geïndiceerde straffen en aan de samenloop tussen bestuursrechtelijke en strafrechtelijke handhaving. De titel ‘nog even geduld’ ziet dus niet alleen op de inwerkingtreding en implementatie van wetgeving en verdragen, maar ook op de nadere uitwerking van richtlijnen over het vervolgingsbeleid.