

Strafbare rechtsschendingen en het aantasten van vermogensrechten. 'In rem'-procedures en de moeizame EVRM-jurisprudentie

J.A.E. Vervaele

Inleiding

Wie de wetenschappelijke loopbaan van collega Swart heeft gevolgd, weet dat hij een bijzondere voorliefde koestert voor vraagstukken die, qua analyse en oplossingsrichtingen, nationaal en internationaal straf(proces)recht en mensenrechtenverdragen combineren. Vanuit die belangstelling en ervaring kent hij als geen ander de mogelijkheden en grenzen van de harmoniserende en integrerende werking van het (regionaal) internationaal recht op het nationale straf(proces)recht. Ondanks de vele gemeenschappelijke tradities die onze rechtsstelsels kenmerken, verschillen de systemen van strafprocesrecht in Europa niet alleen grondig van elkaar. Ze zijn vooral ook vanuit een andere filosofie op overheid, recht en justitie ontstaan en ontwikkeld.¹ Wie denkt het huis te vernieuwen door een paar binnenmuren te slopen en deze te vervangen met nieuwe systeemelementen, kan wel eens geconfronteerd worden met instortingsgevaar of erger. De hervorming van het Italiaanse strafprocesrecht, geënt op het in de Italiaanse inquisitoire cultuur (*processus per inquisitionem*) inplanten van de angelsaksische tegensprekelijke procedure (*processus per accusationem*), inclusief de *plea bargaining*, is in dit opzicht een voorbeeld dat veel wetenschappers, geïnteresseerd in rechtsculturen, zou moeten boeien.

Harmonisatie, integratie, unificatie. Het zijn woorden die steeds meer in verband gebracht worden met het straf(proces)recht, niet in de eerste plaats door het EVRM en de strafrechtsverdragen van de Raad van Europa,² maar vooral door de Europese integratie in het kader van de Europese Unie.³ Onder het EG-

- 1 Zie Mirjan R. Damaska, *The Faces of Justice and State Authority. A comparative approach to the legal process*, Yale, 1986.
- 2 M. Delmas-Marty, *The European Convention for the Protection of Human Rights*, Dordrecht, 1992; C. Harding, P. Fennell, N. Jörg en B. Swart, *Criminal Justice in Europe. A Comparative Study*, Oxford, 1995.
- 3 J.A.E. Vervaele, *Handen en tanden van het (gemeenschaps)recht*, Deventer, 1994; G. Dannecker, *Strafrecht der Europäischen Gemeinschaft*, in: A. Eser & B. Huber, *Strafrechtsentwicklung in Europa 4.3.*, Freiburg i. Br., 1995. J.A.E. Vervaele, *Fraud against the European Community*, Deventer, 1992.

Verdrag is diverse keren geprobeerd strafrechtelijke harmonisatiebevoegdheden voor de gemeenschapsinstellingen in de wetgeving expliciet in te bouwen. Het is de EG niet gelukt om die bevoegdheid, waarover zij haar inziens beschikt en die door het Hof van Justitie nooit is bevestigd of ontkend, ook daadwerkelijk aan te wenden en bijgevolg via communautaire wetgeving de lidstaten harmonisatieverplichtingen voor te schrijven op het terrein van het straf(proces)recht, zoals verplichte strafbaarstelling of verplichte strafsanctie-voorschriften. Om die reden is de invloed van het communautair recht op het nationaal straf(proces)recht beperkt gebleven tot een indirecte. Met de inwerkingtreding van het Verdrag van Maastricht is de positionering van het strafrecht veranderd. De redenering hierboven blijft, op basis van het *acquis communautaire*,⁴ gelden voor de eerste communautaire pijler (het EG-Verdrag). Maar daarnaast voorziet de derde pijler (samenwerking op de terreinen van Justitie en Binnenlandse Zaken) in een gemeenschappelijke aanpak. De derde pijler heeft, mede door de ingewikkelde besluitvormingsstructuur en het unanimitieitsbeginsel, nog niet tot spectaculaire, juridisch bindende resultaten geleid, maar de politieke toon is door de lidstaten duidelijk gezet in de talrijke resoluties die een gemeenschappelijke politiek op het vlak van georganiseerde misdaad, corruptie, drugsbestrijding en fraude voorstaan, met vergaande consequenties voor het nationaal straf(proces)recht en voor politieke en gerechtelijke samenwerking. De Europese Commissie werkt anderzijds aan een mini-code voor strafrecht en straf(proces)recht, zij het beperkt tot de bestrijding van de financiële belangen van de Gemeenschap.

Binnen de eerste en de derde pijler wordt dus, althans in concept, gesleuteld aan het zogenaamd 'mechanisme' van het straf(proces)recht. Mijns inziens zijn het evenwel ingrepen die het 'mechanisme' veruit overstijgen en die zowel consequenties hebben voor de gehele structuur van het strafprocesrecht als voor de rechtsstatelijke positie ervan. De strijd tegen drugshandel, georganiseerde misdaad, fraude en corruptie zijn hierbij *leitmotiven*, die als doel worden aangewend om veel middelen te heiligen. Vanuit die optiek zou ik hier kunnen kiezen voor een behandeling van bovenstaande harmonisatie-ontwikkelingen. Voor deze bundel opteer ik evenwel, in de annotatie-traditie van Swart, voor een casus-behandeling met aspecten van nationaal en internationaal straf(proces)recht, mensenrechten én ook hier communautair recht. Ik spits me hierbij toe op een rechtsfiguur die, naar aanleiding van strafbare feiten, vermogensrechten aantast in de vorm van dwangmiddel of sanctie: inbeslagneming en confiscatie.⁵ Waarom precies dit onderwerp? Onder invloed van genoemde *leitmotiven* zijn de bevoegdheden en toepassingsmogelijkheden de laatste jaren in het strafprocesrecht van de lidstaten fors uitgebreid, met name op het terrein van het buitgericht opsporen en het confisqueren van crimineel vermogen. Het is daarenboven een voorbeeld van een op het eerste gezicht 'technisch instrument' dat zich makkelijk

4 Zie Titel I, gemeenschappelijke bepalingen van het Unie-Verdrag en art. K.1 van Titel VI.

5 Ik gebruik hier doelbewust algemene termen, omdat de invulling per lidstaat verschilt.

leent voor harmonisatie. Bij nadere analyse is het zodanig verweven met de procesrechtelijke bevoegdheden en het *ius puniendi* van de overheid, dat aanpassingen de fundamenteën van het straf(proces)recht en dus ook van de rechtsstaat raken. De inbeslagneming en confiscatie kunnen veel vormen aannemen. 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*) en de opbrengsten van het delict (*productum sceleris*), vergelijkbaar in het Nederlandse straf(proces)recht met respectievelijk de verbeurdverklaring (art. 33 Sr, straf), de onttrekking aan het verkeer (art. 36b Sr, maatregel) en de ontneming van het wederrechtelijk verkregen voordeel (art. 36e Sr, maatregel). Deze indeling heeft een relatieve waarde, want de grenzen tussen *instrumentum sceleris*, *objectum sceleris* en *productum sceleris* zijn niet altijd even scherp.⁶

Op welke wijze en in welke mate de drie vormen van inbeslagneming-confiscatie verweven zijn met de fundamenteën van het straf(proces)recht en van de rechtsstaat, wil ik illustreren en analyseren aan de hand van de EVRM-rechtspraak. In veel landen kent de douanewetgeving ruime bevoegdheden op het vlak van inbeslagneming-confiscatie, met name bij het bestrijden van smokkel en drugshandel. Vaak wordt de bewijslast versoepeld of omgekeerd. De inbeslagneming-confiscatie is procedureel sterk op het voorwerp gericht (*in rem*); de band met de persoon (*ad personam*) en het strafbaar feit (*mens rea - actus reus*) is vaak gereduceerd tot een minimum. Dit geldt zowel voor de dader als voor derden. Het moge duidelijk zijn dat deze bevoegdheden zeer effectief kunnen zijn bij deze criminaliteitsbestrijding, maar zijn ze ook in overeenstemming met de eisen van mensenrechtenbescherming, zoals neergelegd in het EVRM? Uitgangspunt is daarbij een recente zaak over inbeslagneming-confiscatie van een vliegtuig van Air Canada (*instrumentum*). Vervolgens komt goudmuntensmokkel (*objectum*) en confiscatie van drugsvermogen (*productum*) aan de orde.

Inbeslagneming-confiscatie: EVRM-jurisprudentie

Zaak Air Canada v. Verenigd Koninkrijk, EHRM 5 mei 1995

Feiten en procedure in het Verenigd Koninkrijk

Op 1 mei 1987 nam *Her Majesty's Customs and Excise Office*, op basis van sections 139 en 141 van de *Customs and Excise Management Acts* (CEMA 1979), een vliegtuig van Air Canada in beslag.⁷ Dat op dat moment honderden passagiers

6 J.J.E. Schutte, *Ter vergroting van de afpakkans*, oratie Amsterdam, Arnhem, 1990.

7 Section 139 (1): 'Any thing liable to forfeiture under the customs and excise Acts may be seized or detained by any officer or constable or any member of Her Majesty's armed forces or

klaar stonden om aan boord te gaan, deed er niet toe. Immers, enige dagen ervoor was in het bagageruim van het vliegtuig 331 kg cannabishars aangetroffen. Nog dezelfde dag werd het vliegtuig opnieuw vrijgegeven, evenwel niet dan na van Air Canada betaling van een geldsom van £50.000 geëist te hebben, op basis van section 152 van de CEMA en *par. 16 Schedule 3 Provisions relating to forfeiture*.⁸ Niet zonder belang is dat dit incident het laatste was in een rij. Tussen 1983 en 1987 had de douane onvolkomenheden vastgesteld in het beveiligingssysteem van Air Canada, waardoor diverse keren illegaal drugs in het Verenigd Koninkrijk waren binnengekomen. Air Canada was daarover ingelicht en de douane had Air Canada ook de wacht aangezegd. Air Canada dient een bezwaarschrift in en stelt dat het vliegtuig niet in beslag genomen kon worden, omdat het niet vatbaar is voor confiscatie. De douane stelt een procedure in bij de *High Court*, strekkende tot het opleggen van de confiscatie (*instrumentum sceleris*). De douane houdt vast aan de visie dat het vliegtuig, op het moment van de inbeslagneming, vatbaar was voor confiscatie. Air Canada roept daarbij twee verdedigingsexcepties in: 1) de maatschappij wist niet dat er cannabis aan boord was en was niet onzorgvuldig door het niet te ontdekken en 2) ze konden niet met *reasonable diligence* de cannabis aan boord hebben ontdekt of het hebben voorkomen. Rechter Tucker komt in zijn uitspraak tot het besluit dat het vliegtuig inderdaad niet geconfisqueerd kan worden én dat de klagers sowieso over verdedigingsexcepties beschikken zoals 'onwetendheid' en 'redelijk toezicht'. Daarenboven, motiveert Tucker, rust op de douane een bewijslast, namelijk aan te tonen dat Air Canada wist of had moeten weten (*dolus* of *culpa*) dat deze cannabishars aan boord van het vliegtuig was of dat het vliegtuig geen reguliere en reglementaire vlucht uitvoerde (wat hier niet het geval was). Kortom, het bewijs van het moreel element (*mens*

coastguard;'

Section 141 (1): 'Without any prejudice to any other provision of the Customs and Excise Acts 1979, where any thing has become liable to forfeiture under the customs and excise Acts - (a) any ship, aircraft (...);'

Section 141(3): 'Where any of the following, that is to say (...) (b) any aircraft (...) becomes liable to forfeiture under this section by reason of having been used in the importation, exportation or carriage of goods contrary to or for the purpose of contravening any prohibition or restriction for the time being in force with respect to those goods, or without payment having been made of, or security given for, any duty payable thereon, the owner and the master or commander shall each be liable on summary conviction to a penalty equal to the value of the ship, aircraft or (level 5 on the standard scale), whichever is the less.'

- 8 Section 152: 'The Commissioners may, as they see fit - (a) stay, sist or compound any proceedings for an offence or for the condemnation of any thing as being forfeited under the customs and excise Acts; or (b) restore, subject to such conditions (if any) as they think proper, any thing forfeited or seized under those Acts (...);'

Par. 16: 'Where any thing has been seized as liable to forfeiture the Commissioners may at any time if they see fit and notwithstanding that the thing has not yet been condemned, or is not yet deemed to have been condemned, as forfeited - (a) deliver it up to any claimant upon his paying to the Commissioners such sum as they think proper, being a sum not exceeding that which in their opinion represents the value of the thing, including any duty or tax chargeable thereon which has not been paid (...).'

rea) speelt bij de confiscatie-sanctie onmiskenbaar een rol, *strict liability* is niet aan de orde. De douane gaat in beroep en krijgt een uitspraak bij het *Court of Appeal*, die diametraal ingaat tegen de uitspraak in eerste aanleg. Lord Justice Purchas stelt het als volgt:

'The wording of section 141 is, in my view, clear and unambiguous and does not permit of any implication or construction so as to import an element equivalent to *mens rea* (criminal intent) nor does it involve in any way any person in the widest sense whether as user, proprietor or owner but depends solely on "the thing" being used in the commission of the offence which rendered the goods liable to forfeiture (...)'.

Het argument van Air Canada dat section 141 door haar vorm of minstens door haar effecten te kwalificeren is als een strafrechtelijk voorschrift, wordt door het *Court of Appeal* verworpen. Lord Justice Purchas is omzichtig in zijn formulering:

'In my judgment, the answer to this submission which demonstrates its fallacy is that the process which is invoked as a result of sections 141(1), 139 and Schedule 3 is by description a civil process. This would not, if all other matters militated to the contrary, prevent it from being in its nature a criminal provision. Mere words would not necessarily be conclusive although the procedure in the civil courts outlined in Schedule 3 must carry considerable weight.'

Op basis van *case-law* komt hij evenwel tot de vaste overtuiging dat section 141 een procedure *in rem* voorziet tegen het *instrumentum sceleris*. Het morele element in hoofde van de gebruiker, eigenaar of bezitter speelt geen enkele rol. Het vaststellen en bewijzen van opzet, schuld of onzorgvuldigheid of nalatigheid in hoofde van Air Canada staat volledig los van de inbeslagneming-confiscatie. Door het *in rem*-karakter is er geen sprake van een strafrechtelijk voorschrift of sanctie. Bijgevolg spreekt de *Court of Appeal* de confiscatie van het vliegtuig uit, hetgeen door het vrijgeven van het vliegtuig tegen betaling van een geldsom, de facto de confiscatie van de geldsom betekent.

EVRM-procedure (ECRM/EHRM)

In het verzoekschrift aan de ECRM roept Air Canada schending in van artikel 1 van Protocol n° 1 (eigendomsrecht)⁹ en van artikel 6(1). De ECRM¹⁰ relateert inbeslagneming en steunt haar oordeel vooral op de £50.000, dat men als proportioneel beschouwt ten opzichte van het eigendomsrecht in artikel 1 van

9 Art. 1: 'Every natural or legal person is entitled to the peaceful enjoyment of his possessions. No one shall be deprived of his possessions except in the public interest and subject to the conditions provided for by law and by the general principles of international law.'

The preceding provisions shall not, however, in any way impair the right of a State to enforce such laws as it deems necessary to control the use of property in accordance with the general interest or to secure the payment of taxes or other contributions or penalties.'

10 Rapport van 30 november 1993.

Protocol 1. Kort door de bocht en verwijzend naar vroegere rechtspraak¹¹ wordt de confiscatie-sanctie uitgesloten van het begrip strafrechtelijke vervolging. Wat de burgerlijke rechten en plichten betreft, wordt volstaan met het vaststellen van niet-uitputting van de rechtsmiddelen door de klager tegen de oplegging van de geldsom. Gezien de nipte meerderheid bij de besluitvorming zijn er maar liefst vijf *dissenting opinions*. Trechsel en Liddy en Marxer hebben het over een boete onder de verkapte vorm van inbeslagname-confiscatie en dus over een *criminal charge* in de zin van artikel 6(1). Anderen stellen onverenigbaarheid vast met burgerlijke rechten en plichten of met artikel 1 van Protocol n° 1.

De *dissenting opinions* mogen niet baten, want het EHRM komt tot dezelfde conclusie als de ECRM. De inbeslagneming heeft, volgens het EHRM, geen eigendomsoverdracht tot gevolg, maar een tijdelijke beperking van het eigendomsgebruik, met het doel te voorkomen dat vliegtuigen worden gebruikt om onder andere verboden drugs in het Verenigd Koninkrijk binnen te brengen. Ook de confiscatie is geen eigendomsoverdracht, aangezien die alleen betrekking heeft op de reeds betaalde geldsom en niet op het vliegtuig zelf. Valt nog te bezien of de confiscatie van de geldsom verenigbaar is met de uitzonderingen voorzien in artikel 1, leden 2 en 3 van Protocol n° 1. Het EHRM stelt dat de bevoegdheden van de douane in het Verenigd Koninkrijk opvallend ver gaan. Niettemin, in deze zaak werd slechts overgegaan tot uitzonderlijke maatregelen nadat diverse inbreuken waren vastgesteld, en steeds met het doel voor ogen de internationale drugshandel te bestrijden. Daarenboven stond voor Air Canada een beroepsgang bij de rechter open om de toepassing van de discretionaire bevoegdheden door de douane op redelijkheid te toetsen. Alhoewel in deze beroepsprocedure de merites van de zaak niet aan de orde kunnen komen, komt deze procedure volgens het EHRM, gezien vroegere rechtspraak, tegemoet aan de eisen van artikel 1, lid 2. Het is aan de nationale rechter om te beslissen dat de discretionaire bevoegdheid door de douane onwettig is aangewend, op basis van onrechtmatigheid of procedurele onregelmatigheden. De nationale procedure is zodanig dat de uitoefening van bevoegdheden op redelijkheid wordt getoetst. De conclusie van het EHRM luidt bijgevolg dat, gezien de grote hoeveelheid cannabis, haar straatwaarde en de waarde van het inbeslaggenomen vliegtuig, de eis tot betaling van een geldsom van £50.000 niet onevenredig was ten opzichte van het doel, namelijk het algemeen belang bij het bestrijden van illegale drugsimport in het Verenigd Koninkrijk. Om die reden, stelt het EHRM, en rekening houdende met de beoordelingsmarge voor de lidstaten, heeft het Verenigd Koninkrijk met de besluitvorming in deze zaak een redelijke belangenafweging gerealiseerd en artikel 1 van Protocol n° 1 niet geschonden.

Met betrekking tot artikel 6(1) stelt Air Canada dat haar een strafsanctie, in casu strafrechtelijke boete, is opgelegd. Noch de confiscatie, noch de theoretische

11 Zaak Raimondo v. Italië, rapport 21 oktober 1992 en zaak AGOSI (zie infra). Intussen is er uitspraak: EHRM 22 februari 1994, Series A, vol. 281.

mogelijkheid van de beroepsgang voldoen aan de eisen van artikel 6(1). Is er hier sprake van een strafvervolging? Het EHRM oordeelt negatief en volgt de visie van de *Court of Appeal*: een procedure *in rem*. Hierbij laat het EHRM meewegen dat er geen sprake is van strafrechtelijke procedures of strafrechtelijke bepalingen in formele zin en dat er geen enkele dreiging is met een strafrechtelijke procedure bij niet-betaling van de geldsom.¹² In subsidiaire orde pleit Air Canada dat zowel de inbeslagneming van het vliegtuig als de geldboete beslissingen zijn over de burgerlijke rechten en plichten van de maatschappij, zonder volwaardige beroepsgang bij een gerechtelijke instantie, hetgeen in strijd is met artikel 6(1). Het EHRM stelt dat het vaststaat en niet omstreden is dat de burgerlijke rechten en plichten van de maatschappij in het geding zijn. Wat de inbeslagneming betreft, is het zo dat de douane beroep moet doen op de rechter om de confiscatie te verkrijgen. In casu is dit ook gebeurd en hebben partijen ermee ingestemd dat de procedure beperkt zou worden tot juridische (niet feitelijke) geschilpunten. Hiermee is volgens het EHRM voldaan aan de eis van artikel 6(1). Wat de betaling van de geldsom betreft, is het zo dat in het Verenigd Koninkrijk Air Canada een procedure had kunnen instellen, waarbij ze de feitelijke gronden voor die bevoegdheidsuitoefening ter discussie had kunnen stellen. Aangezien Air Canada de procedure niet heeft benut, voelt het EHRM zich niet geroepen in abstracto de procedure te toetsen aan artikel 6(1). Het EHRM concludeert dan ook dat er geen sprake is van schending van artikel 6(1).

De uitspraak van het EHRM roept veel vragen op, zelfs binnen het EHRM, gezien de zeer kritische *dissenting opinions* van maar liefst 4 rechters. Walsh is van mening dat hier wel degelijk sprake is van een strafvervolging. Reeds in de zaak *Oztürk v. Duitsland* heeft het EHRM de autonomie van het begrip strafvervolging in artikel 6 onderstreept. Elementen die daarbij een rol spelen, zijn de aard en de zwaarte van de sanctie die aan betrokkene wordt opgelegd. Air Canada kreeg £50.000 geldboete opgelegd, in feite voor strafbare feiten begaan door één of meerdere personen die haar onbekend zijn en voor dewelke zij geen verantwoordelijkheid draagt. Het mag dan zo zijn dat de veroordeling wordt gekwalificeerd als een beslissing *in rem*, de sanctie werd opgelegd *ad personam*. Walsh is bijgevolg de opinie toegedaan dat er schending is én van artikel 1 Protocol n° 1 én van artikel 6. Pekkanen valt vooral over de zeer vergaande discretionaire bevoegdheden van de douane, die qua inbeslagneming en daaropvolgende maatregelen feitelijk ongelimiteerd zijn. Pekkanen vraagt zich af of deze wettelijke omkadering wel voldoet aan de eis van 'voorzienbaarheid', zoals gesteld door de EHRM-jurisprudentie. Hij vindt in ieder geval van niet. Daarenboven dient, zijns inziens, bij dergelijke vergaande discretionaire bevoegdheden, de beroepsprocedure te gebeuren door een gerechtelijke instantie met volheid van bevoegdheid. Het feit dat de gerechtelijke controle in het Verenigd Koninkrijk zich beperkt

12 EHRM 27 februari 1980, Series A, vol. 35 (*Deweert v. België*).

tot een toezichtsprocedure, betekent dat er geen sprake is van beroep, en levert strijdigheid op én met artikel 1 van Protocol n° 1 én met artikel 6.

Veruit de meest interessante *dissenting opinion* is evenwel afkomstig van Martens en Russo gezamenlijk. Zij zijn van mening dat de confiscatie hier geen reparatoir rechtskarakter heeft, maar gericht is op het sanctioneren van een delict, namelijk drugsmokkel, met het oog op speciale en generale preventie. Deze vorm van confiscatie is duidelijk te situeren in het kader van het strafrecht, namelijk als *instrumentum sceleris*. Bijgevolg kwalificeren Martens en Russo deze confiscatie, in de termen van artikel 1, lid 2 van Protocol n° 1, als noodzakelijk om de betaling van *penalties* te verzekeren. Nochtans onderscheidt section 141(1) van de CEMA zich in twee opzichten van de inbeslagneming en confiscatie van het *instrumentum sceleris*: bestanddelen die betrekking hebben op opzet of schuld (*mens rea*) spelen geen rol; personen, in hoedanigheid van gebruiker, eigenaar of bezitter, staan buiten de procedure. Dit doet niets af aan het feit dat er verdenking van een strafbaar feit (smokkel) moet zijn en dat de inbeslagneming/confiscatie mede gericht is op speciale en generale preventie. Dit heeft tot gevolg dat wanneer de dader niet de eigenaar of bezitter, et cetera van het instrument is, deze laatste zich in het Verenigd Koninkrijk niet kan verdedigen tegen de confiscatie op basis van de exceptie van onschuld (dat hij redelijkerwijs niet kon weten of vermoeden dat zijn goed als instrument voor het plegen van een delict zou worden gebruikt). Is dit verenigbaar met artikel 1, lid 1 van Protocol n° 1? In feite zou voor een confiscatie, die materieel neerkomt op een criminele sanctie, op de autoriteiten de bewijslast van de *mens rea* moeten rusten. Martens en Russo aanvaardden dat, met name in het douanerecht, de bewijslast wordt omgekeerd.¹³ Dit betekent evenwel niet dat confiscatie van vermogen voor een rechtsschending – hoe belangrijk die schending ook mag zijn en hoe dwingend het algemeen belang het voorkomen en bestraffen ervan vereist – met artikel 1 van Protocol 1 verenigbaar is, als er geen enkele relatie bestaat tussen de bezitter van de goederen of de persoon verantwoordelijk voor de goederen en de rechtsschending. Kan dit euvel worden verzacht door het feit dat de douane over discretionaire bevoegdheden beschikt, op basis van section 152 en par. 16 of Schedule 3, om het in beslag genomen goed vrij te geven tegen betaling van een geldsom? Martens en Russo antwoorden negatief, want in een rechtsstaat dienen de beperkingen van het eigendomsrecht in de regelgeving zelf uitdrukkelijk te worden bepaald. Daarenboven is de bevoegdheid van de douane om het goed terug te geven, uitermate discretionair. Zelfs al zou de douane in alle redelijkheid omgaan met deze bevoegdheid, dan nog zien Martens en Russo problemen in relatie tot artikel 6. Immers, nog afgezien van de juridische kwalificatie die aan het systeem van confiscatie-sanctie wordt gegeven (civiel, administratief of strafrechtelijk), heeft de douane de bevoegdheid om de lucht-

13 Zie EHRM 7 oktober 1988, Series A, vol. 141 (Salabiaku v. Frankrijk), en EHRM 25 september 1992, Series A, vol. 243 (Pham Hoang v. Frankrijk).

vaartmaatschappij te vervolgen en te bestraffen met een aanzienlijke boete en hen te dwingen tot betaling. In de jurisprudentie van het EHRM wordt de toewijzing van dergelijke bevoegdheden aan administratieve autoriteiten verenigbaar met artikel 6 geacht, evenwel op voorwaarde dat er een gerechtelijke beroepsweg ten gronde open staat. De beroepsweg in het Verenigd Koninkrijk voldoet daar niet aan, omdat niet alle juridische en feitelijke merites van de zaak kunnen worden onderzocht. Dus besluiten Martens en Russo tot schending én van artikel 1 van Protocol n° 1 én van artikel 6(1).

Conclusie

De uitspraak van het EHRM is ronduit teleurstellend. Door deze vorm van confiscatie niet onder de rechtsbescherming van het EVRM te brengen wordt een gevaarlijk precedent geschapen en staat het de lidstaten vrij sancties onder vermogensvorm uit de strenge eisen van rechtsbescherming van het strafrecht en het EVRM los te weken. Het is tevens de vraag of het EHRM haar uitspraak voldoende heeft onderbouwd. Het is immers frappant vast te stellen dat McFarlane, auteur van dé commentaar op de CEMA,¹⁴ de regeling van inbeslagneming en confiscatie scherp op de korrel neemt. Zijn argumenten lopen zeer parallel met die van Air Canada en de *dissenting opinions*. Volgens McFarlane had *The Keith Committee on the Enforcement Powers of the Revenue Departments*¹⁵ een aantal aanbevelingen geformuleerd om de discretionaire bevoegdheid van de douane wettelijk nader in te vullen en te voorzien in een afdoende beroepsprocedure. Het *Keith Committee* dacht hierbij onder andere aan een geobjectiveerd systeem van *civil penalties*, zoals dat in het Verenigd Koninkrijk bestaat voor btw. De douane stond hier vijandig tegenover. Het *Keith Committee* was ook voorstander van departementale richtlijnen, die door de rechtbanken zouden kunnen worden getoetst. Waren deze aanbevelingen opgevolgd, stelt McFarlane, dan had de procedure met Air Canada vermeden kunnen worden. Zijn conclusie is vlijmscherp:

'The situation is generally unsatisfactory (...). Thus the Commissioners [de douane, JV] without any form of trial or taking of evidence can themselves impose a fine on the basis of facts which they allege, they judge, and against which there is no appeal. This would appear to be in clear breach of the European Convention on Human Rights.'¹⁶

Martens en Russo zijn zich in hun *dissenting opinion* zeer bewust van de consequenties van deze uitspraak voor alle aantastingen van vermogensrechten naar aanleiding van strafrechtsschendingen. Om deze reden gaan ze ook zeer tekeer tegen de uitspraak van het EHRM in de zaak AGOSI.

14 G. McFarlane, *Customs and Excise Law and Practice*, London, 1933; zie ook A.R. Mitchell, M.G. Hinton & S.M.E. Taylor, *Confiscation*, London, 1992.

15 1985, volume 4, Cmnd 9440.

16 McFarlane, *a.w.*, p. 120-121.

Zaak AGOSI v. Verenigd Koninkrijk, EHRM 24 oktober 1986

Feiten en procedure in het Verenigd Koninkrijk

Het bedrijf AGOSI verkoopt in Duitsland goudmunten (Kruger-rands) aan X en Y. Deze betalen, op zaterdag, met een cheque. AGOSI bedingt contractueel dat het eigenaar blijft tot het moment van definitieve betaling. De cheque blijkt bij inning ongedekt te zijn. Intussen zijn X en Y, in het bezit van de goudmunten, met de auto naar het Verenigd Koninkrijk afgereisd. Voor invoer van goudmunten in het Verenigd Koninkrijk was op dat moment een vergunning vereist en dienden heffingen te worden betaald. De douane in Dover stelt de illegale invoer vast, neemt de auto en de goudmunten in beslag en vervolgt X en Y voor smokkel. AGOSI verleent de douane alle medewerking en treedt ook als getuige op. Na afloop van het strafproces wil het bedrijf als eigenaar de in beslag genomen goudmunten terug. De douane geeft hieraan geen gevolg. Terugvorderingsprocedures bij de *High Court* en de *Court of Appeal* stellen AGOSI in het ongelijk en leiden tot confiscatie van de goudmunten (*objectum sceleris*), op basis van section 44 van de *Customs and Excise Acts 1952*. De onschuld van de eigenaar speelt geen enkele rol en de douane beschikt over vergaande discretionaire bevoegdheden om op basis van section 44 in beslag te nemen en om confiscatie te verzoeken. De rechter toetst alleen of het goed voor confiscatie vatbaar is. Er is geen enkele juridische verplichting om de goederen te restitueren, ook niet aan de rechtmatige eigenaar die niets met de strafzaak van doen heeft.

EVRM-procedures (ECRM/EHRM)

De ECRM stelt in haar rapport¹⁷ dat in een dergelijke situatie voor de eigenaar een rechtsweg open moet staan om zijn onschuld te bewijzen en zijn goederen terug te krijgen. Het Verenigd Koninkrijk kon geen wettelijke basis aangeven en evenmin voorbeelden aandragen van procedures (*certiorari* of andere vormen van gerechtelijke herziening) tegen beslissingen van de douane. Het niet aanwezig zijn van een rechtsweg doet de Commissie besluiten tot schending van artikel 1 van Protocol n° 1. Het EHRM is, in tegenstelling tot de ECRM, de mening toegedaan dat in deze zaak het belang van de eigenaar (het eigendomsrecht vervat in art. 1(1) van Protocol 1) op een voldoende wijze was afgewogen tegen het belang van de staat en er voor AGOSI in het Engelse recht tevens een voldoende rechtsgang openstond. Het belang van de staat ziet het EHRM hier als zijnde reglementering van het eigendomsgebruik en niet het opleggen van belastingen of *penalties*. Op het verweer van de advocaten dat AGOSI voorwerp was geweest van een strafvervolging in de zin van artikel 6(2), antwoordt het Hof dat de strafrechtsprocedure enkel was gevoerd tegen de smokkelaars en niet tegen AGOSI en dat gevolgen van de handelingen van de smokkelaars, in casu de confiscatie, niet betekent dat die gevolgen onder het begrip strafvervolging vallen. Het

17 Rapport van 11 oktober 1984.

EHRM ziet geen reden om de zaak alsnog te onderzoeken op het punt van verenigbaarheid met artikel 6(1), op het punt van burgerlijke rechten en verplichtingen, aangezien de advocaten dit niet hadden opgevoerd als argumentatie.

Een aantal rechters laat in *dissenting opinions* duidelijk verstaan in deze zaak wel degelijk een schending te zien van de burgerlijke rechten en verplichtingen van AGOSI en dus een schending van artikel 6(1). Daarenboven meent rechter Petiti dat de confiscatie helemaal niet meer nodig was in het belang van de staat en dat de bevoegdheden terzake van de douane veel te discretionair zijn. Had de douane AGOSI tevens strafrechtelijk vervolgd, op basis van medeplichtigheid, dan had AGOSI recht gehad op een eerlijk proces in de zin van artikel 6 EVRM. Nu dat niet is gebeurd, is het vreemd AGOSI niet minstens de bescherming te bieden onder artikel 6(1). Immers, stelt Petiti, de confiscatie is een administratieve sanctie opgelegd door de douane zonder enige schuld in hoofde van AGOSI en:

‘Art. 6(1) definitely implies that one cannot, on the pretext of changing the jurisdictional field and legal classification, deprive a litigant of the safeguards customary in proceedings in connection with such matters (...). A State which, because of the way in which it has structured its administration of justice, has not prosecuted a person under the criminal law may not deprive him of the guarantees provided by Art. 6 on the ground that there have been no criminal proceedings, and yet at the same time prevent the bringing of civil proceedings.’

Zaak Welch v. Verenigd Koninkrijk, EHRM 9 februari 1995

Feiten en procedure in het Verenigd Koninkrijk

Welch voert in 1986 grote hoeveelheden cannabis in het Verenigd Koninkrijk in. Door de *Crown Court* wordt hij veroordeeld tot 22 jaar gevangenisstraf. Daarbovenop krijgt hij een bevel tot betaling van het wederrechtelijke verkregen bedrag (*confiscation order*) op basis van de *Drug Trafficking Offences Act 1986* (DTOA) ten bedrage van £66.914 of twee jaar vervangende gevangenisstraf. De *Court of Appeal* reduceert de gevangenisstraf tot 20 jaar en de *confiscation order* tot £59.914. De *confiscation order* is vergelijkbaar met de ‘pluk ze’-maatregel in Nederland. In casu waren de feiten voorafgaand aan de inwerkingtreding van de DTOA (januari 1987). De *Act* creëert evenwel een bewijsvermoeden van crimineel vermogen voor de goederen of geld dat hij heeft verkregen tijdens de zes jaren voorafgaande aan het moment waarop de strafvervolgning tegen hem een aanvang nam. De beschuldigde kan het tegenbewijs leveren. Hij kan volstaan met het aantonen dat er waarschijnlijk geen verband bestaat (*the balance of probabilities*) tussen de drugsdelicten en zijn vermogen; een bewijslast *beyond a reasonable doubt* is niet vereist. Voor de overgangssituatie volstaat het dat de strafrechtelijke procedure aanvang heeft genomen na inwerkingtreding van de *Act*. De rechter heeft op basis van de DTOA vergaande discretionaire bevoegdheden bij het bepalen van het crimineel vermogen. Hij kan daarbij onder andere rekening

houden met de mate van schuld van de dader. Met name bij criminele verenigingen met diverse participatiegraad wordt dit gehanteerd. In het Verenigd Koninkrijk zijn de rechters verdeeld over het rechtskarakter van deze *confiscation order*. Een minderheid is de mening toegedaan dat het een reparatoire maatregel is; een meerderheid houdt het evenwel bij *punitive and deterrent, constituting penalties*.

EVRM-procedure (ECRM/EHRM)

Welch roept in Straatsburg schending van artikel 6 (omwille van veiligheidsmaatregelen op de zitting) en van artikel 7 EVRM in. De ECRM¹⁸ verklaart het verzoek op basis van artikel 6 niet ontvankelijk. Wat artikel 7 betreft, stelt Welch dat vermogen is geconfisqueerd op basis van wetgeving die na de feiten in werking is getreden en met terugwerkende kracht wordt toegepast. Artikel 7(1) lid 2 stelt:

‘Nor shall a heavier penalty be imposed than the one that was applicable at the time the criminal offence was committed.’

Vraag is dus of de *confiscation order* als een *penalty* kan worden beschouwd. De ECRM ziet in de zwaarte van de sanctie geen voldoende argument om tot een *penalty* te besluiten. De *confiscation order* heeft dus een reparatoir en preventief karakter. De ECRM volgt hiermee in feite de redenering die ze had toegepast in de zaak M. v. Italië (no 12386, dec. 15.04.1991). In die zaak was een administratieve confiscatie van de Italiaanse autoriteiten aan de orde, die los stond van een criminele procedure en veroordeling. Volgens de ECRM betrof het een reparatoire en preventieve maatregel. Het feit dat in de zaak Welch de confiscatie in het kader van het strafprocesrecht gebeurt, is voor de ECRM geen voldoende argument om alsnog tot een *penalty* te besluiten. De ECRM komt bij haar besluitvorming tot staking van stemmen. De doorslaggevende stem van de voorzitter leidt tot geen schending: reparatoir en preventief. Het hoeft dan ook geen verbazing te wekken dat zes rechters in de pen klimmen om hun *dissenting opinion* te uiten. Ze vinden de band met het strafproces én het punitieve effect van de maatregel, dat het reparatoire en preventieve overstijgt, voldoende argumenten om te besluiten dat hier sprake is van een *penalty*.

Voor het EHRM onderlijnt de regering nogmaals dat de *confiscation order* een dubbele functie heeft: 1) het ontnemen van inkomsten verkregen uit drugshandel en 2) het voorkomen van het gebruik van deze inkomsten. Deze maatregel heeft dus een reparatoir en preventief doel en is er niet op gericht een punitieve straf op te leggen. De strafrechtelijke veroordeling voor drugshandel is slechts de aanleiding. De rechtbank is voor de *confiscation order* niet gebonden aan de tenlastelegging en de confiscatie kan dus betrekking hebben op vermogen verkregen uit andere drugsdelicten. Het feit dat er vervangende gevangenisstraf kan worden opgelegd, is evenmin overtuigend, stelt de regering, omdat veel niet-

strafrechtelijke *orders* met strafsancties worden afgedwongen, hetgeen niet betekent dat de orders als een *penalty* te kwalificeren zouden zijn.

Het EHRM stelt dat voor de beoordeling van de confiscatie-maatregel in het licht van het artikel-7-*penalty*-criterium autonoom dient te worden getoetst op de volgende criteria: de maatregel wordt opgelegd na beschuldiging van een strafbaar feit; de aard en het doel van de maatregel; de kwalificatie en de procedures in het nationaal recht én de zwaarte van de maatregel. Het EHRM stelt vast dat in deze beschuldiging van drugshandel een onmisbaar vereiste is. Het feit dat de confiscatie-maatregel zich kan uitstrekken tot andere vermogens doet daar niets aan af. De zwaarte van de maatregel is op zich niet voldoende om tot *penalty* te besluiten. Het feit dat evenwel andere vermogens dan de vermogens verkregen door het plegen van het ten laste gelegde strafbare feit kunnen worden geconfisqueerd, kan naast het reparatoir en preventief karakter ook een punitief karakter hebben. Bovendien is het zo dat de *proceeds* worden geconfisqueerd, niet de *profits*, stel maar de bruto-inkomsten, niet de winsten. Daarenboven rekening houdende met het feit dat de rechter vergaande discretionaire bevoegdheid heeft bij het bepalen van het crimineel vermogen en dat hij daarbij rekening kan houden met de graad van schuld en dat hij vervangende gevangenisstraf kan opleggen, doen het EHRM unaniem (!) besluiten tot het aannemen van een *penalty*-karakter en dus strijdigheid met artikel 7 dat terugwerkende kracht voor *penalties* verbiedt.

Conclusie

Met deze uitspraak is uiteraard de rechtmatigheid van de confiscatie-maatregel opgelegd door strafrechtbanken in het algemeen niet ter discussie gesteld, maar de uitspraak geeft wel aan dat het aantasten van vermogensrechten naar aanleiding van strafbare rechtsschendingen een punitief karakter kan hebben.

Alhoewel de criteria voor de definitie van *penalty* in artikel 7 EVRM niet gelijk hoeven te zijn aan die voor de definitie van *criminal charge* in artikel 6 EVRM, ligt het toch voor de hand hierbij naar eenheid te streven.¹⁹ Ondanks deze positieve uitspraak zijn de ECRM en het EHRM er niet in geslaagd duidelijk de lijn aan te geven van minimale rechtsbescherming bij de vermogensaantasting naar aanleiding of in het kader van het strafrecht. Gezien de ontwikkeling naar administratiefrechtelijke of privaatrechtelijke procedures, al dan niet in het kader van het strafprocesrecht, op dit terrein, is dit een magere balans. De EVRM-instanties zijn er vooralsnog niet in geslaagd om een rem te zetten op de vervanging van aan *ad personam*-benadering door een *in rem*-benadering in de procedurele aanpak van goederen of vermogen gebruikt voor of verkregen door strafbare feiten. Het is hoog tijd hier een minimale grenslijn aan moreel bestanddeel in te bouwen, zoals bij omkering van de bewijslast waar de betrokkene

19 P. van Dijk en G.J.H. van Hoof, *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights*, Deventer, 1990, p. 364.

aannemelijk moet kunnen maken (niet 'aantonen') dat hij het redelijkerwijze niet had kunnen voorkomen (inspanningsverbintenis gekoppeld aan zorgplichten). Op die manier wordt het bewijs van onschuld opnieuw in ere hersteld, zoals het bij punitieve sancties betaamt.

Epiloog

De invoering in Nederland van pluk-ze en pluk-ze-internationaal heeft de geesten en pennen niet onberoerd gelaten. Het is een voorbeeld van een technisch-mechanische ingreep die de fundamenten van ons straf(proces)recht raakt. Geen wonder dat er zorg en kritiek was te horen over het terugschroeven van fundamentele rechtsbeginselen in het strafrecht. Zonder de civielrechtelijke elementen of strekking van de ontnemingsprocedure te ontkennen heeft de minister van Justitie er in het parlement op gewezen dat in Nederland niet is gekozen voor een civielrechtelijke ontnemingsprocedure, maar voor een ontnemingsprocedure die onderdeel uitmaakt van het strafproces, hetgeen betekent dat de vereisten van artikel 6 EVRM niet buiten werking zijn gesteld. Ook in de Memorie van Toelichting wordt gesteld dat de behandeling van de ontnemingsvordering onderdeel uitmaakt van de strafprocedure. De *in rem*-procedure is een afsplitsing van de hoofdprocedure en maakt deel uit van de *criminal charge* die tot de veroordeling heeft geleid.²⁰ Kortom, de artikelen 6 EVRM en 14 IVBPR zijn integraal van toepassing op de *in rem*-procedure tot ontneming.²¹ Ook Keyser-Ringnalda komt, zij het na analyse van de artikel 6 EVRM-criteria, tot het besluit dat de ontnemingsprocedure een strafrechtelijk karakter heeft.²² Betekent dit dat er geen vuiltje aan de lucht is? Dit lijkt me veel te optimistisch. De buitgerichte opsporing, in de vorm van *property confiscation* en/of *value confiscation* zet zich door. Vermogen is niet meer gebonden aan nationale grenzen. De toenemende internationale samenwerking bij het opsporen, inbeslag nemen en confisqueren van dit vermogen vereist inderdaad aanpassingen aan de nationale rechtsstelsels. Nieuwe opsporingsmethoden, het anders inzetten van dwangmiddelen en het opleggen van nieuwe vermogenssancties zijn voorbeelden. Daarenboven dienen de rechtsstelsels meer op elkaar afgestemd te worden, teneinde de samenwerking mogelijk te maken. In die zin werken de lidstaten ook in het kader van de derde pijler van het Unie-Verdrag aan regelgeving tegen georganiseerde misdaad, fraude en corruptie. In een voorstel tot vaststelling van het Aanvullend Protocol bij de Overeenkomst aangaande de bescherming van de financiële belangen van de

20 Wöretshofer, *a.w.*

21 Bijl. Hand. II, 1989-1990, 21504, nr. 3, p. 38 en 61-62.

22 Keyser-Ringnalda, *a.w.*, p. 335 e.v.

EG²³ wordt in artikel 6 bepaald dat het witwassen van de opbrengsten van fraude als een strafrechtelijk vergrijp dient te worden gekwalificeerd en dat, indien het witwassen voor rekening van een rechtspersoon is geschied, deze tevens strafrechtelijk aansprakelijk is. Voor het witwassen wordt de brede definitie uit de witwasrichtlijn 91/308 gebruikt. Mocht dit door de Raad worden goedgekeurd, hetgeen niet onrealistisch is, dan zal een aantal lidstaten verplicht zijn hun bevoegdheden qua inbeslagname-confiscatie en internationale samenwerking op dat terrein, fors uit te breiden, ook op fiscaal-douaneterrein. Voorts verplicht dit voorstel de lidstaten tot strafbaarstelling van rechtspersonen voor fraudedelicten, inclusief het witwassen van door die delicten verkregen opbrengsten. Een afdoende wettelijke regeling is niet voldoende; aanpassingen aan de fundamentele van het straf(proces)recht en van de rechtsstaat kunnen niet zonder de balans tussen criminaliteitsbestrijding en rechtsbescherming weer af te stellen op evenwicht. De invloed van operationele regelgeving uit internationale gremia en verdragen neemt zienderogen toe, de internationalisering van ons straf(proces)recht is volop bezig. Mocht de politieke dynamiek van de derde pijler ook vertaald gaan worden in juridische dynamiek, dan zal dit proces behoorlijk worden versneld. De rechtspositie van de burger komt daardoor in een heel ander daglicht te staan. De staten hebben in het kader van de internationale verdragen wel enige ruimte om hun rechtsbeschermingstraditie voort te zetten, maar door het dominante effectiviteitsdenken in de bestrijding van georganiseerde criminaliteit en drugs is het niet ondenkbaar dat het rechtsbeschermingsniveau in Europa fors omlaag wordt gehaald. Aangezien de lidstaten niet staan te springen om nieuwe vormen van jurisdictionele controle op internationaal of regionaal niveau te erkennen, hebben de ECRM en het EHRM tot taak de rechtsbeschermingseisen uit het EVRM met bovenstaande ontwikkelingen mee te laten groeien. Harmonisatie en samenwerking in Europa bij bestrijding van criminaliteit hoeft toch niet te betekenen dat daarmee een andere vorm van Europese harmonisatie en gemeenschappelijke traditie, zoals ontwikkeld in de fundamentele (straf)rechtsbeginselen van de lidstaten en van het EVRM, wordt ondermijnd? Op basis van de uitspraak in de zaak Welch zou het dus te verwachten zijn dat het EHRM confiscatie-maatregelen, ook zoals die in de Europese ontnemings sancties zijn neergelegd, niet per se strijdig met het EVRM acht, maar wel onder het toepassingsgebied van artikel 6 EVRM brengt. De uitspraak in de zaak Air Canada laat evenwel zien dat het EHRM niet altijd even rechtlijnig opereert. In de besproken zaken is het trouwens opvallend hoe sterk de rapporten van de ECRM en de uitspraken van het EHRM van elkaar afwijken, hetgeen dan weer leidt tot hoge scores aan *dissenting opinions*. Het wordt hoog tijd voor de ECRM en het EHRM om, gezien de toenemende strafrechtelijke vermogenssancties in de lidstaten en de internationalisering ervan, op dit punt duidelijkheid te scheppen. Het is

23 Com (95) 693 def. Zie J.A.E. Vervaele, *Rechtshandhaving van het gemeenschapsrecht: een boedelscheiding tussen de eerste en derde pijler?*, *NJB*, 1995, p. 1298.

ondenkbaar de *in rem*-procedure los te koppelen van de strafrechtelijke schuld-vraag en van de daarvoor geldende regels voor bewijslastverdeling en bewijskracht en dus de *ad personam*-benadering helemaal los te laten. Aangezien De Straatsburge Confiscatie-Conventie toelaat dat ook civiele of administratieve rechtbanken het crimineel vermogen kunnen confisqueren, is de minimumbescherming van het EVRM des te belangrijker. In die optiek spreekt de boodschap én waarschuwing van Martens en Russo in hun dissenting opinion boekdelen:

'Confiscation as a "sanction", not allowing for some defence of innocent ownership, upsets the fair balance between the protection of the right of property and the requirements of general interest. The recent wave of legislation for depriving criminals of the proceeds of their crimes makes it all the more necessary to firmly maintain this principle: we know from experience that Governments in their struggle with international crime do not always heed the limits set by the Convention. It is the Court's task to ensure that these limits are observed.'²⁴

24 Uitspraak, p. 25.