

Vuurdoop voor de toetsingscommissie hoge transacties

1. Inleiding

Sinds 11 maart jl. ligt het conceptwetsvoorstel naar aanleiding van de evaluatie van de Wet OM-afdoening ter consultatie voor. In dit wetsvoorstel is onder meer voorzien in een rechterlijke toets van zogenaamde hoge transacties. Het wetsvoorstel is een uitvloeisel van de maatschappelijke en politieke kritiek op met name de transactie die het Openbaar Ministerie aanging met ING naar aanleiding van de tekortschietende witwascontroles daar.¹

Vooruitlopend op een wettelijke regeling werd een commissie in het leven geroepen die dergelijke voorgenomen transacties zou moeten toetsen voordat het Openbaar Ministerie die transactie definitief kan aangaan.² Het Openbaar Ministerie is met ABN AMRO Bank een transactie overeengekomen naar aanleiding van een strafrechtelijk onderzoek waarin gelijksoortige overtredingen als bij ING zijn geconstateerd.³ Over deze transactie heeft de Toetsingscommissie (positief) geadviseerd.⁴ Deze zaak was daarmee de vuurdoop voor de Toetsingscommissie. Nadien is met drie dochterbedrijven van het SHV-concern eveneens getransigeerd.⁵

Over nut en noodzaak van een rechterlijke toetsing van hoge transactie is al veel geschreven.⁶ Alhoewel het wetsvoorstel waarin de rechterlijke toetsing wordt voorgesteld inmiddels in consultatie is gegaan, zal de invoering daarvan nog geruime tijd op zich laten wachten. Tot die tijd zal de Toetsingscommissie haar stempel drukken op de transactiepraktijk. In dit artikel staat de vraag centraal of de Toetsingscommissie tegemoet kan komen aan de kritiek op hoge transacties. Hierbij zullen de eerste inmiddels uitgebrachte adviezen worden betrokken.

Allereerst zal worden onderzocht welke kritiek er is op hoge transacties. Daarna wordt onderzocht wat de doelstelling, taakomschrijving en werkwijze van de Toetsingscommissie is. Op basis daarvan kan worden ingeschat of de commissie een baken van rust in de onstuurige transactiepraktijk zal zijn, of juist zal werken als katalysator van een nieuwe golf kritiek.

2. De commissie

¹ *Kamerstukken II, 2019/20, 29 279, 605, p. 1-2.*

² *Financieel Dagblad 8 april 2021*

³ <https://www.om.nl/actueel/nieuws/2021/04/19/abn-amro-betaalt-480-miljoen-euro-vanwege-ernstige-tekortkomingen-bij-het-bestrijden-van-witwassen>

⁴ <https://www.om.nl/documenten/publicaties/fp-hoge-transacties/feitenrelaas/map/advies-toetsingscommissie-hoge-transacties>

⁵ <https://www.om.nl/documenten/publicaties/fp-hoge-transacties/feitenrelaas/map/advies-toetsingscommissie-hoge-transacties-nelson-dd-26-april-2021>

⁶ K.C.J. Vriend, 'De hoge en bijzondere transactie: een pleidooi voor rechterlijke controle op de afdoening buiten geding', *TBS&H* 2016, nr. 4, p. 197-199.

De Toetsingscommissie hoge transacties werd op 4 september 2020 ingesteld.⁷ Tegelijkertijd trad de nieuwe Aanwijzing hoge transacties (aanwijzing) in werking. Deze aanwijzing geeft procedurele en inhoudelijke voorwaarden voor het aanbieden van hoge transacties. Met hoge transacties worden transacties bedoeld waarbij de boetecomponent €200.000,- of meer bedraagt of die waarbij de gehele transactiewaarde €1.000.000,- of meer behelst.⁸

Voorzitter van de Toetsingscommissie is oud-rechter Marcel van Oosten, die in een interview in het Financieel Dagblad de werkwijze van de commissie toelichtte.⁹ De ophef naar aanleiding van dat interview liet niet lang op zich wachten. De advocaten van Gerrit Zalm en Ralph Hamers (oud-voorzitters van de raad van bestuur van respectievelijk ABN AMRO en ING) waren zeer ontstemd over de uitspraken van Van Oosten.¹⁰ Voordat het eerste advies was uitgebracht, lag de commissie al onder vuur.

3. Kritiek op hoge transacties

De onvrede over (onderdelen) van de transactiepraktijk is veelzijdig. Zo zou alles schijnbaar zijn toegestaan, zolang je maar genoeg betaalt.¹¹ Er is onvrede en onbegrip over het uitblijven van de vervolging van betrokken natuurlijke personen.¹² De verdachte komt niet op een openbare terechtzitting waardoor controle door de rechter en de maatschappij ontbreekt.¹³ Hierdoor kan de rechter zich ook niet uitspreken over belangrijke rechtsvragen en dat schaadt de rechtsontwikkeling.¹⁴

Voor het categoriseren van de kritiek op hoge transacties volgen wij de indeling van Verschaeren en Schoonbeek. Zij onderscheiden vier categorieën: er is geen openbaarheid, er vindt geen rechtsontwikkeling plaats, er is angst voor klassenjustitie en tot slot kan sprake zijn van machtsmisbruik door het Openbaar Ministerie.¹⁵

De maatschappelijke en politieke ophef zijn veelal te plaatsen in de eerste en derde categorie. Dat blijkt bijvoorbeeld duidelijk uit Kamervragen.¹⁶ Ook de motie in de Tweede Kamer waarin verzocht werd om een rechterlijke toets op hoge transacties spreekt daarvan: de rechter moet

⁷ *Stcrt.* 2020, 46165.

⁸ *Stcrt.* 2020, 46166.

⁹ Ivo Bökkerink, Pieter Couwenbergh. (25 januari 2021). 'Schikking mag niet worden gebruikt om verantwoordelijken uit de wind te houden'. *Financieel Dagblad*.

¹⁰ Bart Mos. (25 januari 2021). 'Advocaten laken uitspraken oud-rechter Van Oosten over megaschikkingen'. *Telegraaf*. En: Bart Mos. (11 februari 2021 donderdag). 'Advocaat Gerrit Zalm: onderbuik regeert bij roep om bestuurders te zien hangen'. *Telegraaf*.

¹¹ Hanneke Chin-A-Fo, Camil Driessen. (6 september 2018). 'Zolang je maar genoeg betaalt, is schijnbaar alles toegestaan'. *NRC Handelsblad*.

¹² (7 september 2018). Boosheid over ING laait verder op. *NRC Handelsblad*.

¹³ C.M.I. van Asperen de Boer & M. van Duijvenbode, 'Openheid in schikkingspraktijk OM', *NJB* 2015, afl. 4, p. 1-2.

¹⁴ C.M.I. van Asperen de Boer & M. van Duijvenbode, 'Schikkingscultuur in fraudezaken ondermijnt de rechtsontwikkeling', *NJB* 2014/521, p. 1-6.

¹⁵ N.G.H. Verschaeren & A.B. Schoonbeek, 'Geschied en gewogen; streeft roep om rechterlijke toetsing van transacties doel voorbij?', *TBS&H* 2015, afl. 5, p. 191.

¹⁶ Deze vragen richten zich op gebrek aan controle en het beeld dat natuurlijke personen hun vervolging afkopen. Zie Aanhangsel van de Handelingen II 2017/18, nrs. 1872, 2207 en 2208.

controleerend en rechtsbeschermend kunnen optreden.¹⁷ Kritiek vanuit juridische hoek richt zich daarnaast ook op de andere twee categorieën.

4. De Toetsingscommissie

De commissie heeft als taak het adviseren van het College van Procureurs-generaal omtrent het voornemen om een strafzaak af te doen middels een hoge transactie. Deze taak voert zij uit overeenkomstig de Aanwijzing hoge transacties.¹⁸ Zij adviseert over de vraag of sprake is van een passende afdoening waartoe het Openbaar Ministerie in redelijkheid heeft kunnen besluiten. De vraag of een afdoening passend is, wordt (marginaal) beoordeeld op grond van de uitgangspunten van de aanwijzing en alle omstandigheden van het geval.¹⁹

4.1 Vervolging natuurlijke personen

Eén van die uitgangspunten is dat ook natuurlijke personen, indien mogelijk, worden vervolgd.²⁰ Voorheen was vervolging van opdrachtgevers en feitelijk leidinggevers – indien mogelijk – ‘wenselijk’.²¹ De nieuwe Aanwijzing lijkt minder vrijblijvend geformuleerd. Dat is ongetwijfeld ingegeven door de ophef over hoge transacties, waarbij ondanks de maatschappelijke wens niet tot vervolging van natuurlijke personen werd overgegaan.

Commissievoorzitter Van Oosten lijkt op dit punt strak op de bal te spelen. ‘Zijn’ commissie zou de taak hebben om de kloof tussen de schikking en de publieke opinie te verkleinen. Dat lijkt hij vooral te willen doen door betrokken individuen niet al te gemakkelijk weg te laten komen.²² Deze wijze van beoordeling van een voorgenomen transactie ademt een extern perspectief: als het aan het grote publiek niet is uit te leggen, dan deugt de schikking niet.

Betwijfeld kan worden of zo’n perspectief zondermeer gerechtvaardigd is. Zaken waarin hoge transacties worden gesloten zijn vaak omvangrijk en complex. Zeker als het gaat om de haalbaarheid van een vervolging van feitelijk leidinggevers zal het grote publiek zowel juridisch als in dossierkennis onvoldoende kennis van zaken hebben. Terwijl het algemeen gevoelen, gelet op de ophef na de ING-schikking, is dat de feitelijk leidinggevers niet buiten schot mogen blijven. Als de commissie die publieke opinie te zeer volgt, kan dat grote gevolgen hebben voor de voorgenomen transactie. Als de commissie na een marginale toets aanwijzingen ziet voor vervolging van natuurlijke personen en daarom een voorgenomen transactie – waarin deze vervolging niet is opgenomen – afwijst, dan moet er een nieuwe vervolgingsbeslissing komen. Die beslissing zal in veel gevallen een gerechtelijke procedure voor zowel de rechtspersoon als de feitelijk leidinggevers betekenen, terwijl voor die laatste de bewijzen niet overduidelijk zijn. Wat volgt is een (vaak) langdurige strafrechtelijke vervolging met een hoogst onzekere uitkomst voor de feitelijk leidinggevers. Een potentiële vrijspraak ligt op de loer.

¹⁷ *Kamerstukken II 2018/19, 35000 VI, 51* (motie van de leden Van Nispen en Groothuizen).

¹⁸ *Instellingsbesluit Toetsingscommissie hoge transacties, Stcrt. 2020, 46165, art. 2 en 3.*

¹⁹ *Aanwijzing hoge transacties 2020 onder 5, sub b.*

²⁰ *Aanwijzing hoge transacties 2020 onder 4.*

²¹ *Aanwijzing hoge en bijzondere transacties, Stcrt. 2008, 321 onder 3.*

²² Ivo Bökkerink, Pieter Couwenbergh. (25 januari 2021). ‘Schikking mag niet worden gebruikt om verantwoordelijken uit de wind te houden’. *Financieel Dagblad*.

De taakopvatting van Van Oosten kan in dat licht reden voor ongerustheid geven. Als de commissie haar oren al teveel laat hangen naar de publieke opinie, dan is het risico op marktpleinjustitie groot: als er niemand hangt, dan is er geen recht gedaan. Dat zal allicht de publieke honger naar bestraffing stillen, maar het kan de transactiepraktijk onder hoogspanning zetten. Als de commissie echter te gemakkelijk instemt met het niet vervolgen van feitelijk leidinggevers, dan de uitspraak van Van Oosten doet vermoeden, dan kan de publieke toorn elk moment opnieuw ontvlammen. Het is voor de commissie hoe dan ook op eieren lopen en daarmee is naast het Openbaar Ministerie ook de commissie een potentieel doelwit van onvrede.

De adviseringsmogelijkheden van de commissie zijn een belangrijke beperking: het is *deal or no deal*. Er is geen ruimte voor een voorwaardelijk advies. Omdat een negatief advies een verstrekkend gevolg heeft (een nieuwe vervolgingsbeslissing), is het te hopen dat de commissie daartoe niet te lichtvaardig besluit. Naast de kloof tussen publieke opinie en schikking dient er ook oog te zijn voor de gerechtvaardigde belangen die het Openbaar Ministerie, de rechtspraak én verdachte hebben bij het wel kunnen overeenkomen van een transactie. Alleen al de druk die dergelijke strafzaken op de rechterlijke macht en daarmee op de doorlooptijden van andere strafzaken hebben, is een belang dat niet uit het oog mag worden verloren. Ter dichting van de kloof waarover commissievoorzitter Van Oosten spreekt, zou dat wellicht duidelijker naar voren moeten worden gebracht.

Het Openbaar Ministerie heeft met ABN AMRO Bank getransigeerd, voordat er daadwerkelijk vervolging tegen natuurlijk personen is ingesteld. Het onderzoek tegen drie verdachte personen is wel gaande.²³ Dat gegeven was voor de Toetsingscommissie voldoende geruststellend om positief over de transactie te adviseren. Voor het Nelson-onderzoek naar de dochterbedrijven van het SHV-concern geldt dat het Openbaar Ministerie ook daar voornemens is vervolging in te stellen tegen de reeds als verdachte aangemerkte natuurlijke personen.²⁴ Het is vooralsnog wachten op de eerste transactie die ter advies wordt voorgelegd aan de commissie waarin deze vervolging niet is opgenomen. Pas dan kan eventueel duidelijk worden of de commissie inderdaad zo streng is als Van Oosten doet vermoeden.

4.2 Externe openbaarheid

Een veelgehoorde klacht over hoge transacties is het ontbreken van rechterlijke toetsing en onafhankelijke controle op de rechtmatigheid van de transactie.²⁵ Doordat er bij het uitblijven van een transactie een openbare terechtzitting plaatsvindt, is de rechtsgang extern controleerbaar. Juist op dit punt klinkt veel kritiek op de transactiepraktijk. Er zou sprake zijn

²³ <https://www.om.nl/actueel/nieuws/2021/04/19/abn-amro-betaalt-480-miljoen-euro-vanwege-ernstige-tekortkomingen-bij-het-bestrijden-van-witwassen>

²⁴ <https://www.om.nl/actueel/nieuws/2021/04/28/econosto-mideast-econosto-eriks-cmk-en-mammoet-salvage-treffen-transacties-met-het-openbaar-ministerie>

²⁵ K.C.J. Vriend, 'De hoge en bijzondere transactie: een pleidooi voor rechterlijke controle op de afdoening buiten geding', *TBS&H* 2016, nr. 4, p. 202.

van schimmige achterkamertjespolitiek.²⁶ De rechterlijke toetsing moet deze bezwaren wegnemen.²⁷

Het is maar zeer de vraag of de commissie die rol kan vervullen totdat de rechterlijke toetsing een feit is. De commissie adviseert immers niet ter openbare terechtzitting. Zij adviseert aan het College van Procureurs-generaal. Uit de aanwijzing volgt niet dat het advies, of een verslag van het verhandelde op de hoorzitting, moet worden gepubliceerd, bijvoorbeeld samen met het uiteindelijke persbericht indien een transactie wordt overeengekomen.²⁸ Indien bovendien negatief wordt geadviseerd, is de deal van de baan en wordt het advies ook niet naar buiten gebracht.²⁹ Overigens zijn de eerste adviezen van de commissie wel gepubliceerd, maar slechts omdat uiteindelijk een transactie overeengekomen is. Het geheel blijft zich daarom (deels) buiten de openbaarheid afspelen.

Dit zou wellicht gecompenseerd kunnen worden door een hoge mate van onafhankelijkheid van de Toetsingscommissie, maar ook daar schort het een en ander aan. Alle leden van de commissie kunnen worden geschorst en ontslagen door het College. Ondanks het feit dat de commissie haar eigen werkwijze vast mag stellen³⁰, werpt dit wel een schaduw over haar onafhankelijkheid. Als de commissie besluit haar onafhankelijkheid te tonen door – in de ogen van het College van Procureurs-generaal – te lichtvaardig negatief te adviseren, dan is het niet ondenkbaar dat te eigenzinnige leden de commissie weer moeten verlaten.

In deze constructie zit ook een fundamenteel probleem. Onder de oude aanwijzing moest een voorgenomen hoge (of bijzondere) transactie worden voorgelegd aan de Minister van Justitie en Veiligheid.³¹ In de nieuwe wettelijke regeling komt hiervoor een rechterlijke toets in de plaats, waardoor de Minister niet meer politiek verantwoordelijk is. Tot die tijd is er de commissie. Die valt onder het Openbaar Ministerie en daarmee in beginsel wél onder het bereik van de politieke verantwoordelijkheid van de Minister. De commissie wordt geacht onafhankelijk te zijn en te fungeren als substituut voor rechterlijke controle. Waar de Minister voorheen zelf de handtekening zette, kan hij zich nu – in ieder geval theoretisch – verschuilen achter de commissie. De parlementaire controleerbaarheid van de transactiepraktijk lijkt daarmee afgenomen.³² Bovendien is de Minister zowel politiek verantwoordelijk voor de door het OM voorgenomen transactie als voor het negatieve advies van de commissie, wat de positie van de Minister er bij onenigheid tussen OM en commissie niet makkelijker op maakt.

Kortom, zowel de publieke controleerbaarheid als de feitelijke onafhankelijkheid van de commissie zijn geen uitgemaakte zaak. Dat maakt het hoogst discutabel of de commissie een oplossing is voor het gebrek aan openbaarheid bij (hoge) transacties.

²⁶ C.M.I. van Asperen de Boer & M. van Duijvenbode, 'Openheid in schikkingspraktijk OM', *NJB* 2015, afl. 4, p. 1.

²⁷ *Kamerstukken II* 2018/19, 29279, nr. 478, p. 8.

²⁸ Aanwijzing hoge transacties, onder 6.

²⁹ Ivo Bökkerink, Pieter Couwenbergh. (25 januari 2021). 'Schikking mag niet worden gebruikt om verantwoordelijken uit de wind te houden'. *Financieel Dagblad*.

³⁰ Instellingsbesluit Toetsingscommissie hoge transacties, *Stcrt.* 2020, 46165, art. 7.

³¹ Aanwijzing hoge en bijzondere transacties, *Stcrt.* 2008, 321 onder 5.

³² S. Kerssies, 'Hoge transacties en de politieke verantwoordelijkheid voor het Openbaar Ministerie', *Ars Aequi* 2020, p. 473.

4.3 Rechtsvorming

Doordat een transactie zich afspeelt buiten het zicht van de rechter, kan deze zich niet uitlaten over de rechtsvragen die in de zaak beantwoord moeten worden. De jurisprudentiële ontwikkeling van het recht verloopt niet zelden via casuïstische weg, waarbij het uitkristalliseren van wettelijke elementen door de praktijk vorm krijgt. Zo bezien schaadt de transactiepraktijk rechtsvorming door de rechter.³³

De oude aanwijzing hoge en bijzondere transacties bepaalde dat het bij juridisch principiële punten van belang kon zijn om niet te transigeren. Dat zou de ontwikkeling van jurisprudentie namelijk kunnen schaden.³⁴ Opmerkelijk genoeg is dit in de nieuwe aanwijzing niet meer terug te vinden. Het bestaan van principiële rechtsvragen lijkt daarmee geen contra-indicatie meer te zijn voor het aanbieden van een transactie.

Vanuit het perspectief van de maatschappij en politiek hoeft dat geen probleem te zijn. Daar zit de kritiek vooral op het ontbreken van een rechterlijke toets en bij het beeld van klassenjustitie. De kritiek op het ontbreken van rechtsvorming bij transacties klinkt vooral vanuit wetenschappelijk-juridische hoek.

Door de marginale toetsing en het gebrek aan voorwaardelijke adviseringsmogelijkheden is er geen ruimte om nader te reflecteren op prangende rechtsvragen wanneer de transactie wordt beoordeeld door de commissie. Daarbij heeft de commissie ook niet de bevoegdheid rechtsvormend op te treden. Haar adviezen hebben geen jurisprudentiële waarde. Aan die kritiek op de transactiepraktijk wordt met het instellen van de commissie dus niet tegemoet gekomen.

4.4 Machtsmisbruik Openbaar Ministerie

Ten slotte wordt gewezen op de mogelijkheid tot machtsmisbruik door het Openbaar Ministerie. Die mogelijkheid vloeit voort uit de ongelijke verhouding tussen het Openbaar Ministerie en de verdachte. Laatstgenoemde heeft alle belang bij het voorkomen van een behandeling van de zaak ter terechtzitting en is bereid daarvoor te betalen. Dat kan maken dat het Openbaar Ministerie bewijstechnisch zwakkere zaken toch poogt af te doen met een transactie.³⁵ De verdachte rechtspersoon kan overwegen dat een langdurige en kostbare rechtszaak, met alle negatieve publiciteit van dien, ondanks de kans op vrijspraak uiteindelijk toch negatiever is dan een snelle schikking. De combinatie van deze twee factoren zorgt voor een verhoogd risico op machtsmisbruik door het Openbaar Ministerie.

In beginsel kan de Toetsingscommissie wel tegenwicht bieden aan deze risico's. Indien bewijstechnisch zwakke zaken worden voorgelegd ter advisering over een transactie, dan kan

³³ C.M.I. van Asperen de Boer & M. van Duijvenbode, 'Schikkingscultuur in fraudezaken ondermijnt de rechtsontwikkeling', *NJB* 2014/521, p. 1-6.

³⁴ Aanwijzing hoge en bijzondere transacties, *Stcrt.* 2008, 321 onder 2.

³⁵ G.J.M. Corstens, *Het Nederlands strafprocesrecht*, bewerkt door M.J. Borgers en T. Kooijmans, Deventer: Kluwer 2018, p. 1045.

zij negatief adviseren op basis van het feit dat er onvoldoende bewijs is. Dit doet ons aan als theoretische mogelijkheid, omdat het lastig voorstelbaar is dat een rechtspersoon mee zou werken aan een (hoge) transactie als er daadwerkelijk onvoldoende bewijs zou liggen. Ook in de al bestaande praktijk waarin erkenning van schuld en het openbaar maken van een feitenrelaas onderdeel uitmaken van de transactie lijkt weinig ruimte voor dergelijk machtsmisbruik. De meerwaarde van de commissie is hier dan ook gering.

5. De voorlopige balans opgemaakt

Nu de eerste adviezen zijn uitgebracht, kan de voorlopige balans worden opgemaakt. Het eerste dat opvalt, is dat de adviezen weinig spannend zijn. Er is in grote mate overlap met het feitenrelaas en persbericht van het Openbaar Ministerie. Dat rechtvaardigt de vraag wat het advies van de commissie aan meerwaarde heeft voor de transactiepraktijk. Indien de commissie daadwerkelijk ten doel heeft het dichten van de kloof tussen publiek en transactie, dan valt vooralsnog niet in te zien hoe zij dat in aanvulling op feitenrelaas en persbericht doet. Het advies in de ABN AMRO zaak behelst niet veel meer dan de vaststelling dat aan de formele vereisten is voldaan en enkele overwegingen over de hoogte van de transactie. Waarom in dit geval de voorkeur wordt gegeven aan een transactie in plaats van een rechtelijke procedure wordt niet duidelijk, anders dan dat de maatschappelijke onrust over de feiten geen aanleiding geeft de zaak aan de rechter voor te leggen. Die onrust kwam in de ING zaak echter ook pas nadat bekend was geworden dat een transactie was aangegaan. In het advies over de transactie met SHV is het al niet veel anders. Ook hier de algemene overwegingen die ook in het advies in ABN AMRO te vinden zijn. In dit advies is wel een extra overweging opgenomen over de korting die SHV heeft gekregen in verband met het zelf melden en meewerken aan het onderzoek. Het is daarbij wel de vraag of hier een bijzondere rol is weggelegd voor de commissie omdat de informatie over het kortingspercentage ook door het OM zelf gegeven had kunnen worden. Meer dan herhalen wat het OM heeft toegelicht doet de commissie eigenlijk niet.

Wat daarnaast opvalt, is het vrij grote gemak waarmee de commissie akkoord gaat met het voornemen om vervolging tegen natuurlijke personen in te stellen. Het is immers evenwel denkbaar dat dit voornemen na het transigeren niet resulteert in daadwerkelijke vervolging. Afgezet tegen de ferme woorden van Van Oosten lijkt een dergelijke toezegging toch wat mager.

Een derde opvallende zaak die hierop voortborduurde, is het feit dat Van Oosten het Openbaar Ministerie liet weten dat ze vooral niet in de waan moesten leven dat de commissie slechts een stempelaar was.³⁶ Op basis van de eerste adviezen wordt niet duidelijk waar dan niet voor akkoord gestempeld is. Een kritische noot is namelijk niet te bespeuren. Een verklaring daarvoor zou kunnen zijn dat de eerste adviezen toevalligerwijs geheel op instemming van de commissie konden rekenen. Of kan het zo zijn dat de soep niet zo heet wordt gegeten als hij wordt opgediend?

³⁶ Ivo Bökkerink, Pieter Couwenbergh. (25 januari 2021). 'Schikking mag niet worden gebruikt om verantwoordelijken uit de wind te houden'. *Financieel Dagblad*.

Overigens moet daarbij wel worden opgemerkt dat van de commissie inhoudelijk ook niet al te veel verwacht kan worden. Om echt een inhoudelijk oordeel te kunnen vormen moet het volledige dossier beoordeeld worden waarbij standpunten van het OM, maar ook ter verdediging naar voren kunnen worden gebracht. Een behandeling ter zitting dus. Maar dat doet afbreuk aan de aard van de transactie waarbij dat nou juist beoogd wordt voorkomen te worden. Ook de rechter die na inwerkingtreding van de nieuwe wet transacties zal toetsen, moet het doen met beperkte informatie van partijen die het er beiden over eens zijn en er beiden belang bij hebben dat een transactie moet volgen. De waarde van het toetsen van die overeenkomst lijkt op grond van de adviezen in de zaken van ABN AMRO en SHV zeer beperkt.

6. Conclusie

De Toetsingscommissie heeft vooralsnog in twee onderzoeken advies uitgebracht. Zij is ingesteld ter overbrugging van de periode waarin er wettelijk nog geen rechterlijke toetsing is vastgelegd.

Naar onze mening kan de commissie slechts ten dele tegemoet komen aan de kritiek die er in het verleden is geweest op hoge transacties. Inzake rechtsvorming en openbaarheid zien wij voor de commissie geen meerwaarde. Bij het tegengaan van potentieel machtsmisbruik is die meerwaarde er wellicht, maar slechts in beperkte mate.

Ten aanzien van vervolging van mogelijk betrokken natuurlijke personen balanceert de Toetsingscommissie op een smal evenwichtskoord. Commissievoorzitter Van Oosten lijkt transacties zonder vervolging van natuurlijke personen niet snel goed te willen keuren. Dat zal tegemoetkomen aan kritiek vanuit maatschappij en politiek. Het kan echter ook leiden tot een grotere belasting op de rechterlijke macht en tot minder bereidwilligheid bij rechtspersonen om transacties aan te gaan. De maatschappelijke kritiek in de ING zaak kwam vooral voort uit het feit dat bestuurders de dans ontsprongen. In de zaken van ABN AMRO en SHV is weliswaar sprake van onderzoeken waarin natuurlijk personen als verdachten zijn aangemerkt, maar of dat tot een vervolging gaat leiden waarin die natuurlijke personen voor de rechter worden gebracht, is nog maar zeer de vraag. Die onduidelijkheid is voor de commissie in ieder geval geen beletsel de transactie met de rechtspersoon goed te keuren. Als de eerste zaken zonder vervolging van natuurlijke personen ter advisering worden voorgelegd, kan duidelijk worden hoe streng de commissie precies is.

Het is afwachten hoe de commissie haar plek precies zal innemen. Naar verwachting zal zij niet op alle onderdelen rust kunnen brengen rond de hoge transacties zoals die in de praktijk tussen OM en verdachte (rechts-)personen worden gesloten. Er zou zelfs een heel nieuwe dynamiek kunnen ontstaan rond de commissie die in die praktijk meer onrust brengt en uiteindelijk ten koste gaat van een transactiepraktijk die zijn waarde wel degelijk heeft.