NEDERLANDSE ORDE VAN ADVOCATEN

Ingediend via e-mail
Ministerie van Justitie en Veiligheid
t.a.v. mevrouw

Den Haag, 31 januari 2022
dossiernummer:
uw kenmerk:
telefoonnummer:
e-mail:

Betreft: versterking aanpak ondermijnende criminaliteit II

Geachte minister,

Bij brief van 16 november 2021 is de Nederlandse orde van advocaten (NOvA) ter consultatie voorgelegd het wetsvoorstel 'wetsvoorstel confiscatie criminele goederen 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'. De NOvA voldoet graag aan het verzoek en heeft zijn adviescommissies strafrecht, bestuursrecht, burgerlijk procesrecht en belastingrecht gevraagd te adviseren.

Bijgaand stuur ik u het advies van de adviescommissies. De algemene raad sluit zich aan bij de overwegingen van de adviescommissies en verzoekt u deze bij de verdere uitwerking te betrekken.

Met de meeste hoogachting,
namens de algemene raad

algemeen secretaris

bijlage: advies van de adviescommissies strafrecht, bestuursrecht, burgerlijk procesrecht en belastingrecht

Bezoekadres
Prinses Beatrixlaan 5
2595 AK Den Haag
Tel. 070 - 335 35 35

Postadres
Postbus 30851
2500 GW Den Haag

www.advocatenorde.nl

NEDERLANDSE ORDE VAN ADVOCATEN

ADVIES

Aan:	algemene raad
Van:	adviescommissie strafrecht / adviescommissie bestuursrecht / adviescommissie burgerlijk procesrecht / adviescommissie belastingrecht
Datum:	24 januari 2022
Betreft:	**wetsvoorstel confiscatie criminele goederen 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)**

SAMENVATTING

1. CONCLUSIE

Het wetsvoorstel confiscatie criminele goederen 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 (hierna: 'het wetsvoorstel') strekt - kort gezegd - tot het invoeren van de mogelijkheid om zonder veroordeling over te gaan tot confiscatie van vermeend crimineel vermogen, de zogenaamde '*non conviction based confiscation'* (hierna: 'NCBC'). Daarnaast wordt bij dit wetsvoorstel ook een aantal andere voorstellen gedaan die zouden strekken tot een verdere versterking van de aanpak van ondermijnende criminaliteit, waaronder een verruiming van de mogelijkheid tot hoofdelijke oplegging van de ontnemingsmaatregel, uitbreiding van de bestraffingsmogelijkheden voor bepaalde delicten en een wijziging van de wrakingsregeling.

'Veegwet' constructie

De adviescommissies Strafrecht, Bestuursrecht, Burgerlijk Procesrecht en Belastingrecht (hierna: 'adviescommissies') staan kritisch ten opzichte van dit wetsvoorstel. Met dit wetsvoorstel wordt gepoogd een veelheid aan onderwerpen te regelen, onder de noemer van de versterking van de aanpak van ondermijning, terwijl veel van die onderwerpen los van elkaar staan en niet met elkaar samenhangen. Dit maakt het wetsvoorstel er niet duidelijker op en brengt het gevaar met zich dat bepaalde onderwerpen ondergesneeuwd raken, door andere nog belangrijkere of prominenter besproken onderwerpen. Juist gelet op de verstrekkende gevolgen van enkele van de geregelde onderwerpen (zoals de NCBC, de uitbreiding van de hoofdelijke aansprakelijkheid en de uitbreiding van de bestraffingsmogelijkheden voor bepaalde feiten), is het wenselijk dat deze onderdelen bij aparte wetsvoorstellen worden geregeld, zodat zij, ook bij parlementaire behandeling, de aandacht krijgen die ze verdienen.

De adviescommissies hebben dan ook ernstige bezwaren tegen het voorstel in deze vorm. De adviescommissies adviseren het voorstel niet in deze vorm in te dienen, maar als gezegd bij aparte wetsvoorstellen de verscheidene onderwerpen te regelen, zodat zij de aandacht krijgen die ze verdienen. Voorts adviseren de adviescommissies enkele onderdelen in het geheel niet in te dienen of de voorstellen te wijzigen, dan wel van een nadere motivering te voorzien. Zo is in het huidige voorstel onvoldoende duidelijk wat geldt bij samenloop van beslagen en in geval van faillissement van een belanghebbende/partij in de confiscatieprocedure.

1.1. Confiscatieprocedure
Het 'hoofdonderwerp' in het wetsvoorstel is de procedure met betrekking tot de NCBC. Een nieuwe aparte procedure, die ertoe strekt goederen te kunnen confisqueren die van criminele herkomst zijn, zonder dat sprake is (of hoeft te zijn) van een strafvervolging. De procedure ziet dan ook op een goed (In Rem) en niet op een persoon.

1.1.1 Forumkeuze en verhouding strafproces
Deze confiscatieprocedure is ondergebracht bij de civiele rechter. Het OM moet aldaar een verzoekschrift tot confiscatie indienen. Ook eventueel daaraan voorafgaand conservatoir beslag is bij de civiele rechter ondergebracht.

De adviescommissies menen dat de noodzaak van het wetsvoorstel en meer in het bijzonder de keuze om deze procedure bij de civiele rechter te laten plaatsvinden niet afdoende is gemotiveerd en dat de verhouding met het strafproces, waar in de memorie van toelichting wel enkele malen naar wordt verwezen, onvoldoende naar voren komt. Zo maakt de memorie van toelichting niet duidelijk waarom het huidige arsenaal waarmee voorwerpen via het strafrecht reeds kunnen worden ontnomen of aan het verkeer kunnen worden onttrokken niet volstaat. Voorts is onvoldoende uitgewerkt in welke gevallen voor de procedure NCBC moet worden gekozen en in welke gevallen voor de in het strafrecht openstaande procedures. Tot slot wordt niet besproken hoe in het kader van een procedure NCBC moet worden omgegaan met de situatie waarin de strafrechtelijke mogelijkheden reeds zijn benut en niet tot ontneming of onttrekking aan het verkeer hebben geleid of met andere ter zake relevante uitspraken van de strafrechter. Tegelijkertijd heeft de keuze voor de civiele rechter grote consequenties omdat in het strafrecht geldende waarborgen in het civiele recht niet van toepassing zijn. Uitgaande van de huidige toelichting op het wetsvoorstel, heeft het er alle schijn van dat het voorstel is bedoeld om de rechtsbescherming die het strafrecht biedt, te omzeilen.

1.1.2. De confiscatieprocedure en de uit het EVRM voortvloeiende eisen
Daarnaast is onvoldoende onderbouwd en gemotiveerd dat dit voorstel in deze vorm aan de uit mensenrechtenverdragen voortvloeiende eisen voldoet, mede in het licht van recente jurisprudentie van het EHRM.

Gelet op de ruime reikwijdte en de omstandigheid dat aan de periode van onderzoek in het geheel geen beperking wordt gesteld, moeten zware eisen worden gesteld aan de wijze waarop een duidelijk en redelijk verband tussen het te confisqueren goed en enig misdrijf wordt vastgesteld. Ook de verhouding met artikel 6 EVRM, in het bijzonder de onschuldpresumptie, komt onvoldoende tot uitdrukking. De NCBC kan wringen met de 'Geerings-jurisprudentie' van het EHRM, waaruit volgt dat ontneming van wederrechtelijk verkregen voordeel uit strafbare feiten waarvoor betrokkene eerder is vrijgesproken, in strijd kan komen met de onschuldpresumptie. Het inzetten van NCBC in dergelijke situaties kan de waarborgen van betrokkenen omzeilen. Deze onderwerpen komen in de memorie van toelichting onvoldoende tot uitdrukking.

1.1.3. Verhouding met belastingheffing
De adviescommissies missen een koppeling tussen de Wet confiscatie criminele goederen en de belastingheffing. Thans is geregeld dat wanneer het gaat om bij de belastingwet strafbaar gestelde feiten, de ontnemingswetgeving niet van toepassing is. Ratio daarachter is dat het heffen van belasting, met zijn eigen uitgebreide instrumentarium, daartoe de geëigende weg is en niet door het strafrecht moet worden doorkruist. Dit geldt evenzeer voor ontneming via de Wet confiscatie criminele goederen. Hiertoe wordt voorgesteld om in artikel 74 Algemene wet inzake

rijksbelastingen (hierna: ‘AWR’) een koppeling met de nieuwe wet op te nemen zodat de bestaande regel ook daarvoor gaat gelden.

Verder dient, wanneer crimineel verdiende inkomsten worden ontnomen of geconfisqueerd, de belastingheffing daarover ongedaan te worden gemaakt. Doel van ontneming of confiscatie is immers om het voordeel ongedaan te maken. Het voorstel strekt er dan ook toe om dubbele ontneming te voorkomen, om te vermijden dat een betrokkene wordt bestraft en daarmee een punitief karakter krijgt. Hiertoe wordt voorgesteld om in artikel 3.14 van de Wet Inkomstenbelasting 2001 op te nemen dat een ontneming of confiscatie, nadat deze is betaald, in mindering wordt gebracht op het inkomen in het jaar dat deze in de belastingheffing is betrokken. Hierdoor worden ontneming en heffing aan elkaar ‘gematcht’ (fiscaal in hetzelfde jaar geplaatst) en wordt het doel van ontneming c.q. confiscatie daadwerkelijk bereikt, zonder aanvullend punitief te werken.

1.1.4 Impact op de rechtsbijstand
De impact die dit wetsvoorstel heeft op de rechtsbijstand is niet onderzocht. De adviescommissies adviseren hier aandacht aan te besteden in de memorie van toelichting.

1.2. Uitbreiding mogelijkheden hoofdelijke aansprakelijkheid
In de eerste plaats is de noodzaak van deze uitbreiding onvoldoende gemotiveerd. Voorts kan deze uitbreiding tot problematische situaties in de praktijk leiden; het wetsvoorstel geeft er onvoldoende blijk van dat daarmee rekening is gehouden. De adviescommissies hebben ernstige bezwaren tegen dit voorstel en adviseren dit voorstel niet in te dienen.

1.3. Uitbreiding bestraffingsmogelijkheden voor bepaalde delicten
1.3.1. Ontzetting uit rechten
De adviescommissies menen dat de noodzaak voor het uitbreiden van de mogelijkheden tot oplegging van deze bijkomende straf niet blijkt. Bovendien is de tekst van het voorstel inconsistent met de toelichting. Het voorstel verdient op dit punt nadere onderbouwing.

1.3.2. Verhoging boete categorieën bepaalde feiten
De adviescommissies hebben geen inhoudelijke opmerkingen over dit voorstel, anders dan dat ook hier niet blijkt en niet is onderbouwd wat de noodzaak van deze wijziging is.

1.4. Wijziging wrakingsregeling
Gelet op het belang van de wrakingregeling voor het waarborgen van de onpartijdigheid van de rechter, behoort een wijziging daarvan niet als bijwagen van een heel andere regeling te worden ‘meegenomen’, maar in een zelfstandig wetsvoorstel te worden opgenomen.

Inhoudelijk menen de adviescommissies dat in de memorie van toelichting te gemakkelijk wordt aangenomen dat wrakingsverzoeken vooral worden gebruikt als vertragingstactiek en dat ten onrechte geen aandacht wordt besteed aan de gevolgen van de *toewijzing* van een wrakingsverzoek voor de na indiening van het wrakingsverzoek genomen beslissingen die (naar het oordeel van de gewraakte rechter) niet konden worden uitgesteld.

1.5. Relatieve competentie en taakomschrijving functioneel parket
De adviescommissies hebben geen principiële bezwaren tegen dit voorstel, maar menen dat met het voorstel in deze vorm onvoldoende rechterlijke toetsing geborgd is. Daarnaast is geen aandacht besteed aan de positie van eventuele slachtoffers of benadeelde partijen.

1.6. Het tijdelijk tegenhouden van de uitvoering van een financiële transactie
De adviescommissies hebben geen principiële bezwaren tegen dit voorstel. Wel zijn de adviescommissies van mening dat in de memorie van toelichting onvoldoende aandacht wordt besteed aan de wijze waarop banken kunnen reageren op vragen of eventuele gerechtelijke stappen van klanten wiens transacties worden aangehouden, aangezien zij geheimhouding dienen te betrachten ten aanzien van de opdracht van de FIE om een transactie aan te houden.

Inhoudsopgave

1. CONCLUSIE 2
1.1. Confiscatieprocedure 3
1.1.1 Forumkeuze en verhouding strafproces 3
1.1.2. De confiscatieprocedure en de uit het EVRM voortvloeiende eisen 3
1.1.3. Verhouding met belastingheffing 3
1.1.4 Impact op de rechtsbijstand 4
1.2. Uitbreiding mogelijkheden hoofdelijke aansprakelijkheid 4
1.3. Uitbreiding bestraffingsmogelijkheden voor bepaalde delicten 4
1.3.1. Ontzetting uit rechten 4
1.3.2. Verhoging boete categorieën bepaalde feiten 4
1.4. Wijziging wrakingsregeling 4
1.5. Relatieve competentie en taakomschrijving functioneel parket 4
1.6. Het tijdelijk tegenhouden van de uitvoering van een financiële transactie 5

2. CONSULTATIEREACTIE 7
2.1. Inleiding 7
2.2. Confiscatieprocedure 7
2.2.1. Forumkeuze en verhouding strafproces 7
Procedure confiscatie past niet goed in huidig systeem burgerlijk procesrecht 7
Verhouding met strafprocedure 10
De positie van de ‘derde belanghebbende/ derdenbeslag’ 11
Griffierecht, rechtsbijstand en proceskosten 12
Conclusie forumkeuze 13
2.2.2. Verhouding mensenrechten en internationale regelgeving 13
Artikel 1 Eerste Protocol bij EVRM (het recht op eigendom) 13
Artikel 6 EVRM (het recht op een eerlijk proces) 14
Overige internationale regelgeving 15
2.2.3. Verhouding met belastingheffing 16
Ontbrekende koppeling met artikel 74 AWR met NCBC 16
Ontbrekende matching betaling ontneming met fiscale aftrek in aanslagjaar 17
Toelichting reeds bestaande problematiek 17
Toelichting aanvullende problemen door NCBC 18
Oplossingsrichting 18
Koppeling in artikel 74 AWR met NCBC 18
Matchen betaling ontneming met fiscale aftrek in aanslagjaar (artikel 3.14 Wet IB) 18
Tekstvoorstellen 18
Wijziging artikel 74 AWR 18
Wijziging artikel 3.14 Wet IB 19
2.2.4. Gevolgen voor de rechtsbijstand 19
Toename beroep op gefinancierde rechtsbijstand 19
Toevoeging strafrechtadvocaat naast een civielrechtelijke advocaat 20
2.3. Uitbreiding mogelijkheden hoofdelijke aansprakelijkheid 20
2.4. Uitbreiding bestraffingsmogelijkheden voor bepaalde delicten 23
2.4.1. Ontzetting uit rechten 23
2.4.2. Verhoging boete categorieën bepaalde feiten 23
2.5. Wijziging wrakingsregeling 24
2.6. Relatieve competentie en taakomschrijving functioneel parket 24
2.7 Het tijdelijk aanhouden van de uitvoering van een financiële transactie 25
2.8. Artikelsgewijze toelichting 25
2.8.1. Wet confiscatie criminele goederen 25
2.8.2. Wetboek van Strafrecht 33
2.8.3. Wetboek van Strafvordering 33
2.8.4. Opiumwet en Wet wapens en munitie 33
2.8.5. Wet ter voorkoming van witwassen en financieren van terrorisme 33
2.8.6. Algemene Wet Bestuursrecht en het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering 34

2. CONSULTATIEREACTIE

2.1. Inleiding

Het wetsvoorstel strekt tot de versterking van de aanpak van ondermijnende criminaliteit en bevat een aantal 'deelvoorstellen' dat daarop is gericht. De belangrijkste daarvan is de introductie van de mogelijkheid tot confiscatie zonder veroordeling. Daarnaast worden voorstellen gedaan tot verhoging van de strafmaxima op bepaalde delicten, tot de uitbreiding van de toepassing van de bijkomende straf om iemand uit bepaalde rechten te ontzetten alsmede een verruiming van de mogelijkheid tot hoofdelijke aansprakelijkheid bij ontneming en voorts een aanpassing van de wrakingsregeling. Die verschillende deelvoorstellen worden in het navolgende achtereenvolgens besproken. Voorts worden tot slot – voor zover nodig – ook de specifieke artikelen uit het voorstel besproken.

2.2. Confiscatieprocedure

Kort samengevat wordt in de toelichting op het wetsvoorstel gesteld dat het noodzakelijk is om de mogelijkheid te introduceren om goederen in beslag te nemen en het eigendom aan de staat te laten vervallen, zonder dat daarvoor een veroordeling of een verdachte nodig is. Met deze zogenaamde NCBC wordt de mogelijkheid geïntroduceerd voor het OM om bij de civiele rechter een procedure aan te brengen strekkende tot het doen vervallen van de eigendom van geconfisqueerde goederen aan de staat, als aannemelijk is dat die goederen afkomstig zijn (uit de baten) van criminaliteit.

2.2.1. Forumkeuze en verhouding strafproces

In het wetsvoorstel wordt een verzoekschriftprocedure tot confiscatie, voorafgegaan door een verlof tot het leggen van beslag en een eventuele procedure met betrekking tot dat beslag, voorgesteld, overeenkomstig de regels in het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering (Rv). Gekozen is dus voor een procedure bij de civiele rechter. De fundamentele vraag waarom, ondanks de parallellen met de strafrechtelijke regeling (zie bijvoorbeeld p. 27 memorie van toelichting), gekozen is voor inbedding van de confiscatieprocedure in Rv blijft in de memorie van toelichting onbeantwoord.

Zo wordt in paragraaf 2.3.1 van de memorie van toelichting opgemerkt dat ook in andere procedures waar het OM optreedt ter bescherming van het algemeen belang (het stuiten van een voorgenomen huwelijk, het ontbinden en verbieden van een rechtspersoon, etc.), middels de in Rv geregelde verzoekschriftprocedure wordt opgetreden. Echter, in die procedures gaat het om in de kern civielrechtelijke rechtsverhoudingen, die ook sowieso al in het burgerlijk recht zijn geregeld, waar het OM als het ware in die verhouding treedt.

Anders dan bij die andere procedures gaat het bij onderhavige procedure niet om het als vertegenwoordiger van het algemeen belang treden in een civielrechtelijke rechtsverhouding, maar om het confisqueren van vermeend criminele goederen, waarbij die goederen aan de staat vervallen.

Procedure confiscatie past niet goed in huidig systeem burgerlijk procesrecht

De voorgestelde regeling voor het beslag en de confiscatie in de procedure NCBC past bovendien niet goed binnen de bestaande kaders van het burgerlijk procesrecht en het beslag- en executierecht. Het wetsvoorstel introduceert diverse bepalingen die alleen gelden voor de procedure NCBC en die afwijken van wat in het reguliere beslag- en executierecht geldt. Dergelijke incidentele wijzigingen en afwijkingen doen afbreuk aan de kwaliteit van de wetgeving en zijn,

mede gelet op de recente modernisering en herziening van het beslag- en executierecht en de beoogde modernisering van het bewijsrecht, onwenselijk.

Het wetsvoorstel sluit onvoldoende aan bij de (in bepaalde opzichten) complexe systematiek van het beslagrecht. Dit leidt er enerzijds toe dat specifieke/nieuwe bepalingen nodig zijn voor het conservatoir beslag ter confiscatie en de confiscatieprocedure, bijvoorbeeld wat betreft de bevoegde rechtbank en de positie van belanghebbenden (memorie van toelichting, p. 19). Anderzijds vertoont het conservatoir beslag ter confiscatie sterke gelijkenis met het conservatoir beslag tot afgifte van zaken en levering van goederen (Derde boek, vierde titel, zevende afdeling: artikel 730-737 Rv), maar blijft juist die vergelijkbare afdeling voor het conservatoir beslag ter confiscatie buiten toepassing (memorie van toelichting, p. 22). Aansluiting bij de bestaande regeling waarmee sterke gelijkenis bestaat, had vanuit de systematiek van Rv voor de hand gelegen.

Het wetsvoorstel hinkt op twee gedachten c.q. twee systemen (civiel recht en strafrecht). Gevreesd moet worden dat het naast elkaar toepasselijk zijn van deze verschillende systemen in de praktijk tot problemen gaat leiden, bijvoorbeeld doordat de gebruikte terminologie niet op elkaar aansluit.

Het wetsvoorstel lijkt technisch niet goed doordacht. Zo is onduidelijk waarom in het wetsvoorstel is afgeweken van de bestaande regeling dat conservatoir beslag gelegd kán worden, maar het leggen daarvan geen voorwaarde is voor het instellen van de eis in hoofdzaak. Het verzoek tot confiscatie kan echter alleen worden ingediend nadat verlof is verleend tot het leggen van conservatoir beslag. De gedachte hierachter lijkt te zijn dat zeker wordt gesteld dat de beslissing tot confiscatie uiteindelijk ook ten uitvoer kan worden gelegd en dat het goed na de beslissing tot confiscatie daadwerkelijk in handen komt van de staat (memorie van toelichting, p. 24). Als dat de achtergrond is, is echter onbegrijpelijk dat niet vereist is dat het beslag ook daadwerkelijk wordt gelegd, maar slechts dat verlof voor het leggen van conservatoir beslag (ter confiscatie) is verleend (memorie van toelichting, p. 18). Bovendien zijn er situaties denkbaar waarin een conservatoir beslag ter confiscatie onnodig kostbaar of belastend is, of waarin niet voor de hand ligt dat het goed aan confiscatie wordt onttrokken. Ook in die gevallen zou dan desondanks verlof voor conservatoir beslag moeten worden gevraagd, om vervolgens de confiscatieprocedure aanhangig te kunnen maken.

Ook op andere punten lijkt onvoldoende aandacht geweest te zijn voor de verhouding met algemeen geldende civiele rechtsregels en uitgangspunten. Zo houdt het wetsvoorstel onvoldoende rekening met het uitgangspunt dat de rechter in civiele procedures in beginsel lijdelijk is en niet buiten de door partijen getrokken grenzen van de rechtsstrijd mag treden (vgl. ook artikel 24 Rv). De memorie van toelichting besteedt geen enkele aandacht aan dit uitgangspunt van de civiele procedure. Opvallend genoeg gaat de memorie van toelichting juist uit van een actieve rechter die in het bijzonder zou gelden “als er geen belanghebbende in de procedure is verschenen” (p. 26 memorie van toelichting).

Vanuit het oogpunt van rechtsbescherming en de verstrekkende gevolgen van de confiscatiebeslissing (onteigening) is eveneens onwenselijk dat – gelet op artikel 22 Rv – recht kan worden gedaan op basis van informatie die een belanghebbende niet bekend is maar de rechter wel. Het ligt voor de hand om aan te nemen dat het OM, ter bescherming van opsporingsbelangen, veelvuldig van deze mogelijkheid gebruik zal maken, te meer nu deze mogelijkheid niet bestaat in de strafrechtelijke equivalent (de ontnemingsprocedure of verbeurdverklaring in de hoofdzaak). De mogelijkheid dat de rechter wel, maar de verdachte/veroordeelde niet beschikt over bepaalde

informatie, kent het strafrecht immers niet. De adviescommissies vrezen dat dit een recept voor oneigenlijk gebruik van de NCBC procedure oplevert. Geadviseerd wordt daarom in het wetsvoorstel op te nemen dat – in afwijking van artikel 22 Rv – niet kan worden bepaald dat "uitsluitend [de rechter] kennis zal mogen nemen van de toelichting onderscheidenlijk de bescheiden", aangezien hiervoor de toestemming van de andere partijen nodig is (artikel 22 lid 6 Rv), en in de confiscatieprocedure niet is gewaarborgd dat alle belanghebbenden zijn betrokken en verschenen in de procedure.

De adviescommissies missen bovendien aandacht voor de positie van een eigenaar te goeder trouw. Nu de confiscatieprocedure zich tegen het goed richt en niet tegen de betrokkene, is de goede trouw van de eigenaar irrelevant voor de vraag *of* geconfisqueerd kan worden. Dit staat haaks op bijvoorbeeld het bepaalde in artikel 3:86 BW dat – kort gezegd – bepaalt dat bij goede trouw rechtsgeldig toch eigendom kan worden overgedragen ondanks dat een goed bijvoorbeeld gestolen is. Niet valt in te zien waarom de wet met de ene hand deze goede trouw beschermt om deze met de andere hand weer af te nemen. Ook op dit punt is het wetsvoorstel onvoldoende doordacht. De enkele opmerking in de memorie van toelichting (p. 31) dat de goede trouw van een belanghebbende een grond voor compensatie kan zijn, is ontoereikend. Dit verklaart immers niet de discrepantie met artikel 3:86 BW en de ongelijke behandeling van eigenaren die de "pech" hebben dat de overheid een NCBC procedure begint met eigenaren van een goed ten aanzien waarvan de overheid dat niet doet. Bovendien is onduidelijk wie de hoogte van de compensatie bepaalt. Bij de verkoop van inbeslaggenomen goederen die vanwege hun aard of omvang niet bewaard worden in afwachting van een rechtelijke beslissing blijkt de verkoopwaarde vaak significant lager dan de daadwerkelijke waarde. Ook biedt een geldelijke tegemoetkoming geen oplossing voor situaties waarin sprake is van unieke voorwerpen of objecten met een emotionele betekenis (bijvoorbeeld familiestukken, kunstvoorwerpen). Tot slot is ook hier sprake van een significante discrepantie met het strafrecht. Goederen en rechten die aan een ander dan de verdachte toebehoren, kunnen immers alleen verbeurd worden verklaard indien de eigenaar niet te goeder trouw is (vgl. artikel 33a, lid 2 en 3 Sr). Een vergelijkbare benadering geldt voor het conservatoire beslag ten behoeve van de ontnemingsprocedure (vgl. artikel 94a, lid 4 Sv). Gelet op het voorgaande wordt geadviseerd in het wetsvoorstel te bepalen dat de rechter afziet van confiscatie indien de eigenaar van het te confisqueren goed te goeder trouw is.

Het wetsvoorstel gaat uit van de mogelijkheid de confiscatiebeslissing uitvoerbaar bij voorraad te verklaren. Die mogelijkheid verhoudt zich niet met de ingrijpende consequenties van de uitspraak (verlies eigendomsrecht). Het strafrecht kent deze mogelijkheid van "uitvoerbaarverklaring bij voorraad" niet.[1] Buiten het strafrecht kan een parallel worden getrokken met de Onteigeningswet. Het systeem van deze wet verzet zich tegen uitvoerbaarverklaring bij voorraad (vgl. ECLI:NL:PHR:2017:182, punt 2.27 e.v.). Niet valt in te zien waarom dit anders zou moeten zijn voor dit wetsvoorstel. Sterker, nu negen van de tien keer sprake zal zijn van conservatoir beslag is onduidelijk welk rechtens respecteren belang de Staat kan hebben bij een uitvoerbaarverklaring bij voorraad. De adviescommissies menen daarom dat artikel 288 Rv niet van toepassing moet zijn in de confiscatieprocedure. Voor zover wordt volhard in de mogelijkheid tot "uitvoerbaarverklaring bij voorraad" wordt geadviseerd in de memorie van toelichting aandacht te besteden aan zaken als de verplichte inschrijving in het rechtsmiddelenregister (en de verstrekkende consequenties van het nalaten daarvan; artikel 3:301, lid 2 BW) en de toepasselijkheid van artikel 3:68 BW (als de Staat na confiscatie in eerste aanleg het goed vervreemdt maar het hoger beroep vervolgens alsnog wordt verloren wordt met terugwerkende kracht de Staat alsnog onbevoegd tot vervreemding. Over

[1] In ieder geval niet voor zover het gaat om de verbeurdverklaring en de ontnemingsmaatregel.

deze mogelijke goederenrechtelijke gevolgen wordt in de memorie van toelichting met geen woord gerept.)

Op meerdere onderdelen zijn de voorgestelde wetteksten slordig of onduidelijk geformuleerd. Voor specifiek commentaar per artikel wordt verwezen naar het artikelsgewijs commentaar in hoofdstuk 2.8. Het zou in elk geval de consistentie en de leesbaarheid van het wetvoorstel ten goede komen als tekstueel wordt aangesloten bij de bepalingen over beslag in het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering (en, bijvoorbeeld, niet te spreken van "beëindiging van het beslag" maar van "opheffing" of "verval" van het beslag).

Verhouding met strafprocedure

Daarbij wordt ook in de memorie van toelichting meerdere malen opgemerkt dat een procedure tot confiscatie vaak voort zal vloeien uit of voortborduren op een strafrechtelijke procedure of in ieder geval op een strafrechtelijk onderzoek. Zo wordt ook nog opgemerkt:

> "*Er zijn echter duidelijke raakvlakken tussen de procedure NCBC en het strafrecht, omdat in de procedure NCBC moet worden aangetoond dat het goed geheel of grotendeels afkomstig is van of uit de baten van enig misdrijf*."[2]

Juist vanwege deze duidelijke raakvlakken en het gegeven dat de inhoudelijke toets, te weten de vaststelling of het te confisqueren goed al dan niet uit misdrijf afkomstig is in feite een strafrechtelijke is, verdient de inbedding in een civiele procedure nadere motivering. Bovendien kent het strafrecht ook thans al een met een dergelijke 'in rem' procedure een vergelijkbare figuur. Op grond van artikel 36 lid 1 onder 4 Sr, kan immers door het OM, los van een strafzaak, een vordering tot onttrekking aan het verkeer van daartoe vatbare voorwerpen aanhangig worden gemaakt. In de memorie van toelichting wordt aan deze bestaande procedure geen aandacht besteedt, hetgeen eens te meer maakt dat de forumkeuze niet afdoende is gemotiveerd. Daarbij komt dat niet alleen onvoldoende duidelijk uit de regeling en de toelichting blijkt waarom voor het civiele recht is gekozen, ook komt de verhouding met het strafrecht, waar deze procedure zoals ook in de memorie van toelichting wordt erkend toch duidelijke raakvlakken mee heeft, onvoldoende tot uitdrukking. Weliswaar wordt opgemerkt dat de procedure raakvlakken heeft met het strafrecht, maar daar blijft het ook bij. De confiscatieprocedure wordt verder kennelijk als een strikt civiele aangelegenheid beschouwd.

Het enkele feit dat de procedure ziet op een goed (een procedure 'in rem') en niet gericht is op een persoon of een concrete verdenking, vormt in ieder geval geen overtuigende reden om de procedure als een strikt civiele aangelegenheid te beschouwen. Ook het feit dat niet van een *criminal charge* sprake zou zijn, maakt dat niet anders. Temeer nu ook in de memorie van toelichting wordt opgemerkt dat gegevens moeten kunnen worden uitgewisseld, in die zin dat gegevens uit een strafzaak moeten kunnen worden verwerkt ten behoeve van een procedure NCBC en vice versa.[3] Bovendien blijkt uit diezelfde alinea van de memorie van toelichting en ook uit paragraaf 2.3.4 van de memorie van toelichting dat het OM in concrete strafzaken de afweging zal moeten maken al dan niet een NCBC-procedure te entameren, in plaats van of naast een strafzaak, in welke afweging ook belangen van verdachten en slachtoffers betrokken moeten worden. Uit de regelgeving en uit de memorie van toelichting blijkt echter op geen enkele wijze of

[2] P. 9 Memorie van Toelichting
[3] P. 9-10 Memorie van Toelichting

en in hoeverre de rechter die over de confiscatieprocedure dient te oordelen, deze afweging kan toetsen.

Zoals in het navolgende, bij de bespreking van de verhouding met het internationale recht, nog zal worden besproken, blijkt dan ook onvoldoende in hoeverre bijvoorbeeld een strafrechtelijke vrijspraak van de betrokkene aan wie het goed toebehoort of een afwijzing van de ontnemingsvordering, in dat kader in het oordeel kan worden betrokken. Juist nu de memorie van toelichting ook expliciet op dit soort situaties het oog lijkt te hebben en aldus juist met dit voorstel de mogelijkheid gecreëerd wordt om na een afgewezen ontnemingsvordering ten aanzien van dezelfde goederen die in de ontnemingsvordering betrokken zijn geweest een confiscatieprocedure te entameren, verdient deze verhouding vele malen meer aandacht dan thans het geval is.

Samengevat maakt de memorie van toelichting (i) niet duidelijk waarom het huidige arsenaal waarmee voorwerpen via het strafrecht reeds kunnen worden ontnomen of aan het verkeer kunnen worden onttrokken niet volstaat, is (ii) onvoldoende uitgewerkt in welke gevallen voor de procedure NCBC moet worden gekozen en in welke gevallen voor de in het strafrecht openstaande procedures en wordt (iii) niet besproken hoe in het kader van een procedure NCBC moet worden omgegaan met ter zake relevante uitspraken van de strafrechter. Tegelijkertijd heeft de keuze voor de civiele rechter grote consequenties omdat in het strafrecht geldende waarborgen in het civiele recht niet van toepassing zijn. Uitgaande van de huidige toelichting op het wetsvoorstel, heeft het er alle schijn van dat het voorstel is bedoeld om de rechtsbescherming die het strafrecht biedt, te omzeilen.

De positie van de 'derde belanghebbende/ derdenbeslag'

Ook bij het conservatoir beslag zoals dat thans gelegd kan worden op basis van het Wetboek van Strafvordering (hierna: Sv) komt het met regelmaat voor dat een ander dan de beslagene stelt rechthebbende op het goed te zijn. Deze of gene kan zelfstandig beklag indienen tegen het beslag.

Ook in het wetsvoorstel is daar, terecht, aandacht aan besteed en is ook opgenomen dat het OM de nodige moeite moet doen om te achterhalen welke rechthebbenden te identificeren zijn, zodat die allen op de hoogte worden gesteld van het beslag en de vordering tot confiscatie. Dat neemt echter niet weg dat het voor zal komen, zoals dat nu ook al met enige regelmaat het geval is, dat een betrokkene niet wordt geïdentificeerd of in ieder geval niet door het OM op de hoogte wordt gesteld van het beslag, maar daar langs andere weg achter komt. De betrokkene zal dan eerst zelf moeten nagaan of sprake is van conservatoir beslag met het oog op een vordering confiscatie en hij dus bij de civiele rechter moet zijn, of dat sprake is van strafrechtelijk conservatoir beslag en er een beslagrekest bij de raadkamer moet worden ingediend. Bovendien lijkt onderhavig wetsvoorstel niet uit te sluiten dat strafrechtelijk beslag en conservatoir beslag met het oog op confiscatie naast elkaar bestaan. Dit zou betekenen dat er mogelijk zelfs twee procedures bij verschillende rechtelijke instanties gevoerd moeten worden door een beslagene die het met het beslag oneens is.

In het wetsvoorstel of de memorie van toelichting is op geen enkele wijze aandacht besteed aan deze samenloop. Ook blijkt bijvoorbeeld niet of een doorzendplicht bestaat indien een betrokkene een klaagschrift indient, in de veronderstelling verkerende dat sprake is van strafrechtelijk conservatoir beslag, terwijl sprake is van beslag in het kader van een confiscatieprocedure en vice versa. Als gezegd is ook niet duidelijk of tegelijk van zowel strafvorderlijk conservatoir beslag en conservatoir beslag met het oog op een confiscatieprocedure sprake kan zijn en zo ja, op welke wijze de beslagen zich dan tot elkaar verhouden.

Griffierecht, rechtsbijstand en proceskosten

Het wetsvoorstel voorziet in de mogelijkheid tot een proceskostenveroordeling. De adviescommissies achten dit niet passend gelet op aard en strekking van de procedure waarbij de Staat sowieso al geldelijk voordeel verkrijgt en bovendien de initiator is van de procedure. Ook in andere procedures waar de Staat als initiator van de procedure te gelden heeft, zoals in een strafzaak of bestuursrechtzaak, is van proceskostenveroordelingen voor de betrokkene geen sprake. Dit leidt bovendien tot verminderde rechtsbescherming, nu dit een reden kan zijn om niet in rechte op te komen tegen de procedure strekkende tot confiscatie.

Daartegenover staat dat een daadwerkelijke vergoeding van gemaakte advocatenkosten als het OM een beslag beëindigt of de rechter een verzoek tot opheffing gegrond verklaart, niet in dit wetsvoorstel is geregeld. In de strafrechtelijke context is voor die situatie artikel 530 Sv van overeenkomstige toepassing verklaard (artikel 529, lid 5 Sv). De adviescommissies menen dat er alle aanleiding is om ook ten aanzien van de confiscatieprocedure deze regeling van overeenkomstige toepassing te verklaren, althans te bepalen dat het OM in de daadwerkelijke proceskosten kan worden veroordeeld. Dit werkt in de eerste plaats in de hand dat het OM een daadwerkelijke ‘stok achter de deur’ heeft die dwingt tot het goed beoordelen van verzoeken tot opheffing van het beslag en die maakt dat niet lichtzinnig besloten zal worden om een procedure tot confiscatie in te stellen of door te zetten. Voorts wordt hiermee voorkomen dat een betrokkene die in het gelijk gesteld wordt alsnog de facto in een beduidend slechtere financiële positie is gebracht, ten gevolge van de kosten van de procedure. Dit werpt immers een drempel op om in rechte op te komen tegen de confiscatieprocedure en komt aldus de rechtsbescherming niet ten goede.

Voorts blijkt uit de memorie van toelichting dat de betrokkene die in rechte wenst op te komen tegen het beslag, door een verzoekschrift in te dienen strekkende tot opheffing van het conservatoir beslag, griffierecht verschuldigd is.[4] De adviescommissies achten het heffen van griffierecht in een dergelijke procedure onwenselijk, nu dit een drempel opwerpt waar het de rechtsbescherming betreft. Vooral nu in diezelfde alinea in de memorie van toelichting wordt opgemerkt dat een belanghebbende niet wordt gehoord voordat verlof wordt verleend voor het leggen van beslag. Tegen dat verlof zelf staat ook geen rechterlijke voorziening open. Als het beslag een roerende zaak betreft, wordt dat goed ook feitelijk in bewaring genomen, hetgeen voor een betrokkene verstrekkende gevolgen kan hebben. Zoals de memorie van toelichting terecht opmerkt, is het wenselijk dat de belanghebbende op een laagdrempelige wijze tegen die beslaglegging kan opkomen. Een procedure waarin griffierecht wordt geheven, kan niet als zodanig gekenschetst worden, vooral niet nu van het OM geen griffierecht wordt geheven voor het verlof tot beslag of voor de procedure tot confiscatie. Het heffen van griffierecht in de beroepsfase is om dezelfde reden niet passend. Bovendien is evenmin griffierecht verschuldigd indien een betrokkene een klaagschrift (ex art. 552a Sv) indient tegen een strafrechtelijk beslag en is in die procedure een kostenveroordeling evenmin mogelijk. De adviescommissies hebben ook geen, laat staan overtuigende, argumenten gelezen in de memorie van toelichting voor het onderscheid tussen de eerste aanleg (geen griffierecht) enerzijds en het hoger beroep en cassatie (wel griffierecht) anderzijds. Datzelfde geldt voor de verplichte procesvertegenwoordiging door een advocaat in hoger beroep (in eerste aanleg niet vereist). Hier is overigens sprake van een oneigenlijk verschil met het OM dat *wel* zelf kan optreden in hoger beroep. Voor wat betreft de

[4] P. 33 Memorie van Toelichting

verplichte procesvertegenwoordiging in hoger beroep wordt ook nogmaals gewezen op het gebrek aan mogelijkheden tot een toevoeging (vgl. ook memorie van toelichting, p. 11).

Conclusie forumkeuze

De keuze voor inbedding in het burgerlijk procesrecht is onvoldoende gemotiveerd. Ook is daarbij bovendien sprake van duidelijke hiaten met dat burgerlijk procesrecht, op welk punt dit wetsvoorstel onvoldoende doordacht lijkt. Ook met een aantal civielrechtelijke uitgangspunten is geen, althans onvoldoende, rekening gehouden. Tegelijkertijd lijkt er naar het de adviescommissies voorkomt onvoldoende oog voor de verhouding met een strafprocedure en de daar geldende regelgeving. Ook aan de samenloop van beide procedures is in het geheel geen aandacht besteed. Voorts past het gewoonweg niet om in een dergelijke procedure griffierechten te heffen of proceskostenveroordelingen uit te spreken ten aanzien van de betrokkenen bij een confiscatieprocedure. Dit terwijl andersom niet valt in te zien waarom er geen regeling overeenkomstig het bepaalde in artikel 529 Sv en verder is getroffen. De adviescommissies concluderen dan ook dat het voorstel in de huidige vorm, waar het de forumkeuze en de daarmee samenhangende wijze waarop de regeling is voorgegeven betreft, onvoldoende doordacht en gemotiveerd is en dat het derhalve sterk tot de aanbeveling strekt de voorgestelde regeling op dit punt opnieuw tegen het licht te houden en waar nodig aan te passen en van een nadere toelichting te voorzien.

2.2.2. Verhouding mensenrechten en internationale regelgeving

In het wetsvoorstel wordt onderkend dat met de procedure NCBC de mensenrechten van burgers, zoals vastgelegd in het EVRM en in de Grondwet, kunnen worden aangetast. Zo wordt met de confiscatie inbreuk gemaakt op het eigendomsrecht van burgers (artikel 1 van het Eerste Protocol bij het EVRM). Voorts wordt onderkend dat het recht op een eerlijk proces van belang is, zoals vastgelegd in artikel 6 EVRM.

Artikel 1 Eerste Protocol bij EVRM (het recht op eigendom)

In de memorie van toelichting[5] wordt opgemerkt dat een wettelijke regeling van een procedure NCBC met het oog op de bestrijding van de georganiseerde ondermijnende criminaliteit in overeenstemming is met artikel 1 van het Eerste Protocol mits de wettelijke regeling voldoet aan de eisen van proportionaliteit en de procedure voorziet in de nodige waarborgen van de betrokkene. Volgens de opstellers van het voorstel voldoet het voorstel aan deze eisen omdat:

- de procedure NCBC het algemeen belang dient;
- de voorgestelde wettelijke regeling nauwkeurige regels kent voor de omstandigheden waaronder een goed kan worden geconfisqueerd;
- de vereisten rondom de minimale waarde van het goed en de relatie met enig misdrijf de belangen van kenbaarheid en proportionaliteit dienen;
- met de vereisten en de overige procedurele waarborgen sprake is van een redelijke verhouding tussen de mate van inmenging in het eigendomsrecht van burgers en het daarmee gediende algemeen belang van het herstel van de maatschappelijke integriteit;
- het wetsvoorstel de betrokkene de gelegenheid biedt zich te verweren tegen het conservatoir beslag en verzoek tot confiscatie;
- de beslissing tot confiscatie mogelijk is als de rechter aangetoond acht dat het goed geheel of grotendeels is verkregen door middel van of uit de baten van enig misdrijf; en,
- de belanghebbende rechtsmiddelen open staan.

[5] P. 46-47 Memorie van Toelichting

Uit jurisprudentie van het EHRM volgt dat het EHRM de procedure NCBC zoals die reeds in andere landen geldt, als zodanig niet in strijd met artikel 1 Eerste Protocol bij het EVRM acht.

De adviescommissies wijzen evenwel op de zaak *Todorov and others v. Bulgaria.*[6] In deze zaak oordeelde het EHRM dat de Bulgaarse procedure NCBC in een aantal gevallen strijd met artikel 1 Eerste Protocol bij het EVRM opleverde. Het EHRM kwam tot deze conclusie omdat de Bulgaarse procedure NCBC een onredelijke last op de betrokkenen legde. De reikwijdte van de Bulgaarse procedure is breed, de tijdsperiode waarop de wetgeving met terugwerkende kracht op van toepassing is, is erg ruim en de lijst met misdrijven waarvoor ontneming in de Bulgaarse procedure kan plaatsvinden is groot. Hierdoor wordt het voor de betrokkene lastig om te bewijzen dat het betwiste goed uit legale middelen afkomstig is, aldus het EHRM. Hoewel deze losstaande omstandigheden volgens het EHRM geen reden zijn om te oordelen dat de ontnemingsprocedure disproportioneel is, zorgt de cumulatie van de verschillende omstandigheden er wel voor dat de procedure NCBC als disproportioneel ten opzichte van het legitieme doel zou kunnen worden gezien. Hierdoor zou de staat ten opzichte van de betrokkene een voordeel kunnen verkrijgen. Het EHRM stelt vast dat voor de proportionaliteit van de beperking van een kritisch belang is dat, direct of indirect, een causaal verband wordt vastgesteld tussen de te ontnemen vermogensbestanddelen en strafbare gedragingen, terwijl dat verband logisch gerechtvaardigd is en gebaseerd is op de individuele omstandigheden van een concrete zaak. Afhankelijk van de kwaliteit van de beoordeling van nationale gerechten, waaronder de motivering in de afzonderlijke zaken, stelt het EHRM in de zaken van sommige klagers vast dat artikel 1 Eerste Protocol EVRM is geschonden en in de zaken van andere klagers niet.

De voorgestelde procedure NCBC kent eveneens een ruime reikwijdte. Weliswaar geldt als voorwaarde dat het te confisqueren goed een waarde van ten minste € 25.000 heeft maar er worden geen eisen gesteld aan het type misdrijf waaruit het goed afkomstig is. Door de verwijzing naar ‘enig misdrijf’ wordt zelfs niet vereist dat een specifiek misdrijf wordt aangetoond. Aan de periode van onderzoek wordt in het voorstel in het geheel geen eisen gesteld en die periode lijkt aldus aan geen enkel beperking onderhevig te zijn. E.e.a. brengt mee dat zware eisen moeten worden gesteld aan de beslissing van de rechter in de procedure NCBC in die zin dat een duidelijk en redelijk verband tussen het te confisqueren goed en enig misdrijf wordt vastgesteld. Dit komt in de memorie van toelichting onvoldoende tot uitdrukking. Juist nu het wetsvoorstel zelf geen beperking in tijd en in type misdrijven kent, dient specifiek aandacht besteed te worden aan de concrete toepassing van de confiscatieprocedure en hoe daar geborgd wordt dat de procedure in overstemming is met de eisen die voortvloeien uit mensenrechtenverdragen.

Artikel 6 EVRM (het recht op een eerlijk proces)

In de memorie van toelichting is toegelicht dat uit de jurisprudentie van het EHRM volgt dat de procedure NCBC geen vervolging in de betekenis van artikel 6 EVRM is, waardoor de onschuldpresumptie als voorzien in het tweede lid van dat artikel niet van toepassing is. Gedoeld wordt op de jurisprudentie waarin het EHRM heeft geoordeeld dat een confiscatiemaatregel geen ‘strafrechtelijke gevolgen’ heeft waardoor deze niet wordt aangemerkt als een punitieve maatregel.[7]

Uit de memorie van toelichting volgt dat de procedure NCBC ook kan worden ingezet in het geval strafvervolging tegen een verdachte is ingesteld maar een vrijspraak is gevolgd.[8] De eventuele

[6] Todorov and others v. Bulgaria, no. 50705/11, 13 juli 2021
[7] Welch v. The United Kingdom, no 17440, 9 februari 1995, Philips v. The United Kingdom, no 41087/98, 5 juli 2001
[8] P. 16 en 17 Memorie van Toelichting

confiscatie van goederen via de NCBC-procedure zou in dat geval gelet op het voorgaande niet in strijd zijn met de onschuldpresumptie.

Dit zou anders kunnen zijn in de situatie waarin het OM datzelfde goed zou willen ontnemen in het kader van een ontnemingsprocedure op grond van artikel 36e lid 3 Sr. Uit Geerings vs. Nederland[9] volgt dat ontneming van wederrechtelijk verkregen voordeel uit strafbare feiten waarvoor betrokkene eerder is vrijgesproken, terwijl niet is aangetoond dat betrokkene beschikt over onverklaarbaar aanwezige vermogensbestanddelen, zich niet verdraagt met de onschuldpresumptie en derhalve niet mogelijk is.

Het voorgaande zou betekenen dat de vrijgesproken betrokkene die wordt betrokken in een procedure NCBC in een slechtere positie zou komen te verkeren dan de vrijgesproken betrokkene die in een strafrechtelijke ontnemingsprocedure wordt betrokken. In het eerste geval zou ontneming niet in strijd zijn met de onschuldpresumptie, in het tweede geval wel.

Een variant op dit probleem kan zich voordoen in het geval de strafvervolging nog loopt op het moment dat een goed reeds wordt geconfisqueerd in het kader van een procedure NCBC of strafvervolging volgt nadat die confiscatie heeft plaatsgevonden. Indien de rechthebbende van dat goed in de strafzaak wordt vrijgesproken, zou ontneming van dat goed, in de situatie zoals genoemd in het Geerings-arrest, in een ontnemingsprocedure ex artikel 36e lid 3 Sr niet mogelijk zijn. Indien het goed reeds in het kader van de procedure NCBC is geconfisqueerd, staat de vrijgesproken rechthebbende evenwel met lege handen.

Aan voorgaande problematiek wordt in het voorstel voorbijgegaan.

De adviescommissies zijn van mening dat minst genomen moet worden uitgewerkt onder welke omstandigheden een procedure NCBC kan worden gestart in gevallen waarin een verdachte strafrechtelijk is vervolgd maar is vrijgesproken of waarin strafvervolging nog loopt. Er zijn situaties denkbaar waarin een vrijspraak niets zegt over de eventuele criminele herkomst van een te confisqueren goed, maar even zo goed zijn er situaties denkbaar waarin dat wel het geval is. Een nadere uitwerking op dit punt is noodzakelijk.

Tevens zou moeten worden voorzien in de mogelijkheid voor belanghebbenden die na afronding van een procedure NCBC zijn vrijgesproken te verzoeken tot teruggave van een reeds geconfisqueerd goed dan wel een verzoek tot schadevergoeding in te dienen voor gevallen waarin teruggave niet langer mogelijk is.

Overige internationale regelgeving

De memorie van toelichting neemt tot uitgangspunt dat internationale samenwerking en wederzijdse erkenning van confiscatiebeslissingen niet zal kunnen plaatsvinden via de relevante strafrechtelijke en civielrechtelijke rechtshulpverdragen en EU-regeling (memorie van toelichting, p. 41 e.v.). Deels kunnen de adviescommissies de argumentatie hiervoor volgen, zij het dat bijvoorbeeld een bespreking van de "Agro in 2001" uitspraak van het HvJ EU (ECLI:EU:C:2020:221) passend zou zijn.[10] Op het punt van de “traditionele” strafrechtelijke rechtshulpverdragen overtuigt de redenering in de memorie van toelichting echter (nog) niet.

[9] Geerings vs Nederland, no 30810/03, 1 maart 2007

[10] In deze uitspraak oordeelde het HvJ EU dat een civiele in rem confiscatieprocedure niet binnen de werkingssfeer van kaderbesluit 2005/212 valt.

Verwezen wordt naar paragraaf 21 *explanatory report* bij het Witwasverdrag van Straatsburg[11] en paragraaf 164-165[12] en 176 van het *explanatory report* bij het Verdrag van Warschau. Hieruit volgt duidelijk dat de reikwijdte van deze verdragen ook civiele *in rem* procedures omvat en dus breder is dan de memorie van toelichting tot uitgangspunt neemt. Ook artikel 13c van de Wet overdracht tenuitvoerlegging strafvonnissen (hierna: 'WOTS') voorziet in de mogelijkheid tot rechtshulp bij buitenlandse *in rem* confiscatieprocedures. De adviescommissies mist kenbare aandacht hiervoor. Eveneens ontbreekt een beschouwing over de verhouding tussen bijvoorbeeld de WOTS en het wetsvoorstel en roept het voorgaande de vraag op hoe de beschouwingen in de memorie van toelichting over buitenlandse executoriale titels en het Rv (p. 45-46) zich verhouden tot de WOTS. Voorkomen moet worden dat hier onduidelijkheid over bestaat.

2.2.3. Verhouding met belastingheffing

Ontbrekende koppeling met artikel 74 AWR met NCBC

Bij reguliere ontneming van wederrechtelijk verkregen voordeel kan dit op grond van artikel 36e Sr worden teruggevorderd. Wanneer het gaat om belastingheffing is de ontnemingsmaatregel echter buiten werking gesteld, dit is geregeld in artikel 74 AWR. Daarin is opgenomen dat '*ter zake van bij de belastingwet strafbaar gestelde feiten*' artikel 36e Sr. geen toepassing vindt. Voor zover sprake is van voordeel uit andere strafbare feiten of van vervolgprofijt, staat artikel 74 AWR overigens niet aan ontneming in de weg.

De ratio hierachter is dat in het bijzonder de fiscale wetgeving voorziet in een eigen instrumentarium voor de overheid om jegens haar uit de wet voortvloeiende schulden in te vorderen, ook in de gevallen waarin de schuldenaar heeft nagelaten aan zijn aangifteverplichtingen te voldoen. In dergelijke is er voor de overheid geen reden om bovendien met behulp van het strafrecht tot ontneming van wederrechtelijk verkregen voordeel over te gaan en gebiedt de zuiverheid, dat in dergelijke gevallen de toepasselijkheid van de strafrechtelijke maatregel wordt uitgesloten.[13] Met andere woorden: het belastingrecht beschikt over voldoende en specifiekere middelen om tot heffing en inning van belastingen over te gaan en is daarom de geëigende weg, die niet door het strafrecht moet worden doorkruist.

---

[11] "*The definition of "confiscation" was drafted in order to make it clear that, on the one hand, the Convention only deals with criminal activities or acts connected therewith, such as acts related to civil in rem actions and, on the other hand, that differences in the organisation of the judicial systems and the rules of procedure do not exclude the application of the Convention. For instance, the fact that confiscation in some States is not considered as a penal sanction but as a security or other measure is irrelevant to the extent that the confiscation is related to criminal activity. It is also irrelevant that confiscation might sometimes be ordered by a judge who is, strictly speaking, not a criminal judge, as long as the decision was taken by a judge. The term "court" has the same meaning as in Article 6 of the European Convention on Human Rights. The experts agreed that purely administrative confiscation was not included in the scope of application of the Convention*."

[12] "*164. The Explanatory Report to the 1990 Convention stated that any type of proceedings, independently of their relationship with criminal proceedings and of applicable procedural rules, might qualify in so far as they may result in a confiscation order, provided that they are carried out by judicial authorities and that they are criminal in nature, that is, that they concern instrumentalities or proceeds. Such types of proceedings (which include, for instance, the so called" in rem proceedings") are referred to in the text of the 1990 Convention and of this Convention as "proceedings for the purpose of confiscation". 165. However, the drafters of this Convention included a new paragraph 5 in Article 23 to ensure that Parties co-operate, to the widest possible extent under their domestic law, for the execution of measures leading to confiscation, which are not criminal sanctions in so far as the measures are ordered by a judicial authority in relation to a criminal offence and that it was established that the property constitutes proceeds or other property in the meaning of Article 5. Therefore, the main difference between the 1990 Convention and this Convention on this particular issue, is that this Convention has made it clear in the body of the text of the treaty that co-operation concerning the execution of measures leading to confiscation, which are not criminal sanctions, has to be provided to the widest extent possible. […] 176. In the 1990 Convention it was made clear that the Parties may choose whatever legislative approach to confiscation they wish, including the civil in rem route. The term "civil in rem actions" is used in the Explanatory Report to the 1990 Convention for illustrative purposes and there is no suggestion that the Convention only covers this sort of civil confiscation action."*

[13] Kamerstukken II 1989/90, 21504, nr. 3, p. 49

Ditzelfde kan aan de orde komen bij NCBC via de Wet confiscatie criminele goederen. Wanneer het gaat om goed dat afkomstig is van een bij de belastingwet strafbaar gestelde feiten, dient ook voor deze ontnemingsvariant te worden geregeld dat het belastingrecht niet wordt doorkruist. De adviescommissies stellen daarom voor om in artikel 74 AWR ook een koppeling op te nemen met de Wet confiscatie criminele goederen.

Ontbrekende matching betaling ontneming met fiscale aftrek in aanslagjaar

Toelichting reeds bestaande problematiek

In beginsel zijn ondernemingskosten aftrekbaar. Op grond van artikel 3.14 Wet Inkomstenbelasting 2001 (hierna: 'Wet IB') komen bij het bepalen van de winst bepaalde kosten en lasten niet in aftrek, waaronder kosten in verband met misdrijven ter zake waarvan de belastingplichtige strafrechtelijk is veroordeeld (eerste lid, onderdeel d) of een strafbeschikking opgelegd heeft gekregen (eerste lid, onderdeel e). Deze regeling wordt hierna aangeduid met 'de aftrekbeperking'.

Wanneer voordeel wordt ontnomen, wordt die aftrekbeperking weer ongedaan gemaakt, lees: strafrechtelijke ontneming is wel aftrekbaar (artikel 3.14, derde lid, Wet IB). Doel hiervan is dat voor zover enig voordeel is ontnomen, de belastingheffing daarover ongedaan wordt gemaakt. De staatssecretaris heeft opgemerkt dat de terugneming van de uitsluiting van aftrek is gestoeld op de gedachte dat waar het wederrechtelijk verkregen voordeel wordt ontnomen, er geen reden meer is om ter zake van dit ontnomen voordeel met fiscale middelen op te treden.[14]

Op grond van het bestaan van dit 'fiscale mechanisme' mag de strafrechter bij het vaststellen van de ontnemingsvordering géén rekening houden met reeds betaalde belasting.[15] In gevallen waarin het fiscaal mechanisme niet werkt, geldt die beperking voor de strafrechter niet en mag belastingheffing wel als kostenpost op de ontneming in mindering worden gebracht.[16]

De aftrekbeperking kan in de praktijk echter vrij eenvoudig leiden tot een hogere belastingdruk dan op grond van de wet beoogd is, door het ontbreken van een 'matching' (koppeling) tussen het belastingjaar waarin de inkomsten zijn verkregen en zullen worden belast, en het – per definitie latere – belastingjaar waarin de betaalde ontnemingsvordering in aftrek kan worden gebracht.

Een betaling aan de Staat uit hoofde van een ontnemingsvordering is op basis van jurisprudentie slechts in het jaar van daadwerkelijk betaling aftrekbaar, en niet eerder. De beoogde matching kan ook niet worden bereikt door het vormen van een fiscale voorziening, oordeelde de Hoge Raad in 2011.[17] Wanneer de ontnomen inkomsten zijn verdiend met illegale activiteiten, zullen deze ondernemingsactiviteiten inmiddels zijn gestaakt op het moment dat de ontneming wordt voldaan. Dat betekent dat men automatisch is aangewezen op de mogelijkheden van verliesverrekening met winsten uit jaren *voorafgaand* aan het jaar waarin de ontnemingsveroordeling komt vast te staan en wordt betaald. De mogelijkheden om verliezen met oudere jaren te verrekenen, zijn echter beperkt: drie voorgaande jaren in de inkomstenbelasting en één voorgaand jaar in de vennootschapsbelasting. De ontneming, het sluitstuk van een strafzaak, kan jaren later komen vast te staan en worden betaald dan het jaar waarin de inkomsten zijn verdiend. In veel gevallen zal de verliesverrekeningstermijn daardoor al zijn verstreken. Per saldo leidt dit dus tot belastingheffing

[14] Kamerstukken II 1996/97, 25019, nr. 3, p. 7
[15] HR 17-02-1998, ECLI:NL:HR:1998:ZD0947, r.o. 4.2.1 onder verwijzing naar Kamerstukken II, 1989-1990, 21504, nr. 3, blz. 79-82
[16] HR 12-01-2021, ECLI:NL:HR:2021:1, r.o. 2.5
[17] HR 23-09-2011, ECLI:NL:HR:2011:BT2299, r.o. 3.2.2

over ontnomen voordelen in plaats van een fiscaal neutrale uitkomst, en een niet werkend ‘fiscaal mechanisme’.

Toelichting aanvullende problemen door NCBC
Op basis van de Wet confiscatie criminele goederen is het mogelijk vermogen te confisqueren zonder dat daar een strafrechtelijke veroordeling aan voorafgaat, indien aannemelijk is dat het vermogen afkomstig is van een misdrijf. Uit de parlementaire toelichting volgt dat de Wet confiscatie criminele goederen een reparatoir karakter heeft dat moet leiden tot rechtsherstel. Met het wetsvoorstel wordt beoogd het herstel van de situatie voordat het vermogen langs illegale weg werd verkregen, zodat het criminele geld niet in het maatschappelijk verkeer komt.[18] NCBC heeft dus geen punitief karakter. Een samenloop tussen het fiscale recht en de Wet confiscatie criminele goederen kan echter wel tot een hogere belasting leiden indien het geconfisqueerde goed in de belastingheffing is of nog kan worden betrokken. Zie voor de uitwerking daarvan de hiervoor opgenomen paragraaf.

Oplossingsrichting
Om bovenstaande problemen op te lossen c.q. te voorkomen, worden de volgende wetswijzigingen voorgesteld.

Koppeling in artikel 74 AWR met NCBC
Aanvulling in artikel 74 AWR, waardoor een koppeling ontstaat met confiscatie op grond van de Wet confiscatie criminele goederen.

Matchen betaling ontneming met fiscale aftrek in aanslagjaar (artikel 3.14 Wet IB)
Aanvulling in artikel 3.14 Wet IB zodat heffing en aftrek in zelfde aanslagjaar terechtkomt.

Omdat dit zo nodig via een ambtshalve vermindering moet worden geregeld en een rechtsingang hiertegen alleen geregeld is in de Wet IB en bijvoorbeeld niet in de Wet op de vennootschapsbelasting 1969 (hierna: de Vpb), wordt ook een koppeling voorgesteld met artikel 9.6 IB, waarin voor de Wet IB is geregeld dat bij uitzondering wel rechtsingang mogelijk is tegen een afwijzende beslissing op een verzoek tot ambtshalve vermindering.

Omdat de mogelijkheid tot verzoeken om ambtshalve vermindering bij ministeriële regeling is beperkt tot vijf jaren na afloop van het belastingjaar waarop de belastingaanslag betrekking heeft (artikel 45aa Uitvoeringsregeling IB 2001), wordt voorgesteld op te nemen dat voor zover de mogelijkheid ambtshalve vermindering te verzoeken bij ministeriële regeling in tijd is beperkt, deze termijn gaat lopen nadat de betreffende kosten en lasten zijn voldaan.

Tekstvoorstellen

Wijziging artikel 74 AWR

Huidige tekst*:*

> *“Artikel 74*
> *Ter zake van bij de belastingwet strafbaar gestelde feiten vindt artikel 36e van het Wetboek van Strafrecht geen toepassing.”*

[18] Memorie van Toelichting, p. 8

Voorstel:

"Artikel 74

Ter zake van bij de belastingwet strafbaar gestelde feiten vindt artikel 36e van het Wetboek van Strafrecht en de Wet confiscatie criminele goederen geen toepassing."

Wijziging artikel 3.14 Wet IB

Huidige tekst:

"Artikel 3.14. Van aftrek uitgesloten algemene kosten

1. Bij het bepalen van de winst komen niet in aftrek kosten en lasten die verband houden met de volgende posten:

(…)

d. misdrijven ter zake waarvan de belastingplichtige door een Nederlandse strafrechter bij onherroepelijke uitspraak is veroordeeld, daaronder begrepen de misdrijven die zijn betrokken bij de bepaling van de hoogte van de opgelegde straf en ter zake waarvan het OM heeft verklaard te zullen afzien van vervolging;

e. misdrijven ter zake waarvan een strafbeschikking onherroepelijk is geworden;

(…)

2. (…)

3. Tot de in het eerste lid, onderdelen d en e, bedoelde kosten en lasten behoren niet:

a. voldoening aan de Staat van een geldbedrag of overdracht van in beslag genomen voorwerpen, ter gehele of gedeeltelijke ontneming van wederrechtelijk verkregen voordelen en

b. vergoeding van door het misdrijf veroorzaakte schade."

Voorstel:

"3. Tot de in het eerste lid, onderdelen d en e, bedoelde kosten en lasten behoren niet:

a. voldoening aan de Staat van een geldbedrag of overdracht van in beslag genomen voorwerpen, ter gehele of gedeeltelijke ontneming van wederrechtelijk verkregen voordelen en

b. vergoeding van door het misdrijf veroorzaakte schade.

Deze kosten en lasten kunnen, nadat deze zijn voldaan, alsnog in aftrek worden gebracht in het jaar waarin het wederrechtelijke voordeel tot het belastbare inkomen is gerekend. De desbetreffende aanslag(en) worden in zoverre zo nodig ambtshalve verminderd. Artikel 9.6, derde lid, is van overeenkomstige toepassing. Voor zover de mogelijkheid ambtshalve vermindering te verzoeken bij ministeriële regeling in tijd is beperkt, gaat deze termijn lopen nadat de betreffende kosten en lasten zijn voldaan."

En een nieuw in te voegen vierde lid:

"4. Het bepaalde in het derde lid geldt ook voor confiscatie uit hoofde van de Wet confiscatie criminele goederen."

2.2.4. Gevolgen voor de rechtsbijstand

Toename beroep op gefinancierde rechtsbijstand

In de memorie van toelichting wordt ten onrechte geen aandacht besteed aan de impact die dit wetsvoorstel heeft op de (gefinancierde) rechtsbijstand. Op p. 11 wordt weliswaar aangenomen dat het aannemelijk is dat in het kader van een procedure NCBC minder snel sprake zal zijn van een recht op rechtsbijstand, omdat de procedure enkel kan worden gevoerd als het te confisqueren goed een waarde vertegenwoordigt van ten minste € 25.000, maar die aanname is onjuist.

Het recht op gefinancierde rechtsbijstand is afhankelijk van het verzamelinkomen en box 3 vermogen van twee voorgaande jaren (als de confiscatieprocedure wordt gevoerd in 2022, is het recht op toevoeging afhankelijk van het inkomen en vermogen van het jaar 2020). Aangezien de te confisqueren goederen niet behoren tot het box 3 vermogen (voordeel uit sparen en beleggen als bedoeld in hoofdstuk 5 van de Wet IB), staan zij niet in de weg aan een eventueel recht op gefinancierde rechtsbijstand. Het beroep op de gefinancierde rechtsbijstand zal dan ook groter zijn dan in de memorie van toelichting verwacht.

Belangrijker is echter dat het gaat om nieuwe wetgeving, die aanleiding zal geven tot procedures die thans nog niet bestaan. Aangezien, anders dan in de memorie van toelichting wordt gesteld, de waarde van de te confisqueren goederen geen beletsel is om voor gefinancierde rechtsbijstand in aanmerking te komen, zullen deze nieuwe procedures leiden tot een extra beroep op de gefinancierde rechtsbijstand, waarmee in het voorstel ten onrechte geen rekening wordt gehouden (zo ontbreekt een aanvulling van de bijlage bij het Besluit vergoedingen rechtsbijstand 2000 met het aan de confiscatieprocedure toe te kennen aantal punten).

Toevoeging strafrechtadvocaat naast een civielrechtelijke advocaat
Voor betrokkenen die zijn aangewezen op de gefinancierde rechtsbijstand heeft het in het civiele recht onderbrengen van een in essentie strafrechtelijke procedure aanmerkelijke nadelen. Voor het voeren van de procedure heeft een betrokkene een civielrechtelijke advocaat nodig, terwijl voor de inhoudelijke kant van de zaak bijstand van een strafrechtadvocaat noodzakelijk is. Op grond van de Wet op de rechtsbijstand kan echter slechts één advocaat worden toegevoegd. Dat betekent dat als voor de confiscatieprocedure een civielrechtelijke advocaat is toegevoegd, de betrokkene niet de mogelijkheid heeft om daarnaast om een strafrechtadvocaat toegevoegd te krijgen.

Het voor de civiele confiscatieprocedure toevoegen van strafrechtadvocaten is onwenselijk, omdat bij hen de kennis van en ervaring met het civiele procesrecht ontbreekt en dit bovendien in strijd is met de ontwikkeling tot verdere specialisatie binnen de advocatuur. De adviescommissies adviseren dan ook om te voorzien in de mogelijkheid dat in het kader van de confiscatieprocedure naast een civielrechtelijke advocaat, ook een strafrechtadvocaat kan worden toegevoegd.

2.3. Uitbreiding mogelijkheden hoofdelijke aansprakelijkheid
Het wetsvoorstel voorziet in de uitbreiding van de mogelijkheid de ontnemingsmaatregel hoofdelijk op te leggen bij ontnemingen gebaseerd op artikel 36e lid 3 Sr. De adviescommissies raden deze uitbreiding sterk af. De noodzaak van deze uitbreiding is onvoldoende onderbouwd. Uit de memorie van toelichting blijkt niet dat het feit dat de mogelijkheid van het opleggen van een hoofdelijke betalingsverplichting thans ontbreekt tot problemen leidt in de praktijk. In de memorie van toelichting worden slechts hypothetische voorbeelden genoemd, bovendien valt een hoofdelijke oplegging niet te rijmen met de ontnemingsmogelijk die artikel 36e derde lid Sr. biedt.

De leden 1 en 2 van artikel 36e Sr, bieden immers de mogelijkheid tot ontneming van voordeel dat direct voortvloeit uit het strafbare feit waarvoor is veroordeeld, of uit andere strafbare feiten, als voldoende aanwijzingen bestaan dat ze door de veroordeelde zijn begaan. Bij invoering van deze mogelijkheid werd door de indieners van het amendement een aantal concrete voorbeelden genoemd in de memorie van toelichting, waarbij aanleiding kan zijn om tot toepassing van hoofdelijke aansprakelijkheid over te gaan.[19] Zo werd de bankoverval genoemd waar sprake is van

[19] TK 2009-2010, 32194, nr. 9

een begraven buit die nadien door één van de drie daders wordt opgegraven. Met de hoofdelijke aansprakelijkheid van alle drie de daders voor het gehele bedrag, wordt dan de mogelijkheid geboden dat hele bedrag bij die dader te verhalen, aldus de toelichting op het amendement.

In de praktijk is de hoofdelijke aansprakelijkheid slechts in een beperkt aantal gevallen toepasbaar gebleken. Ook omdat ontneming uiteraard het uitgangspunt kent dat alleen daadwerkelijk verkregen voordeel kan worden ontnomen. De Hoge Raad overwoog in dat verband in 2015:

> "*Het opleggen van een hoofdelijke betalingsverplichting voor het gehele bedrag van het wederrechtelijk verkregen voordeel, zonder dat is kunnen worden vastgesteld dat de 'schuldenaar' dat voordeel heeft verkregen, zal doorgaans in strijd zijn met het uitgangspunt dat slechts voordeel kan worden ontnomen dat de betrokkene in de concrete omstandigheden van het geval daadwerkelijk heeft behaald. Alleen indien het verkregen wederrechtelijk voordeel als 'gemeenschappelijk voordeel' kan worden aangemerkt waarover ieder van de mededaders kan beschikken of heeft kunnen beschikken, tast oplegging van een hoofdelijke betalingsverplichting het karakter van de ontnemingsmaatregel niet aan. Dit 'gemeenschappelijk voordeel' kan dan aan ieder van de mededaders voor het geheel worden toegerekend*."[20]

Juist dit uitgangspunt, dat enkel daadwerkelijk verkregen voordeel wordt ontnomen, verhoudt zich niet met hoofdelijke aansprakelijkheid bij een ontneming op basis van artikel 36e lid 3 Sr. Artikel 36e lid 3 Sr. ziet op de mogelijkheid tot ontneming over te gaan zonder een concreet aan die ontneming ten grondslag liggend gronddelict. Zolang de veroordeelde in hoofdzaak is veroordeeld voor een feit waarop ten minste een geldboete van de 5de categorie staat, kan tot ontneming worden overgegaan indien aannemelijk is dat ofwel dat misdrijf of andere strafbare feiten tot voordeel hebben geleid.

Die aannemelijkheid kan worden aangenomen als sprake is van voorwerpen die in de zes jaar voorafgaand aan het plegen van dat misdrijf aan de veroordeelde zijn gaan toebehoren terwijl geen legale bron van herkomst aannemelijk is (36e lid 3 onder b Sr.) of op basis van uitgaven die de veroordeelde in de zes jaren voor dat misdrijf heeft gedaan, waarvoor een aannemelijke legale inkomstenbron ontbreekt (artikel 36e lid 3 onder a Sr.).

Dit artikellid biedt dus juist de mogelijkheid om over te gaan tot het ontnemen van voordeel dat zich bij een veroordeelde bevindt, zonder dat duidelijk is of hoeft te zijn uit welk strafbaar feit dat voordeel komt, zolang maar aannemelijk is dát het wederrechtelijk voordeel is. Dit kan dus ook om volstrekt andere feiten gaan dan waarvoor veroordeling is gevolgd en feiten die dus ook daar volledig los van staan.

Juist met deze gevallen, en met name bij een ontneming op basis van de kasopstelling, de a grond van artikel 36e lid 3 Sr., is hoofdelijke aansprakelijkheid moeilijk verenigbaar. Dan zou immers een medeverdachte hoofdelijk aansprakelijk kunnen zijn voor de onverklaarbare uitgaven van een ander, terwijl die uitgaven niet bekostigd hoeven te zijn vanuit het strafbare feit waarvoor zij tezamen zijn veroordeeld en ook niet vanuit strafbare feiten waar zij samen van geprofiteerd hebben. Die kunnen immers ook afkomstig zijn uit de baten van andere strafbare feiten, die betreffende alleen of met een onbekende derde heeft begaan. Het is met het reparatoire karakter

[20] HR 7 april 2015, ECLI:NL:HR:2015:878, naar deze jurisprudentie wordt in de Memorie van Toelichting overigens ook verwezen.

van de ontnemingsmaatregel onverenigbaar als een medeveroordeelde moet opdraaien voor de verdiensten van een ander.

Reeds dat vormt reden om van deze wijziging af te zien. Artikel 36e lid 3 Sr. ziet immers bij uitstek op het vaststellen van het voordeel op basis van de vermogenspositie van een individuele veroordeelde, los van het strafbare feit waarvoor veroordeling is gevolgd. Het voordeel op basis van dat artikel wordt vastgesteld op basis van de bij een bepaalde veroordeelde aangetroffen vermogensbestanddelen of uitgevoerde kasopstelling. Het voert te ver om anderen voor dat voordeel aan te spreken, zonder dat er concrete aanwijzingen zijn dat zijn in dat vermogen gedeeld hebben. Het valt moeilijk te verklaren hoe medeveroordeelden gedeeld kunnen hebben in vermogen dat door een ander in de zes jaar voor het delict is uitgegeven.

De memorie van toelichting verschaft bovendien geen helderheid over de noodzaak van deze uitbreiding. Daar wordt immers opgemerkt:

> "*De voorgestelde wijzing betreft zaken waarin meerdere daders een rol hebben gespeeld en niet of zeer moeilijk kan worden aangetoond welk deel van het vastgestelde wederrechtelijk verkregen voordeel bij ieder van de daders terecht is gekomen. Dit kan bijvoorbeeld aan de orde zijn bij veroordelingen voor medeplegen van witwassen (zonder brondelict), waarbij de vermogensbestanddelen zijn geconcentreerd bij een medepleger. Indien er geen informatie beschikbaar is over de verdeling van het wederrechtelijk verkregen voordeel dan deelt de rechter doorgaans het wederrechtelijk verkregen voordeel door het aantal medeplegers. Bij de tenuitvoerlegging kan dan blijken dat uitsluitend de vordering ten aanzien van de medepleger bij wie het vermogen is geconcentreerd succesvol geïnd kan worden, en het vermogen van de andere medeplegers ontoereikend is voor de voldoening van de aan hen opgelegde betalingsverplichting."*[21]

Echter, dit is nu juist een voorbeeld waarop de huidige hoofdelijke aansprakelijkheid al ziet. Witwassen (of daar nu een brondelict voor vastgesteld wordt of niet) is een delict dat tot voordeel kan leiden. Voordeel dat overeenkomst lid 1 of lid 2 van 36e Sr. kan worden vastgesteld en dat vervolgens dus kan worden ontnomen, al dan niet met hoofdelijke aansprakelijkheid, als dus aannemelijk is dat de veroordeelden allen beschikking hebben gehad over het gehele voordeel. Vervolgens kan dan dit voordeel bij de medepleger waar het vermogen is geconcentreerd worden ontnomen.

Dat blijkt eens temeer nu in de memorie van toelichting ook wordt opgemerkt:

> "*Voor dergelijke gevallen, waarin mededaders gezamenlijk lijken te hebben geprofiteerd van het plegen van strafbare feiten en zij er welbewust voor kiezen om geen enkele indicatie te geven van de wijze waarop de criminele opbrengsten zijn verdeeld, acht ik het wenselijk een ontnemingsmaatregel hoofdelijk op te kunnen leggen*."[22]

Deze toelichting komt immers ook voor in de toelichting op het amendement waarbij de hoofdelijke aansprakelijkheid voor de leden 1 en 2 geïntroduceerd is. Belangrijk, zo niet cruciaal, is echter de zinsnede 'waarin mededaders gezamenlijk lijken te hebben geprofiteerd van het plegen van strafbare feiten'. Het moet, om aan het uitgangspunt dat enkel daadwerkelijk verkregen voordeel

[21] P. 49 Memorie van Toelichting
[22] Idem

wordt ontnomen te voldoen, immers inderdaad minst genomen aannemelijk zijn dat er gezamenlijk is geprofiteerd van de opbrengst uit strafbare feiten. Dat verhoudt zich niet met een ontnemingsmaatregel die is gestoeld op het ontnemen van al het onverklaarbaar vermogen dat bij één bepaalde veroordeelde is aangetroffen of dat hij heeft uitgegeven in de periode van 6 jaren voorafgaand aan diens veroordeling, zonder dat daar enig concreet delict aan gekoppeld is.

Waarom dus een uitbreiding van de hoofdelijke aansprakelijkheid naar lid 3 van 36e Sr nodig is blijkt hieruit volstrekt niet. Ook blijkt niet dat de huidige regeling in de praktijk tekortschiet. De adviescommissies menen dan ook dat deze voorgestelde wijziging onvoldoende doordacht is, de noodzaak van deze wijziging onvoldoende is onderbouwd en dat hoofdelijke aansprakelijkheid zich bovendien gewoonweg niet verhoudt met een ontneming gestoeld op lid 3 van artikel 36e Sr. De adviescommissies hebben ernstige bezwaren tegen dit onderdeel van het voorstel en adviseert deze wijziging niet in te dienen.

2.4. Uitbreiding bestraffingsmogelijkheden voor bepaalde delicten
In het wetsvoorstel zijn enkele mogelijkheden tot uitbreiding van de bestraffingsmogelijkheden voor bepaalde delicten opgenomen.

2.4.1. Ontzetting uit rechten
Het wetsvoorstel strekt zoals opgemerkt tot de versterking van de aanpak van ondermijning. Reeds in dat licht bezien is deze uitbreiding niet geheel begrijpelijk. De uitbreiding ziet immers grotendeels op delicten die niet als ondermijnend te kenschetsen zijn, maar voornamelijk op terroristische misdrijven. Dit is eens temeer reden om deze wijziging in een apart wetsvoorstel op te nemen.

Voorts wordt de mogelijkheid tot ontzetting geïntroduceerd voor deelname aan een criminele organisatie en mensenhandel, alsmede voor enkele overtredingen van de Opiumwet volgens de memorie van toelichting. Echter, uit de tekst van het wetsvoorstel blijkt in de eerste plaats dat enkel mensensmokkel daaronder is gevangen, mensenhandel (artikel 273f Sr.) niet. Daarnaast blijkt daaruit dat de mogelijkheid tot ontzetting uit rechten ook wordt geïntroduceerd bij een veroordeling voor bedreiging.

De adviescommissies menen dan ook dat deze wijziging onvoldoende is onderbouwd. De memorie van toelichting strookt zoals hierboven uiteengezet is niet geheel met het wetsvoorstel zelf. Daarbij komt dat in de memorie van toelichting nauwelijks aandacht besteed is aan de noodzaak van deze wijziging. Juist gelet op de zwaarte van deze bijkomende straf, de ontzetting uit bepaalde rechten, strekt het op zijn minst tot de aanbeveling de noodzaak van deze wijziging nader te onderbouwen.

Daarnaast menen de adviescommissies dat specifiek ingegaan zou moeten worden op de reden om ook de mogelijkheid van ontzetting uit bepaalde rechten mogelijk te maken bij een veroordeling voor bedreiging. De adviescommissies adviseren dan ook om in de memorie van toelichting nader in te gaan op de noodzaak van dit wetsvoorstel, ook specifiek ten aanzien van enkele delicten waarvoor deze uitbreiding wordt voorgesteld. Daarnaast dient de geconstateerde inconsistentie tussen de memorie van toelichting en de tekst van het wetsvoorstel zelf te worden weggenomen.

2.4.2. Verhoging boete categorieën bepaalde feiten
Ondanks dat de adviescommissies geen bezwaren hebben tegen de voorgestelde wijziging op dit punt, kan wel worden opgemerkt dat de noodzaak van dit voorstel in de memorie van toelichting niet afdoende is onderbouwd. Niet blijkt dat voor de delicten waarvoor de verhoging wordt voorgesteld, thans met regelmaat de nu maximaal mogelijke boete wordt opgelegd en dat de

huidige boetecategorieën dus tekortschieten. De adviescommissies adviseren hier in de memorie van toelichting nader op in te gaan.

2.5. Wijziging wrakingsregeling

Wat de reden is om de voorgestelde wijziging van de wrakingsregeling op te nemen in het wetsvoorstel met betrekking tot de confiscatieprocedure, ontgaat de adviescommissies. Gelet op het immense belang van de wrakingregeling voor het waarborgen van de onpartijdigheid van de rechter, behoort een wijziging daarvan niet als bijwagen van een heel andere regeling te worden 'meegenomen', maar in een zelfstandig wetsvoorstel te worden opgenomen.

In het kader van een zelfstandig wetgevingstraject kan dan ook worden bezien of de beoordeling van wrakingsverzoeken zou moeten worden opgedragen aan rechters van een ander gerecht dan waartoe de gewraakte rechters behoren.[23]

Inhoudelijk menen de adviescommissies dat in de memorie van toelichting te gemakkelijk wordt aangenomen dat wrakingsverzoeken vooral worden gebruikt als vertragingstactiek en dat ten onrechte geen aandacht wordt besteed aan de gevolgen van de *toewijzing* van een wrakingsverzoek. Als een rechter na een ingediend wrakingsverzoek beslissingen heeft genomen die (naar het oordeel van de gewraakte rechter) geen uitstel duldden, en vervolgens wordt het wrakingsverzoek toegewezen, dan ontstaat de vraag welke gevolgen die toewijzing kan of moet hebben voor de door die rechter genomen beslissingen. Moeten die dan vervallen of opnieuw worden beoordeeld?

Dat is een reële vraag, omdat met de toewijzing van het wrakingsverzoek is komen vast te staan dat er gerechtvaardigde twijfel bestaat over de onpartijdigheid van de betreffende rechter. Omdat in die situatie niet meer is voldaan aan de eis dat de beslissingen zijn genomen door een 'onpartijdig gerecht', is het geenszins vanzelfsprekend dat de door die rechter genomen beslissingen zonder meer in stand dienen te blijven.

2.6. Relatieve competentie en taakomschrijving functioneel parket

De adviescommissies hebben geen principiële bezwaren tegen het schrappen van artikel 6, tweede lid Sv. Wel moeten voldoende waarborgen aanwezig zijn om recht te doen aan het belang van "een evenwichtige beoordeling van de feiten en een daarop zo goed mogelijk afgestemde straftoemeting" (vgl. ook p. 60 memorie van toelichting). Het wetsvoorstel heeft immers tot gevolg dat zaken die eigenlijk bij elkaar horen voortaan bij verschillende gerechten kunnen worden ondergebracht. Bovendien staat het wetsvoorstel in nauw verband met artikel 17 van de Grondwet en de daarin neergelegde waarborg dat niemand tegen zijn wil kan worden afgehouden van de rechter die wet hem toekent (het leerstuk: ius de non evocando) (vgl. ook p. 63 memorie van toelichting). Voor zaken die reeds op zitting hebben gestaan is sprake van een adequate waarborg in de vorm van een rechterlijke toetsing (voorgestelde artikel 282b Sv). Deze rechterlijke toetsing ontbreekt echter voor de fase die voorafgaat aan de zitting. Hier wordt geen, laat staan een overtuigend argument aangedragen. Weliswaar kunnen zaken thans ook al zonder rechterlijke toetsing "verenigd" worden door de officier van justitie maar de dwingende regel van artikel 6 lid 2 Sv biedt voldoende waarborgen voor een juist gebruik van die bevoegdheid. Nu dit artikel komt te vervallen bepleiten de adviescommissies toetsing in te voeren als de officier zaken wenst te verenigen voor aanvang van het onderzoek ter terechtzitting. Alternatief is artikel 6 lid 2 Sv te

[23] Zoals voorgesteld door Marianne Lochs (M. Lochs, 'Wraking. Over de slager en z jn vlees: een pleidooi voor externe toetsing', in: J.L. Baar, J.L.F. Groenhuijsen, E.M. Steller (red.), Verstoord evenwicht. Naar een rechtvaardiger strafrecht. Tien jaar NVJSA, een liber amicorum, Den Haag: Sdu 2018, p. 83-102).

handhaven en aan het voorgestelde artikel 282b Sv. toe te voegen dat een dergelijke beslissing tot gevolg heeft dat het bepaalde in artikel 6 lid 2 Sv. buiten toepassing blijft.

Tot slot wijzen de adviescommissies op het ontbreken van een verwijzing naar een eventueel slachtoffer/benadeelde partij in het tweede lid. Niet valt in te zien waarom deze procespartij niet ook gehoord zou moeten worden nu de verwijzing ook een impact op zijn positie kan hebben (bijvoorbeeld doordat de zaak wordt verwezen naar een arrondissement dat ver verwijderd is van zijn woonplaats, de procedure bij de verwijzende rechter zich in een (veel) vergevorderde stadium bevindt (of juist niet) zodat hij langer moet wachten op een vonnis etc.).

2.7 Het tijdelijk aanhouden van de uitvoering van een financiële transactie
Het voorstel voorziet in de bevoegdheid voor de FIE om een bank te verzoeken de uitvoering van een transactie vijf dagen aan te houden, welke periode met vijf dagen kan worden verlengd. De bank is tot geheimhouding omtrent deze opdracht verplicht, net zoals de bank verplicht is tot geheimhouding van het melden van ongebruikelijke transacties. De bank is niet aansprakelijk voor schade die het gevolg is van het in opdracht tegenhouden van een transactie.

In de memorie van toelichting wordt geen aandacht besteed aan de situatie dat een klant wiens transactie door de bank tijdelijk wordt aangehouden hierover vragen stelt aan de bank. Het is zelfs mogelijk dat de betreffende klant tegen het aanhouden van de transactie opkomt in een kort geding. Dat roept de vraag op wat de bank in reactie op vragen van de klant of in kort geding zal kunnen aanvoeren, nu zij tot geheimhouding verplicht is. De adviescommissies adviseren hier in de memorie van toelichting nader op in te gaan.

2.8. Artikelsgewijze toelichting

2.8.1. Wet confiscatie criminele goederen
Artikel 2
De mogelijkheid tot confiscatie is volgens dit artikel beperkt tot een goed of samenhangende goederen met een "*geschatte waarde van ten minste 25.000 euro*". Volgens lid 2 geschiedt de schatting door of namens het OM. De memorie van toelichting (p. 67) vermeldt dat in de rede ligt dat de officier van justitie een taxateur inschakelt in de gevallen waarin de waarde dichtbij het drempelbedrag van EUR 25.000 ligt. Ook kan volgens de memorie van toelichting de rechter bij twijfel het oordeel inwinnen van een deskundige (artikel 194 lid 1 jo artikel 284 Rv). Aangezien de confiscatieprocedure per definitie vooraf wordt gegaan door een (verzoek tot) verlof voor het leggen van conservatoir beslag, en daarbij veelal haast geboden is, zal het inschakelen van een taxateur of deskundige in die gevallen niet realistisch zijn.

Voorts missen de adviescommissies in de memorie van toelichting aandacht voor de situatie waarin de waarde van een goed sterk kan fluctueren en hangende de procedure zakt onder de grens van EUR 25.000,-. Hierbij kan gedacht worden aan een vordering in een (instabiele) buitenlandse valuta maar ook aan bijvoorbeeld crypto-munten waarvan algemeen bekend is dat de waarde hypervolatiel kan zijn. Uit de memorie van toelichting lijkt te volgen dat doorslaggevend is de waarde op het moment dat de rechter beslist (memorie van toelichting, p. 67). Dit roept de vraag op of het inderdaad zo is dat een goed dat ten tijde van de beslaglegging EUR 25.000,- waard was maar later onder die waarde zakt, niet kan worden geconfisqueerd. En wat geldt indien in hoger beroep de waarde is veranderd? De adviescommissies adviseren hierop in te gaan in de memorie van toelichting.

Artikel 3
Uit het **tweede lid** volgt dat een verzoek tot confiscatie alleen kan worden ingediend nadat verlof is verleend tot het leggen van conservatoir beslag. Het verlof tot het leggen van conservatoir beslag is dus een constitutief vereiste voor een verzoek tot confiscatie. Daargelaten dat deze keuze in het beslagrecht opmerkelijk is en in sommige gevallen complicerend kan werken, valt deze keuze niet goed te begrijpen aangezien volgens de memorie van toelichting niet vereist is dat ook daadwerkelijk beslag is gelegd (memorie van toelichting, p. 18). Een conservatoir beslag dient er immers toe zeker te stellen dat tenuitvoerlegging van de beslissing in de hoofdzaak uiteindelijk mogelijk is. Dit geldt volgens de memorie van toelichting (p. 19) ook voor een conservatoir beslag ter confiscatie. Waar dus met het oog op die zekerheid een voorafgaand conservatoir beslag noodzakelijk wordt geacht, valt niet goed te begrijpen waarom alleen een voorafgaand verlof voor beslaglegging wordt geëist, maar niet dat het beslag daadwerkelijk is gelegd voordat de confiscatieprocedure aanhangig wordt gemaakt. Zonder een daadwerkelijk gelegd beslag kan het immers zo zijn dat een beslissing tot confiscatie aan het einde van de rit helemaal niet ten uitvoer kan worden gelegd omdat het te confisqueren goed onvindbaar is, terwijl de procedure dan wel beslag heeft gelegd op de capaciteit van de rechtspraak en publieke middelen. Overigens lijkt artikel 10 lid 5 van het wetsvoorstel er wel degelijk van uit te gaan dat daadwerkelijk beslag wordt gelegd: dat artikellid bepaalt immers dat het verlof wordt verleend onder de voorwaarde dat het verzoek tot confiscatie wordt ingediend "*binnen een termijn van veertien dagen na het beslag*" (onderstreping toegevoegd). Deze termijn gaat dus pas lopen nadat beslag is gelegd.

Het **derde lid** regelt welke gegevens moeten worden opgenomen in het verzoekschrift tot confiscatie (en, op grond van artikel 10 lid 3, het verzoek tot het leggen van conservatoir beslag). De vraag rijst waarom niet vereist is dat in het verzoekschrift wordt vermeld dat het goed (dan wel de goederen) geheel of grotendeels afkomstig is (zijn) van of uit de baten van enig misdrijf. Volgens artikel 2 is dit immers een voorwaarde voor confiscatie. Voor zover dit zou vallen onder lid 3 sub b ("*een duidelijke omschrijving van het verzoek en de gronden waarop het berust*") verdient het aanbeveling dit in lid 3 als afzonderlijk vereiste te expliciteren.

Het vermelde in het derde lid onder e. is onduidelijk. De formulering impliceert dat als de belanghebbenden een bekende woonplaats in het buitenland hebben, ook "*het werkelijke verblijf van de belanghebbenden*" – dit impliceert: in Nederland – moet worden vermeld. De vraag is of dit ook is bedoeld.

Volgens het **vierde lid** moet het OM "*de nodige naspeuringen*" doen naar degenen die als belanghebbenden zouden kunnen gelden. Volgens de memorie van toelichting (p. 68) is dit criterium ontleend aan artikel 552ca Sv, en is de invulling die hieraan wordt gegeven overgelaten aan het OM en de rechter. De adviescommissies merken op dat de invulling van dit criterium in het burgerlijk procesrecht niet duidelijk is. Bovendien is de gebruikte terminologie niet consistent, aangezien in artikel 10 lid 4 wordt gesproken van "*de nodige inspanningen*". Is er een verschil tussen "*inspanningen*" en "*naspeuringen*", zo ja waar is dat geschil in gelegen? Het lijkt slechts te gaan om een inspanningsverplichting, waarbij onduidelijk blijft wanneer het OM voldoende moeite heeft gedaan om belanghebbenden op te sporen. Gezien de potentieel verstrekkende gevolgen van een (beslag ter) confiscatie voor belanghebbenden mag niet te snel worden aangenomen dat het OM aan de inspanningsverplichting heeft voldaan. Verder rijst de vraag hoe het OM moet aantonen dat aan die verplichting is voldaan. Met de formulering aan het slot van lid 4 "*om deze in het verzoekschrift te kunnen vermelden*", lijkt bedoeld "*en vermeldt deze in het verzoekschrift*" (waarbij bovendien onduidelijk is of "deze" terugslaat op "naspeuringen" of op de "belanghebbenden").

Verder missen de adviescommissies aandacht voor de sanctionering die moet volgen indien niet is voldaan aan het vierde lid. De gevolgen van het ten onrechte niet (voldoende) opsporen en dus ook niet oproepen van een belanghebbende zijn verstrekkend zodat nietigheid van de procedure die heeft geleid tot de confiscatiebeslissing voor de hand ligt (vgl. ECLI:NL:HR:2016:2461).

Artikel 4

Het **tweede lid** voorziet in de mogelijkheid voor de rechter om te bepalen dat de beschikking dezelfde kracht heeft als een in wettige vorm opgemaakte akte van degene die tot de rechtshandeling gehouden is. Hier rijst de vraag waarom niet volstaan kan worden met een verwijzing naar artikel 3:300 BW. Deze regeling kan immers ook aan de orde komen in een verzoekschriftprocedure.[24]

Op verschillende plaatsen in het voorstel, waaronder het derde lid, is gekozen voor publicatie in de Staatscourant en in één of meer door de rechter aangewezen landelijke dagbladen. Volgens de toelichting (p. 69) wordt beoogd "*een zo groot mogelijke bekendheid te geven aan het verlof, zodat ook eventuele belanghebbenden hiervan op de hoogte kunnen komen die nog niet bij het OM bekend zijn*". Dit strookt niet met de gemoderniseerde publicatieverplichtingen elders in Rv en roept de vraag op of hiervoor niet (ook) een online register kan worden opgezet (vergelijkbaar met de diverse bestaande registers die zijn in te zien op rechtspraak.nl).

Artikel 5

Dit artikel voorziet in onmiddellijke vervreemding van het inbeslaggenomen goed. De voorgestelde procedure is echter in strijd met artikel 1 Eerste Protocol EVRM in verbinding met artikel 13 EVRM. De onmiddellijke vervreemding leidt immers tot verlies van het eigendomsrecht. Belanghebbenden (zoals de eigenaar) worden echter niet gekend in deze procedure en ook niet opgeroepen (althans dat blijkt nergens uit), er staat voor hen geen hogere voorziening open tegen de beslissing tot vervreemding (zie het voorgestelde artikel 5, lid 2) en ook het aanspreken van de Staat op grond van onrechtmatige daad zal niet mogelijk zijn omdat sprake is van een door een rechter genomen beslissing (gesloten stelsel van rechtsmiddelen).[25] Gelet hierop wordt geadviseerd het wetsvoorstel aan te passen in die zin dat de beslissing tot onmiddellijke vervreemding niet wordt genomen dan nadat belanghebbenden, in ieder geval de eigenaar, is opgeroepen en gehoord.

In het **eerste lid** wordt gerefereerd aan "*het verzoekschrift, bedoeld in artikel 4, eerste lid*". De vraag is of het niet logischer is hier te verwijzen naar "*het verzoekschrift, bedoeld in artikel 3, tweede lid*". Artikel 4 lid 1 betreft immers niet het verzoekschrift als zodanig, maar bepaalt slechts iets over het verloop van de procedure na indiening van het verzoekschrift.

In het **tweede lid** is bepaald dat de rechter op het verzoek om toestemming tot onmiddellijke vervreemding "*met voorrang*" beslist. Kennelijk is hiermee bedoeld dat de rechter spoedig na indiening op dit verzoek beslist, en vóórdat de rechter beslist op het verzoek tot confiscatie zelf, maar de gebruikte bewoordingen maken niet duidelijk ten opzichte van wie of wat deze "voorrang" geldt.

Artikel 6

[24] Groene Serie Vermogensrecht, artikel 3:300 BW, aant. 6

[25] Op dit punt wijkt de regeling ook af van het in de Memorie van Toelichting (p. 69) genoemde artikel 117 Sv waarin de machtiging tot vervreemding wordt gegeven door de officier van justitie zodat daartegen in kort geding kan worden opgekomen.

De bevoegdheidsregeling lijkt praktisch moeilijk uitvoerbaar en mogelijk een bron van discussie/vertraging/processuele complicaties, bijvoorbeeld ook voor het bepalen waar banktegoeden of vermogensrechten zich "bevinden". In het laatste geval zijn volgens lid 2 alle rechtbanken in het eerste lid gelijkelijk bevoegd. Dit kan forumshopping in de hand werken.

Artikel 7 en 8

Volgens de memorie van toelichting (p. 70) voorzien deze artikelen in "*een geldelijke tegemoetkoming voor een belanghebbende indien deze door toewijzing van het confiscatieverzoek door de rechter onevenredig wordt getroffen*". Artikel 7 is van toepassing voor de belanghebbende die in de procedure is verschenen; artikel 8 ziet op de belanghebbende die niet in de procedure is verschenen. Bij de voorgestelde regeling passen de volgende kanttekeningen:

- Anders dan uit de memorie van toelichting (p. 70) lijkt te moeten worden afgeleid, zijn de artikelen volgens de voorgestelde wettekst niet beperkt tot de situatie waarin het confiscatieverzoek is toegewezen. De wettekst spreekt immers slechts van "*de beslissing op het verzoek tot confiscatie*". Dat zou dus ook een afwijzende beslissing kunnen zijn. Dit lijkt ook te worden bevestigd in de memorie van toelichting, op p. 31 onderaan. Het verdient aanbeveling ook in de artikelsgewijze toelichting duidelijk te maken dat een geldelijke tegemoetkoming ook mogelijk is in geval van afwijzing van het confiscatieverzoek.
- Het is niet duidelijk of een belanghebbende alleen in aanmerking komt voor een geldelijke tegemoetkoming als hij onevenredig is getroffen door "*de beslissing op het verzoek tot confiscatie*" (zoals de wettekst suggereert), of dat hij ook aanspraak kan maken op een vergoeding als hij onevenredig is getroffen door de procedure tot confiscatie als zodanig (bijvoorbeeld doordat een belanghebbende in het kader van die procedure kosten (voor bijstand door een advocaat of anderszins) heeft gemaakt, of doordat een belanghebbende een periode niet heeft kunnen beschikken over het goed in het geval het verzoek tot confiscatie wordt afgewezen).
- Voor de vraag of een belanghebbende onevenredig wordt getroffen en welke geldelijke vergoeding hem toekomt, kan/moet volgens de memorie van toelichting (p. 70-71) worden gekeken naar de toekenning van een tegemoetkoming na strafrechtelijke verbeurdverklaring. Ook hier blijkt weer dat het wetsvoorstel op twee gedachten/systemen hinkt.
- De memorie van toelichting vermeldt dat voor de toepassing van artikel 8 de dagvaardingsprocedure geldt (memorie van tToelichting, p. 31). Dit sluit aan bij de in artikel 8 gekozen terminologie (het "*vorderen*" van een geldelijke tegemoetkoming (lid 1), en van het instellen van die "*vordering*" binnen drie maanden (lid 2)). Onbegrijpelijk is echter waarom voor artikel 8 de dagvaardingsprocedure geldt terwijl op alle andere punten in de regeling is gekozen voor de verzoekschriftprocedure. Dit klemt te meer nu toepasselijkheid van de dagvaardingsprocedure betekent dat griffierecht verschuldigd is en bijstand door een advocaat verplicht is. Dat laatste is weer problematisch nu, zoals ook in de memorie van toelichting wordt onderkend, gefinancierde rechtsbijstand niet aan de orde zal zijn (memorie van toelichting, p. 11). Daarbij zij nog opgemerkt dat blijkens diezelfde memorie van toelichting een geldelijke tegemoetkoming alleen aan de orde zal kunnen zijn bij derden te goeder trouw (memorie van toelichting, p. 33). Het is onbegrijpelijk dat juist voor hen geen kosteloze en laagdrempelige procedure wordt opengesteld.
- Artikel 8 lid 2 vermeldt niet wat de consequentie is als de vordering niet binnen de genoemde termijn van drie maanden wordt ingesteld. Is de belanghebbende dan niet-ontvankelijk in zijn vordering om een geldelijke tegemoetkoming?
- Voor de aanvang van de termijn lijkt aansluiting gezocht bij de termijnen die gelden voor het instellen van verzet (vgl. artikel 143 lid 2 Rv). De toelichting maakt niet duidelijk waarom dit

nodig is, en waarom niet kan worden gekozen voor een eenduidiger termijn/aanvangsmoment, bijvoorbeeld publicatiedatum van de beschikking (in Staatscourant, nieuwsbladen of een specifiek te openen online register).

- De opmerking op p. 31 van de memorie van toelichting dat het “in de rede [ligt] dat een confiscatieprocedure als ‘daad van rechtsvervolging’ zal gelden in de zin van de artikelen 3:316-318 BW, waardoor een eventueel lopende verjaring wordt gestuit als de staat de eigendom verkrijgt” vergt een nadere toelichting. Wat is precies de stuitingshandeling, en ten opzichte van wie wordt de verjaring dan gestuit? Het voegen van de derde in de NCBC-procedure als belanghebbende met een beroep op verkrijging door verjaring? De NCBC-procedure zelf? Het aanhangig maken van deze procedure door het OM? En wat heeft de derde aan het stuiten van de verjaring als de eigendom door de confiscatieprocedure overgaat op de Staat?

Artikel 10

Lid 1 begint met "*ter verzekering van de tenuitvoerlegging*", waar "*ter bewaring van*" lijkt te zijn bedoeld. De huidige formulering van het eerste lid leest als (bevestiging van de) voorwaarde dat conservatoir beslag wordt gelegd, hetgeen gevolgen kan hebben voor de behandeling van het verzoek tot confiscatie, bijvoorbeeld indien het beslag nog niet kon worden gelegd. Beoogt de wetgever een verzoek tot confiscatie onmogelijk te maken als het goed waarop het betrekking heeft aan conservatoir beslag wordt onttrokken? Onduidelijk is waarom in het wetsvoorstel is afgeweken van de bestaande regeling dat conservatoir beslag gelegd kán worden maar geen voorwaarde is voor het instellen van de eis in hoofdzaak.

Op grond van **lid 3** dient in het verzoekschrift de aan te wijzen gerechtelijk bewaarder te worden vermeld. Het ligt voor de hand de afwijking van artikel 709 Rv lid 3 eerste volzin (waarin als hoofdregel is bepaald dat belanghebbenden worden gehoord) op deze plaats op te nemen (en niet in artikel 11 van het wetsvoorstel).

De terminologie in **lid 4** is niet consistent. In artikel 3 lid 4 wordt gerefereerd aan "naspeuringen". Zie de opmerkingen hierover onder artikel 3 lid 4.

De termijnen in **lid 5 en 6** wijken af van de gebruikelijke termijnen in het beslagrecht (lid 5: veertien dagen versus ten minste acht dagen na het beslag op grond van artikel 700 lid 3 Rv), dan wel zijn onredelijk lang en overigens ook niet in overeenstemming met de in het beslagrecht geldende termijnen uit het Wetboek van Burgerlijke rechtsvordering. Als al aanvaardbaar moet worden geacht – in reguliere beslagzaken kan dit niet – dat "*in spoedeisende gevallen*" het verzoek om verlof mondeling kan worden gedaan en daar mondeling op kan worden beslist, is niet aanvaardbaar dat de schriftelijke vastlegging 3 + 3 werkdagen, dus langer dan een werkweek, op zich kan laten wachten. Voorts is onduidelijk hoe vaak de termijn kan worden verlengd en met hoeveel dagen. De adviescommissies gaan ervan uit dat op dit punt in lijn wordt gehandeld met de beslagsyllabus.[26] Het is wenselijk dit met zoveel woorden tot uitdrukking te brengen in de memorie van toelichting.

In **lid 7** is onduidelijk wat wordt beoogd met de verwijzing naar artikel 702 lid 2 Rv, welk artikellid voorschrijft dat het verlof en het verzoekschrift met het beslagexploot worden betekend "*aan de beslagene*". Aangezien de procedure NCBC is gericht tegen een *goed,* en niet tegen een persoon, is onduidelijk wie in het wetsvoorstel onder "*de beslagene*" moet worden verstaan. Voor zover

[26] Zie beslagsyllabus rechtspraak (versie augustus ’21), p. 22-24.

hieronder een belanghebbende moet worden verstaan en dus het informeren van belanghebbenden in dit stadium noodzakelijk wordt geacht, rijst de vraag waarom niet alle bekende belanghebbenden bij exploot worden geïnformeerd. Aangetekende post is tegenwoordig onbetrouwbaar, duurt langer en garandeert niet dat daadwerkelijk kennis wordt genomen van de stukken. Overigens zullen in het kader van de behandeling van het verzoek tot confiscatie alle belanghebbenden moeten worden opgeroepen en kan worden overwogen om de bekendmaking van het beslag te combineren met de oproeping als belanghebbende in de procedure.

De verplichting in lid 7 om een afschrift van de beschikking aan de belanghebbenden te zenden, lijkt niet beperkt tot een toewijzende beschikking en geldt dus kennelijk ook als het verzoek is afgewezen. Dit is ongebruikelijk en onnodig. Onduidelijk blijft waarom dit zou moeten gebeuren.

Artikel 11
Dit artikel illustreert dat het wetsvoorstel hinkt op twee gedachten c.q. twee systemen (civiel recht en strafrecht). Gevreesd moet worden dat het naast elkaar toepasselijk zijn van deze verschillende systemen in de praktijk tot problemen gaat leiden.
In de memorie van toelichting (p. 73) wordt opgemerkt dat de voorzieningenrechter het bevel tot gerechtelijke bewaring kan verlenen onder voorwaarde dat zekerheid wordt gesteld voor schade die door het beslag kan worden veroorzaakt. De gevolgen van deze (mogelijk zeer ruime) aansprakelijkheid lijken niet te zijn meegewogen bij het opstellen van het wetsvoorstel. Deze gevolgen voor de beslaglegger zouden voor de wetgever een zelfstandige reden kunnen zijn om conservatoir beslag niet als voorwaarde te stellen voor een verzoek tot confiscatie.

In lid 1 wordt gesproken van afgifte aan "een bewaarder". Wordt hiermee 1 de bewaarder in artikel 10 lid 3 bedoeld?

Zoals bij artikel 10 opgemerkt, lijkt het logisch de laatste volzin van lid 1 in artikel 10 op te nemen.

Artikel 12
In **lid 1** wordt gesproken van een "*beëindiging*" van het beslag, terwijl de terminologie "*opheffing*" of "*verval*" van het beslag gebruikelijk is. Bovendien ontbreekt in lid 1 het woord "*mondelinge*" vóór "*behandeling*" in de zin "*doch vóór de aanvang van de behandeling*".

In **lid 2 sub c** staat *verzoekschrift* waar *verzoek* bedoeld zal zijn. Bovendien is niet duidelijk wat wordt bedoeld met "*de gewone rechter*" in "onverminderd de bevoegdheid van de gewone rechter".

In **lid 2** ontbreekt sub e:
e. intrekking van het verzoek tot confiscatie als bedoeld in artikel 14, eerste lid.
De toelichting bij artikel 12, met name lid 3 (memorie van toelichting p. 74) roept vragen op, bijvoorbeeld of de rechtmatige eigenaar van een goed dat door een misdrijf is verkregen, niet reeds bij het onderzoek naar belanghebbenden door het OM in beeld had moeten komen, wat diens positie (en de positie van diens verzekeraar) is en hoe deze regeling zich verhoudt tot een reguliere strafrechtelijke procedure.

In de toelichting bij **lid 4** (memorie van toelichting p.74) is geen aandacht besteed aan de risicoaansprakelijkheid van een beslaglegger. De vraag rijst opnieuw of dat aspect, dat wel is besproken onder 2.3.9.3 (memorie van toelichting p. 34 en 35), in voldoende mate is meegewogen bij het opstellen van onderhavig wetsvoorstel. Onduidelijk is waarom niet is overwogen:
- een verzoek tot confiscatie zonder dat eerst conservatoir beslag is gelegd, of

- een verzoek tot confiscatie nadat conservatoir beslag is gelegd maar zonder dat een bewaarder wordt aangewezen.

In de memorie van toelichting onder 2.3.6.3 (p. 29 e.v.) wordt voor de situaties waarin bewaring niet is aangewezen, gekozen voor vervreemding. Deze keuze van de wetgever dwingt tot een beoordeling met verstrekkende gevolgen (en mogelijk grote aansprakelijkheid) terwijl andere oplossingen niet onderzocht lijken.

Artikel 13
Het **eerste lid** bevat "*een afzonderlijke laagdrempelige verzoekschriftprocedure*" bij de voorzieningenrechter voor de opheffing van het beslag of de teruggave van het goed. Dit vormt volgens de memorie van toelichting (p. 74) een aanvulling op de regeling in Rv, die voorziet in de mogelijkheid van een opheffingskortgeding. De vraag is waarom voor een afwijkende regeling en procedure is gekozen, of het nuttig en nodig is, hoe het zich verhoudt tot een verzoek (buiten rechte) aan de beslaglegger en tot het opheffingskortgeding. Mogelijk is dit opnieuw een gevolg van het "hinken" op twee systemen.

Dat de tussenkomst van een advocaat voor de beoogde verzoekschriftprocedure niet vereist is, zal bedoeld zijn om de kosten laag te houden. De onderhavige materie is echter voor de gemiddelde rechtszoekende veel te complex om zonder juridische bijstand te kunnen behandelen, zeker met het OM als wederpartij. Daar komt bij dat voor de indiening van een verzoekschrift wél griffierecht verschuldigd is (zij het dat dan zou worden uitgegaan van het griffierecht dat geldt voor verzoeken van onbepaalde waarde; zie memorie van toelichting, p. 33). Zeker aangezien het OM noch voor het verzoek tot conservatoir beslag noch voor het verzoek tot confiscatie griffierecht verschuldigd is (artikel 4 lid 1 sub a Wet griffierechten burgerlijke zaken; zie memorie van toelichting, p. 11) lijkt dit tot ongelijkheid te leiden en voor belanghebbenden een belemmering op te werpen voor de toegang tot de rechter. Hetzelfde geldt overigens voor het instellen van hoger beroep of cassatieberoep tegen de beslissing op het verzoek tot confiscatie. Zowel voor het indienen van een verweerschrift als een beroepschrift dient een belanghebbende zich te laten vertegenwoordigen door een advocaat en is griffierecht verschuldigd, waarbij de hoogte van het griffierecht afhankelijk is van de waarde van het goed waarop het verzoek betrekking heeft (memorie van toelichting, par. 2.3.9.2 op p. 34). Ook hier is een belanghebbende dus genoodzaakt aanzienlijke kosten te maken om op te kunnen komen tegen een beslissing waarvan hij nadeel ondervindt.

Het gebruik van het woord "*inbeslagneming*" in **lid 2** is niet consequent; het zou de leesbaarheid ten goede komen als dat wordt aangepast. Naar de aard van het beslag laten de opheffingsgronden van artikel 705 lid 2 Rv zich moeilijk toepassen op een conservatoir beslag tot confiscatie.

In **lid 2** wordt verwezen naar artikel 3, waar artikel 4 lijkt te zijn bedoeld. Bovendien ontbreekt ook hier het woord "*mondelinge*" vóór "*behandeling*" in "*doch uiterlijk vóór aanvang van de behandeling van het verzoek*". Dat geldt overigens ook voor de toelichting in de memorie van toelichting (zie bijvoorbeeld p. 74 en 75, waar steeds alleen wordt gerefereerd aan de "*aanvang van de behandeling van het verzoek*"; naar wij aannemen wordt hiermee de mondelinge behandeling bedoeld, maar duidelijk is dit niet).

In **lid 3** wordt eveneens verwezen naar artikel 3, waar artikel 4 lijkt te zijn bedoeld. Verder lijkt ook hier weer het woord "*mondelinge*" vóór "*behandeling*" te ontbreken in "*Indien de behandeling van het verzoekschrift tot confiscatie*". Verder is onduidelijk wat het moment is waarop het

verzoekschrift tot opheffing "*in behandeling is genomen*"; is dat het moment van indiening? Verder rijst de vraag wat het nut is van de termijn in lid 2 als ter zitting ook nog een verzoek tot opheffing kan worden gedaan aan de rechter die het verzoek tot confiscatie behandelt.

Onduidelijk is waarom in **lid 4** is bepaald dat het beslag pas wordt opgeheven nadat de beschikking in kracht van gewijsde is gegaan.

De formulering van **lid 5** lijkt niet juist. Waar staat "toepassing van dit artikel" zou moeten staan: "het bepaalde in dit artikel". Indien wordt gekozen voor een opheffingskortgeding bij de voorzieningenrechter wordt artikel 13 van het wetsvoorstel immers juist niet toegepast.

Artikel 14
Het is onduidelijk waarom artikel op deze plaats is opgenomen (te weten in hoofdstuk 3: conservatoir beslag). Volgens de memorie van toelichting (p. 75) gaat het artikel over het verzoek tot confiscatie.
Inhoudelijk lijkt dit artikel te leiden tot een oneigenlijk belang in de belangenafweging. Opheffing van het beslag betekent immers ook het einde van de hoofdzaak (het verzoek tot confiscatie). Dat kan een drempel opwerpen voor de (voorzieningen)rechter om te beslissen tot opheffing van het beslag.

Artikel 15 bevat – kort gezegd – een uitwerking van het *nemo tenetur*-beginsel en bepaalt dat onder dwang verkregen verklaringen van de betrokkene in een procedure NCBC niet kunnen worden gebruikt voor punitieve doeleinden. De vrijwaring die artikel 15 biedt is vergelijkbaar met die aan de orde in ECLI:NL:CBB:2021:857. Het College van Beroep voor het bedrijfsleven achtte deze vrijwaring ontoereikend. De verstrekte informatie kan immers ook in de uitspraak terecht komen. In voormelde zaak had het OM om die reden uiteindelijk ook gegarandeerd dat de uitspraken in de tuchtrechtelijke procedure niet terecht zouden komen in het strafdossier dat het OM aan de strafrechter zou voorleggen (vgl. r.o. 6.6).

Artikel 16 bevat zeer verstrekkende informatieverplichtingen die kunnen worden opgelegd "*aan eenieder van wie redelijkerwijs kan worden vermoed dat hij beschikt over of toegang heeft tot bepaalde gegevens of inlichtingen die inzicht kunnen geven in de verkrijging van een goed*". Deze verplichtingen kunnen worden opgelegd "*in geval van een redelijk vermoeden dat een goed vatbaar is voor confiscatie*". De voorgestelde regeling toont opnieuw aan dat het wetsvoorstel op twee gedachten/systemen hinkt. Men wenst de regeling onder te brengen in het civiele (proces)recht, maar de voorwaarden die in het civiele procesrecht gelden voor informatieverzoeken (vgl. artikel 843a Rv, artikel 162 Rv) zijn hier kennelijk niet van toepassing, en de rechterlijke controle lijkt te zijn voorbehouden aan de rechter-commissaris, belast met de behandeling van strafzaken (artikel 16 lid 3). Onduidelijk is verder of de belangen van degene die wordt bevolen informatie te verschaffen (en daaromtrent geheimhouding te betrachten; zie artikel 16 lid 7) voldoende zijn gewaarborgd.

Opmerking verdient in dit verband ook nog dat in civiele procedures een partijgetuige niet verplicht kan worden een verklaring af te leggen (vgl. artikel 164 Rv). Een belanghebbende die zich als partij in de NCBC procedure heeft gevoegd, zal dus niet gedwongen kunnen worden een getuigenverklaring af te leggen. Dit lijkt te worden onderkend in de memorie van toelichting (p. 76) maar vervolgens wordt niet toegelicht waarom deze persoon dan wel gedwongen zou moeten kunnen worden op bevel informatie te verstrekken. Dit onderscheid tussen de positie als getuige en de positie als geadresseerde van het informatiebevel is onlogisch en onvoldoende doordacht.

De memorie van toelichting (p. 35) stelt dat het gebrek aan materiële eisen voor de vordering (wanneer kan de vordering worden gedaan) wordt gecompenseerd door de formele eis van een machtiging van de rechter-commissaris. De adviescommissies kunnen deze redenering niet volgen. Bij gebrek aan concrete materiële waarborgen zal ook de rechter-commissaris de vordering immers gewoon moeten toewijzen. Voorts missen de adviescommissies een verwijzing naar en bespiegeling over de *Prokuratuur*-jurisprudentie van het HvJ EU (o.a. ECLI:EU:C:2021:152). Deze jurisprudentie is relevant nu de vordering zich ook kan richten tot “eenieder” en dus ook telecomproviders. Uit de *Prokuratuur*-jurisprudentie volgen echter zeer strenge materiële eisen voor het vorderen van bijvoorbeeld telecom- en locatiegegevens (alleen ten behoeve van de bestrijding van zware criminaliteit). Ten eerste heeft het wetsvoorstel – volgens de memorie van toelichting dan - niet de criminaliteitsbestrijding tot doel maar herstel van de situatie voordat een object langs illegale weg werd verkregen. Bovendien is de ernst van het gronddelict irrelevant. De NCBC procedure zal ook kunnen worden toegepast op bagateldelicten.

2.8.2. Wetboek van Strafrecht
Ten aanzien van de voorgestelde wijziging betreffende **artikel 36e** Sr. wordt verwezen naar hetgeen hierover is opgemerkt onder 2.3. van dit advies.

Ten aanzien van de voorgestelde wijzigingen betreffende **artikel 152**, **artikel 176c**, **artikel 179**, **artikel 286** en **artikel 286a Sr.** wordt verwezen naar hetgeen is opgemerkt onder 2.4.1. van dit advies.

Voor wat betreft het voorgestelde **artikel 194a** Sr. geldt dat de strafbedreiging meer dan drie keer hoger is dan die van artikel 184 Sr. Dit laatste artikel is van toepassing als niet aan de strafrechtelijke “evenknie” van de NCBC-informatievordering wordt voldaan (bijvoorbeeld een vordering ex artikel 126nd Sv.). Voor dit verschil in strafbedreiging worden geen argumenten aangedragen. Aansluiten bij de strafbedreiging van 1 jaar van artikel 194 Sr. (informatieverplichting bij faillissement) is net zo willekeurig als aansluiten bij de strafbedreiging van drie maanden van artikel 192b Sr (informatieverplichting parlementaire commissie). Wel voor de hand ligt het om aan te sluiten bij het hiervoor genoemde artikel 184 Sr. Mede om eigenlijke verschillen met het strafrecht te voorkomen wordt daarom geadviseerd een strafbedreiging van drie maanden te hanteren.

2.8.3. Wetboek van Strafvordering
Voor wat betreft de voorgestelde wijzigingen ten aanzien van **artikel 513** en **515** Sv. wordt verwezen naar hetgeen is opgemerkt onder 2.5. van dit advies.

Voor wat betreft het voorgestelde **artikel 282b** Sv. wordt verwezen naar hetgeen hierover is opgemerkt onder 2.6. van dit advies.

2.8.4. Opiumwet en Wet wapens en munitie
Ten aanzien van de voorgestelde wijzigingen betreffende de Opiumwet en de Wet wapens en munitie wordt verwezen naar hetgeen is opgemerkt onder 2.4.1. van dit advies.

2.8.5. Wet ter voorkoming van witwassen en financieren van terrorisme
Ten aanzien van de voorgestelde wijzigingen betreffende de Wet ter voorkoming van witwassen en financieren terrorisme wordt verwezen naar hetgeen hierover is opgemerkt onder 2.7. van dit advies.

2.8.6. Algemene Wet Bestuursrecht en het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering
Voor wat betreft de voorgestelde wijzigingen ten aanzien van de Algemene Wet Bestuursrecht en het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering wordt verwezen naar hetgeen is opgemerkt onder 2.5. van dit advies.