

ING: begin van het einde van de buitengerechtelijke afdoening?

mr. N. Gonzalez Bos¹

Uit het feitenrelaas dat onderdeel uitmaakt van de transactie-overeenkomst tussen het OM en de ING, blijkt dat niet alle potentiële overtredingen van de Wwft en signalen van witwassen tot op de bodem zijn uitgezocht. Dit zou waarschijnlijk ook niet zijn gebeurd als de zaak voor de strafrechter was gebracht. Gelet op de beperkte opsporingscapaciteit kan het OM niet anders dan de omvang van dit soort onderzoeken beperken. Als een dergelijke zaak voor de rechter komt, wordt in de regel op de dagvaarding volstaan met een aantal geselecteerde verwijten. Verloop en uitkomst van een gang naar de rechter zouden er in het geval van ING anders hebben uitgezien dan de transactie die nu is overeengekomen. Desondanks valt niet in te zien welk belang de maatschappij of bank hierbij zou kunnen hebben.

Bij een transactie kunnen alle strafbare gedragingen waarvoor naar het oordeel van het OM voldoende bewijs is, worden betrokken. Hierdoor kon een schikkingsbedrag van 775 mio. worden bereikt. De hoogte van een door de rechter op te leggen boete is in beginsel gebonden aan hetgeen bewezen is verklaard. Om hierbij ook maar enigszins in de buurt te komen van 775 mio. zou het OM een zeer groot aantal zaken volledig moeten hebben onderzoeken en tenlasteleggen. Uit het feitenrelaas kan worden afgeleid dat hiervoor honderden miljoenen transacties opnieuw zouden moeten worden geladen en onderzocht. Niet duidelijk is of er naast de vier casus die in het feitenrelaas zijn beschreven, nog andere casus volledig zijn onderzocht. Dat alle potentiële overtredingen van de Wwft en signalen van witwassen in één keer zijn afgedaan met een transactie-overeenkomst, is zowel voor de maatschappij als de bank een goede uitkomst. Er is ten behoeve van de staatskas een aanzienlijk bedrag binnengehaald door het FP, terwijl opsporings- en zittingscapaciteit is bespaard. ING is ondertussen een langlopend onderzoek en een procedure met onzekere uitkomst bespaard gebleven. Dit is ook in het belang van de rest van de financiële sector.

Met een afdoening buiten de rechter om, neemt echter de maatschappij geen genoegen. De Tweede Kamer heeft de regering recentelijk in een motie

verzocht om de rechter een rol te geven bij de totstandkoming van hoge en bijzondere transacties. De Raad voor de Rechtspraak had al eerder laten weten hiervan voorstander te zijn. Inmiddels heeft ook het College van Procureurs-Generaal laten weten dat het OM een rechterlijke toets wil, met dien verstande dat de rechter slechts – marginaal – zou mogen toetsen of een hoge transactie rechtmatig is. Niet duidelijk is of dit volgens het OM in het openbaar moet plaatsvinden.

Aangezien een onderneming zelf kiest of het een transactie-aanbod aanvaardt, heeft invoering van een rechterlijke toets pas zin indien daarbij de voordelen van het transigeren overeind blijven. Het gaat dan om het belang dat de onderneming erbij heeft om niet jarenlang onderwerp te zijn van een openbare strafzaak. Gelet op de financiële en personele tekorten waarmee OM en rechtelijke macht sinds jaar en dag kampen, is echter niet te verwachten dat een rechter binnen redelijke termijn een transactie met een omvang zoals die van ING, kan toetsen. Wanneer het niet meer mogelijk blijkt een schikking op korte termijn finaal overeen te komen, dan is het alternatief dat óók lang duurt (de zaak voor de zittingsrechter laten komen, met de mogelijkheid dat een lager boete- en/of ontnemingsbedrag wordt opgelegd), ineens minder onaantrekkelijk. Als ondernemingen er om deze reden vaker voor kiezen zaken met een dergelijke omvang op zitting te laten komen, dreigt het systeem ondertussen nog verder verstopt te raken.

Naast de verwachting dat een rechterlijke toets vertragend werkt, kan een *openbare* toets door een rechter zoals gewenst, ertoe leiden dat ondernemingen er vaker voor kiezen niet meer te schikken maar te procederen. Hierbij is van belang dat de openbaarheid van een procedure bij een rechter, van geheel andere aard is dan het gebruik om tegenwoordig naar aanleiding van een transactie een persbericht en feitenrelaas te publiceren. Niet het gehele proces, maar slechts de uitkomst hiervan is openbaar en er kan meestal – binnen redelijke grenzen – input worden geleverd op de bewoordingen van deze berichtgeving, hetgeen bij een rechterlijk oordeel niet aan de orde is. Het invoeren van een toets in het openbaar, kan daarnaast gevolgen hebben voor de opsporing en vervolging. De mogelijkheid om de zaak buiten de rechter om te kunnen afdoen door middel van een transactie, werpt namelijk zijn schaduw vooruit. Zoals blijkt uit de

1. Nils Gonzalez Bos is advocaat bij Houthoff in Amsterdam.

transactie-overeenkomst, heeft ING medewerking verleend aan het strafrechtelijk onderzoek. In zo een geval verloopt het onderzoek sneller en efficiënter. Getuigen zijn bereid om een verklaring af te leggen en gegevens kunnen snel en eenvoudig worden verkregen. Bij de afweging van een onderneming om wel of niet een dergelijke medewerking te verlenen (en/of strafbare feiten zelf te melden), is vooral van belang dat zo een medewerking in de regel voorwaarde is om in een later stadium nog in aanmerking te komen voor een buitengerechtelijke afdoening. Is dit echter niet langer aantrekkelijk doordat een openbare rechterlijke toets in het verschiet ligt, dan ligt meewerken aan het onderzoek ook meteen minder voor de hand.

Zou een rechterlijke toets toch moeten worden ingevoerd vanwege de genoemde maatschappelijke sentimenten, dan is (mij) ten slotte niet duidelijk wat de rechter precies moet toetsen. Het OM heeft aangegeven dat hij (marginaal) de rechtmatigheid dient te beoordelen. Hierbij moet vermoedelijk worden gedacht aan de vraag of er voldoende wet-
tig en overtuigend bewijs is. Anders dan het geval is bij beslissingen met een duidelijke beleidscomponent (bijvoorbeeld of vervolging opportuun is), leent de bewijsvraag zich echter helemaal niet voor marginale toetsing en kunnen zich juist in dit soort zaken over de Wwft en witwassen door corporates ingewikkelde rechtsvragen voordoen, die slechts nadat alle feiten zijn vastgesteld goed kunnen worden beantwoord.

Banken zijn de spil van het economisch verkeer, waardoor zich gemakkelijk de situatie kan voordoen dat er crimineel vermogen door de bank gaat. Om te kunnen zeggen dat de bank zich schuldig maakt aan (schuld)witwassen, is vereist dat ten tijde van het beleggen, bijschrijven van tegoeden enzovoorts (verwerven, overdragen, omzetten) de bank redelijkerwijs had moeten vermoeden dat deze van misdrijf afkomstig waren, dan wel het vermogen nog onder zich heeft (voorhanden hebben) indien dat vermoeden later ontstaat. Van het verbergen of verhullen van crimineel vermogen is pas sprake indien het zicht op (bijvoorbeeld) de herkomst van bepaalde voorwerpen is bemoeilijkt en de gedragingen geschikt zijn om te verbergen of verhullen. Het is niet eenvoudig voorstelbaar dat een bank zich hieraan schuldig maakt; rechtspraak en wetsgeschiedenis bieden geen aanknopingspunten voor de opvatting dat het niet-melden van een ongebruikelijke transactie bijvoorbeeld als een dergelijk verbergen of verhullen kan worden aangemerkt. Zowel het vaststellen van de voor witwassen vereiste wetenschap als het oordeel over de witwasgedraging (en of bepaald vermogen überhaupt wel van misdrijf afkomstig is), vergt dus een uitgebreid feitelijk en juridisch onderzoek in plaats van een marginale toets. Op ingewikkelde vragen zoals die hiervoor zijn genoemd, is het systeem van verweren en responderen dan beter toegesneden, evenals zij bij schikkingsonderhandelingen de aandacht kunnen krijgen die zij verdienen. Het zou onwenselijk zijn als de mogelijkheid om buiten de

rechter om te onderhandelen en transigeren, wordt afgeschafte of ingeruild voor een rechterlijke toets.