

Afnemen zonder strafrechtelijke veroordeling. Het wetsvoorstel confiscatie criminele goederen beschouwd in straf- en Europeesrechtelijk perspectief²

DD 2023/26

Het (concept)wetsvoorstel confiscatie criminele goederen voorziet in de mogelijkheid om door middel van een civielrechtelijke procedure goederen vanwege hun herkomst uit misdrijf te doen vervallen aan de staat. Een strafrechtelijke veroordeling van de rechthebbende is geen voorwaarde. Deze bijdrage beziet de voorgestelde confiscatie in strafrechtelijk en Europeesrechtelijk perspectief. Nagegaan wordt in het bijzonder in hoeverre is gewaarborgd dat de confiscatie wordt toegepast op een wijze die in overeenstemming is met de (strafrechtelijke) waarborgen van (het Eerste Protocol bij) het EVRM en met het Unierecht, en die – mede gezien de waarborgen die gelden voor het langs strafrechtelijke weg afnemen van de opbrengsten van strafbare feiten – noodzakelijk en evenredig is. De auteurs signaleren in dat verband knelpunten in de voorgestelde regeling en doen suggesties voor aanscherping van het wetsvoorstel.

1. Inleiding

De gedachte dat misdaad niet mag lonen, vormt de belangrijkste grondslag voor de ont-neming van wederrechtelijk verkregen voordeel die de strafrechter bij wijze van maatregel aan een veroordeelde kan opleggen. In de strijd tegen de georganiseerde, ondermijnende criminaliteit zijn de Minister van Justitie en Veiligheid en de Minister voor Rechtsbescher-ming (hierna: de ministers) voornemens de mogelijkheden om het vermogen van crimi-nelen te treffen uit te breiden. Het (concept)voorstel voor de Wet confiscatie criminele goederen (hierna: het wetsvoorstel) introduceert wat in de internationale literatuur³ wel *non-conviction based confiscation* wordt genoemd: een niet op een voorafgaande strafrech-telijke veroordeling gebaseerde overheidsreactie, die ertoe strekt het eigendom van een of meer goederen vanwege hun criminele herkomst aan de staat te doen vervallen.⁴ Anders dan bijna alle strafrechtelijke sancties wordt deze nieuwe overheidsreactie niet tegen iemand, maar op een goed (*in rem*) toegepast. Daarmee dient zich een tot nu toe

1 Mr. dr. J.H.B. (Joeri) Bemelmans is als universitair hoofddocent straf- en strafprocesrecht verbonden aan Tilburg University. Mr. dr. M.A.P. (Mikhel) Timmerman is als universitair docent straf(proces)recht werkzaam bij het onder-zoekscentrum voor Staat en Recht (STeR) aan de Radboud Universiteit te Nijmegen.

2 Citeerwijze: J.H.B. Bemelmans & M.A.P. Timmerman, 'Afnemen zonder strafrechtelijke veroordeling. Het wets-voorstel confiscatie criminele goederen beschouwd in straf- en Europeesrechtelijk perspectief', DD 2023/26.

3 Zie over dit concept en de (uiteenlopende) invullingen die daaraan worden gegeven onder meer J.P. Rui & U. Sieber, 'Non-conviction-based confiscation in Europe. Bringing the picture together', in: J.P. Rui & U. Sieber (red.), *Non-conviction-based confiscation in Europe. Possibilities and limitations on rules enabling confiscation without a criminal conviction*, Berlijn: Duncker & Humblot 2015, p. 245-304.

4 Het betreft het concept: Voorstel van Wet houdende regels omtrent de confiscatie van goederen met een cri-minele herkomst (Wet confiscatie criminele goederen), aangeboden aan de Koning bij brief van 2 december 2022 met bijbehorende concepttoelichting (hierna: memorie van toelichting). Geraadpleegd via: wetgevings-kalender.overheid.nl/regeling/WGK014733. Ten tijde van de afronding van deze bijdrage lag het wetsvoorstel ter advisering bij de Raad van State. Het advies van de Afdeling advisering van de Raad van State verscheen op 15 mei 2023. Deze bijdrage was toen al beoordeeld door de redactie van dit tijdschrift. Het advies is, voor zover nog mogelijk, in deze bijdrage verwerkt.

in het Nederlandse recht onbekende rechtsfiguur aan met een eigenstandig karakter.⁵ De doelstellingen ervan vertonen ontegenzeggelijk sterk publiekrechtelijke trekken, waarbij past dat het initiatief tot de procedure uitgaat van het openbaar ministerie. De procedure zelf is echter van civielrechtelijke aard, wordt aanhangig gemaakt bij de burgerlijke rechter en verloopt grotendeels overeenkomstig het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering (hierna: Rv). Volgens de ministers brengt het bijzondere karakter van de procedure onder meer met zich dat de strafrechtelijke waarborgen uit de artikelen 6 en 7 EVRM niet in acht behoeven te worden genomen, omdat eventuele belanghebbenden niet *charged with a criminal offence* zijn in de zin van dat Verdrag.⁶ Ook EU-instrumenten die betrekking hebben op (strafrechtelijke) confiscatie van goederen zouden waarschijnlijk toepassing missen.⁷ Naar het oordeel van de ministers rechtvaardigt de omstandigheid dat de procedure niet is gericht op bestraffing en geen *criminal charge* oplevert, dat de procedure niet de “uitgebreide waarborgen voor de rechtsbescherming van de verdachte” biedt die het strafrecht kent.⁸

De consultatieversie van het wetsvoorstel werd kritisch ontvangen.⁹ Getwijfeld werd aan de noodzaak van de nieuwe procedure, gelet op de mogelijk beperkte of zelfs geringe meerwaarde ten opzichte van het huidige strafrechtelijke instrumentarium.¹⁰ Ook is aandacht gevraagd voor de onderlinge verhouding tussen strafvervolgning en de oplegging van strafrechtelijke vermogenssancties (geldboete, verbeurdverklaring, onttrekking en/of ontneming) enerzijds en de voorgestelde procedure anderzijds. In haar consultatieadvies waarschuwt de Autoriteit Persoonsgegevens ervoor dat de ter consultatie voorgelegde regeling ertoe zal leiden dat de nieuwe procedure zal worden geëntameerd juist omdat de rechtsbescherming van de belanghebbende c.q. verdachte in die procedure minder is dan bij een strafvervolgning het geval zou zijn.¹¹ Een soortgelijke bedenking heeft de Nederlandse Orde van Advocaten, die stelt dat het er “alle schijn van [heeft] dat het voorstel is bedoeld om de rechtsbescherming die het strafrecht biedt, te omzeilen.”¹² Ook de Raad voor de Rechtspraak vreest dat de procedure zonder nadere voorwaarden “kan worden ingezet om de strafrechtelijke waarborgen te omzeilen”.¹³ Zowel de Autoriteit Persoonsgegevens als de Raad voor de Rechtspraak zou aan de toepassing van de confiscatieprocedure de voorwaarde willen stellen dat strafvervolgning (in beginsel) niet mogelijk is.¹⁴ Het wetsvoorstel

5 Vgl. memorie van toelichting, p. 9-10.

6 Memorie van toelichting, p. 10 en 54-55.

7 Zie memorie van toelichting, p. 51 en 67.

8 Memorie van toelichting, p. 10.

9 Het betreft het voorstel Vaststelling van de Wet confiscatie crimineel vermogen en wijziging van het Wetboek van Strafrecht en het Wetboek van Strafvordering en enige andere wetten in verband met verdere versterking van de aanpak van ondermijnende criminaliteit (versterking aanpak ondermijnende criminaliteit II), te raadplegen via: wetgevingskalender.overheid.nl/Regeling/WGK011444.

10 Vgl. Autoriteit Persoonsgegevens, ‘Advies consultatievoorstel voor de wet versterking aanpak ondermijnende criminaliteit II’, 24 februari 2022, p. 8; Adviescommissies strafrecht, bestuursrecht, burgerlijk procesrecht en belastingrecht van de NOvA, ‘versterking aanpak ondermijnende criminaliteit II’, 31 januari 2022, p. 3. Zie voor soortgelijke kritiek ook L.W.A. Gruijthuisen & L.M. Smithuisen, ‘Non-conviction based confiscation: eerst het middel, dan de kwaal?’, *TBS&H* 2021, p. 210-218, p. 217 en V.C. Langenburg, ‘De wet confiscatie criminele goederen – een ondermijning van het strafrecht?’, *TBS&H* 2022, p. 189-193.

11 Autoriteit Persoonsgegevens, ‘Advies consultatievoorstel voor de wet versterking aanpak ondermijnende criminaliteit II’, 24 februari 2022, p. 11.

12 Adviescommissies strafrecht, bestuursrecht, burgerlijk procesrecht en belastingrecht van de NOvA, ‘versterking aanpak ondermijnende criminaliteit II’, 31 januari 2022, p. 10-11.

13 Raad voor de Rechtspraak, ‘Advies wetsvoorstel versterking aanpak ondermijnende criminaliteit II’, 9 februari 2022, p. 4.

14 Autoriteit Persoonsgegevens, ‘Advies consultatievoorstel voor de wet versterking aanpak ondermijnende criminaliteit II’, 24 februari 2022, p. 11 en Raad voor de Rechtspraak, ‘Advies wetsvoorstel versterking aanpak ondermijnende criminaliteit II’, 9 februari 2022, p. 4.

werd op punten aangepast, maar dat belette niet dat de Raad van State adviseerde van indiening van het wetsvoorstel in de huidige vorm af te zien.¹⁵

In deze bijdrage bezien wij het huidige wetsvoorstel mede tegen de achtergrond van deze kritiek. Centraal staan daarbij de verhouding tot de bestaande strafrechtelijke modaliteiten voor het afnemen van de opbrengsten van strafbare feiten enerzijds en de verenigbaarheid met het Europese recht anderzijds. Wij gaan in het bijzonder na in hoeverre is gewaarborgd dat de voorgestelde confiscatie wordt toegepast op een wijze die in overeenstemming is met (het Eerste Protocol bij) het EVRM en met het Unierecht, en die – mede gezien de waarborgen die gelden voor het langs strafrechtelijke weg afnemen van de opbrengsten van strafbare feiten – noodzakelijk en evenredig is. Deze bijdrage is daartoe als volgt opgebouwd. Na een bespreking van het wetsvoorstel op hoofdlijnen (paragraaf 2), zullen wij bezien of de voorgestelde procedure meerwaarde heeft ten opzichte van het bestaande strafrechtelijke instrumentarium en, zo ja, in welke situaties die meerwaarde valt aan te wijzen (paragraaf 3). De stelling van de ministers dat verdragsrechten en EU-instrumenten die het individu waarborgen bieden tegen de toepassing van confiscatie (waarschijnlijk toepassing missen, komt vervolgens aan de orde (paragraaf 4). In dat verband bespreken wij de toepasselijkheid op en betekenis voor de voorgestelde confiscatie van achtereenvolgens het strafrechtelijke legaliteitsbeginsel en de onschuldpresumptie (4.1), het recht op eigendom als vervat in artikel 1 van het Eerste Protocol bij het EVRM (4.2) en het relevante Unierecht (4.3). Mede op basis van de bevindingen uit paragrafen 3 en 4 volgt in paragraaf 5 een nadere analyse van de voorgestelde regeling. Alhoewel de regeling op zichzelf niet in strijd komt met het Europese recht en een zekere meerwaarde ten opzichte van het bestaande strafrechtelijke instrumentarium wel aanwijsbaar is, menen wij dat aanleiding bestaat om de evenredige toepassing van de regeling in concreto nader te waarborgen. Wij identificeren daartoe knelpunten in de voorgestelde regeling en doen suggesties voor aanscherping van het wetsvoorstel. In het bijzonder gaan wij in op de vraag in welke gevallen de regeling meerwaarde heeft ten opzichte van het strafrechtelijke instrumentarium, op de reikwijdte van de materiële voorwaarden voor confiscatie en op de onderlinge afstemming tussen confiscatie en strafvervolgung. Daarna volgt een korte afsluiting (paragraaf 6).¹⁶

2. De confiscatieprocedure op hoofdlijnen

Met de in te voeren confiscatieprocedure beoogt de regering te voorkomen dat goederen met een criminele herkomst en de opbrengsten daarvan in de samenleving blijven circuleren of worden aangewend voor het plegen van nieuwe strafbare feiten. Aldus zou de aanpak van ‘ondermijnende criminaliteit’ worden versterkt “door het corrumpere van het maatschappelijk verkeer door crimineel geld beter te bestrijden en de maatschappelijke integriteit of de maatschappelijke orde te herstellen”.¹⁷ De toelichting spreekt in dit verband van het “reparatoir karakter” van de procedure (misschien preciezer: van de confiscatie), omdat deze dient te leiden tot herstel van de situatie voordat het goed op illegale wijze

15 Advies van 15 mei 2023, kenmerk W16.22.00186/II, te raadplegen via raadvanstate.nl.

16 Buiten bespreking blijft daardoor onder meer de problematiek dat een belanghebbende kan worden verplicht om gegevens en inlichtingen te verstrekken over de herkomst van een goed (artikel 16), terwijl verzuim van die verplichting een nieuw strafbaar feit (artikel 184b Sr) oplevert. Zie daarover wel Langenburg, 2022, p. 190-192. Ook procedurele waarborgen rond oproeping van de belanghebbende(n) en rechtsbijstand komen slechts zijdelings aan de orde.

17 Memorie van toelichting, p. 3, 12 en 67-68.

werd verkregen.¹⁸ Daarnaast dient de confiscatie ook een preventief doel; zij voorkomt dat met behulp van de desbetreffende goederen nieuwe strafbare feiten worden gepleegd.¹⁹ Ondanks deze doelstellingen van publiekrechtelijke aard, zal de confiscatieprocedure civielrechtelijk worden ingekleed.²⁰ De regels van Rv zijn in beginsel van overeenkomstige toepassing (artikel 1 lid 3). Het initiatief tot de confiscatie gaat evenwel uit van de officier van justitie. Deze verzoekt allereerst aan de voorzieningenrechter verlof te verlenen tot het leggen van conservatoir beslag op een of meer te confisqueren goederen (artikel 11). In afwijking van het Rv, beveelt de rechter die verlof verleent om op een roerende zaak (niet-zijnde een registergoed) beslag te leggen dat het goed ter gerechtelijke bewaring zal worden afgegeven aan een bewaarder die het openbaar ministerie heeft aangedragen (artikel 13). Vrees voor verduistering van de goederen is daarbij niet vereist.²¹ Het openbaar ministerie verricht in dit kader de nodige naspeuringen om een beeld te krijgen welke personen belanghebbenden bij het goed zijn (artikel 11 onder 2).²² Nadat het conservatoir beslag is gelegd, heeft de officier van justitie veertien dagen de tijd om een verzoekschrift strekkende tot confiscatie in te dienen (artikel 11 onder c). Alleen op dat verzoek van de officier van justitie kan de rechter de confiscatie uitspreken (artikel 3). Het recht tot het indienen van het verzoek verjaart in beginsel²³ vijf jaren nadat de vatbaarheid voor confiscatie van het goed het openbaar ministerie bekend is geworden (artikel 10 lid 1 sub a). Op het verzoekschrift vindt een mondelinge behandeling plaats en belanghebbenden kunnen een verweerschrift indienen (artikel 6 lid 1). De confiscatie van het goed wordt uitgesproken bij rechterlijke beschikking (artikel 7).

Vatbaar voor de confiscatie is een goed met een waarde van minimaal € 25.000 of meer goederen met die gezamenlijke minimale waarde, die vanwege de omstandigheden waaronder deze zijn aangetroffen onderling nauw samenhangen (artikel 2 lid 1). Deze drempelwaarde maakt volgens de toelichting de kans aanzienlijk kleiner dat personen ten onrechte in de procedure worden betrokken, omdat zij hun vermogen langs “eerlijke weg” hebben vergaard. Boven deze drempelwaarde zou bovendien mogen worden verwacht dat de legale herkomst relatief eenvoudig valt aan te tonen.²⁴ Opmerkelijk is dat de toelichting zelf de verwachting uitspreekt dat de procedure zal worden gebruikt voor goederen waarvan de (gezamenlijke) waarde “aanzienlijk hoger” ligt. Als argument tegen een hogere drempelwaarde dan € 25.000 noemt de toelichting dat deze waarde aansluit op de absolute competentiegrens voor het behandelen van vorderingen door de rechtbank.²⁵ Dat komt weinig overtuigend voor, aangezien een hogere grens geen competentievraagstuk in het leven roept. De minimumwaarde betreft een materiële voorwaarde voor de confiscatie. Het verzoek daartoe moet bij de rechtbank aanhangig worden gemaakt, ongeacht de waarde van

18 Memorie van toelichting, p. 3, 10 en 68.

19 Memorie van toelichting, p. 3, 12 en 67. Op p. 68 van de memorie van toelichting staat daarnaast uitdrukkelijk dat het bij de voorgestelde confiscatie gaat om zowel ‘preventie’ als ‘herstel’. Zie over het onderscheid tussen preventieve en retrospectieve confiscatie J. Boucht, ‘Asset confiscation in Europe – past, present, and future challenges’, *Journal of Financial Crime*, 2019, p. 532.

20 De publiekrechtelijke kenmerken van de confiscatie brengen mee dat de toepasselijkheid van de Awb op de voorgestelde procedure zal moeten worden uitgezonderd in artikel 1:6 Awb (artikel 29 van het wetsvoorstel).

21 Zie memorie van toelichting, p. 26.

22 De vaste rechtspraak van de civiele kamer van de Hoge Raad over het belanghebbende-begrip in de verzoekschriftprocedure is van overeenkomstige toepassing, zie memorie van toelichting, p. 10.

23 Betreft de confiscatie een nalatenschap, terwijl tegen de erflater strafvervolgning was ingesteld ten aanzien van een strafbaar feit waarbij het goed was betrokken, dan verjaart het recht twee jaren nadat het overlijden bij het openbaar ministerie bekend is geworden (artikel 10 lid 1 sub b).

24 Memorie van toelichting, p. 17.

25 Memorie van toelichting, p. 17. Zie ook p. 63 en het daar genoemde advies van de Autoriteit Persoonsgegevens de drempelwaarde te verhogen.

de te confisqueren goederen. De officier van justitie dient een onderbouwde schatting van de waarde van de goederen te geven, maar de rechter is bevoegd daarover te beslissen, eventueel na (ambtshalve) nader onderzoek te hebben doen verrichten. Is de rechter van oordeel dat de drempelwaarde niet wordt gehaald, dan verklaart hij de officier van justitie volgens de toelichting niet-ontvankelijk in het verzoek.²⁶

Het goed of de goederen moeten geheel of grotendeels afkomstig zijn van of uit de baten van enig misdrijf (artikel 2 lid 1).²⁷ Dat geeft aan de procedure en de overheidsreactie een belangrijk strafrechtelijk element. De procedure zal zich kunnen toespitsen op de vraag of deze voorwaarde is vervuld. Het criterium geheel of grotendeels afkomstig van of uit de baten van²⁸ enig misdrijf roept – ook bij de ministers²⁹ – bovendien associaties op met het bestanddeel ‘middellijk of onmiddellijk afkomstig uit enig misdrijf’, zoals dat voorkomt in de witwasbepalingen. De term ‘enig misdrijf’ beoogt tot uitdrukking te brengen dat, evenals voor het bewijs van witwassen,³⁰ ook hier niet is vereist dat een specifiek misdrijf wordt aangewezen. De kritiek van de Autoriteit Persoonsgegevens dat dit criterium onvoldoende verband legt met het doel van de regeling om ondermijning en georganiseerde criminaliteit tegen te gaan,³¹ leidde niet tot aanpassing van het wetsvoorstel. Door beperking van confiscatie tot goederen die afkomstig zijn uit misdrijven van een bepaalde aard of ernst, zou volgens de ministers de procedure “alsnog strafrechtelijk worden ingekleurd, ten koste van het belang van de procedure (...) als aanvulling op het strafrechtelijk instrumentarium”. De bewijslast die uit die beperking zou voortvloeien, zou zo zwaar zijn dat dit ernstig afbreuk zou doen aan de effectiviteit van de regeling. Een en ander zou bovendien leiden tot – in de ogen van de ministers: perverse – verweren dat het object van confiscatie weliswaar uit misdrijf afkomstig is, maar niet uit een misdrijf van de categorie waarop de regeling ziet.³² In de confiscatieprocedure zal het civielrechtelijk bewijsrecht onverkort van toepassing zijn. Volgens de toelichting brengt de lagere bewijsstandaard van het civiele procesrecht mee dat van de belanghebbende ten aanzien van het bewijs van de herkomst van een goed meer mag worden verlangd dan de van de verdachte van witwassen gevergd concrete, verifieerbare en niet op voorhand hoogst onwaarschijnlijke verklaring. In de confiscatieprocedure “zal de belanghebbende voldoende concrete feiten moeten stellen en zo nodig bewijs moeten aandragen voor hetgeen waar hij zich op beroept, terwijl de verdachte in een strafzaak dit niet hoeft te doen”, aldus de toelichting.³³ In hoeverre de civiele rechter in het concrete geval daadwerkelijk genoeg neemt met een mindere mate van waarschijnlijkheid van de criminele herkomst van de goederen dan de strafrechter pleegt te doen, moet worden afgewacht. Van belang is in dit kader dat de civiele rechter zich in confiscatieprocedures actiever zal moeten opstellen dan hij gewend is, in het bijzonder wanneer geen belanghebbende is verschenen.³⁴ Een wezenlijk verschil met het strafrechtelijk bewijs van witwassen is in elk geval wel dat in de confiscatieprocedure witwashandelingen van

26 Memorie van toelichting, p. 17.

27 Goederen zijn overeenkomstig artikel 3:1 BW alle zaken en vermogensrechten, zie memorie van toelichting, p. 8.

28 De mogelijkheid dat het goed ‘uit de baten van’ enig misdrijf afkomstig is, brengt volgens de toelichting (p. 18) met zich dat ook uit de opbrengsten van misdrijf verkregen goederen kunnen worden geconfisqueerd.

29 Zie bijvoorbeeld memorie van toelichting, p. 36.

30 Zie voor het ter zake geldende beoordelingskader bij witwassen in het bijzonder HR 18 december 2018, ECLI:NL:HR:2018:2352, NJ 2019/298.

31 Autoriteit Persoonsgegevens, ‘Advies consultatievoorstel voor de wet versterking aanpak ondermijnende criminaliteit II’, 24 februari 2022, p. 6-7.

32 Memorie van toelichting, p. 17. Zie daarover nader paragraaf 5.3.

33 Memorie van toelichting, p. 36.

34 Zie over de rol van de civiele rechter: memorie van toelichting, p. 34-37 en kritisch het advies van de Raad van State, p. 11-12.

de belanghebbende en zijn of haar opzet op of schuld aan de criminele herkomst van de goederen geen onderdeel van het bewijsthema vormen.

Ook als aan voormelde voorwaarden is voldaan, kan de officier van justitie in het verzoek niet-ontvankelijk zijn. Dit is het geval als de officier van justitie niet in redelijkheid heeft kunnen beslissen tot indiening van het confiscatieverzoek (artikel 3 lid 5 sub b). Deze grond voor niet-ontvankelijkheid is voorgesteld naar aanleiding van de kritiek op de consultatieversie dat het gebrek aan rechterlijke controle op de beslissing van de officier mogelijk zou leiden tot rechtsongelijkheid en -onzekerheid.³⁵ De thans voorgestelde marginale toetsing van de opportuniteit van het verzoek zal in uitzonderlijke gevallen kunnen leiden tot niet-ontvankelijkheid van het verzoek. Bij deze toetsing kan de rechter door het openbaar ministerie tot stand te brengen beleidsregels betrekken.³⁶ Verder zal de wet de officier van justitie verplichten om de rechtbank te informeren, wanneer na indiening van het verzoekschrift een dagvaarding of strafbeschikking wordt uitgevaardigd waarbij het te confisqueren goed is betrokken, of wanneer een belanghebbende op basis van artikel 12 Sv een beklagprocedure entameert (artikel 5 lid 1). Eenmaal bekend met de strafvervolgning of het gedane beklag schorst de rechtbank de behandeling van het verzoek tot confiscatie (artikel 5 lid 2) in afwachting van de uitkomst van de strafrechtelijke (beklag)procedure.

De rechter die op het verzoek tot confiscatie beslist, kan aan een verschenen belanghebbende (artikel 7) of op afzonderlijke vordering van een niet-verschenen belanghebbende (artikel 8 lid 1) een geldelijke tegemoetkoming toekennen, indien de belanghebbende door de beschikking onevenredig wordt geraakt. Daarvan zal volgens de toelichting alleen sprake kunnen zijn indien de betreffende belanghebbende te goeder trouw was ten tijde van de verkrijging van het goed, of bij waardevermeerdering door inspanning of door investering van legaal verkregen vermogen.³⁷ Het is de vraag of geen andere gevallen denkbaar zijn, en of een geldelijke tegemoetkoming altijd volstaat.³⁸ De toelichting noemt zelf als grond voor afwijzing van het confiscatieverzoek (en teruggave van het goed) de situatie dat de bestolen eigenaar zich in de confiscatieprocedure als belanghebbende meldt. De toelichting specificeert niet op welke grondslag die beslissing berust.³⁹ Weliswaar duidt de formulering van artikel 3 lid 1 (“de confiscatie *kan* [cursivering JB&MT] (...) worden uitgesproken”) op een zekere discretionaire ruimte om het verzoek af te wijzen, maar noch het wetsvoorstel noch de toelichting geeft daaraan nadere invulling.

Tegen de confiscatiebeschikking staat op grond van de algemene regels van het Rv hoger beroep en nadien eventueel cassatieberoep open.

3. De toegevoegde waarde ten opzichte van de huidige strafrechtelijke sancties

Het hiervoor genoemde reparatoire karakter heeft de confiscatie gemeen met de ontnemingsmaatregel, die erop is gericht om een veroordeelde het voordeel te ontnemen dat

35 Vgl. Autoriteit Persoonsgegevens, ‘Advies consultatievoorstel voor de wet versterking aanpak ondermijnende criminaliteit II’, 24 februari 2022, p. 11 en Adviescommissies strafrecht, bestuursrecht, burgerlijk procesrecht en belastingrecht van de NOvA, ‘versterking aanpak ondermijnende criminaliteit II’, 31 januari 2022, p. 10-11.

36 Memorie van toelichting, p. 20-23.

37 Memorie van toelichting, p. 38-39.

38 Rechtvaardigt de criminele herkomst van een pand bijvoorbeeld zonder meer de confiscatie als dat met doorbreking van het huisrecht van de huisgenoten van de belanghebbende gepaard gaat? Vgl. ook het voorbeeld van M.J. Borgers, noot bij: HR 5 september 2006, ECLI:NL:HR:2006:AU6712, NJ 2006/612, waarin een erfgenaam pas geruime tijd na het verkrijgen van een erfenis ontdekt dat deze een misdadige herkomst heeft, terwijl intussen van het geld een woning is gekocht.

39 Memorie van toelichting, p. 39.

hij in de concrete omstandigheden van het geval daadwerkelijk uit strafbare feiten heeft behaald.⁴⁰ Deze ontnemingsmaatregel is bovendien niet de enige strafrechtelijke sanctie waarmee het bedoelde rechtsherstel kan worden bewerkstelligd. Ook de geldboete, de verbeurdverklaring en de onttrekking aan het verkeer kunnen ertoe leiden dat uit misdrijf verkregen goederen (of in geval van de geldboete: de waarde daarvan) aan de staat komen te vervallen. Enkel voor de onttrekking van het verkeer is een voorafgaande strafrechtelijke veroordeling geen vereiste. De onttrekking komt op grond van de artikelen 36c en 36d Sr evenwel slechts in aanmerking ten aanzien van voorwerpen waarvan het ongecontroleerde bezit in strijd is met de wet of met het algemeen belang. Voor het afnemen van andere goederen, zoals geldbedragen, is die maatregel derhalve niet geschikt.⁴¹ De overige drie genoemde strafrechtelijke vermogenssancties zijn dat wel. Zij komen in beginsel echter pas in beeld indien de verdachte is veroordeeld wegens een strafbaar feit.⁴² Vooral de maatregel tot ontneming van wederrechtelijk verkregen voordeel biedt ruime armslag om na veroordeling wegens een strafbaar feit niet alleen het voordeel uit dat strafbare feit, maar ook voordeel dat is verkregen uit 'andere strafbare feiten' te ontnemen. De ministers erkennen dat Nederland op dit moment "in vergelijking met andere landen op onderdelen reeds een uitgebreid instrumentarium voor het afpakken van crimineel vermogen [kent] als strafvervolging van een verdachte mogelijk is".⁴³

Dat (relatief) uitgebreide strafrechtelijke instrumentarium is mede het gevolg van ontwikkelingen die plaatsvonden nadat toevoeging van een *in rem* procedure al eens was voorgesteld. In de eerste helft van de jaren '90 van de vorige eeuw stond ter discussie of de voorwaarde van een strafrechtelijke veroordeling voor de ontneming van wederrechtelijk voordeel een onwenselijke drempel opwierp. De toenmalige Minister van Justitie zag een *in rem* procedure als een waardevolle toevoeging aan de strafrechtelijke ontnemingsmogelijkheden. Mede gelet op kritische consultatieadviezen van destijds en weerstand in de Tweede Kamer besloot de minister het voorstel in te trekken.⁴⁴ Sindsdien is de ontnemingswetgeving aanzienlijk verruimd.⁴⁵ Een strafrechtelijke veroordeling van de betrokkene is voor de ontnemingsmaatregel evenwel een drempelvoorwaarde gebleven. In dat verband is wel van belang dat met de invoering van de witwasbepalingen in meer gevallen dan voordien het enkele voorhanden hebben van uit misdrijf afkomstige goederen een strafbaar feit oplevert.⁴⁶

De toelichting op het wetsvoorstel stelt dat het vigerende juridisch kader niettemin niet meer voldoet aan de eisen die daaraan met het oog op een effectieve aanpak van de georganiseerde, ondermijnende criminaliteit zouden moeten worden gesteld. Ter onderbouwing

40 Zie *Kamerstukken II* 1989/90, 21 504, nr. 3, p. 78; *Kamerstukken II* 1990/91, 21 504, nr. 5, p. 26; *Kamerstukken I* 1992/93, 21 504, nr. 53a, p. 9. Vgl. bijvoorbeeld ook HR 1 juli 1997, ECLI:NL:HR:1997:AB7714 en HR 27 mei 2008, ECLI:NL:HR:2008:BC7961.

41 Zie o.a. HR 17 oktober 2017, ECLI:NL:HR:2017:2644 (zaktelefoon en papieren); HR 23 februari 2023, ECLI:NL:HR:2023:225 (auto met verborgen ruimte).

42 Uitzondering vormt de bijzondere regeling van artikel 16 lid 1 onder a WED, die verbeurdverklaring mogelijk maakt indien aannemelijk is dat de voor de uitspraak in zijn zaak overleden verdachte zich heeft schuldig gemaakt aan een economisch delict.

43 Memorie van toelichting, p. 49.

44 *Kamerstukken II* 1994/95, 23 704, nr. 5.

45 Zie met name de Wet van 31 maart 2011 (verruiming mogelijkheden voordeelontneming), *Stb.* 2011/171. Bijgesteld zijn in het bijzonder de beperkende voorwaarden die de leden 2 en 3 van artikel 36e Sr stelden aan het ontnemen van wederrechtelijk voordeel uit 'andere feiten' dan het feit ter zake waarvan de betrokkene is veroordeeld.

46 Wet van 6 december 2001 (strafbaarstelling van het witwassen van opbrengsten van misdrijven), *Stb.* 2001/606. Vgl. in dat verband ook de invoering van de strafbaarstelling van eenvoudig witwassen (artikel 420bis.1 Sr) bij de Wet van 23 augustus 2016 (aanpassing witwaswetgeving), *Stb.* 2016/313.

van die stelling schetst de toelichting een viertal situaties, waarin de voorwaarde van een strafrechtelijke veroordeling een onwenselijke hinderpaal zou vormen. Het gaat om de situaties (1) dat goederen worden aangetroffen die in verband lijken te staan met georganiseerde en/of ondermijnende criminaliteit zonder dat een concrete verdachte van een strafbaar feit in beeld is, (2) dat de (potentiële) verdachte overlijdt voordat hij onherroepelijk strafrechtelijk is veroordeeld, (3) dat vermogen van buitenlandse criminelen in Nederland wordt aangetroffen, en (4) dat een in Nederland woonachtige betrokkene crimineel vermogen in Nederland (en het buitenland) heeft.

De in de toelichting op de consultatieversie gegeven voorbeelden van de eerste situatie leidden tot veel kritiek.⁴⁷ In die voorbeelden⁴⁸ was namelijk niet zozeer het ontbreken van een te identificeren verdachte van in het bijzonder witwassen een probleem, maar het (strafrechtelijk) bewijs dat van witwassen daadwerkelijk sprake was. Ook na aanvulling van de toelichting lijken de ter illustratie genoemde voorbeelden overwegend te zien op situaties dat wel een verdachte aanwijsbaar is, maar niet (eenvoudig) valt te bewijzen dat daadwerkelijk sprake is van witwassen. Ook nu maken zij duidelijk dat het de ministers met de confiscatie (mede) te doen is om gevallen waarin het bewijs dat daadwerkelijk is witgewassen moeilijk en/of kostbaar is.⁴⁹ Dat neemt niet weg dat het geval waarin crimineel vermogen wordt aangetroffen zonder dat een verdachte kan worden geïdentificeerd, zich op zichzelf goed laat denken. Het zal daarbij gaan om bijzondere situaties, zoals het in de memorie van toelichting genoemde geval dat een grote hoeveelheid verborgen contant geld wordt gevonden waarvan niet kan worden vastgesteld hoe lang het verstopt is geweest en wie daarvan wist. Een gezichtspunt dat wij in dit verband nog niet tegenkwamen, maar dat het nut van de voorgestelde regeling zou kunnen onderstrepen, is dat een veroordeling wegens witwassen van een bepaald voorwerp nog niet zonder meer betekent dat het voorwerp bij de veroordeelde kan worden ontnomen. Veroordeling wegens (eenvoudig) witwassen van goederen, wil immers nog niet zeggen dat die goederen daarmee ook door de verdachte zijn verkregen uit dat witwassen.⁵⁰ Met gebruik van een abstracte methode kan na zo'n veroordeling in beginsel wel toepassing worden gegeven aan artikel 36e lid 3 Sr. Voor de hand ligt immers de redenering dat de goederen waarvan de herkomst niet verklaarbaar is kennelijk afkomstig zijn uit 'andere strafbare feiten' in de zin van artikel 36e lid 3 Sr, die ook aan het witwassen ten grondslag lagen.⁵¹ Afwijzing van de ontnemingsvordering ligt evenwel in het verschiet voor zover aannemelijk wordt dat het niet de desbetreffende betrokkene was die het voordeel uit die andere strafbare feiten daadwerkelijk heeft genoten. Men kan denken aan de situatie waarin de rechter aannemelijk oordeelt dat de verdachte als 'katvanger' optrad en (dus) slechts een klein gedeelte van wat hij voorhanden had (en heeft witgewassen) daadwerkelijk als voordeel had genoten.⁵²

47 Zie o.a. Gruijthuijsen & Smithuijsen, 2021, p. 217; Langenburg 2022, p. 193; Reactie Platform Bijzondere Opsporingsdiensten, p. 1; Raad voor de Rechtspraak, 'Advies wetsvoorstel versterking aanpak ondermijnende criminaliteit II', 9 februari 2022, p. 5.

48 Concepttoelichting op het wetsvoorstel versterking aanpak ondermijnende criminaliteit II, p. 6.

49 In het bijzonder wijst daarop het derde voorbeeld uit de memorie van toelichting (p. 6) van een eigenaar die zich maanden na inbeslagneming van een groot geldbedrag in een verborgen ruimte bij de politie als recht-hebbende meldt en verklaart het geld te hebben geleend van een neef in Azerbeidzjan en daarbij een geldleen-overeenkomst overlegt.

50 Zie bijvoorbeeld HR 13 oktober 2015, ECLI:NL:HR:2015:3071; HR 8 december 2015, ECLI:NL:HR:2015:3485. Vgl. over deze problematiek F.C.W. de Graaf, 'Het ontnemen van voordeel na een veroordeling voor witwassen, Sancties 2020/15.

51 Vgl. in dezelfde zin De Graaf 2020, par. 3.3.

52 Vgl. o.a. HR 20 februari 2018, ECLI:NL:HR:2018:238; HR 11 juni 2019, ECLI:NL:HR:2019:828. Iets vergelijkbaars doet zich voor als blijkt dat het voordeel uit de goederen werd verdeeld over de verdachte en een of meer – onbekend gebleven – mededaders.

In de tweede situatie, waarin de (potentiële) verdachte overlijdt voordat hij onherroepelijk strafrechtelijk is veroordeeld, kan het voordeel dat de verdachte heeft verkregen niet meer bij hem door middel van een ontnemingsmaatregel worden weggenomen.⁵³ Dan bestaat slechts de mogelijkheid van verbeurdverklaring op grond van artikel 16 lid 1 onder a WED. Voorwaarde daarvoor is dat aannemelijk is dat de overledene zich aan een economisch delict heeft schuldig gemaakt. Betreft de verdenking geen economisch delict, dan zal het weg nemen van het voordeel alleen kunnen door de erfgena(a)m(en) strafrechtelijk aansprakelijk te stellen wegens witwassen. Die dreiging van strafrechtelijke aansprakelijkstelling is zeker bij onwetende erfgenamen niet altijd wenselijk.⁵⁴ In zoverre voorziet de voorgestelde regeling wel in een leemte, al zou dit probleem op zichzelf beschouwd ook kunnen worden onder vangen door invoering van een commuun equivalent van artikel 16 lid 1 onder a WED.⁵⁵ De derde en de vierde situatie hebben betrekking op vermogen dat een relatie heeft met het buitenland. Op de keper beschouwd, beschrijven zij geen fundamenteel andere dan de eerste situatie waarin de rechthebbende op het in Nederland aangetroffen vermogen niet kan worden geïdentificeerd, maar eerder een verbijzondering daarvan. Dat het hier vooral gaat om situaties waarin het bewijs van witwassen moeilijk kan zijn en behoefte bestaat aan lagere bewijseisen, erkent ook de toelichting. Volgens de ministers is het in die situaties “onzeker of voldoende bewijs kan worden verzameld om strafrechtelijk te ontnemen”, respectievelijk “voor de opsporing soms heel moeilijk, zo niet onmogelijk, om bij dit vermogen te komen.”⁵⁶ Deze derde en vierde situatie waarin het huidige instrumentarium volgens de toelichting tekortschiet, vestigen de aandacht op de relatie tussen het goed of het strafbare feit waaruit dat goed afkomstig is en de Nederlandse rechtsorde. De memorie van toelichting besteedt uitvoerig aandacht aan het belang van internationale (strafrechtelijke) samenwerking op dit terrein.⁵⁷ Op welke wijze de bevoegdheid tot het toepassen van de confiscatie in geografisch opzicht wordt beperkt, is thans niet duidelijk.⁵⁸ Het huidige wetsvoorstel lijkt geen binding met Nederland te vereisen en daarmee – in elk geval in theorie – de mogelijkheid open te laten dat het openbaar ministerie in het buitenland conservatoir beslag doet leggen op een goed dat door een niet-Nederlander is verkregen uit strafbare feiten waarover Nederland geen rechtsmacht zou uitoefenen.⁵⁹ Hoe dat zich verhoudt tot de algemene rechtsmachtregeling voor de verzoekschriftprocedure (artikel 3 Rv) is niet duidelijk. Het zou een ruimere armslag geven dan de ontnemingsmaatregel biedt.⁶⁰ Het is echter de vraag of deze

53 Voor de executie van een reeds bij leven onherroepelijk opgelegde ontnemingsmaatregel maakt artikel 6:1:21 Sv een uitzondering op de hoofdregel dat een straf of maatregel na de dood van de veroordeelde niet langer ten uitvoer wordt gelegd.

54 Complicaties kunnen zich daarbij voordoen, bijvoorbeeld wanneer de erfgenaam minderjarig is. Zie daarover HR 5 september 2006, ECLI:NL:HR:2006:AU6712 en vooral de noot van M.J. Borgers in *NJ* 2006/612.

55 Wel stuit een dergelijke verbeurdverklaring mogelijk op andere moeilijkheden, zoals het ten aanzien van de overledene geldende onschuldvermoeden ex artikel 6 lid 2 EVRM. Zie E.M. Moerman & J.H.B. Bemelmans, ‘De verdachte is dood. Leve het strafproces?’, *NTS* 2020/54.

56 Memorie van toelichting, p. 7-8.

57 Memorie van toelichting, p. 49 e.v.

58 De memorie van toelichting (p. 101) gaat in elk geval uit van de mogelijkheid dat zich een situatie voordoet waarin “in Nederland een procedure NCBC is gestart, maar blijkt dat zowel de te confisqueren goederen als de betrokkenen zich in een andere staat bevinden.”

59 Zie artikel 25 wetsvoorstel. De indruk dat confiscatie van een goed uit een in het buitenland begaan strafbaar feit mogelijk is, wordt ook gewekt doordat de toelichting op de consultatieversie noemde dat confiscatie meerwaarde heeft als de verdachte ter zake van het strafbare feit waaruit de goederen afkomstig zijn in het buitenland was veroordeeld, zie concepttoelichting versterking aanpak ondermijnende criminaliteit II, p. 6.

60 Voor toepassing van de ontnemingsmaatregel is rechtsmacht vereist ten aanzien van het feit waarvoor de betrokkene strafrechtelijk is veroordeeld. In de schatting van het wederrechtelijk verkregen voordeel mag ook voordeel worden betrokken dat is verkregen uit “andere strafbare feiten” in de zin van artikel 36e lid 3 Sr ten aanzien waarvan rechtsmacht in Nederland ontbreekt. Zie HR 11 juni 2019, ECLI:NL:HR:2019:909.

verruiming in zoverre betrekking heeft op gevallen waarin confiscatie aangewezen is. Bestaat in geografisch opzicht geen binding van het goed of het strafbare feit met Nederland, dan lijkt toepassing van de procedure niet zonder meer opportuun, terwijl anders doorgaans afzonderlijke vervolging wegens dat feit of wegens witwassen door het voorhanden hebben van het goed in Nederland mogelijk is.⁶¹

Uit het voorgaande blijkt dat zich situaties kunnen voordoen waarin de voorwaarde voor oplegging van de ontnemingsmaatregel dat de betrokkene strafrechtelijk is veroordeeld in de weg staat aan het confisqueren van goederen die wel uit misdrijf afkomstig zijn, terwijl ook andere strafrechtelijke vermogenssancties daarvoor ongeschikt zijn. Het lijkt daarbij om tamelijk uitzonderlijke situaties te gaan. Op de vraag in hoeverre die situaties de invoering van de voorgestelde confiscatie legitimeren, komen wij terug in paragraaf 5.2.

4. De confiscatieprocedure en het Europese recht

De voorgestelde confiscatie tast grondrechten aan die op Europees niveau bescherming genieten. Het EHRM heeft zich echter niet in algemene zin uitgesproken over de vraag onder welke voorwaarden verenigbaar is met het EVRM dat goederen vanwege hun criminele herkomst vervallen aan de staat zonder voorafgaande strafrechtelijke veroordeling van de rechthebbende.⁶² Zoals ook de toelichting bij het wetsvoorstel tot uitgangspunt neemt, maakt de confiscatie inbreuk op het recht op eigendom, zoals onder meer vervat in artikel 1 van het Eerste Protocol bij het EVRM (hierna: artikel 1 EP), terwijl de procedure tot oplegging ervan de vaststelling van burgerlijke rechten en verplichtingen in de zin van artikel 6 lid 1 EVRM behelst.⁶³ De toelichting stelt verder dat het hier geen strafvervolgning (*criminal charge*) als bedoeld in laatstgenoemde bepaling betreft, zodat bijzondere strafrechtelijke waarborgen die voortvloeien uit het EVRM niet in acht behoeven te worden genomen.⁶⁴ Alhoewel juist is het uitgangspunt dat de confiscatieprocedure *in rem* geen *criminal charge* behelst, behoeft de gevolgtrekking daaruit enige nuancering (paragraaf 4.1). Ook wat in de toelichting wordt opgemerkt over de verenigbaarheid van de voorgestelde regeling met artikel 1 EP verdient nadere beschouwing (paragraaf 4.2). De rechtspraak van het EHRM komt bovendien niet in een vacuüm tot stand. Zoals het EHRM zelf ook expliciet vermeldt,⁶⁵ wordt in dat verband acht geslagen op EU-regelgeving die confiscatie van goederen vanwege hun criminele herkomst harmoniseert. De toepasselijkheid en betekenis van het Unierecht voor de voorgestelde procedure komen afzonderlijk aan bod (paragraaf 4.3). In het bijzonder komt daar naar voren dat Unierechtelijke waarborgen zoals neergelegd in het Handvest van de Grondrechten van de Europese Unie (hierna: het Handvest) en (toekomstig) secundair EU-recht op de voorgestelde confiscatie mogelijk van toepassing zijn en op onderdelen bescherming bieden die boven het minimumniveau van het EVRM kan uitgaan.

61 (In het buitenland vervolgd) grondfeit en witwassen zullen normaal gesproken niet hetzelfde feit opleveren in de zin van artikel 68 lid 2 Sr. Vgl. in dit verband HR 7 juni 2022, ECLI:NL:HR:2022:847.

62 In EHRM (GK) 28 juni 2018, nrs. 2838/06 e.a., (*G.I.E.M. e.a./Italië*) beperkte ook de Grote Kamer zich tot een beoordeling van de voorliggende confiscatiefiguur aan de hand van de specifieke kenmerken van het nationale recht. Zie om die reden kritisch de *separate opinions* van Pinto de Albuquerque bij EHRM 29 oktober 2013, nr. 17475/09 (*Varvara/Italië*) en EHRM (GK) 28 juni 2018, nrs. 2838/06 e.a., (*G.I.E.M. e.a./Italië*), onder 61. Zie ook onze noot onder laatstgenoemde uitspraak in *EHRC* 2018/219.

63 Memorie van toelichting, p. 53-55. Art. 6 lid 1 EVRM staat in zijn algemeenheid niet in de weg aan een procedure die is ingekleed als een verzoekschriftprocedure overeenkomstig het Rv. Vgl. over confiscatie *in rem* en art. 6 lid 1 EVRM EHRM 12 mei 2015, nr. 36862/05, par. 122 (*Gogitidze e.a./Georgië*). Zie over de betekenis van artikel 6 lid 1 ook het advies van de Raad van State, p. 5 en 10-11.

64 Memorie van toelichting, p. 54-55.

65 Zie o.a. EHRM (GK) 28 juni 2018, nrs. 2838/06 e.a., par. 142-145 (*G.I.E.M. e.a./Italië*) en EHRM 13 juli 2021, 50705/11 e.a., par. 115-120 (*Todorov e.a./Bulgarije*).

4.1 *Strafrechtelijke waarborgen: legaliteitsbeginsel en onschuldpresumptie*

Alhoewel de toelichting dat niet noemt, is voor de toepasselijkheid van enkele in het EVRM vervatte strafrechtelijke waarborgen niet alleen van belang of sprake is van een *criminal charge*, maar ook of de finale overheidsreactie kwalificeert als een *penalty*. Kwalificatie als *penalty* zou onder meer meebrengen dat de confiscatie – vanwege het in artikel 7 EVRM neergelegde legaliteitsbeginsel – niet retroactief mag worden gegrond op de herkomst uit een strafbaar feit dat is begaan voordat het wetsvoorstel in werking treedt.⁶⁶ Daarnaast vloeit uit de artikelen 5 lid 1 sub a, 6 lid 2 en 7 lid 1 EVRM in onderlinge samenhang voort dat de oplegging van zo'n *penalty* een vaststelling van strafrechtelijke aansprakelijkheid vereist.⁶⁷ Dit laatste houdt in dat aansprakelijkheid voor een *criminal offence* moet zijn aangenomen in een daarop gerichte procedure. Of van een *criminal offence* in deze zin sprake is, onderzoekt het EHRM aan de hand van de welbekende Engel-criteria.⁶⁸ Het hoeft dus niet aansprakelijkheid voor een strafbaar feit naar nationaal recht te betreffen en aansprakelijkstelling behoeft ook niet noodzakelijk in een strafproces plaats te vinden. Wel zal die vaststelling van aansprakelijkheid doorgaans een formele vaststelling van schuld in een rechterlijke (eind)uitspraak (*conviction*) betreffen.⁶⁹ Ontoelaatbaar is dan ook de oplegging van een *penalty* zonder dat de schuld van degene aan wie die *penalty* wordt opgelegd formeel kon worden vastgesteld.⁷⁰ De confiscatiefiguur van het wetsvoorstel zou met dit vereiste van een aan de oplegging van een *penalty* voorafgaande *conviction* in strijd kunnen komen, indien en voor zover die confiscatie als een *penalty* moet worden aangemerkt in de zin van de rechtspraak over artikel 7 lid 1 EVRM.

Dat begrip *penalty* legt het EHRM autonoom uit.⁷¹ Startpunt is of de maatregel werd toegepast als gevolg van een *conviction* voor een *criminal offence*. Als dat het geval is, dan vormt dat een belangrijke aanwijzing dat die maatregel een *penalty* oplevert. De afwezigheid van een *conviction* sluit echter nog niet uit dat toch van een *penalty* sprake is, die dan onvoldoende basis heeft in een vaststelling van aansprakelijkheid om met artikel 7 EVRM verenigbaar te zijn. Andere factoren zijn daarnaast van belang, waaronder de aard en het doel van de overheidsactie, de kwalificatie ervan naar nationaal recht, de procedures die tot toepassing en tenuitvoerlegging ervan kunnen leiden en de zwaarte van de sanctie.⁷²

Berust confiscatie van een goed op een strafrechtelijke veroordeling, zoals bij ons bijvoorbeeld de verbeurdverklaring of de ontnemingsmaatregel, dan beschouwt het EHRM die confiscatie doorgaans als een *penalty*. Of een naar nationaal recht niet-strafrechtelijke confiscatie een

66 Vgl. EHRM 9 februari 1995, nr. 17440 (*Welch/V.K.*).

67 Zie o.a. EHRM 29 oktober 2013, nr. 17475/09, par. 60-61, 67 (*Varvara/Italië*); EHRM (GK) 28 juni 2018, nrs. 2838/06 e.a., par. 251 (*G.I.E.M. e.a./Italië*); EHRM 8 oktober 2019, nrs. 20319/17 e.a., par. 58 (*Balsamo/San Marino*). Vgl. ook EHRM 20 januari 2009, nr. 75909, par. 116 (*Sud Fondi SRL e.a./Italië*).

68 EHRM 29 oktober 2013, nr. 17475/09, par. 69 (*Varvara/Italië*). Zie nader over deze criteria in verband met art. 7 lid 1 EVRM: M. Timmerman, *Legality in Europe*, Cambridge: Intersentia 2018, p. 60-61.

69 In EHRM (GK) 28 juni 2018, nrs. 2838/06 e.a., (*G.I.E.M. e.a./Italië*) oordeelde de Grote Kamer dat een formele veroordeling daarvoor niet altijd is vereist: ook de rechterlijke vaststelling dat de verdachte alle delictbestanddelen had vervuld maar louter vanwege de verjaring van het feit niet kon worden veroordeeld, had te gelden als *conviction* (par. 261). Zo'n schuldvaststelling zonder veroordeling komt echter al gauw in strijd met de onschuldpresumptie (zie par. 317, en ook EHRM 6 april 2009, 42132/06 (*Paraponiaris/Griekenland*), zodat ook langs deze weg voor de oplegging van een 'penalty' toch een (formele) veroordeling vereist lijkt. Zie daarover onze noot (onder 11-12) bij *G.I.E.M. e.a./Italië* in EHRC 2018/219.

70 Ontoelaatbaar is ook de oplegging van de *penalty* aan een ander dan degene van wie de aansprakelijkheid werd vastgesteld, zie o.a. EHRM 29 augustus 1997, nr. 19958/92 (*A.P., M.P. en T.P./Zwitserland*); EHRM 12 april 2012, nr. 18851/07, par. 77; EHRM 29 oktober 2013, nr. 17475/09, par. 64-66 (*Varvara/Italië*); EHRM (GK) 28 juni 2018, nrs. 2838/06 e.a., par. 271-272 (*G.I.E.M. e.a./Italië*).

71 Zie Timmerman 2018, p. 61-66.

72 Zie o.a. EHRM (GK) 28 juni 2018, nrs. 2838/06 e.a., par. 210 e.v. (*G.I.E.M. e.a./Italië*) en EHRM (GK) 4 december 2018, nrs. 10211/12 e.a., par. 203 e.v. (*Ilmseher/Duitsland*).

penalty oplevert, hangt op basis van de genoemde factoren af van de bijzondere kenmerken van de betreffende rechtsfiguur.⁷³ Ten aanzien van confiscatie *in rem* lijkt de lijn van het Hof te zijn dat zolang die confiscatie naar nationaal recht niet als strafrechtelijk wordt gekwalificeerd en niet (noodzakelijk) volgt op een vaststelling van strafrechtelijke aansprakelijkheid de oplegging ervan niet als *penalty*, en de procedure tot oplegging ervan ook niet als *criminal charge*, behoeft te worden aangemerkt.⁷⁴ In de zaak *Gogitidze e.a./Georgië* sprak het EHRM in dit verband over zijn “well-established case-law to the effect that proceedings for confiscation such as the civil proceedings *in rem* (...) do not stem from a criminal conviction or sentencing proceedings and thus do not qualify as a penalty.”⁷⁵ Daarbij komt nog dat het EHRM in dit soort gevallen veel belang hecht aan het al dan niet punitieve doel waarmee de betreffende sanctie is opgelegd.⁷⁶ Uit de uitspraak in de zaak *Balsamo/San Marino* kan worden afgeleid dat het Hof een oogmerk te voorkomen dat criminele goederen blijven circuleren of voor strafbare feiten worden (her)gebruikt, niet beschouwt als zo’n punitief doel.⁷⁷ Hoewel de bescherming van het strafrechtelijke legaliteitsbeginsel dus niet alleen afhangt van het begrip *criminal charge*, maar ook van het begrip *penalty* en confiscaties in de rechtspraak van het EHRM als zodanig zijn gekwalificeerd, lijkt ervan te mogen worden uitgegaan dat de voorgestelde confiscatie *in rem* niet als *penalty* zal worden aangemerkt.

Tot meer voorzichtigheid dringt hier de onschuldpresumptie als vervat in artikel 6 lid 2 EVRM. De omstandigheid dat de confiscatiemaatregel zelf geen *penalty* is in de zin van artikel 7 lid 1 EVRM en de procedure tot oplegging ervan niet kwalificeert als een *criminal charge* als bedoeld in artikel 6 EVRM, zou kunnen doen vermoeden dat de onschuldpresumptie geen grenzen stelt. Daarvan gaat ook de memorie van toelichting bij het wetsvoorstel uit, waar deze onder verwijzing naar het genoemde *Gogitidze e.a./Georgië* stelt: “Op grond van de jurisprudentie van het EHRM moet worden aangenomen dat [de voorgestelde] confiscatie (...) geen strafrechtelijke vervolging (in de betekenis van artikel 6 EVRM) betreft waardoor ook de onschuldpresumptie als voorzien in het tweede lid van dat artikel niet van toepassing is.”⁷⁸ Deze opvatting is naar ons inzicht slechts ten dele juist.⁷⁹

In die zaak *Gogitidze e.a.* stelt het EHRM voorop dat zijn rechtspraak twee aspecten van die onschuldpresumptie erkent. Wat het EHRM het *narrow aspect* noemt, heeft betrekking op het strafproces zelf en geldt dus gedurende een *criminal charge*. Het *more extensive aspect* van de onschuldpresumptie is aan de orde wanneer een strafrechtelijke procedure eindigt zonder veroordeling. Het behelst dat alle autoriteiten zich ook dan nog dienen te onthouden

73 Zie voor confiscatiesancties die wel als een *penalty* in de zin van artikel 7 EVRM werden gekwalificeerd o.a. EHRM 9 februari 1995, nr. 17440 (*Welch/V.K.*); EHRM 20 januari 2009, nr. 75909 (*Sud Fondi SRL e.a./Italië*); EHRM (GK) 28 juni 2018, nrs. 2838/06 e.a. (*G.I.E.M. e.a./Italië*).

74 Vgl. o.a. EHRM 5 mei 1995, nr. 18465/91 (*Air Canada/V.K.*); EHRM 12 mei 2015, nr. 36862/05, par. 121 (*Gogitidze e.a./Georgië*); EHRM 2 februari 2021, nr. 41680/13, par. 53 en 57 (*Ulemek/Servië*).

75 EHRM 12 mei 2015, nr. 36862/05, par. 121 (*Gogitidze e.a./Georgië*).

76 Zie bijv. EHRM (GK) 28 juni 2018, nrs. 2838/06 e.a., par. 222-226 (*G.I.E.M. e.a./Italië*).

77 EHRM 8 oktober 2019, nrs. 20319/17 e.a., par. 60-65 (*Balsamo/San Marino*). De klaagsters waren vrijgesproken van witwassen omdat niet kon worden vastgesteld dat de ten tijde van het feit nog zeer jonge verdachten wetenschap hadden van de herkomst van geldbedragen die hun vader door misdrijf had verkregen. De strafrechter liet echter de confiscatie van de geldbedragen in stand, nu de criminele herkomst daarvan vaststond. Het EHRM oordeelde dat ook bij deze strafrechtelijke confiscatie geen sprake was van een *penalty*, onder meer omdat de confiscatie geen punitief doel had maar ertoe zou strekken te voorkomen dat de betreffende vermogensbestanddelen wederrechtelijk zouden worden gebruikt. Kritisch over de vermeend niet-punitieve grondslagen van een dergelijke *in rem* procedure is C. King, ‘Civil forfeiture and article 6 of the ECHR: Due process implications for England & Wales and Ireland’, *Legal studies* 2014, p. 371-394, p. 372-375.

78 Memorie van toelichting, p. 55. Zie ook p. 64.

79 Voeding aan deze opvatting geeft overigens EHRM 11 oktober 2016, 21727/05 e.a., par. 27 (*Devadze e.a./Georgië*).

van een wijze van bejegening van de voormalige verdachte die een *finding of guilt* aan het eerder vervolgde strafbare feit impliceert, mits sprake is van een *sufficient link* met de strafprocedure.⁸⁰ Dit laatste kan onder meer het geval zijn doordat in de andere procedure wordt gerefereerd aan de schuld van de verdachte aan het in de strafprocedure vervolgde strafbare feit. In *Gogitidze e.a.* niet genoemd, maar wel vaste rechtspraak is bovendien dat wanneer de verdachte in de strafzaak is vrijgesproken ook *voicing of suspicions* niet langer is toegestaan. Overheidsautoriteiten moeten dan dus nog beter op hun tellen passen.⁸¹ Dit meer extensieve aspect was in *Gogitidze e.a.* niet van toepassing. Echter, niet omdat de confiscatieprocedure *in rem* geen *criminal charge* behelst, maar omdat “the forfeiture proceedings in rem in the present case did not take place after the criminal prosecution of the first applicant, but on the contrary preceded it.”⁸² Het meer extensieve aspect van de onschuldpresumptie kan wel degelijk van toepassing zijn op de confiscatieprocedure, indien deze procedure plaatsvindt na afloop van een strafzaak die zonder veroordeling is geëindigd.⁸³ Artikel 6 lid 2 EVRM staat er dan aan in de weg dat in de confiscatieprocedure alsnog feitelijk de schuld van de gewezen verdachte wordt vastgesteld aan het feit ter zake waarvan de strafzaak zonder veroordeling eindigde. Is die strafzaak in een onherroepelijke vrijpraak geëindigd dan lijkt zelfs *voicing of suspicions* in de confiscatieprocedure in beginsel problematisch.⁸⁴ De in de toelichting benadrukte verschillen met de ontnemingsprocedure in de zaak *Geerings* nemen zorgen over de mogelijke onverenigbaarheid met artikel 6 lid 2 EVRM van individuele confiscatiebeslissingen niet weg.⁸⁵

Over het *narrow aspect* van de onschuldpresumptie oordeelde het EHRM in *Gogitidze e.a.* dat het niet van toepassing was omdat de confiscatiemaatregel *in rem* geen *criminal charge* is. De omstandigheid dat de procedure tot toepassing van de confiscatie *in rem* geen *criminal charge* is, brengt inderdaad mee dat voor de inrichting van die procedure zelf artikel 6 lid 2 EVRM niet normerend kan zijn. Dit laat echter onverlet de mogelijkheid dat (de motivering van) een beslissing in een dergelijke niet-strafrechtelijke procedure de onschuldpresumptie schendt in een parallelle zaak die wel een *criminal charge* behelst.

80 EHRM 12 mei 2015, nr. 36862/05, par. 124 (*Gogitidze e.a./Georgië*). Vgl. bijvoorbeeld ook EHRM (GK) 12 juli 2013, nr. 25424/09, par. 92-94 (*Allen/V.K.*).

81 Zie o.a. EHRM 25 augustus 1993, nr. 13126/87, par. 30 (*Sekanina/Oostenrijk*); EHRM 21 maart 2000, nr. 28389/95, par. 31 (*Rushiti/Oostenrijk*); EHRM 13 juli 2010, nr. 25720/05 (*Tendam/Spanje*); EHRM 10 april 2012, nr. 32075/09, par. 44 (*Lorenzetti/Italië*); EHRM (GK) 12 juli 2013, nr. 25424/09, par. 122 (*Allen/V.K.*); EHRM 20 oktober 2020, nr. 23349/17, par. 50 (*Pasquini/San Marino (nr.2)*). Een in Nederland bekend voorbeeld van een zaak waarin die vrijpraak onvoldoende was gerespecteerd is EHRM 1 maart 2007, nr. 30810/03 (*Geerings/Nederland*).

82 EHRM 12 mei 2015, nr. 36862/05, par. 125 (*Gogitidze e.a./Georgië*).

83 Zie in dit verband ook de (weliswaar terughoudende) toetsing aan de onschuldpresumptie in EHRM 10 april 2012, 20496/02, par. 53 (*Silickienė/Litouwen*) en EHRM 8 oktober 2019, nrs. 20319/17 e.a., par. 71-74 (*Balsamo/San Marino*). Vgl. ook J. Boucht, ‘Civil asset forfeiture and the presumption of innocence under art. 6(2) ECHR’, in: J.P. Rui, U. Sieber (red.), *Non-Conviction-Based Confiscation in Europe*, Berlijn: Duncker & Humblot 2015, p. 151-190, p. 177.

84 Het EHRM noemt die rechtsregel niet in *Gogitidze e.a.* of *Balsamo*, maar legt evenmin uit waarom die uit de rechtspraak over de onschuldpresumptie voortvloeiende regel niet zou opgaan. Vooral in die laatste zaak is dat opvallend, omdat de klagsters in de strafzaak beiden waren vrijgesproken van het aan de confiscatie ten grondslag liggende feit.

85 Memorie van toelichting, p. 64. De toelichting ziet voorbij aan de in dit verband juist bijzondere positie van de ontnemingsprocedure, waarin in dit opzicht in beginsel juist méér is geoorloofd dan autoriteiten normaliter is toegestaan, omdat de ontneming moet worden beschouwd als een aspect van sanctietoemeting ten aanzien van het feit waarvoor de betrokkene in de hoofdzaak is veroordeeld (zie bijvoorbeeld EHRM 5 juli 2001, nr. 41087/98, par. 34 (*Phillips/V.K.*); EHRM 5 juli 2005, nr. 19581/04, dec. (*Van Offeren/Nederland*)). Zie nader over deze buitengewone aspecten van *Geerings/Nederland* J.H.B. Bemelmans, *Totdat het tegendeel is bewezen*, Deventer: Wolters Kluwer 2018, p. 325-330. In de voorgestelde confiscatieprocedure is van een aspect van sanctietoemeting juist geen sprake, zodat lijkt te moeten worden aangenomen dat het *more extensive aspect* van de onschuldpresumptie onverkort van toepassing is.

Onderdeel van het *narrow aspect* is namelijk dat overheidsautoriteiten zich gedurende een strafzaak dienen te onthouden van uitlatingen over de verdachte die hem portretteren als schuldig aan het strafbare feit waarvan hij wordt verdacht.⁸⁶ Dat gebod kan niet alleen in het gedrang komen wanneer bijvoorbeeld een politicus of een in de strafzaak betrokken functionaris zich over de verdachte publiekelijk uitlaat, maar ook doordat een beslissing in een parallelle procedure over hetzelfde feitencomplex schuld aan het in de strafzaak tenlastegelegde feit impliceert.⁸⁷ In de zaak *Gogitidze e.a.* speelde dit punt niet, omdat geen parallelle strafzaak aanhangig was. De overweging uit die uitspraak dat nu de confiscatieprocedure geen *criminal charge* behelst het *narrow aspect* van artikel 6 lid 2 EVRM reeds daarom niet van toepassing kan zijn, is echter in het licht van de eigen rechtspraak van het Hof te algemeen gesteld.

Op basis van de rechtspraak van het Straatsburgse Hof moet er naar ons inzicht van worden uitgegaan dat beslissingen in de confiscatieprocedure niet een schuldoordeel mogen weerspiegelen over een gelijktijdig of voordien vervolgd feit, indien die strafvervolgning niet tot een veroordeling heeft geleid. Is die strafvervolgning in een vrijspraak geëindigd dan is ook (motivering van) een beslissing die uiting geeft aan een resterende verdenking ontoelaatbaar.⁸⁸ In dit opzicht staat de onschuldpresumptie aan invoering van een confiscatieprocedure als zodanig niet in de weg. Wel kan een specifieke confiscatiebeslissing in het licht van de motivering daarvan onverenigbaar zijn met artikel 6 lid 2 EVRM.⁸⁹

4.2 *Recht op eigendom van artikel 1 EP*

De memorie van toelichting bij het wetsvoorstel neemt tot uitgangspunt dat de confiscatie van goederen een inperking vormt van het recht op eigendom dat is neergelegd in artikel 1 EP. De ministers stellen dat de voorgestelde regeling voldoet aan de eisen die artikel 1 EP aan een dergelijke inperking stelt.⁹⁰ Die stelling wordt slechts beperkt onderbouwd en is wat algemeen. De hiernavolgende bespreking van de jurisprudentie van het EHRM biedt een aanzet tot die nadere onderbouwing. Zij laat ook zien dat het standpunt dat de regeling zonder meer in overeenstemming is met artikel 1 EP een zekere nuancering verdient. In dit verband telt in het bijzonder dat de rechtspraak van het EHRM niet zozeer strekt tot algemene beoordeling van een wettelijke confiscatieregeling, maar vooral is gericht op toetsing of een specifieke toepassing van die regeling in concreto tot een ontoelaatbare inmenging heeft geleid. Op dit laatste punt dient de bespreking van de rechtspraak over het eigendomsrecht dus mede de rechtspraak die zich van de verdragsconformiteit van confiscatie in het concrete geval zal moeten vergewissen.

De ministers merken terecht op dat het EHRM confiscatie van onrechtmatig verkregen goederen “doorgaans” aanmerkt als regulering van eigendom en niet als ontneming daarvan.

86 Zie o.a. par. 35-36 (*Alenet de Ribemont/Frankrijk*); EHRM (GK) 12 juli 2013, nr. 25424/09, par. 93 (*Allen/V.K.*). Zie nader Bemelmans 2018, p. 288-293.

87 Vaste rechtspraak is dat “[a]rticle 6 § 2 also extends to various administrative proceedings conducted simultaneously with criminal proceedings against an applicant [cursivering JB&MT] or after the conclusion of criminal proceedings ending without a guilty verdict.” Zie voor een voorbeeld van een toepassingsgeval EHRM 14 januari 2010, nr. 29889/04 (*Vanjak/Kroatië*).

88 Tot die slotsom komt ook de Raad van State (p. 9), die daar de – verstrekkender – gevolgtrekking aan verbindt dat goederen niet geconfisqueerd moeten kunnen worden als zij afkomstig zouden zijn uit de baten van een strafbaar feit waarvoor de verdachte is vrijgesproken of als het goederen betreft waarvan de strafrechter expliciet heeft bepaald dat deze aan de belanghebbende toekomen.

89 Vgl. ook Boucht 2015, p. 177 e.v. en Economic Crime and Cooperation Division Council of Europe, *The use of non-conviction based seizure and confiscation*, 2020, p. 24.

90 Memorie van toelichting, p. 11 en 54.

Dat zou tot gevolg hebben dat een minder strenge proportionaliteitstoetsing plaatsheeft en dat de confiscatie in beginsel niet behoeft te worden gecompenseerd.⁹¹ Voor de toetsing van de toelaatbaarheid van bepaalde confiscatiemaatregelen lijkt het onderscheid echter van beperkt belang, aangezien het EHRM overweegt dat in beide gevallen “[t]he principles governing the question of justification are substantially the same, involving as they do the need for the interference to be lawful and in the public interest, and to strike a fair balance between the demands of the general interest and the applicants’ rights (...)”.⁹² De inmenging in het recht op eigendom door middel van confiscatie moet aldus in overeenstemming zijn met het vereiste van legaliteit (*lawfulness*), moet een legitiem doel (*legitimate aim*) dienen, en dat legitieme doel moet worden gediend op een wijze die proportioneel (*reasonably proportionate*) is.⁹³

Wat de *lawfulness* betreft is niet voldoende dat een juridische basis bestaat voor een inmenging in het recht op eigendom. Teneinde waarborgen tegen willekeurige inmengingen in het eigendomsrecht te bieden, dient de norm waarop de inmenging is gegrond ook voldoende toegankelijk, precies en voorzienbaar in zijn toepassing te zijn.⁹⁴ Het betreffen hier de bekende *lawfulness*-voorwaarden die ook gelden als vereiste voor een toelaatbare inmenging in andere mensenrechten zoals het recht op privacy (artikel 8 EVRM) en het recht op vrijheid van meningsuiting (artikel 10 EVRM).⁹⁵ Kort gezegd, brengen zij mee dat (1) een inmenging in het eigendomsrecht zowel rechtmatig kan geschieden via een wettelijke basis als (louter) op grond van rechtersrecht,⁹⁶ (2) aan het vereiste van voorzienbaarheid doorgaans is voldaan als de juridische basis bescherming biedt tegen een arbitraire inmenging in het recht op eigendom en als het nationale recht minimale procedurele waarborgen biedt overeenkomstig de voor het individu op het spel staande belangen,⁹⁷ en (3) de norm zodanig duidelijk is dat een individu, zo nodig met juridisch advies, redelijkerwijs de juridische consequenties van zijn handelen moet kunnen voorzien.⁹⁸

In sommige gevallen waarin confiscatie buiten het strafrecht of zonder veroordeling van het getroffen individu werd onderzocht, volstond het Hof met de constatering dat een (formele) wettelijke basis voor de confiscatie bestond.⁹⁹ In andere gevallen voerde het Straatsburgse Hof wel een kenbare legaliteitstoets uit, maar kwam het zonder veel omhaal tot het oordeel

91 Memorie van toelichting, p. 53.

92 EHRM 13 juli 2021, 50705/11 e.a., par. 182 (*Todorov e.a./Bulgarije*). Zie eerder EHRM 1 april 2010, 16903/03, par. 55 (*Denisova en Moiseyeva/Rusland*). Uit de rechtspraak van het Hof blijkt daarnaast dat beide inmengingen in het recht op eigendom moeten worden beoordeeld in het licht van het algemene uit artikel 1, eerste volzin, EP volgende “principle of peaceful enjoyment of property in general”, zie par. 179 (*Todorov e.a./Bulgarije*).

93 EHRM 13 juli 2021, 50705/11 e.a., par. 183-199 (*Todorov e.a./Bulgarije*) en eerder, bijvoorbeeld, EHRM (GK) 5 januari 2000, 33202/96, par. 108-114 (*Beyeler/Italië*). Vgl. in deze zin ook de memorie van toelichting, p. 53-54.

94 EHRM (GK) 5 januari 2000, 33202/96, par. 109 (*Beyeler/Italië*) en EHRM 8 oktober 2019, nrs. 20319/17 e.a., par. 89 (*Balsamo/San Marino*).

95 Klassiek is EHRM 26 april 1979, 6538/74, par. 47-49 (*Sunday Times/V.K.*). De betekenis van de term *law* in artikel 1 EP is overigens gelijk als in andere gevallen waarin die term in het EVRM wordt gebruikt. Een gevolg hiervan kan zijn dat ingeval een confiscatie is opgelegd als *penalty* voor een strafbaar feit dat niet voldoet aan de vereisten van art. 7 EVRM, daarmee ook de toegepaste confiscatie in strijd is met het *lawfulness*-vereiste van art. 1 EP, zie EHRM 29 oktober 2013, nr. 17475/09, par. 85, (*Varvara/Italië*) en vgl. EHRM (GK) 28 juni 2018, nrs. 2838/06 e.a., par. 294 (*G.I.E.M. e.a./Italië*).

96 EHRM 9 november 1999, 26449/95, par. 54 (*Špaček, s.r.o./Tsjechië*). Rechtersrecht, of de interpretatie van een wettelijke bepaling, moet echter wel voorzienbaar zijn en dat is het doorgaans als het slechts graduele verduidelijking van het recht van zaak naar zaak betreft, vgl. bijv. EHRM 5 februari 2009, nr. 31004/02, par. 32 (*Sun/Rusland*).

97 EHRM (GK) 25 oktober 2012, 71243/01, par. 97 (*Vistiņš en Perepjolkins/Letland*).

98 EHRM 5 februari 2009, 31004/02, par. 27 (*Sun/Rusland*).

99 Vgl. EHRM 10 april 2012, 20496/02, par. 64 (*Silickienė/Litouwen*) en EHRM 26 juni 2018, 47911/15, par. 73 (*Telbis en Viziteu/Roemenië*).

dat aan het *lawfulness*-vereiste was voldaan.¹⁰⁰ In de zaak *Markus/Letland* ging het Hof uitgebreider in op de vraag of een voldoende juridische basis bestond voor de confiscatie die als bijkomende straf was opgelegd. Volgens het Hof was de nationale regeling van confiscatie als verplichte bijkomende straf onvoldoende duidelijk en voorzienbaar, mede omdat op grond daarvan al het eigendom van een veroordeelde kon worden geconfisqueerd. Een vereiste daarvoor was niet dat het geconfisqueerde eigendom kon worden gerelateerd aan het strafbare feit waarvoor het getroffen individu was veroordeeld of aan andere strafbare feiten. De regeling liet verder in het midden of de rechter de proportionaliteit van de confiscatie van eigendom mocht beoordelen en of er ruimte was om bepaald eigendom niet te confisqueren als dat excessief belastend zou zijn voor de veroordeelde. De onduidelijkheden in de wettelijke regeling beperkten zodoende de rechterlijke beoordeling van individuele gevallen waarin confiscatie werd gevorderd en de mogelijkheden voor een individu om in rechte de voorgenomen confiscatie met argumenten aan te vechten. Die onduidelijkheden hadden volgens het Hof tot gevolg dat onvoldoende waarborgen werden geboden tegen willekeur, zodat artikel 1 EP was geschonden door de op basis van de onnauwkeurige wet toegepaste confiscatie van eigendom van de klager.¹⁰¹

De combinatie van grote wettelijke defecten die in *Markus/Letland* aan de orde was, doet zich in de voorgestelde regeling niet voor. De confiscatie wordt in het wetsvoorstel immers aan voorwaarden verbonden en de rechter moet van oordeel zijn dat daaraan is voldaan, in het bijzonder dat het een goed met een minimale waarde van € 25.000 betreft dat afkomstig is van enig misdrijf. Ook beperkt de in artikel 10 van de voorgestelde regeling neergelegde verjaring de temporele ruimte voor confiscatie. In zoverre biedt het wetsvoorstel waarborgen tegen willekeurige inmengingen in het recht op eigendom. Daaraan draagt bij dat belanghebbenden de mogelijkheid hebben om zich in de procedure te voegen en daarna rechtsmiddelen tegen de uitgesproken confiscatie in te stellen. Aan een voorzienbare toepassing van de wettelijke regeling zullen verder de genoemde beleidsregels van het openbaar ministerie en de (marginale) opportuniteitstoets van de rechter kunnen bijdragen. Tegen deze achtergrond bezien, lijken niet direct problemen te verwachten met de verenigbaarheid met het legaliteitsvereiste van artikel 1 EP.

In de memorie van toelichting nemen de ministers tot uitgangspunt dat een *legitimate aim* voor de inmenging in het recht op eigendom aanwezig is. Misdaadbestrijding – waaronder de bestrijding van georganiseerde criminaliteit, drugscriminaliteit en witwassen – zou een door het EHRM als zodanig geaccepteerd belang vormen.¹⁰² Volgens de ministers is met de vereisten rond de minimale waarde van het te confisqueren goed en de relatie met enig misdrijf aan de ene kant, en de overige in het voorstel neergelegde procedurele waarborgen aan de andere kant, sprake van een redelijke verhouding tussen de mate van inmenging in het eigendomsrecht van burgers en het daarmee gediende doel van het herstel van de maatschappelijke integriteit.¹⁰³ De ministers verwachten dat het gestelde drempelbedrag van € 25.000 functioneert als waarborg dat de procedure beperkt blijft tot de gevallen die vanuit het oogpunt van het corrumpen van het maatschappelijk verkeer een groter risico

100 Vgl. EHRM 12 mei 2015, nr. 36862/05, par. 98 (*Gogitidze/Georgië*) waarin het Hof volstond met de overweging dat, gelet op de formulering van de wettelijke regeling van confiscatie, er geen twijfel kan bestaan over de duidelijkheid, nauwkeurigheid en voorzienbaarheid van de juridische basis. Vgl. verder EHRM 8 oktober 2019, nrs. 20319/17 e.a., par. 89 (*Balsamo/San Marino*) waarin het Hof vaststelde dat de in Straatsburg betwiste rechterlijke interpretatie van de wettelijke confiscatieregeling niet willekeurig was gelet op de bewoording van de regeling.

101 EHRM 11 juni 2020, 17483/10, par. 68-75 (*Markus/Letland*).

102 Memorie van toelichting, p. 54.

103 Memorie van toelichting, p. 53-54 en 68-69.

vormen.¹⁰⁴ Wat betreft de procedurele waarborgen wijzen de ministers vooral op het recht voor een belanghebbende om zich te verweren tegen het conservatoir beslag en het verzoek tot confiscatie, het recht op rechtsbijstand, rechterlijke toetsing van het verzoek tot confiscatie, de wettelijke voorwaarden voor een confiscatiebeslissing, en de opengestelde rechtsmiddelen tegen de confiscatiebeslissing.¹⁰⁵

In de Straatsburgse rechtspraak is criminaliteitsbestrijding inderdaad aangemerkt als *legitimate aim*, zodat confiscatie van eigendom met dat doel gerechtvaardigd kan worden toegepast.¹⁰⁶ Staten hebben op het terrein van criminaliteitsbestrijding in het algemeen ook een ruime *margin of appreciation*.¹⁰⁷ Van belang is wel op te merken dat deze Straatsburgse rechtspraak hoofdzakelijk confiscatie in het kader van een strafprocedure of na een strafrechtelijke veroordeling betreft. Dergelijke confiscatie dient een legitiem doel, omdat het afpakken van criminele gelden afschrikwekkende werking heeft en ervoor zorgt dat misdaad niet loont.¹⁰⁸ In de aan het EHRM voorgelegde gevallen van confiscatie die *buiten het strafrecht en/of zonder strafrechtelijke veroordeling* plaatshad, was het type criminaliteitsbestrijding dat werd beoogd echter vaker nader gespecificeerd. Die nadere specificatie is door het Hof ook regelmatig benadrukt, met name in verband met de proportionaliteitstoetsing. In de meergenoemde zaak *Gogitidze e.a./Georgië* overwoog het EHRM dat gemeenschappelijke Europese en zelfs universele standaarden de confiscatie van eigendom zonder voorafgaande veroordeling aanmoedigen wanneer eigendom is gerelateerd aan “serious criminal offences such as corruption, money laundering, drug offences and so on”.¹⁰⁹ Dat zou als een aanwijzing kunnen worden beschouwd dat confiscatie zonder voorafgaande strafrechtelijke veroordeling niet zonder meer wordt aangemoedigd met het oog op bestrijding van alle criminaliteit, maar enkel in verband met de strijd tegen serieuze strafbare feiten, zoals corruptie, witwassen en drugsdelicten.¹¹⁰

In *Todorov e.a./Bulgarije* verwijst het EHRM ook zelf naar verschillende arresten waaruit blijkt dat het Hof in het kader van de proportionaliteitstoetsing belang hecht aan de mate waarin nader is gespecificeerd voor welk type criminaliteit confiscatie buiten het strafrecht en/of zonder veroordeling in het leven is geroepen. Het Hof stelt voorop dat in eerdere Straatsburgse rechtspraak steeds sprake was van confiscatie in verband met “particularly serious offences as Mafia-related offences, drug-trafficking, corruption in the public service or money laundering”.¹¹¹ In de Bulgaarse zaak was dat anders. Confiscatie buiten het strafrecht kon daar plaatsvinden na een veroordeling vanwege één van vele verschillende aangeduide strafbare feiten, waaronder: terrorisme, verspreiden van pornografie, verschillende vormen van fraude, belastingontduiking, autodiefstal, illegaal gokken. Confiscatie was dan mogelijk op voorwaarde dat de veroordeelde goederen bezat waarvan redelijkerwijs kon worden aangenomen dat deze als opbrengsten van criminaliteit konden gelden

104 Memorie van toelichting, p. 16-17.

105 Memorie van toelichting, p. 54.

106 Vgl. EHRM 26 juni 2018, 47911/15, par. 71, (*Telbis en Viziteu/Roemenië*) en EHRM 8 oktober 2019, nrs. 20319/17 e.a., par. 93-94 (*Balsamo/San Marino*).

107 Daarbij lijkt de *margin of appreciation* ruimer wanneer de confiscatiemaatregel is gericht op de bestrijding van de “most serious crimes”, zie EHRM 10 april 2012, 20496/02, par. 70 (*Silickienė/Litouwen*).

108 EHRM 13 juli 2021, 50705/11 e.a., par. 186 (*Todorov e.a./Bulgarije*) en eerder bijvoorbeeld EHRM 10 april 2012, 20496/02, par. 65 (*Silickienė/Litouwen*) en EHRM 22 februari 1994, 12954/87, par. 30 (*Raimondo/Italië*).

109 EHRM 12 mei 2015, nr. 36862/05, par. 105 (*Gogitidze e.a./Georgië*).

110 Vgl. ook EHRM 22 februari 1994, 12954/87, par. 30 (*Raimondo/Italië*); EHRM 5 juli 2001, 52024/99 (*Arcuri e.a./Italië*); EHRM 5 juli 2001, 41087/98, par. 52 en 54 (*Phillips/V.K.*); EHRM 26 juni 2018, 47911/15, par. 76, (*Telbis en Viziteu/Roemenië*); EHRM 2 februari 2021, 41680/13, par. 65-66 (*Ulemek/Servië*).

111 EHRM 13 juli 2021, 50705/11 e.a., par. 200 (*Todorov e.a./Bulgarije*). Vgl. ook EHRM 12 mei 2015, nr. 36862/05, par. 107 (*Gogitidze/Georgië*) en EHRM 8 oktober 2019, nrs. 20319/17 e.a., par. 90 (*Balsamo/San Marino*).

omdat geen legale bron voor het verkrijgen van die goederen kon worden vastgesteld.¹¹² Volgens het Hof was niet bij alle in de wet aangeduide strafbare feiten sprake van een redelijke presumptie dat die feiten inkomen opleveren en was ook niet in alle in die zaak voorliggende gevallen sprake van uitzonderlijke omstandigheden die de confiscatie buiten het strafrecht rechtvaardigden.¹¹³ Daarmee lijkt het EHRM aan te sluiten bij het hiervoor uit onder meer de zaak *Gogitidze e.a./Georgië* afgeleide uitgangspunt dat confiscatie buiten het strafrecht of zonder strafrechtelijke veroordeling van het getroffen individu (enkel) in verband met serieuze strafbare feiten moet worden aangemoedigd.

In de toelichting op de Bulgaarse regeling kwam naar voren dat deze ten doel had om de economische grondslagen van georganiseerde en ernstige criminaliteit te treffen. Dit bracht mee dat over het *legitimate aim* van de confiscatie geen twijfel bestond, maar nam de twijfels van het Hof over de proportionaliteit ervan niet weg.¹¹⁴ In het kader van de proportionaliteitstoetsing licht het Hof ook de ruime temporele en retroactieve toepasselijkheid van de confiscatiemogelijkheden uit, met name in relatie tot de daarmee samenhangende moeilijkheden voor de veroordeelde om in oude gevallen de legale bron van het eigendom aan te tonen.¹¹⁵ De combinatie van ruime toepasselijkheid van het confiscatie-instrument en het vereiste dat de veroordeelde de legale herkomst van het eigendom moet aantonen, raakt aan de *fair balance* die met de confiscatieregeling moet zijn getroffen.¹¹⁶ De omgekeerde bewijslast maakte zelfs dat van de confiscatie een impliciete assumptie uitging dat sommige klagers zich met andere strafbare activiteiten bezighielden dan waarvoor ze waren veroordeeld of waarvoor bewijs bestond.¹¹⁷ Dat is in strijd met de Straatsburgse eis dat door de nationale rechters gemotiveerd een voldoende onderbouwde relatie is gelegd tussen het geconfisqueerde goed en een strafbaar feit.¹¹⁸ In de gevallen waarin geen voldoende verband tussen het goed en een strafbaar feit kon worden vastgesteld, vormde de op de Bulgaarse regeling gebaseerde confiscatie na een eerdere strafrechtelijke veroordeling een disproportionele inmenging in het recht op eigendom.¹¹⁹

De proportionaliteitstoetsing in *Todorov e.a./Bulgarije* laat zien dat artikel 1 EP bescherming biedt tegen confiscatie buiten het strafrecht, ook als strafrechtelijke (Straatsburgse) waarborgen als de onschuldpresumptie en het strafrechtelijk legaliteitsbeginsel daarop niet van toepassing zijn. Als een relatie wordt gelegd tussen een strafbaar feit van een individu en de confiscatie van bepaald eigendom, moet over die relatie voldoende zijn vastgesteld. Wil de confiscatie proportioneel zijn, dan moet het getroffen individu daarbij ook een redelijke mogelijkheid worden gegeven om de confiscatie van zijn eigendom aan te

112 EHRM 13 juli 2021, 50705/11 e.a., par. 95-96 (*Todorov e.a./Bulgarije*).

113 EHRM 13 juli 2021, 50705/11 e.a., par. 200 (*Todorov e.a./Bulgarije*).

114 EHRM 13 juli 2021, 50705/11 e.a., par. 186 (*Todorov e.a./Bulgarije*).

115 EHRM 13 juli 2021, 50705/11 e.a., par. 201-202 (*Todorov e.a./Bulgarije*).

116 EHRM 13 juli 2021, 50705/11 e.a., par. 205-206 (*Todorov e.a./Bulgarije*).

117 EHRM 13 juli 2021, 50705/11 e.a., par. 210 (*Todorov e.a./Bulgarije*).

118 EHRM 13 juli 2021, 50705/11 e.a., par. 212-215 (*Todorov e.a./Bulgarije*). Daarbij wijst het EHRM ook op EU-richtlijn 2014/42/EU waarin naar voren komt dat ook in gevallen van *extended confiscation* sprake moet zijn van een vastgestelde relatie tussen eigendom en strafbaar handelen en op EHRM (GK) 28 juni 2018, nrs. 2838/06 e.a., par. 301 (*G.I.E.M. e.a./Italië*) waarin het heeft overwogen dat de mate van verwijtbaarheid van een individu, althans de relatie tussen het gedrag van een individu en een strafbaar feit, van belang is in het kader van de toetsing van de proportionaliteit van een inmenging in het recht op eigendom van het individu.

119 Zie de zaken van individuele klagers die zijn beoordeeld in EHRM 13 juli 2021, 50705/11 e.a., par. 217-250; (*Todorov e.a./Bulgarije*). In de zaken van de klagers die in par. 251-281 zijn besproken, komt het Hof niet tot een schending van art. 1 EP.

vechten bij de autoriteiten.¹²⁰ Het confisqueren van goederen uitsluitend op basis van een niet nader gesubstantieerde verdenking dat sprake is van op strafbare wijze verkregen of vergaarde goederen is ook buiten het strafrecht niet toelaatbaar.¹²¹

Wanneer een goed wordt geconfisqueerd bij een ander dan degene die is veroordeeld vanwege het strafbare feit dat aan de confiscatie ten grondslag ligt, lijken nadere vaststellingen nodig. Naast de eis dat voldoende is vastgesteld over de relatie tussen een strafbaar feit en het goed, lijkt voor een *fair balance* vereist dat vaststellingen worden gedaan over de relatie tussen het door confiscatie getroffen individu en het strafbaar feit dat aan confiscatie ten grondslag ligt. Zo was in *Silickienè/Litouwen* de ontneming van eigendom van de echtgenote van een overleden verdachte proportioneel, omdat was vastgesteld dat de echtgenote niet geheel te goeder trouw was en de nationale rechter gemotiveerd een relatie had gelegd tussen de strafbare feiten van de overleden verdachte en de geconfisqueerde goederen.¹²² Het ontbreken van goede trouw ten aanzien van het goed dat aan een strafbaar feit kan worden gerelateerd, kan dus bijdragen aan de proportionaliteit van de inmenging in het recht op eigendom.¹²³

Op basis van het voorgaande concluderen wij dat geen sterke aanwijzingen bestaan dat de voorgestelde confiscatie steeds of in de regel als een disproportionele inmenging in het eigendomsrecht moet worden aangemerkt. Relevante waarborgen daarvoor zijn dat de voorgestelde regeling aan confiscatie de voorwaarde stelt dat de rechter heeft vastgesteld dat een goed van misdrijf afkomstig is, derden te goeder trouw kunnen worden gecompenseerd, en belanghebbenden tegen een verzochte of uitgesproken confiscatie in verweer respectievelijk beroep kunnen. De toepassing van de procedure zou niettemin in een individueel geval disproportioneel kunnen uitpakken. Omstandigheden die in dat verband van belang kunnen zijn, betreffen onder meer de aard en ernst van het misdrijf, de relatie die tussen het goed en het misdrijf is gelegd en de feiten die de rechter ter onderbouwing van die relatie heeft vastgesteld. Kwetsbaarder is een confiscatiebeslissing naarmate sprake is van een minder ernstig misdrijf of van een misdrijf dat niet zonder meer tot economisch voordeel kan leiden,¹²⁴ als bijvoorbeeld bij dat misdrijf gebruikte instrumenten of andere niet-opbrengsten van dat misdrijf als afkomstig daarvan worden geconfisqueerd, of als de rechter onvoldoende inspanningen betracht om de door het openbaar ministerie aangedragen feiten en omstandigheden kritisch te onderzoeken.

4.3 *Het EU-recht*

De memorie van toelichting verwijst in het kader van de verhouding van het wetsvoorstel tot “de mensenrechten” enkel naar het EVRM.¹²⁵ Het Handvest wordt daar niet genoemd. Aan de mogelijke toepasselijkheid van EU-recht en de daaruit volgende (mensenrechtelijke)

120 EHRM 8 oktober 2019, nrs. 20319/17 e.a., par. 93 (*Balsamo/San Marino*) en EHRM 13 juli 2021, 50705/11 e.a., par. 188 (*Todorov e.a./Bulgarije*).

121 Vgl. a contrario EHRM 5 juli 2001, 52024/99 (*Arcuri e.a./Italië*) waar het Hof benadrukt dat de niet-strafrechtelijke confiscatie is gebaseerd op ten overstaan van de nationale rechter gepresenteerd bewijs dat de klager door leden van een criminele organisatie vergaarde inkomsten voor een lid van die organisatie onder zijn eigen naam investeerde.

122 EHRM 10 april 2012, 20496/02, par. 66-70 (*Silickienè/Litouwen*). Vgl. ook EHRM 6 december 2022, 21274/08, par. 79-84 (*Yusifli e.a./Azerbeidjan*).

123 Vgl. EHRM 12 mei 2015, nr. 36862/05, par. 107 (*Gogitidze/Georgië*) en EHRM 26 juni 2018, 47911/15, par. 68 (*Telbis en Viziteu/Roemenië*).

124 Confiscatie van meer of andere voorwerpen dan die ‘afkomstig’ zijn van enig misdrijf lijkt gezien vanuit het eigendomsrecht en het doel van de confiscatie eerder disproportioneel, vgl. Rui & Sieber, 2015, p. 269-270.

125 Memorie van toelichting, p. 12 en 52-57.

waarborgen worden slechts enkele woorden gewijfd.¹²⁶ Waar de ministers in de toelichting op de consultatieversie van het wetsvoorstel nog stelden dat verschillende EU-rechtsinstrumenten in het geheel niet van toepassing waren op de voorgestelde civielrechtelijke confiscatie,¹²⁷ zijn zij nu voorzichtiger. Niet langer wordt duidelijk stelling genomen over de toepasselijkheid van Unierecht. Wel wordt naar voren gebracht dat EU-rechtsinstrumenten van toepassing zijn op strafrechtelijke confiscatie en niet noodzakelijkerwijs op het verval van eigendom in andere procedures.¹²⁸

Zoals hierna wordt besproken, denken wij dat er ernstig rekening mee moet worden gehouden dat het Handvest en in specifieke EU-instrumenten neergelegde waarborgen relevant kunnen zijn voor toepassingen van de voorgestelde confiscatie. Nadere positionering van het wetsvoorstel ten opzichte van het geldende Unierecht is daarom nodig. Daar komt nog bij dat thans voorligt het voorstel voor een Richtlijn betreffende ontneming en confiscatie van vermogensbestanddelen van 25 mei 2022 (hierna: het richtlijnvoorstel), waarin meer gevallen van confiscatie zonder veroordeling worden geharmoniseerd dan nu het geval is.¹²⁹ Ook het richtlijnvoorstel en de daarin gestelde eisen en neergelegde waarborgen zouden van betekenis kunnen zijn voor de voorgestelde confiscatieprocedure.

Hierna gaan we eerst in op de toepasselijkheid van het Handvest in gevallen waarin confiscatie niet door secundair Unierecht is geharmoniseerd. Vervolgens bespreken wij de toepasselijkheid en betekenis van twee instrumenten die het recht van de lidstaten op het gebied van confiscatie harmoniseren: Kaderbesluit 2005/212/JBZ en Richtlijn 2014/42/EU.¹³⁰ Ten slotte komt het voormelde richtlijnvoorstel aan bod.

- *Het Handvest*

In het Handvest zijn rechten neergelegd die voorwaarden kunnen stellen aan de confiscatie van eigendom en de inrichting van de procedure waarin die confiscatie plaatsheeft. In het oog springen het recht op eigendom (artikel 17 Handvest), het recht op een doeltreffend rechtsmiddel en een eerlijk proces (artikel 47 Handvest) en het vermoeden van onschuld en het recht op eerbiediging van verdedigingsrechten (artikel 48 Handvest). Deze rechten corresponderen inhoudelijk geheel, en qua reikwijdte grotendeels, met de rechten die in respectievelijk artikel 1 EP en in artikel 6 leden 1 en 2 EVRM zijn neergelegd.¹³¹ Dat brengt ingevolge artikel 52 lid 3 Handvest mee dat de inhoud en de reikwijdte van deze corresponderende rechten dezelfde zijn als onder het EVRM, maar dat het Unierecht een ruimere bescherming kan bieden dan het EVRM garandeert. Bij de beantwoording van de vraag of een bepaalde vorm van confiscatie in overeenstemming is met de in het Handvest neergelegde fundamentele rechten vormen het EVRM en de rechtspraak van het EHRM

126 Memorie van toelichting, p. 51-52 en 67-68. De beperkte aandacht voor het Unierecht past bij de constatering van Ouwerkerk & Verrest dat in wetgeving “de relevantie en de betekenis van toepasselijk EU-recht onvolledig, onjuist of zelfs in het geheel niet worden benoemd”, zie J.W. Ouwerkerk & P.A.M. Verrest, ‘De struisvogel voorbij. Pleidooi voor een actieve participatie in de Europese rechtsontwikkeling inzake fundamentele rechten in de strafrechtspleging’, *DD* 2021/47, p. 593.

127 Concepttoelichting op het wetsvoorstel versterking aanpak ondermijnende criminaliteit II, p. 42-43. Daar werden enkel Verordening (EU) 2018/1805 en Richtlijn 2014/42/EU kort besproken.

128 Memorie van toelichting, p. 51-52.

129 Voorstel voor een Richtlijn van het Europees Parlement en de Raad betreffende ontneming en confiscatie van vermogensbestanddelen, COM (2022), 245 final.

130 Kaderbesluit 2005/212/JBZ van de Raad van 24 februari 2005 inzake de confiscatie van opbrengsten van misdrijven, alsmede van de daarbij gebruikte hulpmiddelen en de door middel daarvan verkregen voorwerpen (*PbEU* 2005, L 68) en Richtlijn 2014/42/EU van het Europees Parlement en de Raad van 3 april 2014 betreffende de bevrozing en confiscatie van hulpmiddelen en opbrengsten van misdrijven in de Europese Unie (*PbEU* 2014, L 127).

131 Zie toelichting op artikel 52 Handvest in Toelichtingen bij het Handvest van de Grondrechten (*PbEU* 2017, C 303).

daarover dan ook een belangrijk vertrekpunt.¹³² Niet uitgesloten is echter dat het Handvest en de rechtspraak van het HvJ ruimere bescherming bieden en daardoor strengere voorwaarden stellen aan de toelaatbaarheid van confiscatie en de procedure die daartoe wordt gevolgd.¹³³

De lidstaten zijn op grond van artikel 51 lid 1 Handvest echter slechts gehouden de bepalingen van het Handvest te respecteren “wanneer zij het recht van de Unie ten uitvoer brengen”. Ook als geen bijzonder EU-instrument de betreffende confiscatie harmoniseert, kan van een dergelijk ten uitvoer brengen van EU-recht bij de voorgestelde confiscatie zonder veroordeling evenwel sprake zijn. Eveneens indien specifieke EU-instrumenten niet de confiscatie bestrijken, is het Handvest namelijk van toepassing wanneer een (vermogens) sanctie strekt tot het afpakken van voordeel uit door EU-recht verboden en verplicht te sanctioneren handelen.¹³⁴ Het EU-recht wordt dan door deze sanctionering en de daartoe gevolgde procedure ten uitvoer gebracht in de zin van het Handvest. Of de voorgestelde civielrechtelijke confiscatie wel als ‘sanctie’ in Unierechtelijke zin kan worden beschouwd, is natuurlijk de vraag. Ook niet zonder meer als punitief te kwalificeren administratieve sancties brengen nochtans de toepasselijkheid van het Handvest mee wanneer zij volgen op door EU-recht verplicht te sanctioneren gedrag.¹³⁵ Er lijkt daarom rekening mee te moeten worden gehouden dat de voorgestelde confiscatie en de daartoe te volgen procedure kunnen moeten voldoen aan de fundamentele rechten van het Handvest, indien de confiscatie plaatsvindt vanwege de herkomst van het te confisqueren goed uit ‘enig misdrijf’ dat door het Unierecht is geharmoniseerd.¹³⁶ Een grote groep strafbare feiten is door Unierecht geharmoniseerd, zoals btw-fraude, corruptie, illegale drugshandel, valsmunterij, terrorisme, mensenhandel en georganiseerde criminaliteit.¹³⁷

- *Secundaire EU-rechtsinstrumenten die confiscatie harmoniseren*

Het Handvest kan bovendien niet alleen van toepassing zijn omdat confiscatie plaatsvindt vanwege gedrag dat door Unierecht is verboden en waarvan de sanctionering is voorgeschreven, maar ook vanwege de toepasselijkheid van EU-rechtsinstrumenten die confiscatie harmoniseren. Kaderbesluit 2005/212/JBZ (hierna: het kaderbesluit) en Richtlijn 2014/42/EU (hierna: de richtlijn) vragen in dat verband aandacht.¹³⁸ Artikel 2 lid 1 van het kaderbesluit verplicht de lidstaten om confiscatie mogelijk te maken van hulpmiddelen bij en opbrengsten van feiten waarop een vrijheidsstraf van meer dan één jaar is gesteld.

132 Vgl. F. Wollenschläger, ‘Article 17(1)’, in: S. Peers e.a. (red.), *The EU Charter of Fundamental Rights. A Commentary*, Oxford: Hart Publishing 2021, p. 493. Ook voor de inwerkingtreding van het Handvest was het recht op eigendom uit art. 1 EP al van belang voor bijvoorbeeld de beoordeling van de toelaatbaarheid van een door een EU Verordening voorgeschreven bevrozing van financiële tegoeden. Zie daarover HvJ EU (GK) 3 september 2008, C-402/05 P en C-415/05 P, ECLI:EU:C:2008:461 (*Kadi en Al Barakaat*), punten 354-371.

133 Zie over het zelfstandige belang (naast het EVRM), de doorwerking en afdwingbaarheid van EU fundamentele rechten o.a. Ouwerkerk & Verrest 2021, p. 589-592.

134 Vgl. HvJ EU 10 november 2022, C-203/21, ECLI:EU:C:2022:865 (*Strafprocedure tegen Delta Stroy 2003*), punten 40-41.

135 *Delta Stroy 2003*, punt 41.

136 Aangezien de confiscatieprocedure formeel geen strafprocedure betreft, zullen de EU-richtlijnen inzake procedure rechten in strafzaken hoogstwaarschijnlijk toepassing missen, zie over deze richtlijnen Ouwerkerk & Verrest 2021, p. 587-589.

137 Vgl. met betrekking tot btw-fraude de zaak *Delta Stroy 2003* en zie voorts de in artikel 3 Richtlijn 2014/42/EU genoemde rechtsinstrumenten die strafbare feiten hebben geharmoniseerd, alsook de in artikel 83 VWEU neergelegde strafrechtelijke harmonisatiebevoegdheid. Vgl. verder Ouwerkerk & Verrest 2021/47, p. 589-590.

138 De andere twee in de memorie van toelichting genoemde EU-instrumenten – Kaderbesluit 2006/783/JBZ en Verordening (EU) 2018/1805 – schrijven de wederzijdse erkenning van confiscatiebevelen tussen lidstaten voor en reguleren daardoor de samenwerking tussen lidstaten bij confiscatiebeslissingen. Zij zijn daardoor minder relevant voor confiscatie waarbij er geen directe relatie bestaat met een andere EU-lidstaat.

Daarnaast moet ‘ruimere confiscatie’ mogelijk zijn van voorwerpen die toebehoren aan een persoon die schuldig wordt bevonden aan bepaalde door het Unierecht geharmoniseerde strafbare feiten (artikel 3 lid 1). Van confiscatie in de zin van het kaderbesluit lijkt echter pas sprake als het *strafrechtelijke* confiscatie betreft. Artikel 1 van het kaderbesluit definieert confiscatie namelijk als “een straf of maatregel opgelegd door een rechter na een procedure in verband met één of meer strafbare feiten”.¹³⁹ Aangezien de voorgestelde confiscatie zonder veroordeling en onafhankelijk van een procedure in verband met een strafbaar feit kan worden opgelegd, en ook geen straf of maatregel betreft, zal het kaderbesluit daarop niet van toepassing zijn. Steun aan deze gevolgtrekking biedt de uitspraak van het HvJ *Agro In 2001*. In die uitspraak lijkt het Hof als voorwaarde voor toepasselijkheid van het kaderbesluit te stellen dat de confiscatie is gelast in het kader, of als gevolg, van een procedure die ziet op de vaststelling van één of meer strafbare feiten.¹⁴⁰

De richtlijn uit 2014 bevat op het eerste gezicht een ruimere definitie van confiscatie.¹⁴¹ Artikel 2 onder 4) omschrijft confiscatie als “definitieve ontneming van voorwerpen, bevolen door een rechter in verband met een strafbaar feit”. Uit deze omschrijving valt niet direct de eis af te leiden dat de confiscatie moet zijn gelast in het kader van, of als gevolg van, een procedure die ziet op de vaststelling van één of meer strafbare feiten. Onder het door de richtlijn vereiste ‘verband met een strafbaar feit’ lijkt ook het in het wetsvoorstel voorziene verval aan de staat vanwege afkomst uit ‘enig misdrijf’ te kunnen worden geschaard. In de zaak *ZV* heeft het HvJ de betekenis van dat tekstuele verschil evenwel gerelativeerd.¹⁴² In die zaak is het Hof voor de uitleg van het richtlijnbegrip ‘confiscatie’ aangesloten bij de uitleg van het kaderbesluitbegrip ‘confiscatie’ uit *Agro In 2001*. Volgens het Hof ziet de richtlijn evenals het kaderbesluit enkel op confiscatie die door een nationale rechter wordt gelast in het kader van, of naar aanleiding van, een procedure die ziet op de vaststelling van een strafbaar feit.¹⁴³ Ondanks de ruimere definitie van confiscatie in de richtlijn, is dat rechtsinstrument dus enkel toepasselijk op, kort gezegd, een beslissing tot confiscatie die deel uitmaakt van een strafprocedure of daarop volgt. De civielrechtelijke confiscatie in *ZV*, die weliswaar wordt ingeleid naar aanleiding van een beschuldiging van strafbare feiten, maar verder onafhankelijk is van de uitkomst van een strafrechtelijke procedure, is daarmee niet een confiscatie die naar aanleiding van de strafprocedure is gelast.¹⁴⁴ Beperking ten opzichte van het kaderbesluit (dat immers van toepassing is op strafrechtelijke confiscatie

139 Zo ook de memorie van toelichting bij het wetsvoorstel, p. 67.

140 HvJ EU 19 maart 2020, C-234/18, ECLI:EU:C:2020:221 (*Agro In 2001*), punten 57 en 60-61. De civielrechtelijke confiscatieprocedure in die zaak viel buiten het bereik van het kaderbesluit. Weliswaar werd zij ingeleid vanwege een beschuldiging dat een persoon strafbare feiten heeft gepleegd, maar de procedure werd autonoom gevoerd en niet afhankelijk gesteld van een eventuele tegen de vermeende dader van de feiten aangespannen strafprocedure, noch van de uitkomst daarvan. Zie recent ook HvJ EU 9 maart 2023, C-752/21, ECLI:EU:C:2023:17 (*JP EOOD*), punten 38-48, waarin is geoordeeld dat het kaderbesluit niet naar analogie van toepassing kan zijn op een bestuurlijke sanctiebeschikking vastgesteld in een administratieve procedure.

141 De engere definitie uit het kaderbesluit is inmiddels vervangen door de ruimere definitie van confiscatie uit de richtlijn, zie artikel 14 lid 1 Richtlijn 2014/42/EU en HvJ EU 14 januari 2021, C-393/19, ECLI:EU:C:2021:8 (*Strafprocedure tegen OM*), punt 37. Dat betekent dat wanneer de feiten waarvoor strafrechtelijke confiscatie volgt, dateren van na 4 oktober 2016 (de uiterste datum voor omzetting van de richtlijn) de ruimere definitie van confiscatie uit de richtlijn de engere uit het kaderbesluit vervangt, zie HvJ EU 14 januari 2021, C-393/19, ECLI:EU:C:2021:8 (*Strafprocedure tegen OM*), punt 46 en HvJ EU 10 november 2022, C-203/21, ECLI:EU:C:2022:865 (*Strafprocedure tegen Delta Stroy 2003*), punten 30-33.

142 HvJ EU 28 oktober 2021, C-319/19, ECLI:EU:C:2021:883 (*Komisia za protivodeystvie na koruptsiyata i za otnemane na nezakonno pridobitoto imushtestvo tegen ZV e.a.*).

143 *ZV*, punten 32-37. Ook de in art. 5 lid 1 richtlijn bedoelde ‘ruimere confiscatie’, vereist veroordeling wegens een strafbaar feit, zie daarover HvJ EU 21 oktober 2021, C-845/19 en C-863/19, ECLI:EU:C:2021:864 (*Strafprocedures tegen DR en TS*), punten 59-60.

144 *ZV*, punten 38-39.

volgens op alle strafbare feiten waarop een vrijheidsstraf van bepaalde duur is gesteld)¹⁴⁵ is verder dat ingevolge artikel 3 de richtlijn slechts van toepassing is op confiscatie volgens op een aantal aangeduide strafbare feiten die door EU-recht zijn geharmoniseerd.¹⁴⁶

Gezien het voorgaande zal de voorgestelde confiscatie niet per definitie binnen het bereik van de huidige EU-instrumenten vallen. Tegelijkertijd is niet uitgesloten dat dit in een concreet geval anders is. Ook nadat strafvervolgning is geëindigd in een definitieve rechterlijke uitspraak kan worden gekozen voor de confiscatie *in rem*.¹⁴⁷ Denkbaar lijkt dat de confiscatie in dat geval valt binnen de reikwijdte van confiscatie in de EU-instrumenten. Zeker als de definitieve uitspraak van de rechter een strafrechtelijke veroordeling van het individu inhoudt wegens een feit waaruit een goed afkomstig is dat onder dat individu als rechthebbende wordt geconfisqueerd, is de vraag of valt vol te houden dat civielrechtelijke confiscatie vanwege de uitkomst van een strafprocedure, en hetgeen daarin naar boven is gekomen, geen confiscatie ‘naar aanleiding van’ of ‘volgens op’ een strafprocedure betreft in de zin van het kaderbesluit en de richtlijn.¹⁴⁸ In de Luxemburgse rechtspraak lijkt die vraag nog niet te zijn beantwoord.

De toepasselijkheid van de EU-instrumenten zou meebrengen dat in concrete confiscatieprocedures rekening moet worden gehouden met de in het Handvest neergelegde rechten¹⁴⁹ en met specifieke waarborgen die in het kaderbesluit en de richtlijn zijn neergelegd. Zo heeft het HvJ in *OM* geoordeeld dat het recht op eigendom (artikel 17 Handvest) in de weg staat aan de confiscatie van een bij een strafbaar feit gebruikt hulpmiddel wanneer die definitieve ontneming bij een derde te goeder trouw plaatsvindt met het oog op het algemeen belang om de onrechtmatige invoer van goederen in een land te voorkomen.¹⁵⁰ Voor een dergelijke confiscatie dienen bovendien procedurele waarborgen te gelden, zoals het recht op een doeltreffend rechtsmiddel. Artikel 4 kaderbesluit en artikel 47 Handvest brengen namelijk mee dat een derde te goeder trouw van wie een voorwerp is geconfisqueerd de mogelijkheid moet hebben om de rechtmatigheid van de confiscatie te betwisten. Er moet in zo'n geval rechtstreekse toegang tot de confiscatierechter zijn en de mogelijkheid om achteraf schade te verhalen die uit de confiscatie voortvloeit, is volgens het HvJ niet voldoende.¹⁵¹

In *DR en TS* heeft het Hof geoordeeld dat in geval van ruimere confiscatie als bedoeld in artikel 5 richtlijn is vereist dat de nationale rechter ervan “overtuigd is” dat de te confisqueren

145 Zo valt confiscatie na verduistering binnen dat toepassingsbereik, zie HvJ EU 19 maart 2020, C-234/18, ECLI:EU:C:2020:221 (*Agro In 2001*), punten 47-49 en ook confiscatie na smokkel, zie HvJ EU 14 januari 2021, C-393/19, ECLI:EU:C:2021:8 (*Strafprocedure tegen OM*), punten 35-40.

146 Zie bijv. ten aanzien van ‘illegale drugshandel’ HvJ EU 21 oktober 2021, C-845/19 en C-863/19, ECLI:EU:C:2021:864 (*Strafprocedures tegen DR en TS*), punten 27-33 en ten aanzien van ‘georganiseerde misdaad en drugshandel’ HvJ EU 12 mei 2022, C-505/20, ECLI:EU:C:2022:376 (*Procedure ingeleid door RR en JG*), punten 22-23.

147 Memorie van toelichting, p. 18-19.

148 In dat verband zou van belang kunnen zijn dat naar het oordeel van de ministers de civiele rechter in een confiscatieprocedure rekening dient te houden met de in de strafzaak reeds genomen beslissingen, zie memorie van toelichting, p. 22.

149 HvJ EU 21 oktober 2021, C-845/19 en C-863/19, ECLI:EU:C:2021:864 (*Strafprocedures tegen DR en TS*), punten 73-74 en HvJ EU 28 oktober 2021, C-319/19, ECLI:EU:C:2021:883 (*Komisia za protivodeystvie na koruptsiyata i za otnemane na nezakonno pridobitoto imushtestvo tegen ZV e.a.*), punten 44-46.

150 HvJ EU 14 januari 2021, C-393/19, ECLI:EU:C:2021:8 (*Strafprocedure tegen OM*), punten 52-56. Confiscatie bij derden te *kwader* trouw wordt overigens geregeld door artikel 6 Richtlijn 2014/42/EU. Voor de toepasselijkheid van dat artikel is niet alleen nodig dat de derde te *kwader* trouw is, maar ook dat vaststaat dat sprake is van een overdracht van opbrengsten aan een derde of van een verwerving van dergelijke opbrengsten door een derde, zie HvJ EU 21 oktober 2021, C-845/19 en C-863/19, ECLI:EU:C:2021:864 (*Strafprocedures tegen DR en TS*), punt 69.

151 *OM*, punten 60-68.

voorwerpen voortkomen uit crimineel gedrag.¹⁵² Wat deze overtuiging in dient te houden en op basis van welke bewijsstandaarden – strafrechtelijk of civielrechtelijk – deze tot stand dient te komen is (nog) niet nader bepaald.¹⁵³ Op basis van artikel 8 lid 8 richtlijn dient de veroordeelde daarbij daadwerkelijk de mogelijkheid te hebben om verweer te voeren tegen met name de specifieke feiten en het bewijsmateriaal op basis waarvan wordt gesteld dat de voorwerpen voortkomen uit criminaliteit.¹⁵⁴ Verder brengt artikel 8 richtlijn gelezen in het licht van artikel 47 Handvest mee dat niet alleen veroordeelden, maar ook derden wier voorwerpen zijn getroffen door een confiscatiebevel, het recht op doeltreffende rechtsmiddelen en een recht op een eerlijk proces ontlenen aan het Unierecht.¹⁵⁵ Personen van wie voorwerpen zijn getroffen door een confiscatiebevel hebben verder tijdens de gehele confiscatieprocedure recht op toegang tot een advocaat en moeten over dit recht moeten worden geïnformeerd, het recht om hun standpunt naar behoren kenbaar te maken en zij moeten worden ingelicht over hun recht om als partij aan de procedure deel te nemen en te worden gehoord. Deze uit de richtlijn volgende waarborgen lijken – met name gelet op de verwijzing in artikel 8 lid 7 richtlijn naar richtlijnen die het recht op informatie en het recht op toegang tot een advocaat in strafprocedures harmoniseren – een gelijkschakeling van strafprocesrechtelijke (informatie)rechten en betekeningsregels mee te brengen, wanneer sprake is van confiscatie in de zin van de richtlijn. Ook lijkt nodig dat een betrokkene in de confiscatieprocedure daadwerkelijk zijn recht op eigendom kan effectueren, zodat het nationale recht niet kan volstaan met het openstellen van een schadevergoedingsactie of het bieden van compensatie achteraf, vanwege het verval van eigendom van de betrokkene aan de staat.

- *Het richtlijnvoorstel*

Voor de toepasselijkheid van het Unierecht is verder het genoemde richtlijnvoorstel van belang. Dit beoogt het kaderbesluit en de richtlijn te vervangen. Het heeft ten doel een geactualiseerd rechtskader te creëren dat, met het oog op de strijd tegen de zware en georganiseerde criminaliteit, de ontneming en confiscatie van vermogensbestanddelen binnen de Unie vergemakkelijkt en doeltreffend maakt.¹⁵⁶ De lidstaten dienen te bepalen dat de confiscatie van voorwerpen niet wordt bevolen voor zover zij niet in verhouding staat tot het betrokken strafbare feit en er voor zorg dienen te dragen dat confiscatie niet wordt bevolen in een geval waarin een betrokkene door de confiscatie in een situatie zou komen te verkeren waarin hij zeer moeilijk zou kunnen overleven.¹⁵⁷

152 HvJ EU 21 oktober 2021, C-845/19 en C-863/19, ECLI:EU:C:2021:864 (*Strafprocedures tegen DR en TS*), punten 66-67.

153 M. Simonato, 'Extended confiscation of criminal assets: limits and pitfalls of minimum harmonisation in the EU', *European Law Review* 2016, p. 727-740, p. 738-740.

154 *DR en TS*, punt 67.

155 *DR en TS*, punt 76.

156 Richtlijnvoorstel, overwegingen 1-5 en 48. Het voorstel ligt ter behandeling voor bij het Europees Parlement, zie voor de voortgang tot 1 maart 2023:

[www.europarl.europa.eu/thinktank/en/document/EPRS_BRI\(2023\)739373](http://www.europarl.europa.eu/thinktank/en/document/EPRS_BRI(2023)739373).

157 Overweging 35 en artikel 23 lid 5 richtlijnvoorstel.

Aan de reeds in de huidige richtlijn geregelde vormen van ‘reguliere’ confiscatie, ‘ruimere’ confiscatie,¹⁵⁸ en ‘confiscatie bij een derde’ (te kwader trouw),¹⁵⁹ voegt het richtlijnvoorstel twee nieuwe vormen van confiscatie toe.¹⁶⁰ In artikel 15 – getiteld ‘confiscatie zonder veroordeling’ – worden de lidstaten verplicht de nodige maatregelen te nemen om confiscatie mogelijk te maken in gevallen waarin een strafprocedure niet kon worden voortgezet wegens onder meer ziekte, vlucht, overlijden van de verdachte, of zeer strikte verjarings-termijnen.¹⁶¹ Volgens lid 2 van artikel 15 behoeft zo’n confiscatie zonder voorafgaande veroordeling evenwel beperkt te zijn “tot strafbare feiten die direct of indirect een aanzienlijk economisch voordeel kunnen opleveren en alleen voor zover de nationale rechter ervan overtuigd is dat alle elementen van het strafbare feit aanwezig zijn”. Ingevolge artikel 15 lid 3 dient het nationale recht ervoor zorg te dragen dat de rechten van de verdediging van de getroffen persoon worden geëerbiedigd, onder meer door toegang tot het dossier te verlenen en een hoorrecht vast te leggen. Deze rechten moeten kunnen worden geëffectueerd voordat de rechter een confiscatiebevel zonder voorafgaande veroordeling uitvaardigt. Daarnaast bevat artikel 23 lid 8 richtlijnvoorstel, evenals de huidige richtlijn, het recht op toegang tot een advocaat in confiscatieprocedures en het recht om daarover te worden geïnformeerd. Op basis van artikel 23 lid 4 richtlijnvoorstel wordt voorts vereist dat in geval confiscatie zonder veroordeling wordt bevolen de rechter op basis van het bewijsmateriaal heeft geconcludeerd dat – ondanks een ontbrekende veroordeling – alle elementen van het strafbare feit aanwezig zijn.

Opvallend is dat artikel 15 lid 4 van het richtlijnvoorstel de harmonisering beperkt tot gevallen van confiscatie waarbij niet alleen sprake is van een in artikel 2 van het richtlijnvoorstel omschreven strafbaar feit, maar ook dat dit strafbare feit in het nationale recht strafbaar is gesteld met een minimale maximumstraf van vier jaar vrijheidsstraf. Die eis is blijkens de voorafgaande overwegingen gesteld “om redenen van evenredigheid”. Het verplichten van confiscatie zonder voorafgaande veroordeling moet worden beperkt tot gevallen van ernstige misdrijven, zo is kennelijk de gedachte.¹⁶² Omdat het hier minimumharmonisatie betreft, bestaat voor de nationale wetgever de ruimte in meer gevallen confiscatie zonder veroordeling mogelijk te maken. Artikel 23 lid 5 van het richtlijnvoorstel schrijft voor de geharmoniseerde vormen van confiscatie wel voor dat de lidstaten ervoor zorgdragen dat, kort gezegd, disproportionele confiscatie niet wordt bevolen.

Naast de in artikel 15 toegevoegde confiscatie zonder veroordeling, is in artikel 16 van het richtlijnvoorstel voorzien in ‘confiscatie van onverklaarbare rijkdom die verband houdt

158 Zie artikel 4 en 5. Uit HvJ EU 21 oktober 2021, C-845/19 en C-863/19, ECLI:EU:C:2021:864 (*Strafprocedures tegen DR en TS*), punten 55 en 59-64, volgt dat voor confiscatie in de zin van artikel 4 lid 1 nodig is dat het gaat om het ontnemen van de opbrengst die voortvloeit uit het strafbare feit waarvoor de pleger definitief is veroordeeld. Gaat het om opbrengsten uit ‘andere feiten’ dan is mogelijk sprake van ruimere confiscatie als bedoeld in artikel 5, mits het feit waarvoor de pleger is veroordeeld door EU-recht is geharmoniseerd en al dan niet rechtstreeks economisch voordeel kan opleveren.

159 Vgl. art. 4-6 richtlijn en art. 12-14 richtlijnvoorstel. Zie nader over het onderscheid tussen deze vormen van confiscatie Boucht 2019, p. 529-534.

160 De toepasselijkheid wordt ten aanzien van de typen strafbare feiten waaruit te confisqueren goederen afkomstig zijn ook uitgebreid ten opzichte van de richtlijn, zie artikel 2 en artikel 14 richtlijnvoorstel. Vgl. A. Sakellarakis, ‘EU asset recovery and confiscation regime – *Quo Vadis?*’ *NJECL* 2022, p. 478-501, p. 484-485.

161 Vgl. overweging 26 richtlijnvoorstel en de verruiming ten opzichte van artikel 4 lid 2 Richtlijn 2014/42/EU. Aangezien het richtlijnvoorstel mede is gebaseerd op artikel 83 VWEU lijkt ervan uit te zijn gegaan dat confiscatie zonder veroordeling kwalificeert als ‘sanctie’ in de zin van die bepaling. Zie kritisch over deze kwalificatie als ‘sanctie’ als bedoeld in het VWEU: Sakellarakis 2022, p. 486 en Rui & Sieber 2015, p. 284-290.

162 Vgl. ook de toelichting op het richtlijnvoorstel, p. 6. De thans in artikel 15 voorgestelde confiscatie zonder veroordeling was al opgenomen in het voorstel voor Richtlijn 2014/42/EU, maar ging verschillende lidstaten toen te ver, zie M. Panzavolta, ‘Confiscation and the concept of punishment: Can there be a confiscation without a conviction?’, in: K. Ligeti & M. Simonata, *Chasing criminal money*, Oxford: Hart Publishing 2017, p. 26.

met criminele activiteiten'. De lidstaten moeten mogelijk maken dat voorwerpen die zijn bevroren in het kader van een onderzoek naar strafbare feiten kunnen worden ontnomen, indien de strafbare feiten zijn gepleegd door een criminele organisatie en die feiten aanzienlijk economisch voordeel kunnen opleveren. Die confiscatie vergt dan wel een vaststelling van de rechter dat de voorwerpen afkomstig zijn van strafbare feiten die door de criminele organisatie zijn gepleegd. Die vaststelling moet op grond van artikel 23 lid 4 richtlijnvoorstel berusten op specifieke feiten en bewijsmateriaal op grond waarvan de betrokken voorwerpen worden beschouwd als afkomstig van crimineel gedrag. Ook voor het verplicht stellen van deze vorm van confiscatie is nodig dat het strafbare feit in het nationale recht strafbaar is gesteld met een minimale maximumstraf van vier jaar vrijheidsstraf (zie lid 3) en ook hier gelden specifieke waarborgen (zie lid 4).

De in het richtlijnvoorstel te harmoniseren vormen van confiscatie zonder strafrechtelijke veroordeling vergroten de werkingssfeer van het Unierecht op het terrein van confiscatie.¹⁶³ Gelet daarop is van belang oog te hebben voor in het EU-recht neergelegde waarborgen die gelden tijdens de confiscatieprocedure en voor de beperkingen die het Unierecht aan confiscatie stelt. Die waarborgen zijn als gezegd thans geregeld in het Handvest, het kaderbesluit en de richtlijn, en voor toekomstig recht dus ook in het richtlijnvoorstel. Nadere positionering van het wetsvoorstel ten opzichte van het Unierecht is dan ook noodzakelijk.¹⁶⁴

5. De toepassing van de voorgestelde confiscatie nader beschouwd

5.1 *Evenredigheid in concreto: bereik in geografisch opzicht en hardheidsclausulering*

Uit de voorgaande paragraaf komt naar voren dat de voorgestelde confiscatiefiguur als zodanig niet in strijd lijkt te komen met het EVRM, het Eerste Protocol bij het EVRM of het Unierecht. De ministers gaan er onder meer terecht van uit dat de wettelijke vereiste minimale waarde van het te confisqueren goed en de relatie met enig misdrijf het belang van de proportionaliteit dienen.¹⁶⁵ Dat de regeling in abstracto verenigbaar is met het Europese recht en kan worden toegepast op een wijze die evenredig en doelmatig is, neemt intussen niet weg dat ook redenen bestaan voor zorg over de evenredige toepassing van de voorgestelde procedure in concrete gevallen. In verschillende opzichten kent de confiscatieregeling een groot bereik. Naar aanleiding van reacties op het consultatievoorstel werd een verjaringsregeling geïntroduceerd die een temporele beperking in de regeling aanbrengt, maar bijvoorbeeld een bepaling die expliciet waarborgt dat de te confisqueren goederen, de rechthebbende of het misdrijf waaruit zij afkomstig zijn een zekere binding heeft met de Nederlandse rechtsorde, ontbreekt tot op heden.

Als het openbaar ministerie en de civiele rechter de door het voorstel geboden ruimte volledig benutten, zal naar onze verwachting de vraag rijzen of confiscatie ook in concreto evenredig is. Dit niet alleen met het oog op het proportionaliteitsvereiste dat volgt uit artikel 1 EP, maar ook in verband met het (toekomstig) Unierecht. Uit het richtlijnvoorstel komt naar voren dat – zeker wanneer het confiscatie zonder veroordeling betreft – aandacht moet worden besteed aan de evenredigheid van de ontneming van het eigendom. Daarbij moet volgens artikel 23 lid 5 richtlijnvoorstel worden gekeken naar de verhouding tussen het gepleegde strafbare feit en/of de beschuldiging tegen de persoon op wie

¹⁶³ Zie over de relatie van de in artikel 15 en 16 voorgestelde confiscatievormen en een *in rem* benadering ook Sakellarakis 2022, p. 495-496.

¹⁶⁴ Inmiddels menen de ministers dat nadere afstemming tussen het richtlijnvoorstel en het wetsvoorstel nodig is, zie *Kamerstukken II 2022/23*, 32 317, nr. 825, p. 4-5, 7 en 13-14.

¹⁶⁵ Memorie van toelichting, p. 54.

de confiscatie betrekking heeft enerzijds, en de confiscatie van het goed anderzijds. Die bepaling bevat tevens een 'hardheidsclausule' die inhoudt dat de lidstaten moeten bepalen dat in uitzonderlijke omstandigheden geen confiscatie wordt bevolen als dit de getroffen persoon onnodig nadeel zou berokkenen.¹⁶⁶ Vooral de in de artikelen 7 en 8 van het wetsvoorstel voorziene mogelijkheid om aan belanghebbenden die door een confiscatiebeslissing 'onevenredig worden getroffen' een geldelijke tegemoetkoming toe te kennen, zal in dat licht bezien in sommige gevallen te mager kunnen blijken. Aangezien de voorgestelde procedure *in rem* confiscatie in de zin van het richtlijnvoorstel lijkt te kunnen behelzen, ligt voor de hand een met artikel 23 lid 5 richtlijnvoorstel vergelijkbare bepaling in het wetsvoorstel op te nemen. Zoals in paragraaf 2 aan de orde kwam, gaat de toelichting er ook vanuit dat het wetsvoorstel ruimte biedt om het verzoek af te wijzen in de situatie dat de bestolen eigenaar zich in de confiscatieprocedure als belanghebbende meldt. De wettelijke grondslag voor zo'n beslissing is echter niet duidelijk. Naar ons inzicht zou de bevoegdheid tot zo'n beslissing bovendien niet moeten worden beperkt tot dat enkele geval waarin confiscatie onwenselijk is. Ook voor zover het Unierecht dat niet zou vereisen, verdient wat ons betreft aanbeveling om in de wet op te nemen dat het verzoek kan worden afgewezen vanwege de disproportionaliteit of 'bijzondere hardheid' van confiscatie. Aan de rechter biedt dat expliciet een handvat om het confiscatieverzoek af te wijzen als de bijzondere omstandigheden van het geval daarom vragen.

Uit de rechtspraak van het EHRM kan verder worden afgeleid dat factoren die in geval van confiscatie zonder veroordeling in de richting wijzen dat sprake kan zijn van een onevenredige inmenging in het eigendomsrecht onder meer zijn: de aan de confiscatie ten grondslag gelegde criminaliteit lijkt niet zonder meer (significant) economisch voordeel te kunnen opleveren, een verder verwijderd verband tussen een goed en een economisch voordeel opleverend (georganiseerd, ondermijnd) misdrijf, het gestelde misdrijf wordt als minder ernstig beschouwd, en/of de lage waarde van de te confisqueren goederen. Confiscatie zou ook eerder onevenredig zijn als niet zonder meer duidelijk is dat het afgepakte goed de opbrengst vormt van een strafbaar feit, maar een ander verband met een misdrijf heeft, bijvoorbeeld omdat het daarbij als instrument is gebruikt. In verband met de evenredigheid is verder van belang dat samenloop van strafvervolgning en confiscatie adequaat wordt geregeld en niet te zeer wordt overgelaten aan het beleid van het openbaar ministerie.

Teneinde zowel de verenigbaarheid met het Europese recht van de toepassing van de regeling in concreto te verzekeren, als te bewerkstelligen dat confiscatie in concrete gevallen wordt toegepast op een wijze die is afgestemd op het strafrechtelijke instrumentarium en de daarbij geldende waarborgen, geven wij in overweging het wetsvoorstel aan te scherpen op enkele punten die aan evenredige toepassing van de voorgestelde regeling naar ons inzicht zouden kunnen bijdragen. Naast de genoemde beperking van het geografische bereik van de regeling en de invoeging van een hardheidsclausule, wijzen wij in de volgende subparagrafen enkele andere punten aan die evenredige toepassing van confiscatie in de praktijk kunnen bevorderen. Die punten zijn ook van belang voor de invulling van de in artikel 3 lid 5 onder b voorgeschreven rechterlijke toetsing van de ontvankelijkheid van het verzoek tot confiscatie. In het huidige wetsvoorstel wordt beperking van de materiële reikwijdte van de regeling gezocht in die toetsing. Het daar neergelegde criterium voor niet-ontvankelijkheid dat "de officier van justitie niet in redelijkheid heeft kunnen beslissen tot het indienen van het verzoek" is echter niet van een nadere inkleuring voorzien en biedt daardoor op zichzelf nauwelijks houvast aan het openbaar ministerie (bij het opstellen van

¹⁶⁶ Zo'n regeling bestaat ook in Duitsland, zie Panzavolta 2017, p. 48.

beleidsregels en het indienen van concrete verzoeken) en de rechter (bij de beoordeling van (de redelijkheid van) het confiscatieverzoek).¹⁶⁷

5.2 Meerwaarde van confiscatie in rem ten opzichte van het strafrechtelijke instrumentarium: *primaat bij het strafrecht?*

De voorgestelde confiscatie beoogt blijkens de toelichting vooral bij te dragen aan de versterking van de bestrijding van georganiseerde, ondermijnende criminaliteit. Hoe de confiscatie aan juist de bestrijding van dit type criminaliteit bijdraagt, is ons niet duidelijk. Daarnaast kwam in paragraaf 3 aan de orde dat de daadwerkelijke meerwaarde van de procedure ten opzichte van het bestaande – door de ministers als (relatief) uitgebreid aangemerkte – strafrechtelijke instrumentarium voor het afpakken van crimineel vermogen mogelijk beperkt is. De daar besproken vier situaties waarin die meerwaarde zou bestaan, kunnen in twee categorieën worden onderscheiden. Situaties waarin succesvolle opsporing en vervolging van een verdachte (bijvoorbeeld wegens witwassen) *de facto* moeilijk, tijdrovend en dus kostbaar is enerzijds. En anderzijds situaties waarin de civiele confiscatie *de jure* meer ruimte biedt dan het huidige strafrechtelijke instrumentarium.¹⁶⁸ De meeste in de toelichting ter onderbouwing van de meerwaarde van de voorgestelde procedure genoemde situaties behoren tot de eerste ‘*de facto*-categorie’.

Voor beide categorieën van gevallen is onduidelijk of zij zich vaak, of in een groeiend aantal gevallen, voordoen.¹⁶⁹ Dat is temeer een gemis, omdat onderzoek in opdracht van het WODC in 2018 nog tot de conclusie leidde dat “invoering van een in rem procedure in Nederland niet noodzakelijk” was, omdat deze procedure alleen uitkomst zou bieden in de “zeer beperkt voorkomende situatie dat vermogen niet kan worden gekoppeld aan een specifieke persoon als eigenaar”.¹⁷⁰

Ten aanzien van de praktische moeilijkheden van de eerste categorie is daarnaast de vraag of zij de invoering van het nieuwe instrument kunnen rechtvaardigen. Waarom de waarborgen in met name de bewijsrechtelijke sfeer die ertoe strekken te voorkomen dat iemand wordt veroordeeld voor een feit dat hij niet heeft begaan of hem voordeel wordt ontnomen dat hij niet wederrechtelijk heeft genoten, niet of niet in dezelfde mate zouden moeten gelden in de voorgestelde procedure, is niet evident en evenmin overtuigend toegelicht.¹⁷¹ De vraag rijst temeer omdat het reparatoire karakter dat de confiscatie wordt toegedicht niet wezenlijk verschilt van dat van de ontnemingsmaatregel. Bovendien valt aan te zien in hoeverre de bewijspositie van het openbaar ministerie in de civiele procedure in de praktijk (aanzienlijk) beter uitvalt. Ook ten overstaan van de civiele rechter zal de herkomst uit misdrijf aangetoond moeten worden. Die rechter bepaalt wanneer hij het tegenbewijs (en niet: tegendeelbewijs dat aantoont dat het goed een legale herkomst heeft) van de recht-hebbende voldoende vindt, terwijl in het bijzonder de EHRM-rechtspraak over het Eerste

167 Ook de Raad van State (p. 8) benadrukt het belang van wettelijke vastlegging van de criteria voor toetsing van het confiscatieverzoek, omdat daardoor de rechtsstatelijke randvoorwaarden worden geëxpliciteerd waarbinnen de praktijk zich – mede op basis van door het openbaar ministerie op te stellen beleidsregels – moet ontwikkelen.

168 Bijvoorbeeld omdat een vervolgingsbeletsel in de weg staat aan (voortzetting van) de vervolging, goederen zijn aangetroffen onder zodanige omstandigheden dat geen relatie met een persoon kan worden gelegd, of omdat de persoon bij wie het voordeel wordt aangetroffen dit niet als zodanig heeft genoten.

169 Om die reden uitgesproken kritisch over het voorstel zijn Gruijthuijsen & Smithuijsen 2021, p. 216-217.

170 S.S. Buisman, T. Kooijmans, e.a., *Inbeslagneming en confiscatie van crimineel vermogen*, WODC/Boom 2018, p. 204 en p. 212. Vgl. ook het verzoek om cijfermatige onderbouwing in Autoriteit Persoonsgegevens, ‘Advies consultatievoorstel voor de wet versterking aanpak ondermijnende criminaliteit II’, 24 februari 2022, p. 5.

171 Voor omzeiling van strafrechtelijke waarborgen door toepassing van confiscatie *in rem* in juist die gevallen waarschuwt de Raad van State (p. 7-8).

Protocol bij het EVRM in beginsel verlangt dat de rechter die herkomst daadwerkelijk vaststelt.¹⁷²

De tweede categorie gevallen kan invoering van de nieuwe overheidsreactie op zichzelf rechtvaardigen. Een bedenking daarbij is wel dat ook deze categorie gevallen niet exclusief te relateren is aan de bestrijding van juist de georganiseerde, ondermijnende criminaliteit. Mede daarom is bovendien de vraag of het nut van de voorgestelde confiscatie in die (in aantal mogelijk beperkte) gevallen opweegt tegen het verlies aan rechtsbescherming van rechthebbenden in (vele) andere gevallen waarin de confiscatie een alternatief vormt voor een straf- en ontnemingsprocedure en tegen de andere belangen die met strafrechtelijke rechtshandhaving zijn gemoeid.¹⁷³ Overweging verdient of de reikwijdte dan wel toepassing van de regeling zou kunnen en moeten worden beperkt tot die gevallen waarin de juridische meerwaarde ten opzichte van het strafrechtelijke instrumentarium duidelijk is (de tweede categorie), omdat een strafvervolging niet-opportuun of naar redelijkerwijs kan worden verwacht vruchteloos zal zijn of reeds vruchteloos is gebleken.¹⁷⁴ Wij zien niet direct een belangrijke reden om het primaat niet op die manier bij het strafrecht te leggen.¹⁷⁵

5.3 *Reikwijdte materiële toepassingsvoorwaarden confiscatie: ‘afkomstig van’ en ‘enig misdrijf’*

De evenredigheid van de beslissing tot confiscatie in concrete gevallen zou ook verder kunnen worden gewaarborgd door de reikwijdte van de materiële wettelijke voorwaarden voor confiscatie te beperken. In paragraaf 2 kwam al naar voren dat in de consultatiefase kritiek is geuit op de keuze om de drempelwaarde van het goed of de goederen op (slechts) € 25.000 te stellen en dat de reactie op die kritiek in de huidige memorie van toelichting weinig overtuigend is. Wij noemden ook reeds het ontbreken van een vereiste relatie met Nederland van het goed en/of van het strafbare feit waaruit het goed afkomstig is. Over het vereiste dat het goed ‘afkomstig’ moet zijn uit ‘enig misdrijf’, merken wij nog het volgende op.

De term ‘enig misdrijf’ sluit uit dat een goed aan de staat vervalt dat in het geheel geen relatie heeft met een strafbaar feit. Verder beperkt deze terminologie de reikwijdte van de regeling tot goederen die afkomstig zijn uit *misdrijf*.¹⁷⁶ Uit overtreding afkomstige goederen kunnen dus niet in het civiele recht worden geconfisqueerd.¹⁷⁷ Aldus bestaat enige be-

172 Vgl. ook de vereiste vaststelling van, kort gezegd, een criminele herkomst onder art. 15 lid 2 en art. 16 lid 1 onder c van het richtlijnvoorstel. Ook de Afdeling advisering van de Raad van State (p. 11) is kritisch over de in zijn ogen inconsistente en te summere aandacht voor de bewijslastverdeling in de confiscatieprocedure.

173 Voor de nadelen van het als alternatief aan het openbaar ministerie beschikbaar stellen van de mogelijkheid tot confiscatie waarschuwt de Raad voor de Rechtspraak, ‘Advies wetsvoorstel versterking aanpak ondermijnende criminaliteit II’, 9 februari 2022, p. 3-4.

174 Een voorstel daartoe deed zowel de Autoriteit Persoonsgegevens als de Raad voor de rechtspraak, zie: Autoriteit Persoonsgegevens, ‘Advies consultatievoorstel voor de wet versterking aanpak ondermijnende criminaliteit II’, 24 februari 2022, p. 11 en Raad voor de Rechtspraak, ‘Advies wetsvoorstel versterking aanpak ondermijnende criminaliteit II’, 9 februari 2022, p. 4. Vgl. ook de Raad van State (p. 16), die adviseert “het wetsvoorstel te beperken tot gevallen waarin strafrechtelijke vervolging niet mogelijk is door een juridisch vervolgingsbeletsel of strafrechtelijke vervolging niet wenselijk wordt geacht.”

175 Vgl. in dit verband artikel 2A van de Britse *Proceeds of Crime Act 2002*. Lid 1 bepaalt dat “[a] relevant authority must exercise its functions under this Act in the way which it considers is best calculated to contribute to the reduction of crime” en lid 4 houdt onder meer in dat “the reduction of crime is in general best secured by means of criminal investigations and criminal proceedings.”

176 Al wordt in de memorie van toelichting (p. 9-12, 19, 44 en 68) – gezien de wettekst: ten onrechte – ook wel als voorwaarde genoemd dat een goed afkomstig is van “enig strafbaar feit”, een “criminele herkomst” heeft, of – nog breder – een “niet-legale” of “illegale” herkomst.

177 Vgl. ten aanzien van de in de witwasbepalingen opgenomen termen “afkomstig uit enig misdrijf”: HR 21 mei 2019, ECLI:NL:HR:2019:774, rov. 2.4.

grenzing van de toepasbaarheid van de wettelijke regeling in reactie op strafbare feiten van geringe ernst. Deze begrenzing is evenwel beperkt. Geconstateerd moet worden dat de regeling veel ruimte biedt voor confiscatie in gevallen waarin een goed niet in verband staat met juist georganiseerde, ondermijnende criminaliteit. Zo bezien is de reikwijdte groter dan het doel van de voorgestelde regeling – versterking van de aanpak van juist dit type criminaliteit – rechtvaardigt. Van een beperking van de wettelijke regeling tot misdrijven van bepaalde ernst of een bepaalde categorie is uitdrukkelijk afgezien.¹⁷⁸ De argumenten daarvoor kwamen aan de orde in paragraaf 2. Zij zijn op zichzelf wel te volgen. Tegelijkertijd stellen wij vast dat de rechtspraak van het EHRM over artikel 1 van het Eerste Protocol het type criminaliteit dat met de confiscatie zonder veroordeling wordt bestreden en de verhouding van de confiscatie tot dat doel aanzet.¹⁷⁹ Daarnaast wijzen wij erop dat anders dan de toelichting veronderstelt, zich ook in de voorgestelde regeling bewijsperikelen kunnen voordoen met betrekking tot de vraag of het goed of de goederen wel uit misdrijf afkomstig zijn, dan wel uit handelen dat slechts als overtreding strafbaar is gesteld.¹⁸⁰ Het valt te betwijfelen of het niet anders kan zonder dat dat leidt tot een onoverkomelijke verzwaring van de bewijslast van het openbaar ministerie. In dat verband kan worden gewezen op de in Nieuw-Zeeland aan confiscatie gestelde voorwaarde dat sprake is van *significant criminal activity*, waartoe worden gerekend de strafbare feiten waarop ten minste een gevangenisstraf van vijf jaren staat.¹⁸¹ Teneinde de voorzienbaarheid van toepassing te vergroten zou ook gedacht kunnen worden aan een lijst van misdrijven die in dit kader als georganiseerde, ondermijnende criminaliteit worden aangemerkt.¹⁸² Met het oog op de bewijsbaarheid van het feit enerzijds en de evenredigheid van confiscatie anderzijds zou dan kunnen worden overwogen ‘enig ander misdrijf dat confiscatie rechtvaardigt’ als restcategorie op te nemen.¹⁸³

Ook de wettelijk term ‘afkomstig van’ kan worden aangescherpt. Het lijkt de ministers bij confiscatie te gaan om de opbrengsten van misdrijven.¹⁸⁴ Taalkundig gezien is de term ‘afkomstig van’ echter ruimer. Volgens het woordenboek Van Dale betekent de term niet alleen ‘voortkomend uit’, maar ook ‘deel uitgemaakt hebbend van’. De wettelijke terminologie laat daarmee de mogelijkheid open dat ook instrumenten die zijn gebruikt bij een misdrijf als afkomstig daarvan kunnen gelden. Onvast woordgebruik dienaangaande in de memorie van toelichting draagt bij aan deze onduidelijkheid over de vereiste relatie tussen

178 Memorie van toelichting, p. 17 en 63. Dit in reactie op Autoriteit Persoonsgegevens, ‘Advies consultatievoorstel voor de wet versterking aanpak ondermijnende criminaliteit II’, 24 februari 2022, p. 7 waarin de Autoriteit Persoonsgegevens naar aanleiding van de consultatieversie van het wetsvoorstel adviseert de confiscatie regeling te preciseren tot, bijvoorbeeld, bepaalde georganiseerde criminaliteit of bepaalde ondermijnende misdrijven.

179 Kritisch is in dit verband de Afdeling advisering van de Raad van State, p. 16.

180 Vooral bij economische delicten, waar op grond van artikel 2 lid 1 WED het onderscheid tussen overtreding en misdrijf veelal afhankelijk is van het al dan niet aanwezige opzet waarmee een overigens identiek geformuleerd delict is begaan, laat dat zich goed denken.

181 Memorie van toelichting, p. 48.

182 Zie voor kritiek op de vaagheid van de term ‘georganiseerde, ondermijnende criminaliteit’ W. Huisman, ‘De aanpak van ondermijnende criminaliteit: oude wijn in nieuwe zakken?’, *DD* 2017/31, p. 331-343.

183 Daarbij zou tevens kunnen worden overwogen aan de restcategorie nog andere voorwaarden te stellen, bijvoorbeeld dat het specifieke misdrijf niet kan worden vastgesteld of dat de minimale waarde aanmerkelijk hoger is dan het huidige drempelbedrag van € 25.000.

184 Memorie van toelichting, p. 5, 7-8, 18, 67 en 68. In de witwasbepalingen van het Wetboek van Strafrecht is dat helderder, doordat niet afkomst ‘van’ maar afkomst ‘uit’ misdrijf is vereist.

het misdrijf en het goed.¹⁸⁵ Zulke onduidelijkheid over de aard en intensiteit van het vereiste verband tussen het goed en het misdrijf moet worden vermeden, bij voorkeur door ondubbelzinnigheid van de wettekst zelf. De term ‘afkomstig van’ zou kunnen worden vervangen door het vereiste dat het goed ‘door middel van’ enig misdrijf is verkregen. Dat zou aansluiten bij de formulering van de voorwaarden voor verbeurdverklaring (artikel 33a lid 1 Sr) en onttrekking aan het verkeer (artikel 36c lid 1 Sr), alsmede bij de helingsbepalingen (bijvoorbeeld artikel 416 lid 1 Sr). Zo staat buiten twijfel dat confiscatie mogelijk is van *opbrengsten* van misdrijven en dat geen ruimte bestaat om op basis van de voorgestelde regeling bijvoorbeeld bij een misdrijf gebruikte instrumenten te confisqueren.¹⁸⁶

5.4 Verhouding tot strafvervolgning

Zoals naar voren kwam in paragraaf 4.1 is confiscatie *in rem* in beginsel niet aan te merken als *penalty* en de procedure tot toepassing ervan geen *criminal charge*. Het onder meer in artikel 4 van het (door Nederland niet-geratificeerde) Zevende Protocol bij het EVRM en artikel 50 Handvest¹⁸⁷ vervatte *ne bis in idem*-beginsel is dan niet van toepassing. Desondanks is de gedachte relevant dat meervoudige sanctionering vanwege hetzelfde feit, ook als dat met verschillende doelen gebeurt, in zijn totaliteit proportioneel moet zijn.¹⁸⁸ De omstandigheid dat het bij confiscatie *in rem* formeel niet om sanctionering vanwege een feit gaat, doet aan de wenselijkheid daarvan onzes inziens op zichzelf niet af.

Ten aanzien van de samenloop van civiele confiscatie en strafvervolgning en de onderlinge afstemming van die twee trajecten bevat de memorie van toelichting een wat ander perspectief. De noodzaak tot afstemming lijkt daarin niet zozeer te dienen om evenredigheid van de (totale) overheidsreactie te verzekeren, maar vooral voort te komen uit de praktische overweging dat een voorwerp maar één keer aan de staat kan vervallen.¹⁸⁹ In dat verband benoemen de ministers de onmogelijkheid van confiscatie na verbeurdverklaring of onttrekking van het voorwerp en vice versa. Dat de rechter volgens hen ook bij ontneming rekening “moet” houden met een eerdere confiscatie verraadt wellicht toch een wat breder perspectief. Confiscatie van een goed en ontneming van voordeel ter hoogte van dat goed is immers praktisch goed mogelijk. Vanwege het gemeenschappelijke reparatoire

185 De regeling zou enerzijds zien op goederen met “een criminele herkomst”, een “niet-legale herkomst”, een “illegale herkomst”, oftewel objecten waarvan aannemelijk is dat die “door misdrijf zijn verkregen” (bijv. MvT, p. 9-12). Maar er wordt ook algemener opgemerkt dat de voorgestelde procedure is gericht op de confiscatie van een goed dat “in verband staat met criminaliteit” (MvT, p. 3 en 5), dat de procedure gevolgd kan worden bij goederen die “in verband lijken te staan met georganiseerde, ondermijnende criminaliteit” (p. 6), dat “een relatie tussen een goed en enig misdrijf” aanleiding kan vormen voor de procedure (p. 13), en dat naarmate de eisen die aan de betwisting door de belanghebbende worden gesteld hoger zijn “het verband tussen goed en misdrijf” concreter door het openbaar ministerie moet worden gesteld (p. 37).

186 Vgl. zo al de Adviescommissies strafrecht, bestuursrecht, burgerlijk procesrecht en belastingrecht van de NOVA, ‘versterking aanpak ondermijnende criminaliteit II’, 31 januari 2022, p. 14, waar wordt gesteld dat in de consultatieversie onvoldoende tot uitdrukking kwam dat, zoals op basis van art. 1 EP is vereist, “een duidelijk en redelijk verband tussen het te confisqueren goed en enig misdrijf wordt vastgesteld”. De ministers zagen geen aanleiding tot wijzigingen op dit punt, zie memorie van toelichting, p. 68-69.

187 Voor de uitleg van het begrip ‘sanctie van strafrechtelijke aard’ sluit het HvJ aan bij de *Engel*-criteria die het EHRM gebruikt bij de uitleg van het begrip *criminal charge*, zie recent en met verdere verwijzingen HvJ EU 23 maart 2023, C-412/21, ECLI:EU:C:2023:234 (*Dual Prod*), punten 27-37 en vgl. Timmerman 2018, p. 185-186.

188 In HR 13 november 2018, ECLI:NL:HR:2018:2017, NJ 2019/74, m.nt. Reijntjes, rov. 5.3 oordeelde de Hoge Raad dat bij samenloop van strafrechtelijke sanctionering en een civielrechtelijk traject – in casu lijfsdwang – vanwege hetzelfde feit in de rede ligt dat de strafrechter de toegepaste civielrechtelijke reactie als relevante omstandigheid bij de strafoplegging betreft. Vgl. ook HvJ EU 23 maart 2023, C-412/21, ECLI:EU:C:2023:234 (*Dual Prod*), punten 70-71, waarin het Unierechtelijke evenredigheidsbeginsel de ruimte voor cumulatie van ‘sancties’ beperkte in die zin dat bij de oplegging van een tweede sanctie rekening moet worden gehouden met de eerdere sanctionering van hetzelfde feit.

189 Memorie van toelichting, p. 22.

karakter van de ontnemingsmaatregel en de confiscatie *in rem* is cumulatie van beiden niettemin onwenselijk. Dat reparatoire karakter veronderstelt immers dat de opbrengst van het misdrijf door de staat wordt afgepakt en niet meer dan dat.¹⁹⁰ Wij verwachten dat de ontnemingsrechter om die reden bij de schatting van het voordeel de gevolgen voor de betrokkene van (onherroepelijke) confiscatie *in rem* in mindering zal brengen.

De omgekeerde situatie is complexer. In de confiscatieprocedure staat het te confisqueren goed centraal. De betalingsverplichting die in de ontnemingsprocedure is opgelegd, laat zich dan ook niet rechtstreeks in de – dichotome – confiscatiebeslissing verwerken. Met het reparatoire karakter van beide is echter onverenigbaar dat dezelfde opbrengst tweemaal wordt afgenomen. Dit probleem kan worden opgelost door de confiscatie af te wijzen als de waarde van de opbrengst al volledig is ontnomen, dan wel deze wel uit te spreken, maar het nadeel dat de rechthebbende als gevolg van de dubbele ontneming lijdt aan te merken als onevenredig nadeel dat zich voor compensatie leent. Ook dat pleit voor vastlegging en verbreding van de rechterlijke bevoegdheid om tot afwijzing van het verzoek of compensatie van de belanghebbende te komen.

Een andere met het gemeenschappelijke reparatoire karakter moeilijk te rijmen verschil tussen ontneming en confiscatie betreft de aftrek van in relatie tot de verkrijging van het goed gemaakte kosten. De kosten die rechtstreeks in verband staan met verkrijging van het voordeel kunnen in de ontnemingsprocedure in mindering worden gebracht (artikel 36e lid 8 Sr). De confiscatieprocedure voorziet vooralsnog niet in een mogelijkheid om ten behoeve van de verkrijging van het goed gemaakte kosten te verdisconteren.

Wat de verhouding tot strafvervolgning betreft, is verder van belang dat dezelfde feitelijke en juridische kwesties in zowel strafzaak als confiscatieprocedure onderwerp van de rechtsstrijd kunnen zijn. In paragraaf 4.1 betoogden wij dat de civiele rechter in (de motivering van) zijn confiscatiebeslissing rekening zal moeten houden met de onschuldpresumptie van artikel 6 lid 2 EVRM. Dit brengt in zijn algemeenheid mee dat de civiele rechter geen schuld van de rechthebbende-verdachte aan het aan confiscatie ten grondslag te leggen misdrijf mag vaststellen, indien dat misdrijf in een gelijktijdig lopende strafzaak aan die persoon is tenlastegelegd of een strafprocedure daarover is geëindigd zonder veroordeling. Is die persoon in de strafzaak onherroepelijk vrijgesproken dan is ook het uiten van verdenkingen in beginsel ontoelaatbaar. In zulke gevallen is de ruimte voor de civiele rechter zeer beperkt om feitelijke vaststellingen te doen die met de uitspraak in de strafzaak in strijd zijn.

Meer in het algemeen laat zich goed denken dat de civiele rechter in het kader van de confiscatieprocedure een oordeel wordt gevraagd over kwesties waarover ook de strafrechter oordeelt.¹⁹¹ In de ontnemingsprocedure is de rechter ten aanzien van bepaalde vaststellingen en beslissingen op verweren gebonden aan het oordeel van de rechter in de hoofdzaak.¹⁹² Omdat de confiscatieprocedure niet het sequeel is van de strafzaak, van (het verloop van) een strafzaak niet afhankelijk is en niet noodzakelijk dezelfde procesdeelnemers kent, is een verdeling van competenties zoals die tussen de straf- en ontnemingsrechter niet passend. Gebondenheid van de civiele rechter aan het oordeel van de strafrechter ligt zo gezien bepaald niet voor de hand. Gevolg is wel dat de in de confiscatieprocedure

190 Vgl. artikel 36e leden 9 (vorderingen benadeelde partij en schadevergoedingsmaatregelen) en 10 (eerdere ontnemingsmaatregelen) Sr, alsmede de rechtspraak over het in mindering brengen van verbeurdverklarde opbrengsten (bijv. HR 31 mei 2022, ECLI:NL:HR:2022:808).

191 De Raad van State (p. 12) vraagt zich in dit verband af hoe de civiele rechter moet omgaan met “mogelijke strafrechtelijk georiënteerde vragen over bewijs, kwalificatie van strafbare feiten of schulduitsluitingsgronden.”

192 Zie daarover onder meer de conclusie van A-G Keulen voorafgaand aan HR 8 februari 2022, ECLI:NL:HR:2022:147, onder 16-24.

dezelfde standpunten en verweren nogmaals kunnen worden gevoerd en de civiele rechter daarover een eigen oordeel zal moeten vormen. Daardoor ontbreekt een met de binding van de ontnemingsrechter vergelijkbare waarborg tegen doublure van verweren en tegen ondergraving van het oordeel van de strafrechter door een latere rechterlijke beslissing.

6. Afsluiting

Het wetsvoorstel confiscatie criminele goederen voorziet in de mogelijkheid om langs civielrechtelijke weg goederen vanwege hun herkomst uit misdrijf te doen vervallen aan de staat zonder dat een strafrechtelijke veroordeling daarvoor een voorwaarde vormt. In deze bijdrage stond de verhouding tot het bestaande strafrechtelijke instrumentarium en het Europese recht centraal. Wij onderzochten in het bijzonder of het wetsvoorstel meerwaarde heeft ten opzichte van het huidige strafrechtelijke instrumentarium en of het voldoende waarborgen biedt om te verzekeren dat confiscatie in concrete gevallen wordt toegepast op een wijze die in overeenstemming is met het Europese recht en ook overigens evenredig en noodzakelijk is. Wij constateerden dat de nieuwe vorm van confiscatie in specifieke, tamelijk bijzondere omstandigheden meerwaarde heeft ten opzichte van het huidige instrumentarium. Het toepassingsbereik van de bevoegdheid is in het wetsvoorstel echter niet beperkt tot die gevallen. Of de toepassing van de confiscatiebevoegdheid in concrete gevallen altijd binnen de grenzen blijft die (het Eerste Protocol bij) het EVRM en het huidige en toekomstige Unierecht stellen, is onzeker. Ook waar het Europese recht niet (zonder meer) van toepassing is of geen specifieke grenzen stelt, menen wij dat de evenredigheid van de concrete toepassing van de voorgestelde regeling nadere waarborgen verdient. Ook de afstemming met een straf- en ontnemingsprocedure kan in dat verband worden verbeterd. Wij hebben een aantal in onze ogen belangrijke knelpunten belicht en deden een aantal suggesties voor aanpassing van het wetsvoorstel waardoor evenredige toepassing van de voorgestelde confiscatie beter kan worden verzekerd.