

Confiscatie van Russische eigendommen met het oog op de wederopbouw van Oekraïne: juridische mogelijkheden

O&A 2022/26

Veel Russische oligarchen hebben waardevolle activa in het buitenland gestald. In tal van westerse landen bestaat de wens om huizen, jachten en andere activa van Russische oligarchen te bevriezen, confisqueren en beheren. Tegelijkertijd lijkt het met de uitvoering van die wens nog niet zo'n vaart te lopen, zo is gebleken uit nieuwsberichten van begin april jl. In deze bijdrage wordt verkend wat de juridische mogelijkheden zijn van de confiscatie van en beslag op Russische eigendommen.

1. Inleiding

De onrechtmatige Russische militaire operatie tegen Oekraïne heeft grote schade aan Oekraïne en Oekraïense burgers toegebracht.² De totale economische verliezen in Oekraïne worden op dit moment op 600 miljard US dollar geschat.³ Er circuleren intussen ideeën om een 'Marshall-plan' voor de wederopbouw van Oekraïne op te tuigen,⁴ of een internationale claimscommissie te lanceren.⁵ Recent is door de Britse NGO *Ceasefire* ook een concrete routemap ontwikkeld om de aan Oekraïne veroorzaakte schade te repareren.⁶ Een cruciale vraag daarbij is hoe de wederopbouw van Oekraïne precies gefinancierd zal worden. Aangezien Rusland de schade heeft veroorzaakt, ligt het voor de hand deze schade op Rusland te verhalen. Het is evenwel onwaarschijnlijk, zeker op korte termijn, dat Rusland zijn verantwoordelijkheid zal nemen.⁷ Rusland en Russische oligarchen hebben echter waardevolle activa in het buitenland gestald. Het Westen

heeft een aantal van deze activa reeds bevroren. Nu is aan de orde of ze ook in beslag genomen of geconfisqueerd kunnen worden, waarbij de opbrengsten ten dienste zouden staan van de wederopbouw van Oekraïne.⁸ Een dergelijke demarche is juridisch gezien echter niet vanzelfsprekend.

In deze bijdrage gaan we de juridische mogelijkheden na voor confiscatie van (en beslag op) Russische eigendommen. De nadruk ligt daarbij op de Europese (EU) en Nederlandse context, al woedt de discussie zonder twijfel ook buiten Europa.⁹ We maken een onderscheid tussen confiscatie van eigendommen van Russische oligarchen en confiscatie van (dan wel beslag op) eigendommen van de Russische Federatie, omdat deze eigendommen aan een verschillend rechtsregime zijn onderworpen. Aan Russische oligarchen komt het recht op eigendom toe, terwijl Rusland recht op staatsimmunitie heeft. In deze bijdrage beargumenteren we dat deze rechten evenwel niet absoluut zijn: onder bepaalde voorwaarden is confiscatie (of beslag) mogelijk. Wij zien vooral kansen via *'non conviction based confiscation'* van eigendommen van Russische oligarchen, voor zover deze gelinkt kunnen worden aan bepaalde misdrijven. We zijn kritischer over de mogelijkheden van confiscatie van Russische staatseigendommen.

In paragraaf 1 bespreken we de confiscatie van eigendommen van Russische oligarchen. In paragraaf 2 gaan we in op de confiscatie van eigendommen van de Russische staat, in het bijzonder tegoeden die de Russische Centrale Bank in het buitenland heeft gestald. In paragraaf 3 verkennen we de mogelijkheden van beslag op Russische staatseigendommen op basis van private procedures.

2. Confiscatie van eigendommen van Russische oligarchen: inventarisatie van de mogelijkheden

Sinds de Russische invasie in Oekraïne van 24 februari 2022 zijn in ruim drie maanden tijd bijna duizend Russische oligarchen, politici en ambtenaren aan de reeds bestaande lijst van door de EU gesanctioneerde personen toegevoegd.¹⁰ Dit betekent dat hun tegoeden en economische middelen, voor zover aanwezig binnen de EU, zijn bevroren, althans hadden

1 Mr. drs. H.M.A. (Heleen) over de Linden is advocaat Europees sanctierecht en PhD student aan de Rijksuniversiteit Groningen. Prof. dr. C.M.J. (Cedric) Ryngaert is hoogleraar internationaal publiekrecht, Universiteit Utrecht, Utrecht Centre for Accountability and Liability Law.

2 Het staat buiten kijf dat deze operatie een internationaal onrechtmatige vorm van agressie is. Zie bijvoorbeeld R. Janik, 'Putin's War against Ukraine: Mocking International Law', *EJIL: Talk!* 28 februari 2022; Y. Kryvoi, 'Russia's Invasion of Ukraine and International Law: Questions and Answers', *British Institute of International and Comparative Law*, 17 maart 2022.

3 A. Valentine, 'Here's how much it could cost to rebuild Ukraine – and who would pay for it', *NPR* 26 mei 2022.

4 B. Eichengreen, 'Shaping a Marshall Plan for Ukraine', *Project Syndicate*, 10 mei 2022.

5 C. Giorgetti e.a., 'Launching an International Claims Commission for Ukraine', *Just Security*, 20 mei 2022.

6 *Ceasefire, Reparations for Ukraine: an international route map*, Londen, juni 2022.

7 Zo ontkende de Russische Minister van Buitenlandse Zaken recent nog dat Rusland Oekraïne binnenviel. Zie S. Rosenberg, 'Lavrov: Russia is not squeaky clean and not ashamed', *BBC News*, 17 juni 2022 ('We didn't invade Ukraine'). Dit neemt uiteraard niet weg dat Rusland mogelijk zal investeren in de wederopbouw van Oekraïense gebieden die het bezet. Zie bijvoorbeeld 'St. Petersburg Vows to Restore Destroyed 'Sister' City Mariupol', *The Moscow Times*, 24 mei 2022.

8 Could seizing Russian assets help rebuild Ukraine?, *The Economist*, 6 juni 2022.

9 Dat geldt met name in de VS, zoals zal blijken uit een verschillende Amerikaanse referenties in deze bijdrage. Zie ook 'Canada Wants to Use Seized Russian Assets to Pay Ukraine Victims', *Bloomberg*, 26 april 2022.

10 Verordening (EU) Nr. 269/2014 van de Raad en Besluit (GBVB) 2022/883 van de Raad tot wijziging van Besluit (GBVB) 2014/145. Per 3 juni 2022 staan er 1175 personen en 101 bedrijven op deze lijst.

dienen te worden bevroren. Per eind mei 2022 is binnen de EU ongeveer 30 miljard euro aan tegoeden en economische middelen van oligarchen bevroren.¹¹ Dit bedrag staat los van de tegoeden van de Centrale Bank van Rusland (CBR), waarover later in deze bijdrage meer.

In zowel de EU als de andere landen die sancties tegen Rusland hebben afgekondigd, is ervoor gepleit deze reeds bevroren financiële tegoeden en middelen¹² ook te *confisqueren*,¹³ en dit zonder voorafgaande strafrechtelijke veroordeling. In deze bijdrage wordt toegelicht hoe *non conviction based confiscation* (NCBC) werkt en welke mogelijkheden het civiele recht binnen zowel de EU als Nederland biedt om tegoeden en middelen van Russische oligarchen te confisqueren op grond van NCBC.

In deze paragraaf introduceren we eerst het op 25 mei 2022 gedane voorstel voor een EU-richtlijn betreffende confiscatie (paragraaf 2.1), en daarna het Nederlandse wetsvoorstel ‘versterking aanpak ondermijnende criminaliteit II’, dat per 1 juli 2022 kracht van wet heeft gekregen (paragraaf 2.2). Beide voorstellen scheppen een kader voor NCBC. Voor NCBC is wel een vermoeden van een strafbaar feit vereist. Derhalve verkennen we of en hoe de door de oligarchen verzamelde rijkdom aan een strafbaar feit kan worden gelinkt (paragraaf 2.3).

2.1 Het voorstel voor een EU-richtlijn betreffende “Asset Recovery and Confiscation”

Op 25 mei 2022¹⁴ kondigde Commissievoorzitter Ursula von der Leyen aan dat tegoeden van Russische oligarchen nu ook zullen worden geconfisqueerd,¹⁵ op basis van een voorgestelde EU-richtlijn “Asset Recovery and Confiscation” (ARaC), in combinatie met een voorstel om het ontduiken van sancties tot een EU-misdrijf te maken.¹⁶ Von der Leyen gaf aan dat met het confisqueren van oligarchentegoeden gelden worden vrijgemaakt voor de wederopbouw van Oekraïne en het bieden van hulp aan slachtoffers van de oorlog. De ARaC is van toepassing op zowel situaties waarin komt vast te staan

dat de sancties zijn ontdoken als op andere zware criminaliteit. Nieuw aan de ARaC ten opzichte van de alle reeds bestaande richtlijnen,¹⁷ verdragen,¹⁸ en andere initiatieven,¹⁹ is dat binnen de EU de krachten worden gebundeld om criminele zaken en vermogensrechten te traceren, identificeren, te beheren, bevroren en confisqueren. Dit zou voortaan ook kunnen *zonder voorafgaande strafrechtelijke veroordeling*, zij het dat er wel een verdenking dient te zijn van een strafbaar feit.²⁰

Bevriezing op grond van een vrijwillige melding levert echter geen strafbaar feit op. Als zodanig kunnen de 30 miljard aan bevroren tegoeden in EU Lidstaten dan ook niet geconfisqueerd worden. Die leemte kan niettemin worden gevuld indien die tegoeden toch kunnen worden gelinkt aan enig strafbaar feit. In dat geval kan NCBC worden ingezet, althans zodra NCBC op EU- of nationaal niveau mogelijk is.

2.2 De Nederlandse versterking van de strafrechtelijke aanpak van ondermijnende criminaliteit

De Nederlandse wetgever heeft niet stilgezet als het gaat om de aanpak van zware criminaliteit met inzet van NCBC. Op 1 juli 2022 is de wet Ondernijning-II in werking getreden. Na inwerkingtreding van de *Wet Confiscatie criminele goederen* is NCBC in Nederland een feit.²¹ Zoals ook bij de ARaC, dient voor NCBC aannemelijk te worden gemaakt dat sprake is van verdenking van een strafbaar feit.²² Vervolgens kan de Officier van Justitie (OvJ) een *ex parte* verzoekschrift²³ tot conservatoir beslag indienen bij de civiele rechter, hetwelk binnen veertien dagen dient te worden gevolgd door een

11 Brief van de minister van Buitenlandse Zaken W. Hoekstra aan de voorzitter van de Tweede Kamer. Datum 10 mei 2022. Referentie: BZDOC-1681601416-38.

12 Dit zijn geen tegoeden of middelen waarmee sancties zijn ontdoken. Wanneer sancties ontdoken zijn, dan is dit reeds een in de *Wet Economische Delicten* strafbaar feit op grond van de *Sanctiewet 1977*. Het gaat in deze bijdrage om de gevallen die vrijwillig zijn gemeld of door hun uiterlijke verschijning opvielen en zijn bevroren. Hierbij valt bijvoorbeeld te denken aan superjachten.

13 Zie bijvoorbeeld: <https://fd.nl/politiek/1440663/brussel-wil-bezittingen-van-russische-oligarchen-kunnen-afpakken-en-verkopen-wlf2caWxG8v5> en https://www.europa-nu.nl/id/vlt8i8levlz3/nieuws/brussel_wil_bevroren_bezit_van_russen?ctx=vh6ukzb3nnt0.

14 Von der Leyen verklaarde dit op grond van het Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council “On asset recovery and confiscation.” COM(2022) 245 final, 2022/0167(COD), date: 25.5.2022 <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:52022PC0245>.

15 Voor de persverklaring zie: https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/IP_22_3264.

16 Proposal for a Council Decision on adding the violation of Union restrictive measures to the areas of crime laid down in Article 83(1) of the Treaty on the Functioning of the European Union, Brussels, 25.5.2022 COM(2022) 247 final. Zie ook art 2 lid 3 ARaC.

17 Zie art. 2 ARaC. Voor een overzicht zie tevens de website van het in 2015 opgerichte “Camden Asset Recovery Inter Agency Network” (CARIN). CARIN is opgezet om een verkennend onderzoek te doen over wat er al is aan bevroerings-, en confiscatiemogelijkheden, strafbaar te stellen feiten en welke leemtes dienen te worden opgevuld. <https://www.carin.network/>.

18 Zoals het VN-verdrag tegen corruptie, het VN-verdrag tegen internationale georganiseerde misdaad.

19 Vb. Financial Action Taskforce (FATF).

20 Art 15 lid 4 en art 16 lid 3 ARaC.

21 Volledige benaming van de wet voor zover op 1 juli 2022 in werking getreden: “Wet van 4 november 2021 tot wijziging van het Wetboek van Strafrecht en het Wetboek van Strafvordering en enige andere wetten in verband met versterking van de strafrechtelijke aanpak van ondermijnende criminaliteit” (Stb. 2021, 544). De wet die ziet op NCBC is nog niet in werking getreden. Volledige benaming van deze wet is: *Wet confiscatie criminele goederen*. Zodra deze wet in werking treedt, dan wijzigen tevens 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).

22 Het gaat om misdrijven waarop een gevangenisstraf staat van tenminste vier jaar of een boete van tenminste de vijfde categorie.

23 Dit houdt in: op nationaal niveau behandeling van de zaak zonder wederpartij. Voor meer informatie zie beslagsyllabus. <https://www.rechtspraak.nl/sitecollectiondocuments/beslagsyllabus.pdf>.

verzoek tot confiscatie²⁴ indienen bij de civiele rechter.²⁵ De strafrechtelijke waarborgen²⁶ gelden in dit traject niet, wel de civielrechtelijke.²⁷

Een opmerking is hier op zijn plaats. NCBC onderscheidt zich op dit punt van de EU- sanctiebesluiten in het kader van het Gemeenschappelijk Buitenlands- en Veiligheidsbeleid, op grond waarvan de tegoeden en economische middelen van gesanctioneerde personen worden bevroren.²⁸ Deze personen verliezen de toegang tot hun middelen *zonder dat er een rechter aan te pas is gekomen*.²⁹ De NCBC biedt met de civiele rechterlijke controle aldus meer waarborgen dan het bevroeringsbesluit zelf.³⁰

Een belangrijk kenmerk van NCBC is dat de procedure niet is gericht tegen een natuurlijke persoon of rechtspersoon (*in personam*), maar tegen een voorwerp (*in rem*).³¹ Zo kan

snel worden opgetreden in gevallen waarin het economisch goed uit het verkeer dient te worden gehaald, zonder dat de persoon is veroordeeld voor een misdrijf of zelfs zonder dat een persoon in beeld is.³²

2.3 Oligarchen en strafbare feiten

Op het eerste gezicht heeft een oligarch geen misdrijf begaan puur en alleen vanwege zijn rijkdom. Het staat hem vrij om superjachten, villa's, voetbalclubs en ondernemingen in de EU aan te schaffen. Oligarchen hebben recht op het ongestoorde genot van eigendom, zoals verankerd in onze grondwet en verdragen.³³ Echter, wanneer wordt ingezoomd op de vraag hoe oligarchen hun rijkdom hebben vergaard en hoe zij de bedrijfswinsten hebben aangewend, dan komen er rechtvaardigingsgronden in beeld voor een eventuele inbreuk op het ongestoord genot van eigendom,³⁴ met name indien deze rijkdom toch kan worden gelinkt aan een misdaad.³⁵

Internationaal gezien is het al langer gebruikelijk om de economische middelen van *kleptocraten* (letterlijk: 'dieven die regeren') te herkwalficeren als 'gestolen eigendommen'. Deze terminologie werd bijvoorbeeld al in 2007 gebezigd in een rapport dat de Wereldbank en de VN hadden opgesteld (*Stolen Asset Recovery Initiative*).³⁶ Ook de eigendommen van Russische oligarchen kunnen als 'gestolen eigendommen' worden beschouwd. Via privatiseringen zijn in de jaren 1990 Russische eigendommen, vooral natuurlijke hulpbronnen, op oneigenlijke wijze in privéhanden terecht gekomen ('gestolen'). Hierdoor heeft een kleine elite zich kunnen verrijken ten koste van de bevolking. Dit fenomeen heeft overigens niet alleen in Rusland na het uiteenvallen van de Sovjet-Unie een vlucht genomen. Het is ook in Afrikaanse landen al decennia een groot probleem.³⁷

De mogelijkheid om eigendommen van kleptocraten te herkwalficeren tot 'gestolen eigendommen' brengt ons op de vraag waarmee Russische oligarchen hun vermogen hebben vergaard. In veel gevallen gaat het om het uitponden van natuurlijk kapitaal, met name hernieuwbare en niet-hernieuwbare natuurlijke hulpbronnen, zoals fossiele energievoorraden, metalen, gesteentes, water, hout en groene energie. Banken zijn vaak ook in handen van een oligarch en de Russische overheid. Overigens komt uitgebreide

24 Indien niet tijdig ingesteld, dan vervalt het conservatoir beslag.

25 Zie art. 10 lid 4 Wetsvoorstel. jo art. 261 Rv. Zie ook <https://www.internetconsultatie.nl/ondermijningii>, Ontwerp Memorie van Toelichting "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" (hierna: MvT), p. 14. Na het *Ex Parte* verlot tot het leggen van conservatoir beslag met het oog op confiscatie gaat het beslagen goed naar een bewaarder. Tegen deze uitspraak kan een kort geding worden opgestart. Voor meer informatie zie Memorie van Toelichting (MvT), p. 69.

26 Meer over de strafrechtelijke waarborgen: "Inbeslagneming en confiscatie van crimineel vermogen: een rechtsvergelijkend onderzoek naar de samenwerking inzake beslag en confiscatie in Duitsland, Engeland, Ierland en Italië". Wetenschappelijk Onderzoek- en Documentatiecentrum (2017) p. 164. <https://repository.wodc.nl/handle/20.500.12832/2207> (hierna: WODC). NCBC is niet strafrechtelijk van aard omdat deze procedure gericht op het uit het circuit halen van crimineel vermogen. Zie MvT p 8-9. Een kritische visie op het civielrechtelijk afhandelen van zaken die in het strafrecht zouden moeten thuishoren valt te lezen op de website van de Orde van Advocaten <https://www.advocatenorde.nl/nieuws/nieuwe-civiele-confiscatieprocedure-omzeilt-strafrechtelijke-waarborgen>, en het WODC-rapport 2017, p. 172.

27 In de civiele confiscatieprocedure geldt onverminderd het recht op een eerlijk proces ex art. 6 EVRM en artt. 41 en 47 Handvest Grondrechten EU. Zie over de rechten van belanghebbenden: MvT wetsvoorstel ondermijnende criminaliteit II, p. 30-32.

28 Art. 11 ARaC.

29 Het proefschrift van Heleen over de Linden gaat over de rechtsbescherming die gesanctioneerde personen kunnen inroepen bij het bevroren zonder voorafgaande rechterlijke toetsing. De GBVB sanctieverordeningen en besluiten dienen direct ten uitvoer te worden gelegd in alle Lidstaten van de EU. Bijvoorbeeld verordening 208/2014 jo GBVB 2014/119 inzake de bevroering van tegoeden van Viktor Janoekovitsj en zijn entourage.

30 Voor de reikwijdte van de rechtsbescherming op nationaal niveau bijvoorbeeld: Rb Amsterdam, Zaaknummer, AMS 14/6356, 6312, 6303. Datum uitspraak, 24-04-2015. Ten overstaan van het EU-Gerecht wordt overigens door gesanctioneerde personen op grote schaal geprocedeerd tegen bevroeringsbesluiten. Het Gerecht oordeelt stelselmatig dat het besluit tot bevroering een tijdelijke, administratieve en omkeerbare maatregel is. Het feit dat het sanctiebesluit naar zijn aard strafrechtelijk zou zijn en er geen strafrechtelijke veroordeling is voor datgene waarvan zij wel volgens de sanctielijst worden verdacht, namelijk het verduisteren van overheidstegoeden, wordt door het Gerecht terzijde gelegd. Zie bijvoorbeeld de zaken die de voormalige president van Oekraïne, Viktor Janoekovitsj, en zijn entourage voeren ten overstaan van het Hof van Justitie: T--346/14 *Viktor Fedorovych Yanukovych v Council*.

31 Zie ook de toelichting van Onze Minister over dit onderwerp in zijn brief aan de voorzitter van de Tweede Kamer. "Aanpak ondermijnende criminaliteit; wettelijke regeling procedure non conviction based confiscation". 20 november 2020: Kenmerk 3072233 en Kamerstukken II 2020/21, 29911, nr. 297 en MvT p. 7.

32 Ibid.

33 Art. 5 GW, Art. 17 Handvest Grondrechten EU, Art 1 Eerste protocol bij het Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden, Parijs (EVRM). Het waarborgen van deze grondrechten wordt ook benoemd in de toelichting op de ARaC p. 11, waarbij wordt verwezen naar art. 52 lid 2 Handvest.

34 Zie art. 52 lid 1 Handvest Grondrechten EU; Art. 1 Eerste Protocol EVRM.

35 Zie p. 47 internetconsultatie Ontwerp toelichting Wetsvoorstel Ondermijning-II over de vraag of sprake is van een *criminal charge* of inbreuk op het ongestoord genot van eigendom. Zie <https://www.internetconsultatie.nl/ondermijningii>.

36 *The Stolen Asset Recovery Initiative* (StAR). "Challenges, Opportunities, and Action Plan." World Bank 2007. https://www.unodc.org/pdf/Star_Report.pdf.

37 Zie o.a. B. Carter, "The Rise of Kleptocracy: Autocrats Versus Activists in Africa", *Journal of Democracy*, vol. 29, no. 1, Jan. 2018, pp. 54-68.

informatie over de activiteiten van oligarchen naar boven bij bestudering van de motiveringen bij het plaatsingsbesluit op de sanctielijst.³⁸ De EU heeft veel werk verzet om zo uitgebreid mogelijk te beschrijven hoe de oligarch zijn rijkdom heeft vergaard en waar zijn nauwe band met Poetin op is gestoeld.

De VS gaat al langer achter kleptocraten, inclusief Russische oligarchen, aan. Zo heeft de VS, geïnspireerd door het hoger vermelde internationale initiatief, in 2010 de *Kleptocracy Asset Recovery Initiative* afgekondigd,³⁹ op grond waarvan tegoeden van corrupte ambtenaren (kleptocraten) afgepakt konden worden. In 2012 werd vervolgens de *Magnitsky Act*⁴⁰ van kracht, die in zijn huidige versie de Amerikaanse President toelaat activa te blokkeren van 'government officials or senior associates of such officials who are engaged in or responsible for acts of significant corruption'.⁴¹ Samengevat komen deze Amerikaanse initiatieven erop neer dat het omzetten van staatseigendom, direct of indirect, tot privé-eigendom, als corruptie wordt aangemerkt, waarbij het niet uitmaakt of de privépersoon ambtenaar is of niet.⁴² De VS kan, althans ten dele, rechtsmacht claimen over de winsten die hiermee worden gegenereerd, op grond van het feit dat deze winsten via financiële constructies terecht komen in veilige havens zoals de VS en nimmer op een Russische bankrekening hebben gestaan. In een kwarteeuw zou op die manier zo'n € 700 miljard Rusland uit zijn gesluisd.⁴³ Omdat corrupte personen gebruik maken van faciliteiten in de VS om hun corruptie te verhullen (bijvoorbeeld bankrekeningen in de VS aanhouden),⁴⁴ is het financiële recht van de VS daarop van toepassing en kunnen de Amerikaanse autoriteiten de betreffende middelen bevriezen, blokkeren en uiteindelijk confisqueren.

In navolging van Amerikaanse opvattingen ter zake zou het verkrijgen van winsten uit de tot 'gestolen goederen' geherkwalificeerde zaken, een misdrijf kunnen opleveren. Zowel verduisteren als witwassen komen dan in beeld, waarbij de illegale oorsprong van economische middelen wordt verhuld. Oligarchen hebben indirect veel geld van in

Nederland geparkeerd.⁴⁵ Doordat zij hierbij gebruik maken van Nederlandse financiële instellingen, is het Nederlandse recht van toepassing.

Er zijn echter nog meer mogelijkheden. Men kan bijvoorbeeld kijken naar de Italiaanse wetgeving rondom de maffia. Wanneer men wordt verdacht te behoren tot een maffia-achtige groepering en deelneemt aan zware criminaliteit, dan kan in Italië als preventieve maatregel NCBC plaatsvinden, met als rechtsgrond het toebrengen van sociale schade (*social harm*).⁴⁶ In het Nederlandse strafrecht kennen wij het begrip 'sociale schade' niet, maar wel het begrip 'gevaar voor de samenleving'.⁴⁷ Zo bezien kan een parallel worden getrokken met de Italiaanse maffia-wetgeving, waarbij het behoren tot een bepaalde groep kan leiden tot gevaar voor de samenleving. Poetin en zijn entourage zouden in dat geval bestempeld kunnen worden als een criminele organisatie, en de niet-afvallige oligarchen als leden van een dergelijke organisatie. Het loutere lidmaatschap van deze organisatie zou dan als een misdrijf worden gekwalificeerd.

Eventueel komt ook lidmaatschap van een *terroristische* organisatie in beeld.⁴⁸ Zo heeft de regering van Litouwen de Russische staat op 6 mei 2022 als een terroristische organisatie bestempeld.⁴⁹ In de VS is een wetsvoorstel daartoe ingediend.^{50,51} Nederland zou dit voorbeeld kunnen volgen ofwel oligarchen als leden van een terroristische organisatie bestempelen. De EU-Richtlijn Terrorismebestrijding⁵² biedt ter zake aanknopingspunten voor de definitie van 'terroristische groepering',⁵³ 'terroristisch

38 Zie bijlage I bij Verordening (EU) nr. 269/2014 van de Raad van 17 maart 2014 betreffende beperkende maatregelen met betrekking tot acties die de territoriale integriteit, soevereiniteit en onafhankelijkheid van Oekraïne ondermijnen of bedreigen. Laatstelijk gewijzigd bij Verordening (EU) 2022/880 van de Raad van 3 juni 2022 en Besluit (GBVB) 2022/883 van de Raad.

39 *Kleptocracy Asset Recovery Initiative*, (KARI), gevolgd in 2019 door de *KARI Reward Act*: <https://www.govinfo.gov/content/pkg/CRPT-116hrpt60/html/CRPT-116hrpt60.htm>.

40 "Sergei Magnitsky Rule of Law Accountability Act of 2012". S.1039, 112th Congress (2011-2012).

41 Zie: Section 3(a)(3) *Global Magnitsky Human Rights Accountability Act*, signed into law on December 23, 2016 as Sections 1261-1265, Subtitle F, Public Law 114-328.

42 Ibid. (Verwijzend naar 'the expropriation of private or public assets for personal gain, corruption related to government contracts or the extraction of natural resources, bribery, or the facilitation or transfer of the proceeds of corruption to foreign jurisdictions').

43 Dit fenomeen staat bekend als: *kapitaalvlucht*, zie o.a. <https://fd.nl/economie-politiek/1357177/nederland-spil-in-russische-kapitaalvlucht-0lf2caWxG8v5>.

44 Zie wat dit kan opleveren: <https://edition.cnn.com/2022/06/16/politics/russian-oligarch-konstantin-malofeyev/index.html>.

45 Zie bijvoorbeeld: <https://www.bnr.nl/nieuws/financieel/10471096/80-miljard-aan-russische-tegoeden-geparkeerd-op-nederlandse-bodem-45-miljard-direct-te-traceren>.

46 Zie bijvoorbeeld: "The Italian Experience in the management, use and disposal of frozen, seized and confiscated assets." Open-Ended intergovernmental working group. 12-14 september 2014. met verwijzing naar een wet uit 1982 en 1965 toen de problematiek ook al speelde.

47 Zie bijvoorbeeld de jurisprudentie rondom de Hells Angels die als criminele organisatie worden bestempeld. <https://www.hogeraad.nl/actueel/nieuwsoverzicht/2022/april/advies-ag-hoge-raad-veroordelingen-haarlemse-hells-angels-stand/>.

48 Terrorisme is overigens per definitie een criminele activiteit. Zie art. 2 lid 1 onder a en b van de Richtlijn EU 2018/1673 van het Europees Parlement en de Raad van 23 oktober 2018 inzake de strafrechtelijke bestrijding van het witwassen van geld (zesde anti-witwasrichtlijn).

49 <https://www.rferl.org/a/lithuania-resolution-russia-genocide/31842970.html> Reeds in 2014 oordeelde toenmalig president van Litouwen dat Rusland zich gedroeg als een terroristische staat: <https://www.bbc.co.uk/programmes/p02cytrc>.

50 Zie resolutie 623 van 6 mei 2022 van de Senaat van de VS.

51 Zie bijvoorbeeld: <https://www.newsweek.com/mcconnell-urges-biden-name-russia-sponsor-terrorism-after-kyiv-visit-1706769>.

52 Richtlijn (EU) 2017/541 van het Europese Parlement en de Raad van 15 maart 2017 inzake terrorismebestrijding en ter vervanging van Kadrebesluit 2002/475/J <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/NL/TXT/?uri=celex%3A32017L0541> (Hierna RL Terrorisme).

53 Art. 2 lid 3. "terroristische groepering" definitie: "een sinds enige tijd bestaande, gestructureerde groepering van meer dan twee personen die in gemeen overleg handelen om terroristische misdrijven te plegen; met "gestructureerde groepering" wordt bedoeld op een groepering die niet toevallig tot stand is gekomen met het oog op het onverwijld plegen van een misdrijf, en waarvan de leden niet per se formeel afgebakende taken hebben en waarbij niet noodzakelijk sprake is van continuïteit in de samenstelling van een ontwikkelde structuur.

misdrijf⁵⁴ en 'het financieren van deze misdrijven'.⁵⁵ Poetin en zijn niet-afvallige entourage zouden per 22 februari 2022 tot 'terroristische groepering' kunnen worden bestempeld, toen Donetsk en Lugansk als zelfstandige republieken werden erkend en twee dagen later de Speciale Militaire Operatie in Oekraïne losbarstte. Ook kan als startpunt gelden de annexatie van de Krim op 18 maart 2014.⁵⁶ Na de Krim annexatie heeft Poetin immers onverminderd steun gekregen van zijn thans gesanctioneerde achterban. De activiteiten van Rusland in en tegen Oekraïne kunnen als terrorisme worden beschouwd omdat zij neerkomen op het aanjagen van ernstige vrees bij de bevolking, bijvoorbeeld via de dreiging van kernwapens, het dwingen van een overheid om bepaalde handelingen te verrichten, of het ernstig ontwrichten van de basisstructuren van een land.⁵⁷ Het doet er niet toe op welke wijze de strafbare feiten worden gepleegd, rechtstreeks of onrechtstreeks. Ook het terroristische misdrijf van het financieren komt hier in beeld: "het in enigerlei vorm financieren van de activiteiten ervan, in de wetenschap dat daarmee wordt bijgedragen aan de criminele activiteiten van de terroristische groepering"⁵⁸ is strafbaar. Personen die de bedoeling hebben of weten dat financiële middelen geheel of gedeeltelijk worden gebruikt om strafbare feiten te plegen, vallen derhalve onder de definitie van terrorisme.

Voor zover oligarchen gelinkt kunnen aan één van deze misdrijven, kunnen hun eigendommen geconfisqueerd worden na een strafrechtelijke veroordeling. Dat kan evenwel op basis van NCBC na inwerkingtreding van de wet *Confiscatie Criminele Goederen*. Verder zij erop gewezen dat confiscatie na een strafrechtelijke veroordeling ook mogelijk is, of zal worden ingeval van *onverklaarbare rijkdom*. Zo verplicht de ARaC EU-lidstaten om de nodige maatregelen te nemen om eigendommen te confisqueren die reeds bevroren zijn in de context van een onderzoek naar strafbare feiten begaan in het kader van een criminele organisatie, indien deze feiten aanleiding geven tot een aanzienlijk economisch voordeel.⁵⁹ De ARaC bepaalt dat bij de beoordeling hiervan rekening moet worden gehouden met een aanzienlijke onevenredige verhouding tussen de waarde van de eigendom en het rechtmatige inkomen van de eigenaar,⁶⁰ zoals dat blijkt uit diens belastingaangifte.⁶¹

Dit afpakken van onverklaarbare rijkdom op basis van NCBC is niet nieuw. Met name in het VK is het al langer mogelijk

om te confisqueren op basis van NCBC, sinds 2017 middels de *unexplained wealth orders*⁶² afgegeven door de civiele rechter.

In ieder geval is in Nederland op basis van de wet Onderneming-II confiscatie mogelijk zijn van goederen die afkomstig zijn van enig strafbaar feit, zonder dat sprake is van een voorafgaande veroordeling van een persoon voor een strafbaar feit.⁶³ Via deze vorm van NCBC kan de civiele rechter wederrechtelijk verkregen voordelen ontnemen indien aanmerkelijk is dat ze door een misdrijf zijn verkregen, hoewel er geen verdachte is van een concreet strafbaar feit.⁶⁴

De nieuwe wetgeving verklaart ook de reeds bestaande regelgeving omtrent beheer van inbeslaggenomen voorwerpen van toepassing op NCBC,⁶⁵ wat betekent dat alle bevoegdheden van bewaring, verkoop, uitwisseling van inlichtingen, opsporing en de identificatie daarbij ten dienste staan.⁶⁶ Het goed organiseren van al deze zaken is overigens ook een voorwaarde die de ARaC stelt aan *Asset Recovery Offices* (ARO's).⁶⁷

Met de inwerkingtreding van de NCBC wetgeving wordt het bijvoorbeeld mogelijk om een luxejacht van een oligarch, dat via bevroering aan de ketting is gelegd, te confisqueren, voor zover er signalen beschikbaar zijn over de criminele herkomst van dit jacht.⁶⁸ Concreet vraagt de OvJ bij de voorzieningenrechter verzoek voor het leggen van conservatoir beslag; zodra dit verzoek is verleend, kan de OvJ een verzoekschrift indienen

54 Art. 3 lid 1 RL Terrorisme: Een terroristisch misdrijf is onder andere sub d: "het veroorzaken van grootschalige vernieling van een publiek of overheidsgebouw of installatie, een vervoerssysteem, een infrastructuurvoorziening".

55 Art. 2, 3 en 11 RL Terrorisme.

56 <https://www.nrc.nl/nieuws/2014/03/18/poetin-krim-behoorde-altijd-altot-rusland-felle-kritiek-op-westen-a1426436>.

57 Art. 3 lid 1 RL Terrorisme.

58 Art. 4 sub b RL Terrorisme.

59 Art. 16 lid 1 ARaC.

60 Art. 16 lid 2 ARaC.

61 Hierbij kan behulpzaam zijn het voorwerk dat de Russische oppositieleider Aleksej Navalny heeft gedaan voordat hij in 2021 in de Russische gevangenis belandde. Zie o.a. <https://nos.nl/artikel/2358300-navalny-in-europees-parlement-straf-oligarchen-in-plaats-van-generaals-en-o.a.-https://www.4freerussia.org/navalny-investigations-that-scared-the-cremlin-the-most/>.

62 Het Verenigd Koninkrijk kent sinds 2002 de Proceeds of Crime Act en in 2017 is daar een bepaling in de *Criminal Finance Act* bijgekomen: het is aan geconfisqueerde om uit te leggen hoe het eigendom is verkregen. In dit geval van civiele ontneming dient de High Court het, on the balance of probabilities, het aannemelijk te vinden dat sprake is van vermogensbestanddelen, ten bedrage van tenminste vijftigduizend Britse ponden (on) middellijk uit misdrijf afkomstig zijn Zie voor meer informatie: Florence Keen Royal. *Unexplained Wealth Orders Global Lessons for the UK Ahead of Implementation*. Royal United Services Institute for Defence and Security Studies.

63 MvT, p. 4. De "pluk ze" bepaling van art. 36e wordt hiermee uitgebreid tot NCBC.

64 MvT, p. 6, p. 79.

65 Besluit inbeslaggenomen voorwerpen (Biv), zelfde regeling als bij art. 94 a Sv.

66 Zie ook p. 24 van WODC rapport voor een opsomming van de asset recovery instanties er al zijn in Nederland.

67 Art. 5 en 21 ARaC.

68 Tot nu toe wist niemand wat daar precies mee moest gebeuren. Zie o.a. <https://nos.nl/artikel/2422976-nederland-niet-doeltreffend-met-opsporen-russisch-vastgoed>.

Er zijn al diverse initiatieven gelanceerd, zoals 1) <https://www.occrp.org/en/asset-tracker/> 2) het Regionaal Informatie- en Expertisecentrum (RIEC) en 3) de Freeze & seize taskforce. https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/IP_22_1828 4) In addition to the European Task Force: the 'Russian Elites, Proxies, and Oligarchs (REPO)' Task Force. On Wednesday, 16 March, a ministerial meeting decided on the creation of this international Task Force to ensure the effective implementation of the sanctions, to assist other cooperating nations to locate and freeze assets and to determine the possibility to forfeiture the frozen assets. 5) Transparency International <https://transparency.eu/transparency-international-eu-welcomes-commission-asset-recovery-proposal-but-warns-that-some-provisions-fall-short/>. Zie tevens p. 14 MvT.

Zie het in de MvT aangehaalde arrest: ECLI:NL:HR:2003:AF2841 en ECLI:NL:HR:2003:AL7059).

tot confiscatie.⁶⁹ Er is ook een mogelijkheid van onmiddellijke vervreemding tegen baat van dit jacht voor de confiscatiebeslissing is genomen (voor zover reeds conservatoir beslag is gelegd).⁷⁰ De opbrengst van die verkoop wordt dan ter beschikking gehouden totdat onherroepelijk is beslist op het verzoek tot confiscatie, zodat de eventuele vervangingswaarde aan de eigenaar kan worden terugbetaald indien het verzoek tot confiscatie uiteindelijk wordt afgewezen.⁷¹ De confiscatieprocedure kan overigens gevolgd worden door een strafvervolgning tegen de persoon zelf. Het OM kan echter goede redenen hebben om niet tot strafvervolgning over te gaan, bijvoorbeeld 'als er een specifiek misdrijf bekend is maar geen verdachten ter zake van dat feit in beeld zijn, dan wel dat er onvoldoende bewijs is omtrent de betrokkenheid van bepaalde personen bij het feit.'⁷² Indien het OM daartoe besluit, dan kan een rechtstreeks belanghebbende een art. 12 Sv beklagprocedure opstarten.⁷³

3. Confiscatie van eigendommen van de Russische Federatie, in het bijzonder centrale banktegoeden

Mondiaal gezien vallen de activa van Russische oligarchen in het niet in vergelijking met de (althans getraceerde) eigendommen van de Russische Federatie in het buitenland. Daarbij valt met name te denken aan de tegoeden van de Centrale Bank van Rusland (CBR) die buiten Rusland geparkeerd staan en door verschillende Staten reeds bevroren zijn. De waarde van CBR-tegoeden wordt geschat op 300 miljard Amerikaanse dollar, terwijl de waarde van de bevroren activa van de oligarchen slechts 30 miljard bedraagt.⁷⁴ Confiscatie van CBR-tegoeden draagt dus potentieel meer bij aan de wederopbouw van Oekraïne. Bovendien gaat om het liquide middelen die meteen beschikbaar zijn, terwijl activa van oligarchen, zoals jachten en vastgoed, eerst verkocht of geveild zouden moeten worden. Het verrast dan ook niet dat er stemmen zijn opgegaan om CBR-tegoeden niet alleen te bevriezen, maar ook te confisqueren.⁷⁵

Confiscatie van CBR-tegoeden is evenwel niet vanzelfsprekend, aangezien de eigendom van centrale banken internationaalrechtelijke bescherming geniet. Overeenkomstig artikel 21(1)(c) van het VN-Verdrag inzake Staatsimmunitet geniet eigendom van de centrale bank of een andere monetaire autoriteit van een vreemde Staat immers immunitet

van executie. Hoewel het Verdrag nog niet in werking is getreden, wordt artikel 21(1)(c) als internationaal gewoonterecht beschouwd, ook door Nederlandse rechtbanken.⁷⁶ De Nederlandse regering heeft overigens onlangs een voorstel van rijkswet strekkende tot goedkeuring van het VN-Verdrag ingediend, waarbij zij overwoog dat het verdrag grotendeels een weergave van het gewoonterecht is.⁷⁷ De regering heeft daarbij geen voorbehoud bij artikel 21 gemaakt.⁷⁸

Het verdrag gaat ervan uit dat eigendom van de centrale bank geen commerciële bestemming heeft, en dus (absolute) immunitet van executie geniet. Dit betekent dat zelfs indien bepaalde activiteiten van een centrale bank op het eerste gezicht een commerciële bestemming hebben, de eigendommen van de centrale bank toch immunitet van executie genieten. In die zin vormt artikel 21 een uitzondering op het regime van artikel 19(c) van het VN-Verdrag, dat executie toestaat ten aanzien van goederen met een commerciële bestemming.⁷⁹ Deze absolute benadering erkent dat centrale banken doorgaans hun soevereine reguleringsfuncties uitoefenen via interventies op de open (vrije) markt,⁸⁰ en dat goederen die zij daartoe aanwenden niet zonder meer als commercieel kunnen worden beschouwd. Het Hof Amsterdam overwoog in het arrest *Indover* (2017) als volgt, met betrekking tot goederen van de centrale bank van Indonesië (Bank Indonesia): '*Ingevolge artikel 21 lid 1, aanhef en onder c, VN-Verdrag worden eigendommen van de centrale bank niet beschouwd als eigendommen die in het bijzonder worden gebruikt of beoogd zijn voor gebruik door de staat voor andere dan niet-commerciële overheidsdoelinden*'.⁸¹ Het Hof concludeerde dan ook dat de bank immunitet genoot. Deze benadering wordt ook gevolgd door Engelse rechtbanken. De Engelse *High Court*, in *AIG v Republic of Kazakhstan* (2005) overwoog als volgt met betrekking tot de immunitet van executie van goederen van de centrale bank van Kazachstan: '*The property of a State's central bank*

69 MvT, p. 14. Enige geldelijke tegemoetkoming na confiscatie is overigens mogelijk. Zie MvT, p. 14.

70 MvT, p. 14-15.

71 MvT, p. 30.

72 Zie voor de verschillende scenario's: MvT, p. 16.

73 In de MvT p. 17 valt te lezen dat het OM het niet vervolgen goed dient te motiveren.

74 'Graphic: Russia stored large amounts of money with many countries. Hundreds of billions of it are now frozen', *NBC News* 17 maart 2022.

75 Zie bijvoorbeeld G.C. Hufbauer en J.J. Scott, 'The United States should seize Russian assets for Ukraine's reconstruction', Peterson Institute for International Economics, 21 april 2022; Ministry of Finance of the Republic of Lithuania, 'Russia's Frozen Assets Should be Used for the Reconstruction of Ukraine', 24 mei 2022; P. Zelikow, 'A Legal Approach to the Transfer of Russian Assets to Rebuild Ukraine', *Lawfare* 12 mei 2022.

76 Hof Amsterdam 14 november 2017, ECLI:NL:GHAMS:2017:4683, r.o. 3.7.2 ('Hoewel het VN-Verdrag nog niet in werking is getreden behelst artikel 21 lid 1, aanhef en onder c, VN-Verdrag een codificatie van het internationale gewoonterecht (vgl. HR 28 juni 2013, ECLI:NL:HR:2013:45, NJ 2014/453 en HR 30 september 2016, ECLI:NL:HR:2016:2236, NJ 2017/190)').

77 MvT, Goedkeuring van het op 2 december 2004 te New York tot stand gekomen Verdrag van de Verenigde Naties inzake de immunitet van rechtsmacht van staten en hun eigendommen (*Trb.* 2010/272), *Kamerstukken II*, 2021/22, 36027 (R2160), nr. 3, p. 3.

78 Zij heeft dit slechts gedaan bij artikel 18 van het verdrag. MvT, hoger noot 74, p. 15-16.

79 De essentie van art. 19(c) VN-verdrag is gewoonterrechtelijk van aard. Zie Internationaal Gerechtshof, *Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy: Greece intervening)*, Judgment, I.C.J. Reports 2012, p. 99, par. 115. Bijvoorbeelden van eigendommen met een commerciële bestemming zijn panden die commercieel worden verhuurd, of bankrekeningen die commercieel worden aangehouden.

80 Zie over dit laatste X., Note, 'Too Sovereign to be Sued: Immunity of Central Banks in Times of Financial Crisis', 124 *Harvard Law Review* 550(2010) pp. 568-571. Merk overigens op dat waar de aard van de handeling in beginsel determinerend is voor immunitet van jurisdictie, de bestemming van een goed (waarop beslag dreigt te worden gelegd) determinerend is voor de immunitet van executie. Vergelijk artikel 2(2) VN-Verdrag ('In determining whether a contract or transaction is a "commercial transaction" ... reference should be made primarily to the nature of the contract or transaction') met artikel 19(c) van hetzelfde verdrag.

81 Hof Amsterdam 14 november 2017, ECLI:NL:GHAMS:2017:4683, r.o. 3.7.2.

(or other monetary authority) must enjoy complete immunity from the enforcement process in the UK courts.⁸² Een en ander betekent dat geen dwangmaatregelen kunnen worden genomen ten aanzien van deze eigendom; beslag, laat staan confiscatie, is derhalve in beginsel uitgesloten.

Hierbij is het wel van belang te beseffen dat beslagprocedures zich doorgaans in een commerciële context afspelen. In een typisch scenario komt een vreemde Staat zijn contractuele verplichtingen niet na en gaat de crediteur vervolgens, op basis van een (scheidings-)rechterlijke uitspraak, over tot beslag op goederen van die Staat om zijn vordering te voldoen. In ons scenario van bestuurlijke confiscatie is echter überhaupt geen sprake van een schending van commerciële, contractuele voorwaarden door Rusland: het is de overheid zelf die CBR-tegoeden confisqueert, en dit op grond van door Rusland eerdere begane schendingen van het *internationaal recht*, met name de internationale misdaad van agressie gepleegd tegen Oekraïne, oorlogsmisdaden begaan in Oekraïne, en de (voorlopige) weigering van Rusland om deze schendingen te repareren.⁸³

Omdat er sprake is van voorafgaande schendingen van het internationaal recht door Rusland, is het andere Staten in principe toegelaten *tegenmaatregelen* nemen. Tegenmaatregelen zijn internationaalrechtelijk onrechtmatige daden waarvan de onrechtmatigheid bij nader inzien verschoond wordt op grond van het feit dat de geadresseerde van de tegenmaatregel, in een eerdere fase, zelf internationaalrechtelijk onrechtmatige daden heeft begaan.⁸⁴ De tegenmaatregel is er dan op gericht druk uit te oefenen op de initieel schuldige Staat zodat die zijn eigen internationaalrechtelijke verplichtingen naleeft.⁸⁵ Zodra die Staat weer in de pas loopt, wordt de tegenmaatregel ingetrokken. Concreet zouden Staten waar CBR-tegoeden geparkeerd staan, bij wijze van tegenmaatregel, de immuniteit van executie van de Russische Federatie, die zij geniet op grond van het gewoonterecht (zie hoger), naast zich kunnen neerleggen om

Rusland ertoe te bewegen zich terug te trekken uit Oekraïne en Oekraïne (en Oekraïense burgers) te vergoeden voor de veroorzaakte schade.⁸⁶

De mogelijkheid om tegenmaatregelen te nemen betekent evenwel niet dat (Westerse) Staten zomaar CBR-tegoeden kunnen confisqueren via bestuurlijke beslissing. Ten eerste is het enigszins betwist of 'derde Staten' – dit zijn Staten die zelf niet het slachtoffer zijn geworden van een schending van het internationaal recht – tegenmaatregelen mogen nemen.⁸⁷ Uiteindelijk is Oekraïne het slachtoffer van Russische agressie en andere misdaden, niet de Westerse Staten; het staat dan ook in de eerste plaats aan Oekraïne om tegenmaatregelen te nemen.⁸⁸ Een tweede beperking is dat tegenmaatregelen *tijdelijk* van aard zijn. Ze moeten in beginsel worden ingetrokken zodra de geadresseerde Staat weer aan zijn internationale verplichtingen voldoet.⁸⁹ *Bevriezing* van CBR-tegoeden is zo'n tijdelijke maatregel: zodra Rusland het internationaal recht opnieuw respecteert, kunnen de tegoeden vrijgegeven worden. Dat kan vrij eenvoudig, omdat bevriezing de eigendomstitel niet wijzigt. *Confiscatie* van deze tegoeden is daarentegen een definitieve maatregel. Rusland verliest zijn eigendomstitel ten aanzien van deze tegoeden; deze titel valt toe aan de confisquerende Staat en uiteindelijk mogelijk aan Oekraïne. Confiscatie kan daarom in principe nooit een geldige tegenmaatregel zijn.⁹⁰ De Amerikaanse Minister van Financiën Janet Yellen heeft dan ook gelijk wanneer zij stelt dat beslaglegging op CBR-tegoeden in de VS niet is toegestaan.⁹¹

Dit neemt niet weg dat het internationaal recht ter zake kan evolueren. Het recht van de staatsaansprakelijkheid, dat ook

82 England and Wales High Court, *AIG Capital Partners Inc. and Another v. Republic of Kazakhstan*, Case No. [2005] EWHC 2239 (Comm), 20 October 2005, par. 57(2) en (3). De rechtbank interpreteerde daarbij Sectie 14(4) van de Britse *State Immunity Act* (1978), die stelt dat de '[p]roperty of a State's central bank or other monetary authority shall not be regarded ... as in use or intended for use for commercial purposes.'

83 De weigering om schade te repareren is een aparte internationale onrechtmatige daad. Zie artikel 31(1) van de Artikelen inzake Staatsaansprakelijkheid van de *International Law Commission* (ILC, 2001) ('The responsible State is under an obligation to make full reparation for the injury caused by the internationally wrongful act.').

84 We verwijzen hierbij niet naar het concept 'onrechtmatige daad' in het Nederlandse civiele recht, maar naar het concept 'internationally wrongful act', zoals dat in de ILC-artikelen inzake staatsaansprakelijkheid wordt gebezigd. Overigens zijn tegenmaatregelen wel te vergelijken met de exceptie van niet-uitvoering in het contractenrecht, op grond waarvan een partij bij een overeenkomst het recht heeft een deel van haar verplichtingen niet na te komen indien de andere partij in gebreke blijft (art. 6:52 BW).

85 Artikelen 22 en 49 ILC-artikelen staatsaansprakelijkheid. Men kan ervan uitgaan dat de meeste ILC-artikelen het gewoonterecht weerspiegelen, zij het evenwel niet alle. Zie voor een studie naar de impact van de ILC-artikelen in de praktijk: S. Olleson, 'The Impact of the ILC's Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts', *British Institute for International and Comparative Law* (2007).

86 Vgl. I. Wuerth, 'Does Foreign Sovereign Immunity Apply to Sanctions on Central Banks?', *Lawfare* 7 maart 2022 ('it is possible that confiscation of central bank assets might be excused under international law as countermeasures in response to Russia's violations of international law in Ukraine'). Een aantal internationaalrechtelijke verplichtingen wordt op basis van artikel 50 van de ILC-artikelen staatsaansprakelijkheid uitgesloten van het bereik van tegenmaatregelen, maar de verplichtingen inzake staatsimmunititeit van executie horen daar niet bij. Artikel 50(2)(b) sluit wel uit dat staten de onschendbaarheid van diplomatieke of consulaire agenten, terreinen, archieven en documenten schenden onder het mom van tegenmaatregelen.

87 Artikel 54 van de ILC-artikelen stipuleert cryptisch dat '([t]his chapter does not prejudice the right of any State ... to take lawful measures against that State to ensure cessation of the breach and reparation in the interest of the injured State or of the beneficiaries of the obligation breached.'). Zie voor een uitgebreide bespreking van de onzekere juridische status van "third-party countermeasures": M. Dawidowicz, *Third-Party Countermeasures in International Law* (Cambridge University Press 2017).

88 De staatspraktijk beperkt zich vooral tot Westerse staten. Zie voor een overzicht Dawidowicz, hoger noot 84, p. 111-238. Er valt eventueel ook te denken aan subrogatie, waarbij Oekraïne haar vorderingsrecht gedeeltelijk overdraagt aan een EU-lidstaat, al wordt deze rechtsfiguur niet genoemd in de ILC-artikelen over staatsaansprakelijkheid.

89 Artikel 49(2) ILC-artikelen staatsaansprakelijkheid. Zie voor internationaalrechtelijke praktijk conform met deze regel: Olleson, hoger noot 82, p. 269-270.

90 Tenzij in lijn met het Nederlandse wetsvoorstel wordt gekozen voor een conservatoir beslag dat op het goed blijft ruisten, zelfs na confiscatie en zelfs na verkoop. In dat laatste geval wordt het bedrag van de tegenwaarde conservatoir bewaard. Zie hoger paragraaf 1.3, *in fine*.

91 'Yellen: Not Legal for U.S. to Seize Russian Official Assets', *Reuters*, 18 mei 2022.

het recht van de tegenmaatregelen omvat, is gewoonterrechtelijk van aard. Dat betekent dat de geldende regels kunnen veranderen wanneer de praktijk en rechtsovertuiging van Staten veranderen.⁹² Aangezien slechts een beperkt aantal (Westers georiënteerde) Staten CBR-tegoeden hebben bevroren en wellicht een nog kleiner aantal confiscatie overwegen, is het evenwel weinig waarschijnlijk dat er voldoende 'internationale massa' is voor de vorming van een nieuwe internationale norm die confiscatie toestaat. Als daadwerkelijk confiscatie zou worden overwogen, is op zijn minst een resolutie van de Algemene Vergadering van de VN gewenst.⁹³

Confiscatie van CBR-tegoeden lijkt vanuit rechtspolitiek perspectief evenwel onwenselijk, om meerdere redenen. Ten eerste – en dit hangt samen met de *tijdelijkheid* van tegenmaatregelen – verliest de confisquerende Staat een belangrijk drukkingsmiddel. Als Rusland beseft dat het zijn CBR-tegoeden voorgoed kwijt is, heeft het, althans wat die tegoeden betreft, geen financiële *incentive* meer om de oorlog te beëindigen.⁹⁴ Confiscatie lijkt in die optiek meer een daad van wanhoop dan een strategische beslissing. Ten tweede ondergraaft confiscatie de aantrekkelijkheid van Westerse Staten als veilige havens voor het parkeren van centrale banktegoeden.⁹⁵ Staten zullen voortaan wel twee keer nadenken voor zij hun tegoeden in andere Staten parkeren. Ten derde geldt het beginsel van de reciprociteit in de internationale betrekkingen. Als een praktijk of regel zich ontwikkelt die confiscatie van centrale banktegoeden of andere staatseigendommen mogelijk maakt, kan die in de toekomst ook tegen de eigendommen van 'onze' Staten worden gebruikt.⁹⁶ Ten vierde is de CBR niet louter een financier van de oorlog in Oekraïne, maar beheert hij gelden namens en voor het Russische volk. Door tegoeden van de CBR definitief 'af te pakken' leggen wij een soort collectieve straf op aan het Russische volk – en dit terwijl in het post-Poetin tijdperk aanzienlijke investeringen nodig zullen zijn om niet alleen Oekraïne, maar ook Rusland her op te bouwen.

Het verdient daarom aanbeveling CBR-tegoeden voorlopig alleen maar te bevriezen.⁹⁷ Voor zover die tegoeden toch worden getransfereerd naar een fonds dat is gericht op de wederopbouw van Oekraïne,⁹⁸ dienen zij identificeerbaar te blijven.⁹⁹ Op die manier kunnen ze worden teruggegeven aan Rusland wanneer die laatste het internationaal recht opnieuw respecteert, en met name Oekraïne compenseert.¹⁰⁰ In die zin fungeren de bevroren tegoeden als een zekerheid om Russische compensatie af te dwingen.¹⁰¹ Uiteindelijk kan men eventueel overwegen – al houden wij hier een slag om de arm – om, wanneer Rusland op termijn halsstarrig blijft weigeren tot compensatie over te gaan en het pressiemiddel van bevroering geen vruchten draagt, de bevroren tegoeden als ultieme remedie toch te confisqueren. Multilaterale steun van de Algemene Vergadering van de Verenigde Naties voor een dergelijke beslissing zou op dat moment zeer welkom zijn, met name om zorgen over internationale onrechtmatigheid enigszins te verminderen.

4. Beslag op Russische eigendommen op grond van private procedures

In geval van bestuurlijke confiscatie, zoals in deel 2 geschetst, gaat de overheid zelf over tot onteigening van (doorgaans reeds bestuurlijk bevroren) eigendommen van de Russische Federatie. Deze eigendommen, nadat ze eventueel liquide zijn gemaakt, worden vervolgens geoormerkt voor de wederopbouw van Oekraïne, en in een fonds ondergebracht. Eigendommen van de Russische Federatie kunnen echter ook via een beslagprocedure, die een tegen Rusland gewezen vonnis ten uitvoer legt, aan Rusland worden onttrokken, en vervolgens aan Oekraïne of Oekraïense burgers worden toegewezen.

Staten zouden met name wetgeving kunnen aannemen die de immuniteit van executie van de vreemde Staat¹⁰² buitenspel zet door beslag toe te laten op – althans bepaalde – eigendommen van vreemde Staten, voor zover deze internationale misdrijven hebben gepleegd. Zoals advocaten Tobias Cohen Jehoram en Eelco Meerdink hebben aangevoerd in NRC, zou deze wet er ook in kunnen voorzien dat een private

92 P. Webb, 'Ukraine Symposium – Building Momentum: Next Steps Towards Justice for Ukraine', *Articles of War*, Lieber Institute, 2 mei 2022.

93 De Algemene Vergadering van de VN kan als zodanig geen bindende beslissingen nemen. Uit haar resoluties kan niettemin de rechtsovertuiging van de statengemeenschap blijken. Ook kunnen deze resoluties aanleiding geven tot nieuwe staatspraktijk.

94 Zie ook J. Kirschenbaum en N. Véron, 'Now is not the time to confiscate Russia's central bank reserves', *Bruegel Blog*, 16 May 2022.

95 S.R. Anderson, C. Keitner, 'The Legal Challenges Presented by Seizing Frozen Russian Assets', *Lawfare* 26 mei 2022. Hierbij valt aan te tekenen dat, nu de tegoeden al bevroren zijn, en de discussie over confiscatie al enige tijd wordt gevoerd, het Westen nu reeds niet langer als een veilige haven wordt gepercipieerd.

96 Het Russische Parlement bestudeert op dit moment een wetsvoorstel om eigendommen van 'onvriendelijke' vreemde Staten (alsook individuen en entiteiten daarmee geassocieerd) te confisqueren (federal law amending part 1 of article 235 of the Russian Civil Code). Zie 'Proposed Russian law puts 'unfriendly' assets at risk', *Pinsent Masons*, 27 april 2022. Hiervoor lijkt geen internationale rechtsgrond te zijn. Investeerders die getroffen worden door Russische confiscatiebeslissingen zouden in principe een internationale rechtszaak kunnen starten op basis van schending van (bilaterale) internationale investeringsverdragen.

97 Zie ook P. Stephan, 'Response to Philip Zelikow: Confiscating Russian Assets and the Law', *Lawfare*, 13 mei 2022.

98 Ook kan worden overwogen de tegoeden ter beschikking te stellen van een internationale claimscommissie. Toegewezen claims zouden dan uit deze tegoeden kunnen worden betaald. Zie C. Georgetti e.a., 'Launching an International Claims Commission for Ukraine', *EJIL: Talk!*, 20 May 2022.

99 P. Zelikow, 'A Legal Approach to the Transfer of Russian Assets to Rebuild Ukraine', *Lawfare* 12 mei 2022.

100 Zie E. Criddle, 'Rebuilding Ukraine Will Be Costly. Here's How to Make Putin Pay', *Politico* 30 maart 2022 ('Sooner or later, Putin might be willing to strike a deal on reparations in exchange for normalizing trade relations, lifting travel restrictions and reclaiming some of his country's frozen assets.').

101 Zie ook P. Stephan, 'Response to Philip Zelikow: Confiscating Russian Assets and the Law', *Lawfare* 13 mei 2022.

102 Die thans geldt op basis van het internationaal gewoonterrecht, zoals neergelegd in artikel 19 van het VN-Verdrag over Staatsimmunitet. Zie met name Internationaal Gerechtshof, *Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy: Greece intervening)*, Judgment, *I.C.J. Reports* 2012, p. 99, par. 115.

schuldeiser die van deze beslagmogelijkheid gebruik maakt, 'in ruil een heffing moet betalen die ten goede komt aan de slachtoffers van de misdadige staat'.¹⁰³ Omdat commerciële schuldeisers van de Russische Federatie op basis van een dergelijke wet makkelijker hun vordering (die verder niets met de invasie te maken heeft) op Rusland kunnen verhalen, lijkt het op het eerste gezicht rechtvaardig dat zij een deel van de opbrengst afstaan voor de wederopbouw van Oekraïne of de compensatie van de Oekraïense slachtoffers.

Een alternatief is dat slachtoffers van Russische misdaden in Oekraïne als zodanig een vorderingsrecht krijgen. Op basis van wetgeving die Ruslands immuniteit van rechtsmacht buitenspel zet in geval van internationale misdaden, zouden deze slachtoffers Rusland rechtstreeks kunnen dagvaarden voor de nationale rechtbanken van andere Staten.¹⁰⁴ Zij zouden vervolgens, op grond van eenzelfde uitzondering op de staatsimmuniteit van executie, beslag kunnen leggen op Russische activa in het buitenland. Hiervoor is met name in de Verenigde Staten een belangrijk precedent. Het Amerikaanse Ministerie van Buitenlandse Zaken kan vreemde Staten aanwijzen als "State sponsors of terrorism", wat op dit moment het geval is voor Cuba, Iran, Noord-Korea en Syrië. Eén van de gevolgen van een dergelijke aanwijzing is dat deze Staten geen immuniteit van rechtsmacht noch executie meer genieten in een rechtszaak 'in which money damages are sought against a foreign state for personal injury or death that was caused by an act of torture, extrajudicial killing, aircraft sabotage, hostage taking, or the provision of material support or resources for such an act'¹⁰⁵ (dit zijn handelingen die overigens grotendeels strafbaar worden gesteld krachtens verdragen inzake transnationaal strafrecht).¹⁰⁶ Op basis van deze bepaling hebben slachtoffers van 'terrorisme' (breed gedefinieerd) vonnissen verkregen die in de miljarden dollars lopen. Deze vonnissen hebben ze vervolgens pogen uit te voeren, soms met succes, ten aanzien van in de VS aanwezige activa van de betreffende vreemde Staat.¹⁰⁷ Door ook Rusland toe te voegen aan de lijst van "State sponsors of terrorism", een stap waarop zowel de Oekraïense president Zelensky en Amerikaanse congresleden hebben aangedrongen,¹⁰⁸ zouden Oekraïense slachtoffers van Russische misdaden Rusland kunnen dagvaarden in de VS en aldaar beslag leggen op Russische activa.¹⁰⁹ Daarvoor is wel nog een extra wetswijziging nodig, omdat alleen Amerikaanse

onderdanen zich op dit moment kunnen beroepen op de immuniteitsuitzondering.¹¹⁰

Het buitenspel zetten van staatsimmuniteit van rechtsmacht en executie in geval van internationale misdaden mag aantrekkelijk lijken, maar de internationale rechtmatigheid van een dergelijke demarche is hoogst onzeker. Op dit moment is voor het Internationaal Gerechtshof (IGH) een rechtszaak aanhangig waarbij Iran aanvoert dat de Amerikaanse wetgeving die bevroren tegoeden van de Iraanse Centrale Bank heeft toegewezen aan Amerikaanse schuldeisers (slachtoffers van 'Iraans terrorisme') internationaal onrechtmatig is.¹¹¹ Het is niet onwaarschijnlijk dat het IGH Iran inderdaad in het gelijk zal stellen.¹¹²

Uiteraard kan het gewoonterecht ter zake evolueren, maar opnieuw is de vraag of dit wenselijk is, omdat men om op een hellend vlak terecht dreigt te komen. De Russische operatie in Oekraïne mag dan wel uitzonderlijk en wraakroepend zijn, maar dat betekent nog niet dat de bestaande spelregels zomaar overboord gegooid kunnen worden.¹¹³ Men mag met name niet uit het oog verliezen dat ook andere Staten zich in dat geval kunnen – en hoogstwaarschijnlijk ook zullen – bedienen van de uitzondering op de staatsimmuniteit voor staatsterrorisme. Zo zou Rusland Westerse Staten als "state sponsors of terrorism" kunnen kwalificeren, op grond van hun steun aan Oekraïne en de vergaande sancties die zij aan Rusland hebben opgelegd. Russische burgers die hierdoor schade hebben geleden, zouden deze dan kunnen verhalen op de in Rusland aanwezige activa van Westerse Staten. Overigens is er geen brede, internationaalrechtelijke definitie van terrorisme¹¹⁴ waardoor Staten op puur subjectieve wijze andere Staten als staatsponsors van terrorisme zouden kunnen aanwijzen. Internationale misdrijven zijn daarentegen wel juridisch gedefinieerd en soms ook gedocumenteerd of zelfs vastgesteld (bijvoorbeeld door internationale rechtbanken, VN-organen of onderzoekscommissies), wat het subjectieve karakter van een

103 T. Cohen Jehoram en E. Meerdink, 'Wederopbouw van Oekraïne met Russisch geld? Dat is mogelijk', *NRC Opinie* 18 mei 2022.

104 Vergelijk J. F. Murphy, 'Civil Litigation against Terrorists and the Sponsors of Terrorism: Problems and Prospects', 28 *Review of Litigation* (US) 315 (2008).

105 28 U.S.C. Section 1605A.

106 Zie met name VN-Verdrag tegen Foltering, *International Convention against the taking of hostages; Convention for the Suppression of Unlawful Seizure of Aircraft*.

107 Zie voor een toegankelijk overzicht: 'Justice against sponsors of terrorism. JASTA and its international impact', Briefing voor het Europees Parlement, oktober 2016.

108 T. Vorozhko, 'US Lawmakers Push Biden to Designate Russia a State Terror Sponsor', *VOA News* 19 mei 2022.

109 A. Moiseenko, 'Russian Assets, Accountability for Ukraine, and a Plea for Short-Term Thinking', *EJIL: Talk!*, 5 maart 2022.

110 Of een lid van de Amerikaanse strijdkrachten dan wel een werknemer of contractor van de Amerikaanse overheid. Zie 28 U.S.C. Section 1605A(a)(2) (A)(ii). Wellicht is hier ook prorogatie nodig (overdragen van de vordering), want voor een Oekraïens slachtoffer is het niet vanzelfsprekend om vanuit een derde staat tegen Rusland te procederen.

111 Internationaal Gerechtshof, *Certain Iranian Assets (Islamic Republic of Iran v. United States of America)*, Application Instituting Proceedings, 14 juni 2016.

112 In een eerder arrest uit 2012 had het IGH immers al geoordeeld dat er voor internationale misdaden geen gewoonterechtelijke uitzondering is op de immuniteit van Staten. *Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy: Greece intervening)*, Judgment, I.C.J. Reports 2012, p. 99. Hierbij valt wel aan te tekenen dat de gewoonterechtelijke immuniteit als zodanig niet meer aan de orde is in de rechtszaak tussen Iran en de VS, maar slechts de mogelijke schending van een bilateraal (investerings-)verdrag tussen beiden Staten. *Certain Iranian Assets (Islamic Republic of Iran v. United States of America)*, Preliminary Objections, Judgment, I.C.J. Reports 2019, p. 7.

113 Vgl. C. Michel, 'Here's where the West can get the cash to rebuild Ukraine', *CNN* 31 mei 2022 ('Russia's disastrous turn demands solutions outside the current playbook.')

114 Zie B. Saul, *Defining Terrorism in International Law* (Oxford University Press 2008). Zie evenwel hoger noot 48 voor de EU-richtlijn terrorisme. Ook zijn er meerdere verdragen die specifieke verschijningsvormen van terrorisme adresseren. Zie hoger noot 103.

immunitatsexceptie voor internationale misdrijven reduceert. Maar ook dan geldt dat het risico op manipulatie groot is. In herinnering kan worden gebracht dat Rusland zijn 'speciale militaire operatie' in Oekraïne deels rechtvaardigt op grond van het internationaal misdrijf van 'genocide' dat door Oekraïne beweerdelijk wordt gepleegd tegen Russischtaigen – wat aanleiding gaf tot een door Oekraïne tegen Rusland aangespannen rechtszaak voor het Internationaal Gerechtshof.¹¹⁵ Rusland zou op dezelfde manier Westerse interventie en sancties als 'oorlogsmisdaad' kunnen beschouwen en de staatsimmunitet op grond daarvan aan de kant schuiven, hoe absurd de Russische claims ook mogen lijken.

Behoedzaamheid bij het opheffen van staatsimmunitet is dan ook geboden. Dat geldt zelfs in geval het er alle schijn van heeft dat de betreffende vreemde Staat – zoals Rusland – zich daadwerkelijk schuldig heeft gemaakt aan internationale misdrijven. Onze dorst naar rechtvaardigheid mag ons niet verblinden voor het hellend vlak waarop we terecht komen wanneer we de bestaande regels in vraag stellen. Deze regels zijn in de loop van de geschiedenis uiteindelijk niet toevallig tot stand gekomen. Ook al druiht hun toepassing in concrete gevallen in tegen ons rechtvaardigheidsgevoel, ze garanderen internationale stabiliteit en vrede op langere termijn.¹¹⁶

5. Afsluitende opmerkingen

In deze bijdrage hebben we nagegaan of Russische eigendommen niet alleen bevroren, maar ook geconfisqueerd kunnen worden, met het oog op het financieren van de wederopbouw van Oekraïne.

We hebben daarbij vastgesteld dat er kansen liggen om eigendommen van Russische oligarchen te confisqueren, voor zover zij een criminele herkomst hebben. We hebben argumenteerd dat deze eigendommen inderdaad gelinkt kunnen worden aan verschillende misdrijven, die met name te maken hebben met de onrechtmatige privatisering van Russische staatseigendommen in de jaren 1990 ('stolen assets'). Confiscatie is ook mogelijk zonder voorafgaande strafrechtelijke veroordeling (NCBC), waardoor kostbare tijd wordt uitgespaard. Bovendien heeft NCBC een civiel karakter, waarbij volstaat dat het 'aannemelijk' is dat de eigendommen van de oligarch een illegale herkomst hebben, zonder dat 'wettig en overtuigend bewijs' moet worden geleverd (de klassieke strafrechtelijke bewijsstandaard¹¹⁷). De bewijslast kan tevens worden omgekeerd, als gevolg waarvan het aan de oligarch (en niet de confisquerende staat) is om de legale herkomst van de middelen aan te tonen.

De opbrengst van de confiscatie, na eerst te zijn toegefallen aan de nationale schatkist, kan vervolgens worden aangewend voor de wederopbouw van Oekraïne. De vraag rijst niettemin of althans een deel van de opbrengst niet moet worden gereserveerd voor teruggave (op termijn) aan het Russische volk, dat immers 'bestolen' is door de oligarchen. Er zij op gewezen dat reeds internationale programma's zijn ontwikkeld om door kleptocraten gestolen goederen via gerichte investeringen terug te geven aan de benadeelde bevolking.¹¹⁸

We zijn minder geporteerd van confiscatie van, of beslag op, Russische overheidseigendommen. Deze eigendommen zijn internationaalrechtelijk beschermd door staatsimmunitet van executie. Er zijn stemmen opgegaan om deze immunitet te doorbreken op basis van internationaalrechtelijke tegenmaatregelen dan wel op basis van een immunitetsuitzondering voor terrorisme of internationale misdaden. Wij vrezen evenwel dat een dergelijke demarche meer problemen veroorzaakt dan zij oplost, onder meer omdat hiermee de deur wordt opengezet voor de uitholling van staatsimmunitet door ook andere staten. De internationale politieke en economische stabiliteit is hiermee niet gebaat.

115 Allegations of Genocide under the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (*Ukraine v. Russian Federation*). Application Instituting Proceedings, 27 februari 2022.

116 Vgl. P. Stephan, 'Giving Russian Assets to Ukraine – Freezing Is Not Seizing', *Lawfare* 26 april 2022.

117 Art. 339 Sv.

118 Zie bijvoorbeeld The BOTA Foundation, *Final Summative Report*, 12 februari 2015. BOTA is een stichting die in 2008 werd opgericht door vijf onderdanen van Kazachstan, alsook de overheden van Kazachstan, de VS en Zwitserland om 115 miljoen US dollar in gestolen active terug te geven aan de Kazachse bevolking, met name arme kinderen, jongeren en hun families.