

Artikel

Heb je even voor mij? Over het belang van verbinding en dialoog in de fraudepraktijk

Mr. G.M. Boezelman, mr. J.N. de Boer, mr. L.M. Smithuijsen, mr. J.R.J. Gijsen en mr. B.W. van Beek*

1. Een wereld te winnen¹

Van cliënten krijgen wij regelmatig de vraag waarom officieren van justitie een aparte ingang hebben in de rechtszaal die uitkomt op dezelfde gang als de rechters. Dit roept bij hen vaak de vraag op of er op die gang iets wordt bekonkeld tussen officieren en rechters. En dat kunnen wij ons goed voorstellen. Hoewel wij altijd uitleggen dat de zaak enkel tijdens de zitting wordt besproken, zijn wij er natuurlijk niet bij op die gezamenlijke gang. Onlangs wees een officier van justitie ons erop dat die eigen ingang voor het Openbaar Ministerie met name omwille van hun veiligheid is. Een officier kan in sommige gevallen dreiging ervaren als hij op de openbare gang staat te wachten. Aan deze volstrekt logische en legitieme reden hadden wij eerlijk gezegd nog nooit gedacht.

Soms ben je zo gewend geraakt aan je eigen invalshoek, dat het moeilijk is om je in te leven in de positie van

anderen en om oog te hebben voor hun beweegredenen. Dat is zonde. Het simpele voorbeeld over de eigen ingang van het Openbaar Ministerie in de zittingszaal toont aan dat het de onderlinge verhoudingen ten goede komt als je met elkaar in gesprek blijft. Op die manier houden partijen oog en respect voor elkaars belangen. Met elkaar praten levert begrip en verbinding op.

Dat effect hebben wij ook ervaren naar aanleiding van onze blogs op Vaklunch.nl. Voor het tienjarig jubileum zijn wij in gesprek gegaan met professionals vanuit het Openbaar Ministerie, de FIOD, de Belastingdienst, de rechterlijke macht, de wetenschap en de advocatuur met als doel de verbinding tussen de verschillende disciplines te vinden. De centrale vraag in die gesprekken is hoe wij gezamenlijk het fiscale proces en het strafproces een stap verder kunnen brengen. Een belangrijke conclusie van deze gesprekken was dat we bereid moeten zijn naar elkaar te luisteren en dat dit ook kan bijdragen aan het oplossen van conflicten en dus een efficiëntere rechtspleging. De sleutel ligt dus in de verbinding.

Verbinding biedt ook een mooie basis voor het nieuwe fenomeen procesafspraken. In dit artikel gaan wij in op het belang daarvan voor de fraudepraktijk, maar plaatsen wij ook drie kanttekeningen. Natuurlijk leent lang niet iedere zaak zich voor een alternatieve oplossing, maar onze ervaring is dat het in ieder geval nooit kwaad kan om de telefoon op te pakken en een kop koffie te drinken met de wederpartij. We dagen je uit om niet meer op zoek te gaan naar verschillen, maar juist naar raakvlakken en oog te hebben voor elkaars belangen zonder afbreuk te doen aan het belang van je cliënt. Op die manier is volgens ons nog een wereld te winnen.

* Mr. G.M. Boezelman is advocaat bij Hertoghs advocaten in Amsterdam en auteur voor Vaklunch.nl. Mr. J.N. de Boer is advocaat bij Hertoghs advocaten in Amsterdam en auteur voor Vaklunch.nl. Mr. L.M. Smithuijsen is advocaat bij Hertoghs advocaten in Amsterdam en auteur voor Vaklunch.nl. Mr. J.R.J. Gijsen is advocaat bij Hertoghs advocaten in Amsterdam en auteur voor Vaklunch.nl. Mr. B.W. van Beek is juridisch medewerker bij Hertoghs advocaten in Amsterdam en auteur voor Vaklunch.nl.

¹ De titel van het artikel is een verwijzing naar de gelijknamige bundel interviews met verschillende procesdeelnemers, die werd samengesteld vanwege het tienjarig jubileum van Vaklunch.nl: G.M. Boezelman & J.N. de Boer, 'Heb je even voor mij? Gesprekken over vertrouwen, verbinding en rechtsvrede', 2023, te vinden op: https://vaklunch.nl/wp-content/uploads/2023/02/HERTOGHS_Vaklunch_Heb-je-even-voor-mij_interactieve.pdf.

2. Het belang van procesafspraken

Het strafrechtapparaat is al jaren overbelast.² Binnen politie en justitie is een groot capaciteitsgebrek en ook de zittende magistratuur gaat gebukt onder een te hoge werkdruk.³ Het strafproces kan dus wel een efficiencyslag gebruiken. Fraudezaken nemen ten opzichte van andere strafzaken bijzonder veel tijd in beslag. Dat geldt voor het opsporingsonderzoek, maar ook voor het daaropvolgende strafproces.⁴ Tijdwinst in fraudezaken zou dus een bijdrage leveren aan het oplossen van de capaciteitsproblemen. Een manier om die tijdwinst te boeken is door op zoek te gaan naar meer verbinding tussen de procesdeelnemers. Wanneer de verdediging en het Openbaar Ministerie in een vroeg stadium al nader tot elkaar komen, kan een langslappende procedure immers mogelijk worden voorkomen of beperkt. Het is wat ons betreft dan ook meestal de moeite waard om alternatieve afdoeningswijzen te onderzoeken.

Het Openbaar Ministerie is bevoegd om zaken buitengerechtelijk af te doen door middel van een sepot (art. 167 Sv), een transactie (art. 74 Sr) of een strafbepaling (art. 257a Sv). Naast deze klassieke buitengerechtelijke afdoeningswijzen bestaat tegenwoordig de mogelijkheid om procesafspraken te maken als de zaak al onder de rechter is.

In 2019 kwamen de verdediging, het Openbaar Ministerie en de Belastingdienst tot afspraken over de afdoeningswijze in de zaak 'Cymbal'. Het Openbaar Ministerie en de verdediging maakten afspraken over de straf. Onderdeel daarvan was dat het onvoorwaardelijke deel van de gevangenisstraf overeenkwam met de tijd die al in voorarrest was doorgebracht. Die afspraken werden aan de rechtbank voorgelegd. Die zette echter een streep door die afspraken en ging over tot een veroordeling met een veel hogere gevangenisstraf.⁵ Een zware dobber voor de betrokken procespartijen, maar de kiem voor het maken van procesafspraken was wel gelegd.

Procesafspraken is de overkoepelende term die wordt gebruikt als de zaak al onder de rechter is, maar de verdediging en het Openbaar Ministerie samen een afdoe-

ningsvoorstel overeenkomen dat vervolgens wordt voorgelegd aan de rechter. Sinds 2021 komen procesafspraken in toenemende mate voor in de jurisprudentie. Vanwege het gebrek aan een juridisch kader liepen de uitspraken inhoudelijk sterk uiteen: bijna iedere rechtbank leek wel een eigen toets te hanteren.⁶ De afspraken lieten inhoudelijk regelmatig te wensen over.⁷ En de verschillende rechtbanken reageerden wisselend op dit nieuwe fenomeen. Waar sommige rechtbanken enthousiast waren⁸ en zelfs op procesafspraken aanstuurden,⁹ bleken andere rechtbanken minder positief tegenover het idee te staan.¹⁰ Het resultaat was dat een verdachte niet wist waar hij aan toe was. Er ontstond bovendien discussie over de vraag of deze nieuwe praktijk wel rechtmatig was, aangezien er geen wettelijke grondslag voor bestaat.

In september 2022 kwam op die vraag het verlossende antwoord. Naar aanleiding van een vordering tot cassatie in het belang der wet¹¹ oordeelde de Hoge Raad dat het maken van procesafspraken is toegestaan.¹² In het arrest benadrukt de Hoge Raad dat de totstandkoming van procesafspraken geen afbreuk doet aan de zelfstandige positie van de rechter.¹³ Met andere woorden: de afspraken tussen verdediging en Openbaar Ministerie en het afdoeningsvoorstel dat daaruit voortvloeit, zijn niet bindend. De rechter beoordeelt of de procesafspraken inhoudelijk en processueel een adequate basis vormen voor de behandeling van de zaak. Hij of zij houdt de verantwoordelijkheid voor de beantwoording van de vragen in artikel 348 en 350 Sr en ziet erop toe dat de eisen van een eerlijk proces worden nageleefd.¹⁴ Als de rechtbank meent dat de afspraken niet passen bij de ernst van de zaak, wordt het voorstel terzijde geschoven en de zaak alsnog behandeld.¹⁵

2 Hof Amsterdam 23 februari 2023, ECLI:NL:GHAMS:2023:457. Het hof merkt hier in een toelichting ten overvloede op dat de 'Nederlandse strafrechtpleging (...) al geruime tijd met een fors capaciteitstekort [kampt]'. Zie ook '#515: Keskin-getuigenverzoek te laat? Keskout!', Vaklunch.nl 8 maart 2023.

3 'Cao-ultimatum rechters en officieren volop in het nieuws', 23 februari 2023, Nvvr.org.

4 Zie ook Openbaar Ministerie, *Jaarbericht 2021*, p. 49. Uit deze cijfers blijkt dat het in 2021 gemiddeld 237 dagen duurde voordat bij het Openbaar Ministerie binnengekomen zogenoemde 'onderzoekszaken' werden beoordeeld door de zittende magistratuur. Onze ervaring is dat de doorlooptijd van fraudezaken ver boven dit gemiddelde ligt. Daar komt de duur van het opsporingsonderzoek onder leiding van de FIOD nog eens bovenop.

5 Rb. Overijssel 4 september 2019, ECLI:NL:RBOVE:2019:3103; zie ook '#337: Een stap vooruit, twee stappen terug', Vaklunch.nl 11 september 2019.

6 '#477: Procesafspraken, it takes three to tango', Vaklunch.nl 8 juni 2022.

7 '#486: Rechtbank over procesafspraken: "dit kan zo niet"', Vaklunch.nl 10 augustus 2022.

8 Hof Den Haag 17 maart 2022, ECLI:NL:GHDHA:2022:410; Rb. Noord-Holland 22 april 2022, ECLI:NL:RBNHO:2022:3606; Rb. Midden-Nederland 20 april 2022, ECLI:NL:RBMNE:2022:1495; Rb. Amsterdam 25 maart 2022, ECLI:NL:RBAMS:2022:2156; Rb. Overijssel 27 januari 2022, ECLI:NL:RBOVE:2022:213; Rb. Rotterdam 24 december 2021, ECLI:NL:RBROT:2021:12699; Rb. Limburg 9 december 2021, ECLI:NL:RBLIM:2021:9266.

9 Rb. Rotterdam 4 oktober 2021, ECLI:NL:RBROT:2021:9953; zie ook '#450: Creativiteit leidt tot efficiëntie', Vaklunch.nl 24 november 2021.

10 Hof Arnhem-Leeuwarden 1 april 2022, ECLI:NL:GHARL:2022:2523; Rb. Noord-Holland 28 juli 2022, ECLI:NL:RBNHO:2022:6845; Rb. Overijssel 14 juni 2022, ECLI:NL:RBOVE:2022:1785; Rb. Zeeland-West-Brabant 3 juni 2022, ECLI:NL:RBZWB:2022:3017; Rb. Noord-Nederland 31 mei 2022, ECLI:NL:RBNNE:2022:1972; Rb. Noord-Nederland 21 april 2022, ECLI:NL:RBNNE:2022:1385; Rb. Overijssel 11 maart 2022, ECLI:NL:RBOVE:2022:1071; Rb. Overijssel 28 februari 2022, ECLI:NL:RBOVE:2022:695; Rb. Overijssel 4 september 2019, ECLI:NL:RBOVE:2019:3103.

11 Concl. A-G Bleichrodt 14 juni 2022, ECLI:NL:PHR:2022:566, bij HR 27 september 2022; zie ook '#480: Procesafspraken; wel snel maar geen shortcut!', Vaklunch.nl 29 juni 2022.

12 HR 27 september 2022, ECLI:NL:HR:2022:1252.

13 '#494: Procesafspraken; het hoge woord is eruit', Vaklunch.nl 5 oktober 2022.

14 HR 27 september 2022, ECLI:NL:HR:2022:1252, r.o. 5.2.2.

15 HR 27 september 2022, ECLI:NL:HR:2022:1252, r.o. 5.2.2.

De Hoge Raad bepaalt verder dat rechtsbijstand voor de verdachte een vereiste is en dat de rechter niet betrokken mag worden bij de totstandkoming van de afspraken.¹⁶ Daarnaast moet de rechter nagaan ‘of de verdachte in de concrete omstandigheden van het geval vrijwillig, op basis van voldoende en duidelijke informatie en terwijl hij zich bewust was van de rechtsgevolgen, is gekomen tot de ondubbelzinnige beslissing mee te werken aan het afdoeningsvoorstel en de daarmee gepaard gaande afstand van verdedigingsrechten’. Om dat goed te kunnen onderzoeken, is van belang dat de verdachte ter zitting aanwezig is.¹⁷

In het arrest zijn wel richtlijnen gegeven, maar geen algemene regels over de voorwaarden voor de toelaatbaarheid van procesafspraken. Daar ligt een taak voor de wetgever, aldus de Hoge Raad.¹⁸ Ook advocaat-generaal Bleichrodt schreef in zijn vordering tot cassatie dat de wetgever een nadere bepaling en afgrenzing moet geven.¹⁹ De Minister van Justitie en Veiligheid heeft echter aangegeven dat zij eerst de publicatie van een OM-Aanwijzing over procesafspraken afwacht en dat zij vervolgens de wetgeving wil invullen aan de hand van de ontwikkelingen in de jurisprudentie.²⁰

Tot nog toe hebben procesafspraken dus nog geen handen en voeten in de regelgeving, en hoewel sinds het arrest van de Hoge Raad vaststaat dat procesafspraken toelaatbaar zijn, biedt ook de uiteenlopende jurisprudentie nog weinig houvast. Toch is men overwegend positief over deze nieuwe ontwikkeling.²¹ Ook wij zijn – niet geheel verrassend – enthousiast over deze ontwikkelingen. Toch plaatsen we drie kanttekeningen.

3. Drie kanttekeningen

3.1 Proceshouding

Een alternatieve afdoening is niet ‘gratis’. Van beide kanten worden concessies gedaan, maar het is doorgaans de verdachte die het Openbaar Ministerie het meest tegemoetkomt. Dat gebeurt zeker in de gevallen waarin het Openbaar Ministerie eist dat de verdachte een bekende verklaring aflegt of afziet van bepaalde verdedigingsrechten. De overkoepelende term voor de bereidheid van de verdachte om mee te werken (of het gebrek daaraan) wordt in de praktijk de ‘proceshouding’ genoemd. Tijdens afdoeningsgesprekken is de proceshouding een favoriet thema van het Openbaar Ministerie. De Aanwijzing hoge transacties identificeert de pro-

ceshouding ook als een van de elementen die de officier van justitie mag meewegen bij de beslissing om al dan niet een (hoge) transactie aan te bieden.²² Daarmee sluit de Aanwijzing hoge transacties aan bij reeds bestaande jurisprudentie, waaruit volgt dat de proceshouding ook relevant kan zijn voor een te nemen vervolgingsbeslissing.²³ De proceshouding lijkt eveneens relevant te zijn voor het Openbaar Ministerie in het kader van het maken van procesafspraken.²⁴

Het Openbaar Ministerie stelt met regelmaat dat de verdachte géén goede proceshouding heeft als hij of zij een beroep doet op het zwijgrecht of de feiten ontkent. In de kern leidt dit tot een dynamiek waarin bij het Openbaar Ministerie het gevoel ontstaat – al dan niet terecht – dat de verdachte iets te verbergen heeft. Veel autoriteiten zien een coöperatieve houding om (alsnog) een verklaring af te leggen of door alsnog stukken te overhandigen als mogelijke sleutel om tot afspraken te komen. Maar strookt die voorwaarde wel met de fundamentele waarborgen uit het strafrecht?

Op grond van artikel 29 lid 2 Sv heeft de verdachte een zwijgrecht. Uit de jurisprudentie volgt dat een beroep op dit zwijgrecht niet als belastend bewijs kan worden aangemerkt.²⁵ Het niet geven van een verklaring voor feiten en omstandigheden die om een verklaring schreeuwen, kan daarentegen wel betrokken worden bij de bewijsoverwegingen. Al in 1997 oordeelde de Hoge Raad in het zogenoemde Strippenkaart-arrest:

‘6.2. (...) De omstandigheid dat een verdachte weigert een verklaring af te leggen of een bepaalde vraag te beantwoorden kan op zichzelf, mede gelet op het bepaalde in art. 29, eerste lid, Sv, niet tot het bewijs bijdragen. Dat brengt echter niet mee dat de rechter, indien een verdachte voor een omstandigheid, die op zichzelf of in samenhang met de verdere inhoud van de bewijsmiddelen beschouwd redengevend moet worden geacht voor het bewijs van het aan hem telastegelegde feit, geen redelijke, die redengevendheid ontzenuwende, verklaring heeft gegeven, zulks niet in zijn overwegingen omtrent het gezegde bewijsmateriaal zou mogen betrekken.’²⁶

16 HR 27 september 2022, ECLI:NL:HR:2022:1252, r.o. 5.3.1.

17 HR 27 september 2022, ECLI:NL:HR:2022:1252, r.o. 5.4.3.

18 HR 27 september 2022, ECLI:NL:HR:2022:1252, r.o. 5.2.3.

19 Concl. A-G Bleichrodt 14 juni 2022, ECLI:NL:PHR:2022:566, bij HR 27 september 2022, par. 5.3.

20 Brief van de Minister van Justitie en Veiligheid van 26 oktober 2022, kenmerk 4 2 61282.

21 Peters en Liem, in: G.M. Boezelman & J.N. de Boer, ‘Heb je even voor mij? Gesprekken over vertrouwen, verbinding en rechtsvrede’, 2023, p. 11 en 25.

22 Aanwijzing hoge transacties, Stcrt. 2020, 46166, par. 2.

23 HR 13 juni 2017, ECLI:NL:HR:2017:1082, r.o. 2.4. De Hoge Raad oordeelde in deze zaak dat het oordeel van het hof dat de beslissing van het openbaar ministerie om de verdachte te dagvaarden geen schending opleverde van het gelijkheidsbeginsel, het verbod van willekeur, het vertrouwensbeginsel of het beginsel van een redelijke en billijke belangenafweging, niet onbegrijpelijk was, ‘mede in aanmerking genomen de proceshouding van de verdachte en de daarmee samenhangende doelmatigheid van de vervolgingsbeslissing’.

24 Zie ook Lambregts, in: G.M. Boezelman & J.N. de Boer, ‘Heb je even voor mij? Gesprekken over vertrouwen, verbinding en rechtsvrede’, 2023, p. 14. Lambregts benoemt het thema proceshouding in relatie tot procesafspraken. Hoewel hij in zijn vorig leven als advocaat juist moeite had met officieren van justitie die de proceshouding als blokkade voor een buitengerechtelijke oplossing zagen, betrapt hij zichzelf nu op dezelfde houding.

25 HR 1 juni 2004, ECLI:NL:HR:2004:AO9637, r.o. 5.2.

26 HR 15 juni 2004, ECLI:NL:HR:2004:AO9639, r.o. 4.8.; HR 3 juni 1997, ECLI:NL:HR:1997:ZD0733, r.o. 6.2.

Hieruit volgt dat de weigering van een verdachte om in bepaalde gevallen tekst en uitleg te geven wel degelijk tegen de verdachte mag worden gebruikt.

In de fraudepraktijk komt dat uitgangspunt scherp naar voren in de witwasjurisprudentie die zich het afgelopen decennium heeft ontwikkeld. Daaruit volgt dat wanneer sprake is van een onbekend gronddelict, een zogenoemd 'stappenplan' in werking treedt voor de beoordeling van het bewijs.²⁷ Die jurisprudentie houdt in dat wanneer feiten en omstandigheden een vermoeden rechtvaardigen dat het niet anders kan zijn dan dat het voorwerp uit enig misdrijf afkomstig is, van de verdachte mag worden verlangd dat hij een *'concrete, verifieerbare en niet op voorhand hoogst onwaarschijnlijke verklaring'* geeft omtrent de herkomst van het geld. Het gaat hier dus om verdenkingen van witwassen met een onbekend gronddelict. Op het moment dat de verdachte een verklaring geeft die aan de daarvoor gestelde eisen voldoet, is het Openbaar Ministerie weer aan zet.²⁸

In de jurisprudentie is een enigszins diffuus beeld ontstaan over de vraag welke eisen aan de verklaring van de verdachte mogen worden gesteld. De ene rechter oordeelt dat een verklaring concreet is op het moment dat een schriftelijke, ondertekende verklaring van een betrokkene wordt overgelegd over de herkomst van het vermogen.²⁹ Het enkele feit dat *geen* onderbouwende stukken worden overgelegd, maakt niet dat die verklaring omtrent de herkomst niet concreet en verifieerbaar wordt geacht.³⁰ Ook het benoemen van namen en contactgegevens van potentiële getuigen wordt concreet en verifieerbaar bevonden door rechters.³¹ Andere rechters concluderen echter dat geen sprake is van een concrete en verifieerbare verklaring wanneer verdere concretisering van de verklaring ontbreekt.³² Daarnaast volgt uit de feitenrechtspraak dat voor de beoordeling van de verklaring relevant is onder welke omstandigheden, op welk moment én op welke wijze de verklaring is gegeven.³³

Gelet op artikel 6 EVRM is en blijft daarbij het uitgangspunt dat de bewijslast bij het Openbaar Ministerie ligt.³⁴ Dat moeten we niet uit het oog verliezen. Dit leidt ertoe dat in de praktijk regelmatig discussie bestaat tussen het Openbaar Ministerie en de verdediging over de vraag

of een afgelegde verklaring voldoet aan de eisen uit het witwasstappenplan. Die discussie wordt nogal eens vertroebeld doordat het Openbaar Ministerie in onze ervaring de verdachte onder verwijzing naar het stappenplan soms 'overvraagt' en verzoekt om onderliggende bescheiden (bijvoorbeeld contracten of correspondentie). Gelet op de jurisprudentie menen wij echter dat dit geen vereiste is voor het afleggen van een concrete en verifieerbare verklaring en dat het Openbaar Ministerie in sommige gevallen te snel de conclusie trekt dat de verdachte een niet-meewerkende proceshouding heeft als aan dit aanvullende verzoek om stukken niet wordt voldaan. Parallel hieraan menen wij dat het Openbaar Ministerie in het kader van het maken van procesafspraken ook niet te snel de bal bij de verdachte mag leggen of te gemakkelijk mag stellen dat een verdachte een onwelwillende proceshouding heeft.

Indien het Openbaar Ministerie om tot procesafspraken te komen toch een wijziging in de proceshouding van de verdachte wenst, is het wat ons betreft van belang om bespreekbaar te maken *waarom* het Openbaar Ministerie dit belangrijk vindt. Moet de verdachte bijvoorbeeld berouw tonen om recidive te voorkomen? In dat geval kan wellicht worden gesproken over andere voorkomende maatregelen, bijvoorbeeld op het gebied van compliance. De waarom-vraag is dus relevant. Want misschien zit de sleutel voor de oplossing in iets anders dan de proceshouding.

Bovendien helpt het soms om de focus in gesprekken te verplaatsen naar feiten en omstandigheden waarin partijen elkaar wél kunnen vinden. De verdachte kan dan wellicht op die onderdelen een verklaring afleggen. Dat staat dan los van de juridische conclusie die partijen over en weer aan deze feiten verbinden. Soms is het ook helemaal niet nodig het daarover eens te zijn. Op deze manier wordt het mogelijk overbrugbaar dat er dan nog feiten zijn waarover partijen van mening verschillen en staat de proceshouding niet in de weg aan het bereiken van een oplossing.

3.2 No deal

Door het gebrek aan een helder juridisch kader enerzijds en consistentie in de nationale rechtspraak anderzijds is het maken van procesafspraken, met name voor verdachten, een riskante aangelegenheid. Afspraken met de officier van justitie zijn immers niets waard, tenzij de rechtbank of het hof zich hierin ook kan vinden.³⁵

Procesafspraken zijn veelal gebaseerd op concessies. Voor een verdachte kan dat als gezegd een bekennende verklaring of gewijzigde proceshouding inhouden. Dat kan in de praktijk echter tot problemen leiden. Stel dat de verdachte een bekennende verklaring aflegt in de hoop op een snelle afdoening, maar de rechter de procesafspraken vervolgens van de hand wijst. Welke pro-

27 HR 5 juli 2022, ECLI:NL:HR:2022:1005; HR 11 mei 2021, ECLI:NL:HR:2021:691; HR 2 februari 2021, ECLI:NL:HR:2021:156; HR 18 december 2018, ECLI:NL:HR:2018:2352; HR 13 juli 2010, ECLI:NL:HR:2010:BM0787; Hof Amsterdam 11 januari 2013, ECLI:NL:GHAMS:2013:BY8481.

28 HR 18 december 2018, ECLI:NL:HR:2018:2352.

29 Hof Den Haag 13 juli 2021, ECLI:NL:GHDHA:2021:1314; Hof Arnhem-Leeuwarden 13 maart 2017, ECLI:NL:GHARL:2017:1983; Rb. Zeeland-West-Brabant 12 december 2022, ECLI:NL:RBZWB:2022:7420.

30 Hof Amsterdam 23 juli 2020, ECLI:NL:RBAMS:2020:3659.

31 Rb. Rotterdam 14 september 2021, ECLI:NL:RBROT:2021:9183; Rb. Midden-Nederland 16 februari 2015, ECLI:NL:RBMNE:2015:949.

32 Hof Amsterdam 19 december 2018, ECLI:NL:GHAMS:2018:5144; Hof Arnhem-Leeuwarden 17 april 2015, ECLI:NL:GHARL:2015:2790; Rb. Rotterdam 17 december 2019, ECLI:NL:RBROT:2019:10736; Rb. Rotterdam 30 september 2021, ECLI:NL:RBROT:2021:9592.

33 Hof Amsterdam 5 juli 2018, ECLI:NL:GHAMS:2018:4065.

34 HR 18 december 2018, ECLI:NL:HR:2018:2352, r.o. 2.3.2. en 2.3.3.

35 Concl. A-G Bleichrodt 14 juni 2022, ECLI:NL:PHR:2022:566, bij HR 27 september 2022, par. 9.10.

cedurele waarborgen gelden in dat geval voor de verdachte?

Deze vraag hebben wij ook voorgelegd aan Laura Peters (universitair docent Universiteit Groningen) en Martin Lambregts (officier van justitie).³⁶ Peters stelt voor dat alle bekende verklaringen die in het kader van procesafspraken zijn afgelegd uit het dossier moeten worden gehaald wanneer het Openbaar Ministerie en de verdediging niet tot procesafspraken komen.³⁷ Lambregts deed eenzelfde suggestie.³⁸ Dat is in theorie een goede gedachte, maar wij vragen ons af hoe effectief dit in de praktijk zal zijn. De spreekwoordelijke geest is immers al uit de fles zodra de verdachte een verklaring heeft afgelegd.

Peters meent dat hier een rol ligt voor de wetgever, bijvoorbeeld door wettelijk te verankeren dat een nieuwe zittingscombinatie wordt aangesteld wanneer procesafspraken mislukken. De combinatie die besluit de afspraken niet te volgen, heeft immers al kennis van eventuele verklaringen van de verdachte die zijn afgelegd in het kader van een compromis.³⁹

Een dergelijke regeling juichen wij toe en wij zien daarvoor ook aanknopingspunten in de jurisprudentie over het recht op een 'impartial tribunal' zoals bedoeld in artikel 6 lid 1 EVRM.⁴⁰ Een analogie is te vinden in artikel 268 lid 2 Sv dat de rechter die als rechter-commissaris enig onderzoek in de zaak heeft verricht op straffe van nietigheid niet deelneemt aan het onderzoek op de terechtzitting, tenzij dat onderzoek uitsluitend het horen van getuigen of het benoemen (en/of horen) van deskundigen beslaat. Die regel strekt ertoe te voorkomen dat ten aanzien van een rechter-commissaris de vrees zou kunnen ontstaan dat hij op grond van zijn in de zaak reeds verrichte onderzoek (bijvoorbeeld het goedkeuren van taps) niet meer geheel onbevangen is.⁴¹ In een dergelijk geval is de rechter niet langer onpartijdig.⁴² Die onbevangenheid van de rechter is ook in het gedrang als hij kennis heeft genomen van een bekende verklaring in het kader van procesafspraken, en de zittingsrechter deze procesafpraak vervolgens terzijde schuift. Wat ons betreft kan artikel 268 lid 2 Sv en de achtergrond daarvan als voorbeeld dienen voor de wetgever.

De vraag resteert dan of ook niet een andere officier van justitie de zaak moet overnemen. Tot er wetgeving is op dit punt, kan het volgens ons helpen om na te denken over de aard van de gesprekken die het Openbaar Minis-

terie en de verdediging voeren over de procesafspraken. Zijn deze gesprekken bijvoorbeeld vertrouwelijk? Wij menen dat de kans op succesvolle procesafspraken groter wordt als partijen afspreken dat de inhoud van deze gesprekken niet gebruikt kan worden in de verdere procedure (mocht het onverhoopt niet lukken om tot een gezamenlijk afdoeningsvoorstel te komen). Een voorbeeld kan worden genomen aan mediationgesprekken. In dit soort procedures mag op standpunten en meningen ingenomen in het kader van de mediation tussen verdachte en slachtoffer in het vervolg van het strafproces door partijen geen beroep worden gedaan. De geheimhouding wordt hierin als een belangrijke voorwaarde gezien om een open gesprek te kunnen voeren.⁴³ Dat lijkt ons ook een goed uitgangspunt voor gesprekken over procesafspraken. Wellicht dat met een geheimhoudingsverklaring kan worden gewerkt totdat er wetgeving is op dit punt.

3.3 David en Goliath

Tussen een verdachte en het Openbaar Ministerie bestaat inherent een ongelijke machtsverhouding. Uiteindelijk is de verdachte lijdend voorwerp van een onderzoek en heeft het Openbaar Ministerie de touwtjes in handen. Men kan zich afvragen of onderhandelingen binnen zulke asymmetrie überhaupt mogelijk zijn.⁴⁴ Wij denken van wel, en we zien ook dat gesprekken in de praktijk tot mooie uitkomsten kunnen leiden. Om tot eerlijke afspraken te komen waar beide partijen zich in kunnen vinden, is echter wel van belang dat er waarborgen in de gesprekken worden ingebouwd. Dat past ook bij de omschreven zwaardere zorgplicht die het Openbaar Ministerie toekomt ten aanzien van de positie van de verdachte.⁴⁵ Het is belangrijk dat het Openbaar Ministerie in de zoektocht naar een 'goede proceshouding' de eisen van een eerlijk proces niet uit het oog verliest.

De ongelijke machtsverdeling kan ertoe leiden dat de verdachte zich gedwongen voelt om akkoord te gaan met een voorstel van het Openbaar Ministerie om maar zo snel mogelijk van de zaak af te zijn.⁴⁶ Wanneer een zeer lage straf (of zelfs helemaal géén straf) wordt aan-

36 G.M. Boezelman & J.N. de Boer, 'Heb je even voor mij? Gesprekken over vertrouwen, verbinding en rechtsvrede', 2023.

37 Peters, in: G.M. Boezelman & J.N. de Boer, 'Heb je even voor mij? Gesprekken over vertrouwen, verbinding en rechtsvrede', 2023, p. 10 e.v.

38 Lambregts, in: G.M. Boezelman & J.N. de Boer, 'Heb je even voor mij? Gesprekken over vertrouwen, verbinding en rechtsvrede', 2023, p. 17 e.v.

39 Peters, in: G.M. Boezelman & J.N. de Boer, 'Heb je even voor mij? Gesprekken over vertrouwen, verbinding en rechtsvrede', 2023, p. 10.

40 Zie ook EHRM 24 februari 1993, nr. 14396/88 (Fey/Australië), r.o. 30.

41 HR 13 januari 1998, ECLI:NL:HR:1998:ZC8320.

42 Vgl. HR 23 september 1997, ECLI:NL:HR:1997:ZD0798.

43 R. Vos & D.C. Molenaars, 'Ontwikkelingen op het gebied van mediation in fiscale strafzaken', *TBS&H* 2022, p. 5-10.

44 Peters, in: G.M. Boezelman & J.N. de Boer, 'Heb je even voor mij? Gesprekken over vertrouwen, verbinding en rechtsvrede', 2023, p. 10.

45 J. Bijlsma, *Het voorwaardelijk sepot Normering, praktijk, evaluatie* (diss. Universiteit Utrecht), Den Haag: Boom 2019, p. 19: 'De omvang van deze zorgplicht is afhankelijk van de mate van (a)symmetrie die tussen partijen bestaat. Bij relatief gelijkwaardige partijen zijn de over en weer geldende zorgplichten van vergelijkbare aard. Als echter sprake is van een sterke mate van asymmetrie, dan correleert de sterkere juridische en feitelijke machtspositie van de machtiger partij met een relatief verstrekkende zorgplicht van de machtiger partij voor de zwakkere partij. Omgekeerd hoeft de zwakkere partij slechts in zeer beperkte mate met de belangen van de machtiger partij rekening te houden. De eenzijdige strafrechtelijke rechtsbetrekking impliceert vanwege haar sterke juridische en feitelijke asymmetrie een relatief zware zorgplicht van het OM voor de positie van de verdachte in de rechtsbetrekking, terwijl de verdachte zich uitsluitend mag richten op zijn eigen belang.'

46 Dat dit een reëel gevolg is, blijkt uit praktijkvoorbeelden omtrent schikkingen in de Verenigde Staten, zie N.M.D. van der Aa, 'Buitengerechtelijke afdoening in het ondernemingsstrafrecht: lessen uit de VS?', *Tijdschrift Onderneming en Strafrecht in praktijk* 2016/1.

geboden, kan de verleiding groot zijn om akkoord te gaan met de ‘vaststelling’ van schuld voor feiten die de verdachte eigenlijk ontkent en die mogelijk zonder verklaring helemaal niet bewezen hadden kunnen worden door een rechter. Voorkomen moet dus worden dat een *offer they can’t refuse* onterechte veroordelingen in de hand werkt.⁴⁷

Om deze uitoefening van druk in onderhandelingen tegen te gaan, is in andere Europese landen (bijvoorbeeld Duitsland en Frankrijk) bepaald dat het Openbaar Ministerie maximaal 30% korting mag aanbieden op de straf die te verwachten valt als de verdachte naar zitting gaat.⁴⁸ Op die manier wordt het niet té aantrekkelijk om een aanbod te accepteren. In Nederland zou dit ook een oplossing kunnen bieden, maar de grote vraag is dan: 30% van wat? Wij hebben geen minimumstraffen (en wat ons betreft komen die er ook niet) en de maximale wettelijke straffen zijn in de praktijk geen realistisch uitgangspunt. De LOVS-oriëntatiepunten bieden wat ons betreft ook geen aanknopingspunt. In de jurisprudentie wordt immers vaak afgeweken van deze oriëntatiepunten. Een straf bepalen is maatwerk. Het nadeelbedrag bij fraude is maar een van vele aanknopingspunten op basis waarvan een rechter dient te beoordelen welke straf passend en geboden is. Wij menen dan ook dat het logischer zou zijn om aan te sluiten bij vergelijkbare zaken in plaats van bij richtlijnen.

ken? En kan een zelfmeldprocedure nog uitkomst bieden?⁵⁰

Wij moeten ons niet blind staren op oplossingen aan de achterkant, want uiteindelijk betekent een efficiënter strafproces altijd dat de verdediging aan rechten moet inleveren. De basis is namelijk dat een verdachte recht heeft op een snelle behandeling van de zaak door een onafhankelijke rechter.⁵¹ Wat ons betreft zou het daarom mooi zijn om niet pas in gesprek te raken als een zaak al onder de rechter is, maar in een eerder stadium de dialoog te beginnen. Zelfs gedurende een opsporingsonderzoek kan daar soms al ruimte voor zijn. Door in het beginstadium tijd te maken voor de ander, kunnen we een echte efficiëntieslag maken.⁵² En dat kan met één simpel telefoontje: ‘Heb je even voor mij?’

4. Het doel voor ogen

Wij onderschrijven het belang van meer efficiëntie in het strafrecht en we zijn zeker blij met de nieuwe mogelijkheid om procesafspraken te maken. Maar procesafspraken bieden enkel een ventiel om het overbelaste systeem aan de achterkant wat lucht te geven.⁴⁹ Ze komen immers pas aan de orde als de zaak al onder de rechter is. Om de druk op de rechtspraak en het Openbaar Ministerie echt te verlichten, zou volgens ons ook gekeken kunnen worden naar oplossingen aan de voorkant van het strafproces. Hoe worden fraudezaken voor vervolging en zitting geselecteerd? En past deze selectie bij de capaciteit van het strafrecht? Of is het wellicht mogelijk om meer zaken (voorwaardelijk) te seponeren of af te doen met een transactie of strafbeschikking? Welke rol kan het bestuursrecht spelen in dit soort za-

47 Zie ook EHRM 27 februari 1980, 6903/75, NJ 1980/561 (*Deweer/België*), par. 51. In deze zaak deed het Belgische Openbaar Ministerie meneer Deweer een schikkingsbod van 10.000 Belgische frank. Hierbij vermeldde het Openbaar Ministerie dat dit net boven het wettelijk minimum van 3.000 Belgische frank lag, en dat het niet akkoord gaan hiermee een sluiting van de winkel en een inkomensverlies van 30 miljoen Belgische frank zou betekenen. Het hof achtte dit verschil een ‘*flagrant disproportion*’. Het oordeelt dan ook dat ‘*the moderation rendered the pressure so compelling that it is not surprising that Mr. Deweer yielded*’.

48 Peters, in: G.M. Boezelman & J.N. de Boer, ‘Heb je even voor mij? Gesprekken over vertrouwen, verbinding en rechtsvrede’, 2023, p. 9.

49 Peters, in: G.M. Boezelman & J.N. de Boer, ‘Heb je even voor mij? Gesprekken over vertrouwen, verbinding en rechtsvrede’, 2023, p. 9.

50 Zie hierover C.A. Meerts, S.S. Buisman e.a., *De opbrengsten, de risico’s en de behoefte aan regulering van de zelfmeldprocedure*, 2023 (WODC-rapport). Het rapport richt zich op praktijkervaringen met zelfonderzoeken en zelfmelden in financieel-economische fraudezaken in het buitenland en de gepercipieerde opbrengsten en risico’s daarvan in Nederland. De onderzoekers definiëren zelfonderzoek als ‘*het door of in opdracht van een bedrijf uitvoeren van een intern onderzoek naar aanleiding van signalen van fraude en/of corruptie*’. Dit kan leiden tot een zelfmelding bij het Openbaar Ministerie. Het rapport geeft een goed beeld van de ontwikkelingen in Nederland op het gebied van zelfonderzoek en zelfmeldingen, hoewel het Nederlandse strafrecht (nog) geen regelgeving op dit punt bevat.

51 Art. 6 lid 1 EVRM.

52 Dat zelfmelden kan bijdragen aan *efficiency* blijkt uit p. 161 van het in voetnoot 50 aangehaalde WODC-rapport.