

Platform Modernisering Strafvordering

Schikken of beschikken?

Buitengerechtelijke afdoening van grote en bijzondere strafzaken in een gemoderniseerd Wetboek van Strafvordering

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

1 Inleiding

De buitengerechtelijke afdoening van strafzaken is geen nieuw fenomeen. Het voorwaardelijk sepot en de transactie zijn al geruime tijd beproefde middelen om vervolging te voorkomen.¹ Bij de vorige grootschalige evaluatie van het strafprocesrecht heeft de onderzoeksgroep Strafvordering 2001 de eerste aanzet gegeven tot een vergaande wijziging van de mogelijkheden tot buitengerechtelijke afdoening van strafzaken.² Deze voorstellen hebben uiteindelijk in 2008 geleid tot invoering van de strafbeschikking.³ De wetgever sprak van een ‘omvorming’ en ‘overgang’ van de transactie in en naar de strafbeschikking. De bedoeling was dat de transactie uiteindelijk in het geheel zou komen te vervallen.⁴ Er werd echter besloten deze wet gefaseerd in te voeren. Het gedeelte van de wet dat artikel 74 Sr (waarin de transactie is geregeld) zou doen vervallen, trad daarom vooralsnog niet in werking.⁵ Tot op heden bestaan deze twee vormen van buitengerechtelijke afdoening dan ook naast elkaar.

Hoewel het nieuwe instrument van de strafbeschikking de transactie in aantallen zaken ondertussen heeft ingehaald,⁶ is de transactie allesbehalve een papieren tijger geworden. Het Openbaar Ministerie (OM) lijkt deze manier van afdoening te hebben ontdekt als manier om omvangrijke zaken af te doen. Typerend zijn de recordovereenkomsten in de zaken Rabobank (LIBOR/EURIBOR-fraude),⁷ SBM Offshore⁸ en de transacties die zijn overeengekomen met VimpelCom en Telia in het kader van omkoping bij toetreding tot de Oezbeekse telecommarkt.⁹ Recentelijk is daar de transactie met ING Nederland bijgekomen.¹⁰ Die bank had zich onvoldoende ingespannen om witwassen te voorkomen en trof een recordtransactie van in totaal € 775 miljoen. Op deze manier worden jaarlijks buitengerechtelijk tientallen en soms honderden miljoenen euro's geïnd door de Nederlandse staat. Betekent dit dat een afdoening op grond van consensualiteit toch niet kan worden gemist?¹¹

Eind 2017 ging het conceptwetsvoorstel voor Boek 3 van het nieuwe Wetboek van Strafvordering in consultatie.¹² Daarin was de regeling van de strafbeschikking vooralsnog inhoudelijk ongewijzigd overgenomen. In een later stadium van de modernisering zou een beslissing worden genomen over het al dan niet handhaven van de transactie en een mogelijk in te voeren rechterlijke toetsing van transacties en strafbeschikkingen.¹³ Zeer recent heeft de minister van Justitie en Veiligheid in zijn beleidsreactie op de evaluatie van de Wet OM-afdoening aangekondigd dat de hoge transactie in het kader van de modernisering een expliciete regeling in het Wetboek van Strafvordering krijgt. Onderdeel daarvan zal een vorm van rechterlijke betrokkenheid bij buitengerechtelijke afdoening zijn.¹⁴ Voor de ontnemingschikking van het huidige artikel 511c Sv wordt aan een vergelijkbare procedure gedacht.¹⁵

De buitengerechtelijke afdoening van zaken geniet momenteel warme aandacht in de juridische literatuur en de politiek. Ook maatschappelijk bestaat veel discussie over deze vormen van afdoening. Dit is mede het gevolg van omvangrijke transacties met rechtspersonen die zich schuldig zouden hebben gemaakt aan corruptie. Ook de transactie met Rabobank voor diens aandeel in de LIBOR/EURIBOR-fraude heeft veel aandacht gekregen, evenals de witwasaffaire rond ING. De uitzending van het televisieprogramma Zembla over de transactiepraktijk in dergelijke zaken heeft de discussie verder aangewakkerd.¹⁶

Ten aanzien van de transactie en de strafbeschikking zijn vragen gerezen over het gebrek aan transparantie en het ‘op afstand zetten’ van de rechter.¹⁷ De modernisering van het Wetboek van Strafvordering lijkt een uitgelezen moment om gehoor te geven aan deze discussie en, indien gewenst, wijzigingen in het systeem van buitengerechtelijke afdoening door te voeren. In deze bijdrage onderwerpen wij de voorstellen voor een gemoderniseerde regeling van buitengerechtelijke afdoening, zoals deze op hoofdlijnen zijn uiteengezet in de genoemde beleidsreactie van de minister, aan een kritische analyse. Daartoe schetsen wij eerst twee vormen van buitengerechtelijke afdoening: de transactie van artikel 74 Sr (par. 2) en de strafbeschikking (par. 3). De nadruk ligt daarbij op de wettelijke regeling van deze afdoeningswijzen, de huidige praktijk daarvan en de kritiek die daarop bestaat. Voor wat betreft de transactie concentreren wij ons op de hoge en bijzondere transacties, zoals die in het beleid van het OM worden geïdentificeerd. Het zijn juist deze transacties die tot debat hebben geleid. In paragraaf 4 richten wij vervolgens onze blik op de plannen ter modernisering van het Wetboek van Strafvordering. Wij bespreken daar de aangekondigde wijzigingen in de regeling van de transactie en de strafbeschikking. In paragraaf 5 worden de belangrijkste voorstellen aan een nadere beschouwing onderworpen in het licht van de wetenschappelijke discussie over hoge transacties en de wenselijkheid van rechterlijke toetsing daarvan. Tot slot formuleren wij in paragraaf 6 ons eigen standpunt ten aanzien van de toekomstige regeling van buitengerechtelijke afdoening in het gemoderniseerde wetboek.

2 De (hoge of bijzondere) transactie¹⁸

2.1 Juridisch kader

Vanouds kent het Nederlandse strafrecht de buitengerechtelijke afdoening in de vorm van de transactie.¹⁹ Op grond van artikel 74 Sr kan het OM voor de aanvang van de terechtzitting één of meer voorwaarden stellen ter voorkoming van strafvervolgung wegens misdrijven waarop een gevangenisstraf van niet meer dan zes jaren is gesteld en voor overtredingen. Door de voldoening aan deze voorwaarden vervalt het recht tot strafvordering (art. 74 lid 1 Sr) en wordt vervolging dus voorkomen. Hoewel het OM tegenwoordig een ‘schulderkenning’, of op zijn minst een erkenning dat fouten zijn begaan, als voorwaarde stelt bij het aanbieden van een hoge transactie,²⁰ wordt de schuld van de verdachte dus niet (formeel) vastgesteld.²¹

Oorspronkelijk was de transactieregeling bedoeld voor het afdoen van met name lichtere strafzaken, om daarmee het gerechtelijke systeem te ontlasten.²² Toen deze vorm van consensuele afdoening door de Wet vermogenssancties sterk werd verruimd,²³ werd dat daarom beschouwd als een ‘aardverschuiving’, die in de strafrechtelijke literatuur ook werd bekritiseerd.²⁴ Gaandeweg is de transactie echter steeds vaker toegepast in meer complexe zaken, in een mate die ten tijde van de uitbreiding van de transactiemogelijkheden in 1983 niet voor mogelijk was gehouden.²⁵ In de *Aanwijzing hoge en bijzondere transacties* worden regels gegeven voor de te volgen procedure bij het aanbieden van hoge transacties en transacties in bijzondere zaken.²⁶ Het uitgangspunt bij dit soort

zaken is volgens de Aanwijzing: niet transigeren maar voorleggen aan de rechter, tenzij voor transigeren een zeer goede reden bestaat.²⁷ De voorgenomen transactie moet vervolgens via de parketleiding en het College van procureurs-generaal aan de minister van Justitie en Veiligheid worden voorgelegd. Een transactie geldt in beginsel als ‘hoge transactie’ in de zin van de Aanwijzing als (a) de voorwaarde de betaling van een geldsom aan de staat betreft (als bedoeld in art. 74 lid 2 sub a Sr) die het bedrag van € 50.000 te boven gaat of als (b) het totale bedrag dat met de transactie gemoeid is (inclusief eventuele bedragen ter voordeelsontneming of schadevergoeding) het bedrag van € 500.000 te boven gaat.²⁸ Van een ‘bijzondere transactie’ kan volgens de Aanwijzing geen sluitende definitie worden gegeven, maar daarvan kan sprake zijn als de zaak heeft geleid tot grote nationale maatschappelijke bezorgdheid of onrust.²⁹ Voor het aanbieden van een hoge of bijzondere transactie gelden allereerst vanzelfsprekend de uitgangspunten die van toepassing zijn op iedere transactie. Een van de belangrijkste uitgangspunten die de Aanwijzing noemt, is dat het moet gaan om een strafzaak waarin zowel bewijstechnisch als beleidsmatig voldoende grond aanwezig is om tot dagvaarding over te kunnen gaan. Verder moet het gaan om een delict dat (indien de zaak aan de rechter zou worden voorgelegd) naar verwachting slechts met een vermogensrechtelijke sanctie zou worden afgedaan, bijvoorbeeld omdat het gaat om een rechtspersoon. Indien besloten wordt tot een hoge of bijzondere transactie is een persbericht in beginsel noodzakelijk. Dit persbericht compenseert volgens de Aanwijzing het uitblijven van publiciteit naar aanleiding van een openbare behandeling ter terechtzitting en de generaal-preventieve werking die daarvan uit gaat.³⁰

2.2 Praktijk

Zoals gezegd bestaan de transactie en de strafbeschikking sinds de inwerkingtreding van de Wet OM-afdoening in 2008 naast elkaar. Het OM kan in beginsel dus kiezen: ofwel een transactie overeenkomen met de verdachte, ofwel een strafbeschikking jegens hem uitvaardigen. De *Aanwijzing OM-strafbeschikking* bepaalt echter dat alle strafzaken die zich daarvoor lenen in beginsel door middel van een strafbeschikking worden afgedaan. Alleen als sprake is van een contra-indicatie kan ‘bij wijze van uitzondering’ nog steeds een transactie worden aangeboden. De Aanwijzing geeft een niet-limitatief overzicht van contra-indicaties, waarbij vooral in het oog springt dat in politiek of publicitair gevoelige zaken slechts bij hoge uitzondering een strafbeschikking kan worden uitgevaardigd.³¹ Voor deze categorie gevallen wordt verwezen naar de *Aanwijzing hoge en bijzondere transacties* (zie par. 2.1). Het aantal transacties is sinds 2010 dan ook sterk afgenomen en voor de ‘reguliere’ transactie lijkt het einde in zicht.³² Als het gaat om lichte en veel voorkomende criminaliteit heeft de strafbeschikking de rol van de transactie inmiddels vrijwel geheel overgenomen. De transactie blijft echter het geldende juridische kader voor de afdoening van omvangrijke strafzaken, met name tegen rechtspersonen, waarmee grote bedragen zijn gemoeid. De transactie vervult (samen met het voorwaardelijk sepot) in die zin een aanvullende rol (als ‘restcategorie’) voor de buitengerechtelijke afdoening van strafzaken die op grond van wet of beleid niet voor een strafbeschikking in aanmerking komen.³³

De ‘hoge transactie’ is in de praktijk een belangrijk instrument geworden om (buitenlandse) omkopingsaffaires en andere grote zaken af te doen.³⁴ Overigens worden jaarlijks door het OM ‘maar’ een tiental transacties van meer dan € 50.000 afgesloten.³⁵ Het gaat daarbij echter wel om grote bedragen.³⁶ Het belang om te ‘schikken’ is voor beide partijen evident. 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 vrijheidsstraf) kan worden opgelegd. Dit maakt een transactie (ook) voor het OM tot een snelle,

efficiënte en effectieve afdoeningsmodaliteit. In plaats van een langdurige en kostbare procedure kan in een relatief korte tijd een transactiebedrag worden overeengekomen waarvan het de vraag is of dat ook door een rechter zou worden opgelegd. Ook wordt de (volgens sommigen overbelaste) strafrechter ontzien.³⁷

Bij wijze van voorwaarde kunnen maatregelen worden opgelegd ter verbetering van het *compliance*-beleid van de onderneming, hetgeen heel effectief kan zijn met het oog op voorkoming van onregelmatigheden in de toekomst.³⁸ Van Roomen en Verbruggen merken op dat de te stellen voorwaarden weliswaar limitatief zijn omschreven in artikel 74 Sr, maar dat de praktijk 'creatief' is en dat dikwijls andere voorwaarden worden opgenomen dan de wet 'strikt genomen' toelaat.³⁹ Een strafbeschikking kan weliswaar ook aanwijzingen bevatten die het gedrag van de verdachte betreffen, maar deze zijn in de huidige wettelijke regeling gebonden aan een maximale proeftijd van een jaar.⁴⁰ Het is de vraag of een periode van een jaar volstaat als men de vinger aan de pols wil houden bij de implementatie en naleving van *compliance*-maatregelen.⁴¹

Voor een onderneming heeft een transactie als voordeel dat geen sprake is van een openbare berechting, met alle negatieve publiciteit van dien. Met het vermijden van een langdurige strafrechtelijke procedure worden ook veel kosten bespaard en voorkomt men dat er langdurig onzekerheid blijft bestaan over de uitkomst daarvan.⁴² Verder is relevant dat een transactie formeel geen erkenning van schuld of veroordeling inhoudt en dat een veroordeling door een strafrechter wordt voorkomen.⁴³ Hoewel dus strikt genomen geen sprake is van een schulderkenning, wordt door sommigen, en met name vanuit het OM, betoogd dat deze wel degelijk impliciet in de instemming met de transactievoorwaarden besloten ligt.⁴⁴ Het OM lijkt zijn beleid op dit punt te hebben gewijzigd onder druk van de maatschappelijke en politieke discussie (zie verder par. 5.1).

Mede naar aanleiding van maatschappelijke kritiek (zie hierna) betracht het OM steeds meer openheid omtrent transacties, zoals blijkt uit de steeds uitgebreidere (feitenrelazen in) persberichten.⁴⁵ Aldus wordt tegemoetgekomen aan de roep om meer openbaarheid en wordt ook de controleerbaarheid en aanvaardbaarheid van transacties vergroot.⁴⁶ Tegelijkertijd wordt een belangrijk voordeel van transigeren – het beperken van de reputatieschade – hiermee (deels) weer teniet gedaan.⁴⁷

2.3 Kritiek

De ontstane praktijk van omvangrijke transacties is in de literatuur op kritiek gestuit.⁴⁸ 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.⁴⁹ De kritiek ziet in de eerste plaats dus op het ontbreken van een openbare terechtzitting en daarmee van publieke verantwoording. Doordat geen inhoudelijke beoordeling door een rechter plaatsvindt, onttrekken belangrijke rechtsvragen zich aan het oordeel van de rechter, hetgeen de rechtsontwikkeling zou ondermijnen. Dat zou tevens schadelijk kunnen zijn voor de materiële waarheidsvinding.⁵⁰ Verder speelt in de discussie over schikkingen het risico van klassenjustitie een belangrijke rol. De gemiddelde verdachte zal immers niet over voldoende financiële middelen beschikken om in een grote strafzaak te transigeren.⁵¹ Tot slot zou het risico van machtsmisbruik door het OM bestaan, omdat verdachten onder grote druk staan om een openbare terechtzitting te voorkomen en daarom in te stemmen met een transactievoorstel. De vereiste vrijwilligheid bij het aangaan van een transactie zou daarbij in het geding kunnen zijn.⁵² De ongelijke verhouding tussen OM en verdachte zou daarbij een rol spelen.⁵³ De machtspositie van het OM wordt overigens gecompenseerd doordat de verdachte zich kan laten bijstaan door een raadsman.⁵⁴

Omvangrijke transacties in grote fraude- en corruptiezaken liggen ook maatschappelijk gevoelig. In Nederland leiden dergelijke schikkingen tot verontwaardiging en onbegrip vanuit de samenleving. Veel transacties met grote bedrijven hebben geleid tot negatieve publiciteit en vervolgens ook tot Kamervragen.⁵⁵ Critici stellen dat ondernemingen ‘vervolging afkopen’ en ‘makkelijk weggomen’.⁵⁶ Anderzijds zou juist het risico bestaan dat transacties worden aangeboden in bewijstechnisch zwakke zaken, waarin een veroordeling bewijsrechtelijk niet haalbaar zou zijn.⁵⁷ Een ander punt van zorg is de vervolging van natuurlijke personen nadat met een bedrijf geschikt is. De schijn zou bestaan dat vervolging van leidinggevers achterwege blijft als ‘wisselgeld’ voor de hoge transactie die door de onderneming is betaald.⁵⁸

3 De strafbeschikking

3.1 Juridisch kader⁵⁹

Zoals al werd opgemerkt in de inleiding is met de Wet OM-afdoening in 2008 de strafbeschikking geïntroduceerd in onze strafrechtspleging.⁶⁰ De wettelijke regeling van de strafbeschikking (art. 257a-257h Sv) laat een aantal overeenkomsten en verschillen met de figuur van de transactie zien. Om te beginnen heeft de officier van justitie de bevoegdheid gekregen om zelfstandig strafbare feiten af te doen door middel van een eenzijdig op te leggen strafbeschikking.⁶¹ Het consensuele element (en het ‘tweezijdig rechtskarakter’⁶²) van de transactie is in zoverre verdwenen bij de strafbeschikking. In de tweede plaats kent de wet voor de ‘zwaardere’ strafbeschikkingen een hoorplicht. Op grond van artikel 257c leden 1 en 2 Sv moet de officier van justitie de verdachte vóór het opleggen van de strafbeschikking horen indien hij voornemens is een strafbeschikking op te leggen die leidt tot een taakstraf, rijontzegging, gedragsaanwijzing en/of geldboete of schadevergoedingsmaatregel van meer dan € 2.000.⁶³ De wettelijke regeling van de transactie voorziet niet in een dergelijke hoorplicht. Desalniettemin zal de officier van justitie vaak wel degelijk contact hebben met de verdachte indien hij een transactie wil aanbieden, zeker als hij bijzondere voorwaarden aan de transactie wil verbinden of als het om een grote zaak gaat.⁶⁴ In de derde plaats heeft de verdachte de mogelijkheid om in verzet te komen tegen de opgelegde strafbeschikking (art. 257e Sv). Waar de verdachte een transactieaanbod simpelweg kan weigeren als hij wil dat een rechter zijn zaak beoordeelt, moet hij daar bij een opgelegde strafbeschikking dus actief voor worden. Blijft hij passief, dan kan de strafbeschikking na de verzetstermijn van veertien dagen ten uitvoer worden gelegd (art. 257g lid 1 Sv). In de vierde plaats kan de strafbeschikking worden toegepast ten aanzien van alle strafbare feiten waarop een maximale gevangenisstraf van niet meer dan zes jaar is gesteld; dat is gelijk aan de grens die artikel 74 Sr stelt aan de transactie.⁶⁵ In de vijfde plaats zijn de beschikbare sancties in het geval van een strafbeschikking net iets ruimer dan die bij de transactie (art. 257a lid 2 Sv). Anders dan bij een transactie kan in een strafbeschikking een ontzegging van de bevoegdheid motorrijtuigen te besturen worden opgenomen. Daarnaast kan de strafbeschikking aanwijzingen bevatten, die bijvoorbeeld het gedrag van de verdachte betreffen en waaraan deze gedurende een proeftijd van ten hoogste een jaar heeft te voldoen (art. 257a lid 3 Sv). Ten slotte kan worden opgemerkt dat de strafbeschikking door de wetgever is aangemerkt als een daad van vervolging.⁶⁶ De strafbeschikking moet gebaseerd zijn op de *vaststelling van schuld* aan een strafbaar feit.⁶⁷ In de recent vervallen *Aanwijzing OM-strafbeschikking* werd dan ook gesteld dat er voldoende bewijs moet zijn voor alle bestanddelen van het strafbare feit, anders mag geen strafbeschikking worden uitgevaardigd.⁶⁸ ‘Dit betekent dat de bestrafte die in de strafbeschikking berust, achteraf niet kan volhouden dat zijn schuld niet is vastgesteld’, aldus de *Aanwijzing*.⁶⁹

Ogenschijnlijk is hiermee sprake van een principiële afwijking ten opzichte van de transactie, die er juist toe strekt te voorkomen dat een vervolging plaatsvindt.⁷⁰

3.2 Praktijk en kritiek

De toepassing van de strafbeschikking is meermalen geanalyseerd en bekritiseerd. Zo publiceerde de procureur-generaal bij de Hoge Raad in 2014 zijn onderzoeksrapport *Beschikt en gewogen*.⁷¹ Het onderzoek liet onder andere zien dat in 8 procent van de gevallen strafbeschikkingen werden opgelegd terwijl er ontoereikend wettig en overtuigend bewijs aanwezig was in het procesdossier. De oplegging van de strafbeschikkingen was, met andere woorden, onvoldoende zorgvuldig. Als een mogelijke oorzaak hiervan werd gewezen op de ‘halfslachtige’ omvorming van de transactiepraktijk naar de strafbeschikkingspraktijk. Daarbij zou mogelijk binnen het OM niet voldoende onder ogen zijn gezien dat uitvaardiging van een strafbeschikking vraagt om een schuldvaststelling door het OM. In een reactie op deze bevindingen beloofde de minister verbetering, onder andere door te bepalen dat op het moment van de schuldvaststelling alle daarvoor gebruikte bewijsinformatie schriftelijk en elektronisch moet worden vastgelegd.⁷² In 2017 werden twee vervolgrapporten gepresenteerd over de wijze waarop het OM gevolg heeft gegeven aan de aanbevelingen van het in 2014 verschenen rapport⁷³ en hoe het OM omgaat met door de verdachte ingesteld verzet tegen opgelegde strafbeschikkingen.⁷⁴ Uit het eerste vervolgrapport kwam naar voren dat het OM ‘met grote inzet en voortvarendheid’ werk maakt van het verbeteren van de strafbeschikkingspraktijk. Zo is een einde gemaakt aan het uitvaardigen van strafbeschikkingen zonder dat daar een schuldvaststelling aan ten grondslag ligt en is de zorgvuldigheid bij de bewijsbeoordeling vergroot. Het tweede rapport liet onder andere zien dat strafbeschikkingen vaak werden ingetrokken door het OM vanwege de integrale herbeoordeling van de zaak nadat de verdachte in verzet is gegaan. Er werd daarom aanbevolen reeds bij de uitvaardiging van de strafbeschikking een zorgvuldiger beoordeling te laten plaatsvinden. Een tweede belangrijke aanbeveling was om de straf die in de strafbeschikking wordt opgelegd af te stemmen op de straf die de strafrechter pleegt op te leggen. Daar bleken namelijk vaak grote verschillen tussen te bestaan.⁷⁵ De genoemde aanbevelingen waren ondertussen reeds ter harte genomen door het OM.⁷⁶

Ook in de strafrechtelijke literatuur is kritiek geuit op de toepassing van de strafbeschikking. Die kritiek hangt vaak samen met het ZSM-kader waarbinnen de strafbeschikking veelvuldig wordt uitgevaardigd.⁷⁷ In 2017 is de strafbeschikkingspraktijk in de jaren 2008, 2012 en 2015 kwantitatief in kaart gebracht.⁷⁸ Daarbij bleek dat het aantal transacties is gedaald en dat de strafbeschikking een vast aandeel heeft verkregen in de afdoening van strafzaken. Ook uit dit onderzoek bleek dat de rechter gemiddeld lager straft dan het OM en dat de invoering van de strafbeschikking bij misdrijfzaken voorlopig niet tot een daadwerkelijke werklastvermindering voor de rechter of het OM heeft geleid.⁷⁹ In 2018 ten slotte volgde een evaluatie van de strafbeschikkingspraktijk door onderzoekers van de Universiteit van Amsterdam.⁸⁰ Opnieuw bleek dat de tenuitvoerlegging van de strafbeschikking vaak niet succesvol is en rechters vaak lager straffen dan het OM.⁸¹ De onderzoekers menen wel dat de juridische grondslag van de strafbeschikking is versterkt ten opzichte van de transactie, omdat de schuld van de verdachte wordt vastgesteld volgens een in de wet neergelegde procedure, waarbij hij in bepaalde gevallen wordt gehoord en rechtsbijstand kan krijgen.⁸² Hoewel de onderzoekers stellen dat de consensuele aspecten van de strafbeschikking niet moeten worden overschat, melden zij wel dat overleg vaak mogelijk en wenselijk is, en dat dit in de loop der jaren vaker is gaan plaatsvinden. In die zin zou de strafbeschikkingspraktijk niet veel verschillen van de transactiepraktijk.

De besproken evaluaties laten zien dat de strafbeschikking een vaste plaats heeft gekregen in de strafrechtspraktijk, maar dat de toepassing daarvan lang niet altijd heeft voldaan aan de eisen van zorgvuldigheid. Dat heeft geleid tot een fikse discussie in de wetenschap en de maatschappij.⁸³ Het OM maakt de laatste jaren echter serieus werk van verbetering van deze praktijk.

4 De strafbeschikking en de transactie in het gemoderniseerde wetboek

Wat betekent de modernisering van het Wetboek van Strafvordering nu voor de twee besproken vormen van buitengerechtelijke afdoening? Aanvankelijk stelde de minister in de contourennota in 2015 dat deze wetgevingsoperatie niet zou voorzien in een wijziging van de regeling van de strafbeschikking. Die regeling is immers recent ingevoerd en een eventuele inhoudelijke wijziging is volgens hem pas aan de orde als hiermee voldoende ervaring is opgedaan en als de uitkomsten van de evaluatie van de genoemde wet bekend zijn. Na de wetsevaluatie zou in een apart wetgevingstraject worden bezien in hoeverre de wettelijke regeling van de strafbeschikking aanpassing behoeft. In de contourennota werd evenmin een wijziging voorgesteld van de regeling van de transactie, vanwege de nauwe samenhang met (de evaluatie van) de strafbeschikking.⁸⁴ In de memorie van toelichting bij het conceptwetsvoorstel voor het nieuwe Boek 3 wijzen de ministers van Justitie en Veiligheid en voor Rechtsbescherming wederom op de evaluatie van de Wet OM-afdoening: eventuele wetswijzigingen zouden pas na die evaluatie aan de orde zijn. Anders dan in de contourrennota stellen de verantwoordelijke ministers nu echter dat eventuele wenselijk geachte wijzigingen die voortvloeien uit de bedoelde evaluatie wél in het kader van de modernisering van het wetboek kunnen worden meegenomen. Dit zal dan in een later stadium, na de consultatie over Boek 3, plaats kunnen vinden. Dan zal ook een beslissing worden genomen over het al dan niet handhaven van de bestaande figuur van de transactie en de verplaatsing daarvan naar het Wetboek van Strafvordering, en het eventueel invoeren van een vorm van rechterlijke betrokkenheid.⁸⁵

Voor wat betreft die rechterlijke betrokkenheid wijzen de ministers op het standpunt van de Raad voor de rechtspraak.⁸⁶ Volgens de Raad bestaan er binnen de rechtspraak zorgen over de kwaliteit van de waarheidsvinding en de toepassing van het materiële strafrecht in zaken die leiden tot een strafbeschikking én over de 'schikkingenpraktijk in grote ontnemings- en fraudezaken'. Daarom zouden de mogelijkheid en wenselijkheid van rechterlijke toetsing en betrokkenheid (hetgeen ook 'zonder terechtzitting' zou kunnen worden vormgegeven) moeten worden onderzocht.⁸⁷ Gezien de oplopende hoogte van de schikkingsbedragen en ter bescherming van de verdachte zou de rechter bij omvangrijke schikkingen een controlerende en rechtsbeschermende taak moeten krijgen, aldus ook de voorzitter van de Raad voor de rechtspraak.⁸⁸ In het advies over de conceptwetsvoorstellen van de Boeken 3 tot en met 6 herhaalt de Raad deze kritiekpunten. De rechter moet, aldus de Raad, in staat worden gesteld 'de rol te vervullen die binnen de rechtsstaat van hem wordt verwacht, te weten: toetsen, waarborgen, oordelen en uiteindelijk transparant en passend straffen'. Hierbij zou kunnen worden gedacht aan een machtiging of een instemmingsvereiste bij bepaalde type zaken of bij transacties en schikkingen van een bepaald bedrag. De Raad adviseert de ministers 'met klem' om hier alsnog in te voorzien.⁸⁹ Zeer recent heeft ook een meerderheid van de Tweede Kamer zich uitgesproken voor rechterlijke toetsing van 'megaschikkingen' met het OM.⁹⁰

Inmiddels is de evaluatie van de Wet OM-afdoening afgerond (zie par. 3.2) en heeft de minister in zijn beleidsreactie op het betreffende rapport aangekondigd welke maatregelen hij naar aanleiding van de conclusies van de onderzoekers van plan is te nemen. 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 deze transactievoorstellen. Voor het overige is de toepassing van de transactie ‘in beginsel eindelijk’, namelijk in gevallen waarin deze wordt 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. Mede gelet op de eerder genoemde motie zal rechterlijke betrokkenheid bij de totstandkoming van hoge transacties onderdeel van dat voorstel 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 kan een besloten raadkamerprocedure worden geïntroduceerd, waarbij de partijen worden gehoord en waarvoor 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 kan een vergelijkbare procedure worden ingericht.⁹¹

Uit het bovenstaande blijkt dat de discussie over de toekomstige regeling van de buitengerechtelijke afdoening in het teken zal staan van twee fundamentele kwesties: het handhaven van de (hoge) transactie als afdoeningsmodaliteit naast de strafbeschikking en de rechterlijke betrokkenheid bij de totstandkoming van die hoge transacties.⁹² Deze onderwerpen worden in de volgende paragraaf aan een nadere beschouwing onderworpen.⁹³ Daarbij zal ook de vraag aan de orde komen of het naast elkaar handhaven van de (hoge) transactie enerzijds en de strafbeschikking anderzijds geen scherpere onderlinge afbakening van deze figuren noodzakelijk maakt.

5 Analyse van de voorstellen

5.1 Een blijvende plek voor de hoge transactie?

In de vorige paragraaf bleek dat de minister een blijvende plek ziet voor de hoge transactie, die een expliciete regeling zal krijgen in het gemoderniseerde wetboek. Wij vragen ons af of het toch niet de voorkeur zou verdienen om de transactie geheel af te schaffen en volledig (dus ook waar het gaat om grote en bijzondere strafzaken) te vervangen door de strafbeschikking. Een dergelijke integratie van beide figuren zou leiden tot een (verdergaande) vereenvoudiging van het handhavingstelsel, dat thans gekenmerkt wordt door onduidelijkheid en onoverzichtelijkheid.⁹⁴ Behalve de transactie en de OM-strafbeschikking zijn er immers nog verscheidene andere mogelijkheden om zaken buitengerechtelijk af te doen, zoals de bestuurlijke strafbeschikking, de Wet Mulder (WAHV) en de bestuurlijke boete.⁹⁵ Bovendien was dit zoals besproken de aanvankelijke bedoeling van de wetgever bij de invoering van de Wet OM-afdoening. De mogelijk volledige vervanging van de transactie door de strafbeschikking roept wel de vraag op naar de gevolgen daarvan voor de effectiviteit van de handhaving. In de literatuur is namelijk wel betoogd dat het consensuele karakter van de transactie in de praktijk niet kan worden gemist. Zo wijzen Van Roomen en Verbruggen erop dat het ‘eenzijdig bestraffende karakter van de strafbeschikking’ (te) weinig ruimte biedt voor maatwerk en onderhandeling over de voorwaarden. Dat karakter zou bovendien slecht passen bij het ‘voorzichtig aftasten’ dat vaak voorafgaat aan de transacties in dit soort zaken.⁹⁶ Daarnaast zou de bereidheid van een onderneming om te berusten

in een strafbeschikking aanzienlijk kleiner zijn dan de bereidheid om aan een transactie te voldoen, omdat een strafbeschikking een vaststelling van schuld inhoudt en berusting in de strafbeschikking een erkenning daarvan. Die schuldvaststelling kan de economische activiteiten van de onderneming belemmeren en zou ook minder goed passen bij het karakter van een 'schikking', waarbij '(...) goede en kwade kansen, ook in bewijsrechtelijk opzicht, worden weggeschikt'.⁹⁷ De voorwaarden zijn bij grotere transacties doorgaans onderwerp van uitgebreide bespreking en onderhandelingen, net als de redactie van de overeenkomst. Ook Verschaeren wijst op het onderscheid in karakter tussen de transactie en de strafbeschikking. Zij stelt dat een wijze van afdoening waarbij niet eenzijdig sancties worden opgelegd en voorwaarden worden gesteld, maar waarin ruimte is om met elkaar in gesprek te gaan, het normbesef kan vergroten en het gedrag kan verbeteren.⁹⁸ In die zin lijkt de strafbeschikking (in de huidige vorm) ongeschikt om dergelijke omvangrijke en gevoelige zaken mee af te doen.

De laatstgenoemde auteur relateert deze tegenstelling echter terecht door op te merken dat het consensuele karakter van de transactie voor de verdachte zeker niet altijd merkbaar zal zijn; deze zal veelal als een 'straf' worden ervaren. Bovendien kan de officier van justitie voorafgaand aan de oplegging van de strafbeschikking uiteraard in gesprek gaan met de verdachte rechtspersoon (zie ook de hoorplicht van art. 257c lid 2 Sv).⁹⁹ Het valt daarnaast te betwijfelen of een transactie voor de rechtspersoon leidt tot minder reputatieschade dan een strafbeschikking.¹⁰⁰

Aan het afschaffen van de transactie (zonder daarbij het instrument van de strafbeschikking aan te passen¹⁰¹) kleven zo gezien verschillende nadelen. Als laatste argument tegen het (zonder meer) afschaffen van de transactie, kan erop worden gewezen dat als de strafbeschikking zal worden gebruikt voor omvangrijke, complexe gevallen zoals de *Libor*- en *Vimpelcom*-zaken, dat een karakterverandering van dit juridische instrument zal betekenen. Deze is immers oorspronkelijk opgesteld als een middel om eenvoudige zaken van betrekkelijk geringe ernst af te doen.¹⁰² Hetzelfde kan echter worden gezegd van de huidige toepassing van de transactie; ook die is ingevoerd met het oog op eenvoudige, veelvoorkomende criminaliteit (zie par. 2.1).

Toch zijn er naar onze mening ook goede redenen om de transactie inderdaad af te schaffen en haar functie te laten overnemen door de strafbeschikking. De toepassingspraktijk van de hoge en bijzondere transacties is recentelijk namelijk op een belangrijk punt gewijzigd. In antwoord op vragen van verschillende Tweede Kamerleden (naar aanleiding van de genoemde uitzending van Zembla) hebben de verantwoordelijke ministers verklaard dat alleen een hoge transactie wordt aangeboden als het bedrijf de door het OM geconstateerde feiten *erkent*. Die erkenning is een 'cruciale voorwaarde', aldus de ministers. Hoewel een transactie op basis van de wettelijke systematiek geen expliciete schulderkenning aan een strafbaar feit vereist, stelt het OM ('mede op basis van voortschrijdend inzicht') deze voorwaarde toch.¹⁰³ Deze erkenning kan ook blijken uit de omstandigheid dat het bedrijf medewerking verleent aan het strafrechtelijk onderzoek en maatregelen treft om herhaling in de toekomst te voorkomen (bijvoorbeeld door een *compliance*-beleid).¹⁰⁴ Ook is er volgens de ministers geen onderhandelingsruimte over de wijze van publiciteit; de verdachte wordt enkel in de gelegenheid gesteld het persbericht en het feitenrelaas op feitelijke onjuistheden te controleren. In alle gevallen wordt een persbericht uitgebracht dat zo uitgebreid mogelijk is en wordt voorzien van een feitenrelaas. Ook anderszins wordt door het OM in het kader van een hoge of bijzondere transactie *niet* onderhandeld, aldus de ministers. Wel worden tijdens de besprekingen over de inhoud van een eventuele transactie – 'in lijn met een behandeling ter zitting' – zienswijzen uitgewisseld tussen het OM en de verdediging.¹⁰⁵ Op dit punt lijkt het karakter van de transactie dus te zijn gewijzigd: waar in de klassieke idee vervolging wordt afgekocht zodat de schuld aan een strafbaar feit in het midden blijft, wordt de transactie nu

gezien als een erkenning dat de verdachte één of meer strafbare feiten heeft begaan, althans dat hij 'fouten heeft gemaakt'. Deze gewijzigde opvatting heeft zijn weerslag (vooralsnog) niet gehad op de *Aanwijzing hoge en bijzondere transacties*.¹⁰⁶

Stevens heeft zich afgevraagd in hoeverre een transactie nog voordelen biedt ten opzichte van een procedure voor de rechter, als een transactie alleen in beeld komt als de verdachte schuld erkent, het OM steeds verdergaande voorwaarden stelt (bijvoorbeeld inzage in toekomstige integriteitsrisico's) en de persberichten uitgebreider worden, maar niet onderhandelbaar zijn.¹⁰⁷

Daarnaast wijst zij erop dat de transactiebedragen veelal veel hoger zijn dan de boetes die een rechter bij een veroordeling voor vergelijkbare feiten oplegt. Al met al lijken de voordelen van transigeren steeds verder te zoeken, zeker als de bewijsbaarheid van het strafbare feit niet evident is en het de vraag is of de rechter wel daadwerkelijk tot een veroordeling zou zijn gekomen. Daarbij kan de schulderkenning volgens Stevens problemen opleveren in bijvoorbeeld een financieringstraject, vergunningaanvraag of aanbestedingsprocedure. Het enige voordeel van schikken lijkt dan nog te zijn dat de verdachte (relatief) snel duidelijkheid krijgt over de uitkomst van de zaak.¹⁰⁸

Langs dezelfde lijn van argumenteren kan de vraag worden opgeworpen of het instrument van de transactie nog toegevoegde waarde heeft naast de strafbeschikking. Als het OM inderdaad een erkenning van de feiten gaat hanteren als transactievoorwaarde, vervalt het voordeel dat men na een transactie kan volhouden dat geen sprake is van een schuldvaststelling. Daarmee komen de twee vormen van buitengerechtelijke afdoening dicht bij elkaar te liggen. De opvatting van de ministers dat er bij transacties geen ruimte is voor onderhandeling moet naar onze mening kritisch worden benaderd: de indruk bestaat toch dat de verdediging wel degelijk invloed kan hebben op de inhoud van de overeengekomen transactie. Dat neemt niet weg dat men ook bij een hoge of bijzondere strafbeschikking enige ruimte voor onderhandeling zou kunnen inbouwen, om deze vorm van afdoening ook voor verdachten aantrekkelijk te maken. Op die manier zou ook een strafbeschikking wellicht een geschikt instrument kunnen zijn voor de buitengerechtelijke afdoening van zaken die nu met een hoge of bijzondere transactie worden afgedaan. Dergelijke consensuele elementen zijn bovendien al deels aanwezig bij de huidige toepassing van de strafbeschikking.¹⁰⁹ Zo bleek uit de evaluatie van de Wet OM-afdoening dat ook in dat kader wel wordt onderhandeld tussen OM en verdachte. Dergelijk overleg zou in de loop der jaren vaker zijn voorgekomen.¹¹⁰

Een voordeel is dat de strafbeschikking, anders dan (de wettelijke regeling van) de transactie, het mogelijk maakt om gedragsbeïnvloedende aanwijzingen op te leggen. Daar zouden *compliance*-maatregelen en dergelijke onder kunnen worden geschaard. 'Side letters' waarin aanvullende afspraken zijn opgenomen, zouden dan verleden tijd worden.¹¹¹ Waar dit instrument momenteel is beperkt door een proeftijd van maximaal een jaar (art. 257a lid 3 sub e Sv, zie par. 2.2), zou dit door middel van een wetswijziging kunnen worden uitgebreid voor de gevallen die nu door een hoge of bijzondere transactie worden afgedaan. Wel menen wij dat indien men de transactie laat opgaan in de strafbeschikking, de schuldvaststelling door het OM zorgvuldig dient plaats te vinden.¹¹² De verbeterplannen die tot stand zijn gekomen naar aanleiding van de in paragraaf 2.3 besproken evaluaties dienen daarom verder te worden ontwikkeld.

5.2 Rechterlijke toetsing van hoge transacties?

Zoals gezien stelt de minister voor om hoge transacties en ontnemingsschikkingen¹¹³ aan een rechterlijke controle te onderwerpen. Voor 'bijzondere' transacties (in de zin van de *Aanwijzing hoge transacties en bijzondere transacties*) en de strafbeschikking wordt een dergelijke rechterlijke

toets (vooralsnog) niet (expliciet) voorgesteld. Als een strafbaar feit met een transactie is afgedaan, bestaat onder het huidige recht alleen voor rechtstreeks belanghebbenden de mogelijkheid om daarover via een artikel 12 Sv-procedure bij het gerechtshof beklag te doen.¹¹⁴ Tegen een strafbeschikking kan de verdachte na oplegging in verzet. Hoewel rechterlijke betrokkenheid bij buitengerechtelijke afdoening in zekere zin een *contradictio in terminis* is,¹¹⁵ is door verschillende auteurs geopperd om een rechterlijke toets van een voorgenomen (grote) transactie te introduceren.¹¹⁶ Ook ten aanzien van de strafbeschikking is op grond van vergelijkbare argumenten gepleit voor een vorm van rechterlijke betrokkenheid. Daarbij zou het OM een voorgenomen strafbeschikking voor goedkeuring moeten voorleggen aan de rechter, bijvoorbeeld in het geval het opleggen van een sanctie van een bepaalde zwaarte wenst. Is de verdachte het niet eens met de op die manier opgelegde strafbeschikking dan kan hij in verzet, waarna een volledige strafprocedure volgt.¹¹⁷ De grondigheid van de rechterlijke toetsing is daarbij onderwerp van discussie. Zo meent Kessler dat de rechter van de schuld van de verdachte overtuigd dient te zijn en de hoofdvragen van artikel 350 Sv bevestigend zouden moeten kunnen worden beantwoord.¹¹⁸ Vriend meent evenwel dat de rechterlijke toetsing marginaal zou moeten zijn (zie hierna). Eind 2018 is in de Tweede Kamer een motie aangenomen waarin de regering wordt verzocht om de rechter een controlerende en rechtsbeschermende rol te geven bij de totstandkoming van hoge en bijzondere transacties.¹¹⁹ Vanuit het OM en de advocatuur is juist betoogd dat controle door de rechter hiervoor geen oplossing is.¹²⁰

Rechterlijke toetsing van (voorgenomen) transacties en strafbeschikkingen kan verschillende doelen dienen. De materiële waarheidsvinding kan worden gediend doordat de rechter verifieert of de transactie of strafbeschikking berust op een zorgvuldige vaststelling van de feiten. De rechter kan verder toetsen of sprake is van een *fair deal* voor het OM en de verdediging. Rechterlijke betrokkenheid kan bovendien beter tegemoetkomen aan de externe openbaarheid dan de enkele bekendmaking van een transactie door middel van een persbericht.¹²¹ In het uiterste geval zou de rechter kunnen oordelen dat de zaak te groot of bijzonder is en zich niet leent voor een buitengerechtelijke afdoening.¹²² Op die manier zouden de maatschappelijke acceptatie, de rechtszekerheid en de rechtsbescherming kunnen worden bevorderd.¹²³

Vriend heeft voorgesteld om een aparte raadkamerprocedure in te voeren voor de toetsing van hoge en bijzondere transacties. Bij dergelijke transacties dient volgens deze auteur een onafhankelijke controle plaats te vinden op de rechtmatigheid daarvan.¹²⁴ Aanknopingspunten voor de inrichting van een aparte procedure vindt Vriend onder meer in de jurisprudentie van het EHRM en de eisen die daarin worden gesteld aan een rechtsgeldige afstand ('waiver') van het recht op toegang tot een rechter.¹²⁵ De rechterlijke toets kan volgens Vriend het beste worden vormgegeven als een *openbare* raadkamerprocedure.¹²⁶ Het zou hier moeten gaan om een *marginale* toetsing, aangezien een volle toetsing gelijk zou staan aan een behandeling van de zaak ter terechtzitting. Deze toetsing moet verhinderen dat de verdachte een transactie accepteert in een zaak waarin evident onvoldoende bewijs voorhanden is.¹²⁷ Eerder bleek dat de minister ook een marginale toetsing voor ogen staat, maar dat hij anders dan Vriend aan een *besloten* raadkamerprocedure denkt (zie par. 4).

Ook Corstens, Borgers en Kooijmans pleiten voor een dergelijke regeling. Zij menen dat de transactiepraktijk slechts voldoende controleerbaar is voor zover er gepubliceerde richtlijnen zijn voor het transigeren bij veelvoorkomende delicten, waarin de transactiebedragen staan vermeld. Voor de 'niet-standaardgevallen' eist het belang van publieke controle volgens hen dat transactie niet mogelijk moet zijn of dat er slechts zou kunnen worden getransigeerd na een rechterlijk fiat. Die goedkeuring zou dan kunnen worden verleend na een openbare zitting.¹²⁸

In dit verband wordt vaak verwezen naar de bestaande praktijk ten aanzien van de ‘Deferred Prosecution Agreement’ (DPA)¹²⁹ in de VS en vergelijkbare figuren in andere landen.¹³⁰ Bij die DPA’s dient de Department of Justice (DoJ) een verzoek in bij de rechtbank om de vervolging uit te stellen, indien de verdachte zich gedurende een bepaalde periode aan de overeengekomen voorwaarden houdt. Er wordt wel gesteld dat een dergelijke rechterlijke toetsing in de VS en het Verenigd Koninkrijk (VK) mede bijdraagt aan een hogere maatschappelijke acceptatie. Ook zou dit de politieke gevoeligheid verminderen van het aangaan van hoge transacties, hetgeen nu in Nederland immers onder verantwoordelijkheid van de minister gebeurt.¹³¹

Volgens tegenstanders zou een rechterlijke toets echter afbreuk doen aan de effectiviteit van buitengerechtelijke afdoening. Ook zou het gevaar bestaan dat de rechter zich gaat buigen over opportuiniteitsvraagstukken.¹³² Hofstee wijst erop dat de kwaliteit van de rechterlijke toetsing van de DPA in de VS wordt betwist. Er zijn geen wettelijke criteria voor de rechterlijke toetsing van een DPA. Rechters zouden al snel hun ‘stempel’ onder een DPA zetten, zonder inhoudelijk naar de essentie van de overeenkomst te kijken. Hofstee stelt dan ook terecht dat de bezwaren die in de VS zijn geuit moeten worden meegenomen in de discussie over de introductie van een rechterlijke toets.¹³³ Voorheen waren rechters vrij terughoudend bij de toetsing en was de toetsing meestal een hamerstuk. Mede naar aanleiding van kritiek op deze praktijk lijkt een aantal rechters DPA’s in toenemende mate inhoudelijk te toetsen. Het toetsingskader blijft echter onduidelijk en het is onzeker of alle rechters bereid zijn om tot een inhoudelijke toetsing over te gaan. Dat leidt tot rechtsonzekerheid bij verdachten, waardoor de bereidheid om zelf overtredingen te melden kan afnemen.¹³⁴

Verschaeren en Schoonbeek menen dat rechterlijke toetsing een deel van de bezwaren tegen hoge transacties kan wegnemen, maar dat aan het Amerikaanse systeem weer andere belangrijke bezwaren kleven en dat dit systeem daarom geen aantrekkelijk alternatief is voor Nederland.¹³⁵ Ook Crijns en Kool merken op dat moet worden voorkomen dat een rechter in dit soort gevoelige zaken verwordt tot een stempelmachine. Toch achten zij invoering van een (marginale) rechterlijke toets van de voorgenomen transactie verstandig, met name met het oog op de maatschappelijke aanvaardbaarheid van deze afdoening.¹³⁶ Aan een rechterlijke betrokkenheid bij de praktijk van omvangrijke en bijzondere transacties lijken al met al dus fundamentele voordelen, maar ook praktische beperkingen te kleven.¹³⁷

5.3 Een scherpere onderlinge afbakening tussen (hoge) transactie en strafbeschikking?

In zijn beleidsreactie op de evaluatie van de Wet OM-afdoening heeft de minister zoals gezien aangekondigd dat hij het instrument van de hoge transactie wil behouden. Voor het overige is de toepassing van de transactie ‘in beginsel eindig’ en zal deze na de volledige implementatie van de Wet OM-afdoening niet meer worden toegepast (zie par. 4). Beide vormen van buitengerechtelijke afdoening blijven in zoverre naast elkaar bestaan. De vraag rijst of een nadere wettelijke afgrenzing van de toepasbaarheid van beide modaliteiten dan niet aangewezen zou zijn. Zo zou in de wet kunnen worden neergelegd dat de strafbeschikking enkel mogelijk is als standaardmatige afdoening van eenvoudige, veelvoorkomende en kleine zaken.¹³⁸ Daarbij kan eventueel aansluiting worden gezocht bij de bewoordingen van artikel 368 Sv in het kader van de bevoegdheid van de politierechter: enkel in zaken ‘van eenvoudige aard’ zou een strafbeschikking mogelijk kunnen zijn. De toepassing van de transactie zou kunnen worden beperkt tot zaken waarin de verdachte een rechtspersoon is.¹³⁹ In de huidige praktijk is het al zo dat de verdachte aan wie een hoge of bijzondere transactie wordt aangeboden in de regel een rechtspersoon is. Een rechtspersoon kan geen gevangenisstraf ondergaan en de enige andere hoofdstraf die een rechter kan opleggen is een

geldboete; met een gang naar de rechter kan in zoverre geen ‘beter’ resultaat worden bereikt dan met een transactie. Bovendien kunnen bij een transactie zoals gezegd voorwaarden worden gesteld ten aanzien van het verbeteren van de *compliance*, die volgens de ministers niet kunnen worden bereikt via een strafoplegging door de rechter.¹⁴⁰ Verschaeren en Schoonbeek wijzen erop dat de strafbeschikking in veelvoorkomende ‘kleine’ zaken in wezen een andere achtergrond heeft dan het ‘schikken’ in een complexe fraudezaak. In het eerste geval ligt de noodzaak van buitengerechtelijke afdoening in het *aantal* zaken, in het tweede geval in de *aard, omvang en duur* van die zaken.¹⁴¹ Dat vraagt wellicht om differentiatie bij de vormgeving van de buitengerechtelijke afdoening. Zij verwachten daarom dat de strafbeschikking ook in de toekomst vooral gebruikt zal worden voor ‘standaardzaken’ en dat de transactie daarnaast zal blijven bestaan.¹⁴² Hun verwachting wordt bevestigd door de plannen van de minister.

Een dergelijke beperking van de toepassingsmogelijkheden van de transactie is, voor wat betreft de hoge en bijzondere transactie, in overeenstemming met de huidige praktijk. De verantwoordelijke ministers schrijven in antwoord op Kamervragen dat het OM met grote regelmaat bestuurders of medewerkers vervolgt, ook in gevallen waarin de betrokken rechtspersoon een transactie heeft geaccepteerd.¹⁴³ Van Roomen en Verbruggen stellen vast dat het in corruptiezaken vooral natuurlijke personen zijn die voor de rechter worden gebracht, terwijl met de onderneming wordt ‘geschikt’. Dat zou in lijn zijn met de ontwikkelingen in de VS. In het zogenoemde *Yates Memorandum* is vastgelegd dat verantwoordelijke bestuurders zullen worden vervolgd en dat van ondernemingen volledige medewerking wordt verwacht in het onderzoek en de bewijslevering tegen deze bestuurders. In Amerikaanse DPA’s wordt regelmatig de voorwaarde gesteld dat informatie wordt verstrekt over werknemers, die de DoJ kan gebruiken bij de vervolging van die individuen.¹⁴⁴ Ook in de Britse variant kan medewerking aan de vervolging van individuele personen worden geëist.¹⁴⁵

In de volgende paragraaf zullen wij onze positie bepalen ten aanzien van de vormgeving van de toekomstige regeling van buitengerechtelijke afdoening. Hier zij alvast opgemerkt dat een scherpere wettelijke afbakening van beide afdoeningswijzen zich in theorie goed zou laten combineren met een rechterlijke toetsing van hoge transacties met rechtspersonen (zie par. 5.2). Maar ook als de transactie geheel zou worden vervangen door de strafbeschikking (zie par. 5.1) kan er uiteraard aanleiding zijn om te differentiëren en ‘hoge strafbeschikkingen’ met meer waarborgen te omkleden dan standaardzaken.

6 Afsluiting

Op basis van onze analyse stellen wij vast dat het bestaansrecht van de transactie van twee kanten wordt uitgehold. Aan de ene kant brengt het nieuwe beleid van het OM, zoals dat blijkt uit de antwoorden op de Kamervragen naar aanleiding van de Rabobank-transactie, met zich dat het onderscheid tussen de transactie en de strafbeschikking steeds meer gerelativeerd moet worden. Als de verdachte moet erkennen dat hij strafbare feiten heeft begaan (althans dat hij ‘fouten heeft gemaakt’), de gepubliceerde persberichten steeds uitgebreider worden, de verdachte inderdaad geen invloed heeft op de inhoud daarvan en – zoals de ministers stellen – niet kan onderhandelen over de inhoud van de transactie, wat is dan nog het verschil met de strafbeschikking?

Aan de andere kant maakt ditzelfde nieuwe beleid het voor rechtspersonen steeds minder aantrekkelijk om in te stemmen met een transactievoorstel. Daar komt nog bij dat de transactiebedragen vaak zeer hoog zijn – mogelijk hoger dan de boete die een rechter zou opleggen – en dat steeds verdergaande voorwaarden worden gesteld (bijvoorbeeld als het gaat om *compliance*-maatregelen).¹⁴⁶ Het enige argument dat dan nog pleit voor het aangaan van een

transactie, is dat de zaak daarmee op relatief snelle wijze kan worden afgedaan, hetgeen negatieve media-aandacht mogelijk kan beperken. In omvangrijke zaken, zoals de witwasaffaire rondom ING, lijkt dit argument echter minder waarde te hebben. De media-aandacht lijkt, onder andere door het Kamerdebat en de aangekondigde artikel 12 Sv-procedure, nog lang niet te verstommen. Anders dan de minister zijn wij dan ook van mening dat de transactie geheel kan worden afgeschaft. De strafbeschikking heeft de functie van de transactie bij de 'kleinere' strafzaken al grotendeels overgenomen. Datzelfde kan, eventueel na aanpassing, gebeuren voor de grote en bijzondere zaken. Daartoe zou het mogelijk moeten worden om een langere proeftijd te verbinden aan in een strafbeschikking opgelegde gedragsaanwijzingen, en zouden de eisen aan een hoge strafbeschikking in lijn moeten worden gebracht met de eisen die nu gelden voor hoge en bijzondere transacties, waarbij met name moet worden gedacht aan de toetsing door de minister en publicatie van een persbericht. In een deel van die zaken ligt het bovendien veeleer voor de hand om de zaak (eventueel na verzet tegen de strafbeschikking) 'gewoon' voor de rechter te laten komen.

In het geval men het instituut van de (hoge) transactie toch wenst te behouden, zoals voorgesteld door de minister, zou het naar onze mening de voorkeur verdienen het toepassingsbereik van beide mechanismen helderder ten opzichte van elkaar af te bakenen. In elk geval ligt het dan voor de hand om strafbeschikkingen te binden aan een maximum van € 50.000; daarboven zou dan alleen een (door de rechter te toetsen) transactie in aanmerking komen. De strafbeschikking zou echter ook verdergaand kunnen worden beperkt tot veelvoorkomende zaken van eenvoudige aard en geringe ernst. De transactie zou in dat geval enkel mogelijk kunnen worden gemaakt voor zaken waarin de verdachte een rechtspersoon is. Men kan zich vervolgens afvragen of rechterlijke controle van dergelijke transacties toegevoegde waarde heeft. In theorie lijkt het gezien de aard en omvang van dergelijke zaken aantrekkelijk de rechter daar op enigerlei manier bij te betrekken. Gelet op het huidige debat en bijvoorbeeld de sterke stellingname van de rechtspraak¹⁴⁷ en de Tweede Kamer¹⁴⁸ is het ook begrijpelijk dat de minister inderdaad kiest voor rechterlijke toetsing van hoge transacties.

Toch betwijfelen wij of dergelijke rechterlijke betrokkenheid in de praktijk veel meerwaarde zal hebben. Daarbij baseren wij ons op de (in par. 5.2 besproken) buitenlandse ervaring met dergelijke toetsing. Een al te diepgaande rechterlijke toetsing zal de effectiviteitswinst wegnemen en te veel neigen naar een volledige, tijdrovende rechterlijke beoordeling. Bij een sterk marginale toetsing komt het risico van een 'stempelmachine' in zicht waarbij de rechter feitelijk te weinig kan betekenen. Het voorstel van de minister om een *besloten* raadkamerzitting in het leven te roepen zal bovendien niet veel winst opleveren voor de mate van transparantie, zo menen wij. Rechterlijke toetsing kan naar onze mening vooral betekenis hebben in gevallen waarin verdachten mogelijk door het OM onder druk worden gezet om in te stemmen met een transactie ten aanzien van feiten die onvoldoende bewijsbaar zijn. Aangezien grote rechtspersonen over het algemeen over rechtsbijstand beschikken en, ook gezien het nieuwe OM-beleid, niet al te snel zullen instemmen met een buitengerechtelijke afdoening, hoeft het risico van hoge transacties in niet-bewijsbare zaken naar onze mening niet te worden overschat. De behoefte aan rechterlijke controle neemt naar onze mening af naarmate de transactiebevoegdheid door andere maatregelen – zoals meer transparantie, minder onderhandelingsruimte en schulderkenning als verplichte voorwaarde – (verder) aan banden wordt gelegd.¹⁴⁹ Zolang het OM dan vergaande openheid betracht over de overeengekomen transactievoorwaarden en daar politieke verantwoordelijkheid over aflegt, is ook het risico van transacties die te *voordelig* zijn voor de verdachte, naar onze mening niet onverantwoord groot. Al met al zijn wij dan ook (nog) niet overtuigd van de noodzaak

van de invoering van een rechterlijke toetsingsprocedure bij hoge transacties of strafbeschikkingen.

Noten

1 De mogelijkheid om overtredingen te transigeren is ingevoerd in 1921, zie *Stb.* 1921, 883.

2 M.S. Groenhuijsen & G.Knigge, 'Algemeen deel', in: M.S. Groenhuijsen & G. Knigge (red.), *Het onderzoek ter zitting. Eerste interimrapport onderzoeksproject Strafvordering 2001*, Groningen: Rijksuniversiteit Groningen 1999, p. 27-28, 41, A.R. Hartmann, 'Buitengerechtelijke afdoening', in: Groenhuijsen & Knigge 1999, p. 70-72 en A.R. Hartmann, 'Buitengerechtelijke afdoening II', in: M.S. Groenhuijsen & G. Knigge (red.), *Dwangmiddelen en rechtsmiddelen. Derde interimrapport onderzoeksproject Strafvordering 2001*, Deventer: Kluwer 2002, p. 158, 183.

3 *Stb.* 2006, 330. Zie *Kamerstukken II 2004/05*, 29849, 3, p. 53-55 (MvT), waarin de ideeën van Strafvordering 2001 duidelijk naar voren komen als onderbouwing voor de invoering van deze Wet OM-afdoening.

4 Zie bijvoorbeeld *Kamerstukken II 2004/05*, 29849, 3, p. 6, 62, 88 (MvT), waar de minister onder andere opmerkt dat de transactie 'nog enige tijd' naast de strafbeschikking zou blijven bestaan.

5 Artikel II, onderdeel O van *Stb.* 2006, 330 is bij *Stb.* 2008, 4 nog niet in werking getreden.

6 Zie Jaarbericht 2017 van het Openbaar Ministerie, www.om.nl/@103250/jaarbericht-2017/, p. 22 en F.P. van Tulder, R.F. Meijer & S.N. Kalidien, 'Van schikking naar strafbeschikking? Een eerste balans', *NJB* 2017, p. 383-392.

7 Zie het persbericht op: www.om.nl/vaste-onderdelen/zoeken/@32206/rabobank-betaalt-70/.

8 Zie het persbericht op: www.om.nl/vaste-onderdelen/zoeken/@87202/sbm-offshore-betaalt/.

9 Zie het persbericht op: www.om.nl/vaste-onderdelen/zoeken/@93225/vimpelcom-betaalt/.

10 Zie het persbericht op: www.om.nl/actueel/nieuwsberichten/@103953/ing-betaalt-775/. Zie hierover van onze hand: 'Houston, we have a problem. Over de transactie die het Openbaar Ministerie aanging met ING', op het weblog van Ucall (www.blog.ucall.nl), 7 september 2018.

11 Ook de strafbeschikking kent overigens wel degelijk consensuele elementen; zie E. Sikkema & F.G.H. Kristen, 'Strafbeschikking en ZSM. Verschuivingen binnen de strafrechtshandhaving', in: F. de Jong & R.S.B. Kool (red.), *Relaties van gezag en verantwoordelijkheid: strafrechtelijke ontwikkelingen*, Den Haag: Boom Lemma 2012, p. 179-205.

12 Conceptvoorstel van wet tot vaststelling van Boek 3 van het nieuwe Wetboek van Strafvordering inhoudende bepalingen over beslissingen omtrent vervolging in verband met de modernisering van het Wetboek van Strafvordering (Vaststellingswet Boek 3 van het nieuwe Wetboek van Strafvordering (Beslissingen omtrent vervolging)), memorie van toelichting, p. 3 (hierna: Concept-MvT Boek 3). De conceptvoorstellen voor de Boeken 1-6 kunnen worden geraadpleegd via www.rijksoverheid.nl/onderwerpen/modernisering-wetboek-van-strafvordering/documenten.

13 Zie ook *Kamerstukken II* 2017/18, 29279, 440.

14 *Kamerstukken II* 2018/19, 29279, 478.

15 Aanvankelijk werd voorgesteld deze schikkingsmogelijkheid uit te breiden naar het hoger beroep, zie *Kamerstukken II* 2015/16, 29279, 278, p. 98 (hierna: Contourennota). In het conceptwetsvoorstel is dit voornemen ingetrokken, zie W.S. de Zanger, 'Gemoderniseerde voordeelsontneming', *TBS&H* 2018, p. 234-235. De minister heeft bij de invoering van de ontnemingsschikking rechterlijke betrokkenheid overwogen. De overweging zag daarbij ook op (hoge) transacties, zie *Kamerstukken II* 1989/90, 21504, 3, p. 51-51.

16 'Zakendoen met justitie', 27 februari 2018, beschikbaar op <https://zembra.bnnvara.nl/nieuws/komende-uitzending-zakendoen-met-justitie>.

17 De ontnemingsschikking van art. 511c Sv komt in deze bijdrage slechts zijdelings aan de orde.

18 Het onderstaande is grotendeels ontleend aan F. Haijer & E. Sikkema, 'Amerikanisering van corruptiebestrijding', *TBS&H* 2018, p. 68-77.

19 Het voorwaardelijk sepot blijft hier verder buiten beschouwing. Hoewel die vorm van buitengerechtelijke afdoening grote overeenkomsten vertoont met de transactie kunnen daar, zo wordt aangenomen, geen vermogensrechtelijke voorwaarden aan worden verbonden; zie J.H. Crijns, 'De strafrechter buitenspel. Buitengerechtelijke afdoening van strafbare feiten in heden en toekomst', *AA* 2002, p. 37. Over het bestaansrecht van het voorwaardelijk sepot naast de transactie, zie M.S. Groenhuijsen & A.M. van Kalmthout, 'Transactie en voorwaardelijk sepot: lood OM oud ijzer?', *DD* 1983b, p. 474-487 en T. Kooijmans, aant. 6 bij artikel 257a Sv (suppl. 194, januari 2013), Melai/Groenhuijsen e.a., *Het wetboek van strafvordering*, Deventer: Kluwer (losbladig).

20 Zie verder par. 5.

21 Zie ook J.I.P. Hofstee, 'Buitenlandse corruptie in Nederland en de VS: een geschikte aanpak?', *TBS&H* 2017, p. 29.

22 *Kamerstukken II* 1977/78, 15012, 1-3, p. 36.

23 *Stb.* 1983, 153.

24 M.S. Groenhuijsen & A.M. van Kalmthout, 'De wet vermogenssancties en de kwaliteit van de rechtsbedeling', *DD* 1983a, p. 26, Th.W. Van Veen, 'Het nieuwe artikel 74 Sr, een aardverschuiving', *DD* 1987, p. 539-541, G.J.M. Corstens, 'Transactie bij misdrijven', in: G.J.M. Corstens e.a. (red.), *Straffen in gerechtigheid* (gedenkbundel Jonkers), Arnhem: Gouda Quint 1987, p. 76-77, 82, G.J.M. Corstens, 'Consensualiteit', *DD* 1994, p. 8 en G.J.M. Corstens, 'Consensualiteit en strafsancties', *AA* 1997, p. 139.

25 C.M.I. van Asperen de Boer & M.L. van Duijvenbode, 'Schikkingscultuur in fraudezaken ondermijnt de rechtsontwikkeling', *NJB* 2014, p. 641; Hofstee 2017, p. 29.

26 *Stcrt.* 2008, 209.

27 K.C.J. Vriend, 'De hoge en bijzondere transactie: een pleidooi voor rechterlijke controle op de afdoening buiten geding', *TBS&H* 2016, p. 196.

28 Voor de categorie onder (a) is nog vereist dat deze voorwaarde niet voortvloeit uit door het College van procureurs-generaal vastgestelde richtlijnen voor strafvordering en er evenmin sprake is van een transactie als bedoeld in art. 74a Sr.

29 Vgl. Van Asperen de Boer & Van Duijvenbode 2014, p. 642.

30 Kritisch hierover is Hofstee (2017, p. 34), die pleit voor een uitgebreidere motivering van de keuze voor buitengerechtelijke afdoening. Vgl. ook Van Asperen de Boer & Van Duijvenbode 2014, p. 642.

31 De meest recente Aanwijzing is op 1 januari 2019 in werking getreden, zie zie *Stcrt.* 2018, 67767.

32 Uit het Jaarbericht 2017 van het OM (p. 31) blijkt dat het aantal transacties is afgenomen van 15.400 in 2014 naar 8.700 in 2017. In dat laatste jaar werden 32.000 strafbeschikkingen opgelegd (www.om.nl/@103250/jaarbericht-2017/).

33 J.H. Crijns & R.S.B. Kool, 'Afscheid van de klassieke strafrechtelijke procedure', in: L. Coenraad e.a. (red.), *Afscheid van de klassieke procedure?* (preadviezen NJV), Deventer: Wolters Kluwer 2017, p. 286-287; N.G.H. Verschaeren, 'Betekenisvol straffen', *Strafblad* 2017, p. 561.

34 D. Zivkovic, 'Omgaan met omkopingsincidenten: intern onderzoek en afdoening', *TvS&O* 2017, p. 211.

35 Aldus toenmalig rechercheofficier bij het Functioneel Parket Rutger Jeuken in *Opportuun* 2017, nr. 4, p. 27.

36 In 2016 zijn er acht hoge transacties, waarvan twee in één zaak, getroffen voor een totaal bedrag van ruim € 376 miljoen. In 2017 zijn er negentien hoge transacties, waarvan tien in één zaak en twee in één zaak, alsmede één bijzondere transactie, getroffen voor een totaal bedrag van ruim € 264 miljoen. Zie voor deze cijfers *Aanhangsel van de Handelingen II* 2017/18, 2208, p. 1 en 2865, p. 3.

37 Van Asperen de Boer & Van Duijvenbode 2014, p. 642; C.M.I. van Asperen de Boer & M.L. van Duijvenbode, 'Openheid in schikkingspraktijk OM', *NJB* 2015, p. 21-22; Zivkovic 2017, p. 220, Verschaeren 2017, p. 561.

38 Zie naar aanleiding van de *ING*-zaak *Aanhangsel van de Handelingen II* 2018/18, 3202, p. 2-3. Zie ook Van Asperen de Boer & Van Duijvenbode 2014, p. 642; Van Asperen de Boer & Van Duijvenbode 2015, p. 21-22; Zivkovic 2017, p. 220-221 en *Aanhangsel van de Handelingen II* 2017/18, 2208, p. 4.

39 T. van Roomen & A. Verbruggen, 'Corruptie: status quo en de toekomst', *TBS&H* 2015, p. 229.

40 Zie art. 257a lid 3 sub e Sv.

41 Vgl. T.R. van Roomen & A. Verbruggen, 'Internationale trends in preventie, detectie en

repressie van corruptie', *TvS&O* 2017, p. 156.

42 Van Asperen de Boer & Van Duijvenbode 2014, p. 645.

43 Zivkovic 2017, p. 220.

44 Van Asperen de Boer & Van Duijvenbode 2014, p. 645.

45 Zie bijv. het uitgebreide feitenrelaas (13 pagina's) in de zaak *Telia* (te raadplegen via het persbericht van 21 september 2017 op www.om.nl/@100343/internationale-0/) en dat van 24 pagina's in de zaak *ING* (te raadplegen via www.om.nl/publish/pages/58352/feitenrelaas_houston.pdf).

46 Zivkovic 2017, p. 221. Zie ook *Aanhangsel van de Handelingen II* 2017/18, 2207, p. 5, 2208, p. 3.

47 Van Asperen de Boer & Van Duijvenbode 2014, p. 645.

48 Zie Vriend 2016, p. 197-199, voor een uitgebreid overzicht van de opvattingen in de literatuur.

49 Vriend 2016, p. 195 en p. 197. Die kritiek is niet nieuw, zie o.a. Corstens 1994, p. 8; Corstens 1997, p. 139; Crijns 2002, p. 39.

50 Corstens 1997, p. 138; Crijns 2002, p. 40.

51 N.G.H. Verschaeren & A.B. Schoonbeek, 'Geschikt en gewogen; streeft roep om rechterlijke toetsing van transacties doel voorbij?', *TBS&H* 2015, p. 191; Van Asperen de Boer & Van Duijvenbode 2014, p. 642-645. Al eerder waren er geluiden dat het transactie een gevaar voor de rechtsgelijkheid zou zijn; zie o.a. Corstens 1997, p. 138-139; Crijns 2002, p. 39-40.

52 Vgl. Corstens 1997, p. 137-138; Crijns 2002, p. 39.

53 Verschaeren & Schoonbeek 2015, p. 191.

54 Verschaeren & Schoonbeek 2015, p. 204.

55 Zie de genoemde uitzending van het televisieprogramma *Zembla* ('Zakendoen met justitie', 27 februari 2018) over dit onderwerp (<https://zembla.bnnvara.nl/nieuws/komende-uitzending-zakendoen-met-justitie>). Naar aanleiding van deze uitzending werden Kamervragen gesteld door Van Nispen (<https://zembla.bnnvara.nl/nieuws/kamervragen-na-uitzending-zembla-over-schikkingen>).

56 Vgl. Zivkovic 2017, p. 220. De auteur verwijst onder meer naar het gesprek met Corstens in het televisieprogramma *Buitenhof* van 26 oktober 2014.

57 Vriend 2016, p. 197, eveneens onder verwijzing naar het eerder genoemde gesprek met Corstens in *Buitenhof*.

58 Van Asperen de Boer & Van Duijvenbode 2015, p. 22; Scheltema Beduin 2018.

59 Het onderstaande is grotendeels ontleend aan de (uitvoeriger) beschouwing in Sikkema & Kristen 2012, p. 185-189.

60 *Stb.* 2006, 330; bij *Stb.* 2008, 4 in werking getreden.

61 In sommige gevallen is een opsporingsambtenaar of een bestuursorgaan daartoe ook bevoegd, zie art. 257b en 257ba Sv.

62 Verschaeren & Schoonbeek 2015, p. 192. De transactie is in de literatuur aangemerkt als een publiekrechtelijke overeenkomst, zie P. Osinga, *Transactie in strafzaken*, Arnhem: Gouda Quint 1992, p. 198-199; J.H. Crijns, *De strafrechtelijke overeenkomst*, Deventer: Kluwer 2010, p. 36-40, 173-182.

63 Een taakstraf, rijontzegging en aanwijzing omtrent het gedrag kunnen enkel worden opgelegd nadat de verdachte zich bereid heeft verklaard die te voldoen dan wel zich daaraan te houden. Voor oplegging van een geldboete en/of schadevergoedingsmaatregel van in totaal meer dan € 2.000 is vereist dat de verdachte is gehoord terwijl hij werd bijgestaan door een raadsman.

64 Vgl. Crijns 2010, p. 39. Hier werden in het verleden zogenoemde ‘TOM-zittingen’ voor belegd, waarin de officier van justitie de verdachte hoorde alvorens hem een transactievoorstel te doen.

65 *Kamerstukken II* 2004/05, 29849, 3, p. 66.

66 Zie *Kamerstukken II* 2004/05, 29849, 3, p. 15-17.

67 Zie *Kamerstukken II* 2004/05, 29849, 3, p. 2, 31, 54, 73, 76.

68 Zie *Kamerstukken II* 2004-2005, 29849, 3, p. 73: als de officier van justitie van de onschuld van de verdachte overtuigd is geraakt, moet de strafbeschikking worden ingetrokken.

69 Aanwijzing OM-strafbeschikking, *Stcrt.* 2017, 42314, p. 3-5. Deze passages komen in de recent gewijzigde aanwijzing niet terug, zie *Stcrt.* 2018, 67767.

70 Zie o.m. art. 74 lid 1 Sr; *Kamerstukken II* 2004/05, 29849, 3, p. 3, 15.

71 G. Knigge & C.H. de Jonge van Ellemeet, *Beschikt en gewogen*, Den Haag 2014. De genoemde rapporten zijn beschikbaar op www.rechtspraak.nl. Wij volstaan hier met een korte bespreking van de bevindingen.

72 *Kamerstukken II* 2014/15, 29279, 225.

73 G. Knigge & M. Peters, *Wordt vervolgd: Beschikt en gewogen*, Den Haag 2017.

74 G. Knigge & M. Peters, *Beproefd verzet*, Den Haag 2017.

75 In de verzetszaken in 2014 lag het percentage vrijspraken op 20 tot 25 procent. Als de rechter wel veroordeelde, legde hij gemiddeld een lagere straf op. Zie F. van Tulder, ‘Het oordeel van de rechter over de strafbeschikking’, *Trema* 2016, p. 35-37.

76 Zie ten aanzien van de laatstgenoemde aanbeveling de recent gewijzigde Aanwijzing OM-straftbeschiiking (*Stcrt.* 2018, 67767), onder ‘Bij strafbeshiiking op te leggen sancties’.

77 Zie bijvoorbeeld Sikkema & Kristen 2012; P.P.J. van der Meij, ‘De andere kant van de ZSM-medaille’, *NJB* 2014, p. 1667-1669; G.J.M. Corstens & R. Kuiper, ‘ZSM en toegang tot de rechter’, *DD* 2015, p. 256-264 en L. van Lent, M.A. Simon Thomas & P.T.C. van Kampen, ‘De ZSM-werkwijze in praktijk’, *NJB* 2016, p. 2753-2758.

78 Van Tulder, Meijer & Kalidien 2017.

79 Het beeld bij overtredingszaken is minder eenduidig. Terloops werd nog opgemerkt dat 60 procent van de zaken waarin de verdachte in verzet ging, door het OM aan de rechter wordt voorgelegd. Of de overige 40 procent wordt geseponeerd, meldt het artikel niet. Zie M. Malsch, ‘Is de strafbeshiiking een geschikte afdoening?’, *NJB* 2017, p. 867.

80 D. Abels e.a., *Evaluatie Wet OM-afdoening*, Amsterdam: Rozenberg Publishers 2018.

81 Abels e.a. 2018, p. 103-104, 246, 260, 265.

82 Abels e.a. 2018, p. 261, 267. Ter relativering merken wij op dat verdachten in de praktijk ook bij transactieonderhandelingen worden gehoord en rechtsbijstand (kunnen) genieten. Bij hoge en bijzondere transacties zal dat altijd het geval zijn.

83 Zie recentelijk nog: ‘OM strafte burgers onterecht’, *NRC* 3 december 2018, ‘Het rommelt in de straffabrieken van het OM’ en ‘Openbaar Ministerie valt door de mand met strafbeshiikingen’, *NRC* 5 december 2018, www.om.nl/@104659/strafbeshiiking/ en de Kamervragen die hier het gevolg van waren (2018Z23041).

84 Contourennota, p. 41-42. Zie ook Verschaeren & Schoonbeek 2015, p. 191-192.

85 Concept-MvT Boek 3, p. 25-26. Zie ook *Aanhangsel van de Handelingen II* 2017/18, 2209, p. 2.

86 Ook in de literatuur is veelvuldig gepleit voor rechterlijke toetsing van (hoge) transacties; zie verder par. 5.2.

87 Raad voor de rechtspraak, Advies concept-Contourennota Modernisering Wetboek van Strafvordering (Den Haag, 2 april 2015), p. 7, zie www.rechtspraak.nl/SiteCollectionDocuments/2015-13-Advies-concept-Contourennota-Modernisering-Wetboek-van-Strafvordering.pdf. Zie bijv. ook de opinie van advocaat N. Heidanus in het *Dagblad van het Noorden* van 29 maart 2018 en het commentaar van de hoofdredactie van *Het Financieele Dagblad* van 27 februari 2018 (‘Rechter moet schikkingen toetsen’).

88 ‘Rechter moet megaschikkingen kunnen toetsen’, www.rechtspraak.nl/Organisatie-en-contact/Organisatie/Raad-voor-de-rechtspraak/Nieuws/Paginas/Rechter-moet-megaschikkingen-kunnen-toetsen.aspx (28 februari 2018). Zie ook G.J.M. Corstens in *NRC Handelsblad* 27 oktober 2014, ‘Grote schikking justitie hoort in de rechtszaal’.

89 Zie Advies inzake de wetsvoorstellen tot vaststelling van de Boeken 3, 4, 5 en 6, 12 juli 2018, www.rechtspraak.nl/SiteCollectionDocuments/Advies%20Rvdr%20Modernisering%20Sv%20Boeken%203-

6.pdf.

90 *Kamerstukken II 2018/19, 35000 VI, 51*. De motie is op 27 november 2018 aangenomen door de Tweede Kamer.

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

92 In de hierboven besproken beleidsreactie wordt verder nog een dossieronderzoek aangekondigd naar de toepassing van de bestuurlijke strafbeschikking. Daarnaast wordt nog onderzoek gedaan naar de mogelijkheid van een voorwaardelijke strafbeschikking en naar de mogelijkheid om via een strafbeschikking een verbeurdverklaring van inbeslaggenomen voorwerpen toe te passen. Tot slot zal worden gezien of naar aanleiding van de eerder besproken evaluatierapporten nog andere wijzigingen nodig zijn ter bevordering van de doelmatigheid. Zie *Kamerstukken II 2018/19, 29279, 478, p. 7-10*. Wij laten deze onderwerpen verder buiten beschouwing. Zie over de voorwaardelijke strafbeschikking Crijns & Kool 2017, p. 325-327. Uit de evaluatie van de Wet OM-afdoening blijkt dat respondenten het momenteel als een gemis ervaren dat dit niet mogelijk is, zie Abels e.a. 2018, p. 256-257. Zie in dit verband ook het Advies van de Nederlandse Vereniging voor Rechtspraak over de conceptwetsvoorstellen Boeken 3 tot en met 6 van het Wetboek van Strafvordering (d.d. 20 augustus 2018), <https://nvvr.org/uploads/documenten/NVvR-advies-herziening-boeken-3-tot-en-met-6-Sv.ondetekend.pdf>, p. 9.

93 Voor de volledigheid wijzen wij erop dat in de literatuur tevens een vorm van ‘proces- en vonnisafspraken’ is bepleit, zie L.J.J. Peters, *Naar een efficiënte strafprocedure voor ondermijnende criminaliteit*, Deventer: Kluwer 2018. Wij laten deze thematiek hier rusten.

94 Vgl. Verschaeren 2017, p. 559-560.

95 Zie daarover bijv. F. van Tulder & S. Sicking, ‘Buiten de rechter om?’, *JV* 2018, nr. 4, p. 9-27.

96 Van Roomen & Verbruggen 2015, p. 229-231. Zie ook Hofstee 2017, p. 35.

97 Van Roomen & Verbruggen 2015, p. 229.

98 Verschaeren 2017, p. 562-563. De auteur benoemt daarnaast dat de regeling van de strafbeschikking in bepaalde gevallen enkele aanvullende waarborgen kent, te weten het recht van de verdachte om te worden gehoord en zich daarbij te laten bijstaan door een raadsman (art. 257c lid 1 en 2 Sv). Zoals besproken, worden die waarborgen bij hoge en bijzondere transacties in de regel ook in acht genomen.

99 Verschaeren 2017, p. 563-564.

100 Zie W.S. de Zanger, ‘De reputatieschade van verdachte rechtspersonen bij een (buiten)gerechtelijke afdoening van strafzaken’, in: I. Giesen e.a. (red.), *Assumpties annoteren*, Den Haag: Boom juridisch 2019, te verschijnen.

101 De huidige wettelijke regeling van de strafbeschikking kan naar onze mening worden aangepast om dit instrument beter geschikt te maken voor het overnemen van de functie van de transactie, zie hierna.

102 Zie Sikkema & Kristen 2012, p. 184 (zie echter ook p. 187). Vgl. A.R. Hartmann, ‘Buitengerechtelijke afdoening in verhouding?’, in: C.H. Brants, P.A.M. Mevis & E. Prakken (red.), *Legitieme strafvordering. Rechten van de mens als inspiratie in de 21ste eeuw*, Antwerpen/Groningen: Intersentia 2001, p. 189-204, 193.

103 *Aanhangsel van de Handelingen II* 2017/18, 2207, p. 1-5. In de genoemde uitzending van Zembla kwam aan de orde dat met de transactieovereenkomst met de Rabobank uit 2013 was opgenomen dat de Rabobank geen schuld erkent aan strafbare feiten. De ministers stellen dat met de huidige kennis en ervaring moet worden geconcludeerd dat deze passage ongelukkig is geformuleerd en dat een dergelijke passage tegenwoordig niet meer in een transactieovereenkomst wordt opgenomen (*Aanhangsel van de Handelingen II* 2017/18, 2208, p. 3).

104 Zie ook het Jaarbericht OM 2017, p. 9-10 (www.om.nl/@103250/jaarbericht-2017/). Zie ook hoofdofficier van justitie van het Functioneel Parket Marianne Bloos in *Het Financieele Dagblad*: zij stelt dat een transactie met bedrijven alleen in beeld komt in zaken waarin de verdachte zelf het foute van zijn handelen inziet en erkent dat hij fout zat: ‘geen schulderkenning, geen schikking.’ *Het Financieele Dagblad* 27 februari 2018, ‘Concern moet schuld erkennen voor schikking met het OM’.

105 *Aanhangsel van de Handelingen II* 2017/18, 2207, p. 1-5.

106 Zie Aanwijzing hoge en bijzondere transacties, *Stcrt.* 2008, 209.

107 Zoals in de transactie met ING, zie par. 2.2.

108 Stevens 2018, p. 9. Het is wellicht een teken aan de wand dat accountantskantoor EY een transactieaanbod heeft geweigerd en de zaak laat voorkomen voor de rechter, zie par. 1.

109 Vgl. Sikkema & Kristen 2012, p. 198.

110 Abels e.a. 2018, p. 248. Zie par. 3.2.

111 Zie daarover Van Roomen & Verbruggen 2015, p. 232-233. Hoewel bij een transactie volgens de letter van de wet geen voorwaarden kunnen worden gesteld die bijvoorbeeld zien op (aanpassing van de) bedrijfsvoering, ‘remedial action’ om te voorkomen dat soortgelijk gedrag opnieuw plaatsvindt, worden dergelijke bijkomende voorwaarden nu vastgelegd in ‘side letters’ bij de eigenlijke transactie.

112 Nu ook bij hoge en bijzondere transacties sprake dient te zijn van een erkenning van schuld (althans van ‘gemaakte fouten’) bestaat er naar onze mening terecht geen afdoeningsmodaliteit meer waarin genoeg kan worden genomen met een lagere graad van waarschijnlijkheid van het begaan van de strafbare feiten.

113 Ten aanzien van die schikkingen stelt de minister dat een vergelijkbare procedure kan worden ingericht, waarvan de vormgeving zal worden meegenomen bij de totstandkoming van de beschreven rechterlijke toets. Hoewel dit in de beleidsreactie niet expliciet wordt vermeld ligt het naar onze mening voor de hand om ook daarvoor enkel rechterlijke controle te overwegen voor zover het om een ‘hoge’ ontnemingsschikking gaat.

114 Zie daarover Verschaeren & Schoonbeek 2015, p. 196. De beklagprocedure staat ook open als de vervolging plaatsvindt door het uitvoeren van een strafbeschikking, zie art. 12 lid 1 Sv jo. art. 12k Sv.

115 Crijns & Kool 2017, p. 273.

116 Zie o.a. Van Asperen de Boer & Van Duijvenbode 2014, p. 646; Van Roomen & Verbruggen 2015, p. 233-234; Vriend 2016, p. 202-204; Crijns & Kool 2017, p. 329-330.

117 Zie o.a. Keulen 2014, p. 739-749, L.J.J. Peters, 'Beschikt en gecheckt: de OM-afdoening en de strafvorderlijke machtenscheiding. Hoe voorkomen we onjuiste OM-strafbeschikkingen?', *Trema* 2015, p. 209-213 en M. Kessler, *De strafbeschikking*, Deventer: Wolters Kluwer 2015, p. 144-147, 150. Zie ook Crijns & Kool 2017, p. 329. Zie kritisch: P.A.M. Mevis, 'Versnelde afdoening in het strafrecht/ZSM: buitengewoon, buiten, gewoon; tijd voor reflectie en voor een ZSM-blik op berechting door de versnellende rechter', *DD* 2015, p. 226. Waar Keulen (p. 743) zich dit heeft afgevraagd, meent Kessler (p. 150) dat hoge en bijzondere transacties, tezamen met zwaardere strafbeschikkingen, in de vorm van een rechterlijke strafbeschikking kunnen worden gegoten.

118 Kessler 2015, p. 147.

119 *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.

120 Zie resp. J. Simmelink, 'Bij megaschikkingen heeft de rechter geen zinvolle 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.

121 Crijns & Kool 2017, p. 329. Vgl. Corstens 1994, p. 8 en Corstens 1997, p. 139.

122 Van Asperen de Boer & Van Duijvenbode 2014, p. 646.

123 Van Roomen & Verbruggen 2015, p. 229-231. Zie ook Van Roomen & Verbruggen 2017, p. 157.

124 Vriend 2016, p. 202. Vgl. ook Verschaeren & Schoonbeek 2015, p. 197-198. Vgl. Hof Den Haag 19 mei 2015, ECLI:NL:GHDHA:2015:1204, waarin tevergeefs werd geklaagd over de niet-vervolgving van de Rabobank, haar leidinggevenden en werknemers naar aanleiding van de Libor- en Euriborfraude.

125 Vriend 2016, p. 200-201, onder verwijzing naar o.m. EHRM 27 februari 1980, *Deweert t. België*, NJ 1980/561. Zie daarover ook Hartmann 1999, p. 82-89 en Sikkema & Kristen 2012, p. 200.

126 In het nieuwe wetboek wordt het bestaande onderscheid tussen zittingsprocedures en raadkamerprocedures overigens vervangen door een onderscheid tussen 'vonnisprocedures' en 'niet-vonnisprocedures'; zie het Conceptvoorstel van wet tot vaststelling van Boek 1 van het nieuwe Wetboek van Strafvordering inhoudende algemene bepalingen over de strafvordering in het algemeen in verband met de modernisering van het Wetboek van Strafvordering (Vaststellingswet Boek 1 van het nieuwe Wetboek van Strafvordering (strafvordering in het algemeen)), MvT, p. 29-30.

127 Vriend 2016, p. 202-204.

128 G.J.M. Corstens, *Het Nederlands strafprocesrecht*, bewerkt door M.J. Borgers en T. Kooijmans, Deventer: Kluwer 2018, p. 1045.

129 Daarnaast bestaat in de VS ook de ‘Non Prosecution Agreement’ (NPA) die, anders dan een DPA, niet aan een rechter wordt voorgelegd. Zie hierover Hofstee 2017, p. 32 en Verschaeren & Schoonbeek 2015, p. 198-201. Sinds de inwerkingtreding van de zogenoemde *Sapin II*-wetgeving in 2016 is ook in Frankrijk een variant van de DPA geïntroduceerd als afdoeningsmodaliteit voor bedrijven in corruptiezaken; rechterlijke toetsing is daarbij vereist. Zie hierover R. van ’t Hullenaar & S. Guettache, ‘Sapin II en de mogelijkheid tot schikken met het Franse Openbaar Ministerie’, *TS&O* 2018, p. 111-191. Ook in het VK (waar de DPA in 2014 naar Amerikaans voorbeeld werd ingevoerd) dient deze te worden goedgekeurd door de rechter, die daarbij onderzoekt of er voldoende bewijs is (‘evidential stage test’) en of niet-vervolgung het publieke belang dient (‘public interest test’). Zie hierover Verschaeren & Schoonbeek 2015, p. 201-203; Van Roomen & Verbruggen 2017, p. 154-156; Y. Jun & I.M. Braam, ‘Four Years of UK DPAs: an interim assessment of the new enforcement tool and its potential ramifications’, *TS&O* 2018, p. 104-110 en C. King & N. Lord, *Negotiated justice and corporate crime*, Palgrave Macmillan 2018, p. 33-115.

130 Van Asperen de Boer & Van Duijvenbode 2015, p. 22.

131 Zivkovic 2017, p. 221. Omvangrijke transacties leiden geregeld tot Kamervragen en tot discussies tussen Kamerleden en de minister, waarbij het gebrek aan rechterlijk toezicht op de afdoening aan de kaak wordt gesteld. Zie bijvoorbeeld *Aanhangsel van de Handelingen II* 2013/14, 476-477; *Handelingen II* 12 december 2013, 36-12; *Aanhangsel van de Handelingen II* 2014/15, 2880, 2886, naar aanleiding van de transactie met Rabobank voor de Libor- en Euriborfraude. Zie ook de brieven van de minister d.d. 29 juni 2011 (kenmerk 5699311/11) en d.d. 8 november 2013 (kenmerk fm/2013/1972 M) n.a.v. de *Klimop*- resp. *Libor/Euribor*-zaak.

132 Verschaeren & Schoonbeek 2015, p. 203-205.

133 Hofstee 2017, p. 34-35.

134 Verschaeren & Schoonbeek 2015, p. 198-201.

135 Verschaeren & Schoonbeek 2015, p. 198-201. Ten aanzien van het systeem in het VK komen de auteurs tot een vergelijkbare conclusie (Verschaeren & Schoonbeek 2015, p. 201-203).

136 Crijns & Kool 2017, p. 329-330.

137 Zie nader par. 6.

138 Vergelijk de kritiek die wij bespreken in par. 2.2.

139 Onder de Franse *Sapin II*-wetgeving kunnen individuen niet in aanmerking komen voor een DPA, zie Van Roomen & Verbruggen 2017 p. 156. Ook in het VK kan een DPA alleen worden gesloten met een rechtspersoon; zie Verschaeren & Schoonbeek 2015, p. 201.

140 *Aanhangsel van de Handelingen II* 2017/18, 2208, p. 4.

141 Vgl. K.J.C. Vriend, 'Avoiding a full criminal trial', *Trema* 2016, p. 294, over internationale strafprocessen enerzijds en nationale strafstelsels anderzijds.

142 Verschaeren & Schoonbeek 2015, p. 192.

143 *Aanhangsel van de Handelingen II* 2017/18, 2208, p. 2.

144 Van Roomen & Verbruggen 2017, p. 157.

145 Verschaeren & Schoonbeek 2015, p. 199 en p. 202.

146 Stevens 2018, p. 9.

147 Zie recentelijk www.rechtspraak.nl/Organisatie-en-contact/Organisatie/Raad-voor-de-rechtspraak/Nieuws/Paginas/Megaschikkingen-schadelijk-voor-vertrouwen-in-rechtsstaat.aspx?pk_campaign=redactie&pk_medium=e-mail&pk_source=nieuwsbrief&pk_keyword=nieuwsbrief.

148 Zie de in par. 5.2 genoemde motie van de leden Van Nispen en Groothuizen.

149 Haijer & Sikkema 2018, p. 75.

Trefwoorden: **buitengerechtelijke afdoening, transactie, strafbeschikking, modernisering Wetboek van Strafvordering**