

meer draagvlak kan rekenen. Ruim driekwart van de ondervraagden geeft aan dat het goed is dat de bouwfraude destijds door de NMa is aangepakt. Ook is er meer bewustwording in de sector over wat er wel en niet is toegestaan op basis van de Mededingingswet. Tegelijkertijd laat de studie zien dat het werk van de NMa er nog niet opziet. Ongeveer een kwart van de ondervraagde aannemers zegt andere bedrijven te kennen die minder eerlijk te werk gaan dan zij zelf. Een klein percentage (4%) zegt bovendien nog wel eens te worden benaderd voor prijsafspraken. Verder zegt bijna de helft van de aannemers wel eens gerichte risicoafwegingen te maken om al dan niet de overheidsregels te overtreden.¹⁹ Al met al voor de NMa een reden om alert te blijven op de sector, ondanks alle initiatieven die al zijn genomen door de overheid, brancheorganisaties en bedrijven zelf om mededingingsbeperkend gedrag uit te bannen.

De ervaringen van Nederland met de bouwsector zijn voor wat betreft het aantal bedrijven wellicht uniek te noemen. Tijdens een sessie van de Competition Commission van de OESO in juni 2008, die speciaal aan de bouw was gewijd, bleek dat de bouwsector zich ook elders in de warme belangstelling van mededingingsautoriteiten mag verheugen. In veel landen maken sanctiebesluiten uit de bouw en de daaruit voortvloeiende boetes een significant deel uit van de totaal uitgedeelde

boetes. De deelnemers aan de sessie weten dit vooral aan de structuurkenmerken van de sector, die deze op voorhand kartelgevoelig maken.

Interessant is in dit verband de bekendmaking van de punten van bezwaar van het Engelse Office of Fair Trading (OFT) in grootschalige kartelzaken in de bouw. Op 17 april 2008²⁰ maakte de OFT bekend dat men in totaal 112 bouwbedrijven in staat van beschuldiging had gesteld van overtreding van de Competition Act 1998 vanwege 'bid rigging activities, and in particular cover pricing'. Volgens het persbericht gaat het voor een deel om aanbestedingen waarbij partijen elkaar rekengeld betalen in combinatie met valse facturen. Voor het grootste deel hebben de overtredingen betrekking op het uitwisselen van valse inschrijfstaten ('cover pricing'). De punten van bezwaar hebben betrekking op aanbestedingen in de burgerlijke en utiliteitsbouw. Net als in het Nederlandse geval heeft de OFT bij het onderzoek gebruik kunnen maken van een groot aantal clementieverzoeken (37). Door middel van 'direct settlement' met 40 andere partijen hebben ook deze toegegeven betrokken te zijn bij het vooroverleg rond de genoemde aanbestedingen. Naar verluidt overweegt de OFT bij het afhandelen van de genoemde zaken een aantal aspecten van de 'schoon schip'-procedure die door de NMa is gevolgd over te nemen.

¹⁹ Uit het onderzoek blijkt verder dat de geïnterviewden constateren dat er transparanter wordt gewerkt en dat de kwaliteit van het werk verbetert. Maar ze zien ook dat de verhouding tussen opdrachtgever en opdrachtnemer afstandelijker is geworden en dat er meer regels en formaliteiten zijn. De aannemers zijn met name in veel gevallen kritisch over de toepassing van aanbestedingsregels door overheidsopdrachtgevers.

²⁰ Zie het persbericht van 17 april 2008: "OFT issues statement of objections against 112 construction companies" te vinden op de website van OFT (www.offt.gov.uk/news/press/2008/52-08).

Mededingingsrecht in het strafrecht: 'Law in the making'?

mr. R. de Bree*

Inleiding

Twee jaar geleden beschreef ik de relatie tussen het mededingingsrecht en het strafrecht en kenschetste de (op stapel staande) ontwikkelingen als een hernieuwde kennismaking.¹ Strafrechtelijke handhaving van het mededingingsrecht stond toen internationaal en nationaal in de brede belangstelling en het zag ernaar uit dat binnen afzienbare termijn de wetgever zou overgaan tot een (her)introduktie van het strafrecht als handavingscomponent in het palet van handhaving van het mededingingsrecht.

Er is reden mijn bespiegelingen van toen opnieuw onder de loep te leggen. De aanleiding daartoe is – grofweg – tweemaal. Allereerst is het momentum dat ik in 2006 signaleerde niet geheel bewaarheid gebleken; het wetsvoorstel is er (nog) niet gekomen. Daarnaast heeft de Nederlandse strafrechter zich tweemaal moeten buigen over kartelgerelateerde kwesties en zijn de uitkomsten van die procedures op zijn minst genomen opmerkelijk. Het gaat daarbij om het hoger beroep in de – wat is gaan heten – bouwzaak en de glazenwasserszaken.

* Robbert de Bree is advocaat bij Wladimiroff & Waling te 's-Gravenhage.

¹ R. de Bree, 'Mededingingsrecht en strafrecht: hernieuwde kennismaking', M&M 2006, pp. 205-211.

Voordat ik die ontwikkelingen bespreek, benut ik de mogelijkheid enkele ontwikkelingen in den vreemde te beschrijven, te weten een recente strafrechtelijke kartelveroordeling in het Verenigd Koninkrijk alsook uitbreiding van het handhavingsarsenaal met het strafrecht binnen de communautaire gemeenschap.

Enkele internationale ontwikkelingen

De ontwikkeling op internationaal vlak heeft de tendens duidelijk vastgehouden. Strafrechtelijke handhaving van het mededingingsrecht is in opmars. Weliswaar heeft – om het daartoe te beperken – slechts een bescheiden aantal lidstaten van de Europese Unie naast een bestuursrechtelijke handhaving door een kartelautoriteit ook de mogelijkheid tot strafrechtelijke handhaving.² Toch springt de strafrechtelijke handhaving meer en meer in het oog. Het debat over strafrechtelijke handhaving van kartels is bovendien verdiept.³ Recentelijk kon in het Verenigd Koninkrijk voor de eerste maal een strafzaak worden bekeken die zag op kartelovertradingen. Aldaar is in 2002 een wetswijziging ingezet die erin resulteerde dat per 20 juni 2003 de kartelautoriteit (de Office of Fair Trading, 'OFT') ook strafrechtelijk onderzoek kan verrichten.⁴ Bovendien kunnen sinds die datum bepaalde kartelovertradingen strafrechtelijk vervolgd worden door de OFT en door de Serious Fraud Office ('SFO').⁵ Niet alle kartelovertradingen zijn strafbaar, doch alleen *dishonest hard core* kartelovertradingen.⁶ Daarbij kan bijvoorbeeld worden gedacht aan *bid-rigging*.⁷ De maximale gevangenisstraf die een kartelist boven het hoofd hangt, is vijf jaar.⁸ In mei 2007 werden in de Verenigde Staten door het Department of Justice drie Engelsen aangehouden, die daags ervoor een kartelbijeekoms hadden bijgewoond in Houston. Het kartel zag op zogenoemde marine hose (leidingen voor olietransport tussen tankers en opslaginstallaties). De bijeenkomst in Houston werd met moderne hulpmiddelen afgeluisterd door ambtenaren van het Department of Justice.⁹ Naast de Engelsen werden ook vijf andere deelnemers aan de bijeenkomst aangehouden.¹⁰ Zoals vaker bleken de autoriteiten het kartel al enige tijd op het spoor en werd het juiste moment afgewacht om de verdachten in de kraag te vatten. Tegelijkertijd met de actie van het Department

of Justice werden in het Verenigd Koninkrijk invallen en huiszoekingen uitgevoerd door de OFT. Ook de Europese Commissie was bij het aan het daglicht brengen van dit kartel nauw betrokken.¹¹

De Engelsen – een managing director en sales director van Dunlop Oil and Marine Limited en een producent van marine hose – werden door het Department of Justice in staat van beschuldiging gesteld, maar sloten een zogenoemde *plea agreement* die met zich bracht dat zij terug zouden kunnen keren naar het Verenigd Koninkrijk, alwaar ze uiteindelijk door de OFT strafrechtelijk werden vervolgd voor een delictperiode van ongeveer vier jaar (20 juni 2003 tot 2 mei 2007).¹² De vervolging zag op *bid-rigging* en in de Engelse procedure kozen de verdachten ervoor een *guilty plea* af te leggen. Desondanks leidde het op 11 juni 2008 tot stevige veroordelingen: gevangenisstraffen variërend van 30 tot 36 maanden, alsook *disqualification orders*¹³ variërend van vijf tot zeven jaar.¹⁴ Daarmee is de strafrechtelijke handhaving van het mededingingsrecht in het Verenigd Koninkrijk effectief op de agenda van de *business community* geplaatst. *Law in the books* in zoverre nu ook *law in action*. Daarmee komt daadwerkelijke gevangenisstraf voor kartelgedrag dichterbij het continent.¹⁵

Een zeer interessante vraag is hoe de Europese Unie en in het bijzonder ook de Europese Commissie daarmee omgaan. *Communis opinio* is dat vanuit de Gemeenschap (eerste pijler) strafrechtelijke handhaving niet aan de orde is.¹⁶ Toch lijkt in elk geval de Europese Commissie de weg van het strafrecht zeker niet bij voorbaat onberijdbaar te verklaren. Teleologie is daarvoor de hoofdreden; bestrijding van de concurrentievervalsing, *whether on the beaches, the landing grounds, the fields, the streets or in the hills*, om maar eens beroemde woorden te lenen. Of om het weer te geven in de woorden van Olivier Guersent (adjunct-hoofd van het kabinet van Commissaris Kroes): *'Deterring undertakings and individuals from entering or re-entering cartel-arrangements is one of our [European Commission's, RdB] main objectives. We therefore welcome all sanctions, including criminal sanctions, which contribute to the deterrent effect on cartels.'*¹⁷

2 K.J. Cseres, M.P. Schinkel, F.O.W. Vogelaar (eds.), *Criminalization of competition law*, Cornwall: MPG Books, 2006, part III.

3 Zie bijvoorbeeld de publicatie uit de vorige voetnoot, maar in het bijzonder ook P. Whelan, 'A principled argument for personal criminal sanctions as punishment under EC cartel law', *The Competition law review*, 2007 (vol. 4/October), pp. 7-40.

4 Enterprise Act 2002, part 6.

5 Zie vorige voetnoot. De SFO is het gespecialiseerde overheidsorgaan belast met de vervolging van – grofweg – white collar crime. Er zijn te veel verschillen om een goede equivalent in Nederland aan te duiden, maar de taak en gespecialiseerde aanpak van de SFO kan enigszins worden vergeleken met het Functioneel Parket bij het Openbaar Ministerie.

6 Zie voor de precieze omschrijvingen: Enterprise Act 2002, sections 188-189.

7 Enterprise Act 2002, section 188(2)(f) juncto 188(5) juncto 188(6).

8 Enterprise Act 2002, section 190(1). Ik teken aan dat die straf slechts kan worden opgelegd bij de situatie dat er vervolgd wordt op indictment. Vindt er een summary conviction plaats (enigszins vergelijkbaar met onze overtredingsvariant ten opzicht van de misdrijfvariant) dan is de maximale gevangenisstraf zes maanden (sections 190(1)(b)).

9 Vgl. in ons systeem art. 1261 Sv (opnemen van vertrouwelijke communicatie met een technisch hulpmiddel).

10 www.usdoj.gov/opa/pr/2007/May/07_at_322.html.

11 www.oft.gov.uk/news/press/2007/70-07. Zie ook Sarah Ince & Gordon Christian, 'United Kingdom: The Marine Hose Cartel: A New Era In International Co-Operation', *Competition Law Insight*, 12 February 2008.

12 Ook anderen in het kartel kozen inmiddels de weg van de plea agreement: www.usdoj.gov/opa/pr/2008/July/08-at-663.html.

13 Deze sanctie houdt in dat men niet langer als directeur van een bedrijf mag opereren; vgl. in ons strafsysteem de ontzetting van rechten (art. 28 lid sub 5 Sr). De NMa wenste ook die bevoegdheid, maar kreeg haar niet (TK, 2004-2005, 30 071, nr. 3, p. 17).

14 www.guardian.co.uk/business/2008/jun/12/corporatefraud.ukcrime.

15 In 2006 werd in Ierland in het zogenoemde Heating Oil Cartel ook tegen een van de 24 verdachten een gevangenisstraf van zes maanden opgelegd, doch voorwaardelijk (DPP v J.P. Lampe). Zie L. Carpendale & M.O. Prentice, 'Overview: Ireland', in *The 2007 handbook of competition enforcement agencies*, Law Business Research Ltd. 2007, p. 129 en www.tca.ie. Tevens werd in 2007 eveneens in Ierland in de zogenoemde Motor Dealer case (DPP v Dennis Manning) een gevangenisstraf van twaalf maanden voorwaardelijk opgelegd in het zogenaamde Ford Dealers Association kartel. Zie www.tca.ie.

16 Zie voor een ander geluid: W. Wils, 'Is criminalization of EU competition law the answer?', in: K.J. Cseres, M.P. Schinkel, F.O.W. Vogelaar (eds.), *Criminalization of competition law*, Cornwall: MPG Books, 2006, pp. 60-110.

17 O. Guersent, 'The EU model of administrative enforcement against global cartels: evolving to meet challenges', in C.-D. Ehlermann & I. Atanasiu (eds.), *European Competition Law Annual 2006: Enforcement of prohibition of cartels*, Oxford: Hart Publishing.

Toch lijkt het niet waarschijnlijk dat de Europese Commissie zelf in het kader van de handhaving van art. 81-82 EG een strafrechtelijk sanctie-instrumentarium zal krijgen.¹⁸ Dat ligt politiek maar ook juridisch te gevoelig, mag men inschatten.¹⁹

Maar er is meer te zeggen over de Europese dimensie van kartelhandhaving. Als de Europese Commissie dan niet zelf het strafrechtelijk zwaard in handen kan krijgen, kan zij dan misschien aan de wieg staan van strafrechtelijke handhaving in de lidstaten? Zoals gezegd, er zijn al lidstaten waar die handhaving strafrechtelijk plaats kan vinden, maar het gaat daarbij om een minderheid. Een gemeenschapsbrede introductie van het strafrecht bij de handhaving van het kartelrecht zou de naleving steviger in kunnen slijten.

Los van de vraag of een dergelijke exercitie wenselijk is, kan het wel? Kan Europa zich een dergelijke bevoegdheid aanmeten? Tot voor een paar jaar was het algemene gegeven antwoord stellig nee geweest. Nu ligt dat veel genuanceerder. Op het terrein van de handhaving van het communautaire milieurecht heeft het Hof van Justitie in 2005 en 2007 het landschap tamelijk opgeschut. Tot veler verbazing kwam het Hof van Justitie in het arrest van 13 september 2005 tot de conclusie – kort gezegd – dat een kaderbesluit niet het juiste middel was om strafrechtelijke bescherming van de communautaire milieubepalingen af te dwingen.²⁰ Waar dat echt nodig was – als doeltreffende, evenredige, en afschrikwekkende straf – moet strafrechtelijke handhaving op dat gebied (communautair milieurecht) maar gewoon via een richtlijn (en dus in de eerste pijler) worden gecodificeerd, zo was de boodschap van het Hof van Justitie. Dat bracht de pennen in beweging. Ons strafrecht overruled, zo was bij sommigen de teneur.²¹ Of het Hof van Justitie ernaar geluisterd heeft, vermag te worden betwijfeld. Wel bracht het een precisering aan op de nieuwe lijn in het arrest van 23 oktober 2007.²² Ook daarin ging het om het communautaire milieurecht en ging het om een kaderbesluit met daarin strafrechtelijke sancties. Het Hof van Justitie oordeelde – in lijn met het eerdere arrest – : *‘Ofschoon de strafwetgeving evenals het strafprocesrecht in beginsel niet tot de bevoegdheid van de Gemeenschap behoort [...], kan de gemeenschapswetgever niettemin, wanneer het gebruik van doeltreffende, evenredige en afschrikkende straffen door de bevoegde nationale instanties een onontbeerlijke maatregel is in de strijd tegen ernstige aantasting van het milieu, aan de lidstaten de verplichting opleggen om dergelijke sancties in te stellen teneinde de volledige doeltreffendheid van de door hem op dit gebied vastgestelde normen te verzekeren.’*²³ [...]

Maar het Hof vervolgde nu met: *‘Wat daarentegen de vaststelling van de aard en de hoogte van de op te leggen strafrechtelijke sancties betreft, moet worden geconstateerd dat dit [...] niet tot de bevoegdheid van de Gemeenschap behoort.’*²⁴

Het kaderbesluit in casu sneuvelde en inmiddels is een richtlijn in een vergevorderd stadium in de maak op het onderwerp van de handhaving van het communautaire milieurecht door strafrechtelijke sanctionering.²⁵

In het kader van de Europese Gemeenschap mag dus niet verplicht worden voorgeschreven aan lidstaten welke precieze sancties zij hebben toe te passen, noch mag hen een verplichte hoogte worden voorgeschreven. Niettemin mag de Gemeenschapswetgever als het echt nodig is wel strafrechtelijke handhaving voorschrijven.

Alhoewel deze discussies zijn gevoerd op het terrein van het communautaire milieurecht kan niet worden uitgesloten dat zij ook relevant kunnen worden voor het communautaire mededingingsrecht. Mocht de Gemeenschapswetgever menen dat het voor de handhaving van het mededingingsrecht in de Gemeenschap echt nodig is – en zij dat kan onderbouwen – om ook strafrechtelijke sanctionering te introduceren, dan lijkt dit mogelijk. Of de Gemeenschapswetgever dan wel de Europese Commissie daarvan voorstander is niet zeker. Niet in de minste plaats omdat het nogal wat voeten in de aarde zou hebben. Toch kan voorzichtig worden ingeschat dat deze jurisprudentie in de – verdere – discussie over het al dan niet introduceren van de strafrechtelijke handhaving van het mededingingsrecht nog zijn weerklank zal hebben.

Wetgeving in Nederland

In ons eigen land is het wetsvoorstel waarover ik twee jaar geleden al schreef er nog altijd niet.²⁶ Is het in de ijskast terecht gekomen of is een lange denkpaauze benodigd? Volgens de minister van Economische Zaken wordt aan het wetsvoorstel gewerkt, maar de verhouding tussen het bestuursrecht en het strafrecht is complex, aldus een brief van haar hand van 24 juli 2008 aan de Tweede Kamer.²⁷ Zij is doende samen met haar collega op Justitie het wetsvoorstel voor te bereiden en wil het voorstel in de eerste helft van 2009 indienen.

Hoe dat wetsvoorstel eruit zal zien is niet geheel te voorspellen. Eerder deed ik daarvoor een voorzet, door aan te geven dat in de kern het systeem zoals dat ook in fiscale zaken geldt (vastgelegd in de Algemene wet inzake de rijksbelastingen) als leest voor de strafrechtelijke handhaving van het mededingingsrecht kan dienen.²⁸ De wetgever leek dat voorstel over te nemen en noemde het wetgevingsproject dan ook aanpassing van de *‘Mededingingswet met de mogelijkheid van strafrechtelijke handhaving, naar het model van de Algemene wet inzake rijksbelastingen.’*²⁹ Of die gedachte is verlaten durf ik niet te stellen, maar het opschrift van het wetgevingsproject

18 Vgl. Guersent (supra noot 17 en ook Whelan (supra noot 3).

19 Vgl. bijv. R. Barents, *‘De denationalisering van het strafrecht’*, SEW 2006, pp. 358-374.

20 Zaak C-176/03, HvJ 13 september 2005, Commissie t. Raad, NJ 2006, 210 m.nt. M.R. Mok. Overigens was de verbazing vooral daar waar de geveerdheid in het Europese recht wat minder was doorgedrongen.

21 Waaronder Y. Buruma (zie Barents – supra noot 19 – vt.nt. 121, alsook ‘Gramschap van een strafjurist’, SEW 2007, pp. 77-78.

22 Zaak C-440/05, HvJ 23 oktober 2007, Commissie t. Parlement, NJ 2008, 48 m.nt. M.R. Mok.

23 HvJ 23 oktober 2007, NJ 2008, 48, punt 66 (overeenstemmend met punt 48 in HvJ 13 september 2005) m.nt. M.R. Mok.

24 HvJ 23 oktober 2007, NJ 2008, 48, punt 70, m.nt. M.R. Mok.

25 Voorstel voor een richtlijn van het Europees Parlement en de Raad inzake de bescherming van het milieu door middel van het strafrecht. 2007/0022/COD.

26 Noot 1.

27 31200, nr. 76, brief van 24 juli 2008 van de minister van Economische Zaken aan de Tweede Kamer.

28 Noot 1.

29 TK 2007-2008, 31 200 VI, nr. 2, Vaststelling begroting Ministerie van Justitie (VI) voor het jaar 2008, MvT, p. 201.

is wel veranderd. Het heet nu 'Strafrechtelijke handhaving van de Mededingingswet'.³⁰ De Justitiebegroting geeft als beoogde inwerkingtreding 1 januari 2010. Ik meen nog altijd dat aansluiting bij het systeem van duale handhaving zoals men dat in *fiscalibus* kent de juiste basis kan bieden voor de strafrechtelijke handhaving van het mededingingsrecht. Ik ben dan ook benieuwd naar de uitkomst van de gedachtevorming op de departementen van Justitie en Economische Zaken.

Interessant zal worden te bezien of de Tweede Kamer met het wetsvoorstel wel genoeg neemt. Anders gezegd: interessant zal worden te zien hoe goed het geheugen van de Tweede Kamer is en te zien of zij zich nog kan herinneren dat zij in 2006 een motie aannam, met als instructie 'spreekt uit dat invoering van een duaal stelsel wenselijk is, waarbij het zelfstandig bestuursorgaan van de NMa wordt belast met het opleggen van kleine boetes en het opleggen van hoge boetes en persoonlijke straffen bij uitsluiting is voorbehouden aan de strafrechter'.³¹ Dit zal niet zijn waar de wetgever nu mee bezig is. De wetgever koerst op een minder vergaande aanpassing van de Mededingingswet, te weten de toevoeging van de strafrechtelijke handhaving, maar niet de scheiding van het alles-in-één-hand-stelsel zoals de aangenomen motie wil(de).

De wetgever heeft op het gebied van de sanctionering overigens niet stilgezeten. Inmiddels is per 1 oktober 2007 de Mededingingswet zodanig aangepast dat nu ook niet-ondernemers, in de vorm van feitelijk leidinggevers en opdrachtgevers, een boete voor overtreding van de Mededingingswet opgelegd kunnen krijgen.³² Met de invoering daarvan is de stap naar de strafrechtelijke sanctionering onmiskenbaar verkleind.

Een andere stap, in diezelfde lijn, is niet door onze wetgever gezet doch door het Gerecht van Eerste Aanleg in het arrest *AC Treuhand*.³³ Daarin werd de – wat wel genoemd wordt – *facilitator* van een kartel (hier consultancybureau AC Treuhand, die onder meer kartelbijkomsten verzorgde) beboet wegens overtreding van art. 81 EG. Deze – zoals de Commissie het noemde – noviteit leverde nu nog maar een boete van € 1000 op, maar dat zal in de toekomst wel veranderen, kan men verwachten. Het gaat hier te ver uitgebreid bij het arrest stil te staan alsook bij de vraag of in de Nederlandse situatie het arrest zonder meer gevolgd zal (kunnen) worden. Ik merk slechts op dat de NMa in elk geval de lijn van de uitspraak volgt door het ook voor *facilitators* mogelijk te maken een op hen betrekking hebbend clementieverzoek in te dienen.³⁴

Een laatste aspect dat hier nog aandacht behoeft, is de vraag welke sancties de wetgever zou moeten opnemen in het wetsvoorstel omtrent de strafrechtelijke hand-

having van het mededingingsrecht. Gevangenisstraf, zeggen de voorstanders vaak.³⁵ Dat is het werkelijk afschrikwekkende middel, waar het strafrecht bekend om staat. Een genuanceerder geluid valt te beluisteren bij Mok. Hij meent dat gevangenisstraf wegens mededingingsdelicten te ver gaat.³⁶ Hij vindt het te ver gaan gelet op onze traditie van – in mijn woorden – het omsluieren van de vrije concurrentie. Taakstraffen in de ernstige gevallen daarentegen, zijn naar zijn mening het overwegen waard. Ik kan wel wat meevoelen met Mok.³⁷ In ieder geval in zoverre dat ook taakstraffen een ernstige impact op het rechtssubject kunnen hebben. Sterker: de ervaring van menig gespecialiseerd (straf)rechtsbijstandverlener is dat zelfs de openbare rechtsgang vaak in *white collar*-situaties al stevige indruk maakt op de directeur of de manager die zich voor de strafrechter moet verantwoorden. De setting, het tot verantwoording roepen, de mogelijke uitkomst en ook het uit en te na op zitting stilstaan bij dat wat niet goed is gegaan, hebben vaak al enige 'heilzame werking' in die situaties.

Toch zie ik uiteindelijk niet zoveel bezwaren tegen het opnemen als modaliteit in het wetsvoorstel van gevangenisstraffen. Ik zie niet het principiële verschil, ook niet als daarbij de historie in acht wordt genomen, tussen karteldelicten en andere delicten, zoals – om er enkele te noemen – bijstandsfraude, fiscale fraude of milieudelicten. Vast staat dat voor de laatste drie groepen gevangenisstraffen als bedreiging in de wet zijn opgenomen. Ik zou systematisch weinig voelen voor een uitzonderingssituatie voor karteldelicten.³⁸ Het lijkt me ook niet nodig. Wij hebben een rechterlijk apparaat dat geëquipeerd is te wegen en te wikkelen. De strafrechter beseft over het algemeen in *white collar*-zaken heel goed dat de ultieme straf van vrijheidsbeperking in een gevangenis die – ultieme – functie moet behouden en hij waakt er dan ook doorgaans voor die sanctie door excessieve toepassing te laten inflateren. Ik zie niet in waarom dit voor karteldelicten anders zou zijn of zou moeten zijn.

Iets geheel anders is uiteraard de vraag of het wel nodig is het strafrecht te introduceren bij de handhaving van het mededingingsrecht. Die – uiteindelijk – politieke vraag kan ik niet beantwoorden. Wel is het in dat kader aardig te kijken naar het huidige samengaan van mededingingsrecht en strafrecht, en wel door twee recente strafzaken te bezien.

Recente strafzaken: hoger beroep bouwzaak en glazenwasserzaken

Afgelopen jaar kreeg de strafkamer van het Haagse hof tweemaal zaken voor zich die op de een of andere wijze een link met het mededingingsrecht hadden.³⁹ In november 2007 in het hoger beroep in de bouwzaak en

30 TK 2008-2009, 31 700 VI, nr. 2, Vaststelling begroting Ministerie van Justitie (VI) voor het jaar 2009, MvT, p. 195.

31 In het kader van de behandeling van wetsvoorstel 30 071, motie 29, aangenomen op 29 augustus 2006 (Handelingen TK 99-6121).

32 Zie daarover bijv. G.J.K. Elsen, 'Feitelijk leidinggeven en opdrachtgeven: in of uit het mededingingsrecht?' M&M 2007, pp. 211-219 alsook M.R. Mok, 'Mededingingswet weer gewijzigd', SEW 2008, p. 229-231.

33 Zaak T-99/04, GvEA 8 juli 2008, n.n.g., AC Treuhand t. Commissie.

34 'Ook kartelondersteuners kunnen om clementie vragen', persbericht NMa 29 juli 2008.

35 Vgl. Whelan (*supra* noot 3).

36 M.R. Mok, Mededingingswet weer gewijzigd, SEW 2008, p. 231.

37 Ik teken aan dat het volgen van Moks gedachte een unicum op zou leveren. Bij mijn weten is er geen strafbepaling die als hoofdstraf enkel de taakstraf noemt (evenmin is er voor zover ik weet een bepaling die enkel de taakstraf en geldboete als straf noemt).

38 Overigens zij in gedachten genomen dat bij niet-uitvoering van de taakstraf toch de vrijheid zal worden beperkt door tenuitvoerlegging van de bij een taakstraf – subsidiair – op te leggen vervangende hechtenis: art. 22d Sr.

39 Het Hof zat in die zaken deels in dezelfde samenstelling (Mrs. Van Rijnberk en Borgesius (voorzitter)).

in mei 2008 in de glazenwasserszaken. De uitkomsten ervan zijn opmerkelijk.

De strafrechtelijke bouwzaken behoeven qua aanleiding weinig uitleg. De Zembla-televisie-uitzending van 9 november 2001 leidde tot grote ophef en tot acties van de NMa⁴⁰ alsook van het openbaar ministerie. Die laatste acties culmineerden in 16 vervolgingen voor de Rotterdamse strafrechter en uiteindelijk in twee hoger beroepen voor het Haagse hof. Reeds in eerste aanleg was de zaak niet een groot succes voor het openbaar ministerie. Van de te maken verwijten liet het openbaar ministerie nota bene de kartelfeiten (onder de oude WEM, art. 15) verjaren. Zodoende bleven er slechts commune feiten over, maar ook daarvan leidde een substantieel aantal tot (deel)vrijspraken.⁴¹ De genadeslag voor de bouwzaken kwam evenwel van de strafkamer van het Haagse hof.⁴² Aan het hof was nog slechts voorgelegd het onderdeel 'deelname aan een criminele organisatie' (art. 140 Sr) hetgeen zich toespitste op deelname in een zogenoemd egalisatiefonds (waarin jaarlijks vorderingen en schulden tussen aannemers werden verrekend). Het hof kwam tot een vrijspraak, omdat er onvoldoende bewijs was geleverd 'van de verbinding tussen het egalisatiefonds en een verboden vooroverleg en prijsafspraken, op de wijze zoals het verwijt in de tenlastelegging was geformuleerd'.⁴³ Daarnaast was evenmin sprake van deelname aan een criminele organisatie, aldus het hof, omdat het oogmerk van de betrokkenen niet gericht zal zijn geweest op overtreding van art. 15 WEM (zoals het openbaar ministerie ten laste legde) maar eventueel op art. 81 EG, welke laatste overtreding geen strafbaar feit oplevert. Op die redenering van het hof is kritiek mogelijk,⁴⁴ maar duidelijk is dat – ook los van dat aspect – het openbaar ministerie er niet in slaagde aan de bewijslast te voldoen noch erin slaagde een degelijke tenlastelegging aan het hof te presenteren. De bouwzaken overziend, doemt toch vooral het beeld op van een in dezen niet goed ingevoerd openbaar ministerie. Een openbaar ministerie dat de cruciale verwijten (art. 15 WEM) in de zaken onder haar handen liet verjaren, en een openbaar ministerie dat het in hoger beroep niet lukte spitsvondig genoeg de zaak voor te leggen (qua tenlastelegging en bewijs). Zo is het contrast tussen de bouwzaken per rechtsgebied groot. Waar de NMa die zaken in een groot project – tot nog toe – voortvarend en – voor haar: tamelijk succesvol – heeft opgepakt, is de strafrechtelijke handhaving ervan voor het openbaar ministerie een echec geworden. Dat beeld is overigens niet zonder nuances. Ook op de NMa-aanpak valt wel het een en ander aan te merken.⁴⁵ En de strafzaken an sich zullen – naar men mag aannemen – wel een bijdrage

hebben geleverd aan het inslijten van de norm.⁴⁶ Een andere verschijningsvorm van de interactie tussen het mededingingsrecht en het strafrecht viel waar te nemen in de tweede trits van zaken, welke zaken betrekking hadden op glazenwassers. Hen werd in de kern – net als in de bouwzaak in hoger beroep – deelname aan een criminele organisatie verweten. De onderliggende misdrijven waarop het oogmerk van de organisatie zou zien waren fiscaal getint (overtreding van art. 68 AWR – onjuiste aangifte –, aanverwant: valsheid in geschrift ten aanzien van suppletieaangiften e.d.). Mij past enige terughoudendheid in mijn observaties over deze zaken, aangezien ik deelgenoot van het debat was.⁴⁷ Enige partij(dige) kanttekeningen permitteer ik mij niettemin. De zaken van de glazenwassers hadden *stricto sensu* geen mededingingsrechtelijke component. De glazenwassers werden vervolgd voor deelname aan een criminele organisatie, die het oogmerk had van het plegen en beogen te plegen van belastingdelicten. Het bijzondere was evenwel dat wanneer gekeken werd naar het gedrag dat de glazenwassers hadden tentoongespreid – onder meer samen de wijken verdelen en de prijzen afspreken en opbrengsten daarvan verdelen – daarin toch wel degelijk kartelgedrag kon worden herkend. Niet alleen omdat de verdediging dat erin herkende, maar ook omdat bijvoorbeeld de verbalisanten in hun processen-verbaal melding maakten van het Haagse glazenwasserskartel. Normaal gesproken is het in een strafrechtelijk getint feitencomplex herkennen van andere feiten niet echt een issue. Zo kan een verweer dat de onderliggende misdrijven bij een verwijt van deelname aan een criminele organisatie (art. 140 Sr) niet oplichting en bedrieglijke bankbreuk zijn, maar in werkelijkheid belastingontduiking en valsheid in geschrift, nergens toe leiden zolang die laatste ook in de tenlastelegging passen. Dit kan heel goed het geval zijn, omdat de Hoge Raad weinig verfeitelijk eist van de opsteller van een tenlastelegging omtrent de onderliggende misdrijven bij art. 140 Sr.⁴⁸ In deze zaak zou het slagen van dat verweer echter dodelijk zijn voor de vervolging. Als in werkelijkheid het gedrag van de betrokken glazenwassers immers gericht zou zijn op kartelovertradingen en niet op belastingontduiking e.d., zou er weinig crimineels – in de zin van strijdig met de strafwet – zijn aan hun gedrag en zou daarmee er ook geen criminele organisatie zijn. Aangezien beboeting van kartelfeiten exclusief is voorbehouden aan de NMa, zou de niet-ontvankelijkheid van het openbaar ministerie in de vervolging moeten worden uitgesproken, zo betoogde dus de verdediging. Het hof volgde deze redenering en kwam ten aanzien van de criminele organisatie tot niet-ontvankelijkheid.⁴⁹

40 Zie daarover de bijdrage van Hakvoort in dit nummer alsook D.P. Kuipers, 'De eerste serie bouwbesluiten van de NMa: meten met twee maten?', M&M 2005, p. 164-172.

41 Zie over die uitspraken: L.E.J. Korsten, 'Bouwfraude: vooroverleg bouwbedrijven', M&M 2005, p. 257-267.

42 Zie over die uitspraak: R. de Bree, 'Hoger beroep bouwzaak' (annotatie), M&M 2008, pp. 19-24.

43 Persbericht hof Den Haag 27 november 2007 (www.rechtspraak.nl).

44 Noot 42.

45 Bijvoorbeeld op het aspect van de versnelde procedure; de vraag of er niet al te voortvarend en projectmatig is aangepakt en daarmee de rechtswaarborgen onder druk zijn gekomen.

46 Vgl. H. Foekema & L. Nikkels, Culturomslag in de bouw, geen omslag maar een trendbreuk, TNS NIPO-rapport 27 augustus 2008 (www.nmanet.nl).

47 Tezamen met mr. F.H.H. Sijbers bepleitte de auteur in die zaken de niet-ontvankelijkheid van het openbaar ministerie wegens – kort gezegd – vervolging van niet strafbaar kartelgedrag. Het hof kwam in de arresten vervolgens tot die uitkomst.

48 Vgl. HR 18 november 1997, NJ 1998, 225, HR 5 september 2006, NJ 1997, 336.

49 Overigens liet het hof er geen onduidelijkheid over bestaan dat het ook bij een wel ontvankelijk openbaar ministerie niet tot een bewezenverklaring terzake van het 140-verwijt was gekomen. Er was onvoldoende bewijs geleverd dat aan de ver-eisten daarvoor was voldaan. Op separate andere feiten (belastingontduiking e.d.) kwam het hof wel tot een bewezenverklaring en veroordeling.

Bijzonder was dat het hof de redenering van de verdediging, gebaseerd op parlementaire geschiedenis en uitspraken van de toenmalig P-G De Wijckerslooth (over beleid binnen het openbaar ministerie om kartelfeiten aan de NMA te laten) accepteerde dat er voor vervolging van kartelgerelateerde feiten (dus ook bijvoorbeeld valsheid in geschrifte die 'vastgekleefd is' aan kartelovertradingen) na 1998 (inwerkingtreding Mededingingswet) in de huidige constellatie geen ruimte meer is. Zonder wetwijziging biedt het strafrecht dus volgens het Haagse hof geen basis voor kartelstrafzaken.

Uitleiding

De heldere lijn die de wetgever ooit – begin jaren negentig – voor ogen stond, met een strakke scheiding tussen bestuursrechtelijk boeterecht en strafrecht is niet bewaarheid gebleken.⁵⁰ Er is een handhavingspalet ontstaan van zowel strafrecht als bestuursrechtelijk boeterecht dat beter kan worden geduid met de term sanctierecht. Ook in het mededingingsrecht is die ontwikkeling zichtbaar. De bestuursrechtelijke beboeting van personen, alsook het in de maak zijnde wetsvoorstel met strafrechtelijke vervolging van individuen voor kartelovertradingen, zijn er voorbeelden van.

Tachtig jaar geleden schreef C.K. Allen zijn beroemd geworden handboek *Law in the making*, waarin hij de

ontwikkelingslijn van het Engelse recht uitlegde.⁵¹ Een ontwikkeling die hij onder meer kenschetste met: *'The Common Law is living and human.'*⁵²

Die omschrijving doet, *mutatis mutandis*, ook bij ons opgeld, in zijn algemeenheid maar zeker ook in het mededingingsrecht. Het recht past zich aan, bijvoorbeeld aan de praktijk. Waar een behoefte blijkt, creëert het recht of de wetgever de mogelijkheid. Daar is op zichzelf niet zoveel mis mee. Dat is de loop van het recht.

Zo lijkt het ook met de strafrechtelijke handhaving van het mededingingsrecht gesteld. Zo de *communis opinio* zou zijn dat die benodigd is, heeft de rechter inmiddels duidelijk gemaakt dat het beter ware er een aparte delictsomschrijving voor te creëren. In ieder geval het gieten van dergelijk gedrag in het verwijt van deelname aan een criminele organisatie vond tot nu toe geen genade bij die strafrechter. Daar valt, vanuit de gedachte dat strafbepalingen een zekere zuiverheid behoren te genieten, veel voor te zeggen. Het signaal aan de wetgever is dan ook niet mis te verstaan: wilt ge kartelgedrag strafrechtelijk (en daarmee op persoonsniveau en bedreigd met vrijheidsbeperking al dan niet in de vorm van taakstraf of gevangenisstraf) gehandhaafd zien, dan moet ge wetgeven. Ik ben benieuwd hoe signaalgevoelig de wetgever blijkt te zijn.

⁵⁰ Zie over die lijn: A.R. Hartmann & P.M. van Russen Groen, *Contouren van het bestuursstrafrecht* (diss. EUR), Arnhem: Gouda Quint, 1998, p. 138 e.v.

⁵¹ C.K. Allen, *Law in the making*, Oxford: Clarendon, 1930 (eerste druk: 1927).
⁵² *Ibidem*, p. 302.

Actualiteiten Nationaal

De aanbestedingsregelgeving: een heftig opgeklopt kussen!

Zeven jaar na 'Sjoemelen met miljoenen'

mr. dr. H.D. Huib van Romburgh¹

De datum van 9 november 2001 zal aanbestedend Nederland blijvend en diep in het geheugen zijn gegrift. Dat is nu vrijwel op de kop af zeven jaar geleden. De uitzending van het televisieprogramma Zembla 'Sjoemelen met miljoenen' was de opmaat tot de parlementaire enquête bouwnijverheid. Het eindrapport van de parlementaire enquête riep op tot een in acht te nemen 'nieuwe zakelijkheid' en tot een op te stellen nieuw helder, coherent en wettelijk verankerd aanbestedingsrechtelijk kader. Deze bijdrage geeft een kort overzicht van de vorderingen gedurende de afgelopen jaren en eindigt met het verwerpen van de

Aanbestedingswet op 8 juli 2008 – bijna zeven jaar na de uitzending van Zembla – in de Eerste Kamer. De bouwnijverheid heeft in de afgelopen jaren evenwel laten zien op veel punten over een zelfreinigend vermogen te beschikken. Op mededingingsrechtelijk en strafrechtelijk terrein zijn enige tikken uitgedeeld. Hierdoor heeft het aanbestedingsrecht zich verder in een gezondere omgeving kunnen ontwikkelen.

Aanleiding

In de uitzending van 7 november 2001 van Zembla zou het – op basis van de bevindingen van de redactie – gaan om forse malversaties bij de aanbestedingen van bouwprojecten. Ondanks een eerder in 1992 door de Europese Commissie opgelegd verbod inzake de SPO-affaire, zouden bouwbedrijven desondanks nog onderling prijs-

¹ Huib van Romburgh is bestuursraadadviseur bij het ministerie van Landbouw, Natuur en Voedselkwaliteit en onder meer voorzitter van de Nederlandse Vereniging voor Aanbestedingsrecht en oud-lid van de ambtelijke staf van de Parlementaire Enquêtecommissie Bouwnijverheid.