

Straatsburgse jurisprudentie en de Nederlandse ontnemingswetgeving: een interpretatie van de Geerings- en Van Offeren-arresten¹

Yehudi Moszkowicz

1.

In maart 2007 wees het Europese Hof voor de Rechten van de Mens het spraakmakende ‘Geerings-arrest’.² In dit arrest constateerde het Europese Hof dat, kort gezegd, een schending van art. 6 van het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens (EVRM) had plaatsgevonden, nu klager een ontnemingsvordering van wederrechtelijk verkregen voordeel was opgelegd voor onder meer een aantal strafbare feiten waarvan hij in de onderliggende strafzaak was vrijgesproken. Zulks levert onder de omstandigheden van het geval een schending van de onschuldpresumptie op, zoals verwoord in het tweede lid van art. 6 van het EVRM.

Genoemd arrest heeft mijns inziens niet de gewenste duidelijkheid geschapen ten aanzien van de grenzen en beperkingen die door het EVRM – in het bijzonder de onschuldpresumptie van art. 6 lid 2 – aan de Nederlandse ontnemingspraktijk worden gesteld. Uit een nauwkeurige lezing van het Geerings-arrest en zijn voorganger, het Van Offeren-arrest, blijkt onder andere dat het Europese Hof in de ‘Geerings’-kwestie onjuist naar zijn eigen arresten verwijst. Dit roept vragen

op omtrent inhoud en toepasbaarheid van de ‘Geerings-regel’ in de Nederlandse ontnemingsprocedure. Reden te meer om in deze bijdrage een aantal discussiepunten op te werpen ten aanzien van de thans vigerende interpretatie van het Geerings-arrest, alsook enkele kritische kanttekeningen te plaatsen bij de mate van zekerheid waarmee het ‘ontnemingsvraagstuk’ nu definitief beslecht zou zijn. De actualiteit³ van dit vraagstuk en de (veronderstelde) noodzaak van een effectieve ontnemingswetgeving voor de moderne misdaadbestrijding, plaatsen de Geerings-problematiek voorts in het centrum van het maatschappelijk debat over de potentiële botsingen tussen de fundamentele grondrechten en de eisen van effectieve misdaadbestrijding.

2.

Dat eenduidige interpretatie en toepassing van de rechtspraak van het Europese Hof met de nodige problemen gepaard gaan, stoelt volgens Borgers op een tweetal min of meer fundamentele aspecten van de Straatsburgse jurisprudentie: allereerst de casuïstische benadering van het Europese Hof en daarnaast de beperkte

1 Met dank aan mr. D.J. Dieben en Prof. mr. A.A. Franken.

2 EHRM 1 maart 2007, nr. 30810/03, (Geerings v. the Netherlands), NJ 2007, 349, m. nt. M.J. Borgers.

3 Zo stelde CDA-fractievoorzitter Van Geel recentelijk voor de bewijslast in ontnemingszaken om te draaien ten nadele van de veroordeelde, ten einde de effectiviteit van de ontnemingswetgeving te vergroten. Zie *De Telegraaf*, 15 september 2008, voorpagina.

motivering die 's Hofs beslissingen begeleidt.⁴ Mitsdien blijft het problematisch om uit een van 's Hofs arresten eenduidige rechtsregels te destilleren voor een complex rechtsinstrument als de ontnemingsvordering, dat in meerdere opzichten het niveau van de individuele casus overstijgt.

In het Geerings-arrest speelt hierbij als complicerende factor dat het Europese Hof mijns inziens onjuist naar zijn eigen jurisprudentie verwijst. Om opnieuw met Borgers te spreken “contrasteert (het Europese hof) langs twee lijnen de zaak-Geerings en de daarop gelijkende zaak-Van Offeren”⁵. Het is de vergelijking met de zaak-Van Offeren waar het Europese Hof ten onrechte uit lijkt te gaan van een aantal verschillen tussen beide casus.

3.

Het door het Europese Hof geschetste contrast tussen genoemde uitspraken dient zich op twee cruciale vlakken aan: ten eerste de wijze waarop het wederrechtelijk verkregen voordeel door het betrokken rechterlijk college werd vastgesteld en ten tweede de omstandigheid of betrokkene voor de feiten waaruit dit voordeel is verkregen strafrechtelijk is veroordeeld in de hoofdprocedure. Ten aanzien van dit tweede punt, verwoord in r.o. 48 van het Geerings-arrest:

“(s)econdly, unlike in the Phillips and Van Offeren cases, the impugned order related to the very crimes the applicant had in fact been acquitted”;

is 's Hofs conclusie dat er een verschil bestaat tussen de zaak Geerings en de zaak-Van Offeren onjuist. Ook in de zaak-Van Offeren is de ontnemingsmaatregel namelijk opgelegd voor feiten waarvan betrokkene in de hoofdzaak was vrijgesproken!⁶

4.

Een complicerende factor in de zaak-Van Offeren was dat de tenlastelegging tegen Van Offeren impliciet cumulatief geformuleerd was. Deze wijze van ten laste leggen is hoogstwaarschijnlijk de reden waardoor het Europese Hof heeft miskend dat was vrijgesproken. Primair was Van Offeren onder 1 zowel ten laste gelegd, overtreding van art. 2 lid 1, aanhef en onder a sub B van de Opiumwet (oud), te weten het verkopen, afleveren, verstrekken of vervoeren van cocaïne, alsook overtreding van art. 2 lid 1, aanhef en onder a sub C van de Opiumwet (oud) te weten het aanwezig hebben van cocaïne. Van art. 2 lid 1, aanhef en onder a sub B Opiumwet (oud) is Van Offeren door de rechtbank vrijgesproken, maar door de impliciet cumulatieve formulering is die vrijspraak in het vonnis niet als een integrale vrijspraak, maar als een *pro resto* vrijspraak terug te vinden. Dat wil zeggen dat de rechtbank de feiten uit de aan het vonnis gehechte dagvaarding waarvoor Van Offeren niet werd veroordeeld, had doorgestreept en in het vonnis had vermeld dat Van Offeren de feiten had begaan zoals was weergegeven op de in het vonnis opgenomen, afgestreepte kopie van de dagvaarding en voor het overige (dus de doorgestreepte feiten, zie figuur 1 en

4 Zie noot van M.J. Borgers onder het Geerings-arrest. Een derde factor die de doorwerking van Europese jurisprudentie bemoeilijkt, wordt door Franken omschreven als het ontbreken van een “traditie (...) van ruimhartige receptie van Straatsburgse jurisprudentie”.

Zie: A.A. Franken, “Het daadwerkelijk verkregen voordeel”, *DD* 2007, 5/34, p. 443.

5 EHRM 1 maart 2007, nr. 30810/03, (Geerings v. the Netherlands), *NJ* 2007, 349, m. nt. M.J. Borgers.

6 Vonnis Rb. Den Bosch 21 januari 1999.

2) was vrijgesproken.⁷ Derhalve doet zich op dit punt, anders dan de communis opinio lijkt te veronderstellen, geen verschil voor met de Geerings-casus. Kort gezegd: Van Offeren was dus wél vrijgesproken voor het feit dat aan de ontneming ten grondslag heeft gelegen, terwijl op 25 oktober 1999 door de rechtbank Den Bosch een ontnemingsmaatregel op basis van “handel” is opgelegd. Dit vonnis is vervolgens door het Hof en de Hoge Raad bekrachtigd.⁸

zaken. Uit de formulering van die klachten blijkt dat het juridische twistpunt haast hetzelfde is:

Klacht in de zaak-Van Offeren:

“The applicant complains that the confiscation order imposed on him infringed his right to be presumed innocent under Article 6 § 2 of the convention since it was based on a judicial find-

hij in de periode van 1 juni 1998 tot en met 8 oktober 1998 te 's-Hertogenbosch ~~.....~~ tezamen en in vereniging met ~~.....~~ anderen, ~~.....~~ opzettelijk aanwezig heeft gehad (een) hoeveelheid ~~.....~~ van een materiaal bevattende cocaïne, zijnde cocaïne een middel vermeld op de bij de Opiumwet behorende lijst I;

Figuur 1. Afgestreepte dagvaarding Van Offeren

Parketnummer 01/089066/97 paginummer 2
 Verkort vonnis inzake H. van Offeren

De bewezenverklaring.

De rechtbank acht, op grond van de feiten en omstandigheden die zijn vervat in de bewijsmiddelen, wettig en overtuigend bewezen, dat verdachte de feiten heeft begaan zoals is weergegeven op de in dit vonnis opgenomen afgestreepte kopie van de dagvaarding.

De bewijsmiddelen worden slechts gebezigd met betrekking tot het feit waarop zij in het bijzonder betrekking hebben.

Hetgeen meer of anders is tenlastegelegd dan hierboven bewezen is verklaard is naar het oordeel van de rechtbank niet bewezen. Verdachte zal hiervan worden vrijgesproken.

Figuur 2. Vonnis Van Offeren

Ter verduidelijking van de overeenkomsten tussen beide casus zij verwezen naar de klachten zoals die door Geerings en Van Offeren zijn ingediend voor het Europese Hof in de beide

ing that he had committed an offence of which he had been acquitted in the criminal proceedings that had been brought against him.”

7 Om aan te tonen tot wat voor misverstanden deze onduidelijke wijze van formuleren leidt, wil ik u verwijzen naar het nieuwe *Zakboek Strafvordering van de Hulpofficier van Justitie* van Hoekendijk. Volgens Hoekendijk waren de feiten, die aan de ontneming ten grondslag lagen, in het geheel niet op de dagvaarding

opgevoerd: M.G.M. Hoekendijk, *Zakboek Strafvordering voor de Hulpofficier van Justitie*, Alphen aan den Rijn: Kluwer 2009, p. 214.

8 Vonnis Rb. Den Bosch 25 oktober 1999, Hof Den Bosch 25 september 2002, HR 9 december 2003.

Klacht in de zaak-Geerings:

“The applicant complains that the confiscation order imposed on him infringed his right to be presumed innocent under Article 6 § 2 of the convention since it was based on a judicial finding that he had derived advantage from offences of which he had been acquitted in the substantive criminal proceedings that had been brought against him”.⁹

Ook Van Offeren was immers vrijgesproken voor het strafbare feit (“drug trafficking”) waarop de ontnemingsvordering zag. Daarnaast werd uiteindelijk ook in de zaak Van Offeren wel degelijk vastgesteld dat hij voordeel had verkregen uit het strafbare feit waarvoor hij in de hoofdzaak was vrijgesproken.

Ten overvloede merk ik verder op dat Geerings wél veroordeeld was voor een aantal strafbare feiten waarop de ontnemingsvordering zag (dit waren immers de feiten waarop de rechtbank ’s-Hertogenbosch zijn ontnemingsmaatregel heeft gebaseerd, en derhalve tot een veel lager terug te vorderen bedrag kwam dan het gerechtshof), daar waar de ontnemingsvordering in de zaak-Van Offeren nu juist *enkel* betrekking had op het feit waarvoor hij was vrijgesproken, te weten “handel” (“drug trafficking”).¹⁰

Resumerend kom ik tot de conclusie dat de schoen ergens wringt wanneer de twee arresten naast elkaar worden gelegd. Hoe kan het Europese Hof komen tot twee uitspraken die haaks op elkaar staan, terwijl de casusposities

ogenschijnlijk niet wezenlijk verschillen, of in ieder geval niet op de wijze die het Hof ons voorhoudt? Waarom kon wel ontnomen worden voor feiten waarvoor was vrijgesproken in de zaak-Van Offeren, maar niet in de zaak-Geerings? Als de ontnemingsvordering in beide gevallen (deels) gebaseerd was op feiten waarvoor betrokkene in de hoofdprocedure was vrijgesproken, waarom kan dit dan in de ene casus wel en in de andere casus niet door de beugel?

5.

De meest logische stap zou zijn om het verschil in uitspraak te zoeken in het andere verschil dat (wel) tussen beide casus bestaat: de wijze waarop het wederrechtelijk voordeel door het betrokken rechterlijk college werd vastgesteld. Dit verschil wordt geformuleerd in r.o. 46 (Geerings), waar het hof stelt:

“(…) in the present case he was never shown to be in possession of any assets for whose provenance he could not give an adequate explanation.”

Deze overweging leidt tot de vraag of in het Van Offeren-arrest is ontkend dat art. 6 lid 2 EVRM reeds wordt geschonden door het toewijzen van een ontnemingsmaatregel op basis van strafbare feit(en) waarvoor betrokkene in de hoofdzaak is vrijgesproken? Dat zou althans het geval kunnen zijn als het Europese Hof in de Van Offeren zaak ervan uitging dat inderdaad was vrijgesproken voor het feit dat aan de ontneming ten grondslag heeft gelegen. Echter, uit niets blijkt dat het Eu-

9 Nota bene: Voor zover men het verschil in uitspraak door het Europese Hof zou willen verklaren op grond van het verschil in formulering van de klacht – in Van Offeren wordt geklaagd over de “judicial finding” dat hij een strafbaar feit heeft gepleegd waarvan hij is vrijgesproken in het reguliere strafproces, terwijl in

Geerings wordt geklaagd over de “judicial finding” dat hij *voordeel zou hebben verkregen* uit strafbare feiten waarvoor hij in het reguliere strafproces is vrijgesproken – laat dit onverlet dat de constatering door het Europese Hof in r.o. 48 feitelijk onjuist is.

10 Hof Den Bosch 25 september 2002.

ropese Hof deze mening is toegedaan. Het lijkt er meer op dat het Europese Hof eraan voorbij is gegaan of misschien zelfs niet heeft begrepen dat van Offeren in feite was vrijgesproken voor het aan de ontneming ten grondslag liggende feit. Helaas blijft het bij speculeren daar verder nergens wordt gerept over de vrijspraak en of het Hof nu wel of niet zijn fiat heeft gegeven voor een ontneming bij vrijspraak en dit terwijl dat nu juist de klacht was. Wel is het een feit dat het Europese Hof in het *Geerings-arrest* ten onrechte ervan uit is gegaan dat Van Offeren was veroordeeld voor het aan de ontneming ten grondslag liggende feit. Dit blijkt immers letterlijk uit de hiervoor onder 3 geciteerde r.o. 48.

6.

In het geval dat het Europese Hof met het Van Offeren-arrest wel de bedoeling heeft gehad om ontneming bij vrijspraak toe te staan, dan valt het *Geerings-arrest* hiermee niet te rijmen aangezien in dat arrest weer niet is getolereerd dat ontnomen mag worden op grond van een feit waarvoor in de hoofdzaak is vrijgesproken. Om weer terug te komen op het reeds aangehaalde wel aanwezige verschil in beide casus, de wijze waarop het vermogen werd aangetoond, zou gesteld kunnen worden dat de schending van art. 6 EVRM onder andere zou zitten in de toepassing van de extrapolatiemethode zoals die bij *Geerings* is toegepast, terwijl bij Van Offeren de vermogensvergelijking is toegepast. Immers, bij de extrapolatiemethode wordt betrokkene weer direct met het feit in verband gebracht waarvoor hij was vrijgesproken en wordt niet onomstotelijk aangetoond dat daadwerkelijk vermogen aanwezig is. Anders dan Borgers stelt kunnen, in dit perspectief, 's Hof's overwegingen

in '*Geerings*' ten aanzien van de methode van vaststelling van het verkregen voordeel, dan ook niet worden afgedaan als "een onbeholpen formulering van een onbestreden grondregel". Voorts stelt Borgers in zijn noot dat alleen aan-nemelijk hoeft te zijn dat voordeel is verkregen, maar dat het bezit ervan niet hoeft worden aangetoond en overweegt dienaangaande dat de passage

"(t)he court considers that 'confiscation' following on from a conviction (...) is a measure inappropriate to assets which are not known to have been in the possession of the person affected, the more so if the measure concerned relates to a criminal act of which the person affected has not actually been found guilty"

slechts een alternatieve bewoording zou zijn van het simpele principe dat men geen voordeel kan ontnemen als niet vaststaat dat betrokkene voordeel heeft verkregen.¹¹ Mijns inziens is deze zienswijze onjuist. Steun voor deze opvatting vind ik in het andere arrest waaraan het Europese Hof in de *Geerings-arrest* refereert, te weten, het *Phillips-arrest*.¹² Het Europese Hof lijkt in dit arrest in r.o. 46 aan te geven dat zijn beslissing in die zaak wel eens heel anders had kunnen uitvallen als door de Britse rechter was uitgegaan van "*assumed hidden assets*" in plaats van de feitelijke vaststelling dat betrokkene over "vreemd" vermogen beschikte.¹³ Het Europese Hof stelde immers letterlijk:

"Whilst the Court considers that an issue relating to the fairness of the procedure might arise in circumstances where the amount of a confiscation order was based on the value of assumed

11 EHRM 1 maart 2007, nr. 30810/03, (*Geerings v. the Netherlands*), NJ 2007, 349, m. nt. M.J. Borgers: noot van M.J. Borgers.

12 EHRM 12 december 2001, Appl.nr. 4108798.

13 Overigens dan wel ten aanzien van de "fairness of the procedure", art. 6 lid 1 EVRM en niet zo zeer ten aanzien van de onschuldpresumptie, art. 6 lid 2 EVRM.

hidden assets, this was far from being the case as regards the present applicant”

Met Franken ben ik dan ook van mening dat het Europese Hof in het Geerings-arrest een “onverholen voorkeur” uitspreekt¹⁴ voor het instrument van de vermogensvergelijking. Sterker nog, maar mijn mening eist het Europese Hof eenvoudigweg dat wordt aangetoond dat betrokkene over het te ontnemen vermogen beschikt(e), indien ontneming gezocht wordt op basis van feiten waarvoor betrokkene is vrijgesproken. Een andere interpretatie van het Geerings-arrest, in het bijzonder r.o. 47, kan mijns inziens niet in overeenstemming worden gebracht met het bepaalde in het Van Offeren-arrest, althans als het uitgangspunt van de in de aanhef van deze paragraaf geformuleerde zienswijze de juiste is. Gelet op de aangehaalde passage uit het Phillips-arrest, de omstandigheid dat in zowel de Phillips-zaak als in de Van Offeren-zaak geen strijd met art. 6 EVRM werd aangenomen omdat in die beide zaken daadwerkelijk vermogen was aangetoond (“*demonstrably held assets*”) terwijl in de zaak-Geerings wel schending van art. 6 EVRM werd aangenomen en daar juist niet was aangetoond dat Geerings over crimineel vermogen zou beschikken, zou men zelfs kunnen opperen dat extrapolatie en berekeningen op transactiebasis en alle andere methoden die uitgaan van “*assumed hidden*

assets”, in zijn algemeenheid in strijd met het tweede lid van art. 6 EVRM zijn, indien zulks in combinatie gaat met feiten waarvoor vrijspraak is gevolgd (op basis van Geerings). Tevens zou gesteld kunnen worden dat dan sprake is van strijd met het eerste lid, indien dit niet wordt gecombineerd met vrijspraak e.e.a. op basis van Phillips. Op deze conclusie valt nogal wat af te dingen, maar gelet op de thans ontstane onduidelijkheid en de onjuistheden die ook in het Geerings-arrest lijken te zijn geslopen, wordt deze conclusie in ieder geval niet weerlegd door genoemde arresten.

7.

Met deze bijdrage heb ik beoogd aan te kaarten dat de gevolgtrekking van het openbaar ministerie en de Hoge Raad aangaande de ‘Geerings’- en ‘Van Offeren’-bepalingen wellicht niet juist zijn. Het EHRM zich heeft gebaseerd op een onjuiste premisse; hierdoor moet de eerdere ontnemingsjurisprudentie van het EHRM hoogstwaarschijnlijk vanuit een ander perspectief worden uitgelegd. Ik hoop dan ook dat op korte termijn opnieuw een vergelijkbare kwestie aan het Europese Hof wordt voorgelegd, zodat het zich dan (wel) correct en helder kan uitspreken over de Nederlandse ontnemingsprocedure. De strijd is in ieder geval nog niet gestreden.

14 Franken, a