

Trending Topics

Rechterlijke toetsing van hoge transacties en ontnemingschikkingen

Mr. dr. E. Sikkema en mr. dr. W.S. de Zanger*

1. Inleiding

48 Hoge transacties met bedrijven in grote en complexe strafzaken blijven de gemoederen bezighouden, zowel in de wetenschap als maatschappelijk en politiek. Met de recent gepresenteerde plannen van minister Grapperhaus voor de toekomst van de buitengerechtelijke afdoening is deze discussie in een stroomversnelling geraakt. Voorgesteld wordt om de hoge transactie een eigen regeling te geven in het gemoderniseerde Wetboek van Strafvordering en de toepassing van de transactie voor het overige (verder) af te bouwen. Bovendien zal de nieuwe wettelijke regeling voorzien in een rechterlijke toets van hoge transacties en van ontnemingschikkingen.¹ In deze bijdrage schetsen wij kort de wetenschappelijke en maatschappelijke context en de voorgeschiedenis van deze voorstellen. Daarbij gaan wij afzonderlijk in op de ‘megaschikking’ die vorig jaar werd getroffen met ING en die ongetwijfeld van invloed is geweest op de voorgenomen wetswijziging. Nadat wij de bedoelde voorstellen van de minister nader hebben beschreven, sluiten we deze bijdrage af met het opwerpen van enkele kritische vragen over de toekomstige regeling van de

hoge transactie, mede in relatie tot de strafbeschikking en de ontnemingschikking.

2. De discussie over ‘megaschikkingen’²

De transactie van artikel 74 Sr is de laatste jaren een belangrijk instrument geworden om omvangrijke en complexe strafzaken af te doen. Typerend zijn de recordovereenkomsten in de zaken van SBM Offshore, Vimpelcom en TeliaSonera. Het belang om te ‘schikken’ is voor beide partijen evident. Het OM kan met een transactie snel een voorbeeld stellen zonder dat een onevenredig beroep hoeft te worden gedaan op de capaciteit; de normhandhaving en generale preventie zijn daarmee gediend.³ Voor een onderneming heeft een transactie als onmiskenbaar voordeel dat een langdurig strafrechtelijk proces – met veel publiciteit, onzekerheid en kosten – kan worden vermeden. Verder is relevant dat een transactie (formeel) geen erkenning van schuld of veroordeling inhoudt en dat een veroordeling door een strafrechter wordt voorkomen. Vanuit het perspectief van het OM en de samenleving is aantrekkelijk dat het gaat om (zeer) aanzienlijke transacties, terwijl een rechtspersoon ook in een strafproces slechts een financiële sanctie (en geen gevangenisstraf) kan worden opgelegd. Verder kan het OM in het kader van een

* Mr. dr. E. Sikkema is als universitair docent verbonden aan het Utrecht Centre for Accountability and Liability Law en het Willem Pompe Instituut voor Strafrechtswetenschappen, Universiteit Utrecht. Vanaf 1 november 2018 is hij gedetacheerd bij de Afdeling advisering van de Raad van State. Mr. dr. W.S. de Zanger is als postdoctoraal onderzoeker verbonden aan het Utrecht Centre for Accountability and Liability Law en het Willem Pompe Instituut voor Strafrechtswetenschappen, Universiteit Utrecht. Dit artikel is op persoonlijke titel geschreven.

1. Zie *Kamerstukken II* 2018/19, 29279, 478.

2. Het onderstaande is grotendeels ontleend aan F. Haijer & E. Sikkema, ‘Amerikanisering van corruptiebestrijding’, *TBS&H* 2018, p. 68-77. In dat artikel zijn de ontwikkelingen beschreven tot de zomer van 2018; de onderhavige bijdrage kan in zoverre worden gezien als een aanvulling en actualisering.

3. C.M.I. van Asperen de Boer & M.L. van Duijvenbode, ‘Openheid in schikkingspraktijk OM’, *NJB* 2015, p. 21-22.

transactie een pakket aan specifieke ‘tailormade’ maatregelen met de onderneming overeenkomen, met name ter voorkoming van onregelmatigheden in de toekomst, zoals versterking van het compliance-programma, verbetering van bedrijfsprocessen en integriteitsprocedures.⁴ Omdat artikel 74 Sr dergelijke maatregelen naar de letter van de wet niet kent, worden deze vastgelegd in zogenoemde ‘sideletters’ bij de eigenlijke transactie.

De ontstane praktijk van omvangrijke transacties is in de literatuur op kritiek gestuit. Betoogd is dat de transactiepraktijk zich grotendeels onttrekt aan de (externe) openbaarheid en aan de controle door de rechter. Dat roept vragen op over de legitimiteit van dergelijke transacties.⁵ Verder speelt in de discussie over schikkingen het risico van klassenjustitie een belangrijke rol. Tot slot zou het gevaar van machtsmisbruik van het OM bestaan, omdat verdachten onder grote druk staan om een openbare terechtzitting te voorkomen en daarom in te stemmen met een transactievoorstel.⁶

Omvangrijke transacties in grote fraude- en corruptiezaken liggen ook maatschappelijk gevoelig en zorgen voor veel verontwaardiging en onbegrip vanuit de samenleving. Transacties met grote bedrijven hebben geleid tot negatieve publiciteit en vervolgens ook tot Kamervragen.⁷ Mede naar aanleiding van maatschappelijke kritiek betracht het OM steeds meer openheid omtrent transacties, zoals blijkt uit de steeds uitgebreidere (feitenrelazen bij) persberichten. Aldus wordt tegemoetgekomen aan de roep om meer openbaarheid en wordt ook de controlebaarheid en aanvaardbaarheid van transacties vergroot. In zekere zin kan zo het ontbreken van een openbare behandeling ter terechtzitting (deels) worden gecompenseerd.⁸

3. De ING-zaak

De meest recente hoge transactie die in Nederland veel aandacht heeft gegenereerd, is die met ING Bank. Die bank zou onvoldoende hebben gedaan om witwassen door de systemen van de bank te voorkomen. Het OM verdacht de bank van overtreding van verschillende bepalingen uit de Wet ter voorkoming van witwassen en financieren van terrorisme (Wwft) en schuldwitwassen (art. 420quater Sr).⁹ De bank betaalde een zeer hoog

bedrag: € 665 aan geldboete en € 100 miljoen aan wederrechtelijk verkregen voordeel dat de bank zou hebben verkregen door onvoldoende personeel in dienst te hebben om te voldoen aan de verplichtingen ter witwaspreventie. Deze transactie past in een bredere trend, waarbij rechtspersonen die voorheen bekend stonden als ‘nette’ bedrijven strafrechtelijk worden aangesproken en grote bedragen betalen. Anderzijds laat deze transactie zien dat het beleid van het OM in dergelijke zaken de laatste jaren is aangescherpt. Er is een uitgebreid persbericht met feitenrelaas gepubliceerd, en ook de transactie zelf is openbaar gemaakt. Daarnaast zijn uitgebreide compliance-maatregelen overeengekomen en zal DNB toezicht houden op het door ING ingezette ‘herstel- en verbetertraject’.¹⁰ Bovendien heeft de bank de feiten waarvan zij werd verdacht erkend en heeft zij toegegeven dat er fouten zijn gemaakt door de bank. Volgens ministers Dekker en Grapperhaus is dat sinds de transactie met de Rabobank voor diens aandeel in de Euribor- en Libor-fraude een vereiste voor een transactie-aanbod door het OM.¹¹

4. Buitengerechtelijke afdoening in het gemoderniseerde Wetboek van Strafvordering

De minister heeft op 19 december 2018 zijn beleidsreactie gepresenteerd op de evaluatie van de Wet OM-afdoening. Zoals aangekondigd heeft hij daarin tevens geoordeeld over de mogelijke invoering van rechterlijke betrokkenheid bij de zogenoemde ‘megaschikkingen’. Dat betekent dat het in december 2017 ter consultatie aangeboden conceptwetsvoorstel voor Boek 3 van het gemoderniseerde wetboek in zoverre achterhaald is. Daarin werd de regeling van buitengerechtelijke afdoening immers nog ongemoeid gelaten. Naar aanleiding van de evaluatie van de Wet OM-afdoening¹² stelt de minister nu echter verschillende maatregelen voor om de praktijk van de buitengerechtelijke afdoening te wijzigen.¹³

De minister ziet een blijvende plek voor *hoge* transacties. Deze zouden de mogelijkheid bieden om in omvangrijke en complexe zaken een passende reactie te geven als alternatief voor strafvervolgning. Het OM streeft daarbij naar het verhogen van de transparantie over de totstandkoming en de inhoud van de transactievoorstellen. Voor het overige is de toepassing van de transactie ‘in beginsel eindig’, namelijk in de gevallen waarin deze wordt

4. D. Zivkovic, ‘Omgaan met omkopingsincidenten: intern onderzoek en afdoening’, *TvS&O* 2017, p. 220-221; T. van Roomen & A. Verbruggen, ‘Corruptie: status quo en de toekomst’, *TBS&H* 2015, p. 229.
5. K.C.J. Vriend, ‘De hoge en bijzondere transactie: een pleidooi voor rechterlijke controle op de afdoening buiten geding’, *TBS&H* 2016, p. 195-197. Zie ook G.J.M. Corstens, *Het Nederlands strafprocesrecht*, bewerkt door M.J. Borgers en T. Kooijmans, Deventer: Kluwer 2018, p. 1045.
6. N.G.H. Verschaeren & A.B. Schoonbeek, ‘Geschikt en gewogen; streeft roep om rechterlijke toetsing van transacties doel voorbij?’, *TBS&H* 2015, p. 191.
7. Zie *Aanhangsel van de Handelingen II* 2017/18, nrs. 1872, 2207, 2208 en 2209, en *Aanhangsel van de Handelingen II* 2018/19, nr. 413.
8. Zivkovic 2017, p. 221.
9. Zie onze tekst op het weblog van Ucall, ‘Houston we have a problem. Over de transactie die het Openbaar Ministerie aanging met ING’,

<http://blog.ucall.nl/index.php/2018/09/houston-we-have-a-problem-over-de-transactie-die-het-openbaar-ministerie-aanging-met-ing/>.

10. Zie daarover W. Huisman, ‘Compliance als transactievoorwaarde bij banken’, *TBS&H* 2018, p. 261.
11. *Aanhangsel van de Handelingen II* 2017/18, 2207.
12. D. Abels e.a., *Evaluatie Wet OM-afdoening*, Amsterdam: Rozenberg Publishers 2018.
13. *Kamerstukken II* 2018/19, 29279, 478.

gehanteerd als gevolg van de nog niet volledige implementatie van de Wet OM-afdoening. Het OM ziet erop toe dat de transactie in deze gevallen niet meer wordt toegepast na de afronding van dit implementatietraject (voorzien in 2021). De toepassing van de transactiemodaliteit wordt in de wet verder beperkt, waarbij de hoge transactie een expliciete regeling krijgt in het gemoderniseerde Wetboek van Strafvordering. Hiermee lijkt de minister te bedoelen dat hij in de wet zal expliciteren dat alleen nog ‘hoge’ transacties overeen kunnen worden gekomen.

Mede gelet op een daartoe strekkende motie¹⁴ die vorig jaar door de Tweede Kamer werd aangenomen, zal rechterlijke betrokkenheid bij de totstandkoming van hoge transacties onderdeel van de voorgestane wijziging zijn. De wettelijke regeling zal nog worden uitgewerkt in samenspraak met het OM en de rechtspraak, maar de minister geeft alvast enkele contouren aan. Voor de rechterlijke toetsing van hoge transacties beoogt hij een besloten raadkamerprocedure te introduceren, waarbij de partijen worden gehoord en waarbij verplichte rechtsbijstand geldt. De rechter zou de transactie marginaal moeten toetsen op onder meer de aanwezigheid van voldoende bewijs, het proces van de totstandkoming van de transactie en de overeenstemming met de voorwaarden voor een hoge transactie. Het eindresultaat van de rechterlijke toets zou moeten worden gepubliceerd. Ten aanzien van de ontnemingsschikking van artikel 511c Sv kan volgens de minister een vergelijkbare procedure worden ingericht.¹⁵

50

5. Enkele vraagpunten ter overdenking

Kijkend naar de eerder besproken kritiek op de toepassing van hoge transacties in de praktijk, is het begrijpelijk dat de minister meer waarborgen in de wet wil opnemen. Het is echter nog maar de vraag of een rechterlijke toets inderdaad de meest aangewezen oplossing is. De Raad voor de rechtspraak heeft sterk aangedrongen op de introductie van een rechterlijke toets, zowel in diens advies over de contourennota als in dat over de conceptwetsvoorstellen ter modernisering van de strafvordering.¹⁶ In de wetenschappelijke literatuur hebben verschillende auteurs daar eveneens voor gepleit. Waar voorstanders benadrukken dat een onafhankelijke controle moet plaatsvinden op de rechtmatigheid van hoge transacties, vrezen tegenstanders dat een rechterlijke

toets afbreuk zal doen aan de effectiviteit van de buitengerechtelijke afdoening.¹⁷ Ook vanuit de praktijk wordt door sommige representanten van het OM en de advocatuur juist gepleit *tegen* de invoering van een rechterlijke toets van transacties.¹⁸

Wij menen dat de praktische meerwaarde van een dergelijke toets, hoe wenselijk deze in theorie wellicht ook lijkt, geen uitgemaakte zaak is. Ervaringen in het buitenland leren dat het gevaar bestaat dat de rechterlijke toets niet meer is dan een hamerstuk.¹⁹ De minister kiest in dit verband voor een procedure waarin onder meer de ‘aanwezigheid van voldoende bewijs’ *marginaal* wordt getoetst. Het zal moeten worden afgewacht of de strafrechter met dit toetsingskader uit de voeten kan. De rechter zal moeten laveren tussen een tijdrovende inhoudelijke toetsing van het bewijsmateriaal enerzijds en het fungeren als ‘stempelmachine’ anderzijds. De contouren die de minister schetst van de vormgeving van de rechterlijke toets roepen nog meer vragen op. Waarom wordt bijvoorbeeld geopteerd voor een *besloten* raadkamerprocedure? Wordt daarmee daadwerkelijk meer transparantie over hoge transacties en schikkingen bereikt? Vriend had eerder gepleit voor een *openbare* raadkamerprocedure.²⁰

Ook de verhouding van de hoge transactie tot de strafbeschikking en de ontnemingsschikking verdient aandacht. De rechterlijke toets zal volgens de minister slechts gelden voor hoge transacties in de zin van de huidige OM-Aanwijzing hoge en bijzondere transacties (*Strcr.* 2008, 209); de daarin bedoelde ‘bijzondere’ transacties blijven kennelijk buiten schot. De regeling van de strafbeschikking in artikel 257a Sv is echter niet gebonden aan een ander plafond dan de toepasselijke geldboetecategorie.²¹ In beginsel zou het OM dus ook als het gaat om bedragen boven € 50.000 kunnen kiezen voor een strafbeschikking en daarmee de rechterlijke toets (anders dan de rechterlijke behandeling na eventueel verzet) kunnen omzeilen. Moet de mogelijkheid om in dergelijke gevallen een strafbeschikking toe te passen expliciet worden uitgesloten in de wet? Of is de minister voornemens om de rechterlijke betrokkenheid ook voor hoge strafbeschikkingen te laten gelden? Overigens zou een scherpere onderlinge afgrenzing tussen de hoge transactie enerzijds en de strafbeschikking anderzijds ook om andere redenen voor de hand kunnen liggen. Op deze plaats zullen wij die kwestie laten rusten.²²

Over de ontnemingsschikking van het huidige artikel 511c Sv merkt de minister slechts op dat het de voor-

14. *Kamerstukken II* 2018/19, 35000 VI, 51 (motie van de leden Van Nispen en Groothuizen). De motie is op 27 november 2018 aangenomen door de Tweede Kamer.

15. *Kamerstukken II* 2018/19, 29279, 478, p. 7-10.

16. Raad voor de rechtspraak, *Advies concept-Contourennota Modernisering Wetboek van Strafvordering* (Den Haag, 2 april 2015), p. 7; Raad voor de rechtspraak, *Advies inzake de wetsvoorstellen tot vaststelling van de Boeken 3, 4, 5 en 6, 12 juli 2018*, <https://www.rechtspraak.nl/SiteCollectionDocuments/Advies%20Rvdr%20Modernisering%20Sv%20Boeken%203-6.pdf>.

17. Zie voor een weergave van de discussie met nadere bronvermeldingen Haijer & Sikkema 2018, p. 74-75.

18. Zie resp. J. Simmelink, ‘Bij megaschikkingen heeft de rechter geen zinnvolle rol’, *NRC Handelsblad* 20 november 2018 en R. Jonk, ‘Motie voor toetsing van schikkingen door strafrechter is weinig doordacht’, *Het Financieele Dagblad* 6 december 2018.

19. Vgl. Haijer & Sikkema 2018, p. 75.

20. Vriend 2016, p. 202-204.

21. Bij rechtspersonen kan het dan op grond van art. 23 Sr gaan om een geldboete van maximaal € 830.000 dan wel 10% van de jaaromzet.

22. Dit punt wordt nader uitgewerkt in onze recente bijdrage ‘Schikken of beschikken?’, *Platform Modernisering Strafvordering* 2019-4, beschikbaar op www.moderniseringstrafvordering.nl.

keur heeft de in te voeren toetsingsprocedure zoveel mogelijk te laten aansluiten op die ten aanzien van hoge transacties.²³ Dit vanwege de overeenkomsten tussen een hoge transactie met een grote ontnemingscomponent en een hoge ontnemingsschikking ‘voor wat betreft de externe controle op de totstandkoming daarvan’.²⁴ Ten aanzien van de ontnemingsschikking kan daarom een vergelijkbare procedure worden ingericht, aldus de minister. In het midden blijft of deze toets dan zou moeten gelden voor alle ontnemingsschikkingen, of alleen voor gevallen waarin het gaat om ‘hoge’ bedragen. Dat laatste ligt naar onze mening voor de hand. Ook hier is afstemming met de regeling van de hoge transactie én die van de strafbeschikking (zie art. 257a lid 3 sub c Sv) noodzakelijk.

Uit het bovenstaande blijkt dat het laatste woord over de wenselijkheid van rechterlijke toetsing van hoge transacties en ontnemingsschikkingen nog niet is gezegd. Een definitief antwoord op de vragen die wij hier hebben opgeworpen vergt een meer fundamentele analyse van de praktijk van buitengerechtelijke afdoening en de wetenschappelijke discussies daarover. Wat ons betreft zou het belang van de samenhang met de strafbeschikking en de ontnemingsschikking in het debat in elk geval een belangrijke rol moeten spelen, zodat uiteindelijk een evenwichtig stelsel van buitengerechtelijke afdoeningsmodaliteiten kan worden gecreëerd.

23. Zie over die ontnemingsschikking W.S. de Zanger, ‘Bijlage 4 Buitengerechtelijke voordeelsontneming’, in: M. Oosting e.a., *Het rapport van de Onderzoekscommissie Ontnemingsschikking*, 2015, p. 352-366. De commissie-Oosting had al geadviseerd de wenselijkheid van dergelijke toetsing te onderzoeken, zie p. 282 van het genoemde onderzoeksrapport.

24. *Kamerstukken II* 2018/19, 29279, 478, p. 8.