

Hoger beroep bouwzaak

Hof Den Haag (strafkamer) 27 november 2007, *LJN* BB8760 en BB8756
(m.nt. mr. R. de Bree)*

Feiten

Op 27 november 2007 deed het hof Den Haag (strafkamer) uitspraak in hoger beroep in – wat is gaan heten – de bouwfraudeaffaire. De strafzaak zag, zoals bekend,¹ op fraudegedragingen omtrent vooroverleggen tussen (een groot aantal) bouwbedrijven van midden jaren negentig tot 2002. Het openbaar ministerie legde de strafrechter in eerste aanleg een robuust verwijtenpalet voor, waaronder overtreding van art. 15 van de Wet economische mededinging (hierna: 'WEM')² (min of meer de strafrechtelijke gehandhaafde voorganger van art. 6 Mw)³, valsheid in geschrift, oplichting, deelname aan een criminele organisatie (art. 140 Sr) en omkoping. Die strafrechter (rechtbank Rotterdam) kwam op 9 juni 2005 op onderdelen tot een veroordeling.⁴ De zaak is in appel tweeledig beperkt. Enerzijds waren er van de oorspronkelijke 16 verdachten (allemaal op onderdelen veroordeeld door de rechtbank) nog maar twee over. Anderzijds zag dat appel⁵ slechts op het onderdeel (feit 7) dat tot een veroordeling had geleid. De verdediging wilde daarvan vrijspraak, het openbaar ministerie meende dat die veroordeling overeind moest blijven (en dat een deelvrijspraak terzake van dat 7^e feit moest worden vernietigd; dat ook daarop veroordeeld moest worden).

Het tenlaste gelegde feit waarover het hof nog had te oordelen, kwam –zakelijk weergegeven– hier op neer, dat het bouwbedrijf zou hebben deelgenomen aan een criminele organisatie. Dit zou zo zijn omdat binnen de zogenoemde egalisatiefondsen⁶ waarin het bedrijf deelnam, een aantal wegenbouwondernemingen samenwerkte met als oogmerk valsheid in geschrift, oplichting en het opzettelijk overtreden van art. 15 WEM.

Uitspraak

Het hof stelt allereerst vast dat ter beoordeling nog slechts een deelaspect van de oorspronkelijke zaak aan hem is voorgelegd. De beoordeling ziet op het – overgebleven – verwijt van deelname aan een criminele organisatie die het oogmerk had op het plegen van valsheid in geschrift, van gedragingen verboden door art. 15 WEM en van oplichting.

Op enkele onderdelen vorderde het openbaar ministerie in hoger beroep zelf vrijspraak. Dit betrof deelname aan de egalisatiefondsen Egalisatiefonds Noord/Noordelijk egalisatiefonds en Noord-Holland 8 en dit betrof het oogmerk van valsheid in geschrift. Het hof volgt die vordering en komt, daarbovenop, zelfs tot een gehele vrijspraak.

Het hof licht die algehele vrijspraak toe door erop te wijzen dat weliswaar vaststaat dat vooroverleg plaatsvond en in dat kader afspraken werden gemaakt over werkverdeling en prijzen en dat er egalisatiefondsen waren die (halfjaarlijks

bijeen kwamen, maar dat niet aannemelijk is geworden dat het oogmerk van die fondsen gericht was op het opzettelijk overtreden van art. 15 WEM en oplichting. Immers, zo oordeelt het hof,

'niet kan worden vastgesteld dat in het verband van de egalisatiefondsen verboden – voor de overheidsopdrachtgevers nadelige (de wegenbouwers bedrieglijk wederrechtelijk bevoordelende) prijs- en marktverdelingsafspraken zijn of zouden zijn gemaakt.'

Enkel is er bewijs van verrekeningen tussen de bedrijven. Die verrekeningen hadden evenwel volgens het hof geen verboden karakter, maar zagen erop te voorkomen dat de bedrijven facturen hoefden te zenden.

'Dat [de verrekeningen] wellicht (voor een deel) medebetrekking hadden op vorderingen en schulden die het gevolg waren van in ander verband – en onafhankelijk van de vereveningsafspraken – gemaakte verboden prijs- en marktverdelingsafspraken, kan daaraan niet afdoen.'

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

1 Zie L.E.J. Korsten, 'Bouwfraude: vooroverleg bouwbedrijven', *M&M* 2005, p. 257-267.

2 Art. 15 WEM hield een systeem in waardoor strafbaar was het niet aannemen van een vastgelegd kartel (mededingingsregeling) en het handelen in strijd met een door de minister van Economische Zaken (algemene) onverbindend verklaring ten aanzien van (een) kartel(s) wegens strijdigheid met het algemeen belang, dan wel het handelen (vanaf 1994) in strijd met zogenoemde generieke onverbindend verklaringen. In de kern werd met die (algemene/generieke onverbindend) verklaringen verboden: het maken van prijs- en marktverdelingsregelingen tussen ondernemingen.

3 Art. 15 WEM en art. 6 Mw verschillen echter op nogal wat punten van elkaar. In feite is het hele systeem van handhaving gewijzigd met de Mw. Zie ook de vorige noot en M.R. Mok, *Kartelrecht I*, Deventer: Kluwer 2004, hoofdstukken 2 en 3.

4 Zie noot 1.

5 Deze bijdrage is toegesneden op de uitspraak tegen het bouwbedrijf (BB8760). De andere uitspraak (BB8756) ziet op een voormalige controller bij dat bouwbedrijf.

6 Een omschrijving daarvan is door de Parlementaire Enquêtecommissie gegeven: *'Het systeem van claimrechten [tussen bouwers omtrent gegunde opdrachten] heeft tot gevolg dat aannemers zo nu en dan de boel moest vereffenen, egaliseren of "clearen". Daarvoor werden "aannemersclubs", de zogeheten egalisatiefondsen, gebruikt. Het OEF, ofwel het Oostelijk Egalisatiefonds, is daar een voorbeeld van.'* Eindrapport parlementaire enquête bouwnijverheid 'De bouw uit de schaduw'; *Kamerstukken II* 2002/03, 29 244, nr. 5-6, p. 139.

Het openbaar ministerie had nog aangedragen dat de fondsen ook het oogmerk hadden op een 'concurrentieloze' werkverdeling voor de toekomst (althans de deelnemers daartoe in staat stelden). Het hof verwerpt die stelling: de verrekeningen vonden slechts een of twee maal jaarlijks plaats en betroffen slechts bestaande vorderingen/schulden.

'Verder overweegt het hof nog dat evenmin aannemelijk is geworden dat de in de tenlastelegging genoemde organisaties overtreding van art. 15 WEM tot doel hadden.'

Dit is zo, aldus het hof, aangezien de bedoeling van de (steller van de) tenlastelegging is dat het heeft te gaan

'in hoofdzaak om verboden prijs- en marktverdelingsovereenkomsten tussen ondernemingen. In dat opzicht was er een samenloop tussen de WEM en het hier te lande rechtstreeks werkend artikel 81, lid 1, [...] van het EG-Verdrag. [...] Waar overtreding van artikel 81 wordt (en werd) gesanctioneerd door een bestuurlijke boete (en civielrechtelijke nietigheid van de overeenkomst), was opzettelijke overtreding van artikel 15 WEM aangewezen als economisch delict [...] en onderworpen aan het oordeel van de strafrechter.'

Daarbij tekent het hof aan dat een strafrechtelijke veroordeling in het kader van de Europese Aanbestedingsrichtlijn Werken⁷ kon leiden tot uitsluiting.

Het hof vervolgt met de overweging dat in het geheel niet is gebleken dat het doel van de organisaties was om opzettelijk art. 15 WEM te overtreden.

'Zo al in die organisaties verboden prijs- en marktverdelingsafspraken werden gemaakt (hetgeen zoals gezegd niet aannemelijk is geworden), is veeleer aannemelijk dat het oogmerk van de organisaties was gericht op overtreding van artikel 81 [...] EG-Verdrag [...].'

Het hof leidt dit bijvoorbeeld af uit de marktpositie van de deelnemende ondernemingen (waaronder de zes grootste wegenbouwers van Nederland) en de schaal waarop de afspraken werkten.⁸

'Naar het oordeel van het hof is het dan ook niet aannemelijk dat het oogmerk gericht was op overtreding van een wet met een strafsanctie die ertoe zou kunnen leiden dat de bestrafte ondernemingen werden uitgesloten van deelneming aan toekomstige overheidsopdrachten, waar beboeting op grond van artikel 81 [...] EG-Verdrag een dergelijk commercieel weinig aantrekkelijk gevolg blijkt de genoemde richtlijn niet kende.'

Noot

Achtergrond

Al jaren siddert de bouwfraudekwestie door ons land. Wat goed en wel begon met de Zembla televisieuitzending van 9 november 2001, werd vervolgd door immense acties van de overheid. Belangrijke acties waren in dat verband de Parlementaire Enquête Bouwnijverheid in 2002,⁹ de massale boetetrajecten die de NMa opzette omtrent overtredingen van het kartelverbod van art. 6 Mw in de bouwbranche¹⁰ en de strafzaken die het openbaar ministerie op touw zette. Daarvan was de zaak omtrent het vooroverleg tussen de grote bouwers van ons land, waar de onderhavige zaak onderdeel van uitmaakte, de belangrijkste. De strafrechtelijke bouw(fraude)-zaak begon spectaculair met vele tientallen aanhoudingen, maar eindigt met dit arrest als een implosie. Nadat de rechtbank Rotterdam in 2005 al het fileermes in deze zaak had gezet (en kwam tot niet-ontvankelijk op onderdelen wegens verjaring en gedeeltelijke nietigheid van de dagvaarding alsook tot substantiële deelvrijspraken) en *in casu* slechts veroordeelde op één feit (criminele organisatie omtrent verrekeningsfondsen) heeft het hof het hakmes benut; het komt bij het resterende verwijt tot een vrijspraak.¹¹

Van rechtbank naar hof

De rechtbank Rotterdam had eerder, de vonnissen uit 2005 bekijkend, een immense kluit aan deze zaken. Het ging toen om 16 verdachten en per verdachte om vele verwijten, ziend op overtreding van art. 15 WEM, valsheid in geschrift, oplichting, deelname aan een criminele organisatie en – in een enkel geval – omkoping. Bovendien werden vele projecten opgevoerd ter onderbouwing van die verwijten. De verdachten op hun beurt verdedigden zich met hand en tand. In de onderhavige zaak leidde dat er al bij de rechtbank toe dat een substantieel aantal verwijten afviel. De WEM-feiten bleken verjaard, de valsheid in geschrift en oplichting deelden deels hetzelfde lot en bleken deels niet bewezen te kunnen worden, etc. etc. Zo bleef er al bij de rechtbank Rotterdam

7 Art. 24 sub c Richtlijn 93/37/EEG van de Raad van 14 juni 1993 betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor de uitvoering van werken, *Pb EG L 199 van 09/08/1993*, p. 0054 – 0083.

8 Alsook uit de cumulatieve effecten van de regionaal en landelijk werkende afspraken, waarbij het hof in acht neemt dat de verrekeningen betrekking hadden op vele en soms grote leveranties of diensten in verband met infrastructurele werken.

9 Eindrapport parlementaire enquête bouwnijverheid 'De bouw uit de schaduw'; *Kamerstukken II 2002/03*, 29 244, nr. 5-6.

10 Grootschalig bijvoorbeeld het GWW-boetetraject. Daarover: D.P. Kuipers, 'De eerste serie bouwbesluiten van de NMa: meten met twee maten?', *M&M* 2005, p. 164-172. Zie <http://www.nmanet.nl/nederlands/home/Actueel/Themadossiers/Bouw/>.

11 Ten tijde van het schrijven van deze bijdrage is de cassatietermijn nog niet verstreken (beroep in cassatie is op dit tijdstip nog niet ingesteld).

niet de grootse zaak overeind die door het openbaar ministerie was gepresenteerd. Uiteindelijk werd *in casu* (slechts) veroordeeld voor deelname aan een criminele organisatie die het oogmerk had op het plegen van overtredingen van art. 15 WEM.¹² Daarbij oordeelde de rechtbank dat het oogmerk van de organisaties gericht was op

*'het bespreken en tegen elkaar wegstrepen van voorde-
ringen voortvloeiend uit het vooroverleg in de egali-
satiefondsen (OEF en WO-6) [hetgeen] mede bedoeld
was om het voor de deelnemers mogelijk te maken hun
positie te bepalen in volgende vooroverlegsituaties;
dat was ook voor alle leden van die fondsen duidelijk.'*

De bewezenverklaring zag op een periode van drieënhalve jaar. De rechtbank kwam tot de conclusie dat de betrokkene

*'heeft deelgenomen aan zogenaamde egalisatiefondsen
die tot doel hadden het met gesloten beurzen vereffenen
van onderlinge verplichtingen tussen diverse bouw-
ondernemingen, welke voortvloeiden uit het zogenaamde
vooroverleg. Tijdens dergelijk overleg werden prijsaf-
spraken en/of verdelingen van de markt gemaakt over
de door de overheid aan te besteden bouwprojecten.
Daartoe werden periodiek vergaderingen gehouden.
Door aldus te handelen is gedurende een periode van
ongeveer drieënhalve jaar de concurrentie bij aanbe-
stedingen in de bouwsector op grootschalig niveau
vervalst en is het belang van de samenleving bij een
gezond economisch ondernemingsklimaat geschaad.'*

De rechtbank kwam tot een strafmaat, bij de bedrijven, variërend van € 45.000,- (alleen veroordeling voor deelname aan een criminele organisatie) tot € 100.000,- (veroordeling voor deelname aan een criminele organisatie en andere feiten).¹³ Ten aanzien van de individuen was het beeld iets meer divers: van geen (taak)strafoplegging tot een taakstraf van 180 uur.

Het openbaar ministerie stelde vervolgens hoger beroep in tegen alle uitspraken. Sommige verdachten deden hetzelfde. Maar kort voor de inhoudelijke behandeling bij het hof, trokken zowel openbaar ministerie als verdachten in veertien zaken de appellanten in.¹⁴ Toen bleven er dus nog maar twee appellanten over, één bouwer en één individu bij die bouwer. En in dat appel ging de veroordeling voor deelname aan een criminele organisatie dus onderuit. Het hof zag er geen bewijs voor en vond bovendien dat als al sprake was geweest van een organisatie die het oogmerk op overtreden van regels had, dit overtreding van art. 81 EG-Verdrag betrof, welke bepaling strafrechtelijk niet gehandhaafd kon (en kan) worden. De voorzitter sprak, toen hij op een van de zittingen ambtshalve het aspect van art. 81 EG-Verdrag aanroerde, over het niet willen wijzen van een surprise-arrest. Toch is het hof daar tweeledig wel in geslaagd. Zo zal de uitspraak, NB zo dicht bij Sinter-

klaas, door de betrokken verdachten – terecht – zijn ervaren als een mooi cadeau. Na een jarenlang slepend proces zijn ze vrijgesproken. Daarnaast is het element van art. 81 EG-Verdrag en de wijze waarop het hof dat in het oordeel betreft niet zonder algehele verrassing.

Geen art. 140 Sr met onderliggend art. 15 WEM en oplichting

Het hof sprak volgens een persbericht van datzelfde hof vrij op 'technische gronden'.¹⁵ De toelichting meldde:

'De vervolging was geconcentreerd op deelname in een egalisatiefonds. In dit fonds werden eens per jaar vorderingen en schulden verrekend tussen aannemers. Het hof heeft de verbinding tussen dat fonds en een verboden vooroverleg en prijsafspraken, op de wijze zoals het verwijt in de tenlastelegging was geformuleerd, niet bewezen geacht. Het hof vond het niet aannemelijk dat het oogmerk van de in de tenlastelegging genoemde egalisatiefondsen gericht was op het opzettelijk overtreden van art. 15 WEM (waarin tot 1998 het verbod op prijsafspraken stond) en oplichting. Het bewijsmateriaal dat het openbaar ministerie had aangedragen is daarvoor ontoereikend, aldus het hof.'

Het is maar de vraag of het etiket 'technische vrijspraak' op deze omschrijving en daarmee op de uitspraak past. In de eerste overweging – en overigens ook in het weergegeven citaat in het persbericht – blijkt dat het hof tot een vrijspraak komt omdat het bewijsmateriaal ontoereikend is voor het gemaakte verwijt. Dat is naar mijn smaak simpelweg een vrijspraak wegens gebrek aan bewijs. Heel veel techniek, anders dan toepassing van art. 350 Sv, komt daar niet bij kijken.

Iets anders is dat de auteur van het persbericht moet worden toegegeven, zo hij dat bedoelt uit te drukken, dat de uitspraak een juridisch-technische achtergrond heeft die de vrijspraak kan verklaren. Daarbij moet in herinnering worden geroepen dat het verwijt *in casu* niet zag op overtreding van art. 15 WEM sec. Dat verwijt had het openbaar ministerie, zo bleek immers al bij de rechtbank, laten verjaren. Dat maakte het voor het openbaar ministerie een stuk lastiger om tot een veroordeling te komen. De wijze waarop het dat toch probeerde was via de band van deelname aan een criminele organisatie. Die wijze van tenlasteleggen komt vaker voor. Dan worden bijvoorbeeld verwijten waarvoor het bewijs zelf mager is of waaromtrent anderszins de kans op veroordeling gering wordt geacht (zoals hier wegens verjaring), bij-

12 Bij sommige andere verdachten werd tevens veroordeeld voor overtreding van art. 15 WEM en/of oplichting en/of valsheid in geschrift en/of omkoping. Rb Rotterdam 9 juni 2005 in de zaken: LJN: AT8138, AT7378, AT7375, AT7247, AT7246, AT7245, AT7244.

13 Zie de vorige noot.

14 Persbericht openbaar ministerie, 28 september 2007 (www.om.nl).

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

een geraapt in een verwijt dat de betrokkene deel heeft genomen aan een criminele organisatie die tot oogmerk had het plegen van strafbare feiten. En die strafbare feiten waar dat oogmerk op gericht was, zijn dan precies de feiten waarvan een veroordeling zelfstandig niet voor de hand ligt. Dat is natuurlijk ergens wat krom, maar toegelaten omdat een veroordeling voor deelname aan een criminele organisatie wel bewijs vergt van het oogmerk om strafbare feiten te plegen en omdat de strafbaarstelling ziet op de deelname.¹⁶ Daarin wordt een bescherming gevoeld tegen al te gemakkelijke veroordelingen in dit kader.

Als de uitspraak van het hof geanalyseerd wordt, blijkt het juist op dit oogmerk stuk te lopen. In de eerste overweging – hof acht niet aannemelijk dat oogmerk van egalisatiefondsen gericht was op opzettelijke overtreding van art. 15 WEM en oplichting – zegt het hof geen crimineel oogmerk te zien omdat er geen bewijs is geleverd voor de stelling (in de tenlastelegging) dat er sprake was van verboden –voor de overheidsopdrachtgevers nadelige – prijs- en marktverdelingsafspraken.

De tussenopmerking – ‘voor de overheidsopdrachtgevers nadelige’ – zal de mededingingsrechtjurist kunnen verbazen. Strafrechtelijk bezien is zij gelet op de tenlastelegging niet onlogisch. Het ging immers in de optiek van het openbaar ministerie om egalisatiefondsen die als crimineel oogmerk art. 15 WEM én oplichting zouden hebben gehad. Met de tussenopmerking stelt het hof vast dat (ook) voor dit laatste delict geen bewijs is.

Met de overweging dat geen bewijs is aangedragen waarmee kan worden vastgesteld dat sprake zou zijn geweest van verboden prijs- of marktverdelingsafspraken valt in feite ook art. 15 WEM (via de band van art. 140 Sr) af. Wat dan overblijft zijn de verrekeningen die de partijen onderling uitvoerden. Dat die op zichzelf geen strafbaar feit opleverden (bijvoorbeeld in de zin van art. 15 WEM, al dan niet via de band van art. 140 Sr) is niet onbegrijpelijk. Een verrekening uitvoeren *sec* lijkt immers niet strafbaar. Dit wordt pas anders als de grondslag van de verrekening (de vordering of schuld) een met de strafwet strijdige oorzaak zou hebben. Nu het hof vaststelt dat het bewijs van zo'n grondslag niet geleverd is (geen verboden prijs- en marktverdelingsafspraken in de fondsen) is begrijpelijk dat het hof tot vrijspraak komt op dit punt.

Opmerkelijk is overigens de niet strafrechtelijke toon die de lezer in de uitspraak kan aantreffen. Zo rept het hof telkens van het niet aannemelijk zijn geworden van het doel en oogmerk van de organisaties. Dat lijkt strafrechtelijk een weinig zuivere benadering van de materie. Al zou dat immers aannemelijk zijn geworden, dan is het nog niet afdoende. Aannemelijkheid is namelijk niet de bewijsstandaard die de strafrechter heeft toe te passen als hij het bewijs, als door het openbaar ministerie gepresenteerd, weegt. Het is veeleer de vraag of wettig en overtuigend is bewezen, en daarmee of iets is aangetoond.¹⁷ Aannemend dat het hof met precisie en het juiste strafrechtelijke kader voor ogen heeft geformuleerd, is slechts één (goede) reden denkbaar waarom het telkens kiest

voor de term ‘aannemelijk’. Het heeft niet alleen gemeend dat er geen wettig en overtuigend bewijs was van het verweten strafbare feit, het vond zelfs dat de stellingen uit de tenlastelegging niet aannemelijk gemaakt werden, daarmee indicierend hoe ver het openbaar ministerie verwijderd was van het leveren van wettig en overtuigend bewijs van die stellingen.¹⁸

Art. 81 EG-Verdrag

Na het oordeel van het hof dat

‘het [...] niet aannemelijk is geworden dat het oogmerk van deze egalisatiefondsen gericht was op het opzettelijk overtreden van art. 15 WEM en oplichting [...]’,

gaat het in op de verhouding tussen art. 15 WEM en art. 81 EG-Verdrag. Die overweging begint met:

‘Verder overweegt het hof nog dat evenmin aannemelijk is geworden dat de in de tenlastelegging genoemde organisaties overtreding van art. 15 WEM als doel hadden’,

wat onmiddellijk de vraag oproept of zij obiter gegeven is. Zou het om een overweging ten overvloede gaan, dan is immers de mogelijke toets in cassatie uitermate beperkt (in feite non-existent).¹⁹ De lezer komt er niet geheel uit. Ik houd het ervoor, mede gelet op de uitvoerige bespreking van het hof die erop volgt, dat de overweging niet ten overvloede is, maar dat het hof simpelweg twee redenen ziet om vrij te spreken.

De volgende – meer interessante – vraag is, wat het hof nu eigenlijk in de tweede overweging zegt. Goed bezien constateert het hof dat er samenloop was tussen art. 15 WEM en art. 81 EG-Verdrag en dat de egalisatiefondsen hooguit het oogmerk hadden op kartelgedrag strijdig met art. 81 EG-Verdrag, gelet op bijvoorbeeld de marktpositie van de deelnemers en schaal waarop de afspraken werkten (deels landelijk). Het hof lijkt in eerste instantie te doelen op een objectief gegeven. Het is te zeggen dat het hof het oog lijkt te hebben op het verschil tussen art. 15 WEM en art. 81 EG-Verdrag, de eis van ongunstige beïnvloeding van de tussenstaatse handel, en uit de feiten afleidt dat niet overtreding van art. 15 WEM

16 Zie HR 15 december 1998, *NJ* 1999, 205; HR 16 oktober 1990, *NJ* 1991, 442. M.J.H.J. de Vries-Leemans, Art. 140 Wetboek van Strafrecht, (diss.: KUB), Arnhem: Gouda Quint, 1985, p. 23-24, 36-57, i.h.b. 41 e.v.

17 De strafkamer van de Hoge Raad gebruikt de term ‘aannemelijkheid’ merendeels om een verdedigingsverweer te wegen, bijvoorbeeld HR 12 december 2006, *NJ* 2007, 245.

18 Waarmee niet gezegd is dat in geen geval een tenlastelegging op de feiten in deze zaak tot een veroordeling had kunnen leiden. Daarover infra ‘Wel verboden prijs- marktverdelingsafspraken, geen veroordeling’, voorlaatste alinea.

19 Bijvoorbeeld HR 7 februari 2006, *NJ* 2006, 139. Zie tevens noot 11.

aan de orde was, maar dat het gelet op de omvang van de partijen en de schaal moest gaan om art. 81 EG-Verdrag. Dan vervolgt het hof evenwel met de slotopmerking dat het niet aannemelijk is

'dat het oogmerk gericht was op overtreding van een wet die met een strafsanctie kon worden gehandhaafd die ertoe kon leiden dat de bestrafte ondernemingen werden uitgesloten van deelneming aan toekomstige overheidsopdrachten, waar beboeting op grond van artikel 81 [...] EG-Verdrag een dergelijk commercieel weinig aantrekkelijk gevolg blijktens de genoemde [Europese Aanbestedingsrichtlijn Werken] niet kende.'

Het oordeel van het hof draait daarmee. Waar het hof eerst tot uitdrukking lijkt te brengen dat de samenloop tussen art. 15 WEM en 81 EG-Verdrag zou betekenen dat art. 15 WEM niet kan worden toegepast, geeft de slotopmerking aan dat de egalisatiefondsen in de optiek van het hof niet het oogmerk van overtreding van art. 15 WEM zullen hebben gehad bij zo'n samenloop gelet op de daarmee gepaard gaande strafrechtelijke (en samenhangende) narigheid, maar dat hun oogmerk in dat geval zal hebben gezien op het overtreden van art. 81 EG-Verdrag nu hen dat – in mijn parafrase – minder pijn op zou leveren.

Deze redenering van het hof is niet overtuigend en, sterker, komt voor als onjuist. Het hof lijkt te zeggen dat het niet logisch zou zijn geweest om te kiezen voor overtreding van een bepaling met een zwaardere sanctie, waar de betrokkenen de keuze hadden voor overtreding van een bepaling met een lichtere sanctie. De vraag is evenwel (i) of de ene sanctie wel lichter was en (ii) of die keuze er wel was.

Het hof redeneert naar mijn smaak wat gemakzuchtig door – tamelijk oratorisch – te overwegen dat beboeting voor art. 81 EG-Verdrag niet het commercieel weinig aantrekkelijke gevolg kende van aanbestedingsuitsluiting.

Zo kan de vraag worden gesteld of die redenering überhaupt wel klopt. In beginsel lijkt het mij namelijk zeker niet onmogelijk dat uitsluiting in zo'n geval wel degelijk zou hebben kunnen volgen, zij het op een andere uitsluitingsgrond (te weten art. 24 sub d van diezelfde richtlijn: potentiële uitsluiting van de aannemer

'die in de uitoefening van zijn beroep een ernstige fout heeft begaan, vastgesteld op elke grond die de aanbestedende diensten aannemelijk kunnen maken').²⁰

Wat daar ook van zij, in elk geval neemt het hof, naar mijn inzicht ten onrechte, niet mee in de overweging dat beboeting door de Europese Commissie, hetgeen onder art. 81 EG-Verdrag uiteraard een mogelijkheid zou zijn geweest, in zijn algemeenheid geen lichte straffen met zich mee zou hebben gebracht. De nationale strafrechtelijke sancties verbleken daar zelfs bij. Bovendien betrof de aanbestedingsuitsluiting waarvan het hof rept, een mogelijkheid, geen harde verplichting. Het is weinig zuiver te noemen dat het hof die aspecten

niet in de ambtshalve gemaakte overweging betreft. Te minder nu deze aspecten 's hofs redenering – om zijn eigen term maar te gebruiken – minder aannemelijk maken.

Ten tweede, en belangrijker, het hof doet het voorkomen alsof de betrokken bouwers een keuze hadden om in de egalisatiefondsen het oogmerk te richten op ofwel overtreding van art. 81 EG-Verdrag ofwel overtreding van art. 15 WEM. Het hof miskent hiermee nu juist de eerder door hem benoemde samenloop tussen die artikelen. In feite betrof art. 81 EG-Verdrag min of meer hetzelfde verbod als in het onderhavige geval art. 15 WEM, doch met de extra eis dat er sprake kon zijn van ongunstige beïnvloeding van de tussenstaatse handel. Als aan die eis voldaan is, is het natuurlijk niet zo dat pardoes geen sprake (meer) is geweest van overtreding van art. 15 WEM. In tegendeel. Beide bepalingen werden alsdan overtreden. In zoverre is de redenering van het hof dan ook gebrekkig, alsook is zijn uitleg van de verhouding tussen art. 15 WEM en 81 EG-Verdrag naar het mij voorkomt onjuist.

Als het hof meent dat het oogmerk op overtreding van art. 81 EG-Verdrag was gericht, valt niet begrijpen waarom dat oogmerk ook niet op overtreding van art. 15 WEM was gericht.²¹ Daarbij moet ik aantekenen dat in de uitleg van de Hoge Raad het oogmerk van een criminele organisatie gericht is op feitelijk gedrag en niet op een delict *an sich*.²² Ik bedoel daarmee dat de strafrechter moet bezien of er oogmerk was en zo ja op welke feitelijke gedragingen zich dit richtte om vervolgens te kwalificeren welke eventuele delicten dit oplevert. De keuze die het hof voorstelt (als konden de betrokken fondsen kiezen of zij art. 15 WEM wilden overtreden danwel art. 81 EG-Verdrag) was er dan ook in de juridische werkelijkheid niet.

20 Vgl. H.D. van Romburgh (red.), *Jaarboek van de Nederlandse Vereniging voor Aanbestedingsrecht 1996*, Alphen aan de Rijn: Samsom, 1997, p. 59. Zie tevens art. 6 van de Beleidsregels integriteit en uitsluiting bij aanbestedingen in BIBOB-sectoren (*Stcrt.* 27 februari 2004, nr. 40, p.15), waar onder e. als uitsluitingsgrond op grond van art. 24 sub d (sic!) van richtlijn 93/37/EEG is genoemd het opgelegd hebben gekregen van een boete in de zin van art. 56 Mw (overtreding van art. 6 of 24 Mw). Uiteraard zijn deze beleidsregels van na datum van de feiten. Maar erin kan een stevige aanwijzing worden gevonden dat een boete ex art. 81 EG-Verdrag onder het criterium de aannemer *'die in de uitoefening van zijn beroep een ernstige fout heeft begaan, vastgesteld op elke grond die de aanbestedende diensten aannemelijk kunnen maken'* kan/kon ressorteren.

21 Terzijde merk ik nog op dat het hof niet bedoeld kan hebben te zeggen, dat bij toepasselijkheid van art. 81 EG-Verdrag, art. 15 WEM niet toegepast kon worden. Zo het hof dat – in mijn optiek onjuiste – oordeel immers zou hebben gehad, had het zich onbevoegd moeten verklaren.

22 HR 15 mei 2007, *LJN* BA0502. Zie HR 17 juni 2005, *NJ* 2007, 257; HR 24 december 2002, *NJ* 2003, 143; HR 20 juni 2000, *NJ* 2000, 493; HR 14 september 1999, *NJ* 2000, 23.

Wel verboden prijs- en marktverdelingsafspraken, geen veroordeling

Intrigerend is de overweging van het hof die luidt

'Dat de [verrekeningen] wellicht (voor een deel) mede betrekking hadden op vorderingen en schulden die het gevolg waren van in ander verband – en onafhankelijk van de [verrekeningen] gemaakte verboden prijs- en marktverdelingsafspraken, kan [aan het praktische en legale doel ervan] niet afdoen.'

Eerder zei ik dat de verrekeningen pas strafbaar konden zijn als zij een met de strafwet strijdige oorzaak hadden. Daarvan lijkt hier nu juist sprake.

Toch hoeft dat niet. Immers, in de optiek van het hof betekenen verboden prijs- en marktverdelingsafspraken nog niet dat die strafrechtelijk handhaafbaar waren. Anders weergegeven: had het openbaar ministerie op de tenlastelegging vermeld dat het oogmerk van de criminele organisatie zag op overtreding van art. 81 EG-Verdrag dan had het zeker bot gevangen. De organisatie had dan namelijk niet het oogmerk om misdrijven te plegen (art. 81 EG-Verdrag werd/wordt niet strafrechtelijk gehandhaafd).

Daarnaast kan het hof met deze overweging ook tot uitdrukking hebben willen brengen dat het geen afdoende bewijs voorgelegd heeft gekregen van verboden prijs- en marktverdelingsafspraken in het kader van de egaliseringsfondsen en dat daarom de causale link tussen eventuele verboden prijs- en marktverdelingsafspraken en daaruit voortvloeiende verrekeningen dan ook niet bewezen is. In zoverre kunnen die niet bewezen verboden prijs- en marktverdelingsafspraken dan niet afdoen aan het legaal zijn van de verrekeningen.

Niettemin had het openbaar ministerie, denk ik (ook in de optiek van het hof) wellicht wel een veroordeling kunnen verkrijgen. Het had het verwijt terzake van de deelname aan een criminele organisatie niet moeten ophangen aan de egaliseringsfondsen, maar waarschijnlijk meer succes gehad als het had betoogd²³ dat (enkele van) de betrokken bouwbedrijven tezamen een criminele organisatie vormden met als oogmerk overtreding van art. 15 WEM. Zo had het openbaar ministerie de verboden prijs- en marktverdelingsafspraken, waarvan het hof nota bene in de inleiding vaststelt dat zij er geweest zijn, in dat oogmerk kunnen betrekken en tevens de 'tussenstaatshandels'-eis van art. 81 EG-Verdrag kunnen 'omzeilen'. Daarbij teken ik wel aan, dat het openbaar ministerie dat laatste aspect terecht niet verwachtte, omdat – zoals ik al bemerkte – het hof daaraan mijns inziens een onjuiste uitleg geeft. Het lot van deze bouwer had bij zo'n aanpak van het openbaar ministerie, wel eens minder gunstig kunnen uitpakken.

Een enigszins cynische lezer kan niet helemaal weggaan van de indruk dat het eerder gememoreerde persbericht van het hof wellicht ook op dit facet uit het arrest zag (weliswaar in beginsel verboden gedrag, maar niet strafbaar gelet op de tenlastelegging en/of gelet op art. 81 EG-Verdrag), waar het sprak van een 'technische vrijspraak'.

Geen prejudiciële vragen

Het openbaar ministerie vroeg, in replek, nog het hof prejudiciële vragen te stellen aan het Hof van Justitie, toen de voorzitter ambtshalve art. 81 EG-Verdrag ter sprake bracht. Dat het hof dit niet gedaan heeft, verbaast op zich niet omdat geen sprake is van bijvoorbeeld een situatie waarin het hof een bepaling van EG-recht buiten toepassing wil verklaren.²⁴ Toch kan men zich wel afvragen of de uitkomst van het hof op het aspect van art. 81 EG-Verdrag (oogmerk van de betrokkenen was gericht op overtreding van die bepaling omdat het oogmerk op overtreding van de bepaling van nationaal recht ernstiger gevolgen voor de betrokkenen zou hebben) erg gelukkig is in het licht van art. 10 juncto art. 3 sub g EG-Verdrag (beginsel dat in de lidstaten een regime wordt gewaarborgd waardoor verzekerd wordt dat de mededinging binnen de interne markt niet wordt vervalst).

Uitleiding

Ondanks de kanttekeningen die geplaatst zijn bij de uitspraak van het hof, is één facet klip en klaar. Het openbaar ministerie lukte het in het tijdperk van de strafrechtelijke handhaving van het mededingingsrecht maar niet om te komen tot 'ronde veroordelingen'. Deze zaak en vooral de afloop ervan, waarmee overigens tevens formeel een einde komt aan dat tijdperk,²⁵ vormen daar levendig het bewijs van. De opvolger van het openbaar ministerie op dit front, de NMa, heeft in een kleine tien jaar een veel steviger track-record opgebouwd.²⁶ Zo de politiek vasthoudt aan haar voornemen het strafrecht weer te introduceren bij de handhaving van het mededingingsrecht,²⁷ dan zal het nodig zijn daarbij gelden vrij te maken voor expertiseoverdracht van de NMa naar het openbaar ministerie en expertiseopbouw bij dat openbaar ministerie. Deze zaak bewees dat pijnlijk.

23 En de tenlastelegging daarop had ingericht.

24 P. Craig & G. de Búrca, EU Law, Text, Cases and Material, Oxford: UOP 2007, p. 461 e.v. Recent: HvJ EG 10 januari 2006, NJ 2006, 372, HvJ EG 6 december 2005, NJ 2006, 91, HvJ EG 13 januari 2004, NJ 2004, 125.

25 Behoudens eventueel beroep in cassatie; zie noot 11.

26 Overigens moet uiteraard in de specifieke materie van deze zaak, de bouwfraude in de GWW sector, nog blijken of de NMa besluiten in rechte overeind blijven.

27 Zie *Kamerstukken II 2006/07*, nr. 2672 (Kamervragen met antwoord). Vragen van het lid Ten Hoopen (CDA) aan de minister van Economische Zaken over celstraf en bestuursverboden voor leidinggevend van een kartel. In haar antwoorden (op 14 september 2007) geeft de Minister van Economische Zaken te kennen doende te zijn samen met haar ambtgenoot op Justitie met de voorbereiding van een wetsvoorstel ten einde 'de Mededingingswet aan te vullen met een nader uit te werken mogelijkheid van strafrechtelijke sanctivering, waarbij de NMa zaken kan aanbrengen bij het OM.'