

## 119

Gerechtshof Den Haag  
 19 mei 2015, nr. 43.14 K,  
 ECLI:NL:GHDHA:2015:1204  
 (Mrs. Wabeke, Römer, Van der Zanden)  
 Noot mr. drs. J.T.C. Leliveld

**Libor-zaak.** Klaagster kan niet uit eigen hoofde worden ontvangen in het beklag aangezien de feiten waarop het beklag betrekking heeft hebben plaatsgevonden vóór haar oprichting. Bovendien staan de zeer algemeen geformuleerde doelstelling en de feitelijke werkzaamheden van klaagster in een te ver verwijderd verband met de verweten gedragingen, om op basis daarvan klaagster als rechtstreeks belanghebbende te kunnen aanmerken. Optre-

dend als schriftelijk gemachtigde van rechtstreeks belanghebbenden, kan klaagster worden ontvangen in haar klacht.

De handelingen van medewerkers van Rabobank leveren een redelijk vermoeden van schuld op aan de in de art. 225 en 334 Sr bedoelde strafbare feiten, meermalen gepleegd. Er bestaan voldoende aanknopingspunten dat het laakbare handelen van haar medewerkers aan de rechtspersoon Rabobank kan worden toegerekend. Het stelsel van toezichthouders heeft echter opmerkelijk traag gereageerd. De aan Rabobank verweten gedragingen hebben geleid tot een wereldwijde schending van het vertrouwen in de bank en de integriteit van het bancaire stelsel in ernstige mate geschaad. In hoeverre het manipuleren van Libor en Euribor ook Rabobank als geheel ten goede kwam, is op basis van de beschikbare informatie niet vast te stellen. Het is zelfs twijfelachtig of dit ooit nog zal zijn vast te stellen. Buitenlandse autoriteiten hebben Rabobank alles bijeen sancties opgelegd van ruim 700 miljoen. In het licht van dit een en ander is de door het Openbaar Ministerie aangeboden transactie ter waarde van 70 miljoen passend, mede in aanmerking genomen dat jegens een rechtspersoon in een strafzaak als de onderhavige een andere dan financiële afdoening niet goed denkbaar is en het bedrag past bij een in een strafzaak maximaal op te leggen boete.

Het dossier biedt onvoldoende aanknopingspunten om de toenmalige leden van de Raad van bestuur en het topmanagement van Rabobank een strafrechtelijk verwijt te kunnen maken.

Tegen zes voormalig medewerkers van Rabobank is in het buitenland strafrechtelijke vervolging ingesteld. Ten aanzien van deze personen dient het beklag om die reden te worden afgewezen wegens het verbod van dubbele strafvervolging (ne bis in idem-beginsel). Daarnaast zijn er medewerkers die op het moment van de transactie niet meer in dienst waren van Rabobank tegen wie (nog) geen sepotbeslissing door het openbaar ministerie is genomen. Ten aanzien van deze personen dient klaagster niet ontvankelijk te worden verklaard in de klacht, omdat het Openbaar Ministerie de vervolging kennelijk nog in beraad heeft.

De onderzoeksresultaten bieden voldoende aanknopingspunten voor een verdenking van strafrechtelijk verwijtbaar handelen door medewerkers in dienst van Rabobank en voor de verdenking dat hun gedragingen de strafbare feiten als bedoeld in de art. 225 en 334 Sr, meermalen gepleegd, opleveren. De rechtsorde in het algemeen en de rust en het vertrouwen die voor de financiële markt en alle daar participierenden zo noodzakelijk zijn, zijn door het handelen van deze medewerkers ernstig geschaad. Daarom zou een publieke strafvervolgning van de feitelijke daders van de Libor en Euribor manipulaties juist zijn geweest. Het zou ook wenselijk zijn geweest dat de strafrechter had kunnen oordelen of de disciplinaire afdoening, die mede is te beschouwen als een interne vorm van ontneming van mogelijk voordeel, als een voldoende bestraffing moet worden beschouwd. Dit zou gegrondverklaring van het beklag en het gelasten van de vervolging van de betrokken medewerkers rechtvaardigen. Echter moet worden geconstateerd dat het onderzoek dat tot nu door DNB en de FIOD onder leiding van het Functioneel Parket is verricht, heeft plaatsgevonden op het snijvlak van toezicht en strafrecht en met onvoldoende onderscheid tussen beide juridisch domeinen. Kenmerkend voor prudentieel onderzoek door toezichthouders is dat betrokkenen die met de onderzoekers worden geconfronteerd, medewerking moeten verlenen door het verstrekken van opgevraagde informatie en, wanneer zij worden gehoord, geacht worden vragen van onderzoekers te beantwoorden. Kenmerkend voor strafrechtelijk onderzoek is dat een helder onderscheid bestaat tussen personen die als getuige worden aangemerkt en hen die als verdachte worden aangemerkt. Voor de laatste geldt dat er geen verplichting is op vragen te antwoorden. Ook inbeslagname van bewijsmateriaal is met diverse waarborgen van het Wetboek van Strafvordering gereguleerd. Dit stelsel van waarborgen is een weergave van het beginsel dat niemand verplicht kan worden aan zijn eigen vervolging en veroordeling mee te werken. Voor een strafrechtelijke vervolging zou daarom eerst een behoorlijk strafvorderlijk onderzoek moeten worden ingesteld. Dat onderzoek zou in aanzienlijke mate worden gehinderd

door wat, al of niet zonder strafvorderlijke waarborgen, aan onderzoek is geschied. Hierdoor en door de te verwachten invloed op de resultaten van het strafvorderlijk onderzoek zou de uitkomst van een uiteindelijke strafrechtelijke vervolging in hoge mate onzeker zijn. Daarnaast zou voor een succesvolle strafvervolgning nader bewijsmateriaal bijeengebracht moeten worden. Al met al kleven aan de tot nu toe verzamelde onderzoeksresultaten strafrechtelijke manco's en is de voor de strafvervolgning benodigde basis bij deze stand van zaken onvoldoende aanwezig. Dubieus is zelfs of deze nog in voldoende mate bijeen te krijgen is. Hierdoor en mede gezien de voor een vervolgonderzoek benodigde tijd alsmede de aan de betrokken medewerkers opgelegde disciplinaire sancties, dient dan ook een bevel tot nader onderzoek als bedoeld in art. 12i sub 3 Sv bij deze stand van zaken geen redelijk doel. Ten aanzien van de gekozen afdoening in deze zaak, valt een gebrek aan transparantie te constateren, maar dit gebrek kan op zichzelf niet een bevel vervolging rechtvaardigen.

[Sv art. 12]

Zie voor de volledige uitspraak *NbSr* 2015/119 (afl. 7), [www.sdujurisprudentie.nl](http://www.sdujurisprudentie.nl) (incl. noot) en *OpMaat Strafrecht* (incl. noot).

#### NOOT

De beslissing van het Hof Den Haag met betrekking tot – samengevat – het beklag tegen het niet-vervolgen van Rabobank en bestuurders en (oud-)medewerkers van Rabobank kan wat mij betreft niet los worden gezien van de aan het beklag ten grondslag liggende transactie die het Openbaar Ministerie en Rabobank hebben gesloten en de verwickelingen daaromtrent in de aanloop naar de klacht. Op 29 oktober 2013 publiceerde het Openbaar Ministerie een persbericht waarin de een transactie ter grootte van € 70 miljoen in het kader van het Libor-onderzoek in twee alinea's werd toegelicht (<https://www.om.nl/vaste-onderdelen/zoeken/@32206/rabobank-betaalt-70/>). Deze beknopte motivering leidde tot vragen aan de Minister en aan het Openbaar Ministerie. De Minister beantwoordde onder meer per brief van 8 november 2013 vragen van de

Tweede Kamer over de transactie. Hoofdofficier van Justitie Bloos ging in een interview in *Opportuun* (mei, nr. 3 2014, p. 28-31) in op de (motivering van de) transactiebeslissing. Het persbericht van 12 november 2014 bij de (wat impact betreft misschien vergelijkbare) SBM-transactie (\$ 240.000.000) was vervolgens veel uitvoeriger. Onlangs schreef Corstens (G. Corstens, *De rechtsstaat moet je leren, de president van de Hoge Raad over de rol van de rechter*, Prometheus, Bert Bakker, 2014, p. 139-140), dat uitspraken van rechters soms 'nog beter' gemotiveerd zouden kunnen worden, met name als het gaat om maatschappelijk gevoelige onderwerpen. De Libor-kwestie is een dergelijke, maatschappelijk gevoelige kwestie. Aan de motivering van de beslissing van het hof mogen, gezien de aard van de kwestie en gelet op de aanloop, hoge eisen worden gesteld.

De Stichting (klaagster) is geruime tijd na de verweten gedragingen opgericht. De zeer algemeen geformuleerde statutaire doelstelling en de feitelijke werkzaamheden van klaagster staan in een te ver verwijderd verband met de verweten gedragingen. Klaagster wordt niet als rechtstreeks belanghebbende aangemerkt en niet-ontvankelijk verklaard (vergelijk ook: ECLI:NL:GHSGR:2011:BQ1012, Hof Den Haag, 12 april 2011 (Greenpeace-beklag). Het hof heeft vastgesteld dat klaagster optreedt als schriftelijk gemachtigde van afnemers van financiële en rente gerelateerde producten van Rabobank, die stellen door de verweten gedragingen te zijn benadeeld. Daarnaast oordeelt het hof dat het belang van de door klaagster vertegenwoordigde rekeninghouders gelegen is in de schending van het vertrouwen in hun bank en de integriteit van de bank waarvan zij klant zijn, terwijl vertrouwen en integriteit van essentiële betekenis zijn in de klantrelatie tussen bank en consument. Daarom kan klaagster, optredend als schriftelijk gemachtigde van rechtstreeks belanghebbenden wel worden ontvangen in haar klacht. Over de gang van zaken bij de afgifte van machtigingen en het voor de individuele klagers bestaan van een rechtstreeks verband met de verweten gedraging, was een nadere motivering nuttig geweest zeker nu de gehanteerde criteria zeer ruim lijken te zijn.

Geklaagd wordt over het niet-vervolgen van – kort samengevat – (1) Rabobank, (2) bestuurders van Rabobank, (3) oud-medewerkers Rabobank en (4) medewerkers Rabobank. Ten aanzien van 1, 3 en 4, concludeerde het Openbaar Ministerie dat voldoende bewijs aanwezig was om te komen tot bewezenverklaring. Het Openbaar Ministerie had echter opportuniteitsoverwegingen om niet tot vervolging over te gaan. Ten aanzien van 2 concludeerde het Openbaar Ministerie, dat niet tot een bewezenverklaring gekomen kon worden. De omvang van de toetsing (vol/marginaal) door het hof bij beklagprocedures is in zijn algemeenheid niet helemaal duidelijk. Dit geldt zowel voor de haalbaarheidscomponent (2) als de opportuniteitscomponent (1, 3 en 4). Ten aanzien van de haalbaarheidsvraag wordt 'voorzichtigheid' verondersteld, dit lijkt wel verder te gaan dan een marginale toetsing. Ten aanzien van de opportuniteit volstaan hoven over het algemeen met marginale toetsing (Corstens/Borgers 2014, p. 625-626). Op deze wijze beoordeelt, zo maak ik op uit de beslissing, ook het Haagse Hof het beklag.

Het hof overweegt, ten eerste ten aanzien van Rabobank dat er voldoende aanknopingspunten zijn om het laakbare handelen van de medewerkers aan de rechtspersoon toe te rekenen. Met betrekking tot de strafrechtelijke reactie op de verweten gedragingen overweegt het hof kort samengevat, (1) dat het stelsel van toezichthouders opmerkelijk traag heeft gereageerd. Dit gegeven is van belang voor de beoordeling van het beklag, hoewel het geen afbreuk doet aan de strafbaarheid van de daders. (2) De verweten gedragingen hebben geleid tot een wereldwijde schending van het vertrouwen in de bank en de integriteit van het bancaire stelsel in ernstige mate geschaad. (3) De manipulaties waren gericht op zelfverrijking van de traders (tekst JL). In hoeverre Rabobank voordeel behaalde bij de manipulatie was door het hof op basis van de beschikbare informatie niet vast te stellen. Het hof oordeelde het zelfs twijfelachtig of dit laatste ooit nog zal zijn vast te stellen. (4) Buitenlandse autoriteiten hebben Rabobank sancties opgelegd van alles bijeen ruim € 700 miljoen.

In dit licht oordeelt het Hof, "mede gelet op hetgeen hiervoor is overwogen" de door het Open-



baar Ministerie aangeboden transactie ter waarde van € 70 miljoen passend, mede in aanmerking genomen dat "jegens een rechtspersoon in een strafzaak als mogelijk de onderhavige een andere dan financiële afdoening niet goed denkbaar is en het bedrag past bij een in een strafzaak maximaal op te leggen boete." Dit oordeel kan ik (ook bij een marginale toetsing) zonder nader uitleg niet goed volgen. Immers, in het 'hiervoor overwogene' staan vrijwel geen argumenten waarom een transactie, gelet op het ernstige verwijt, een juiste uitkomst zou bieden. Slechts het traag ingrijpen van toezichthouders wordt genoemd en de totale som van de sancties. Daartegenover staat een "wereldwijde schending van het vertrouwen in de bank en het in ernstige mate schenden van de integriteit van het bancaire stelsel". Daarbij geldt het gehanteerde argument met betrekking tot beboeting van een rechtspersoon, voor vrijwel alle transacties. Geen aandacht is besteed aan bijvoorbeeld het publiekelijk afleggen van verantwoording enerzijds, maar ook niet aan eventuele getroffen maatregelen anderzijds.

Het hof herhaalt vervolgens voor de voormalige bestuurders de standaardoverweging met betrekking tot feitelijk leidinggeven. Van belang is of vaststaat dat de verdachte maatregelen ter voorkoming achterwege liet, hoewel hij daartoe bevoegd en redelijkerwijs gehouden was en hij bewust de aanmerkelijke kans heeft aanvaard dat de verboden gedraging zich zou voordoen of die gedraging opzettelijk heeft bevorderd. Het hof geeft aan dat persberichten uit 2008 en 2009 samengevat reden hadden moeten vormen om te onderzoeken hoe betrokken medewerkers werkten. Uit dat onderzoek had dan kunnen blijken dat op ontoelaatbare wijze werd gewerkt. Voorts overweegt het hof, dat men in 2009 bewust had moeten zijn van het aanwezige risico. Pas in 2010 is het risico onderkend. Niet is gebleken van een grote 'sense of urgency' en evenmin van een grote daadkracht. Het hof geeft daarbij aan, dat niet is gebleken dat de bestuursleden "in het begin van de relevante periode" op de hoogte waren (wetenschap hadden; *JL*). Het hof oordeelt, dat wat er zij van eventuele prudentiële verantwoordelijkheid, het dossier geen aanknopingspunten biedt voor strafrechtelijke verwijten

jegens de individuele leden van de Raad van Bestuur.

Ook deze beslissing volgt mijns inziens niet (zonder meer) uit de daaraan voorafgaande overweging. Jurisprudentie omtrent feitelijk leidinggeven is in ontwikkeling (vgl. bijv. A-G Vellinga in HR 14 februari 2012, *NJ* 2012, 133). De uitleg van het ontbreken van 'wetenschap' bij de bestuursleden, zoals door het hof kennelijk aangehouden, vraagt in dat kader om verduidelijking. Voorts geeft het hof aan dat de bestuursleden 'in het begin van de relevante periode' niet op de hoogte waren. Dit lijkt te impliceren, dat zij dat later wel waren. Dit lijkt vervolgens te worden bevestigd door de overweging, dat urgentie en daadkracht ontbreekt bij het bestuur. Het niet-tijdig ingrijpen kan onder omstandigheden ook een strafrechtelijk verwijt opleveren. Hier wordt niet nader op ingegaan. Ten slotte wordt aangegeven, dat wellicht uit het oogpunt van toezicht verwijten kunnen gemaakt (welke dan?), maar niet strafrechtelijk. Dit onderscheid wordt niet uitgewerkt. Een duidelijker motivering van het hof zou zeer welkom zijn geweest.

In de beslissing is aangegeven dat in het buitenland strafrechtelijke vervolging is ingesteld jegens voormalig medewerkers. Het hof oordeelt dat om die reden het beklag dient te worden afgewezen, wegens het verbod van dubbele vervolging. Ook dit oordeel zou gebaat zijn bij enige extra motivering. Niet duidelijk is bijvoorbeeld, waar de buitenlandse vervolging betrekking op heeft. De vervolging dient uiteraard betrekking te hebben op hetzelfde feit (artikel 68 Sr).

Het hof oordeelt dat gezien – samengevat – het bewijs en de ernst van de verwijten gegrondverklaring van het beklag, en vervolging van de betrokken medewerkers gerechtvaardigd zou zijn. Vervolgens wordt aangegeven waarom daartoe toch niet wordt overgegaan. Kennelijk heeft het hof gemeend voor elk van de betrokken groep beklagden een afzonderlijk thema te moeten benoemen. Voor de medewerkers is dit thema nemo tenetur. Het hof overweegt dat gedurende het onderzoek (het hof heeft het allereerst over 'prudentieel' toezicht) betrokkenen verplicht waren medewerking te verlenen aan toezichthouders. Toezichtsbevoegdheden en strafrechtelijke

bevoegdheden zouden door elkaar hebben gelopen. Ook zou onduidelijk zijn of betrokkenen altijd de juiste status (getuige/verdachte) hebben gehad. Het hof constateert dat het onderzoek dat tot nu door DNB en de FIOD onder leiding van het Functioneel Parket is verricht, heeft plaatsgevonden op het snijvlak van toezicht en strafrecht en met onvoldoende onderscheid tussen beide juridisch domeinen. Dit alles heeft gevolgen voor (de kwaliteit) van de bewijsverkriging. Het betreffen stuk voor stuk belangwekkende onderwerpen, die in veel strafrechtelijke procedures hoofdbrekens opleveren.

Het hof overweegt dat voor een strafrechtelijke vervolging eerst een behoorlijk strafvorderlijk onderzoek zou moeten worden ingesteld (wordt daarmee bedoeld dat zulks nog niet had plaatsgehad?; *JL*). Dat onderzoek zou in aanzienlijke mate worden gehinderd door wat, al dan niet zonder strafvorderlijke waarborgen, reeds aan onderzoek is geschied. Hierdoor en door de te verwachten invloed op de resultaten van het strafvorderlijk onderzoek zou de uitkomst van een uiteindelijke strafrechtelijke vervolging in hoge mate onzeker zijn. Daarnaast zou voor een succesvolle strafvervolging nader bewijsmateriaal bijeengebracht moeten worden, waarbij onder meer te denken valt aan bewijs van concrete en specifieke submissions en de onjuistheid daarvan. Al met al kleven aan de tot nu toe verzamelde onderzoeksresultaten strafrechtelijke manco's en is de voor de strafvervolging benodigde basis bij deze stand van zaken onvoldoende aanwezig. Dubieus is zelfs of deze nog in voldoende mate bijeen te krijgen is. Hierdoor en mede gezien de voor een vervolgonderzoek benodigde tijd, alsmede de aan de betrokken medewerkers opgelegde disciplinaire sancties, is het hof – alles afwegende – van oordeel dat ook een bevel tot nader onderzoek als bedoeld in artikel 12i sub 3 Sv, bij deze stand van zaken geen redelijk doel dient. Dit is een verstrekkende conclusie, die misschien te begrijpen is, maar die gelet op het complexe karakter van de materie, en gezien de primaire reactie van het hof (dat er voldoende bewijs is, en dat sprake is van een ernstig verwijt), wellicht nader onderzoek had gerechtvaardigd. Dit klemmt temeer nu het Openbaar Ministerie zichzelf kennelijk niet in deze motivering herkent (hoofdofficier van justitie Bloos in *Opportuun* (nr. 2 2015, p. 20-21)). In ieder geval komen de verschillende onderdelen van het

thema 'nemo tenetur' mijns inziens niet voldoende uit de verf.

Het hof constateert met klaagster een gebrek aan transparantie ten aanzien van de gekozen afdoening in deze zaak, maar dit gebrek kan op zichzelf niet een bevel vervolging rechtvaardigen. Hiermee kom ik terug bij het begin van deze noot. Gebrek aan transparantie en gebrek aan publieke verantwoording is voor transacties als de onderhavige moeilijk uit te leggen. Het hof geeft aan, dat hierbij nog moet worden bedacht dat in deze artikel 12 Sv-procedure een rechterlijke controle op het vervolgingsbeleid heeft plaatsgevonden, waarbij het hof een voor deze procedure maximale openbaarheid heeft betracht. Ik kan hier maar ten dele in meegaan, omdat de beslissing op belangrijke onderdelen nog veel vragen onbesproken laat, of dat de totstandkoming van beslissingen niet goed blijkt uit de beslissing zelf. Dit kan 'nog beter'.

J.T.C. Leliveld