

Inbeslagneming en confiscatie naar aanleiding van strafbare rechtsschendingen

Deel I: Juridische vormgeving in de V.S.¹

I Inleiding

Lange tijd heeft het aantasten van vermogensrechten naar aanleiding van strafbare rechtsschendingen een minieme rol gespeeld in het strafrecht. Centraal stond de bestraffing van de dader als persoon. Voor de strafrechtelijke vordering was het belang van zijn bezit beperkt tot bewijsgaring of openbare orde (verbeurdverklaring). De vermogensaantasting was een hulpmiddel, nimmer een zelfstandige sanctie. Wat de civielrechtelijke vordering betreft, kon het slachtoffer, afhankelijk van het rechtsstelsel, zich burgerlijke partij stellen in het kader van het strafproces (Franse model) of zijn schade verhalen bij de civiele rechter. Beide modellen hebben gemeen dat het slachtoffer van het strafbaar feit een nevenrol speelt en zijn belangen beperkt zijn tot de schadevergoeding.

De huidige dominante leidmotieven bij de criminaliteitsbestrijding, zoals strijd tegen drugshandel, georganiseerde misdaad, fraude en corruptie, heiligen niet alleen veel middelen, maar ook nieuwe sancties. Eén van de opvallende middelen is het toenemend arsenaal aan (straf)procesrechtelijke mogelijkheden op het terrein van buitgericht opsporen, inbeslagnemen en confisqueren van crimineel vermogen.² De tijd dat confiscatie enkel een belangrijke rol speelde in douanewetgeving is voorbij en het ziet er naar uit dat onder invloed van het Noord-Amerikaanse model de confiscatie³ van crimi-

* Hoogleraar economisch-financieel strafrecht RU Utrecht.

1 Dit artikel is tot stand gekomen dankzij een studieverblijf aan de American University te Washington in het kader van een NWO-Pionier subsidie.

2 Daarnaast zijn er nieuwe strafbaarstellingen gecreëerd en zijn bij de bestaande de materiële bestanddelen verruimd, de morele bestanddelen beperkt en de strafmaat verhoogd. Ook hebben de handhavingsorganen nieuwe onderzoeksbevoegdheden gekregen (pro-actief rechercheren).

3 Ik gebruik hier doelbewust de algemene termen inbeslagneming en confiscatie, omdat de naamgeving varieert van land tot land. Een klassiek onderscheid is dit tussen de inbeslagneming-confiscatie van het instrument waarmee het delict is gepleegd (*instrumentum sceleris*), het voorwerp van het delict (*objectum sceleris*)

→

nele vermogens een belangrijke plaats verwerft, niet alleen als middel, maar ook als zelfstandige sanctie.⁴ De nadruk is verschoven van verbeurdverklaring van voorwerpen 'to preserve evidence of wrongdoing' naar confiscatie-sancties 'to assert ownership and control over the property'. Die invloed vanuit de V.S. loopt niet rechtstreeks, maar via allerhande internationale en Europese normen die mede zijn gebaseerd op het buitgericht beleid in de V.S. Ik denk hierbij aan de UN Conventie van Wenen⁵, de Straatsburgse Conventie⁶ en aan de Europese witwasrichtlijn.⁷ Deze internationale en Europese bronnen zijn geen V.S.- doordruk en laten de staten keuzevrijheid bij de procesrechtelijke invulling van de confiscatie-sancties. Die invulling is geen louter technische operatie, want ze is verweven met de procesrechtelijke bevoegdheden en het *ius puniendi* van de staat. Kortom, de basisprincipes van het straf(proces)recht worden zwaar op de proef gesteld.⁸ Confiscatie-sancties hebben dikwijls niet alleen betrekking op tenlastegelegde feiten, maar ook op soortgelijke feiten. Daarbij komt dat er ook vaak sprake is van een lichtere bewijslast, in de vorm van het hebben van voldoende aanwijzingen of het aannemelijk maken, en dat de bewijslast wordt omgedraaid met betrekking tot de legitieme herkomst van de goederen of waarden. Door de buitgerichte benadering komen ook de rechten van derden met betrekking tot die goederen in een bijzonder daglicht te staan. Tot slot wordt de confiscatie-procedure in veel landen losgekoppeld van de eigenlijke straf-procedure en is er dus sprake van een twee-fasen-proces, al dan niet binnen het strafproces. De Nederlandse 'pluk-ze-regeling'⁹ en de niet

3 →

en de opbrengsten van het delict (*productum sceleris*). Deze indeling heeft een relatieve waarde, want de grenzen zijn niet altijd even scherp. Zie J.J.E. Schutte, *Ter vergroting van de afpakkans*, oratie, Arnhem, 1990.

4 Hier kan uiteraard een parallel worden getrokken met de uitbreiding van andere sanctievormen, zoals administratieve boeten (civil penalties), die in de VS door de civiele rechter of op het Europees continent, maar ook in de VS steeds meer, door het bestuur zelf worden opgelegd.

5 UN Convention against illicit traffic in narcotic drugs and psychotropic substances, Vienna, 1988.

6 Convention on laundering, search, seizure and confiscation of the proceeds from crime, Straatsburg, 1990.

7 Richtlijn 91/308 tot voorkoming van het gebruik van het financiële stelsel voor het witwassen van geld, Pb 1991, L 166.

8 Zie hierover M.S. Groenhuijsen, *Het juridisch tekort in het strafrecht*, Nederlands Juristenblad 1996, p. 1527.

9 Wet van 10 december 1992, Stb. 1993, nr 11.

totstandgekomen Wet confiscatie crimineel vermogen¹⁰ zijn illustraties bij uitstek van deze thematiek.

Gezien de herkomst van de confiscatie-sancties stel ik me in deze bijdrage tot doel de juridische vormgeving in de V.S. te analyseren, om die vervolgens kritisch tegen het licht te houden, mede aan de hand van de Bill of Rights en de rechtspraak van het Supreme Court. Centrale vraag is of en in welke mate de V.S. erin geslaagd zijn de nieuwe wapens in de strijd tegen drugscriminaliteit en georganiseerde misdaad zodanig in te richten dat ze ook beantwoorden aan de minimumeisen van rechtsbescherming.

2 Inbeslagneming en confiscatie in de V.S.

2.1 De juridische vormgeving

Zoals bekend, bestaat er in de V.S. niet één regime van straf(proces)recht. De 50 staten hebben elk een afzonderlijk stelsel, waarbij gedragingen strafbaar worden gesteld binnen de jurisdictie van elke staat en door de eigen politie, OM en strafrechtbanken worden opgespoord, vervolgd en berecht. Daarnaast heeft de federale wetgever, Congress, in uitvoering van haar constitutionele bevoegdheden, federale strafwetgeving uitgewerkt. De strafrechtstelsels van de staten en van de federatie bestaan naast elkaar.¹¹ De problematiek van confiscatie-sancties (seizure/forfeiture) heeft vooral een grote vlucht genomen onder invloed van de nieuwe federale drugswetgeving. Om die reden beperken we ons in dit verband tot het federale niveau. Daarenboven hebben de federale confiscatie-bepalingen voorrang op het recht van de staten (preemption-doctrine). Via 'white-collar statutes', regelgeving verweven rond de concepten witwassen (money laundering) en georganiseerde misdaad (racketeering), is die aanpak geleidelijk aan verruimd naar de handhaving van andere economische regelgeving (substantive statutes) betreffende de beurs of het milieu of gericht tegen trustvorming of fraude. Momenteel zijn er op federaal niveau alleen al een 140-tal federale wetten met confiscatie-bepalingen. In feite heeft de overheid de plaats ingenomen van het slachtoffer en claimt in die positie de vergoeding van maatschappelijke schade, die

¹⁰ TK 1993-1994, 23407, 1-3. Zie J. Broekhuizen en I. Schmohl, *Een nieuwe 'in rem' procedure? Balanceren op de grens van straf- en privaatrecht*, Ars Aequi, 1995, p. 484.

¹¹ Voor meer uitleg, met name over de conflicten tussen beide rechtsstelsels, zie J.A.W. Lensing, *Amerikaans strafrecht*, Arnhem, 1996.

vaak de kosten van de overheid en de opbrengsten voor de dader overstijgt. Op die manier krijgen de confiscatie-sancties in plaats van een schadevergoedend, reparatoir (remedial) karakter, een punitief (punitive) karakter. De confiscatie-sancties zijn dus vergelijkbaar met (strafrechtelijke) boeten. Op het Departement van Justitie heeft de US Attorney General confiscatie-sancties tot een topprioriteit verklaard en er ook een speciaal bureau (Executive Office of Asset Forfeiture) voor opgericht, dat per jaar vele honderden miljoenen dollars aan confiscatie-inkomsten binnenhaalt. Ook de DEA en de FBI zijn bijzonder actief op dit terrein. De confiscatie, niet alleen van drugsopbrengsten (proceeds), maar ook van vermogen en zelfs van ondernemingen, moet er toe leiden dat de criminele organisaties een resolute 'civiele dood' sterven. Dit heeft geleid tot spanning tussen de (vermogens)rechten van de burger en de macht van de staat en tot een publiek debat over de grenzen van de rechtshandhaving, die de Supreme Court, in tegenstelling tot het Hof voor de Rechten van de Mens,¹² hebben verplicht tot een rijke staalkaart aan jurisprudentie.

Vooreerst een korte schets van de juridische vormgeving van de confiscatie-sancties in de V.S.¹³ Er dient een onderscheid te worden gemaakt tussen de civielrechtelijke en strafrechtelijke vorm (civil and criminal forfeiture)¹⁴, ook al vinden beide confiscatie-procedures hun oorsprong in het vermoeden van een strafbaar feit.¹⁵ Strafrechtelijke confiscatie is een *in personam* procedure die gekoppeld is aan criminele verdenking tegen personen. Dit betekent dat ze integraal deel uitmaakt van de strafprocedure. Deze confiscatie is afhankelijk van de veroordeling (post-conviction) en wordt opgelegd door de strafrechter als een formele bestraffing aan de veroordeelde en alleen voor de veroordeelde feiten. De civielrechtelijke confiscatie, daarentegen, is een *in rem* procedure¹⁶ met betrekking tot het vermogen, niet

12 Zie J.A.E. Vervaele, *Strafbare rechtsschendingen en het aantasten van vermogensrechten. 'In rem'-procedures en de moeizame EVRM-jurisprudentie*, in: C.H. Brants, e.a., *Er is meer. Opstellen over mensenrechten in internationaal en nationaal perspectief*, Deventer, 1996, 77-92.

13 Hierbij ga ik niet in op de internationaalrechtelijke aspecten van deze problematiek. Zoals bekend, hanteert de V.S. een 'long arm jurisdiction' benadering. Zie bijdragen in R.D. Atkins, *The alleged transnational criminal*, Dordrecht, 1995.

14 Het onderscheid 'civil-criminal' in het Angelsaksische recht is misleidend, want 'civil' omvat ook sancties opgelegd door het bestuur zelf of door het bestuur voor de (civiele) rechter gevorderd (administratieve sancties).

15 M.C. Beun, *'Plukze' in Amerika*, Trema, 1994, p. 463.

16 De *in rem*-procedure kent drie vormen: 'things guilty, things hostile, things indebted'. 'Things guilty' geeft de band aan met het oorspronkelijke strafbare feit en is de enige procedure waarbij vermogensrechten worden aangetast naar aanleiding van strafbare feiten.

de verdachte, gebaseerd op de wettelijke fictie dat het vermogen zelf schuld draagt. In tegenstelling tot de strafrechtelijke confiscatie is deze procedure niet onderworpen aan het strafprocesrecht en is een veroordeling geen onontbeerlijke voorwaarde. In 80% van deze civielrechtelijke confiscaties komt het zelfs nooit tot een officiële ten-lastelegging. Sommigen spreken dan ook ronduit van een 'guilty property fiction'. Zelfs wanneer de overheid onvoldoende bewijzen heeft om iemand in staat van beschuldiging te stellen of te veroordelen, kan de civielrechtelijke confiscatie worden doorgezet. Het motto luidt dan ook: 'Civil forfeiture procedure is a prosecutor's dream and a defense attorney's nightmare'. Deze confiscatie is erop gericht de personen aansprakelijk te stellen voor het gebruik of de toelating tot gebruik van hun vermogen in strijd met het strafrecht of voor het aanvaarden van vermogen van criminele oorsprong. Ondanks het feit dat de confiscatie-sancties gericht zijn op de handhaving van strafrecht, worden ze tevens geëffectueerd via civielrechtelijke in rem procedures. De civielrechtelijke confiscatie kan zowel worden opgelegd door de civiele rechter als door een handhavingsorgaan (enforcement agency).¹⁷ Het handhavingsorgaan heeft de keuze tussen 'summary forfeiture', wanneer de goederen in se ongeoorloofd zijn (drugs, smokkelwaren) en administratieve confiscatie. In het laatste geval mag de agency vermogen in beslag nemen en confisqueren indien de federale wetgeving in zo'n bevoegdheid voorziet naar aanleiding van strafbare feiten¹⁸ en het voorwerp minder dan 500.000 \$ vertegenwoordigt, onder importverbod valt, uit een vervoermiddel bestaat waarmee drugs zijn getransporteerd of geld betreft dat voorwerp is van een monetaire transactie.¹⁹ In tegenstelling tot de summary-variant geldt voor de administratieve confiscatie een kennisgeving van inbeslagneming aan belanghebbenden en aan derden in het algemeen.

17 In de V.S. zijn tal van verzelfstandigde diensten van de overheid belast met regelgeving en handhaving in een beleidssector. Voorbeelden van regulatory agencies met handhavingsbevoegdheid (enforcement agencies) zijn de Environmental Protection Agency (EPA), de Food and Drug Administration (FDA), the Securities and Exchange Commission (SEC) en Financial Crime Enforcement Network (FinCEN). Hun handhavingsbevoegdheid is niet beperkt tot het instellen van onderzoek, maar omvat ook vorderingsrecht voor de rechter en in een aantal gevallen ook zelfstandige sanctiebevoegdheid (opleggen van administratieve boetes en confiscatie-sancties). Binnen de agencies zijn administratieve rechters en leden van het OM werkzaam.

18 Hierop worden de bepalingen van het douanerecht, 19 USC §§ 1602-1621 van toepassing verklaard. Toch is de reikwijdte veel breder dan die van de douanesmokkel. Veel ordeningswetgeving, zoals bijvoorbeeld delen van de milieuwetgeving, valt eronder.

19 Zie 31 USC § 5312(a)(3) (Bank Secrecy Act).

Indien niet wordt gereageerd, neemt de agency zelf een confiscatiebeslissing. Zowel de 'summary forfeiture' als de administratieve variant zijn dus buitengerechtelijk. Indien niet aan bovenvermelde voorwaarden is voldaan of indien het onroerende goederen betreft, danwel wanneer de belanghebbende verzet aantekent, dient de U.S. Attorney te worden ingeschakeld voor 'civil forfeiture' door de civiele rechter. De rechter vaardigt, eveneens na een kennisgeving, een 'order of forfeiture' uit, die door de U.S. Marshals Service van het Departement van Justitie ten uitvoer wordt gelegd.

Er is in de V.S. geen algemene bepaling voor confiscatie, noch op civielrechtelijk, noch op strafrechtelijk terrein. De federale wetten bepalen of en welke confiscatie-sancties kunnen worden opgelegd. Tussen 1790 en 1970 was er geen enkele federale wet die voorzag in strafrechtelijke confiscatie. Dit had alles te maken met de afkeer van de Engelse common law confiscatie (forfeiture of estate), waarbij in de koloniale tijd alle bezittingen van criminelen automatisch werden geconfisqueerd ten voordele van de Kroon. De civielrechtelijke, in rem confiscatie bestaat sinds 1790 op douanegebied en is door permissieve rechtspraak van de Supreme Court naar vele handhavingsterreinen uitgebreid. In 1970 is de stap naar strafrechtelijke confiscatie dan toch gezet in twee federale wetten met betrekking tot georganiseerde misdaad en drugs: de wet op Racketeer Influenced and Corrupt Organizations (RICO)²⁰ en de wet op Continuing Criminal Enterprise (CCE).²¹ Vervolgens zijn vergelijkbare confiscatiebepalingen opgenomen in andere federale wetten, zoals in de Money Laundering Control Act 1986 (MLCA)²² en in de federale bepalingen van straf(proces)recht.²³ Heden ten dage is het concept van de strafrechtelijke confiscatie integraal verankerd in het Amerikaanse straf(proces)recht.²⁴ Er zijn ook maatregelen genomen om het confisqueerbaar vermogen binnen het net te houden, aangezien in het strafrecht vóór de veroordeling geen mogelijkheden bestaan tot conservatoir beslag. De strafrechtbank kan vermogen laten bevriezen en via 'temporary restraining orders' of 'injunctions' alles in het werk stellen om de status quo van het vermogen te garanderen in afwach-

20 Organized Crime Control Act 1970, 18 USC §§ 1961-1968.

21 Comprehensive Drug Abuse Prevention and Control Act 1970, 21 USC §§ 848-853.

22 18 USC §§ 981-982, die ook van toepassing zijn op de 'Financial Institutions Reform, Recovery, and Enforcement Act' (FIRREA). De FIRREA kwam tot stand in reactie op de talrijke schandalen in de financiële wereld.

23 18 USC §§ 1956-1957 & 1960.

24 D.J. Frie, *Rationalizing criminal forfeiture*, The Journal of Criminal Law & Criminology, 1988, p. 328-436

ting van verdere strafrechtelijke actie. Uit de 140 wetten met confiscatie-bepalingen analyseer ik de belangrijkste modellen die via hun voorbeeldfunctie tot een 'widening effect' hebben geleid. Het zal niet verbazen dat alles is begonnen met de 'war on drugs'. Wat aanving met de confiscatie van smokkelwaren werd stapsgewijs verruimd naar: afgeleide smokkel (voertuigen, opslagplaatsen), opbrengsten (proceeds), afgeleide opbrengsten (derivate proceeds), om te eindigen bij waardeconfiscatie (value property forfeiture) en confiscatie van vervanggoederen (substitute asset forfeiture).

2.2 *Drugs en georganiseerde misdaad: functionele handhavings-terreinen*

De Amerikaanse federale *drugswetgeving* kent dus sinds 1970 naast de civielrechtelijke ook de strafrechtelijke confiscatie.²⁵ De civielrechtelijke variant²⁶ voorziet in confiscatie van:

1 drugs; voorwerpen en producten die zijn gebruikt, of gebruik tot intentie hadden, om de drugs te produceren, te verwerken, te leveren, te transporteren, te importeren en te exporteren; de containers en vervoermiddelen, inclusief schepen en vliegtuigen, die gebruikt zijn voor vervoer, of vervoer tot intentie hadden of het vervoer, de verkoop, het bezit, etc. mogelijk moesten maken;

2 geld en waarden die gebruikt zijn om drugs te verkrijgen, of dit gebruik tot intentie hadden, of zo'n handel mogelijk moesten maken en van 'all proceeds traceable to such an exchange'²⁷ en

3 vermogen (ook onroerend) dat gebruikt is, of dit gebruik tot intentie had, om het plegen van drugsmisdrijven mogelijk te maken.

Ondanks deze zeer ruime object-omschrijving gaan de nieuwe strafrechtelijke confiscatie-sancties nog een stap verder. Naast de confiscatie van de opbrengsten (proceeds)²⁸ en van het vermogen dat wordt gebruikt om drugsmisdrijven te plegen (facilitating property)²⁹, behoort tevens de confiscatie van het vermogen van de crimi-

25 G.M. Maveal, *The unemployed criminal alternative in the civil war of drug forfeitures*, American Criminal law Review, vol 30:35, p. 35-96.

26 21 USC § 881.

27 Dit begrip wordt door de rechtbanken zo ruim geïnterpreteerd dat een waardeconfiscatie in beeld komt.

28 21 USC § 853 (a) (1): 'any property constituting, or derived from, any proceeds the person obtained, directly or indirectly, as the result of such violation'.

29 21 USC § 853 (a) (2): 'any of the person's property used, or intended to be used, in any manner or part, to commit, or to facilitate the commission of, such violation'.

nele vereniging (continuing criminal enterprise property)³⁰ en van de vervangingsgoederen (substitute assets)³¹ tot de mogelijkheden. Deze laatste is een waardeconfiscatie in plaats van een objectconfiscatie. Hierbij gaat het vermogen niet over op de staat, maar wordt de staat schuldeiser. Zoals blijkt, is de confiscatie niet beperkt tot opbrengsten, maar strekt die zich uit tot alles wat de criminele activiteit mogelijk maakt of erin betrokken is. Op die manier wordt de onderneming zelf tot voorwerp van confiscatie (enterprise forfeiture).

Deze uitgebreide strafrechtelijke confiscatie is overgenomen in de wetgeving inzake economische en financiële criminaliteit en georganiseerde misdaad in het bijzonder. De Organized Crime Control Act 1970 bevat onder titel IX *RICO*.³² *RICO*³³ heeft tot doel, via het aanpakken van criminele netwerken, de infiltratie van de georganiseerde misdaad in de legale bedrijfsuitoefening te bestrijden. De constitutionele bestanddelen van *RICO*³⁴ liegen er niet om: 1) dat de beschuldigde 2) door het stellen van twee of meer handelingen³⁵ 3) die een patroon vormen 4) van 'racketeering activity' 5) direct of indirect investeert in, of een belang behoudt in, of deelneemt aan 6) een onderneming 7) wiens activiteiten van invloed zijn of interstatelijke of internationale handel. Het begrip 'racketeering' betekent eigenlijk financieel banditisme, zoals oplichting, afpersing, fraude, prostitutie, drugshandel etc. Het is zo ruim gedefinieerd dat bijna alle vormen van onwettige vermogensverwerving eronder vallen. *RICO* bevat geen nieuwe strafbare gedragingen, maar verbindt strafrechtelijke en civielrechtelijke consequenties aan het begaan (patroon) van minstens twee strafbare feiten, waaronder veel 'predicate offenses'

30 21 USC § 853 (a) (3) vereist veroordeling op basis van 21 USC 848, zijnde criminele vereniging: '(...) the person shall forfeit, in addition to any property described in paragraph (1) or (2), any of his interest in, claims against, and property or contractual rights affording a source of control over, the continuing criminal enterprise'.

31 21 USC § 853 (p): 'Missing property or property diminished in value. If any of the property described in subsection (a), as a result of any act or omission of the defendant (1) cannot be located upon the exercise of due diligence; (2) has been transferred or sold to, or deposited with, a third party; (3) has been placed beyond the jurisdiction of the court; (4) has been substantially diminished in value; or (5) has been commingled with other property which cannot be divided without difficulty; the court shall order the forfeiture of any other property of the defendant up to the value of any property described in paragraphs (1) through (5).'

32 18 USC §§ 1961-1968.

33 N. Jörg, *De afbouw van het accusatoire karakter van het Amerikaanse strafrecht onder invloed van de RICO-wet van 1970*, DD 14 (1984), p. 852-866.

34 21 USC § 1962.

35 Zie 21 USC § 1961 voor de predicate offenses.

vallen, inclusief bijvoorbeeld zedenzaken en afvalstoffenhandel. Al snel liet de rechtspraak, inclusief de Supreme Court³⁶, de eis vallen dat het over infiltratie in de legale economie moet gaan, hetgeen de reikwijdte van RICO fors heeft uitgebreid. Daarenboven valt samenzwering (conspiracy) tot het plegen van RICO ook onder de strafbepalingen. Het Department of Justice geeft grif toe dat de mogelijkheden van RICO breedlopend zijn.³⁷ Overtredingen van RICO kunnen worden aangepakt via het civiel recht (rechterlijk bevel tot ontslag of tot het verkopen van het bedrijfsaandeel) en/of via het strafrecht (20 jaar gevangenisstraf, boeten en confiscatie van vermogen verkregen door of gebruikt in relatie tot 'racketeering activities'). RICO bevat zonder twijfel de krachtigste instrumenten in de strijd tegen de georganiseerde misdaad. RICO kent geen civielrechtelijke confiscatie, maar wel een strafrechtelijke³⁸, die een kopie is van de drugsconfiscatie. RICO bevat naast de confiscatie-sanctie van opbrengsten, inclusief afgeleide en vervangende³⁹, ook nog de confiscatie van de belangen in en verbonden met de onderneming van de verdachte.⁴⁰ Op deze manier wordt niet alleen de nexus tussen strafbare feiten en opbrengsten losgelaten, maar komt de regeling ook dicht in de buurt van een algemene vermogensconfiscatie (burgerlijke dood), temeer daar de confiscatie niet beperkt is tot dat deel van de onderneming dat door de 'racketeering activity' is besmet.⁴¹

Op het financiële terrein voorziet 18 USC § 981 in de civiele confiscatie bij inbreuken op de rapportageplicht bij monetaire transacties (CTR). Begrippen als 'any property, real or personal involved in'

36 Zie zaken *US v. Turkette*, 452 US 576 (1981) en *Russello v. US*, 464 US 16 (1983).

37 Department of Justice Manual, losbladig, 9-110.200 (9-2131).

38 18 USC § 1963.

39 18 USC 1963 (m): 'If any of the property described in subsection (a), as a result of any act or omission of the defendant (1) cannot be located upon the exercise of due diligence; (2) has been transferred or sold to, or deposited with, a third party; (3) has been placed beyond the jurisdiction of the court; (4) has been substantially diminished in value; or (5) has been commingled with other property which cannot be divided without difficulty the court shall order the forfeiture of any other property of the defendant up to the value of any property described in pars. (1) through (5).' Dit is parallel aan 21 USC § 853 op drugsterrein.

40 18 USC § 1963 (a): 'whoever violates any provision of § 1962 (...) shall forfeit (...) (1) any interest the person has acquired or maintained in violation of § 1962; (2) any (A) interest in; (B) security of; (C) claim against; or (D) property or contractual right of any kind affording a source of influence over any enterprise which the person has established, operated, controlled, obtained, directly or indirectly, from racketeering activity or unlawful debt collection in violation of § 1962.' Dit is parallel aan 21 USC § 853 (a)(3) op het drugsterrein.

41 A proposal to reform criminal forfeiture under RICO and CCE, 97 Harv. L. Rev. 1929 (1984).

of 'any property within the jurisdiction of the United States, constituting, derived from, or traceable to, any proceeds obtained directly or indirectly from an offense' worden ruim geïnterpreteerd en houden bijvoorbeeld ook bankrekeningen in, aangezien die gebruikt worden om witwasmisdrijven te plegen. De strafrechtelijke confiscatie op het gebied van CTR en *money laundering* is van recente datum.⁴² Sinds 1986 was dit mogelijk voor de inbreuken op de *money laundering* statutes 18 USC § 1956 (witwassen) of § 1957 (illegale monetaire transacties), maar beperkt tot 'any property, real or personal, which represents the gross receipts the person obtained, directly or indirectly, as a result of such offense, or which is traceable to such gross receipts'. 'Gross receipts' betekenden alleen de commissielonen van de witwasser, niet het geld zelf. In 1988 werd 18 USC § 982 (a) aangepast. Ook inbreuken op de CTR-verplichtingen⁴³ werden eronder gebracht en het toepassingsgebied van de confiscatie werd uitgebreid tot 'any property, real or personal, involved in such offense, or any property traceable to such property'. Tevens werd in 18 USC § 982 (b) het concept van de 'substitute assets' ingevoerd. Toch bleef er een probleem, want de witwasser beschikt als dienstverlener meestal niet over het vermogen. Daarom werd in 1990 nog een aanpassing doorgevoerd, waardoor het eigen vermogen van de witwasser kan worden geconfisqueerd, op voorwaarde dat hij drie of meer operaties doorvoert in een periode van 12 maanden en voor een waarde van minstens 100 000 \$.⁴⁴ In 1992 werden ondernemingen die gespecialiseerd zijn in het illegaal geldverkeer⁴⁵ nog aan de confiscatie-lijst toegevoegd.

Tot slot is specifieke confiscatie-wetgeving uitgewerkt op het terrein van financiële bankcriminaliteit. Door het invoeren van *FIRREA*, de Financial Institution Reform, Recovery, and Enforcement Act (1989), werd naast de mogelijkheid tot civielrechtelijke confiscatie⁴⁶ bij strafbare feiten in de financiële wereld ook voorzien in een strafrechtelijke confiscatie⁴⁷ die op zich beperkt is tot opbrengsten en waarde-confiscatie. Maar veel *FIRREA*-overtredingen kunnen worden doorgekoppeld naar overtredingen van *RICO* en witwasrege-

42 R. Banoun & R.G. White, *U.S. Money laundering and forfeiture laws and their impact on innocent third parties*, in R.D. Atkins, o.c., p. 219.

43 31 USC §§ 5313, 5316 en 5324.

44 21 USC § 982 b (2).

45 18 USC § 1960.

46 18 USC § 981 (a) (1) (C), (D) en (E).

47 18 USC § 982 (a) (2), (3) en (4).

lingen, waardoor de vergaande ondernemingsconfiscatie ook hier kan worden gebruikt.

2.3 *Civielrechtelijke versus strafrechtelijke confiscatie: een balans*

Het opleggen van een confiscatie-sanctie is niet overgelaten aan de rechterlijke vrijheid, maar veelal verplichtend (mandatory) gedefinieerd. Welke confiscatie-procedure kan worden gevolgd en wie legt de sanctie op? De specifieke federale wetgeving bepaalt of civielrechtelijke en/of strafrechtelijke confiscatie-sancties mogelijk zijn, en bij de civielrechtelijke of die door de rechter of door de administratie (enforcement agency) zelf kunnen worden opgelegd. Indien de wet in diverse confiscatie-procedures voorziet, hetgeen in de regel het geval is, bepaalt de agency, bij afwezigheid van eigen bevoegdheid, of een strafrechtelijke of civielrechtelijke weg of beide worden gevolgd.⁴⁸ Met uitzondering van summary en administratieve confiscatie is steeds tussenkomst van het OM - onder gezag van het ministerie van Justitie - nodig, dat vaak bureau houdt in de agencies. Vervolgens wordt de confiscatie-sanctie opgelegd door de civiele of strafrechter (gerechtelijke confiscatie). De civielrechtelijke procedure kan ook nog worden ingesteld na het aflopen van de strafrechtelijke procedure, ook al heeft die niet geleid tot veroordeling. Alhoewel strafrechtelijke confiscatie fors is toegenomen, blijft civielrechtelijke confiscatie de gangbare weg voor het confisqueren van vermogen dat is verkregen door of gebruikt in strafbare overtredingen van de wet. Onder druk van de strijd tegen drugs en georganiseerde criminaliteit zijn de autoriteiten het 'schuldig vermogen' erg ruim gaan interpreteren en dus ruim gaan confisqueren, los van de strafrechtelijke procedure.

Tevens is gebleken dat door het verbinden van ruime strafrechtelijke confiscatie-bepalingen met strafbepalingen die als blanco-norm zijn gedefinieerd, men erin geslaagd is ook via de strafvorderlijke weg een paradijs voor de vervolgingsorganen te creëren. In feite is de reikwijdte van de strafrechtelijke confiscatie breder dan die van de civielrechtelijke. Immers, deze laat ook de confiscatie van vervanggoederen en waardeconfiscatie toe. Tevens is de positie van derden in het strafrecht zwakker, tenzij ze bona fide zijn. Met name op drugsgebied gaat de strafrechtelijke vorm nog verder door ook de 'facilitating business interests' te confisqueren. De strafrechtelijke vorm heeft evenwel het nadeel dat het strafrechtelijk bewijs 'beyond

⁴⁸ In dit geval bepalen richtlijnen dat bij de tweede confiscatie de eerste moet worden verrekend.

reasonable doubt' (burden of persuasion)⁴⁹ eist en dat de staat niet in het bezit komt van het vermogen vóór de veroordeling. De civielrechtelijke vorm heeft een beperktere reikwijdte, maar kent de veel lichtere bewijsvorm⁵⁰ van 'probable cause'⁵¹ en de overheid verkrijgt het vermogen vóór de veroordeling. In de civielrechtelijke procedure moet degene wiens vermogen dreigt te worden geconfisqueerd, vervolgens het tegenbewijs leveren op basis van 'preponderance of evidence'. Hij kan zich hierbij beroepen op het feit dat het strafbaar feit niet heeft plaatsgevonden, op het bewijs van legale oorsprong, op disproportionaliteit of op de 'innocent owner defense'. Deze omkering van de bewijslast is door de Supreme Court conform constitutioneel recht bevonden.⁵² Soms is de civielrechtelijke confiscatie de enige weg, als bijvoorbeeld het vermogen gedeeld bezit is van de verdachte en een niet-verdachte, de verdachte voortvluchtig is of voor het sanctioneren van iemand die toelating heeft gegeven tot gebruik van zijn vermogen voor criminele doeleinden, zonder dat zijn medeplichtigheid aan strafbare feiten hoeft te worden bewezen.

De bewijslast in de civiele confiscatie-procedure plaatst de belanghebbende sowieso in een zwakke positie, maar het onderscheid in bewijslast heeft ook nog andere nare consequenties voor de justitiabele. De regering kan zich immers beroepen op de doctrine van de 'collateral estoppel'. Wanneer de verdachte strafrechtelijk wordt veroordeeld voor de feiten, kan de regering het bewijs aanwenden in de civielrechtelijke confiscatie-procedure. Wanneer verdachte evenwel wordt vrijgesproken, kan hij dit niet tegenwerpen in de civielrechtelij-

49 Ook dit moet worden gerelativeerd want de rechtspraak is verdeeld over de bewijslast. Sommige rechtbanken gaan er immers van uit dat de confiscatie geen onderdeel uitmaakt van de strafbaarstelling zelf, waarvoor 'beyond reasonable doubt' vereist is, maar een onderdeel is van de bestraffing, waarvoor bewijs op basis van 'preponderance of evidence' volstaat. Zie tekstcommentaar op 21 USC § 853 in Lexis/Nexis.

50 Het is trouwens opvallend dat de Engelse Drug Trafficking Offences Act 1986, die alleen strafrechtelijke confiscatie kent, in section 1(7A) wel voorzien heeft in een civielrechtelijke 'standard of proof' om te bepalen of een persoon van drugs-handel voordeel heeft genoten.

51 'Probable cause' wordt gedefinieerd als 'a reasonable belief, supported by facts and circumstances' (ernstige bezwaren). De overheid kan de 'probable cause' hard maken niet alleen met direct bewijs, maar ook met circumstantial evidence, hearsay evidence (tips van informanten bijv.) en met arrestatierapporten. In tegenstelling tot de confiscatie geldt voor civielrechtelijke boeten het zwaardere bewijsregime van 'preponderance of evidence'.

52 *United States v. One Assortment of 89 Firearms*, 465 US 354, 362 (1984). Zie ook: *United States v. Santoro*, 866 F. 2d 1538 (4th Cir. 1989) en *United States v. \$ 250,000 in U.S. Currency*, 808 F. 2d 895 (1st Cir. 1987).

ke procedure, omdat het bewijsniveau voor de strafrechter strenger is dan voor de civiele rechter.

Het tweede deel van deze bijdrage zal in afl. 5 (mei) worden gepubliceerd.