

Hoge transacties en de politieke verantwoordelijkheid voor het Openbaar Ministerie

Senna Kerssies*

Over de wenselijkheid en noodzakelijkheid van rechterlijke toetsing van hoge transacties is de afgelopen jaren veel geschreven. Dit artikel beziet de vraag vanuit een ander perspectief. Hoe moet het wegvallen van de eis van ministeriële toetsing van hoge transacties ten behoeve van het invoeren van een eis van rechterlijke toetsing worden geduid in het licht van de politieke verantwoordelijkheid van de minister van Justitie voor het Openbaar Ministerie?

1 Inleiding

In het najaar van 2018 maakte het Openbaar Ministerie (hierna: OM) bekend dat het de strafzaak tegen ING met een hoge transactie – dus zonder tussenkomst van een rechter – had afgedaan. ING betaalde € 775 miljoen wegens ernstige nalatigheden bij het voorkomen van witwassen.¹ Dit is slechts een voorbeeld. Het afgelopen decennium heeft het OM geregeld de transactie ingezet ter afdoening van een omvangrijke en complexe strafzaak. Onder andere Vimpelcom, Rabobank en SBM Offshore gingen ING in het recente verleden voor.² Jaarlijks worden gemiddeld tien strafzaken door middel van een hoge transactie³ afgehandeld.⁴

Hoge transacties liggen gevoelig in de media,⁵ de politiek,⁶ de strafrechtpraktijk⁷ en de wetenschap.⁸ Critici van het instrument en/of zijn toepassing in de praktijk wijzen op het gebrek aan transparantie en externe openbaarheid⁹ en het

risico op machtsmisbruik door het OM.¹⁰ Daarnaast zou de manier waarop het OM invulling geeft aan zijn transactiebevoegdheid de indruk wekken dat ondernemingen hun straf 'afkopen' en dat sprake is van klassenjustitie.¹¹

Diverse rechtsgeleerden en belangenorganisaties hebben betoogd dat verplichte rechterlijke toetsing van hoge transacties de bezwaren, in elk geval ten dele, weg zou nemen

Diverse rechtsgeleerden en belangenorganisaties hebben betoogd dat verplichte rechterlijke toetsing van hoge transacties voornoemde bezwaren, in elk geval ten dele, weg zou nemen.¹² Ook in de

* Mr. S. Kerssies is als promovenda verbonden aan het Willem Pompe Instituut voor Strafrechtswetenschappen (Universiteit Utrecht). Haar onderzoek richt zich op hoge transacties.

- 1 Zie www.om.nl/actueel/nieuws/2018/09/04/ing-betaalt-775-miljoen-vanwege-ernstige-nalatigheden-bij-voorkomen-witwassen.
- 2 Zie resp. www.om.nl/actueel/nieuws/2016/02/18/vimpelcom-betaalt-bijna-400-miljoen-dollar-aan-nederland-voor-omkoping-in-oezbekistan, www.om.nl/actueel/nieuws/2013/10/29/rabobank-betaalt-€-70-miljoen-ter-afwikkeling-van-libor-onderzoek en www.om.nl/actueel/nieuws/2014/11/12/sbm-offshore-n.v.-betaalt-ususd-240.000.000-wegens-omkoping.
- 3 Een hoge transactie is een transactie waarbij ofwel het boetebedrag hoger is dan € 50.000, ofwel het totale transactiebedrag (bijv. boete plus schadevergoeding) de € 500.000 overschrijdt, zie par. 2.
- 4 Zie www.om.nl/onderwerpen/hoge-transacties/vraag-en-antwoord/hoe-vaak-wordt-een-hoge-transactie-aangeboden.
- 5 Zie o.a. 'Zolang je maar betaalt, is blijkbaar alles toegestaan', *NRC* 6 september 2018, beschikbaar op: www.nrc.nl.
- 6 Zo zijn Kamervragen gesteld over in het verleden overeengekomen transacties en over de transactie met ING, zie o.a. *Aanhangsel Handelingen II* 2014/15, nr. 2611 en *Aanhangsel Handelingen II* 2017/18, nr. 3201 en 3202.
- 7 In het jaarverslag van De Rechtspraak stelde oud-voorzitter van de Raad voor de rechtspraak, Bakker, dat de grenzen op het gebied van hoge transacties zijn bereikt, zie *Jaar-*



Foto: Manon Heinsman | © Ars Aequi

verslag Rechtspraak 2016, p. 8. Een standpunt dat eerder door voormalig president van de Hoge Raad, Corstens, is ingenomen.

- 8 Voor een overzicht van de bezwaren uit wetenschappelijke hoek: E. Sikkema & W.S. de Zanger, 'Rechterlijke toetsing van hoge transacties en ontnemingsschikkingen', *TBS&H* 2019, afl. 1, p. 48-49.
- 9 Zie o.a. *Kamerstukken II* 2010/11, 29111, nr. 50 en C.M.I. Van Asperen de Boer & M.L. Van Duijvenbode, 'Openheid in schikkingspraktijk OM', *NJB* 2015, afl. 1, p. 21-22.
- 10 Zie o.a. N.G.H. Verschaeren & A.B. Schoonbeek, 'Geschikt en gewogen; streeft roep om rechterlijke toetsing van transacties doel voorbij?', *TBS&H* 2015, afl. 5, p. 191 en A.R. Hartmann, 'Buitengerechtelijke afdoening II' in: M.S. Groenhuijsen & G. Knigge, *Dwangmiddelen en rechtsmiddelen. Onderzoeksproject Strafvordering 2001* (derde interimrapport), Deventer: Kluwer 2002, p. 98-100.
- 11 Zie o.a. Verschaeren & Schoonbeek 2015, p. 191 en Van Asperen de Boer & Van Duijvenbode 2015, p. 21. Teneinde na te gaan of die indruk terecht is, heeft de Tweede Kamer in het najaar van 2018 een motie aangenomen waarin de regering wordt verzocht om onderzoek te laten verrichten naar het bestaan van klassenjustitie in Neder-

Tweede Kamer lijkt voor deze zienswijze draagvlak te bestaan. Dit blijkt uit het feit dat tijdens een plenaire vergadering kort na de hoge transactie met ING een motie werd aangenomen waarin de regering wordt verzocht 'ervoor te zorgen dat de rechter een controlerende en rechtsbeschermende rol krijgt bij de totstandkoming van hoge en bijzondere transacties'.¹³ Mede naar aanleiding van deze motie heeft de minister van Justitie en Veiligheid het voornemen geuit om een verplichte rechterlijke toetsing onderdeel te maken van de hogetransactieregeling.¹⁴

Inmiddels is dat voornemen tot een concreet plan verworden. De jaarplanning van het ministerie vermeldt namelijk dat in het vierde kwartaal van 2020 een wetsvoorstel zal worden ingediend ten behoeve van 'de wijziging van het Wetboek van Strafvordering en het Wetboek van Strafrecht i.v.m. [...] het invoeren van een rechterlijke toets voor hoge transacties en ontnemingsschikkingen'.¹⁵ De vraag die nu voorligt, is hoe een dergelijke toetsing vorm krijgt. In zijn beleidsreactie

op de evaluatie van de Wet OM-afdoening schetst de minister reeds enkele contouren:

'Voor die rechterlijke toetsing kan een besloten raadkamerprocedure worden geïntroduceerd waarbij de partijen [...] worden gehoord. [...] De rechter toetst de transactie marginaal naar onder andere aanwezigheid van voldoende bewijs, het proces van de totstandkoming van de transactie en de conformiteit met de voorwaarden aan een hoge transactie.'¹⁶

In de beleidsreactie laat de minister in het midden hoe de huidige transactieprocedure als gevolg van de beoogde wetswijziging zal (moeten) worden aangepast. Tijdens debatten in de Eerste en Tweede Kamer gaf hij evenwel te kennen dat verplichte rechterlijke toetsing zal worden ingevoerd 'als alternatief voor de huidige vormen van toetsing bij hoge transacties door de minister'.¹⁷ Dat is opmerkelijk. Door ministers van Justitie is immers herhaaldelijk gewezen op het belang van ministeriële toetsing van hoge transacties in het licht van hun politieke ministeriële verantwoordelijkheid voor het OM.¹⁸

Is ministeriële toetsing inderdaad een voorwaarde die voortvloeit uit de politieke verantwoordelijkheid van de minister van Justitie¹⁹ voor het OM? Deze vraag raakt aan een aloude discussie over de positie van het OM ten opzichte van de minister van Justitie. De discussie werd gevoerd tussen voorstanders van een zelfstandig opererend OM enerzijds en voorstanders van een aan het ministerie van Justitie ondergeschikt OM anderzijds.²⁰

Hoe moet het wegvallen van de eis van ministeriële toetsing van hoge transacties ten behoeve van het invoeren van een eis van rechterlijke toetsing worden geduid in het licht van de politieke verantwoordelijkheid van de minister van Justitie voor het OM?

Door de introductie in 1999 van een wettelijke ministeriële bevoegdheid tot het geven van bindende, algemene of bijzondere, aanwijzingen aan (leden van) het OM,²¹ leek de discussie beslecht.²² Recente ontwikkelingen – ik noem de strafzaak tegen Wilders,²³ het strafrechtelijk onderzoek naar grootschalige corruptie door Shell²⁴ en de uitspraak van het Hof van Justitie van de Europese Unie van 27 mei 2019²⁵ – hebben haar evenwel nieuw leven ingeblazen.²⁶ Dit artikel speelt daarop in. De volgende vraag staat centraal: hoe moet het wegvallen van de eis van ministeriële toetsing van hoge transacties ten behoeve van het invoeren van een eis van rechterlijke toetsing worden geduid in het licht van de politieke verantwoordelijkheid van de minister van Justitie voor het OM? Zonder afbreuk te willen doen aan eerder in de literatuur aangedragen argumenten voor of tegen invoering van een rechterlijke toets van hoge transacties, beoogt dit artikel het vraagstuk vanuit een andere invalshoek te belichten en enkele, in het wetenschappelijk debat onderbelicht gebleven, aspecten onder de aandacht te brengen.

Het artikel is als volgt opgebouwd. In paragraaf 2 wordt de huidige (hoge)transactieregeling geschetst. Vervolgens be-

handelt paragraaf 3 het staatsrechtelijke beginsel van politieke ministeriële verantwoordelijkheid. Paragraaf 4 zoomt in op de politieke verantwoordelijkheid van de minister van Justitie voor het OM, die de aanleiding vormde voor de invoering van de eis van ministeriële toetsing van voorgenomen hoge transacties (paragraaf 5). In paragraaf 6 wordt de onderzoeksvraag beantwoord. Het artikel sluit af met een conclusie en enkele aandachtspunten (paragraaf 7).

2 De regeling van (hoge) transacties

De bevoegdheid om een transactie aan te bieden, komt op grond van artikel 74 Sr toe aan de officier van justitie. Een aanbod tot transactie strekt tot voorkoming van strafvervolgung.²⁷ In Nederland is het OM niet verplicht om iedere naar verwachting bewijsbare – dus haalbare – strafzaak voor een rechter te brengen. Dit vloeit voort uit het opportunititeitsbeginsel, dat is vastgelegd in artikel 167 Sv.²⁸ Lid 2 van dit wetsartikel bepaalt dat het OM van vervolging kan afzien ‘op gronden aan het algemeen belang ontleend’. Vervolging wordt dan niet opportuun geacht.

Indien het OM van oordeel is dat het algemeen belang in een bepaald geval niet gediend is met vervolging, kan het besluiten de strafzaak (voorwaardelijk) te seponeren of een aanbod tot transactie doen.²⁹ In een transactieaanbod biedt de officier van justitie aan om het hem exclusief toekomende recht tot strafvordering prijs te geven, mits de verdachte aan een of meer voorwaarden, meestal de betaling van een geldsom, voldoet.³⁰ Door voldoening aan de gestelde voorwaarde(n) komt een transactie tot stand; vervolging is daarna in beginsel niet meer mogelijk.³¹ Op grond van de wetssystematiek is de transactie een vorm van buitengerechtelijke afdoening die, strikt genomen, geen schuldvaststelling inhoudt.³² Niettemin wordt van een officier van justitie verwacht dat hij geen transactie aanbiedt, als hij niet overtuigd is van de schuld van de verdachte aan het verweten strafbaar feit.³³

Door een transactieaanbod te aanvaarden, doet de verdachte afstand van zijn recht op toegang tot een rechter. Het is om die reden noodzakelijk dat instemming met het transactieaanbod vrijwillig geschiedt.³⁴ Aldus betreft de transactie een consensuele manier van afdoening buiten geding.³⁵

land, zie *Kamerstukken II* 2018/19, 35000 VI, nr. 53.

- 12 Zie o.a. K.C.J. Vriend, ‘De hoge en bijzondere transactie: een pleidooi voor rechterlijke controle op de afdoening buiten geding’, *TBS&H* 2016, afl. 4, p. 194-204, G.J.M. Corstens, ‘Megaschikkingen’ in: J. Balkema e.a. (red.), *Praktisch en veelzijdig. Vriendenboek voor Paul Vegter*, Deventer: Wolters Kluwer 2020 en Transparency International, ‘Can justice be achieved through settlements?’, 28 juli 2015, www.transparency.org/whatwedo/publication/can_justice_be_achieved_through_settlements.
- 13 *Kamerstukken II* 2018/19, 3500 VI, nr. 51. Van een bijzondere transactie is in het algemeen sprake als afdoening van de zaak met een transactie niet op voorhand de meest logische mogelijkheid lijkt en/of op onbegrip kan stuiten, zie par. 2.
- 14 *Kamerstukken II* 2018/19, 29279, nr. 478, p. 8 en 9.
- 15 *Jaarplanning Justitie en Veiligheid 2020*, p. 17 (www.tweedekamer.nl/kamerstukken/detail?id=2020D00461). In dit artikel blijft de ontneemingschikking buiten beschouwing.
- 16 *Kamerstukken II* 2018/19, 29279, nr. 478, p. 9-10.
- 17 *Handelingen II* 2018/19, nr. 27, item 7, p. 17 en *Handelingen I* 2019/20, nr. 23, item 8.
- 18 Zie bijv. voormalig minister van Justitie Opstelten in *Kamerstukken II* 2010/11, 29911, nr. 5, p. 3 en minister voor Rechtsbescherming, Dekker, in *Kamerstukken II* 2017/18, 31477, nr. 25, p. 2.
- 19 Waar in dit artikel wordt gesproken van de minister van Justitie wordt bedoeld de minister van Justitie (en Veiligheid).
- 20 Voor een overzicht van de discussie: D. van Daele, *Het openbaar ministerie en de afhandeling van strafzaken in Nederland*, Leuven: Universitaire Pers Leuven 2003, p. 119-133 en 152-155.
- 21 Op grond van art. 127 Wet RO.
- 22 S. Meijer, *Openbaar Ministerie en tenuitvoerlegging. De taak van het openbaar ministerie tot tenuitvoerlegging van door de rechter opgelegde strafrechtelijke sancties vanuit constitutioneel en strafrechtsdogmatisch perspectief gezien* (diss. Tilburg), Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2012, p. 49.
- 23 F. Hendrickx, ‘Wilders-proces zet ook Grapperhaus onder druk: “Alle reden voor Kamer om minister op het matje te roepen”’, *de Volkskrant* 9 september 2019.
- 24 M. Rengers & C. Houtekamer, ‘Minister wilde alles weten over mogelijke schikking Shell’, *NRC* 29 januari 2020.
- 25 HvJ EU 27 mei 2019, gevoegde zaken C-508/18 en C-82/19 PPU, ECLI:EU:C:2019:456 (OG en PI).
- 26 Zo pleit Corstens voor afschaffing van de bijzondere aanwijzingsbevoegdheid ten behoeve van een grotere zelfstandigheid van het OM, zie

G.J.M. Corstens, 'Versterk de zelfstandige positie van het Openbaar Ministerie', *NRC* 9 september 2019. Ook interessant in dit verband: T. Spronken, 'Officier van justitie: geen judicial authority', *NJB Blog* 8 juli 2019 en M.E. de Meijer, 'Veenbranden in de rechtstaat', *NbSr* 2019/7, p. 576-580.

27 Het recht tot strafvordering vervalt om te voorkomen dat iemand na voldoening van de transactie alsnog voor hetzelfde feit wordt vervolgd, zie HR 17 december 1963, ECLI:NL:HR:1963:18 *NJ* 1964/385 (*Joyriden II*).

28 Zie ook art. 242 Sv m.b.t. het besluit tot verdere vervolging.

29 Art. 74 lid 1 Sr. Voorwaarde is dan wel dat het verweten strafbaar feit niet is bedreigd met een gevangenisstraf van meer dan zes jaren.

30 Het arsenaal aan mogelijk bij een transactie te stellen voorwaarden is bij wet beperkt (art. 74 lid 2 Sr).

31 In beginsel; rechtstreeks belanghebbenden kunnen namelijk een klacht indienen tegen niet-vervolgving van een verdachte door het OM (art. 12 Sv). Indien een daartoe aangewezen gerechtshof oordeelt dat de klacht gegrond is, herleeft het recht tot strafvordering als ware het niet vervallen geweest (art. 74b lid 1 Sv) en dient het OM alsnog tot vervolging van deze verdachte over te gaan.

32 In een brief aan de kamer heeft de minister evenwel medegedeeld dat erkenning van de geconstateerde feiten vereist is voor het overeenkomen van een transactie, zie kamerbrief over (moties) hoge transacties van 9 april 2019, beschikbaar op: www.rijksoverheid.nl/documenten/kamerstukken/2019/04/09/tk-moties-hoge-transacties.

33 J.M.W. Lindeman, *Officieren van justitie in de 21e eeuw* (diss. Utrecht), Den Haag: Boom juridisch 2017, p. 24-25.

34 Dit volgt uit de (totstandkomings)geschiedenis van art. 74 Sr, zie P. s'Jacob, *Geschiedenis, theorie en praktijk van artikel 74 Wetboek van Strafrecht* (diss. Leiden), Den Haag: Martinus Nijhoff 1936. Dit volgt ook uit rechtspraak van het EHRM: EHRM 27 februari 1980, ECLI:NL:XX:1980:AC6833, *NJ* 1980/561 (*Deweer / België*).

35 Zie hieromtrent o.a. G.J.M. Corstens, 'Consensualiteit en strafsancities', *AA* 1997, afl. 3, p. 133-139 (AA19970133).

36 *Stert*. 2008, 209.

37 Par. 1a en 1b Aanwijzing hoge transacties en bijzondere transacties.

38 Par. 2 aanwijzing.

39 Zie het feitenrelaas in de zaak tegen ING, p. 22, beschikbaar op: www.om.nl/documenten/publicaties/fp-hoge-transacties/feitenrelaas/map/feitenrelaas-ing.

40 Par. 3 aanwijzing.

41 Par. 5 aanwijzing.

42 Par. 4 aanwijzing.

43 Zo ook in het kader van de transactie met ING.

Een aparte categorie van transacties wordt gevormd door de hoge en bijzondere transacties. Deze categorie wordt beheerst door de Aanwijzing hoge transacties en bijzondere transacties (hierna: aanwijzing).³⁶ Van een hoge transactie is sprake indien ofwel het boetebedrag in het transactievoorstel hoger is dan € 50.000, ofwel het totale geldbedrag dat met de transactie is gemoeid de € 500.000 passeert.³⁷ Laatstgenoemde maatstaf geldt bijvoorbeeld als de transactie naast een boete bestaat uit een bedrag ter ontneming van wederrechtelijk verkregen voordeel of ter vergoeding van de door het verweten strafbare feit veroorzaakte schade. Voor de bijzondere transactie bestaat geen strak afgebakende definitie. Wel geeft de aanwijzing aan dat daarvan in het algemeen sprake is als 'afdoening van de zaak met een transactie niet op voorhand de meest logische mogelijkheid lijkt en/of op onbegrip kan stuiten'.³⁸ De transactie met ING is een voorbeeld van een hoge én bijzondere transactie.³⁹

De aanwijzing dient als richtsnoer voor het OM bij het beoordelen van een zaak, het kiezen voor een passende afdoeningswijze en het eventueel daaropvolgend aanbieden van een hoge of bijzondere transactie aan een verdachte. De beleidsregel noemt als uitgangspunt: 'Niet transigeren [...] (maar voorleggen aan de rechter), tenzij daar een zeer goede reden voor is'.⁴⁰ Het aanbieden van een hoge of bijzondere transactie zou dus uitzondering op de regel moeten zijn. Mede om die reden voorziet de aanwijzing in een met waarborgen omklede procedure waarbij de redenen om te transigeren op verschillende niveaus door verschillende actoren – achtereenvolgens officier van justitie, parketleiding, hoofdadvocaat-generaal, College van procureurs-generaal en minister – worden getoetst.⁴¹ Als het transactievoorstel het toetsingsproces doorstaat, wordt het aan de verdachte voorgelegd. Aanvaarding van het voorstel brengt in beginsel mee dat een persbericht wordt uitgebracht. Het persbericht vermeldt in ieder geval de naam van de verdachte, het/de verweten strafbare feit(en) en de redenen waarom de zaak in kwestie is getransigeerd.⁴² Inmiddels is het praktijk dat ook het feitenrelaas (en de transactieovereenkomst) openbaar wordt gemaakt.⁴³

In de laatste fase van het besluitvormingsproces wordt de transactie 'ter goedkeuring' voorgelegd aan de minister

van Justitie. De minister toetst marginaal. Hij beperkt zich tot de vraag of het OM in redelijkheid kon komen tot het standpunt dat de strafzaak niet aan een rechter behoeft te worden voorgelegd.⁴⁴ Is dit zijns inziens niet het geval, dan kan hij via een bijzondere aanwijzing⁴⁵ de vervolging van de verdachte in kwestie afdwingen.⁴⁶ De eis van ministeriële toetsing is in 2002 ingevoerd, opdat de minister weloverwogen kan bepalen of hij de transactie 'voor zijn politieke verantwoordelijkheid wil nemen'.⁴⁷ In paragraaf 5 kom ik hierop terug.

De eis van ministeriële toetsing is in 2002 ingevoerd, opdat de minister weloverwogen kan bepalen of hij de transactie 'voor zijn politieke verantwoordelijkheid wil nemen'

3 Politieke ministeriële verantwoordelijkheid

Op grond van artikel 42 lid 2 Grondwet (Gw) is de Koning onschendbaar en zijn de ministers verantwoordelijk. Deze verantwoordelijkheid is tweeledig. Zij omvat zowel de politieke als de strafrechtelijke ministeriële verantwoordelijkheid.⁴⁸ Politieke ministeriële verantwoordelijkheid betekent verantwoordelijkheid van bewindslieden – staatssecretarissen zijn ook verantwoordelijk – tegenover de volksvertegenwoordiging. Strafrechtelijke ministeriële verantwoordelijkheid betekent verantwoordelijkheid van bewindslieden tegenover de strafrechter.⁴⁹ De strafrechtelijke ministeriële verantwoordelijkheid valt buiten het bestek van de onderzoeksvraag en blijft daarom in dit artikel onbesproken.

In de staatsrechtdoctrine wordt aangenomen dat de politieke verantwoordelijkheid van ministers tegenover de volksvertegenwoordiging ten minste drie verschijningsvormen kan aannemen: verantwoordelijkheid voor koninklijk handelen of nalaten; verantwoordelijkheid voor eigen handelen of nalaten en verantwoordelijkheid voor het handelen of nalaten van de ambtelijke dienst (op grond van art. 44 lid 1 Gw).⁵⁰ Met laatstgenoemde vorm van politieke verantwoordelijkheid is beoogd het gehele

complex van aan de minister ondergeschikte, ambtelijke machtsuitoefening voor de volksvertegenwoordiging controlebaar te maken. Dat gebeurt door deze ambtelijke machtsuitoefening integraal toe te rekenen aan een politiek verantwoordelijke ambtsdrager: de minister.⁵¹ Aldus bestaat een directe relatie tussen parlementaire controle en het ontwikkelde stelsel van politieke ministeriële verantwoordelijkheid.⁵² Volgens de commissie-Scheltema, die in 1993 een rapport uitbracht over de inhoud en reikwijdte van ministeriële verantwoordelijkheid, vormt politieke ministeriële verantwoordelijkheid de basis 'voor de verwezenlijking van het beginsel van democratische controle op het gehele openbaar bestuur'.⁵³ In het kader van de scheiding der machten is politieke ministeriële verantwoordelijkheid een van de belangrijkste *checks and balances* in de verhouding tussen regering en parlement.⁵⁴

In het kader van de scheiding der machten is politieke ministeriële verantwoordelijkheid een van de belangrijkste *checks and balances* in de verhouding tussen regering en parlement

Tijdige, volledige en correcte informatie-uitwisseling van regering aan parlement is een noodzakelijke voorwaarde voor het kunnen uitoefenen van controle.⁵⁵ Ministers en staatssecretarissen zijn daarom verplicht Kamerleden te voorzien van de door hen verlangde informatie over bepaald (gevoerd) beleid.⁵⁶ Deze plicht is verankerd in artikel 68 Gw en vormt de hoeksteen van de politieke ministeriële verantwoordelijkheid. Verantwoordelijkheid omvat volgens de commissie-Scheltema overigens niet enkel het desgevraagd verstrekken van informatie over (gevoerd) beleid, maar tevens en vooral het uitleggen, motiveren en verdedigen daarvan ten overstaan van de leden van het parlement.⁵⁷

Voor de afgrenzing van de verantwoordelijkheid van de minister voor het ambtelijk apparaat geldt als hoofdregel: geen verantwoordelijkheid zonder bevoegd-

heid.⁵⁸ De mate waarin de minister beïnvloedingsmogelijkheden heeft, is bepalend voor het bereik van zijn verantwoordelijkheid. Daarbij is van belang dat het moet gaan om formele beïnvloedingsmogelijkheden.⁵⁹ Irrelevant is of de minister weet had van het handelen of nalaten waarvoor hij ter verantwoording wordt geroepen. Irrelevant is dus ook of hem daarvan een verwijt kan worden gemaakt.⁶⁰ Overigens wordt bij de keuze van de volksvertegenwoordiging om al dan niet sancties⁶¹ te verbinden aan gedragingen waarvoor de minister verantwoordelijkheid draagt, dikwijls wel rekening gehouden met de mate van wetenschap en verwijtbaarheid die de minister kunnen worden toegerekend.⁶²

4 De politieke verantwoordelijkheid van de minister van Justitie voor het OM

De minister van Justitie is politiek verantwoordelijk voor het doen en laten van het OM.⁶³ Deze verantwoordelijkheid heeft een bijzonder karakter. Dat heeft te maken met de tweeslachtige positie die het OM in onze rechtsstaat inneemt. Aan de ene kant is het OM onderdeel van de rechterlijke organisatie.⁶⁴ officieren van justitie zijn rechterlijke ambtenaren en worden beschouwd als (staande) magistraten.⁶⁵ Een zekere autonomie voor de rijksdienst wordt om die reden dan ook noodzakelijk geacht.⁶⁶ Aan de andere kant oefenen OM-ambtenaren geen rechtsprekende bevoegdheden uit, maar liggen hun taken en bevoegdheden op het terrein van de uitvoerende macht.⁶⁷ Voorts onderscheiden officieren van justitie zich van rechters doordat zij niet voor het leven worden benoemd; hun rechtspositie verschilt in essentie niet wezenlijk van die van andere rijksambtenaren.⁶⁸

De bijzondere positionering van het OM tussen rechter en bestuur, roept verschillende vragen op. Is een individuele officier van justitie onafhankelijk? Of het OM als geheel? Is de minister van Justitie bevoegd te interveniëren in OM-aangelegenheden? Zo ja, hoe ver reikt deze bevoegdheid en, in het verlengde daarvan, zijn politieke verantwoordelijkheid voor het OM? Dergelijke vragen houden de gemoederen al bijna twee eeuwen bezig.⁶⁹ Bij de totstandkoming van de Wet op de rechterlijke organisatie (hierna: Wet RO) in 1827 – en later bij de totstandkoming van de Grond-

44 *Kamerstukken II* 2001/02, 28093, nr. 20, p. 4.

45 In par. 4 wordt uitgelegd wat een bijzondere aanwijzing inhoudt.

46 Zie de tekst onder 'achtergrond' in de aanwijzing.

47 *Kamerstukken II* 2001/02, 28093, nr. 20, p. 2.

48 C.A.J.M. Kortmann, *Constitutioneel recht*, Deventer: Kluwer 2016, p. 310-313; zie ook D.J. Elzinga, 'De politieke ministeriële verantwoordelijkheid' in: D.J. Elzinga (red.), *Ministeriële verantwoordelijkheid in Nederland*, Zwolle: Tjeenk Willink 1994, p. 34 en P.P.T. Bovend'Eert, *Ministeriële verantwoordelijkheid*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2002, p. 28.

49 Wet ministeriële verantwoordelijkheid en ambtsdelicten, *Stb.* 1855, 33, recentelijk gewijzigd: *Stb.* 2018, 245.

50 Elzinga 1994, p. 35-37. Daarnaast zijn de ministers gezamenlijk verantwoordelijk voor het algemene regeringsbeleid, dat in de minister-raad wordt besproken.

51 Elzinga 1994, p. 37, die op zijn beurt verwijst naar M.C.B. Burkens, in: *Ambtenaar, dienaar van de minister?* (symposiumverslag), Den Haag: 1986, p. 9-10 en 17-24.

52 Parlementaire controle kan worden geëffectueerd door middel van algemene en (meer) specifieke instrumenten. Specifieke instrumenten zijn bijvoorbeeld het vragenrecht, het 'recht' van motie en de parlementaire enquête. Het algemene instrument van de parlementaire controle komt tot uitdrukking in het stelsel van de ministeriële verantwoordelijkheid en de vertrouwensregel die daarmee in verband staat.

53 *Steekhoudend ministerschap. Rapport van de externe commissie Ministeriële Verantwoordelijkheid*, Den Haag 1993; zie ook *Kamerstukken II* 1992/93, 21427, nr. 41, p. 7.

54 Bovend'Eert 2002, p. 19.

55 Elzinga 1994, p. 34.

56 Het verstrekken van de gevraagde inlichtingen kan geweigerd worden als hierdoor het belang van de staat wordt geschaad (art. 68 Gw).

57 *Kamerstukken II* 1992/93, 21427, nr. 41, p. 8; zie ook Kortmann 2016, p. 313.

58 Kortmann 2016, p. 316; zie ook Elzinga 1994, p. 38 en Bovend'Eert 2002, p. 30.

59 Elzinga 1994, p. 38.

60 Kortmann 2016, p. 317.

61 Mogelijke sancties zijn het opzeggen van het vertrouwen in de minister of het verbod terug te keren in een volgend kabinet.

62 Elzinga 1994, p. 38.

63 D.J. Elzinga & J. Koopman, 'Ministeriële verantwoordelijkheid en Openbaar Ministerie', in: Elzinga 1994, p. 211 e.v.; zie ook Bovend'Eert 2002, p. 54 e.v.

64 Algemeen leidt men uit de terminologie van art. 117 lid 1 Gw *a contrario* af dat het OM onderdeel uitmaakt van de rechterlijke macht.

65 Art. 1 sub b 7° Wet RO.

- 66 Elzinga & Koopman 1994, p. 214.
- 67 Kortmann 2016, p. 260; zie ook Bovend'Eert 2002, p. 55.
- 68 M.E. de Meijer, 'Het openbaar ministerie', in: E.R. Muller, H.R.B.M. Kummeling & R. Nehmelman (red.), *Instituten van de staat*, Deventer: Wolters Kluwer 2020, p. 375; zie ook Bovend'Eert 2002, p. 55-56.
- 69 P.B. Cliteur, 'De aanwijzingsbevoegdheid van de minister ex artikel 5 RO', *NJB* 1996/16, p. 597.
- 70 Lindeman 2017, p. 42; zie ook Elzinga 1994, p. 216.
- 71 Elzinga & Koopman 1994, p. 222; zie ook L.F.M. Verhey, 'De organisatie van het Openbaar Ministerie: enkele beschouwingen mede in het licht van het EVRM', *NJCM* 2001/26, afl. 2, p. 172.
- 72 *Kamerstukken II* 1992/93, 22800 VI, nr. 2, p. 7; zie ook Elzinga & Koopman 1994, p. 222.
- 73 Elzinga & Koopman 1994, p. 221.
- 74 Verhey 2001, p. 172.
- 75 G.J.M. Corstens, M.J. Borgers & T. Kooijmans, *Het Nederlands strafprocesrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2018, p. 627-628.
- 76 Corstens e.a. 2018, p. 627-628.
- 77 Elzinga & Koopman 1994, p. 221. Daarbij speelde overigens ook een rol dat enkele vooraanstaande auteurs – 't Hart als aanvoerder – het standpunt innamen dat de hoofdtaak van het OM niet zou moeten bestaan uit de handhaving van wetten (als vermeld in art. 4 Wet RO (oud)), maar uit de handhaving van het recht. De wetgever nam dit standpunt over. Bij de herziening van de Wet RO is de nieuwe hoofdtaak van het OM opgenomen in art. 124 Wet RO.
- 78 Verhey 2001, p. 173.
- 79 Wet vermogenssancties 1983, *Stb.* 1983, 153, zie P. Osinga, *Transactie in strafzaken*, Arnhem: Gouda Quint 1992, p. 23 en 152-167.
- 80 Elzinga & Koopman 1994, p. 222. Naast de minister stelde ook het College van procureurs-generaal (toen nog de 'vergadering van procureurs-generaal') beleidsplannen vast.
- 81 Van Daele 2003, p. 144; dit blijkt tevens uit de memorie van toelichting bij de herziening Wet RO, zie *Kamerstukken II* 1996/97, 25392, nr. 3, p. 24.
- 82 Verhey 2001, p. 173. Een voorbeeld van een strafzaak ten aanzien waarvan het parlement de minister ter verantwoording heeft geroepen is de zogenoemde zaak-*Kadijk*.
- 83 Elzinga 1994, p. 223 e.v.; zie ook Verhey 2001, p. 173 en M.E. Verburg, *De minister de baas*, Den Haag: Sdu uitgeverij 2004, p. 241-251.
- 84 Een greep uit de overvloedige literatuur: G. Duisterwinkel, *Vereisen de functies van het Openbaar Ministerie nieuwe wettelijke voorzieningen?* *Preadvies NJV* (Handelingen der Nederlandse Juristen-Vereniging deel 38), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Wilink 1968, H. de Doelder, *Het OM in*

wet van 1848 – werd besloten dat het OM in beginsel als onafhankelijke rijksdienst opereert, doch dat bevelen (in naam) van de Koning te allen tijde dienen te worden opgevolgd – deze eis werd opgenomen in artikel 5 Wet RO (oud). Verder werd aangenomen dat controle op het OM in de eerste plaats geschiedt door de rechter en niet, via de minister, door het parlement.⁷⁰

De bijzondere positionering van het OM tussen rechter en bestuur, roept verschillende vragen op. Is een individuele officier van justitie onafhankelijk? Of het OM als geheel? Is de minister van Justitie bevoegd te interveniëren in OM-aangelegenheden?

Dit uitgangspunt is lange tijd aangehouden. In de tweede helft van de vorige eeuw deed zich echter een aantal ontwikkelingen voor, waardoor de constitutionele positie van het OM en diens relatie tot de minister opnieuw onderwerp van discussie werden. Ik noem daarvan de meest in het oog springende, zonder de pretentie te hebben uitputtend te zijn.

Allereerst was het aantal strafbepalingen in korte tijd fors toegenomen. Tegelijkertijd steeg de criminaliteit. De vervolgende capaciteit van het OM hield geen gelijke tred met het groeiende aantal potentiële en feitelijke delicten.⁷¹ Het bleek niet langer mogelijk om iedere haalbare strafzaak voor een rechter te brengen. In plaats daarvan werden officieren van justitie gedwongen prioriteiten te stellen.⁷² In hun beslissing om de strafrechter al dan niet in een strafzaak te betrekken, kwamen andere factoren, zoals de maatschappelijke aanvaardbaarheid en gevolgen van de vervolging, centraal te staan.⁷³ Hierdoor kreeg (de toepassing van) het opportuniteitsbeginsel meer reliëf.⁷⁴ Waar voorheen dit beginsel vooral negatief werd ingevuld (vervolgen, tenzij het algemeen belang zich daartegen verzet⁷⁵), werd sindsdien aan een meer positieve invulling (niet vervolgen, tenzij het algemeen belang vervolging noodzakelijk maakt⁷⁶) de voorkeur gegeven.⁷⁷

Een gevolg van de veranderende taakinvulling van de officier van justitie was dat een steeds minder groot deel van de strafzaken ter controle aan een rechter werd voorgelegd.⁷⁸ Deze ontwikkeling werd versterkt door de verruiming van de transactiebevoegdheid in 1983.⁷⁹ Om desalniettemin de rechtsgelijkheid en rechtszekerheid te kunnen waarborgen, was het ontwikkelen van een nationaal en uniform opsporings- en vervolgingsbeleid noodzakelijk. De verantwoordelijkheid daarvoor lag in de eerste plaats bij de minister van Justitie.⁸⁰ Derhalve nam het belang van (de mogelijkheid tot) democratische controle toe. Aan de controlerende taak van het parlement kwam bovendien meer gewicht toe, doordat controle door de rechter op het handelen en nalaten van leden van het OM mettertijd steeds minder vanzelfsprekend was geworden.⁸¹ Tegen deze achtergrond nam de bemoeienis van het parlement met OM-aangelegenheden toe. In de jaren 90 van de vorige eeuw werd de minister van Justitie door Tweede Kamerleden vaker en indringender aangesproken op het optreden van het OM, ook met betrekking tot individuele strafzaken.⁸²

In diezelfde tijd laaide de discussie over de verhouding tussen het OM en de minister (opnieuw) hoog op.⁸³ In de literatuur over dit onderwerp zijn grofweg twee kampen te onderscheiden: voorstanders van een zelfstandig opererend OM en voorstanders van een aan het ministerie van Justitie ondergeschikt OM.⁸⁴ De voorstanders van een zelfstandig opererend OM pleitten voor zo min mogelijk inmenging van de politiek in het reilen en zeilen van de staande magistratuur. Voorstanders van een ondergeschikt OM meenden dat beïnvloeding door de minister van de activiteiten van het OM op alle fronten mogelijk moet zijn.

De academische discussie ontging de wetgever niet. Zij greep de herziening van de Wet RO – met als doel een ingrijpende reorganisatie van het OM – aan om duidelijkheid te scheppen. In de memorie van toelichting bij de wetswijziging wordt het volgende opgemerkt:

'In de gevoerde discussie over de verhouding tussen minister en OM gaat het steeds om twee grondgedachten van de democratische rechtsstaat. Enerzijds is dat de ministeriële verantwoordelijkheid als staatsrechtelijke basis voor de democratische controle op het handelen van de rijksoverheid. Anderzijds betreft het de bescherming van grondrecht

ten en beginselen van behoorlijke procesorde in samenhang met de positie van het OM in het strafproces. De centrale vraag is op welke wijze deze grondgedachten in de verhouding tussen minister en OM op een adequate wijze met elkaar kunnen worden verenigd. Essentieel daarbij is om steeds een scherp onderscheid te maken tussen enerzijds het bestaan van ministeriële verantwoordelijkheid en anderzijds de wijze waarop daaraan invulling behoort te worden gegeven.⁸⁵

De wetgever kwam uiteindelijk tot een compromis: een volle ministeriële verantwoordelijkheid, in combinatie met een terughoudende en selectieve, maar wel duidelijke sturing van het OM.⁸⁶ De keuze voor een volle ministeriële verantwoordelijkheid had volgens toenmalig minister van Justitie Sorgdrager in elk geval één belangrijke consequentie: ongelimiteerde beïnvloedingsmogelijkheden voor de minister.⁸⁷ Aangezien dergelijke beïnvloedingsmogelijkheden niet expliciet voortvloeiden uit artikel 5 Wet RO (oud), werd besloten een (nieuwe) aanwijzingsbevoegdheid te creëren. Zo ontstond artikel 127 Wet RO, dat luidt: 'Onze Minister kan algemene en bijzondere aanwijzingen geven betreffende de uitoefening van de taken en bevoegdheden van het openbaar ministerie'. Algemene aanwijzingen hebben betrekking op door het OM te voeren beleid. Een bijzondere aanwijzing is een aanwijzing in een concrete strafzaak. Dit kan een aanwijzing zijn tot (niet-)opsporing of een aanwijzing tot (niet-)vervolgning.⁸⁸ Aanwijzingen van de minister zijn bindend; degene tot wie de aanwijzing zich richt, is verplicht deze op te volgen en ten uitvoer te brengen.⁸⁹

In de politieke debatten voorafgaand aan de wetwijziging hebben verschillende politici hun zorgen geuit over de invoering van een bijzondere aanwijzingsbevoegdheid. De wetgever zou het recht tot strafvervolgning en de bevoegdheid daarvan af te zien niet zonder reden exclusief hebben toebedeeld aan de officier van justitie, en niet (tevens) aan de minister.⁹⁰ Politieke inmenging in de opsporing en vervolging van strafbare feiten zou daarom tot een minimum beperkt moeten blijven.⁹¹ De minister volgde dit betoog: vanwege de bijzondere positie die het OM inneemt in het strafproces, past terughoudendheid bij de toepassing van de ministeriële aanwijzingsbevoegdheid in individuele strafzaken.⁹² In uitzonderlijke gevallen is een meer actieve bemoeienis van de minister (en het parlement) met individuele straf-

zaken toegestaan, bijvoorbeeld als het gaat om zaken die onmiskenbaar van invloed zijn op het algemene beleid.⁹³

Vanwege de bijzondere positie die het OM inneemt in het strafproces, past terughoudendheid bij de toepassing van de ministeriële aanwijzingsbevoegdheid in individuele strafzaken

Om de zorgvuldigheid van de besluitvorming te waarborgen en te voorkomen dat opsporings- en vervolgingsbeslissingen, heeft de wetgever de bevoegdheid van de minister om via een aanwijzing de opsporing of vervolging van (een) strafbare feit(en) af te dwingen, aan procedurevoorschriften gebonden.⁹⁴ Zo dient het College van procureurs-generaal (hierna: College) in de gelegenheid te worden gesteld zijn zienswijze omtrent een voorgenomen aanwijzing kenbaar te maken.⁹⁵ Verder moet een (voorgenomen) aanwijzing en de motivering daarvan op schrift worden gesteld⁹⁶ en – inclusief de zienswijze van het College – in het procesdossier worden gevoegd.⁹⁷ In het geval van een negatieve aanwijzing, dat wil zeggen een aanwijzing om niet (verder) op te sporen of vervolgen, zal er geen procesdossier zijn dat ter beoordeling aan een rechter wordt voorgelegd. Om controle niettemin mogelijk te maken, schrijft artikel 128 lid 6 Wet RO voor dat in zo'n geval de beide Kamers der Staten-Generaal van de (voorgenomen) aanwijzing en de zienswijze van het College in kennis worden gesteld. De procedurevoorschriften zouden de transparantie en controleerbaarheid ten goede komen en bijgevolg dienen als waarborg tegen misbruik en willekeur.⁹⁸ De wijzigingswet trad op 1 juni 1999 in werking.⁹⁹

5 Ministeriële toetsing van hoge transacties

Kort na de wetgevingsoperatie in verband met de reorganisatie van het OM, vonden in de Tweede Kamer debatten plaats over de toepassing van de transactiebevoegdheid in (politiek) gevoelige strafzaken.¹⁰⁰ Ook tijdens deze debatten stond de reik-

positie, Arnhem: Gouda Quint 1988, A.C. 't Hart, *Openbaar Ministerie en rechtshandhaving*, Arnhem 1994, H. de Doelder, R.M.G.E. Fokué & R.A.F. Gerding (red.), *Taak en functioneren van het OM*, Arnhem: Gouda Quint 1994, Th.W. van Veen, 'Politieke verantwoordelijkheid voor het vervolgingsbeleid', *DD* 1977, p. 261 e.v., H.Th.J.F. van Maarseveen, 'Ministeriële verantwoordelijkheid en Openbaar Ministerie', *NJB* 1977, p. 209 e.v., Ch.J. Enschede, 'De constitutionele positie van de rechterlijke macht, in het bijzonder van het openbaar ministerie', *Trema* 1980, p. 83 e.v., L.C.M. Meijers, 'Een bedreigd evenwicht. Opmerkingen over de positie van het Openbaar Ministerie tussen bestuur en rechter', *RM Themis* 1987, p. 24 e.v., T.M. Schalken, 'Het taboe van art. 5 Wet RO', *Trema* 1991, p. 184 e.v. Ook zittende ministers van Justitie hebben zich over de verhouding tussen minister en OM uitgelaten: F. Kort-hals Altes, 'De verhouding tussen de minister van justitie en het openbaar ministerie', *Trema* 1988, p. 267 e.v., E.M.H. Hirsch Ballin, 'De officier van justitie, magistraat of bestuursambtenaar', *Trema* 1991, p. 195 e.v.

85 *Kamerstukken II* 1996/97, 25392, nr. 3, p. 18-19.

86 *Kamerstukken II* 1996/97, 25392, nr. 3, p. 6, 21-22. Deze formulering is afkomstig van Elzinga & Koopman 1994, p. 213 en dateert van voor de wetwijziging. Niettemin geeft zij de kern van het verhaal van de wetgever treffend weer. Overigens is de sturing van het OM een kwestie van organisatiekunde en niet van staatsrecht, zie P.B. Cliteur, 'De bevoegdheidsverhouding tussen minister en Openbaar Ministerie', *Beleid & Maatschappij* 1997/3, p. 118.

87 *Kamerstukken II* 1996/97, 25392, nr. 3, p. 22. Verschillende auteurs, onder wie Bovend'Eert 2002, p. 56-57 en 36-37, hebben erop gewezen dat deze gevolgtrekking juridisch onjuist is. Het staatsrechtelijk adagium luidt: zonder bevoegdheid geen verantwoordelijkheid en niet: zonder verantwoordelijkheid geen bevoegdheid.

88 *Kamerstukken II* 1996/97, 25392, nr. 3, p. 26.

89 *Kamerstukken II* 1996/97, 25392, nr. 3, p. 42.

90 Art. 124 Wet RO jo. art. 9 en art. 141 Sv. Aldus is sprake van attributie en niet van delegatie of mandatering.

91 Voor een overzicht van de (parlementaire) geschiedenis van de huidige aanwijzingsbevoegdheid: Verburg 2004.

92 *Kamerstukken II* 1996/97, 25392, nr. 3, p. 26.

93 *Kamerstukken II* 1996/97, 25392, nr. 3, p. 24.

94 *Kamerstukken II* 1996/97, 25392, nr. 3, p. 26.

95 Art. 128 lid 1 Wet RO.

96 Art. 128 leden 2, 3 en 4 Wet RO.

wijdte van de politieke verantwoordelijkheid van de minister van Justitie voor het OM en van zijn bevoegdheid tot het geven van aanwijzingen centraal. Aanleiding voor de politieke debatten waren enkele hoge transacties in het kader van de zogenoemde Bouwfraude- en Schipholtunnelkwesties.¹⁰¹ Deze transacties leidden tot hevige kritiek vanuit de Tweede Kamer: waarom was het OM niet tot vervolging van de verdachte rechtspersonen en de bij de verweten strafbare feiten betrokken natuurlijke personen, de feitelijk leidinggevendenden, overgegaan? Dit waren immers bij uitstek zaken die, vanwege hun complexiteit en gevoeligheid en ten behoeve van de normstelling, aan een rechter zouden moeten worden voorgelegd.¹⁰² De minister werd gevraagd de besluiten van het OM in de Kamer te verantwoorden. Hij gaf daarop aan niet door het College van procureurs-generaal in kennis te zijn gesteld van de desbetreffende hoge transacties.¹⁰³ Dit zorgde voor een nieuwe golf van kritiek.¹⁰⁴

Over ministeriële betrokkenheid bij de besluitvorming inzake hoge transacties regelde de toentertijd geldende Aanwijzing hoge transacties¹⁰⁵ het volgende: ‘Het behoeft geen nader betoog dat de parketleiding in “gevoelige” zaken aanleiding zal vinden contact op te nemen met het College van procureurs-generaal dat in voorkomende gevallen de minister van Justitie zal raadplegen.’¹⁰⁶ Over de interpretatie van deze passage bestond onenigheid. Het overgrote merendeel van de Kamerleden was van mening dat eruit ondubbelzinnig de verplichting voortvloeide om de minister op de hoogte te stellen van elk voornemen om in een gevoelige strafzaak een hoge transactie aan te bieden.¹⁰⁷ De minister nam een ander standpunt in: hoewel in zaken als bedoeld in de Aanwijzing hoge transacties inlichting van de minister in beginsel geboden is, kunnen zich evenwel omstandigheden voordoen die rechtvaardigen dat het OM, zonder de minister te raadplegen, een hoge transactie overeenkomt.¹⁰⁸ Het meningsverschil tussen de minister en de Kamerleden mondde uit in het aannemen van – onder andere – de volgende motie:

‘overwegende, dat door de toename van het aantal transacties steeds meer opsporings- en vervolgingsbeslissingen aan de controle van de strafrechter worden onttrokken;

overwegende, dat een doorzichtig systeem op basis waarvan een transactie kan worden aangegaan noodzakelijk is;

voorts overwegende, dat door deze ontwikkeling het wenselijk is dat de democratische controle door het parlement dient te worden versterkt;

verzoekt de regering:

- de Kamer op geregelde tijdstippen op de hoogte te stellen van de hoogte, de aard en de omvang van de aangeboden transacties;
- een nadere omschrijving op te stellen onder welke omstandigheden de leiding van het OM verplicht is de minister van Justitie tijdig en volledig te informeren over een aan te bieden transactie, waarbij in ieder geval de transacties boven de f 100000 behoren [...].¹⁰⁹

De minister gaf gehoor aan de motie. In een brief aan de Kamer van 10 december 2001 kondigde hij aan dat de aanwijzing zo zou worden aangepast, dat het OM verplicht wordt elke transactie die een bedrag van € 45.000¹¹⁰ te boven gaat, ter toetsing aan de minister voor te leggen. Voorts zal de minister steeds worden geïnformeerd over een transactiebesluit in anderszins (politiek) gevoelige strafzaken.¹¹¹ Daarbij kan worden gedacht aan ‘zaken waarin juridisch of beleidsmatig principiële vragen aan de orde zijn, zoals bijvoorbeeld het geval waarin het aanbieden van een transactie is ingegeven door de wens tot het inzetten van nieuw beleid om in bepaalde gevallen stelselmatig transacties aan te bieden’, en waarover de minister dientengevolge verantwoording zou kunnen of moeten afleggen aan het parlement.¹¹² De nieuwe aanwijzing trad op 21 februari 2002 in werking.¹¹³

De minister beoogde tegemoet te komen aan de in de motie uitgedrukte behoefte aan (meer) transparantie en parlementaire controle op de transactiepraktijk van het OM, zeker nu rechterlijke controle op die praktijk in beginsel ontbrak

Met de beschreven wijzigingen in het transactiebeleid beoogde de minister tegemoet te komen aan de in de motie uitgedrukte behoefte aan (meer) transparantie en parlementaire controle op de transactiepraktijk van het OM, zeker nu rechterlijke controle op die praktijk

97 Art. 128 lid 5 Wet RO.

98 *Kamerstukken II* 1996/1997, 25392, nr. 3, p. 26-27; zie ook Van Daele 2003, p. 157-159 en p. 166.

99 *Stb.* 1999, 198.

100 Zie o.a. *Handelingen II* 2001/02, 28093, nr. 29 en *Kamerstukken II* 2001/2002, 28093, nr. 21.

101 Zie o.a. *Kamerstukken II* 2001/02, 28093, nr. 8.

102 Zie o.a. *Kamerstukken II* 2001/02, 28093, nr. 21.

103 Zie o.a. *Handelingen II* 2001/02, 28093, nr. 29. Overigens heeft het onderzoek naar aanleiding van de parlementaire enquête uitgewezen dat de minister wel degelijk op de hoogte was gesteld. De bevindingen uit het onderzoeksrapport hebben er uiteindelijk toe geleid dat de minister zijn ambt neerlegde.

104 Zie o.a. *Kamerstukken II* 2001/02, 28093, nr. 21.

105 *Stcrt.* 1999, 142.

106 Par. 6 van de oude Aanwijzing hoge transacties.

107 *Handelingen II* 2001/02, 28093, nr. 29.

108 *Handelingen II* 2001/02, 28093, nr. 29.

109 *Kamerstukken II* 2001/02, 28093, nr. 15.

110 Inmiddels is dat € 50.000, zie par. 2.

111 *Kamerstukken II* 2001/02, 28093, nr. 20.

112 *Kamerstukken II* 2001/02, 28093, nr. 20, p. 3.

113 *Stcrt.* 2002, 39; zie ook *Kamerstukken II* 2001/02, 28093, nr. 20, p. 3.

in beginsel ontbrak.¹¹⁴ Voor het kunnen uitoefenen van parlementaire controle is juiste en volledige informatieverstrekking aan het parlement een vereiste. De minister is daarvoor verantwoordelijk. Door het opnemen in de Aanwijzing hoge transacties van een eis van ministeriële toetsing, wordt de minister in staat gesteld om met kennis van zaken inhoud te geven aan de invulling van zijn politieke verantwoordelijkheid. De verantwoordelijkheid van de minister omvat daarnaast het desgevraagd toelichten, motiveren en verdedigen van een overeengekomen transactie in de Kamer(s). Indien de minister meent dat een aan hem voorgelegde hoge transactie niet gemotiveerd of verdedigd kan worden, kan hij – na consultatie van het College – gebruikmaken van zijn bijzondere aanwijzingsbevoegdheid en aldus de totstandkoming van die transactie voorkomen.

6 Rechterlijke toetsing als alternatief?

De praktijk heeft inmiddels uitgewezen dat, sinds de inwerkingtreding van de artikelen 127 en 128 Wet RO en de aangescherpte Aanwijzing hoge transacties en bijzondere transacties zo'n twintig jaar geleden, geen enkele minister van Justitie van de bijzondere aanwijzingsbevoegdheid gebruik heeft gemaakt.¹¹⁵ Dat betekent niet dat ministers van Justitie en het OM in die tijd geen contact hebben gehad. In zijn artikel over de interne besluitvorming bij gevoelige zaken en hoge transacties toont Felix aan dat dit contact de vorm heeft (aangenomen) van informele overleggen tussen de minister en het College van procureurs-generaal.¹¹⁶ Tijdens deze overleggen worden gedachten uitgewisseld over wetgevingsvraagstukken en beleidsmatige kwesties, maar ook gevoelige strafzaken die op dat moment actueel zijn, komen aan bod. De minister kan in dat kader zijn zienswijze geven over voorliggende casus. Op grond van de memorie van toelichting bij de herziening Wet RO moet dergelijk 'goed overleg' tussen de minister en de top van het OM mogelijk zijn.¹¹⁷ De procedurevoorschriften die gelden bij het geven van een bijzondere aanwijzing zijn op deze informele contacten evenwel niet van toepassing. Felix merkt in dat verband het volgende op:

'De gedachte is kennelijk dat het OM zich na een "goed overleg" nog steeds volstrekt vrij zal voelen om een lijn te kiezen die ingaat tegen de wil van

de minister en er geen enkel probleem mee heeft de minister te "dwingen" gebruik te maken van zijn aanwijzingsbevoegdheid.¹¹⁸

Volgens Felix doet die gedachte geen recht aan de feitelijke situatie:

'Het ligt meer voor de hand dat dit overlegmodel feitelijk tot gevolg heeft dat de minister respectievelijk het college niet gedwongen wordt "op zijn strepen" te gaan staan, terwijl er door het overleg wel degelijk (al dan niet bewust) op zijn minst enige invloed is uitgeoefend.¹¹⁹

De informatie die naar aanleiding van een Wob-verzoek over de betrokkenheid van de minister bij de besluitvorming in het lopende strafrechtelijk onderzoek tegen Shell is vrijgegeven, doet sterk vermoeden dat deze constatering juist is.¹²⁰

Met de invoering van een verplichte rechterlijke toetsing van hoge transacties als alternatief voor de huidige vormen van toetsing door de minister, hoopt Grapperhaus het beeld van een achterkamertjespolitiek weg te nemen

Met de invoering van een verplichte rechterlijke toetsing van hoge transacties als alternatief voor de huidige vormen van toetsing door de minister, hoopt Grapperhaus het beeld van een achterkamertjespolitiek weg te nemen.¹²¹ Tijdens een plenaire vergadering van de Eerste Kamer deelt hij hierover mede 'dat het maatschappelijk gewoon het verstandigst is om heel duidelijk te laten zien dat daar [i.e. een voorgenomen hoge transactie – SK] een onafhankelijke instantie naar kijkt'.¹²² De minister vervolgt:

'En dan is het, ook als er straks een onafhankelijke instantie is, toch nog altijd primair aan het OM om de weg te maken hoe men een transactie wenst in te kleden. En daar heeft deze minister overigens altijd de politieke verantwoordelijkheid voor, dus daar is dan ook weer de mogelijkheid van parlementaire controle op.¹²³

Grapperhaus schetst dus een regeling waarin hoge transacties, ondanks het wegvallen van de eis van ministeriële toetsing, zowel aan rechterlijke als aan parlementaire controle (kunnen) worden onderworpen.

114 Het is mogelijk dat de rechter via een art. 12 Sv-procedure wordt betrokken bij een hoge transactie.

115 Zie o.a. Lindeman 2017, p. 83.

116 T. Felix, 'De interne besluitvorming bij het Openbaar Ministerie in gevoelige zaken en hoge transacties: een geschikte procedure?', *S&O* 2019, afl. 4, p. 144; zie ook Van Daele 2003, p. 148.

117 *Kamerstukken II* 1996/97, 25392, nr. 3, p. 24.

118 Felix 2019, p. 144.

119 Felix 2019, p. 144; H. de Doelder nam eerder een vergelijkbaar standpunt in, zie 'Een politiek OM', *TvPol.* 2002, afl. 7/8, p. 6.

120 Zie www.rijksoverheid.nl/documenten/rapporten/2020/01/28/tk-bijlage-besluit-wob; zie hieromtrent ook de antwoorden van de minister van Justitie en Veiligheid op de vragen van het lid Van Nispen (SP) over de betrokkenheid van de minister bij een mogelijke megaschikking met Shell voor corruptie in Nigeria (ingezonden 30 januari 2020, nr. 2020Z01656) en de antwoorden van de minister van Justitie en Veiligheid, mede namens de minister-president, op de vragen van de leden Groothuizen en Snel (beiden D66) over de mogelijke schikking met Shell (ingezonden 4 februari 2020, nr. 2020Z01955).

121 *Kamerstukken II* 2018/19, 29279, nr. 478, p. 8; zie ook I. Bökkerink & V. van der Boon, 'Topman OM schaarft zich achter rechterlijke toets van schikkingen met bedrijven', *FD* 22 februari 2019.

122 *Handelingen I* 2019/20, nr. 23, item 8.

123 *Handelingen I* 2019/20, nr. 23, item 8.

Door het wegvallen van de formele eis van ministeriële toetsing zal de parlementaire controle op (de besluitvorming bij) hoge transacties aanzienlijk worden ingeperkt. De vraag is of dat wenselijk is

Naar mijn mening is deze voorstelling discutabel en wel om de volgende reden. Het vervangen van de eis van ministeriële toetsing door een eis van rechterlijke toetsing, heeft tot gevolg dat de minister niet meer verplicht op de hoogte wordt gesteld van iedere voorgenomen hoge transactie.¹²⁴ Dat betekent dat hij niet meer in de gelegenheid zal worden gesteld gebruik te maken van zijn aanwijzingsbevoegdheid teneinde een door het OM voorgenomen hoge transactie te voorkomen. De minister wordt als het ware buitenspel gezet. Dit heeft tot gevolg dat hij nog slechts op (zeer) beperkte wijze invulling zal kunnen geven aan zijn politieke ministeriële verantwoordelijkheid – in de zin van informeren, uitleggen, motiveren en verdedigen – voor gedragingen van het OM in hogetransactiezaken. Het voorgaande laat onverlet dat de minister langs informele weg invloed zal kunnen (blijven) uitoefenen op de beslissing van het OM om in een strafzaak al dan niet tot het aanbieden van een hoge transactie over te gaan. Het besluitvormingsproces blijft daarmee voor de buitenwacht echter weinig inzichtelijk en derhalve moeilijk controleerbaar.¹²⁵ Kortom, door het wegvallen van de formele eis van ministeriële toetsing zal de parlementaire controle op (de besluitvorming bij) hoge transacties aanzienlijk worden ingeperkt.¹²⁶ De vraag is of dat wenselijk is. Het gaat bij hoge transacties immers juist vaak om maatschappelijk en (dus) politiek gevoelige zaken. Het uitoefenen van democratische controle op hoge transacties kan ervoor zorgen dat wordt bezien of de (wettelijke) normering van de transactiebevoegdheid (nog) adequaat is en ertoe leiden dat die normering wordt aangepast. Bovendien zijn Kamerdebatten openbaar en voor burgers toegankelijk. De door de minister voorgestelde besloten raadkamerprocedure is dat niet. Een dergelijke procedure zal het door critici van

de hoge transactie en/of zijn toepassing in de praktijk aangevoerde bezwaar van gebrek aan externe openbaarheid dan ook niet wegnemen.

Ook in andere opzichten heeft het wegvallen van de eis van ministeriële toetsing van hoge transacties ten behoeve van het invoeren van een eis van rechterlijke toetsing consequenties. In de toets van de minister staan de redenen om te transigeren, oftewel de opportuniteit van de beslissing om niet tot vervolging over te gaan, centraal. Dit heeft te maken met het feit dat de minister politiek verantwoordelijk is voor het vervolgings- en transactiebeleid en daarover desgevraagd verantwoording moet afleggen aan de Kamer(s). In het licht van de scheiding der machten dient de rechter zich terughoudend op te stellen bij het toetsen van de opportuniteit van de vervolgingsbeslissing van het OM.¹²⁷ Daarentegen voert de rechter een rechtmatigheidstoets uit. Gelet hierop is niet verwonderlijk dat de redenen om te transigeren in de beleidsreactie op de evaluatie Wet OM-afdoening niet als mogelijk in te voeren toetsingscriterium worden genoemd. Wel zal de rechterlijke toets betrekking hebben op het proces van totstandkoming van de hoge transactie.¹²⁸ Mogelijk vallen de redenen om te transigeren onder dit criterium. Ook dan geldt echter dat de rechter op grond van de heersende leer in beginsel niet bevoegd zal zijn de opportuniteitscomponent van een transactiebeslissing te toetsen. Het gevolg is dat de voorgestelde rechterlijke controle op hoge transacties zich dus niet of slechts in zeer beperkte mate zal uitstrekken over de opportuniteit van de beslissing om te transigeren, terwijl door het wegvallen van de eis van ministeriële toetsing ook de parlementaire controle op die beslissing zijn waarde grotendeels zal verliezen.

Dit brengt mij bij het laatste punt. Op grond van de Aanwijzing hoge transacties en bijzondere transacties wordt een transactievoorstel ter toetsing aan de minister voorgelegd, voordat deze aan de verdachte wordt aangeboden en dus voordat de verdachte bij het proces wordt betrokken.¹²⁹ Dit betekent dat de minister de totstandkoming van een hoge transactie kan voorkomen op een moment dat bij de verdachte nog geen verwachtingen zijn gewekt over de afdoeningswijze van zijn/haar strafzaak. Een rechter komt daarentegen pas in beeld, nadat de verdachte

124 Opmerking verdient dat het College op grond van art. 129 lid 1 Wet RO verplicht is aan de minister de inlichtingen te verstrekken die deze nodig heeft. De leden van het OM zijn op hun beurt verplicht aan het College de inlichtingen te verschaffen die het nodig heeft (lid 2).

125 Overigens worden van deze informele overleggen wel notulen gemaakt, die door de Kamer(s) kunnen worden opgevraagd. Notulen geven in beginsel echter slechts de hoofdlijn van de besluitvorming weer zonder te specificeren in welke mate ieder actor daaraan heeft bijgedragen.

126 Zie ook D. Doorenbos, 'Rechterlijke toetsing van hoge transacties?', *M*: 28 november 2014.

127 Corstens e.a. 2018, p. 654. Betrekkelijk algemeen wordt aangenomen dat dit in beklagprocedures niet anders is, ook al is daar de beslissing om niet (verder) te vervolgen het onderwerp van toetsing.

128 Verder heeft de voorgestelde rechterlijke toetsing betrekking op de aanwezigheid van voldoende bewijs en de conformiteit met de transactievoorwaarden.

129 Dat een aanbod tot transactie in de praktijk ook wel tot stand komt op verzoek van de verdachte, doet aan de formele proceduregang niet af.

heeft ingestemd met het transactieaanbod en de transactieovereenkomst in principe klaarligt om ondertekend te worden.¹³⁰ Omdat de (hoge) transactie een consensuele manier van afdoening buiten geding betreft – voor de totstandbrenging ervan is de overeenstemming tussen OM en verdachte vereist – zal een rechter een aan hem voorgelegde transactieovereenkomst, naar ik vermoed, niet (snel) afwijzen.

Het verdient aanbeveling het vervangen van de eis van ministeriële toetsing door een eis van rechterlijke toetsing te heroverwegen

7 Conclusie

Het wegvallen van de eis van ministeriële toetsing van hoge transacties ten behoeve van het invoeren van een eis van rechterlijke toetsing heeft een aantal ingrijpende consequenties. Allereerst zal de politieke ministeriële verantwoordelijkheid – in de zin van informeren, uitleggen, motiveren en verdedigen – voor het handelen van het OM in hogetransactiezaken tot een betekenisloos beginsel verworden met een aanzienlijke inperking van de democratische controle tot gevolg. Dit heeft invloed op de transparantie en de externe openbaarheid ten aanzien van (de besluitvorming bij) hoge transacties. Daar komt bij dat externe controle op de transactiebeslissing door het OM niet of slechts in beperkte

mate meer plaats zal hebben. Ten slotte zal de minister door het wegvallen van de eis van ministeriële toetsing niet meer in staat worden gesteld de totstandbrenging van een hoge transactie te voorkomen, voordat de verdachte bij het proces wordt betrokken.

Tegen deze achtergrond verdient het aanbeveling het vervangen van de eis van ministeriële toetsing door een eis van rechterlijke toetsing te heroverwegen. Relevant in dat verband is dat het invoeren van verplichte rechterlijke toetsing van hoge transacties niet noodzakelijkerwijs hoeft te leiden tot het afschaffen van de eis van ministeriële toetsing. Rechterlijke controle heeft immers een andere aard en functie dan ministeriële en, in het verlengde daarvan, parlementaire controle. Beide vormen van toetsing en controle zouden naast elkaar kunnen bestaan en elkaar complementeren. Daarbij maak ik wel een serieuze kanttekening. De voordelen van ministeriële toetsing van hoge transacties vallen weg als de (wettelijke) procedurevoorschriften¹³¹ – die beoogden de gezagsverhouding tussen OM en minister te verduidelijken, het risico op politisering te verkleinen en een meer transparante en controleerbare transactiepraktijk te bewerkstelligen – niet optimaal worden nageleefd. Transparante verslaggeving is een vereiste voor het kunnen uitoefenen van (parlementaire) controle. Voor de Kamer(s) moet het duidelijk zijn of en, zo ja, op welke wijze invloed wordt uitgeoefend op het optreden van het OM in hogetransactiezaken.

130 Een ander scenario is vanwege het consensuele karakter van de rechtsfiguur niet goed denkbaar; zie ook de verwachting hieromtrent van de voorzitter van het College van procureurs-generaal, Van der Burg: Bökkerink & Van der Boon 2019.

131 Art.128 Wet RO en de in 2002 gewijzigde transactieprocedure.

Europees strafrecht 2020/2021

Deze wetseditie bevat de belangrijkste wet- en regelgeving op het gebied van het Europees strafrecht in de Nederlandse taal voor studenten en praktijkjuristen. Opgenomen zijn de teksten zoals deze gelden op 1 november 2019. De artikelen zijn in de marge voorzien van toelichtende kopjes.

ISBN: 978-94-9276-659-5 | Prijs: € 49,50 | Druk: 1e druk 2019 | Pag. 1026 | Redactie: M.M. Dolman

