
Vergaderjaar 2002–2003

28 244

Enquête bouwnijverheid

Nr. 9

**DEELPROJECT 2
AARD EN OMVANG VAN ONREGELMATIGHEDEN IN DE
BOUWNIJVERHEID**

DE MAAT VAN HET ONREGELMATIGE

Een rapport over aard en omvang van de onregelmatigheden in de bouwnijverheid

G. A. A. J. van den Heuvel

H. M. J. Quaedvlieg

J. M. Reijntjes

D. Roef

J. Zijlstra

Misschien hadden ze gedaan waarvan ze nu beschuldigd werden, maar ze hadden het al zó lang gedaan dat ze niet meer dachten dat het fout was.

John Steinbeck, *Wintertij van tegenzin*, Amsterdam 1966, p. 195.

INHOUDSOPGAVE

I.	INLEIDING	7		
	I.1 Onderzoeksopdracht	7		
	I.2 Onderzoeksopzet	8		
	I.3 Onregelmatigheden	8		
	I.4 Uitvoering van het onderzoek	10		
	I.5 Opbouw van het rapport	10		
II.	ORGANISATIECRIMINOLOGISCH PERSPECTIEF	12		
	II.1 Historische inleiding	12		
	II.2 Van witte boorden naar organisatiecriminaliteit	15		
	II.3 Schaken op drie niveaus	16		
	II.4 De organisatie als zelfstandige actor	21		
	II.5 Besluitvorming binnen de organisatie	23		
	II.6 Klassieke criminologische theorieën toegepast in organisatie-criminologisch perspectief	26		
	II.7 Neutralisaties	33		
	II.8 De bouwnijverheid; van georganiseerde misdaad naar organisatie-criminaliteit	35		
	II.9 Over fraude, collusie en corruptie, in het bijzonder in de bouw	37		
III.	ONREGELMATIGHEDEN IN EEN MEDEDINGINGS-RECHTELIJK KADER	45		
	III.1 Historie	46		
	III.1.1 Regelgeving	46		
	III.1.2 Het kartelbeleid	48		
	III.1.3 De punitieve handhaving	50		
	III.2 Relevante wet- en regelgeving	54		
	III.2.1 Het nationale recht	54		
	III.2.2 Het kartelverbod	56		
	III.2.3 Economische machtsposities	59		
	III.2.4 Sancties en handhaving	60		
	III.3 Onregelmatigheden in de Nederlandse bouw	63		
	III.3.1 De praktijk van afspraak en verrekening	63		
	III.3.2 Prijsafspraken	68		
	III.3.3 Rekenvergoedingen	69		
	III.3.4 Italianen	70		
	III.4 Conclusie	73		
IV.	ONREGELMATIGHEDEN IN EEN FISCAALRECHTELIJK KADER	77		
	IV.1 Fiscale delicten	78		
	IV.2 Beleid van de Belastingdienst	79		
	IV.3 Geheimhoudingsplicht van de Belastingdienst	81		
	IV.4 Aanmeldings-, transactie- en vervolgingsrichtlijnen	83		
	IV.5 Verschijningsvormen van fiscale onregelmatigheden	84		
	IV.5.1 Niet verantwoorde ontvangsten/omzet	85		
	IV.5.2 Niet acceptabele kosten	86		
	IV.5.3 Niet verantwoorde loonkosten	87		
	IV.5.4 Overige onregelmatigheden	88		
	IV.6 Aftrekbaarheid van kosten terzake criminele activiteiten	93		
	IV.6.1 Juridisch kader	94		
	IV.6.2 Aanpak van de Belastingdienst	95		
	IV.6.3 Fiscale risico's	96		
	IV.6.4 Recente wetgeving	97		
	IV.7 Indicaties over de omvang van fiscale onregelmatigheden	98		
	IV.7.1 Aangemelde fraudezaken in de bouwnijverheid	98		
	IV.7.2 Fiscaal nadeel aangemelde fraudezaken	100		
	IV.8 Slotbeschouwing en conclusies	103		
V.	ONREGELMATIGHEDEN VANUIT STRAFRECHTELIJK PERSPECTIEF	107		
	V.1 Corruptie en integriteit	107		
	V.1.1 Wat is corruptie?	110		
	V.1.2 Corruptie in het licht van bestuurlijke integriteit	111		
	V.1.3 Corruptie en fraude	114		
	V.1.4 Over de omvang van corruptie	114		
	V.1.5 Voorbeelden van bouwgerelateerde onregelmatigheden	119		
	V.1.6 Oorzaken van en verklaringen voor corruptie	130		
	V.2 Strafrechtelijke aanpak van corruptie	135		
	V.2.1 Het begrip «ambtenaar»	137		
	V.2.2 Passieve ambtelijke omkoping met schending van de ambtsplicht	138		
	V.2.3 Passieve ambtelijke omkoping zonder schending van de ambtsplicht	141		
	V.2.4 Actieve ambtelijke omkoping	143		
	V.2.5 Private omkoping	143		
	V.2.6 Voorstellen tot verdere verruiming van de strafbaarstelling	146		
	V.2.7 Inventarisatie van knelpunten en enkele aanbevelingen	148		
	V.3 Intern versus strafrechtelijk onderzoek	151		
	V.4 De samenloopproblematiek	153		
	V.5 Valsheid in geschrift	154		
	V.6 Oplichting	156		
	V.7 Corporatief daderschap, feitelijk leidinggeven en de Schipholtunnel	159		
	V.8 Criminele organisaties	164		
	V.9 Het bereik van de strafwet	169		
VI.	CONCLUSIES EN SLOTWOORD	172		

I INLEIDING

Dat ondernemers in de bouw geen heilige boontjes zijn, weet iedereen; zij zullen zelf de laatsten zijn om het te ontkennen. Dat sommige aannemers het ook met de grenzen van de wet niet zo nauw nemen, is herhaaldelijk gebleken. Ook daar lag tot voor kort niemand echt wakker van; de overheid zou het wel oplossen. Commotie ontstond echter, toen werd gesteld dat grote, te goeder naam en faam bekend staande, bouwondernemingen systematisch de grenzen van de wet overschreden en deze stelling met documenten werd onderbouwd.

Dat vroeg niet alleen om onderzoek, maar ook rees de vraag waarom de overheid – indien de gedane beweringen juist waren – niet veel eerder, en afdoende, optrad. Vanuit de bouwnijverheid werd daar tegenover gesteld dat de huidige regelgeving welhaast tot onregelmatigheden *dwingt*. Kortom: de bouwers raakten onder vuur, maar veel indringender nog rees een andere vraag: deugen de regels, en deugt de handhaving ervan? De verontrusting was zo groot, dat werd besloten tot het inzetten van een zwaar middel: een parlementaire enquête. Daarnaast zijn een strafrechtelijk en een specifiek mededingingsrechtelijk onderzoek ingesteld, door het Openbaar Ministerie (OM) resp. de Nederlandse Mededingingsautoriteit (NMa).

I.1 Onderzoeksopdracht

De Parlementaire Enquêtecommissie Bouwnijverheid kreeg opdracht om een onderzoek in te stellen naar de structuurkenmerken van de bouwnijverheid, de mate waarin deze samenhangen met gesignaleerde onregelmatigheden in deze sector en naar de opstelling en handelwijze van de verschillende actoren in het geheel.¹ De enquêtecommissie besloot ter uitvoering van deze opdracht een aantal deskundigen een vooronderzoek te laten uitvoeren. Daartoe formuleerde zij vier onderzoeksvragen:

- bepaal de aard en omvang van onregelmatigheden in de bouwnijverheid, alsmede het incidentele dan wel structurele karakter hiervan.
- breng de structuurkenmerken in de bouwnijverheid in kaart en stel vast in hoeverre deze samenhangen met gesignaleerde onregelmatigheden; betrek hierbij de opstelling en handelwijze van de actoren.
- beoordeel of (en zo ja, in welke mate) de overheid in haar rol en wijze van optreden als opdrachtgever rekening heeft gehouden met de specifieke structuurkenmerken van de bouwnijverheid.
- onderzoek de rol van de overheid in haar hoedanigheid van toezichthouder, vergunningverlener en wet- en regelgever; besteed ook aandacht aan de rechtshandhavende rol van de overheid.²

Deze onderzoeksvragen zijn uitgezet in vijf deelprojecten:

1. mededinging en economische structuurkenmerken;
2. aard en omvang van de onregelmatigheden;
3. casuïstiek;
4. juridische aspecten van bouwnijverheid en aanbesteding;
5. de rol van de overheid.³

Het hier volgende rapport is het resultaat van het tweede deelproject: «aard en omvang van de onregelmatigheden». De onderzoeksopdracht voor dit deelproject luidde:

«onderzoek de aard en geef indicaties van de omvang van de onregelmatigheden in de bouwnijverheid. Geef aan in welke mate de geconstateerde onregelmatigheden een incidenteel dan wel een structureel karakter hebben».⁴

¹ Kamerstukken II 2001/2002, 28 093 nr. 25, gelezen in samenhang met nr. 23, p. 37.

² Kamerstukken II 2001/2002, 28 244 nr. 1, p. 3.

³ Kamerstukken II 2001/2002, 28 244 nr. 1, p. 3.

⁴ Kamerstukken II 2001/2002, 28 244 nr. 1, p. 6.

De enquêtecommissie onderscheidde in deze onderzoeksopdracht «onder meer» de volgende deelaspecten:

- stel een definitie op van onregelmatigheden en maak een indeling in categorieën onregelmatigheden;
- typeer de relatie tussen opdrachtgever en opdrachtnemer en geef aan in welk stadium van het bouwproces onregelmatigheden kunnen plaatsvinden;
- geef op basis van de bevindingen per categorie onregelmatigheid aan in hoeverre een relatie bestaat tussen geconstateerde onregelmatigheden en veronderstelde structuurkenmerken van de bouwsector; besteed hierbij aandacht aan de kwetsbaarheid voor het optreden van onregelmatigheden in de verschillende fasen van het bouwproces.⁵

I.2 Onderzoeksopzet

De gegeven opdracht stelde ons als onderzoekers voor niet geringe problemen. De enquêtecommissie signaleerde zelf al dat de vijf deelprojecten onderling overlappingsen vertonen. Dat geldt natuurlijk het sterkste voor deelproject 3 (casuïstiek), omdat van daaruit – in een ideale situatie – de andere projecten zouden moeten worden gevoed. Het werd echter al snel duidelijk dat hier weinig van terecht kon komen; de onderzoeken in alle deelprojecten begonnen gelijktijdig, en waren alle aan – uiteenlopende, maar steeds krappe – termijnen gebonden. Wij hebben daarom – hoofdzakelijk op basis van door de enquêtecommissie opgevraagde dossiers – ons eigen «zaaksonderzoek» uitgevoerd. Maar er is meer overlap; ook de onderwerpen die werden behandeld in de drie overige deelprojecten konden wij niet geheel buiten beschouwing laten. Dat komt in de rapportage hier en daar tot uitdrukking. Geprobeerd is echter om over die onderwerpen niet meer te zeggen dan strikt nodig was om tot een min of meer afgerond geheel te komen. Vooral waar de rol van de overheid (regelgeving, handhaving) aan de orde komt, moet voor ogen worden gehouden dat de rapporteurs daarover bepaald niet het laatste woord wilden zeggen – hoe zwaar hen dat, gelet op hun achtergrond, ook viel. Deelproject 2 werd immers toevertrouwd aan drie strafrechtsjuristen, een criminoloog en een fiscaal jurist. Dat hield ook een keuze in omtrent de verdere aanpak van het deelproject; die was naar te verwachten veel vrij sterk juridisch, en dus normatief, georiënteerd. Voorop stond de beoordeling van de geconstateerde onregelmatigheden en van de wijze waarop zij – vanuit een juridisch perspectief – kunnen worden voorkomen of bestreden.

I.3 Onregelmatigheden

De enquêtecommissie kwam zelf niet tot een definitie van «onregelmatigheid», maar stelde vast (zij noemde dit een «werkdefinitie») dat dit begrip «naast fraude in strafrechtelijke en fiscaalrechtelijke zin, ook laakbaar of zelfs onrechtmatig gedrag omvat dat als zodanig niet strafwaardig is, maar wel onwenselijk of onaanvaardbaar wordt geacht of door andere rechtsgebieden dan het strafrecht wordt bestreken.» Het onderzoek zou zich in ieder geval moeten uitstrekken over de volgende categorieën:

- strafrechtelijke normschendingen, waaronder oplichting, corruptie en valsheid in geschrift;
- niet-strafrechtelijk verwijtbare schendingen van de integriteit van het ambtelijk apparaat;
- fiscaalrechtelijke normschendingen;
- inbreuken op de regelgeving ten aanzien van aanbestedingen en het mededingingsrecht, waaronder het plegen van vooroverleg, het

⁵ Kamerstukken II 2001/2002, 28 244 nr. 1, p. 6/7.

betalen van rekenvergoedingen en het maken van prijsafspraken en afspraken over marktverdeling.⁶

De term «onregelmatigheid» kan worden opgevat in de min of meer neutrale betekenis van «tegen de regels», «afwijkend van de geldende regels». Dat dekt zowel schendingen van rechtsregels als die van behoorlijkheidsregels. Rechtsregels zijn in beginsel in de wet terug te vinden. Ofschoon moet worden erkend – en ook in het hierna volgende nog zal blijken – dat dit in de praktijk niet altijd zo eenvoudig is, valt van behoorlijkheidsregels in elk geval veel minder gemakkelijk te zeggen of zij «gelden». Het is bovendien de vraag of inbreuken op behoorlijkheidsregels *in hun algemeenheid* voor het door de enquêtecommissie uit te voeren onderzoek van belang zijn; het gaat daar immers vooral om de *rechtshandhaving*. Het begrip «onregelmatigheid» kan daarom worden verengd tot

- a. schendingen van de regels van het recht, en
- b. zodanig laakbaar en schadelijk gedrag dat het door (nieuwe) regelgeving zou moeten worden bestreden.

In één volzin weergegeven leidt dit tot de volgende definitie:

een bouwgerelateerde onregelmatigheid is een gedraging van een of meer bij het bouwproces betrokken personen die strijdt met daaromtrent in de samenleving geldende rechtsregels en normen en die een zodanige schade tot gevolg kan hebben of waarmee een zodanig voordeel kan worden behaald, dat bestrijding ervan geboden is.

Daarmee is in het bijzonder aan de categorie «niet strafrechtelijk verwijtbare schendingen van de integriteit» nader vorm gegeven. Voor het onderzoek relevante onregelmatigheden zijn, vanuit dit gezichtspunt:

- alle schendingen van regels die strafrechtelijk worden gehandhaafd of zouden moeten worden gehandhaafd;
- alle overige schendingen van fiscale regels;
- alle inbreuken op regelgeving omtrent aanbestedingen en daarop betrekking hebbend mededingingsrecht;
- alle gedragingen rond de gunning van projecten die – ofschoon strikt genomen niet bij wet verboden – zo laakbaar en/of schadelijk zijn dat zij expliciet binnen het bereik van de wet zouden moeten worden gebracht.

Zo wordt zichtbaar dat het begrip «onregelmatigheid» naast een feitelijk (het «is») tevens een normatief aspect heeft (het «ought»).

Men kan zich afvragen of niet méér onregelmatigheden in het onderzoek behoren te worden betrokken, zoals (louter) civielrechtelijke (onrechtmatige daad, arbeidsrecht) en (louter) tuchtrechtelijke (ambtenarentucht-recht). Theoretisch zou hierop een bevestigend antwoord moeten worden gegeven; het lijkt echter hoogst onwaarschijnlijk dat dit tot méér, of andere, gezichtspunten zou leiden. Civielrechtelijke en tuchtrechtelijke onregelmatigheden zullen nagenoeg altijd hun bestaan ontleenen aan en afgeleid zijn van één van de vier bovengenoemde categorieën van onregelmatigheden. Daarom is van een *afzonderlijk* onderzoek naar civielrechtelijke en tuchtrechtelijk aspecten afgezien; het tuchtrecht zal overigens en passant toch aan de orde komen.

⁶ Kamerstukken II 2001/2002, 28 244 nr. 1, p. 4.

I.4 Uitvoering van het onderzoek

Onregelmatigheden zoals boven omschreven kunnen in beginsel van drieërlei aard zijn. Zij kunnen betrekking hebben op de mededinging of op de fiscaliteit, maar zij kunnen (ook) meer in algemene zin («anderszins») bedenkingen oproepen. Daarom is het onderzoek in drie delen gesplitst, waarbij telkens één van deze aspecten op de voorgrond is geplaatst. Het algemene kader is beperkt tot het criminologische en het strafrechtelijke; de reden waarom andere rechtsgebieden geen afzonderlijke aandacht hebben gekregen, is zo-even onder I.3 al genoemd.

Wij hebben binnen de drie uitgezette onderzoeklijnen telkens twee «sporen» gevolgd. Enerzijds werd de praktijk bestudeerd, anderzijds de regelgeving en de theorie, waarna beide – in een ideale situatie – zowel zelfstandig als aan elkaar hadden kunnen worden getoetst. Hier ontstond een moeilijkheid, doordat het voor het praktijkonderzoek benodigde materiaal slechts geleidelijk en mondjesmaat beschikbaar kwam, terwijl de planning niet toeliet om er op te wachten. De opbouw van het theoretisch kader, op basis van bestaande expertise, literatuur en jurisprudentie, kwam daardoor voorop te staan. Dit geldt vooral het algemeenjuridische en het criminologische onderzoek. Door overal waar zinvol aanstonds het bestaande kader en de regelgeving ter discussie te stellen, menen wij desondanks te hebben kunnen voorkomen dat de praktijk slechts aan de regels werd getoetst, en dat die regels daardoor als gegeven zouden worden aangenomen. In de wijze van rapportage komt echter wel tot uitdrukking dat een deel van de theorie op schrift stond voordat de praktijk volledig was onderzocht: beschrijvingen van de praktijk worden in sterke mate gepresenteerd als illustraties van de theorie. Dit is uiteindelijk echter niet méér dan een kwestie van presentatie.

Het overzicht van de theorie werd versterkt door de beperkte omvang van het voor het praktijkonderzoek beschikbare materiaal. Van de onderzoeksgroep werd uitsluitend secundair onderzoek verwacht; zij moest zich beperken tot de bestudering van reeds (bij de betrokken departementen, het OM, de NMa of de enquêtemissie) voorhanden dossiers en stukken. Daarnaast werd alleen een aantal gesprekken gevoerd met specialisten. Méér liet de tijd ook niet toe. Op voorhand was duidelijk dat het beschikbare materiaal zo beperkt van omvang zou zijn, dat het niet kon leiden tot algemene conclusies, noch ten aanzien van de aard, noch ten aanzien van de omvang van de onregelmatigheden. Meer dan indicaties verwachtte de enquêtemissie ook niet⁷ – en meer dan een indicatie is op de meeste punten dan ook niet verkregen. Toch menen wij dat deze indicaties, in samenhang met de beschouwingen over theorie en regelgeving, voldoende sterk zijn om op verantwoorde wijze enkele conclusies te kunnen trekken.

I.5 Opbouw van het rapport

De criminologie kan helpen om het ontstaan en de aard van onregelmatigheden te begrijpen. Daarom is er voor gekozen om in dit rapport, voordat wordt ingegaan op concrete regels en hun overtreding, aandacht te wijden aan relevante criminologische inzichten. Omdat het in ons onderzoek uitsluitend gaat om binnen, zo niet door, organisaties begane onregelmatigheden, lag het voor de hand om vooral te kijken naar wat de criminologie omtrent organisaties en de daarbinnen handelende personen leert. Wij hebben dit gedaan in de vorm van een beknopte historische

⁷ Kamerstukken II 2001/2002, 28 244 nr. 1, p. 4.

schets, die een chronologisch overzicht geeft van de wijze waarop de organisatiecriminologie tot ontwikkeling is gekomen (hfdst. II). Daarbij wordt ook iets gezegd over verontschuldingsgedrag (neutralisaties) en over een in onze ogen zeer belangrijk begrip, collusie. Enkele, alweer historisch getinte, kanttekeningen plaatsen een en ander in het perspectief van de bouw. Conclusies biedt dit hoofdstuk nog niet, het dient primair als opmaat voor wat volgt.

Hfdst. III is gewijd aan de onregelmatigheden op het gebied van het mededingingsrecht, terwijl in hfdst. IV vooral de fiscale bril wordt opgezet. In hfdst. V worden de onregelmatigheden vanuit strafrechtelijk perspectief besproken. Hfdst. VI tenslotte bevat de antwoorden op de onder I.1 genoemde onderzoeksvragen, aangevuld met enkele andere bevindingen van de onderzoeksgroep.

Dat het onderzoek vanuit drieërlei gezichtspunt werd uitgevoerd betekent geenszins dat het betrekking had op drie afzonderlijke categorieën onregelmatigheden: één onregelmatigheid kan zowel mededingingsrechtelijke, als fiscale, als algemeen (of: anderszins) juridische aspecten hebben. Verder gaan mededingingsrechtelijke onregelmatigheden, ofschoon zij zelf niet (meer) strafbaar zijn, vaak gepaard met, en vloeien dikwijls als vanzelf over in, algemeen strafbare feiten. Dezelfde verhouding kan ook bestaan tussen mededingingsrechtelijke en fiscale onregelmatigheden, al is het verband tussen dezen in de regel minder dwingend. Heel duidelijk is die relatie weer tussen de fiscale onregelmatigheid en het algemeen strafrecht: algemeen strafbare feiten hebben dikwijls fiscale implicaties, en fiscale delicten gaan niet zelden met gewone strafbare feiten gepaard – voor zover zij daarmee niet moeten worden vereenzelvigd (valsheid in geschrift, zie hfdst. V.1). Het vijfde hoofdstuk sluit daarom nauw aan bij de twee voorafgaande, en vormt bovendien de verbindende schakel tussen die twee. Ook vanuit het perspectief van de opsporing bestaat tussen de drie besproken categorieën van onregelmatigheden: de mededingingsrechtelijke, de fiscale en de algemeen strafrechtelijke, een nauw verband. Bij de opsporing van onregelmatigheden moet dikwijls worden begonnen met het beantwoorden van de vraag of achter bepaalde schriftelijke sporen (boekingen, incorrecte facturen) overtredingen van het mededingingsrecht schuil gaan of andere inbreuken: belastingfraude of algemeen delicten, waarbij corruptie het meest op de voorgrond treedt – maar er zijn meer mogelijkheden. Om de zaak te compliceren is niet zelden sprake van een *kluwen* van onregelmatigheden die betrekking hebben op het mededingingsrecht, het belastingrecht én het algemeen strafrecht. Zo gezien zou bespreking van toezicht en opsporing een natuurlijk sluitstuk zijn op onze beschouwingen; zoals onder I.2 werd uiteengezet maken deze onderwerpen echter het voorwerp uit van een der andere ingestelde onderzoeken. Omdat wij opmerkingen over toezicht en opsporing desondanks niet voor ons meenden te moeten houden, kunnen die verspreid over het gehele rapport worden aangetroffen.

Het rapport is een product van en wordt gedragen door de gezamenlijke onderzoeksgroep. Dat het voortvloeit uit de inspanningen van verschillende auteurs, komt tot uiting doordat niet alle hoofdstukken in precies dezelfde stijl zijn geschreven; wij hebben gemeend dat niet te hoeven verdoezelen.

II ORGANISATIECRIMINOLOGISCH PERSPECTIEF

In dit hoofdstuk lichten we toe hoe de criminologie aankijkt tegen onregelmatigheden in de bouw. Daartoe duiken we eerst in de historie, want ons thema is binnen de criminologie geen vanzelfsprekendheid. Organisaties als daders zijn een relatief nieuw fenomeen binnen deze discipline, die zich – evenals het strafrecht – van huis uit sterk op natuurlijke personen oriënteert. Lange tijd zagen de criminologen zichzelf als gedragswetenschappers die onderzochten waarom sommige mensen «fout» of «afwijkend» (deviant) gedrag vertoonden. Bij dit onderzoek speelde naast het recht de omgeving een belangrijke rol. Er werd veel belang aan gehecht of daders alleen dan wel in groepsverband opereerden. De organisatorische context waarin deviantie voorkwam bleek weliswaar aanstonds een belangrijke verklarende variabele, maar men bleef zich desondanks sterk richten op natuurlijke personen. De criminologie keek daarbij vooral hoe het individu door de groep wordt beïnvloed, en wat dat betekent voor de toerekenbaarheid van wat hij misdreef. Pas in het midden van de twintigste eeuw kwam de groep of organisatie zelf als thema op de onderzoeksagenda te staan; zodra het strafrecht ook werd toegepast op organisaties kon men daar niet meer omheen. Een nieuw specialisme ontstond, de organisatiecriminologie. Dat specialisme zullen we hier expliciteren in het perspectief van de bouw.

II.1 Historische inleiding

Wortels van het onderzoek naar wat nu organisatiecriminaliteit wordt genoemd zijn te vinden in de parlementaire enquête naar kinderarbeid en de toestand van de werkenden in fabrieken en werkplaatsen (1887)⁸. Destijds bestonden nauwelijks sociale wetten, de lonen waren laag, vrouwen en kinderen werkten voor nog minder geld, soms ook 's nachts. Het was de tijd van het ongeciviliseerde kapitalisme en het opkomend socialisme.

Petrus Regout, 59 jaar oud, directeur van een glas- en aardewerkfabriek, werd verhoord op 24 januari 1887. Na vragen over de werktijden (12 uur voor de stokers, 11 uur voor de rest) gaat de voorzitter nader in op die stokers.

V. Zijn dat allen dezelfde mensen, of wisselt dat personeel sterk af?

A. Neen (...)

V. Dus gij laat werken van 1 Januari tot 31 December, met vier dagen in het heele jaar vrij?

A. De stokers hebben geen enkelen dag vrij.

V. Zoodat de menschen geen Zondag vrij hebben? Nooit?

A. Ik heb altijd dezelfde menschen.

V. Dan zijn er zeker zeer bejaarde menschen onder, niet waar?

A. Ik heb er een gehad, die is verleden jaar gestorven en die was 80 jaar oud.

Tien jaar tevoren had die oude man gevraagd één dag vrij te krijgen. Toen kon dat niet, nadien heeft hij het niet meer gevraagd.

V. Hoe vindt gij het lot van die menschen?

A. Wat zal ik daarop antwoorden? Alle menschen zijn in de wereld niet even gelukkig; de een heeft een harder leven dan de ander.

V. Maar gij hebt daarover waarschijnlijk uw gedachten wel eens laten gaan. Vindt gij het lot van die menschen van die aard dat er termen zijn om er eenige verbetering in aan te brengen of niet?

A. Zeker was het wenschelijk dat men de toestand van die menschen wat kon verbeteren als dat mogelijk was, maar het tegengestelde is het geval.

Dan volgt het verhaal dat hij de stokers steeds minder salaris heeft moeten geven omdat de concurrentie volgens Regout dodelijk was. Tien jaar tevoren zat men op vijf à zes franc

⁸ J. Giele, *Een kwaad leven; heruitgave van de «enquête betreffende werking en uitbreiding der wet van 19 September 1874 (Staatsblad No. 130) en naar de toestand van fabrieken en werkplaatsen»* (Sneek, 1887), Nijmegen 1981.

per dag, nu op veel minder. Kinderen ouder dan 12 werden ook 's nacht aan het werk gezet, zij zagen vaak zes dagen van de week zelfs het bed niet; de jongsten op het dagwerk waren aanvankelijk 8.

V. Na 1874 zijn toch de kinderen beneden de 12 jaren geheel en al buiten de fabriek gebleven?

A. Ja, dat heeft voor ons ook de prijzen van de jongens zooveel duurder gemaakt

V. Maar die wet is toch een groot geluk voor die jonge kinderen geweest? Of keurt gij haar af?

A. Neen, ik acht haar een geluk voor de kinderen.

V. Dus zou het misschien een geluk voor hen zijn als de leeftijd nog een weinig uitgebreid werd?

A. Dat zou ons weder meer geld kosten.

Dankzij deze enquête werd de minimumleeftijd voor kinderarbeid opgetrokken. Hier refereren wij er vooral aan vanwege de toon van en het motief achter de enquête: *morele verontwaardiging*. Men was geschokt door de sociale ongevoeligheid van heren die vooraan in de kerk zaten, die respectabel heetten, maar het niet waren. Het ging om een onregelmatigheid die toen nog geen delict opleverde. Een steeds breder publiek zag deze praktijken echter wel als misse daden.

Ross

In het Amerikaanse Stanford werd iets later, in 1893, Edward Ross benoemd tot hoogleraar in de sociologie. Hij hield zich bezig met sociale controle en sociale beïnvloeding. Moraal en macht speelden in zijn werk de hoofdrol. Hij verweet ondernemers dat zij mensen misbruikten. Zij overtraden weliswaar geen formele regels, want het sociale en arbeidsrecht bestond nog niet, maar Ross vond dat het wel ging om *harm to others*, een morele zonde. De uitbuitende ondernemer noemde hij een *criminaloid*. Zijn ideeën daarover bundelde hij in een boek, dat nota bene door president Theodore Roosevelt van een voorwoord werd voorzien.⁹ Ross sprak over «een nieuwe moderne zonde». Hij stelde de ethiek van zelfverrijking ten koste van anderen en de sociale ongevoeligheid van brede lagen van het bedrijfsleven – die hij illustreerde met tientallen voorbeelden – aan de kaak, in hoofdstukken met fraaie titels als:

- «the modern sin is not superficially repulsive»
- «the modern sin lacks the familiar tokens of guilt»
- «modern sins are impersonal»
- «the key to the criminaloid is not evil impulse but moral insensibility»
- «the criminaloid is not anti social by nature»
- «the criminaloid practices a protective mimicry of the good»
- «the criminaloid plays the support of his local or special group against larger society»
- «the criminaloid flourishes until the growth of morality overtakes the growth of opportunity to prey»

Het beeld dat oprees uit de enquête van 1887 kan naadloos ingepast worden in deze analyse uit 1907, afkomstig van de andere kant van de wereld.

Ross moest kort na de publicatie van zijn boek uit Stanford vertrekken. Men vond hem te progressief en te populistisch. Hij verhuisde naar de universiteit van Wisconsin, maar zijn punten had hij gescoord. Hij stond bovendien niet alleen. In Nederland was er Willem Bongers. Diens *Criminalité et conditions économiques* (1905) handelde over traditionele criminaliteit, maar de eerste honderd pagina's gaan over (wij citeren de Engelse vertaling)

⁹ E. A. Ross, *Sin and Society. An Analysis of Latter-Day Iniquity*, New York 1973 (herdruk van 1907).

«egoistic tendencies resulting from the present economic system and from its consequences».¹⁰ Bonger was even gedreven tegen machtsmisbruik en uitbuiting door het bedrijfsleven als Ross.

Sutherland

Een generatie later ontmoeten we Edwin Sutherland. Hij schreef vanaf 1936 veel over *white collar crime* en publiceerde in 1949 een beroemd boek onder die titel. Dit boek shockeerde om meerdere redenen. Het gaf een aanvulling op de populaire notie dat gebroken gezinnen, gebrekkige opvoeding en andere achterstanden de belangrijkste verklarende grond zijn voor criminaliteit; hier ging het namelijk om mensen die niet onder dergelijke omstandigheden waren opgegroeid en toch even antisociaal waren in hun illegaal gedrag. Verder stelde het dat de bedrijfsmatige criminaliteit qua omvang en schade even erg was als de klassieke criminaliteit. En ten derde suggereerde Sutherland dat *alle* criminaliteit, ondanks de verschillen, het meest bevredigend te verklaren valt via zijn «differential association theory». Voor leken vertaald: fout gedrag wordt aangeleerd door foute vriendjes. Als een vriendje durft te gappen durf ik het ook; als mijn concurrent aan valse of misleidende reclame doet of steekpenningen geeft durf ik het ook, enz.

Sutherlands onderzoek ging over de zeventig grootste bedrijven in de Verenigde Staten van voor en tijdens de oorlog. Slechts een klein deel van de gesignaleerde misdrijven betrof strafrechtelijke overtredingen (geweld tegen personen, inbraak of diefstal ter spionage bij concurrenten etc), de meeste betroffen administratieve zaken: consumenten en product fraude (soms wel met dodelijke afloop), misleidende advertenties, fiscale fraude, werknemers die onderbetaald, patenten en copyrights die geschonden werden, vakbonden die voor de gek werden gehouden of juist omgekocht, het mededingingsrecht dat werd overtreden, handel met voorkennis, speciale oorlogswetten die met voeten werden getreden (bijv. handel met Japanse partners), overtreding van het faillissementsrecht en de regels bij bedrijfsovername werden overtreden, inspecties werden omgekocht. Het is een waterval aan casuïstiek. Naast die zeventig grote bedrijven zette hij ook nog eens de «criminal records» van vijftien energiebedrijven, toen in de USA nog overheidsorganen. Zij bleken even crimineel als het private bedrijfsleven.

Sutherland probeerde ook lessen te trekken. Door middel van persoonlijke documenten schetste hij een beeld van organisatiecriminaliteit als een «zonde van leidinggevende mensen», en met behulp van fragmenten uit dagboeken en autobiografieën kon hij zijn «slechte vrienden»-theorie illustreren, zoals hij dat eerder ook voor de blauwe boorden-delinquent had gedaan.¹¹ De belangrijkste conclusie uit zijn onderzoek was eigenlijk simpel: de grootste bedrijven plegen de meeste delicten met de meeste schade, en zijn ook de grootste recidivisten. Hoe lager in de pikorde, hoe minder delicten en des te minder recidive.

Voor zijn studie was aanvankelijk geen uitgever te vinden. Dryden Press wilde het uiteindelijk wel publiceren, mits alle namen van bedrijven er uit werden gehaald. Men vreesde eindeloze procedures, en schadeclaims konden ook toen in de VS al aardig oplopen. Sinds 1983 is echter ook de «uncut version» gepubliceerd, betaald door Yale University; we weten nu dat Ford, General Motors, General Electric, Coca Cola, Du Pont, U.S. Steel en Warner Brothers tot de kopgroep behoorden.

¹⁰ W. Bonger, *Criminality and Economic Conditions*, Bloomington 1969 (herdruk van de Engelse uitgave van 1916).

¹¹ E. Sutherland, 1937, *The professional thief*, Chicago, The University of Chicago press; en E. Sutherland, 1938, *Twenty Thousand Homeless Men*, Chicago: University of Chicago Press.

II.2 Van witte boorden naar organisatiecriminaliteit

Sutherland beschreef overtredende organisaties, maar in zijn verklaring speelden de leidinggevenden – en dan hebben we het over natuurlijke personen – een hoofdrol. Daar is binnen de Amerikaanse criminologie veel methodologische discussie over geweest. Zijn administratieve delicten wel een zaak voor de criminologie? Zijn civiele zaken over merkenfraude of bedrijfsspionage wel een zaak voor de criminologie? Is marktbederf wel een zaak voor de criminologie?

Het antwoord op dit type vragen ging steeds twee kanten uit. Eén groep zag rechtspersonen als even juridisch aanspreekbare grootheden als natuurlijke personen en een andere niet. Het belangrijkste argument van eerstgenoemden was in feite economische en juridische macht. Een burger kan een huis kopen, maar een bedrijf ook. Dus beschouwen we ook dat bedrijf – juridisch gezien niet veel meer dan een zak geld – als een soort semi-burger met dezelfde rechten en plichten die een natuurlijk persoon heeft; zo spreken we die organisatie ook aan, zeker in «public affairs».

De tegenstanders wezen er op dat de klassieke regels voor burgers lang niet altijd opgaan voor organisaties. Kan men bij een organisatie onderscheid maken in opzet of schuld? En waar moet die «mens rea» dan worden gesitueerd?

Het antwoord kwam uit diverse hoeken. De Amerikaanse wetgever en rechtspraak stelden zich steeds meer open voor het honoreren, niet alleen van administratieve claims, maar ook van puur strafrechtelijke claims tegen organisaties. De opzet *construeerde* men. Tegen die achtergrond verbreedde de researchagenda zich. Het object van de organisatie-criminologie verschoof gaandeweg van de bestuurder (of eigenaar) naar de organisatie zelf. En die wees op haar beurt weer naar de controlerende instanties, de inspecties, die op hun beurt weer verwezen naar niet handhaafbare of inadequate wetten en regels.

De moderne organisatiecriminologie moet in wezen een keten beschrijven. Neem de ramp in Enschede: eerst waren er de ramp, de aanleiding en de oorzaak, dan de organisatie en de gezagsverhoudingen daarbinnen, dan de regels en vergunningen die mogelijk overtreden waren en hun handhaafbaarheid, dan waren er de diverse inspecties die ieder hun eigen stukje van dat palet aan vergunningen controleren moesten. Verder was er de branche waarbinnen het een en ander plaats vond en die de kwaliteit van regels en handhaving in het algemeen kon toelichten, mede om de uitzonderlijkheid van deze ramp in deze context aan te geven. De branche heeft ook het beste zicht op de risico's, de overheid loopt daar altijd wat achteraan, maar probeert die zo goed mogelijk via het vergunningenstelsel af te dekken.

Op de ramp is op veel manieren gereageerd. De organisatiecriminoloog zal zich vooral richten op de formele procedures zowel civiel, administratief als strafrechtelijk, want die laten papieren sporen na. Dat leidt tot een soort ontvlechten van aansprakelijkheden en verantwoordelijkheden, en het ontdekken van witte plekken, gebieden waarvan gedacht werd dat die gecontroleerd werden, zonder dat dit echt gebeurde. Pas na zo'n soort procesmatige beschrijving en analyse kan men, terugkijkend, leerinterpretaties trekken.

Het is de *benadering in de breedte* die maakt dat de meeste organisatie-criminologische studies vooral bestaan uit case studies. De organisatie-criminologie werd een wetenschap waarin allerlei – liefst geruchtmakende – zaken breeduit werden beschreven en geanalyseerd, vanaf de regelgeving en de controle tot en met het probleem van: wat zijn adequate straffen voor rechtspersonen? En hoe kan een bedrijf «resocialiseren»? Dit had diverse effecten. Allereerst werd de aandacht voor overtredende

organisaties genuanceerd. Door complexiteit vervagen aansprakelijkheden en verantwoordelijkheden.

Hier verschillen organisatiecriminologen fundamenteel van juristen; zij werken meer preventief en komen vaak met adviezen die alle betrokken actoren kunnen raken: de wetgever, de inspecties, de organisatie van het werk, de controle op het werk, de branche en haar regelgeving, de leiding, de communicatie kwaliteit op het werk, in de branche en naar het publiek en de diverse overheden toe, enz.

Sommige organisatiecriminologische studies hadden directe gevolgen. Nadat Braithwaite zijn studie naar het reilen en zeilen van de farmaceutische industrie had gepubliceerd¹² is er in die wereld veel veranderd. Eerder had hij met B. Fisse geschreven over de *Impact of publicity on corporate offenders*, dus hij wist wat zijn vervolg studie zou kunnen uitrichten, en het effect van zijn farmaceutische studie was in zekere zin ook het bewijs van dit eerdere betoog¹³. Het blijft evenwel een lastig onderzoeksveld, omdat bedrijven zelden meewerken. Terecht opende M. Clarke zijn boek *Business crime* met een paragraaf over privacy.¹⁴ Aan pottenkijkers heeft men een broertje dood.

II.3 Schaken op drie niveau's

Niet alleen in de tijd van Ross en Sutherland, maar ook nu nog zoeken velen de verklaring van onregelmatig gedrag van organisaties en overheden vooral bij natuurlijk personen, al dan niet werkend in groepsverband. Dat is niet zo vreemd want organisaties blijven mensenwerk, gestuurd door mensen en uiteindelijk ook dienend aan mensen. Wat het onderzoek naar organisatiecriminaliteit toevoegt dient men te zoeken in die bijzondere context. Daarin kan men drie partijen aanwijzen die een eigen rol spelen: de overheid, de branche en de organisatie.

De overheid; regels en controle

We zagen hoe Sutherland vooral bedrijfsgedrag beschreef, maar voor de verklaring daarvan teruggreep op de persoon van de leidinggevend en op een vorm van leertheorie als achterliggende dominante verklaringshypothese.¹⁵ Later verschoof de aandacht echter meer naar de organisatie zelf. Huisman, die zich vooral richtte op de textielveredeling en de afvalverwerkende industrie, ging uitvoerig in op het feit dat organisaties trachten voor iets te staan wat men een «corporate identity» kan noemen, een bedrijfscultuur en structuur die «aansprakelijk gehouden wil worden», al was het maar als maatschappelijke constructie.¹⁶ Hij spreekt over de rationele en irrationele, de morele en amorele, en de meer en minder competente onderneming, die startpunten opleveren voor de verklaring van organisatiecriminaliteit. Dat blijven echter beschouwingen op organisatieniveau, of men die organisatie nu ziet als conglomeraat of aggregaat.¹⁷ Bovendien wordt meestal teruggekeken na overtreding van een formele regel.

De regelgeving voor bedrijven in het algemeen en de bouwbranche in het bijzonder is erg versnipperd. De ministeries van economische zaken, financiën, sociale zaken, volkshuisvesting en milieu, verkeer en waterstaat, en zelfs onderwijs bemoeien zich rechtstreeks met de branche, al dan niet onder Europese aansturing. Dit vraagt veel communicatie.

Aan werknemerszijde dateert de organisatie van die communicatie van lang voor de oorlog. De bouwbonden hebben vooral na de oorlog veel bijgedragen aan met name de sociale wetgeving, de opleidingsystemen in de bouw, de cao's (aanvankelijk nogal sterk PBO gestructureerd) enz. Zij hebben in feite ook de professionalisering aan werkgeverszijde gestimuleerd, die echter pas onder Van Veen in de jaren '70 goed van de grond is gekomen en geleid heeft tot de eigen organisatie van werkgevers in de bouw (AVBB).

¹² J. Braithwaite, *Corporate crime in the pharmaceutical industry*, Londen 1984.

¹³ B. Fisse/J. Braithwaite, *The impact of publicity on corporate offenders*, Albany 1983.

¹⁴ M. Clarke, *Business crime; its nature and control*, Cambridge 1990.

¹⁵ G. A. A. J. van den Heuvel, «Nieuws over Sutherland», *NJB* 1986, p. 517/519.

¹⁶ W. Huisman, *Tussen winst en moraal. Achtergronden van regelgeving en regel-overtreding door ondernemingen*, Den Haag 2001, p. 231 e.v.

¹⁷ P. A. French, *Collective and corporate criminal liability*, New York 1984.

Naast de belangen organisaties vormen onderzoek en inspectie de belangrijkste input voor regelgeving.

Op de technische hogescholen (later universiteiten) werd de regelgeving beslist niet vergeten. Het volkshuisvestingsbeleid en het beleid inzake grote infrastructurele projecten is vanaf de jaren '60 nauw «begeleid» door dit universitair onderzoek. We zetten dit begeleiden onder aanhalingstekens omdat het soms zo was dat de onderzoeker eerst een vraag stelde aan een Kamerlid, die stelde de vraag aan de regering, die ging naar hun ambtelijke staf terug, en die staf kwam vervolgens weer bij diezelfde onderzoeker terug met het verzoek mee te denken om een wijs antwoord te formuleren¹⁸. Als incident is hier weinig op tegen, problematischer wordt het als men een geheel beleid baseert op academische hobbyisten.¹⁹

Inspecties kunnen weliswaar rechtstreeks of via jaarverslagen aangeven welke regels niet of slecht werken, maar omdat men zelf getrapd georganiseerd is kan het lang duren eer een lokale klacht doordringt op nationaal niveau, en tijdens het «doorgeef proces» van gemeente naar provincie en van provincie naar rijk kunnen transformaties plaats vinden die maken dat van de oorspronkelijke klacht weinig overblijft. Bovendien willen inspecties soms heel verschillende dingen. Een regel handhaven is één, iets méér doen met overtredingen is een andere zaak. Binnen de arbeidsinspectie bijv. kan men indrukwekkende cultuurverschillen tegenkomen: van pure handhavers, tot echt meedenkende en preventiezoekende vooruitdenkers, die ideeën hebben over betere regelgeving.

De dialoog tussen inspecties en brancheorganisaties is vaak ook problematisch, omdat men wederzijds niet weet wat of wie het juiste aanspreekpunt is. We komen daar later op terug als we het over de branches hebben. Hier dient vooral opgemerkt te worden dat als men elkaar vindt, en het eens wordt over de probleemomschrijving, regelaanpassing vaak snel en adequaat (en dikwijls zelfs kamerbreed) geschiedt. Zo was het probleem van de katvangers en de koppelbazen in de bouw in relatief korte tijd bevredigend opgelost, toen men het eenmaal goed in kaart had gebracht en het eens was over de probleemdefinitie.²⁰

Op sommige terreinen en in sommige branches zijn er veel regels, in andere minder. Het is hier niet de plaats daar diep op in te gaan, hoewel het in wezen wel essentieel is om zicht te krijgen op dat thema: *contro-leerbaar ondernemen*. Ondernemen gaat om winst, daar spelen marktregels een rol bij, niet alleen naar klanten toe, maar ook naar concurrenten/financiers/eigenaren/leveranciers/onderaannemers/ adviseurs/interne en externe controleurs enz. Aan die – vanuit de organisatie gezien – buitenkant spelen ook milieu, sociale wetgeving, fiscale regelgeving, branche regulering enz. een serieuze rol. Meer naar de binnenkant gaat het om vergunningen, veiligheid, arbeidsomstandigheden, arbeidsreglementen, CAO-afspraken. Voor doorzichtigheid in kwaliteit zijn er ISO-normeringen; kortom een woud aan regels die horen bij het meedoen in de branche.

Achter veel regels zitten controle-instanties, zowel intern als extern. Een bedrijf – zeker in de bouwwereld – staat midden in de samenleving, werkt daarbinnen, maar hanteert intern een soort eigen orde, alsof men een staat is in het klein. Elk groot (bouw)concern heeft in wezen een eigen ministerie van sociale zaken, van buitenlandse zaken, van economische zaken en soms zelfs van defensie met dito regelboeken en strategieën. De branche heeft haar eigen spelregels. Moore noemt dit een semi-autonoom veld.²¹ De overheid stelt haar wetten, maar daarbinnen hanteert de branche nog allerlei aanvullende afspraken, regels en gebruiken, die

¹⁸ Dit voorbeeld komt uit een college van prof. Priemus, die een vraag had op het terrein van het volkshuisvestingsbeleid, die hij uiteindelijk zelf «mocht» oplossen.

¹⁹ Dit argument werd gebezigd bij de invulling van het Delta Plan en later bij het ophogen van de rivierdijken; het sloeg met name op de Stormvloedkering en de Oosterschelde afsluiting.

²⁰ Maar dat had dus wel lang geduurd omdat met name de werkgevers dwars lagen. Zij zagen hun aansprakelijkheid groeien, en wantrouwden aanvankelijk het systeem van de G rekeningen.

²¹ S. F. Moore, «Law and social change: the semi – autonomous fields as an appropriate subject of study», *Law and Society Review* 1973 p. 719/746. Zij laat vooral zien hoe belangrijk die informele orde is en dat die veel reflexiever reageert dan de formele orde. Nieuwe ontwikkelingen op de markt leiden bijv. direct tot aanpassing van de informele regels. Het formele recht reageert veel later, is veel te statisch.

veelal gebaseerd zijn op historie. Deze aanvullende regels zijn weliswaar bedoeld om het ondernemen zo soepel mogelijk te laten verlopen, maar men moet zich er wel aan houden, soms op straffe van uitsluiting. De overheid tracht wel greep te krijgen op onwelgevallige informele regelgeving, maar juist de bouw leert ons dat dit vaak bijzonder moeilijk is.

De laatste categorie die we willen noemen bij regelgeving en controle zijn de slachtoffers. Soms melden slachtoffers van deze criminaliteitsoort zich. Dat is een beperkte maar belangrijke groep. Dan gaat het hoofdzakelijk om klanten die zich melden bij beklagorganisaties. (Waarvan we er overigens een hoop hebben.) Van Ombudsman tot «Ook dat nog»; van belangengroepen tot officiële klachtcommissies, van vertrouwensarts tot kindertelefoon, van politie tot parlement. In de bouwsfeer was het CFB (nu UBV) belangrijk, maar ook de werkgevers en werknemersorganisaties, en de nationale, provinciale en gemeentelijke controles en inspecties, en de ZBO's die de financiële zaken in eerste lijn controleren. In het onderzoeksrapport *Rol van de Overheid* wordt daar uitgebreid op ingegaan.

In de literatuur wordt vaak onderscheid gemaakt tussen twee stereotype stijlen van controle: de meer *coöperatieve* en de meer *repressieve controlestijl*, in leken termen: de meer onderhandelende en de eerder verbaliserende controleurs.²² In werkelijkheid opereren de meeste inspecties tussen deze twee extremen in. Hier speelt het fenomeen van inspecterende discretie. Hoeveel ruimte heeft de controleur om zelf afwegingen te maken? Hoe meer de controle zelf aan regels is gebonden, des te minder individuele discretie.

De literatuur spreekt ook van diagnostische controle versus «rule book» controle. Belangrijk is verder het onderscheid tussen directe en indirecte sanctiemacht. Sommige inspecties kunnen heel veel, andere maar weinig. Soms kan men direct weinig maar indirect heel veel, soms is dat omgekeerd. Dit hangt ook af van het soort regels waar de controle op is gericht.²³

In de bouw heeft men te maken met veel van deze verschillende vormen. Op de werkvloer is de controle strikt te noemen. De arbeidsinspectie en de gemeente kunnen langskomen, het UVB en de ARBO-dienst checken; die controles ter plekke zijn meestal nogal «rulebook oriented». Aan de top is dat anders, mede omdat veel regels op dat niveau typisch producten zijn van (semi)zelfregulering en via stijlen van meer horizontaal bestuur met opener termen wordt gewerkt. Over begrippen als winst, meerwerk, arbitrage, werkbare dagen, verwervingskosten, aanneemkosten, onderhands, aansprakelijkheid, openbaar, transport, deelbestek, (voor)overleg, enz. – in feite gaat het om een compleet andere «taal» – kan door juristen, accountants of andere adviseurs worden onderhandeld. Daarom zit rond een beetje groot bedrijf ook altijd een ring van adviseurs. Die openheid van begrippen veroorzaakt ook dat sommige «harder bedoelde normen», waar de top zich aan dient te houden, soms even open worden geïnterpreteerd. Dit speelt overigens niet alleen in de bouwnijverheid; wel kan men zeggen dat bij haar het controlecomplex extreem ingewikkeld is, door de veelheid van actoren én door de verschillende eigen karakteristieken en stijlen. Dit beïnvloedt de kwaliteit van de controle.

²² G. A. A. J. van den Heuvel, *Onderhandelen of straffen. Over organisatie-criminaliteit en overheidscontrole*, Arnhem 1993, p. 35 e.v.

²³ Van den Heuvel, o.c. p. 45.

²⁴ G. Bruinsma, 1996, «De Bouwnijverheid», in «Inzake Opsporing», p. 208 e.v.

De branche

Er wordt wel eens gezegd dat het eigenlijk oneerlijk is om te zeggen dat sommige branches criminaliteitsgevoeliger zijn dan andere. Bruinsma²⁴ stelde dat ten aanzien van de bouw; maar zit juist die niet ingekapseld in

een extreem regelgevings- en controlecomplex? En is ondenkbaar dat juist het ervaren van zo'n veelheid aan regels leidt tot eigen «oplossingen» die soms illegaal zijn?

Moore²⁵ doelde daarop in haar studie over het juridische «semi-autonome veld», waarbinnen bedrijven opereren. Juist een te veel aan regels nodigt uit tot het maken van eigen spelregels, die deels illegaal kunnen zijn. Een sterk voorbeeld van de branche als secundaire verklaringgrond achter organisatiecriminaliteit vinden we in het onderzoek van Braithwaite naar de farmaceutische industrie.²⁶ Hij liet zien hoe allerlei strafbare feiten door die concerns ongegeneerd werden begaan: opzettelijke en culpose levensdelicten, omkoping, spionage en diefstal, misleidende reclame, oplichting. Psychiatrische patiënten werden gebruikt om riskante geneesmiddelen te testen. Bij de ramp in Bhopal kwamen vele mensen om; die fabriek stond niet toevallig in arm India. Risico's die bedrijf A neemt dwingen bedrijf B om diezelfde risico's te nemen, wil men niet ten onder gaan. Maar ook bij overig calculerend beleid geldt de regel: riskante processen worden liefst eerst in derde wereldlanden onderzocht omdat de repercussies bij fouten daar minimaal zijn. Voor nieuwe geneesmiddelen wordt daarom ook eerst erkenning aangevraagd in grotere derde wereldlanden. Als men ziet dat inderdaad geen onverwachte bijwerkingen optreden, vraagt men erkenning aan in het westen en – veelal als laatste – in de VS. Braithwaite liet zien dat die erkenningsvolgorde geen toeval is.

Het is, net als bij natuurlijke personen, een kwestie van én gelegenheid (vage regels, zwakke controle) én druk van buiten (concurrentie) én verkeerde zuinigheid én gebrek aan sociaal fatsoen. De cocktail van die argumenten en het achterliggende motief van winst veroorzaakten dat zaken «mis gingen».

- Organisatiecriminaliteit komt soms naar buiten door een ongeluk. Dan benoemt men achteraf wat er mis is gegaan: de auto of het vliegtuig bleek fundamentele constructiefouten te hebben (De Pinto car van Ford²⁷; de DC 10 van McDonnell Douglas²⁸), de hulpverlening bij de vliegcrash in Eindhoven bleek slecht georganiseerd en in Enschede wist men niet dat men een tijdbom midden in de stad had liggen.
- Een ander startpunt kan zijn een klokkenluider. Iemand die het bedrijf van binnenuit verklikt, bijv. aan de media. Soms zijn het de media zelf die een affaire op het spoor komen.
- Het kan ook zijn dat boze gedupeerden, slachtoffers, proberen de overheid wakker te schudden.
- En een enkele keer zijn het alerte politici, die signalen opvangen en er iets mee doen.

Opvallend afwezig in dit rijtje zijn de normale inspecties, de echte controleurs. Dat heeft te maken met het gegeven dat zij overwegend coöperatief controleren en geconstateerde tekortkomingen eerst en vooral melden bij het bedrijf zelf. Men wil niet a priori reputaties aantasten.²⁹

De organisatie

Hier praten we op bedrijfsniveau, en kijken vooral naar oorzaken binnen de organisatie als verklaring voor organisatiecriminaliteit. Geen bedrijf is hetzelfde en dus zullen ook onregelmatigheden per bedrijf variëren. In de literatuur gaat men in op zaken als bedrijfscultuur en bedrijfsstructuur, op professionaliteit, het beleid en het gezag van de bedrijfsleiding (of juist de afwezigheid daarvan) en tenslotte, als meest vage grootheid, te veel disorganisatie in het algemeen.

We beginnen bij die laatste variabele. Kagan en Scholz constateerden dat de meeste regelovertredingen door bedrijven geen expressie van slimheid waren, of rationele keuze, maar juist domheid, slordigheid, kortom

²⁵ Moore, o.c. p. 719/746.

²⁶ Braithwaite, o.c.

²⁷ M. B. Clinard, *Corporate corruption; the abuses of power*, New York 1990.

²⁸ M. Punch, *Dirty Business, exploring corporate misconduct. Analysis and cases*, Londen 1996, p. 104 e.v.

²⁹ Van den Heuvel, o.c.

organisatorische disorganisatie. Zij schetsen overtredende organisaties als «corporations with limited views of their social responsibility».³⁰ Die beperkte blik komt niet ineens, ze beschrijven het als een groei fenomeen, diensten binnen de organisatie kunnen elkaar gaan tegenwerken, doel- en belangen-tegenstellingen kunnen maken dat de bedrijfsinterne regels niet goed meer functioneren, kortom de organisatie is in feite ziek; maar dat blijkt pas als een grove fout naar buiten komt. In het beeld dat zij schetsen is de fout of overtreding in feite onvermijdelijk; het moest wel ooit mislopen. Dit is een populaire en aantrekkelijke theorie die inhoudelijk zeker status heeft, maar waar men een kanttekening bij kan maken: geen enkele organisatie bestaat zonder interne problemen of ruzies. Zo'n theorie verklaart wel veel, maar discrimineert weinig of niet.

Andere auteurs hechten bij hun verklaring van ernstige organisatie-criminaliteit meer belang aan de rol van de leiding.³¹ Zij zien het bedrijf als *inherent criminogeen*.³² Ondernemers richten zich op drie doelen: organisatorisch overleven, als het kan groeien en als het kan winst maken. Dat dwingt hen bij wijze van spreken om de randjes van het legale op te zoeken. Winst werkt bovendien verslavend. Volgens deze auteurs ziet de leiding de organisatie als een instrument of, duidelijker nog, als een wapen.³³ Doelen moeten worden gehaald, concurrenten bestreden, markten veroverd, en niet goedschiks dan kwaadschiks. Organisatie-criminaliteit is volgens hen meer norm dan uitzondering – te vergelijken met de verkeersregels, die ook massaal overtreden worden – als bij een ijsberg ziet men maar een klein deel, en blijft het meeste onbekend. Sociale responsiviteit of sociale verantwoordelijkheid zijn volgens deze auteurs louter instrumentele begrippen die men gebruikt als het van pas komt.

Een derde benaderingswijze van organisatiecriminaliteit zoekt de verklaringen in de bedrijfscultuur en -structuur. Bedrijfscultuur is een oud begrip dat het veilige, het warme van het «eigen bedrijf» wil aangeven. Het drukt iets uit van «zo gaan wij hier met elkaar om en zo lossen wij problemen op». *Sfeer* lijkt een té vaag woord hoewel het er wel precies op slaat. Die sfeer kan zo'n conservatieve trekken aannemen dat allerlei illegaliteiten oogluikend toegelaten worden, omwille van de sfeer. Maar sfeer kan ook het tegendeel communiceren: «hier gaat veiligheid of hier gaan mensen voor economische doelen».³⁴ Bedrijven met een uitgesproken bedrijfscultuur lijken log, maar dat hoeven zij allerminst te zijn. Men kan daar ook reorganiseren enz., alleen doet men het binnen de bedrijfseigen omgangsvormen.

Het verband met organisatiecriminaliteit wordt op diverse manieren gelegd. Enerzijds is er het bedrijf dat nauwelijks een bedrijfscultuur heeft en dat «anomisch» aandoet/aanvoelt.³⁵ Zo'n situatie van anomie kan zich uiten in illegale praktijken. Waar werknemers weinig geven om het bedrijf is dat risico niet denkbeeldig. Daarachter kunnen weer andere problemen spelen, bijv. dat de werkgever is vervreemd van zijn mensen. Heel anders is de situatie bij een bedrijf met een sterke bedrijfscultuur, zo sterk dat men sommige «kleine zondes» van hoger of lager personeel door de vingers ziet. Incidenteel lijkt daar weinig mee aan de hand, maar wordt dat structureel/endemisch dan heeft men een serieus probleem.³⁶

In het algemeen – zo leert de literatuur – is een sterke bedrijfscultuur een bescherming tegen zowel illegaal gedrag binnen, als illegaal gedrag van de organisatie, maar een té sterke bedrijfscultuur is daar juist weer extra gevoelig voor. Dat geldt minder voor het begrip bedrijfsstructuur. Men spreekt ook wel van de *hardware* van de organisatie, waar de organisatie-cultuur staat voor de *software*. Structuur slaat vooral op de vorm. Een platte organisatie kan even «ziek» zijn als een extreme lijnorganisatie; maar bij laatstgenoemde is het risico van subculturen binnen bepaalde

³⁰ R. A. Kagan/J. Scholz, 1984, «The Criminology of Corporations and Regulatory Enforcement Strategies», in K. Hawkins/J. M. Thomas (red), *Enforcing Regulation*, Boston 1984, p. 67/97.

³¹ Bijv. S. Box, *Power, crime and mystification*, Londen 1983, en Punch, o.c.

³² Een term van Huisman, o.c. p. 142.

³³ Ph. Selznick, *The organizational weapon*, New York 1949, en idem, *Leadership in Administration*, New York 1957.

³⁴ J. Braithwaite, *To punish or to persuade*, Albany 1995.

³⁵ D. V. Cohen, «Ethics and crime in business firms: organizational culture and the impact of anomie», in *Advances in criminological Theory* nr. 6 (1995) p. 183/206.

³⁶ Box, o.c.

afdelingen groter, en die kunnen als subgroep in de fout gaan. Met name in bedrijven waar afdelingen tegen elkaar uitgespeeld (kunnen) worden komt dat voor; dan kan «an organizational subculture of resistance»³⁷ ontstaan, die zich vertaalt in onregelmatigheden.

Tenslotte noemen we de *professionaliteit*. Die lijkt op het eerste gezicht weinig toepasselijk op organisatiecriminaliteit, maar speelt daar toch een opmerkelijke rol.³⁸ Bedrijven *kunnen* de wet soms namelijk niet naleven, gewoon omdat ze er technisch-organisatorisch niet toe instaat zijn. Dan is de *wil* er wel, maar men ontbeert het vermogen om te gehoorzamen. Juristen zouden hier spreken van overmacht. In de literatuur komt ook een andere vorm van *professional crimes* voor; we doelen op directieleden die met bedrijfsgeheimen op stap gaan of voorkennisdelicten op de aandelenmarkt. De hogere professionals heten bovendien extra vatbaar te zijn voor bedrijfsspionage, corruptie en omkoperij.³⁹ Professionals staan onder controle van het bedrijf, maar weten veel meer dan de doorsnee medewerker. Dit is niet alleen bij bedrijven zo. De topambtenaar of ex-minister die overstapt naar de private wereld van bijv. een bank kan een schat aan uiterst gevoelige informatie meebrengen.

II.4 De organisatie als zelfstandige actor

Kan een organisatie wel worden beschouwd als een zelfstandige eenheid met een eigen identiteit, als een zelfstandige actor? Grosso modo bestaan hieromtrent twee soorten theorieën, *nominalistische* en *realistische*.⁴⁰ De nominalistische theorieën zien de organisatie slechts als een verzameling van individuen en hun gedragingen.⁴¹ De (term) organisatie is niet meer dan een naam voor een collectiviteit van individuen. Deze visie heeft uiteraard gevolgen voor verantwoordelijkheidsvraagstukken die naar aanleiding van regelovertredingen door organisaties kunnen rijzen. Lederman merkt in verband met de nominalistische theorie het volgende op:

«corporate conduct or corporate fault is seen as a shorthand way of referring to the conduct and culpability of the individual members of the collectivity. The idea that the corporation itself can act and be blameworthy is a fiction».⁴²

Organisatorische verantwoordelijkheid zal binnen een nominalistische visie dus steeds een afgeleide zijn van de verantwoordelijkheden van de individuen die deel uitmaken van de organisatie. De realistische theorieën zien de organisatie daarentegen als een zelfstandige entiteit. De organisatie heeft een reëel en objectief bestaan, dat in grote mate onafhankelijk is van de in de organisatie aanwezige leden. Organisaties zijn in deze visie verbanden die bepaalde doelen nastreven en daartoe ook kunnen handelen. Deze visie heeft op zijn beurt weer de nodige gevolgen voor verantwoordelijkheidsvraagstukken. Colvin geeft in het licht van die realistische theorie dan ook te kennen, dat:

«corporations can act and be at fault in ways that are different from the ways in which their members can act and be at fault».⁴³

Verantwoordelijkheden zullen in deze visie primair organisatorisch van aard zijn.

³⁷ J. Braithwaite, 1989, «Criminological theory and organizational crime, *Justice Quarterly* 1989 p. 352.

³⁸ Zie vooral Huisman, o.c. p. 182.

³⁹ A. B. Hoogenboom, *Schaduwten over Van Traa*, Den Haag 2000; dezelfde, *'T neemt toe, men weet niet hoe*, Den Haag 2001. De mooiste voorbeelden staan echter in Sutherland, o.c. 1983 (the uncut version); en in Clinard, *Corporate ethics and crime, the role of the middle management*, Beverly Hills 1983.
⁴⁰ J. A. Quaid, «The assessment of corporate criminal liability on the basis of corporate identity: an analysis», *Mc Gill Law Journal* 1988 p. 76 e.v.; C. Wells, *Corporations and criminal responsibility*, Oxford 1993; E. Colvin, «Corporate personality and criminal liability», *Criminal Law Forum* 1995, p. 2; E. Lederman, *Models for imposing corporate criminal liability: from adaptation and imitation toward aggregation and the search for self-identity*, p. 680; en Huisman, o.c. p. 105/107.

⁴¹ Quaid onderscheidt in haar aangehaalde artikel holistische van atomistische theorieën; dat komt echter op hetzelfde neer. Hetzelfde geldt voor Wells, die onderscheidt tussen atomistische en organische theorieën.

⁴² En Lederman, o.c. p. 680.

⁴³ Colvin, o.c. p. 2.

French komt tot ongeveer dezelfde tweedeling. Hij onderscheidt tussen *aggregaten* en *conglomeraten*.⁴⁴ De term «aggregaat» geeft al aan, dat deze slechts uit een collectiviteit van individuen bestaat. De identiteit van de organisatie verandert zodra er een individu de organisatie betreedt of verlaat. De handelingen van de organisatie zijn te reduceren tot handelingen van de leden van het collectief. Een conglomeraat is daarentegen een organisatie van individuen waarvan de identiteit «is not exhausted by the conjunction of identities of persons in the organization».⁴⁵ French geeft drie karakteristieken op basis waarvan men aggregaten en conglomeraten van elkaar kan onderscheiden:⁴⁶

- (1) «conglomerates have internal organization and/or decision procedures by which courses of concerted action can be chosen».
- (2) «there is a more stringent enforcement of standards of conduct of individuals within the conglomerate than there is in the larger community or wider community of individuals».
- (3) «members of a conglomerate fill differing defined roles by virtue of which they exercise powers over other members, but a change in the identity of the individual occupying a given role does not necessarily cause a corresponding change in the conglomerate's identity».

French wijst erop, dat in een conglomeraat de verantwoordelijkheid niet gereduceerd kan worden tot de verantwoordelijkheid van de betrokken individuen. Ook Wells maakt een onderscheid tussen typen van organisaties, namelijk *atomistische* en *organische*. Zij stelt dat een «individual bias of criminal laws» bestaat.⁴⁷ Men zou binnen het strafrecht geen optimaal en reëel beeld van de organisatie hebben kunnen vormen, wat zich volgens haar op twee manieren kan uiten. Ten eerste worden de concepten van individuele aansprakelijkheid, verantwoordelijkheid en toerekenbaarheid onveranderd toegepast op de organisatie. Ten tweede wordt er te weinig aandacht geschonken aan hoe het strafrecht zich, in termen van aansprakelijkheid en daarmee samenhangende sancties, naar de organisatie als pleger van delicten dient te richten.

De preliminaire vraag of de organisatie een zelfstandige entiteit is, die niet alleen iets meer, maar ook iets anders is dan de individuen die haar samenstellen, dient ons inziens *vanuit sociaal-wetenschappelijk gezichtspunt* bevestigend te worden beantwoord. Bepaalde aspecten van de organisatie leveren hiervoor de nodige indicaties op. Het feit dat organisaties voor langere tijd bestaan en binnen die organisaties een continue wisseling van leden plaatsvindt, wijst erop dat organisaties niet afhankelijk zijn van bepaalde individuen. In het algemeen kan men zelfs stellen dat de organisatie haar leden overleeft. Iedere organisatie heeft haar eigen «life-cycle», die eindigt in «decline and death».⁴⁸ Nieuwe individuen, die de organisatie binnenkomen, treffen een cultuur en structuur van normen en waarden aan waarbinnen men geacht wordt te functioneren.

⁴⁴ P. A. French, *Collective and corporate responsibility*, New York 1984, Quaid, o.c. p. 77 en 78, en Wells, o.c. p. 88.

⁴⁵ Wells, l.c.

⁴⁶ Quaid, l.c., Wells, l.c., en French, o.c.

⁴⁷ Wells, o.c. p. 84.

⁴⁸ R. H. Hall, *Organizations: structures, processes and outcomes*, Englewood Cliffs 1987, p. 44.

⁴⁹ E. Durkheim, *De la division du travail*, Parijs, 5e dr. 1926, en B. Fisse/J. Braithwaite, *Corporations, crime and accountability*, Cambridge 1993, p. 20.

In dit verband wees Durkheim reeds op het feit dat, de «collective will» van een samenleving niet het product is van het individuele bewustzijn van haar afzonderlijke leden. Het individu is juist het product van «evolutionary social forces».⁴⁹ Ook een tot de organisatie toetredend individu wordt gevormd door de cultuur en structuur van normen en waarden, die binnen een organisatie gelden.

Hierdoor wordt het mogelijk, dat individuen binnen de organisatie niet als individuen opereren maar, naar gelang de beklede functie, slechts als managers, arbeiders of accountants. Verder treden organisaties onder een

eigen naam als zelfstandige eenheden naar buiten toe, om aan het maatschappelijke en aan het rechtsverkeer deel te kunnen nemen. De abstracte verschijning van de organisatie wordt kenbaar in haar structuur, cultuur en gedrag. Organisaties laten zich bestuderen, vormgeven en begrenzen. Ze vertonen zowel intern als extern een bepaald gedrag. Intern uit zich dit gedrag o.a. in besluitvorming, beleid, procedures en systemen, extern in de vorm van geproduceerde producten en diensten of in handelingen die met de nodige maatschappelijke gevolgen gepaard gaan.⁵⁰ De organisatie heeft een aanwezigheid binnen de maatschappij, die afzonderlijk is van andere actoren. Door deze andere actoren wordt de organisatie dan ook terecht als een soort van «levende» persoon gezien. Daarnaast onderscheiden organisaties zich van de individuen die binnen de organisatie werkzaam zijn door middel van een eigen «corporate ethos».⁵¹

Hier kunnen we een brug slaan naar de bouwnijverheid. Die wordt volgens informanten gekenmerkt door een «losse ethiek». Men bedoelde daarmee dat men steeds op zoek is naar een balans tussen het beeld van de collega-ondernemer als «concurrent» en als «compatriot». Dat bleek met name bij de mededingingsdelicten. «The concurrent ethos» uit zich bij de «onderhandse aanbestedingen» waar men zelf wel, maar belangrijke concurrenten niet voor uitgenodigd zijn. Voormalige aannemers blijken soms met een zekere wrok terug te kijken op grote concurrenten en suggereren dat «voorwerk» is verricht. Men verwijt deze concerns de «informele spelregels» te schenden; het wordt die concurrenten ook kwalijk genomen dat zij onverwachts in zee gingen met buitenlandse aannemers, die expertise in huis hadden welke men zelf niet had (en waar dus niet op gerekend was bij het vooroverleg).⁵² Opvallend was overigens dat men over bedrijven sprak en geen namen noemde van individuele directieleden. *Corporate accountability* blijkt in de bouwwereld een normaal gegeven. Het is daar altijd «bedrijf x of y», dat streken leverde, nooit «meneer Pietersen».

II.5 Besluitvorming binnen de organisatie

Door besluitvormingsprocessen kunnen verschillende organisatiekenmerken gecreëerd en geëffectueerd worden, hetgeen de organisatie tot een operationeel geheel maakt. In het algemeen wordt er vanuit gegaan, dat er binnen de organisatie twee soorten beslissingen worden genomen: «programmed» en «non-programmed decisions». Onder «programmed decisions» verstaat men «decisions which are repetitive and routine».⁵³ Het gaat dan om beslissingen, die tot stand komen via daarvoor ontwikkelde formele procedures. In deze formele procedures zijn bepaalde regels, routines of «standard operating procedures» vastgelegd. Ook vinden we in deze formele procedures de waarden en normen terug van de heersende bedrijfscultuur. «Programmed decision making» verhoogt de efficiency en vermindert de kosten. Het zorgt voor stabiliteit en voorspelbaarheid. «Non-programmed decisions» zijn daarentegen «novel and unstructured».⁵⁴ Er zijn geen regels, routines of «standard operating procedures». Hierdoor zijn de personen, die deze besluiten moeten nemen, op zichzelf aangewezen; zij moeten vertrouwen op gezond verstand, intuïtie en creativiteit. Het moge duidelijk zijn, dat de heersende bedrijfscultuur hierop van grote invloed is. «Non-programmed decision making» maakt het voor de organisatie mogelijk om zich succesvol aan haar omgeving aan te passen. Het stelt de organisatie in staat om effectief met veranderingen en onzekerheden om te gaan.⁵⁵ De vraag is echter hoe nu dergelijke besluiten tot stand komen. Indien we de verschillende modellen van «organizational decision making» bezien, kan worden geconcludeerd dat er grofweg twee richtingen zijn. De ene

⁵⁰ Huisman, o.c. p. 106.

⁵¹ L. Friedman, «In defense of corporate criminal liability», *Harvard Journal of Law and Politics* 2000, p. 848.

⁵² Dit sloeg op het tunnelgraven. In Nederland zijn maar een paar bedrijven gespecialiseerd in die technologie. Ineens ging een wegebouwer ook meedoen in die branche met behulp van een franse maatschappij. Dat vond men niet «ethisch». Juist omdat men op andere terreinen collusie – heimelijke samenwerking – niet schuwde, voelde men zich bedrogen toen dit bedrijf ineens onder hun «tunnel klussen» ging schieten. Dat zag men als het schenden van een soort erecode, waar men overigens weinig aan kon doen.

⁵³ Jones, o.c. p. 474; zie ook noot 33. Selznick bespreekt het onderscheid tussen routinematige en cruciale beslissingen.

⁵⁴ Jones, o.c. p. 474.

⁵⁵ Jones, o.c. p. 474.

richting ziet het besluitvormingsproces als een onder overwegend ideale omstandigheden plaatsvindend rationeel proces. De andere richting ziet het besluitvormingsproces meer als een onzeker proces, dat juist niet onder ideale omstandigheden plaatsvindt.⁵⁶

Het belangrijkste model uit de eerst genoemde richting is de *rationele keuzetheorie*. De besluitvorming is hier in een drie-stappen traject weer te geven. De eerste stap is de identificatie van het probleem dat opgelost moet worden. De tweede stap is het genereren van oplossingen. De derde stap bestaat uit de selectie en implementatie van een gekozen oplossing. Bij dit rationele keuzemodel gaat men uit van het bestaan van bepaalde ideale omstandigheden. Zo wordt aangenomen dat managers «know all the courses of action open to them, (...) know the exact effects of all the alternatives, (...) are able to use the same set of objective criteria to evaluate each alternative, (...) and use the same decision rules to rank each alternative and thus can make one right or best decision».⁵⁷ Het rationele keuzemodel houdt echter weinig rekening met factoren die inherent zijn aan de besluitvorming binnen een organisatie, zoals onzekerheid en onvolledigheid, en is daarom vaak onrealistisch.

Het gaat soms geheel voorbij aan specifieke aspecten en facetten van besluitvorming binnen de moderne (complexe) organisatie. Ten eerste beschikt men zelden over alle relevante informatie. En zelfs indien een optimale informatievergaring mogelijk zou zijn, is dit niet steeds haalbaar vanwege de hoge kosten die de informatieverzameling met zich brengt.⁵⁸ Daarnaast wordt in dit model niet getwijfeld aan de capaciteiten van diegenen die binnen de organisatie de betreffende beslissingen nemen. Managers zijn echter niet alwetend en ook beschikken zij niet over onuitputtelijke capaciteiten. De intelligentie en kennis van mensen is bij voorbaat beperkt. Ook gaat dit model voorbij aan het feit, dat men al binnen een (in)formele structuur functioneert, die reeds een bepaalde wijze van vaak tijdsgebonden handelen en denken «oplegt», waardoor een zuiver rationele keuze niet meer mogelijk is. Tevens gaat men in dit model van de onjuiste veronderstelling uit, dat verschillende personen dezelfde voorkeuren en waarden hebben. Daarnaast wijzen Clinard en Yeager er op dat «the organization's elite controls the premises of decision-making for subordinates by setting priorities and regulating the flow of communication; thus top officials manipulate subordinates' assessments of situations in a system of unobtrusive control».⁵⁹

In recentere modellen van organisatorische besluitvorming heeft men de nadelen en onvolkomenheden van het rationele keuzemodel proberen te ondervangen door het introduceren van nieuwe veronderstellingen over besluitvorming binnen de moderne organisatie. Een bekend model uit deze richting is het Carnegie-model. In dit model wordt het besluitvormingsproces gezien als een onzeker proces, dat nu juist niet onder ideale omstandigheden plaatsvindt.⁶⁰ Het houdt rekening met de effecten van «satisficing», «bounded rationality» en «organizational coalitions». Onder «satisficing» verstaat men «limited information searches to identify problems and alternative solutions».⁶¹ Door dit proces wordt een uitgebreide informatievergaring achterwege gelaten. Er wordt beslist op basis van bepaalde vaste criteria, die men gebruikt om mogelijke oplossingen te evalueren. Door deze criteria wordt de keuze uit mogelijke alternatieven geringer. Dit proces zorgt ervoor dat de «information costs» binnen de perken blijven.

⁵⁶ Jones, o.c. p. 474 en 475.

⁵⁷ Jones, o.c. p. 475.

⁵⁸ Jones, o.c. p. 476.

⁵⁹ Clinard/Yeager, o.c. p. 63.

⁶⁰ Jones, o.c. p. 474 en 475.

⁶¹ Jones, o.c. p. 477.

Daarnaast gaat het Carnegie-model uit van «bounded rationality», een «limited capacity to process information». ⁶² Besluitvorming wordt hierdoor een subjectiever proces, in die zin dat de beslissende persoon meer zal vertrouwen op zijn intuïtie en overtuiging. Ook zullen eerder gemaakte ervaringen een grote rol in de besluitvorming gaan spelen. Het Carnegie-model ziet de organisatie als een «coalition of different interests». ⁶³

Besluitvorming zal in zo'n omgeving veelal tot stand komen door middel van onderhandelingen, afspraken en compromissen. Dit aspect komt sterk terug in het coalitiemodel. Dit gaat ervan uit, dat de doelstellingen van een organisatie vaak dubbelzinnig en inconsistent zijn. Een dergelijke vaagheid draagt niet bij aan een duidelijke probleemherkenning. Doordat er geen duidelijke richting verschaft wordt, is er veel ruimte voor coalitievorming, een samenbundeling van meerdere personen of partijen. Deze coalities vertegenwoordigen bepaalde belangen en zullen bij de besluitvorming proberen hun invloed uit te oefenen. In dit model wordt de uiteindelijke beslissing genomen door de meest dominante coalitie. ⁶⁴

De verschillen tussen het rationele keuzemodel en het Carnegie-model worden in het schema hieronder duidelijk weergegeven: ⁶⁵

rationele keuze-model	Carnegie-model
Information is available	Limited information is available
Decision making is costless	Decision making is costly
Decision making is value free	Decision making is affected by the values and preferences of decisionmakers
The full range of possible alternatives is generated	A limited range of alternatives is generated
Solution is chosen unanimously	Solution is chosen by compromise bargaining and accommodation between organizational coalitions decisions

Uit dit schema komt duidelijk naar voren, dat het rationele keuzemodel geen realistisch beeld van de besluitvorming binnen een organisatie kan geven, nu het a priori uitgaat van onjuiste veronderstellingen.

«Unstructured models of organizational decision making» beschrijven hoe de besluitvorming binnen een organisatie plaatsvindt, indien deze zich in een onzekere en onstabiele omgeving bevindt. ⁶⁶ De nadruk komt dan te liggen op de vraag hoe organisaties «non-programmed decisions» nemen. Besluitvorming is dan niet een lineair, maar een onzeker en ongestructureerd proces. Vaak zal het spreekwoordelijke wiel opnieuw uitgevonden moeten worden. De onzekerheid zorgt er voor, dat een ongestructureerde manier van besluitvorming ontstaat.

⁶² Jones, I.c. Zie ook R. H. Hall, *Organizations: structures, processes and outcomes*, Englewood Cliffs, New jersey 1987, p. 172.

⁶³ Hall, o.c. p. 173, en Jones, o.c. p. 478.

⁶⁴ P. E. J. Kunst/R. L. Olie/A. G. L. Romme/J. L. Soeters, *Organisatie*, dl. 2, 1e druk vierde oplage, Leiden 1998, par. 12.6.

⁶⁵ Jones, o.c. p. 477.

⁶⁶ Jones, o.c. p. 480.

⁶⁷ M. D. Cohen/J. G. March/J. P. Olson, «A garbage can model of organizational choice», in A. Etzioni/E. W. Lehman, *A sociological reader on complex organizations*, 3e dr. 1980, Holt Rine hart and Winston, p. 144.

Onzekerheid speelt ook een grote rol in het «garbage can model of organizational decision making» van bijv. Cohen. De organisatie wordt in dit model gezien als een «organized anarchy». ⁶⁷ Aan deze veronderstelling worden drie algemene kenmerken van de organisatie ten grondslag gelegd, namelijk: «problematic preferences», «unclear technology» en «fluid participation». De «problematic preferences» zien op het feit dat volgens dit model een organisatie opereert op basis van «inconsistent and ill-defined preferences». Het neemt dan ook meer de vorm aan van een losse verzameling van

ideeën, dan van een echte coherente structuur. De organisatie ontdekt de «preferences» door de handelingen, die ze verricht, in plaats van dat ze op basis van die «preferences» handelt. Het kenmerk van de «unclear technology» ziet op het feit, dat de processen binnen de organisatie vaak niet door eigen medewerkers begrepen worden. De organisatie opereert dan ook op basis van simpele «trial and error»-procedures. Het kenmerk van de «fluid participation» ziet op het feit, dat er een voortdurende wisseling van mensen binnen de organisatie plaats vindt, hetgeen tot gevolg heeft, dat «decision makers for any particular kind of choice change capriciously».⁶⁸ Het «garbage can model of organizational decision making» gaat er van uit dat organisaties slechts een bepaald repertoire aan oplossingen hebben, waaruit de meest passende gekozen wordt.⁶⁹ Het interessantste aspect van dit model is, dat het «vuilnisvat» waaruit de oplossing gekozen wordt ook het op te lossen probleem bevat; de situatie, waarin een beslissing moet worden genomen, herkent men pas als zowel probleem als oplossing zich in het vat bevinden. Het zal dan veelal om oplossingen voor situaties gaan, waarmee men in het verleden al de nodige ervaring heeft opgedaan.

Volledigheidshalve moet worden gewezen op het *bureaucratie-model* van organisatorische besluitvorming. Dit gaat er vanuit, dat problemen zonder veel moeite te herkennen zijn. De besluitvorming vindt plaats langs strakke procedures, die regels omvatten voor allerlei denkbare facetten en situaties die zich in de besluitvorming voor kunnen doen. Een doeltreffend gebruik van de procedures vereist echter wel een duidelijk gedefinieerde hiërarchie. Bevoegdheden zijn hier dan ook duidelijk afgebakend. Deze hiërarchie wordt bemand door ambtenaren bij wie de specialistische kennis en deskundigheid gelegen is, om via de vastgestelde procedures de problemen te identificeren en op te lossen.⁷⁰

Het moge duidelijk zijn dat ieder besproken model betrekking heeft op een andere situatie, hetgeen onder meer samenhangt met de complexiteit van de problemen en de complexiteit van de oplossingen. Het feit dat de wijze van besluitvorming afhangt van de situatie waarin deze plaatsvindt, wordt wel aangeduid als de situatie-afhankelijkheid van besluitvorming.⁷¹ Daarnaast is het zo, dat er bij organisatorische besluitvorming de nodige interactie tussen de verschillende modellen plaatsvindt. Het is dan ook zeer moeilijk om strikt te bepalen welk model in een bepaald geval van toepassing is.⁷² Ook zijn de reeds besproken aspecten van de organisatie zoals strategie, cultuur, structuur en design van grote invloed op de besluitvorming. Zij bepalen immers de omgeving waarin en grotendeels ook de omstandigheden waaronder de besluitvorming plaatsvindt.

II.6 Klassieke criminologische theorieën toegepast in organisatie-criminologisch perspectief

Nu rijst de vraag waarom de ene organisatie zich wel aan onregelmatigheden bezondigt en de andere niet. Enkele organisatie-criminologische theorieën verschaffen inzicht in motieven en gelegenheden tot regel-overtredend gedrag.

De rationele keuze-theorie

In de klassieke criminologie kan criminaliteit beschouwd worden als gedrag waarvoor de actor in vrijheid welbewust heeft gekozen, nadat hij de kosten en baten van de overtreding tegen elkaar heeft afgewogen. Hier wordt de actor weergegeven als een «homo economicus», een alwetende, op eigenbelang gerichte nutsmaximalisator, die na een grondige analyse kiest voor het gedrag dat de meeste baten en de minste kosten oplevert.⁷³

⁶⁸ Cohen/March/Olson, o.c. p. 144.

⁶⁹ Cohen/March/Olson, o.c. p. 144 e.v., en R. H. Hall, *Organizations: structures, processes and outcomes*, Englewood Cliffs 1987, p. 172. Zie ook, Jones, o.c. p. 481.

⁷⁰ Kunst/Olie/Romme/Soeters, o.c. par. 12.5.

⁷¹ Kunst/Olie/Romme/Soeters, o.c. par. 12.9.

⁷² B. Fisse/J. Braithwaite, *Corporations, crime and accountability*, Cambridge 1993, p. 104.

⁷³ Huisman, o.c. p. 138.

Met betrekking tot deze rationele keuze benadering, is het werk van de econoom Becker van groot belang geweest. Deze publiceerde 1968 een artikel waarin de economische analyse van misdaad en straf centraal stond.⁷⁴ Bij zijn analyse ging hij er van uit, dat personen normoverschrijdend gedrag zullen begaan indien de verwachte baten hoger zijn dan de te verwachten kosten. Becker geeft hierbij aan, dat er tussen gewone burgers en criminelen in de basis eigenlijk geen verschil in motivatie te vinden is. Er is slechts een verschil in afweging tussen kosten en baten te constateren.⁷⁵ De vraag of iemand normoverschrijdend gedrag zal vertonen hangt volgens Becker af van de vorm van zijn nutsfunctie, de omvang van de winst, de pakkans en de strafmaat. Door middel van een economische analyse waarin deze factoren terug komen, is het mogelijk om een optimaal privaat en publiek afschrikingsbeleid en handhavingssysteem te bepalen.⁷⁶ Becker houdt in zijn model tevens rekening met het feit, dat wetsovertreders zowel risiconutraal alsook risicomidgend kunnen zijn. De rationele keuzetheorie lijkt met deze economische achtergrond goed toepasbaar te zijn op de organisatie.

De organisatie voldoet wegens zijn karakteristieken veel meer aan het beeld van de homo economicus, dan de gemiddelde natuurlijke persoon. Aan het besluitvormingsproces van organisaties wordt in het algemeen een veel grotere mate van bewustheid en rationaliteit toegedicht dan aan het besluitvormingsproces van natuurlijke personen.⁷⁷ Organisaties en ondernemingen in het bijzonder hebben vaak het maken van winst als doel. De organisatorische besluitvorming is hier dan primair terug te brengen op een afweging van kosten en baten.⁷⁸

Het verwezenlijken van doelen wordt als een van de centrale kenmerken van een organisatie beschouwd; zij is immers bij uitstek het gereedschap waarmee complexe doelen kunnen worden verwezenlijkt. In het algemeen wordt verondersteld dat ondernemingen duidelijke doelen hebben en dat deze doelen tevens op strategische wijze ontwikkeld en geoperationaliseerd zijn; dit doelgerichte karakter van de organisatie maakt haar volgens sommige criminologen inherent criminogeen.⁷⁹ De strategie, die door de organisatie wordt bepaald om haar doelen te verwezenlijken, levert namelijk ook het motief voor het regelovertrekend gedrag. Daarnaast is het zo, dat bij de organisatievorm van de onderneming het genereren van winst hoofddoel is. Winstmaximalisatie of verliesminimalisatie kunnen een motief voor normoverschrijdend gedrag opleveren.⁸⁰ Er dient hier wel opgemerkt te worden, dat organisaties ook meerdere doelen kunnen nastreven. Het is dan ook goed mogelijk, dat bepaalde doelen juist normoverschrijdend gedrag verhinderen. Of een doel al of niet een motief voor normoverschrijdend gedrag oplevert, zal afhangen van de onderlinge hiërarchie van de doelen, die de organisatie zich gesteld heeft.⁸¹

Ook bij de uitspraak dat de rationele keuzetheorie eerder op organisaties van toepassing lijkt te zijn, vallen de nodige kanttekeningen te plaatsen. Uit de paragraaf over besluitvorming binnen de organisatie valt onder meer af te leiden, dat de besluitvorming binnen een organisatie meestal niet via de weg van de hier bedoelde rationele keuze verloopt. Vaak blijkt het een onzeker en onsamenhangend proces te zijn. Een ander met de besluitvorming samenhangend bezwaar, is onder meer door Fisse en Braithwaite aangekaart. Zij wijzen op het feit, dat dit model organisaties te veel afschildert als entiteiten die lijken op «human decisionmakers».⁸² Daarnaast is het zo dat de organisatie-doelen vaak helemaal niet zo duidelijk blijken te zijn, hetgeen doorwerkt in de strategische ontwikkeling en operationalisering van die doelen. De rationaliteit van de organisatie is dus niet onomstreden. De rationaliteit van de besluitvorming wordt sterk beperkt door onvolledigheid van informatie en communicatie, onzekerheid, tijdsnood, inconsequente beoordelingscriteria en persoonlijke voorkeuren. «Corporate decisionmaking» is dus eerder als een suboptimaal proces te kenmerken.⁸³ Derhalve is het voor organisaties zeer

⁷⁴ G. S. Becker, «Crime and punishment: an economic approach», *The Journal of Political Economy* jrg. 76 (1968), p. 169 e.v.

⁷⁵ Becker, o.c. p. 176.

⁷⁶ Becker, o.c. p. 207, en R. W. HolzHauer/R. Teijl, *Inleiding rechtseconomie*, 2e druk, Arnhem 1995, p. 199 en 200.

⁷⁷ Huisman, o.c. p. 140.

⁷⁸ R. V. Clarke/M. Felson (red), *Designing out Crime*, London 1980.

⁷⁹ Huisman, o.c. p. 108. Zie ook E. Gross, «Organization structure and organizational crime», in : Geis/Stotland, *White collar crime*, Beverly Hills, 1980 p. 52/70; S. Box, *Power, crime and mystification*, London, 1983; en M. Punch, *Dirty business: exploring corporate misconduct, analyses and cases*, London, 1996.

⁸⁰ Clinard/Yeager, o.c. p. 46/48.

⁸¹ Huisman, o.c. p. 145.

⁸² B. Fisse/J. Braithwaite, *Corporations, crime and accountability*, Cambridge 1993, p. 74.

⁸³ Fisse/Braithwaite, l.c.

lastig om de kosten en baten van normoverschrijdend gedrag te berekenen.⁸⁴ Tevens is het zo dat de rationele keuzetheorie geen rekening houdt met de morele drempels, die ten aanzien van het begaan van normoverschrijdend gedrag kunnen bestaan.⁸⁵

Sociale responsiviteit

De theorie van de sociale responsiviteit, in ons land verdedigd door Van de Bunt, vestigt de aandacht op de relatie tussen de organisatie en haar maatschappelijke omgeving. De sociale responsiviteit wijst op het vermogen van de organisatie om gehoor te geven aan bestaande maatschappelijke verwachtingen, zonder daarbij overigens de eigen verantwoordelijkheid voor de maatschappelijke omgeving te ontkennen.⁸⁶ Twee aspecten verdienen extra aandacht.⁸⁷ In de eerste plaats is er een cognitief aspect. Het responsieve handelen is gebaseerd op een adequate perceptie van de mogelijke gevaren van het optreden van de organisatie en op een goede inventarisatie en weging van maatschappelijke verwachtingen. Het tweede aspect heeft betrekking op het feit dat maatschappelijke verwachtingen en externe effecten van het optreden in de besluitvorming worden meegewogen. Van de Bunt typeert het handelen van de organisatie als sociaal responsief, indien de organisatie in de besluitvorming echt rekening houdt met de gevolgen van het eigen optreden voor de omgeving en met bestaande maatschappelijke verwachtingen.⁸⁸ Ondanks het feit dat Van de Bunt niet ontkent, dat normoverschrijdend gedrag wellicht zou kunnen ontstaan door rationeel en calculerend winstmaximaliserend gedrag, geeft hij aan dat veel normoverschrijdend gedrag voortkomt uit een lage sociale responsiviteit. Het gaat dan om in «zichzelf gekeerde» organisaties, in die zin dat de organisatie onvoldoende openstaat voor maatschappelijke verwachtingen en normen. Organisaties die deze trekken in extreme mate vertonen worden ook wel «autistische» organisaties genoemd.⁸⁹ Dit kan leiden tot strafbare nalatigheid en overtreding van normen, omdat men bijvoorbeeld maatschappelijke risico's onderschat of men onvoldoende doordrongen is van beschermde belangen en onvoldoende kennis aanwezig is van de betreffende regels.⁹⁰ Vervolgens geeft Van de Bunt aan, dat er twee belangrijke condities zijn die sociale responsiviteit in grote mate beïnvloeden en zodoende de kans op normoverschrijdend gedrag bepalen.⁹¹ De eerste conditie heeft betrekking op de wijze waarop de informatievoorziening in de organisatie is geregeld. In organisaties met een systeem van getrapte, hiërarchische controle dringt negatief of onwelgevallig nieuws betreffende de organisatie vanuit de samenleving maar in zeer beperkte mate tot in de hogere echelons door. De tweede conditie ziet op de binding van organisatieleden aan de organisatie. Van de Bunt geeft aan, dat een grotere vereenzelviging met de organisatie een lagere sociale responsiviteit tot gevolg heeft:

«Verstoken als zij zijn van tegendefinities, zal de eigen organisatorische kijk van leidinggevend met een grote vanzelfsprekendheid als enige juiste worden beschouwd, ook al wordt daarmee geweld aangedaan aan wat in het maatschappelijk als juist en betamelijk geldt».⁹²

De theorie van de sociale responsiviteit heeft uiteraard gevolgen voor de wijze waarop normoverschrijdend gedrag voorkomen en bestreden kan worden. De oplossing ligt dan ook niet in harde negatieve sancties, maar juist in de verhoging van de sociale responsiviteit. Er moet bewerkstelligd worden, dat organisaties de gevolgen, gevaren en risico's van hun handelen onder ogen zien en deze echt meewegen in de besluitvorming.⁹³

⁸⁴ Huisman, o.c. p. 154.

⁸⁵ Huisman, o.c. p. 155.

⁸⁶ H. G. van de Bunt, *Organisatiecriminaliteit*, Arnhem 1992, p. 19; zie ook noot 30.

⁸⁷ Van de Bunt, o.c. p. 20.

⁸⁸ Van de Bunt, l.c.

⁸⁹ Van de Bunt, o.c. p. 21.

⁹⁰ Van de Bunt, o.c. p. 21 en 22.

⁹¹ Van de Bunt, o.c. p. 22.

⁹² Van de Bunt, o.c. p. 23.

⁹³ Van de Bunt, l.c.

Van de Bunt merkt op dat dit bewerkstelligd kan worden door uitbreiding van de eigen aansprakelijkheid van de organisatie en het aanbrengen van veranderingen in informatievoorziening en besluitvorming. De theorie van de sociale responsiviteit heeft dus ook haar gevolgen aan de kant van de handhaving en regulering. Deze dienen volgens Van de Bunt immers een responsief karakter te krijgen. Bij de handhaving moeten alle betrokken belangen en overwegingen in de besluitvorming worden betrokken. Bij de regulering gaat het er om een duidelijke maatschappelijke norm te creëren, die niet als opgelegd en als onrecht wordt ervaren. Het zelfregulerend vermogen van de organisatie dient gestimuleerd te worden.⁹⁴

Van de Bunt heeft zich met zijn theorie van de sociale responsiviteit als verklaring voor organisatiecriminaliteit afgezet tegen de strain-, anomie- en rationele keuzetheorieën. Het handelen van organisaties wordt volgens hem niet altijd of niet alleen geleid door amorele en rationele overwegingen.⁹⁵ Hij verwijst in dit verband naar onderzoeken van March, Simon, Bovens en Jackall waarin de mate van rationaliteit van de organisatorische besluitvorming centraal stond. Hieruit blijkt dat de rationaliteit van de besluitvorming binnen organisaties sterk beperkt wordt doordat informatie, kennis en het vermogen deze adequaat te verwerken altijd in beperkte mate aanwezig zijn. *Binnen deze beperkingen* is er wellicht nog sprake van een rationeel handelen, hetgeen aangeduid wordt met de term «bounded rationality». Daarnaast zijn ook de omstandigheden waaronder beslissingen worden genomen vaak onzeker en wisselvallig.⁹⁶

Motieven en gelegenheden

De theorie van Coleman is gebaseerd op de hypothese, dat «criminal behaviour results from a coincidence of appropriate motivation and opportunity».⁹⁷ Een organisatie moet niet alleen normoverschrijdend gedrag *willen* plegen, maar zij moet het ook *kunnen*. Coleman definieert motieven als «a set of symbolic constructions defining certain kinds of goals and activities as appropriate and desirable and others as lacking those qualities»,⁹⁸ en gelegenheid als «a potential course of action, made possible by a particular set of social conditions, which has been symbolically incorporated into an actor's repertoire of behavioral possibilities».⁹⁹ Volgens hem zijn er twee bronnen die een motief voor normoverschrijdend gedrag kunnen vormen. De eerste is gebaseerd op de «interactionist theory» waarbij het motief wordt beschouwd als een «general symbolic construction of reality».¹⁰⁰ Coleman wijst er op dat neutralisatietechnieken (zie hfdst. II. 7) motieven opleveren voor het plegen van normoverschrijdend gedrag. Deze neutralisatietechnieken zien op de rechtvaardigende rationalisering, die door overtreders gebruikt wordt om hun daden te rechtvaardigen.¹⁰¹ In de «interactionist theory» is een dergelijke rationalisering niet «an after-the-fact excuse that someone invents to justify his or her behaviour but an integral part of the actors motivation for the act».¹⁰²

Voor de tweede bron van motieven voor het plegen van normoverschrijdend gedrag wijst Coleman op de «culture of competition», het feit dat het behalen van rijkdom en succes centrale doelen zijn geworden in het streven van de mens, hetgeen echter met de nodige onzekerheid en angst voor mislukking gepaard gaat.¹⁰³ Normoverschrijdend gedrag komt kort gezegd uit die «culture of competition» voort. Coleman geeft aan dat er een verband is tussen «normative restraints and the distribution of motivation». «Normative restraints» vinden we onder meer terug in «fair play», «ethical standards» en «the injunction to follow the laws and standards imposed by the government authority».¹⁰⁴ Het mag duidelijk zijn, dat bepaalde organisatiekenmerken, zoals cultuur en structuur, hierop

⁹⁴ Van de Bunt, o.c. p. 24 en 25.

⁹⁵ Van de Bunt, o.c. p. 15 en 16, en Huisman, o.c. p. 100.

⁹⁶ Van de Bunt, o.c. p. 17/19.

⁹⁷ J. W. Coleman, «Toward an integrated theory of white-collar crime», *AJS* jrg. 93 (1987) nr. 2, p. 408.

⁹⁸ Coleman, o.c. p. 409.

⁹⁹ Coleman, o.c. p. 409.

¹⁰⁰ Coleman, o.c. p. 410.

¹⁰¹ Huisman, o.c. p. 123 en 124.

¹⁰² Coleman, o.c. p. 411.

¹⁰³ Coleman, o.c. p. 416, en Huisman, o.c. p. 124.

¹⁰⁴ Coleman, o.c. p. 421

van grote invloed zijn. Vooral binnen de cultuur en ethiek van de organisatie treffen we dan ook normatieve belemmeringen aan.¹⁰⁵

Een belangrijk uitgangspunt in Colemans theorie is dat de voorgaande analyse van motivatie slechts van beperkte betekenis is, indien deze niet in de context word geplaatst van gelegenheden. Naast motivatie zal er namelijk ook een gelegenheid aanwezig moeten zijn om normoverschrijdend gedrag te kunnen plegen. Motivatie en gelegenheid zijn vaak sterk aan elkaar gebonden.¹⁰⁶ Er is dan ook een sterke gelijkenis met de zgn. gelegenheidstheorieën. Hierin wordt meer gekeken naar de situatie waarin de dader zich bevindt, dan naar de achtergrond van de dader. Een criminele gebeurtenis wordt dan gezien als het gecombineerde resultaat van de aanwezigheid van een gemotiveerde dader en de aanwezigheid van een doelwit en de afwezigheid van toezicht.¹⁰⁷ Volgens Coleman wordt de aantrekkelijkheid van gelegenheden door ten minste vier factoren bepaald:

«The first is the actor's perception of how great a gain he or she might expect to reap from the opportunity. Second is the perception of potential risks, such as the likelihood that a criminal act will be detected and the severity of sanctions that would be invoked if detection indeed occurs. The third factor is the compatibility of the opportunity with the ideas, rationalizations, and beliefs the individual actor already has. Finally, the evaluation of an illicit opportunity is made in comparison with the other opportunities of which the actor is aware and is therefore influenced by the actor's entire opportunity structure».¹⁰⁸

Het sociale controle systeem van een organisatie heeft derhalve een grote invloed op de aantrekkelijkheid van bepaald normoverschrijdend gedrag. Bepaalde typen van organisatiestructuren, zoals de «multidivisional organization», blijken normoverschrijdend gedrag te bevorderen. Verantwoordelijkheid wordt in dergelijke structuren sterk uiteen gesplitst om vervolgens over verschillende individuen verspreid te worden. Het gevaar is dat uiteindelijk niemand meer verantwoordelijkheid neemt voor de gevolgen van activiteiten die de organisatie heeft ontplooid.¹⁰⁹ Op basis van Colemans model kan men veronderstellen, dat variaties in normoverschrijdend gedrag samenhangen met de distributie van motieven en gelegenheden. Deze motieven en gelegenheden hangen bij organisatiecriminaliteit veelal samen met de aard van de organisatie. De in de vorige paragrafen besproken organisatiekenmerken beïnvloeden derhalve in sterke mate het willen en kunnen plegen van normoverschrijdend gedrag. Zij leveren de motieven en gelegenheden voor het plegen van normoverschrijdend gedrag.¹¹⁰

Het model van Shover en Bryant

Shover en Bryant kozen voor een meer integrale benadering door uit verschillende theorieën essentiële aspecten te verzamelen om die vervolgens in een nieuw theoretisch kader te plaatsen; zo wilden zij verduidelijken hoe ieder aspect bijdraagt aan «the level of corporate crime or to criminal decision making».¹¹¹ Zij merken op dat de meeste theorieën slecht twee vragen omtrent organisatiecriminaliteit beantwoorden. Ten eerste zijn er de theorieën, die tijdelijke en plaatselijke verschillen in organisatiecriminaliteit verklaren door condities aan te geven waaronder meer of minder delicten worden gepleegd. Volgens Shover en Bryant zoeken deze theorieën de verklaring vooral op het «aggregate-level», het niveau van de branche of de bedrijfstak. Ten tweede zijn er de theorieën, die de aandacht richten op het verschil in de mate van regelnaleving door individuele ondernemingen. Deze theorieën zoeken de verklaring vooral

¹⁰⁵ Coleman, o.c. p. 422.

¹⁰⁶ Coleman, o.c. p. 424.

¹⁰⁷ Huisman, o.c. p. 125.

¹⁰⁸ Coleman, o.c. p. 424.

¹⁰⁹ Coleman, o.c. p. 431 en 432.

¹¹⁰ Huisman, o.c. p. 126.

¹¹¹ Huisman, o.c. p. 128.

op het «firm-level», het niveau van de betreffende onderneming zelf.¹¹² Door Shover en Bryant worden op het «aggregate-level» vijf groepen factoren onderscheiden die een gelegenheidsstructuur vormen: (1) het overheidsbeleid ten aanzien van de branche, (2) de branchestructuur, (3) de onzekerheid binnen de branche, (4) de branchecultuur en (5) de handhavingstijl.¹¹³ Op het «firm-level» worden vier soorten bedrijfsmerken onderscheiden, die van invloed zijn op de vraag of ondernemingen gebruik zullen maken van criminogene gelegenheidsfactoren, die op het «aggregate-level» worden geboden: (1) de structurele en procedurele complexiteit van de organisatie, (2) mate van prestatiedruk op het personeel, (3) de geschatte negatieve consequenties van crimineel gedrag, (4) en de bedrijfscultuur.¹¹⁴ Uit deze opsomming blijkt wederom, dat organisatiekenmerken van grote invloed zijn op de totstandkoming van normoverschrijdend gedrag.

Wij hebben veel aandacht besteed aan het andersoortige van organisatie-criminologisch werk; de organisatie-criminologie is betrekkelijk jong, en zeker theoretisch staat zij nog in de kinderschoenen. Eigen theorieën zijn er te weinig. Toch kan men ook met de klassieke theorieën op dit terrein enigszins uit de voeten, omdat vaak het bedrijf als een aanspreekbare persoon wordt voorgesteld, zeker bij de zwaardere vergrijpen, en waar de meeste theorieën slaan op het achteraf interpreteren van waarom de zaken gingen zoals ze gingen.

Zo zocht Sutherland het in leertheorieën, de verkeerde vrienden theorie¹¹⁵. Dat is in wezen een individualistische psychologie van afkijken bij anderen, meedoen en later alleen durven doorgaan. Naar de bouwsector vertaald was dat het argument «ik moest wel meedoen; iedereen deed het.» Maar men wist dat men fout zat. Het is in feite een heel basale sociaal psychologische neutralisatie theorie. Die waren er meer en worden hierna afzonderlijk behandeld als dimensies van de cognitieve dissonantie-theorie van Festinger.¹¹⁶

Een ook aanverwante theorie is de gelegenheidstheorie.¹¹⁷ Waar een overheid zwak controleert mag blijkbaar meer dan waar streng wordt gecontroleerd. Maar controle is een complex begrip. Wat is toegestaan en wat is foute reclame? Men probeert het maar eens uit. Wordt het afgekeurd dan zoekt men toch iets anders. Wat is toegestaan en foute samenwerking? Men probeert het maar eens uit en loopt het mis dan gaat men toch gewoon stiekem samenwerken. De gelegenheidstheorie heeft in feite een hoog «blijkbaar» gehalte. Niet de letter van de wet maar de realiteit van de controle bepaalt waar de grenzen liggen.

Een variant hierop is de sociale controle-theorie.¹¹⁸ Sociale controle slaat op een breder veld dan alleen dat van de overheidsinspecties; dit slaat op reputaties, goede naam. Dat is een precaire grootheid voor ondernemingen. Een naam bouw je op, die zet je niet zomaar neer. Een goede naam staat voor degelijkheid en kwaliteit en daarmee vaak ook voor continuïteit. De sociale controle-theorie legt in wezen uit waarom de meeste bedrijven juist niet afglijden in illegaal gedrag, want de anti-reclame die dat oplevert kan juist die goede naam te niet doen.

Maar het omgekeerde zou wel eens op kunnen gaan voor de bouwrijverheid. Als men al niet zo'n goede naam heeft, dan is de drempel om zo nu en dan iets onregelmatig te doen veel minder hoog. Dat is ook wat de stigmatiseringstheorieën zeggen.¹¹⁹ Heb je eenmaal een slechte reputatie, dan is de kans groot dat je je daarnaar gaat gedragen.

Een bijzondere verklaringstheorie achter een bepaald soort illegaliteiten is de cultuurconflict-theorie van Sellin.¹²⁰ Hij gaat uit van gemengde samenlevingen waarin meer en minder dominante culturen botsen, en een expressie van die botsing kan ook gaan richting illegaal gedrag.

¹¹² Huisman, I.c.

¹¹³ Huisman, I.c.

¹¹⁴ Huisman, o.c. p. 129.

¹¹⁵ Officieel heet dit de «differential association theory», waarvan inderdaad de harde kern de klassieke leertheorie is van het type Skinner en als zodanig geldt deze theorie in wezen voor elke gedragsoort. Dat sommige praktijken fout zijn, wordt gewogen in de communicatie met anderen, collegae. Als die iets (illegals) doen, durven, dan durft de betrokkene het ook; zeker als er economisch gewin achter ligt als beloning. Het weten van het gedrag van die anderen werkt als accepteerbare rationalisatie in termen van het eigen geweten. Later kan deze «volgeling» zelf leider, lees voorbeeld voor anderen worden. Dan nog zal hij zich achteraf rechtvaardigen met: ze doen het allemaal. In actueel taal gebruik: «moet kunnen». De leertheoretische verklaring zegt dus weinig over de impact van het (im)morele gehalte van de overtreding. Als maar genoeg mensen het doen dan is daarmee elk incident van deze dader (op individueel niveau) verklaard. Sutherland dacht hierbij uitsluitend aan de leidinggevend in bedrijven, en hield hen ook voor alle bedrijfszondes verantwoordelijk. Sutherland, 1949/1984, o.c. dl. IV. Zie ook G. Bruinsma, *Criminaliteit als sociaal leerproces. Een toetsing van de differentiële associatie theorie van K. D. Opp*, Arnhem 1985.

¹¹⁶ L. Festinger, *A Theory of Cognitive Dissonance*, Chicago. Zie ook hfdst. II. 10, over neutralisaties.

¹¹⁷ Daar zijn vele varianten van, binnen de criminologie. Wij schetsen hier slechts de meest «platte».

¹¹⁹ T. Hirschi, *Causes of Delinquency*, Berkeley 1969.

¹¹⁹ Hier zijn veel meer auteurs tenoemen. We beperken ons tot e. Goffman, *Stigma*, Englewood Cliffs 1963; en H. Becker, *Outsider. Studies in the sociology of deviance*, Nwe York 1963.

¹²⁰ T. Sellin, *Culture Conflict and Crime*, New York 1938.

Toegepast op de bouwwereld zou dit betekenen dat die bouwwereld zich inferieur voelt ten opzichte van meer geregelde vormen van arbeid, en daarom denkt men het met de regels ook niet zo nauw te hoeven nemen. In feite hebben we het dan toch weer over dat imago van de branche als verklaring.

Dat geldt ook voor de subcultuur-theorie, die illegaal gedrag – ook van bedrijven – verklaart uit een soort minderwaardigheidscomplex en een «zich afzetten tegen». De bouwwereld is zeker een eigen wereld, een eigen subcultuur, en daaruit kan men bij illegaal gedrag van het bedrijf, achteraf wellicht argumenten vinden die ook zo geduid kunnen worden. Het eigen wereld karakter in de bouw is inderdaad hoog, en men hanteert ook eigen spelregels die soms boven «state law» uit gaan.

Tenslotte noemen we de rationele keuze-theorie.¹²¹ We behandelden hem hierboven als een organisatiecriminologische theorie maar ook in de algemene criminologie speelt hij een rol.

Hiermee zijn we terug bij de eerst genoemde basale sociaal psychologische verklaringen, en is de kernvraag: zijn we rationele of rationaliserende wezens? De economen menen het eerste, criminologen neigen meer naar het tweede antwoord, nog los van de vraag of daarmee het gedrag van organisaties verklaard kan worden.

De theorie van Braithwaite

Volgens Braithwaite is het mogelijk om traditionele criminologie zo te reconstrueren, dat zij – als men de theorieën naast elkaar zet en eclectisch interpreteert – ter verklaring van organisatiecriminaliteit aangewend kan worden. Braithwaite behandelt hiertoe theorieën, zoals «opportunity theory», «subcultural theory», «differential shaming» en «control theory». Hij komt vervolgens tot dertien stellingen, die kunnen dienen als basis voor een «theory of organisational crime».¹²² Braithwaite geeft aan dat organisatiecriminaliteit eerder voor zal komen, indien er voor een organisatie weinig rechtmatige gelegenheden aanwezig zijn, die verwezenlijking van de gestelde doelen mogelijk maken. Ook zal organisatiecriminaliteit eerder voorkomen, indien er ter verwezenlijking van die organisatiedoelen, juist onrechtmatige gelegenheden aanwezig zijn. Braithwaite wijst vervolgens op het feit, dat de «blockage of legitimate opportunities» het ontstaan van een subcultuur binnen de betreffende organisatie bevordert.¹²³ Dergelijke subculturen kunnen de morele verbintenis met de wet «neutraliseren», hetgeen de kans op normoverschrijdend gedrag wederom vergroot.¹²⁴ De kans op organisatiecriminaliteit zal nog meer toenemen, indien «organizational actors are morally isolated in sealed domains of responsibility and when ignorance is built into organizational communication».¹²⁵ De kans op organisatiecriminaliteit zal volgens Braithwaite daarentegen afnemen, wanneer «compliance with the law is everybody's responsibility within the corporate culture, when the organization is full of antennas, and when accountability mechanisms make it known widely within the organization that certain individuals or subunits have been responsible for a crime».¹²⁶ Met betrekking tot «subcultural theory», «differential shaming» en «control theory» komt Braithwaite tot interessante ontdekkingen. Zo wijst hij op het feit, dat binnen een organisaties een subcultuur van «resistance» kan gaan heersen. Binnen die organisaties zal «intra-organizational shaming» goed functioneren. Het is evenwel zeer waarschijnlijk dat het «shaming»- proces averechts gaat werken, in die zin dat eerder diegene die zich aan de regels houden zich zullen schamen. Vooral zij die het spel niet spelen of de klok luiden zullen in zo'n omgeving het voorwerp van de «intra-organizational shaming» worden. «Intra-organizational controls» die normaal goed functioneren kunnen, indien er zo'n subcul-

¹²¹ E. Kleemans, 2001, «Rationele keuzebepalingen», in Lissenberg e.a. (red), *Tegen de Regels IV. Een inleiding in de criminologie*, Nijmegen 2001, p. 153/170.

¹²² J. Braithwaite, «Criminological theory and organizational crime», *Justice Quarterly* jrg. 6 (1989) p. 333 e.v.

¹²³ Braithwaite, o.c. p. 338 en 339.

¹²⁴ Braithwaite, o.c. p. 346.

¹²⁵ Braithwaite, o.c. p. 352.

¹²⁶ Braithwaite, o.c. p. 352.

tuur van «resistance» ontstaat, dus averechts gaan werken.¹²⁷ Verder geeft Braithwaite aan, dat binnen criminogene organisaties veel verschillende subculturen voorkomen. Wat zij echter gemeen lijken te hebben is «concerted ignorance». Daarmee wordt bedoeld dat «both superordinates and subordinates and insiders and outsiders have common interest in limiting the knowledge each obtains about the other. In what are often quite tacit ways, bargains are struck as to what each will require the other to know».¹²⁸

Shapiro en de «social organisation of trust»

Shapiro keek naar de verschillende niveau's van verleiding en gelegenheid binnen grote complexe ondernemingen, waarin allerlei figuren rollen invullen, die elk hun eigen normering kennen. Fraude kan overal in de organisatie voorkomen, maar de plaats en functie binnen de organisatie maken wel wat uit, nog los van de omvang. Zij onderzocht in wezen de «social organization of trust», en hoe dat vertrouwen onevenredig verdeeld is over en rond zo'n organisatie. Zij stelde dat de aard van de rollen die mensen spelen in organisaties bij het overtreden vaak belangrijker is dan hun psychologische of sociale status.

«It is time to integrate the «white collar» offenders into mainstream scholarship by looking beyond the perpetrators' wardrobe and social characteristics and exploring the modus operandi of their misdeeds and the ways in which they establish and exploit trust».¹²⁹

De universaliteit van de «principal – agent» relatie maakt dat niet alleen binnen het concern maar ook naar buiten toe, allerlei vertrouwensdimensies spelen; naar de banken en aandeelhouders, naar de advocaten, accountants, computer experts etc. Zij vragen het nodige vertrouwen en discretie, het bedrijf geeft ze dat ook, maar daar ligt ook een mogelijkheid tot misbruik. Hoe verder de *agent* van de *principal* staat, hoe meer vertrouwen gegeven wordt, maar ook hoe groter het risico wordt op misbruik. Vertrouwen valt hier samen met minder controle; de «Barings Bank» casus was niet het enige voorbeeld dat door *een agent* een bedrijf ten gronde werd gericht. Te weinig controle, te veel vertrouwen kan grote risico's inhouden.

II.7 Neutralisaties

Onder neutralisaties verstaat men in de criminologie de zelfrechtvaardigingsargumenten die daders hanteren om achteraf hun gedrag te legitimeren. Het klassieke overzicht is van Sykes en Matza,¹³⁰ en bestaat uit een vijftal stellingen:

- «denial of injury»
- «denial of the victim»
- «denial of responsibility»
- «condemnation of the condemners»
- «appeal to higher loyalties».

Op het eerste gezicht zou men denken dat deze argumenten bij organisatiecriminaliteit minder toepasbaar zijn; dit is immers vooral toegepaste cognitieve dissonantie psychologie¹³¹ («iedereen doet het toch, ik dacht dat wat ik deed geen kwaad kon»; «ik dacht dat ik niemand kwaad deed»; «het is geheel buiten mijn schuld gebeurd»; «men heeft mij er met opzet in geluisd», en «ik kon niet anders»). Kortom een «selfdefence» logica die juist natuurlijke personen hanteren, om een kloppend mens- en wereldbeeld te houden. Toch leren de vele breedtestudies uit de organisatie-criminologie hoe «geïndividualiseerd» ook organisaties in dit opzicht

¹²⁷ Braithwaite, o.c. p. 348.

¹²⁸ Braithwaite, o.c. p. 350.

¹²⁹ S. P. Shapiro, 1990, «Collaring the Crime, not the criminal: reconsidering the concept of white collar crime», *American Sociological Review* jrg. 55 p. 363

¹³⁰ G. Sykes en D. Matza, 1957, «Techniques of neutralization: A Theory of delinquency», *American Sociological Review* 1957 p. 664/670.

¹³¹ L. Festinger, *A Theory of Cognitive Dissonance*, Stanford 1957.

redeneren, alsof men een eigen psyche heeft. Sterker, interviewt men een «gewone» inbreker of dief die gepakt is, dan zal die dit soort zelfrechtvaardigingen wel hanteren maar eraan toevoegen dat hij achteraf wel inziet dat het heel dom was enz. Bij organisaties ontbreekt vaak zo'n inzicht, of men krijgt het niet over de lippen.

«Iedereen doet het, wij dachten dat wat wij deden geen kwaad kon»

Dit is de meest basale en meest gehanteerde rechtvaardiging. Wat de concurrent mag, mogen wij ook. Als marktpartij let men inderdaad sterk op concurrenten. En waar de markt Europeaniseert zal men de normering ook op dat niveau zoeken («want anders kunnen we niet concurreren meedoen»). Het gevolg is dat die norm afzwakt tot de praktijken van de zwakste concurrent. Zo zagen we hoe het probleem van de koppelbazen in de zestiger jaren van de vorige eeuw binnen korte tijd uitgroeide tot een internationaal probleem, dat pas beheersbaar werd toen er op Europees niveau naar een oplossing werd gezocht.¹³²

«Ik dacht dat ik niemand kwaad deed»

Deze zelfrechtvaardiging slaat op het afwezig zichtbare slachtoffer. Bij delicten in de economische sfeer vloeit inderdaad zelden bloed, maar slachtoffers zijn er wel degelijk. We denken hier niet alleen aan de publieke zaak, de publieke middelen, maar ook aan consumenten of concurrenten die vaak slachtoffer zijn van organisatiecriminaliteit. Soms is het slachtoffer de eigen markt. Men kan via illegale praktijken markten compleet verzieken. Zo heeft het Oostenrijkse wijnschandaal uit begin jaren tachtig de eigen wijnhandel voor jaren bedorven.

«Het is geheel buiten mijn schuld gebeurd, ik kon er niets aan doen»

Organisaties hebben geen psyche en dus nooit schuld, schreef Stone,¹³³ maar dat bedoelde hij overdrachtelijk. Voor hem hadden organisaties in de fout juist altijd schuld. Schuld afschuiven kan overigens op veel manieren gebeuren. In de bouwwereld kan men schuld nivelleren, want wat men fout doet, doet men meestal in commissie fout; men werkt met dezelfde onderaannemers en met dezelfde geschreven maar vooral ook «ongeschreven» spelregels.

«Ze hebben ons er met opzet in geluisd»

De schuld wordt dikwijls gelegd bij de inspecties en de daarvoor verantwoordelijke overheden zelf. Zowel de stijl van controleren als de daar achter liggende regelgeving kunnen het mikpunt worden.

«We moesten wel, we konden niet anders, het was overmacht»

Dit is het argument van de hogere loyaliteit, bijv. met de werkgelegenheid. Het klinkt wel vaak, maar legitimeert daarom nog niet. Klassiek voorbeeld is het geval van de Pinto van Ford, die moest concurreren met Volkswagen; door de eisen die Ford stelde aan prijs en gewicht werd een auto ontwikkeld die extreem gevaarlijk was. Ford werd veroordeeld voor de dood van meer dan 500 verkeersslachtoffers en moest de auto uit productie nemen.¹³⁴

Over het algemeen kan men zeggen dat de neutralisaties status hebben voor iedereen, niet alleen in een specifiek criminologische context. Ook bij ongelukken op school, op het werk of in het verkeer worden ze gehanteerd.

¹³² C. H. Brants/K. L. K. Brants, *De sociale constructie van fraude*, Arnhem 1992; zie ook de bespreking door J. M. Reijntjes in *Recht en Kritiek* 1992 p. 180/185.

¹³³ C. Stone, *Where the law ends*, New York 1975.

¹³⁴ M. Dowie, «Pinto Madness» in J. Skolnick/E. Currie (red), *Crisis in American Institutions*, Boston 1979, p. 4/29; zie ook H. van de Bunt, *Organisatiecriminaliteit*, Arnhem 1992.

II.8 De bouwnijverheid; van georganiseerde misdaad naar organisatiecriminaliteit

Er werd eerder onderzoek gedaan naar onregelmatigheden in de Nederlandse bouwwereld. Hier worden twee publicaties besproken. De auteurs waren naar iets verschillends op zoek, en kwamen daardoor tot uiteenlopende bevindingen.

De commissie-van Traa en de bouwnijverheid

Op verzoek van de Parlementaire Enquêtecommissie Opsporingsmethoden is onderzoek gedaan naar een negental branches in Nederland en hun mogelijke verwevenheid met de georganiseerde misdaad. Daarbij werden twee soorten verwevenheid onderscheiden: een parasitaire relatie, waarin de bedrijven slachtoffer zijn en uitsluitend de georganiseerde misdaad profiteert, en een symbiotische relatie, waarin beide partijen voordeel trekken uit illegale praktijken.¹³⁵ Ook de bouwwereld werd aan die lakmoesproef onderworpen, want zij had een slechte reputatie.¹³⁶ De literatuur kende voorbeelden van verwevenheid in beide vormen in landen als de Verenigde Staten,¹³⁷ Italië¹³⁸ en Japan;¹³⁹ dus waarom niet in Nederland?

Het verslag van het onderzoek, uitgevoerd door de criminoloog G. Bruinsma, is te vinden in de bijlagen van het rapport *Inzake opsporing*.¹⁴⁰ Het bevat veel gegevens omtrent de Nederlandse bouw.¹⁴¹

We kunnen vooraf al verklappen dat het onderzoek in de Nederlandse bouwwereld geen verwevenheid met de georganiseerde misdaad blootlegde. Deels lag dat aan de probleemstelling; de onderzoekers legden een strikte scheiding tussen de onderwereld en de criminaliteit van de «bovenwereld». Volgens anderen is die grens veel vager; P. van Duyne spreekt zelfs consequent van «misdadondernemingen», zonder onderscheid te maken tussen organisatiecriminaliteit en georganiseerde criminaliteit. Deels lag het ook aan de buitenlandse voorbeelden.

¹³⁵ Op het voetspoor van F.T. Martens; zie G. Bruinsma/F. Bovenkerk, «Branches», in: «Inzake opsporing», *Kamerstukken II 1995/96*, 24 072 nr. 18 p. 2.

¹³⁶ J. M. Verheul, «Het koppelbazenwezen. Van ronselarij tot arbeidsmaffia», in C. Berghuis e.a. (red) *Wittenboordencriminaliteit*, Nijmegen 1984 p. 167/188.

¹³⁷ New York State Organized Crime Task Force, *Corruption and racketeering in the New York construction industry*, New York 1990.

¹³⁸ P. Arlacchi, *Leven in de mafia*, Amsterdam 1993.

¹³⁹ B. Woodall, *Japan under Construction: Corruption, Politics and Public Works*, Berkeley 1996.

¹⁴⁰ *Kamerstukken II 1995/96*, 24 072 nr. 18 p. 209/260.

¹⁴¹ Zie bijv. p. 226/229, over de structuur en organisatie van de bouwnijverheid en over het bouwproces.

¹⁴² Bruinsma p. 218.

¹⁴³ L.c.

¹⁴⁴ O.c. p. 219

¹⁴⁵ O.c. p. 224.

Zo kan men lezen: «Via zijn gesprekken met *pentito* Calderone concludeerde Arlacchi dat Calderonese mafiafamilies greep hebben op vrijwel alle aanbestedingen en bouwactiviteiten in Sicilië»;¹⁴² «In Japan schatten politiedeskundigen dat Yakuzagroepen ten minste 2 à 4 procent van de totale omzet in de gehele bouwnijverheid opstrijken»;¹⁴³ «in België heeft de zaak Bongiorno – Steiner laten zien dat ook daar de Italiaanse mafia zich een plaats in de bouwnijverheid heeft verworven. In de streek van Bergen – La Louvière – Namen in het milieu van Italiaanse immigranten waren op het eind van de jaren tachtig en in de beginjaren negentig Italiaanse koppelbazen actief, waarvan Carmelo Bongiorno de grootste was. Zij hadden soms wel 18 000 bouwvakkers in dienst en per jaar werd ongeveer Bfr. 27 miljard schade door de Belgische staat geleden aan gemiste belastingafdrachten en niet betaalde sociale premies». ¹⁴⁴

De onderzoekers refereerden aan situaties in de Verenigde Staten en Frankrijk. Tegen deze achtergrond keken zij naar de Nederlandse bouwnijverheid. Hun onderzoeksvragen waren:¹⁴⁵

1. in hoeverre de organisatie en structuur van de bouwnijverheid in Nederland lijken op die in New York.
2. of afpersing, brandstichting, bommeldingen en bomaanslagen, diefstal van bouw materiaal op grote schaal, geweld tegen en ontvoeringen en liquidaties van aannemers en vakbondsvertegenwoordigers in de bouwnijverheid gebeuren.
3. of op grote schaal fraudes worden gepleegd, gelden verdwijnen.

4. of koppelbazerij bestaat.
5. of veel faillissementen plaats vinden.
6. of het gebruikelijk is protectiegelden te betalen.
7. of op grote schaal corruptie plaats vindt van private en publieke opdrachtgevers bij aanbestedingen.
8. of bekende buitenlandse criminele groeperingen in de bouwnijverheid zijn aangetroffen door opsporings- en controle instanties in Nederland of door andere bronnen zijn beschreven.

Gezamenlijk moesten deze indicatoren houvast geven over de aanwezigheid van georganiseerde criminaliteit in de bouwnijverheid. Interne criminaliteit, met name diefstal van materiaal, bleek een inherent probleem te zijn, maar men gaf bij «slachtofferenquêtes» lagere cijfers op dan de horeca, de transportwereld of de autohandel.¹⁴⁶ Geweld, ontvoeringen, liquidaties, bomaanslagen, brandstichtingen en afpersingen kwamen niet voor. Noch werkgevers noch werknemersorganisaties waren bekend met intimidaties. Ja, een enkeling was wel eens bedreigd (4% in 1988 en 1% in 1992), maar dat had niets met mafia van doen, dat waren boze klanten.¹⁴⁷

Dan stapt men over naar de organisatiecriminaliteit. «Dezelfde eigenschappen die de bouwnijverheid gevoelig maken voor de georganiseerde misdaad (namelijk de aard van de uit te voeren werkzaamheden), maken haar ook gevoelig voor het plegen van fraudes door eigenaren van bouwbedrijven. De bouwnijverheid is om die reden al jaren door controle instanties (...) als een van de meest fraudegevoelige economische bedrijfstakken in Nederland gekenschetst.»¹⁴⁸ Die fraudegevoeligheid lijkt echter ook te maken te hebben met de lage opleidingseisen en – mede in verband daarmee – de toegankelijkheid van de branche voor nieuwe ondernemers. Bovendien maakt de omstandigheid, dat telkens op andere plekken wordt gebouwd, fraude gemakkelijker: vaak zijn sporen achteraf niet terug te vinden. De bouw heeft bovendien jarenlang een praktijk gekend waarbij grotere, «bonafide», bouwers welbewust gebruik maakten van malafide onderaannemers en koppelbazen die door geen of onvoldoende belasting en premies af te dragen in staat bleken extreem lage prijzen te rekenen, door het betalen van zwarte lonen goede arbeidskrachten wisten aan te trekken en bovendien een grote mate van flexibiliteit boden. Bonafide onderaannemers werden uit de markt gedrukt, waardoor vooral de lagere segmenten daarvan verpauperden.

Bruinsma steunde vooral op het werk van Houwen en Kempkes, die onderzoek deden voor de Sociale Verzekeringsraad.¹⁴⁹ Zie nader hfdst. IV.5. Werkgeversfraude omschreven zij als «het door een natuurlijke of rechtspersoon opzettelijk niet voldoen aan de op hem rustende verplichtingen met als vooropgesteld doel om geen, of in onvoldoende mate, over het loon te heffen loonbelasting en premies (werknemers- en volksverzekeringen) aan bedrijfsverzekering en/of Belastingdienst af te dragen».¹⁵⁰ De in deze definitie aangegeven verplichtingen omvatten volgens de wet het inschrijven bij een bedrijfsvereniging en het zich aanmelden bij de Belastingdienst als ondernemer. Verder bestaan er voor de werkgever informatie-, medewerkings- en betalingsverplichtingen ten opzichte van deze instanties. In het bijzonder om de koppelbazen en malafide onderaannemers een halt toe te roepen zijn drie wetten ingevoerd:

- de Wet ketenaansprakelijkheid (1982, aangescherpt in 1991)
- de Wet bestuursaansprakelijkheid (1987)
- de Wet bestuursaansprakelijkheid bij faillissement (1987)

Deze wetten bleken voldoende effectief,¹⁵¹ al signaleerden de onderzoekers dat begin jaren negentig in de grensstreken opnieuw koppelbazen opdoken; zij associeerden die echter meteen met de eigen onderzoeksopdracht: «Alle koppelbazen onderhouden sterke betrekkingen met de onderwereld van de steden waarin zij actief zijn of maken daar

¹⁴⁶ Achttien van de 129 geënquêteerde bedrijven; o.c. p. 232.

¹⁴⁷ O. c. p. 233/234.

¹⁴⁸ O.c. p. 235.

¹⁴⁹ R. J. Houwen/P. A. M. G. Kempkes, *Een kwestie van aanpakken. Deskundigen over fraude door werkgevers met loongerelateerde premies en belastingen*, Zoetermeer 1993.

¹⁵⁰ O.c. p. 14.

¹⁵¹ Zie ook E. Verhey, «Nederlandse koppelbazen ontdekken de Duitse markt», *Vrij Nederland* 05.08.1995 p. 20/21.

De Vriendenrepubliek

Eind 1996 verscheen het boek van Joep Dohmen, *De vriendenrepubliek*.¹⁵³ Ook hier veel verhalen over de bouwwereld en wat daar allemaal illegaal kan gaan. Nu worden voor het eerst in ons land bouwschandalen vooral als netwerkcriminaliteit geportretteerd. Eerder hadden Killian¹⁵⁴ en Müller¹⁵⁵ in Duitsland daarover geschreven, maar zij legden het accent bij regelrechte omkering door bedrijven aan het begin of aan het eind van procedures.

Wat Dohmens boek belangwekkend maakt is dat het het veel verfijndere «netwerken» achter de bouwwereld zichtbaar maakt. Het provinciehuis stond open voor de grote aannemers. Men kende elkaar door en door, zowel op ambtelijk als op politiek niveau.

Limburg werd in de jaren zeventig volgebouwd. Ten noorden van de autoweg Sittard–Aken groeide een aaneengesloten urbane regio met 300 000 inwoners. Steden als Landgraaf, Brunssum, Heerlen en Kerkrade gaan naadloos in elkaar over. Voeg daarbij het achterland van Aken en Hetzogenrath, met 500 000 inwoners dat net onder Kerkrade begint, en men krijgt enig idee van wat de toerist die Zuid Limburg bezoekt veelal niet ziet. Die vertoeft ten zuiden van de autoweg en geniet van zijn heuveltjes en dalen.

Dat volbouwen gebeurde uitsluitend door Limburgse bouwers en veelal met geld van de overheid. Dat geld was deels bedoeld als herstel-investeringen in ruil voor de gesloten staatsmijnen. Daarom mocht de provincie het ook mee verdelen. Dohmen maakte echter duidelijk hoe in feite een kleine groep grote aannemers de markt beheersten, in nauw samenspel met de politiek/ambtelijke elite. Smeergeld speelde een rol. Vooroverleg en prijsafspraken werden normaal gevonden door de bouwers, in het provinciehuis (dat daar overigens Gouvernement genoemd wordt) én in het gemeentehuis van Maastricht.

De voorzitter van de Nederlandse Vereniging van Wegenbouwers verklaarde plechtig dat de in Limburg geconstateerde aftrekposten wegens smeergeld (tot f 30 000 per geval) incidenten waren.

«Ik kan met de hand op mijn hart verzekeren dat zaken, waar het nu over gaat, nergens in Nederland spelen, met uitzondering van een enkel incident. Dit incident speelt zich nu per ongeluk af in Limburg».¹⁵⁶

¹⁵² O.c. p. 249.

¹⁵³ J. Dohmen, *De Vriendenrepubliek. Limburgse kringen*, Nijmegen 1996. Het is deels een bewerking van een reeks artikelen uit 1992–1996 in Dagblad de Limburger, veelal van de hand van Henk Langenberg en Joep Dohmen samen.

¹⁵⁴ G. Kilian, «Korruption im bauwesen, oder: Mafiose Praktiken in Perfektion», *Kriminalistik* 1994 p. 249/254. Zie in dit verband ook Verhey, l.c.

¹⁵⁵ U. Müller, «Korruption in de öffentliche Verwaltung. Typologie und Schaden im Baubereich», *Kriminalistik* 1993 p. 509/516.

¹⁵⁶ Dohmen, o.c. p. 161. Dohmen bestrijdt dit en voegt er overigens zelf aan toe dat dit probleem volgens zijn materiaal al dertig jaar speelt.

Dohmen gaf al indicaties dat het ook buiten Limburg voorkwam. De huidige casuïstiek lijkt hem daarin – zes jaar later – gelijk te geven.

II.9 Over fraude, collusie en corruptie, in het bijzonder in de bouw

Er zit in de organisatiecriminologie een soort verbredingsspiraal. Van individu naar organisatie, van organisatie naar branche, en de branche bemoeit zich weer met regelgeving en handhaving. In het inleidend hoofdstuk is dat in algemene termen aangegeven. Hier willen we meer specifiek naar de Nederlandse ondernemings- en waar het kan naar de bouwwereld kijken.

Historie

Lange tijd kwam de werkgeverscriminaliteit niet voor op de criminologische agenda. Dat duurde tot in de jaren zestig. Belangrijk feit op dat terrein was het faillissement van het bankiershuis Teixeira de Mattos in 66/67, waarbij de enige vennoot is veroordeeld tot drie jaar gevangenisstraf wegens oplichting en verduistering; verder is noemenswaard de discussie over niet ambtelijke corruptie.¹⁵⁷ Dat laatste was een groeiend probleem geworden, wat had geleid tot wetswijziging. Fiscaal liet men echter ruimte om «smeergeld» aftrekbaar te houden; daarom kon worden volgehouden dat het ging om symboolwetgeving.

De jaren zeventig waren deels van hetzelfde laken een pak, met dit verschil dat men van steunfraude, belastingfraude en uitkeringsfraude meer werk maakte. Er werd vaker over gesproken, de media waren er niet meer bang voor, in tegendeel, soms doken ze op nieuwe zaken. Het grootste schandaal was zeker de Lockheed affaire, waar bleek dat prins Bernhard openstond voor het accepteren van smeergeld.¹⁵⁸

In 1978 is de ISMO stuurgroep ingesteld om iets te doen aan de koppelbazen en misbruikproblematiek in het algemeen en in 1980 verscheen het rapport van Bijsterveld over de belastingfraude, wat door de media vertaald werd in de kop: «Eén op de drie Nederlanders fraudeerde de afgelopen vijf jaar».¹⁵⁹ De Zwolsman-zaak¹⁶⁰ speelt midden jaren zeventig, net als de affaire-Nollen.¹⁶¹

Begin jaren tachtig raakte het debat in een stroomversnelling¹⁶². De Wet Ketenaansprakelijkheid uit 1982 trachtte de koppelbazerij met achterliggende misbruiken in te perken en (achteraf) met succes.

Naast de bouw kwamen de bankwereld, de afvalverwerkende industrie en de overheid zelf in meer verdachte reuk te staan. De RSV werd op 9 februari 1983 surséance van betaling verleend. Waar ooit 30 000 man werkten restte nu het frustrerende terugkijken ondanks miljoenen overheidssteun.¹⁶³ Allerlei voetbalclubs bleken al dan niet in deals met banken te sjoemelen. OGEM ging failliet, de woorden «doorstart» en «sterfhuisconstructie» werden uitgevonden. Barend en van Dorp deden voor Vrij Nederland het faillissement van de Tilburgse Hypotheekbank en toonden aan hoe allerlei controle instanties niet of niet goed werkten, inclusief de Nederlandsche Bank.

Op 19 augustus 1986 verscheen in De Volkskrant op de voorpagina een artikel waarin gesteld werd dat het Rijk grote bedragen te veel aan subsidies zou hebben betaald voor woningbouwprojecten van het Algemeen Burgerlijk Pensioenfonds. De ABP zaak was geboren.¹⁶⁴ Die zaak heeft uiteindelijk de rechter gehaald maar was tegelijk een leercasus van het type: zo moeten we het dus in de toekomst niet meer doen. Koud twee maanden later meldde de NRC op 18 oktober 1986 dat ambtenaren van het ministerie van Landbouw al sinds 1976 hadden toegestaan dat visafslagen dubbele boekhoudingen mochten voeren.¹⁶⁵

Kortom, ook het publiek kreeg door dat de rol van de overheid bij dat groeiend aantal zaken niet louter passief was. Er was meer aan de hand, de overheid was niet alleen slachtoffer.

De tijd werd rijp dat men de overheid ook als (mede)dader ging zien, wat de meest typische verbreding was van de negentiger jaren: de Pikmeer arresten en het WODC-onderzoek van Van den Berg naar *De markt van misdaad en milieu*¹⁶⁶ zetten de toon. Juist ten aanzien van organisatiecriminaliteit bleek het geen kwaad te kunnen ook naar het gedrag van de overheid zelf te kijken: enerzijds als regelgever en controleur, anderzijds als beleidsmaker, als facilitator met/voor het bedrijfsleven.

De jaren negentig zijn ook de jaren van de *public private partnerships*, van de convenanten, van het dereguleren, van het privatiseren, van de Zelfstandige Bestuurs Organen (ZBO's).

¹⁵⁷ A. V. F. van der Gouw, *Alias Teixeira*, Utrecht 1968. Zie verder bijv. C. F. Rüter/A. Hoekema, 1968, «Omkoping van anderen dan ambtenaren», *TvS* 1968 p. 132/159, en verder Th. A. de Roos, *Strafbaarstelling van economische delicten*, Arnhem 1987, p. 130/139.

¹⁵⁸ «Rapport van de Commissie van Drie», *Kamerstukken II* 1975/1976, 13 787 nr. 3.

¹⁵⁹ Brants/Brants, o.c. p. 7

¹⁶⁰ R. van Meurs, *De Zwolsman connection; Een meester speculant en zijn Christen Democratische vrienden*, Amsterdam 1977.

¹⁶¹ R. van Meurs, *Het Nollen Syndicaat. Een zakenman in barmhartigheid*, Amsterdam 1978.

¹⁶² Zie voor een uitvoerige beschrijving Brants/Brants, o. c. p. 4 e.v en 101 e.v.

¹⁶³ Rapport RSV Enquêtecommissie, *Kamerstukken II* 1984/1985, 17 817.

¹⁶⁴ Rapport Enquêtecommissie Bouwsubsidies, *Kamerstukken II* 1987/88, 19 623.

¹⁶⁵ Hand. TK 1986/87, 19 700, en *Rapport van de Subcommissie Visquoteringsregelingen*, Den Haag 1987.

¹⁶⁶ E. A. I. M. van den Berg (red), *De markt van misdaad en milieu*, Den Haag 1995.

Wellicht is het toeval, maar juist in de jaren dat de fiscus allerlei aftrekposten schrapt en zich als facilitator redresseert, komt er meer zicht op juist die faciliterende bestuurlijke overheid.

De overheid blijkt soms medepleger, medeplichtig, direct of indirecte medeverantwoordelijke bij onregelmatigheden in de organisatorische/bedrijfsmatige sfeer, en wellicht was hij dat allang.

Collusie

Collusie betekent letterlijk «heimelijke verstandhouding». In de organisatiecriminologie is deze term gehanteerd om samenwerkingsverbanden aan te duiden die iets illegaals doen, dat geheim willen houden, en daarin (tenminste voor enige tijd) slagen.¹⁶⁷ In de Verenigde Staten is bijvoorbeeld het vormen van kartels aangeduid als «collusion».¹⁶⁸ Ons inziens heeft die term in die ruime betekenis echter te weinig onderscheidend vermogen ten opzichte van (juridische) termen als medeplegen en medeplichtigheid. Waardevol achten wij het begrip «collusie» wanneer het (louter) wordt betrokken op samenspel tussen enerzijds een groep van personen of organisaties die zich anders gedragen dan de wet wil, en anderzijds met regelgeving en/of toezicht op het betreffende terrein belaste instanties. Het begrip «collusie» is dan doorgaans een verkorte schrijfwijze voor «overheidscollusie». Deze vorm van samenspel tussen (delen van) het bestuur en (bepaalde) bestuurden behoeft op zichzelf geenszins strafbaar te zijn, en is dat meestal dan ook niet, maar vertoont wel een zekere heimelijkheid (en is alleen daarom al verwerpelijik), terwijl het bovendien altijd betrekking heeft op gedragingen die tegen de geest en/of de letter van de wet zijn (maar alweer is strafbaarheid van die gedragingen geen voorwaarde). Bij dit alles kan het aandeel van de bestuurders zich beperken tot oogluikend toezien, maar vaak gaat het verder en omvat het elementen als bijv. advisering en/of het manipuleren van het proces van regelgeving zelf; het is denkbaar dat ook het initiatief bij de betrokken overheidsfunctionarissen ligt.

Steeds echter ligt de betrokkenheid van de bestuurders op het vlak van toezicht of regelgeving. Geen collusie in de door ons bedoelde zin is bijvoorbeeld het volgende, in het door ons onderzochte materiaal aangetroffen voorbeeld: een gemeente wil de kosten drukken die zijn gemoeid met de aanleg van een sportcomplex. Een belastingadviseur bedenkt daartoe een constructie die er toe moet leiden dat de te betalen omzetbelasting sterk wordt verlaagd. Ter uitvoering daarvan wordt de onderneming, die het complex zal aanleggen, er onder zware druk toe gebracht om het terrein van de gemeente te kopen en na aanleg van het complex weer aan haar te verkopen; deze operatie wordt gedekt met een aantal valse facturen. Dit is geen collusie, maar eenvoudige overheidscriminaliteit. Ofschoon ook proces-verbaal werd opgemaakt tegen drie leidende gemeente-ambtenaren, zijn uiteindelijk alleen het aannemingsbedrijf en de gemeente zelf vervolgd.

¹⁶⁷ Van Dale, *Groot Woordenboek der Nederlandse Taal*, Den Haag 1998, p. 551. «collusie (v,;-s)[<Lat.collusio]. 1. heimelijke verstandhouding, m.n. om het opsporen van strafbare feiten te belemmeren; 2. samenspanning van ambtenaren tot het plegen van ambtsdelicten». Die tweede betekenis is in wezen een specialis van de eerste lemma omschrijving. *Collusie* moet men ook niet verwarren met *Collisie*, wat «botsing» betekent of «strijd tussen rechtsregels».

¹⁶⁸ Klassieke teksten zijn R. Posner/M. Coate, *Case generation and remedies* 8: Federal Trade Commission, Collusion Project, Working Paper No 3, June 29, 1984; F. Osborne, Cartel problems, 66, *American Economic Review*, p. 835 e.v., 1976; S. Turner, «The definition of agreement under the Sherman Act: conscious parallelism and refusals to deal», *Harvard Law Review* 1962 p. 655 e.v.

¹⁶⁹ G. van Vugt en J. Boet, *Zuiver handelen in een vuile context*, Arnhem, 1994, pp. 84–85.

Over deze toegespitste vorm van collusie bestaat betrekkelijk weinig literatuur. Wat er aan onderzoek is uitgevoerd, betrof vooral de belangenverstrengeling aan bestuurlijke kant. Hoe kan een zelfde overheidsinstantie klant, regelgever, vergunningverlener, controleur en sanctie instantie tegelijk zijn zonder belangenverstrengeling? Klassiek voorbeeld is de gedeputeerde voor milieuzaken.¹⁶⁹ De organisatiecriminologische invalshoek, beschrijving en interpretatie van waar dat grotelijks fout ging, is vooral geportretteerd door parlementaire enquêtes.

- Bij de RSV- enquête bleek dat de directeur generaal van EZ, die tevens regerings- waarnemer was in het bestuur van RSV, moeite met die twee petten had. Zijn bemoeienis had uiteindelijk geleid tot 2.2 miljard subsidies, waarna het bedrijf toch failliet ging. Eigen recht maakte de heer Molkenboer toen hij toestond dat WIR-premies verstrekt mochten worden aan RSV voor de bouw van schepen waar helemaal geen opdracht voor bestond. Later sprak de onderzoekscommissie van een geschuif met geld, bevoegdheden en verantwoordelijkheden «met een overgave die aan de speeltafel niet zou hebben misstaan.»¹⁷⁰
- Bij de WAO-casus, die door de Commissie-Buurmeijer was onderzocht bleek dat én de sociale partners én de overheid wisten dat de wet lange tijd misbruikt was. Een wet die bedoeld was voor de ongeveer 200 000 arbeidsongeschikten, maar waar «we» 900 000 mensen oneigenlijk in geparkeerd hadden alvorens in te grijpen.¹⁷¹
- De visserij-enquête liet zien hoe het Ministerie van Landbouw en Visserij wetsontduiking uitlokte en dubbele boekhoudingen op de visafslagen lange tijd heimelijk gedoogde.¹⁷²
- De Walrus-affaire ging om een budgetoverschrijding van «slechts» enkele honderden miljoenen guldens zonder dat de Kamer er van afwist. Ook hier ging het geleidelijk. De bouw was vertraagd, nieuwere wapens en instrumenten waren op de markt gekomen. «Bevriende» industrieën boden aanpassingen aan. De ambtenaren van defensie voelden zich ook hier meer adviseur van de generaals dan controleurs van de bouwers.¹⁷³
- De enquête bouwsubsidies betrof illegaal verstrekte bouwsubsidies aan het ABP. Daar was men vrij snel achter op provinciaal niveau, alleen het ministerie ontkende glashard dat er iets mis was en verdedigde lange tijd het ABP.¹⁷⁴

Parlementaire enquêtes zijn collusie-blootleggers bij uitstek, met name omdat men zich richt op netwerken en processen, en niet specifiek zoekt naar schuldige personen. Voorafgaand en naast die enquêtes dient de journalistiek genoemd te worden als collusieblootlegger¹⁷⁵. Ook de Algemene Rekenkamer en de Nationale ombudsman kunnen in deze genoemd worden. Last but not least is er de klokkenluider. Juist omdat collusie gekenmerkt wordt door «heimelijkheid», zit – voordat bijvoorbeeld de media aan het onderzoeken slaan – daar vaak een «lek» tussen vanuit de organisatie zelf.

Klokkenluiders

In de organisatiecriminologie vormt het fenomeen «*whistle blower*» een apart leerstuk, dat met name in corruptiestudies de nodige aandacht heeft gekregen. Het gaat dan om de botsing tussen werknemer en organisatie, en de interpretatie van hun conflict in termen van loyaliteit aan die organisatie. In de overheids sfeer is hiernaar internationaal met name binnen de politie- en gevangenisorganisatie onderzoek verricht, omdat dat corruptiegevoelige organisaties zijn¹⁷⁶. Maar in wezen kan elke organisatie er mee te maken krijgen. Iemand meldt een fout, iets verkeerd, een onregelmatigheid maar «krijgt geen gehoor», noch bij zijn directe chef, nog bij andere of hogere echelons, en kiest dus dan maar de weg van de openbaarheid onder het motto: «*You can always find another job but you can't always find another conscience*».¹⁷⁷

Dat lijkt een simpel traject maar juist die laatste stap, dat zelfstandig naar de media stappen – zeker als men dat individueel doet en dus niet namens een groep binnen de organisatie spreekt – kan door de organisatie als een expressie van disloyaliteit ten opzichte van de eigen organisatie gezien worden. Het ontbreken van die groepsdimensie is een wezenlijk aspect bij «*whistle blowing*». Twee opmerkingen daarover: allereerst, een «beetje» organisatie beschouwt zichzelf ook als een «*private system of justice*» met eigen huisreglementen en gezagsverhoudingen, waarbinnen de vooronderstelling geldt dat serieuze problemen als het maar enigszins mogelijk

¹⁷⁰ RSV Enquêteverslag. Handelingen Tweede Kamer 1984/85, p. 455.

¹⁷¹ J. G. Hibbeln/W. Velema, *Het WAO debacle: De fatale missers van wettenmakers en uitvoerders*, Utrecht 1993

¹⁷² J. A. E. Vervaele/D. Ruimschotel/R. Widdershoven, *Rechtshandhaving bij visquotering*, Utrecht 1990.

¹⁷³ A. F. P. Wassenberg, «Kunnen organisaties erkaar vertrouwen? Oefeningen in horizontaal bestuur», *Recht der Werkelijkheid* 1987 nr. 2, p. 106/132.

¹⁷⁴ M. E. Tuurenhout, *Parlementaire controle en ambtelijke verantwoordelijkheid*, Arnhem 1992.

¹⁷⁵ Zie bijv. R. van Meurs, *De Zwolsman – connection*, Amsterdam 1977; idem, *Het nollen Syndicaat*, Amsterdam 1978; P. Heijboer/H. Horsten, *De ABP affaire*, Amsterdam 1988; J. Dohmen, o.c. 1996; C. Banning/T. J. Meeus, *De onzichtbare hand van de politiek, de achterkamers van paars en de heimelijke steun aan Philips*, Amsterdam. 1998.

¹⁷⁶ M. Punch, *Conduct Unbecoming; the social construction of police deviance and control*, London 1985; H. Goldstein, *Police Corruption*, Washington 1975; C. Fijnaut/G. T. Marx (Ed), *Undercover*, Den Haag 1995.

¹⁷⁷ Dat waren klassieke woorden van de klokkenluider Creswell in de *Three Mile Island case*. Uit Punch, o.c. 1996 p. 266.

is – binnenshuis worden opgelost. Die stelling gaat op van tafeltennisvereniging tot multinational, en van een gemeentelijk lyceum tot de Europese Commissie. De klokkenluider botst op een cruciaal probleem dat de topleiding anders definieert. De volhouder mag doorgaan, en zijn «reputatie schade» aan de organisatie aanbrengen, maar arbeidsrechtelijk ook door die getroffen organisatie gesanctioneerd worden, tot ontslag toe.

Ten tweede, en dat is wellicht wezenlijker, zo'n klokkenluider doet dat niet zomaar. Ons geweten is een trage weegschaal. De tijdsdimensie speelt daarbij mee. Veel klokkenluiders kan men typeren als *spijtoptanten*. Eerst doet men loyaal mee en pas later vraagt men zich af, waar ben ik in feite mee bezig. Dat kan op een «*pang of the conscience*» slaan, maar vaker gaat het om een proces, een soort groeiende twijfel. Ook eigen economische motieven kunnen daarbij meespelen, want men beseft meestal zeer wel dat men met *coming out* eigen ruiten ingooit. In de Verenigde Staten kunnen klokkenluiders via *The False Claims Act* tot een kwart van het geld, waarvoor de overheid bedrogen is, voor zichzelf opeisen. Op zich niet vreemd voor een land waar *plea bargaining* een grote rol speelt, maar het plaatst die morele dimensie wel wat meer tussen haakjes dan bij ons; soms wordt het louter terugvechten:

Some have an axe to grind – disgruntled executives sometimes hit back at the corporation that they had served for many years. As wellinformed insiders with high-level information they are difficult to refute. Former General Electric Vice-President, Edward Russell, accused the compagny that dismissed him of price-rigging and stock-packing, and he claimed to have the data to prove it. As a result General Electric pleaded guilty and paid a substantial fee (*Business Week*, 10 August, 1992).¹⁷⁸

Op basis van de literatuur kan men zeggen dat individueel klokkenluiden meestal het resultaat is van individuele frustratie en geblokkeerde communicatie binnen de organisatie, die samen een conflictspiraal op gang brengen waarbij *persoonlijke en zakelijke* problemen steeds meer door elkaar gaan lopen en echt verknoopt raken, wat de klager uiteindelijk in zijn volgroeide klokkenluiders rol duwt, en de organisatie in haar verharde verdedigingsrol tegen deze persoon duwt.¹⁷⁹

Voor de organisatiecriminologie zijn klokkenluiders echter onmisbaar. Hun morele antennes, hun boosheid heeft meer inzicht gegeven in illegaal gedrag binnen en van organisaties dan allerlei inspectieverslagen, hoe goed die ook mogen zijn. Inspecties gaan uit van compliance; en van een niveau van redelijkheid dat soms «de facto» afwezig is. Bij de bespreking van de «rational choice» theorie is er al op gewezen dat organisaties minder rationeel in elkaar zitten dan zij zelf denken.

Collusie en corruptie

Overheidscollusie is een klassiek organisatieprobleem. Wat in wezen speelt, is belangenverstremgeling die kan leiden tot voortrekkerij, oneerlijke concurrentie en partijdigheid. Corruptie kan daarachter meespelen maar dat hoeft niet. Natuurlijk, in veel derdewereldlanden is corruptie een endemisch probleem en valt dan bijna altijd samen met collusie. Daar zijn veel overheidsfuncties onderbetaald en geeft de leiding aan de top vaak de foute voorbeelden, wat corruptie uitlokt. Sprekend over Nederland kan men zeggen dat wij meer een collusieland zijn, waarachter soms het gevaar van individuele corruptie en individueel nepotisme schuilt. Maar ook hier kan die corruptie meer endemisch vormen aannemen binnen bepaalde sectoren.

¹⁷⁸ Punch, o.c. 1996, p. 266.

¹⁷⁹ Voor collectieve klachten staan organisaties meer open al was het maar via ondernemingsraad of vakorganisatie. Meer hierover in P. Grabosky/A. Sutton, *Stains on a White Collar; fourteen studies in corporate crime or corporate harm*, Annandale 1990.

De té innige band tussen overheid en bedrijfsleven kan aanleiding zijn voor menig bestuurder of hogere ambtenaar om het bedrijfsleven illegaal te bevoordelen, mede vanuit het oogpunt om daar ooit ook *zelf* beter van te worden. Dan begint individuele corruptie, maar de durf daartoe is vaak het weten dat «anderen het ook doen», is echter een drempel. Daarachter kan men een relatie uitbouwen die ook meer specifieke doelen wederzijds wil dienen. De bevoordeelde sector of het bevoordeelde bedrijf wil bijvoorbeeld wat terug doen, direct of indirect, maar hoopt wel op enige vorm van «terugbetaling». Klassieke vorm is een bestuursfunctie of commissariaat voor de betrokken ambtenaar of politicus, liefst na zijn ambtelijk of bestuurlijk dienstverband. Zo'n vervolgbaan is in ons land onverdacht. Meer rechtstreekse begunstigen zijn verdachter.

De zaak Baars bracht structurele collusie op de agenda maar die kon het OM niet aanpakken. Wat men wel kon was die achterliggende individuele corruptie aanpakken. Het begon in juli 1992 met de zaak tegen burgemeester Vossen van Gulpen, in augustus 1992 de twee ex wethouders van Landgraaf, in november 1992 wethouder openbare werken In de Braeck van Maastricht, in maart 1993 CDA voorman Van Vlijmen; in april 1993 VVD wethouder Neus ook uit Maastricht, en burgemeester Riem van Brunssum, maar betreffende zaken van toen hij nog gedeputeerde was. Die hoeveelheid maakte indruk. Dat OM offensief vond zijn oorspronkelijke aanleiding en dekking in de beruchte toespraak van minister Dales van juni 1992, op het congres van de Vereniging van Nederlandse Gemeenten te Apeldoorn. En men heeft – nu terugkijkend – ook wel gescoord. Uiteindelijk zijn twee burgemeesters, drie (oud) wethouders en twee provincie ambtenaren individueel veroordeeld, en vijf wegenbouwbedrijven hebben een transactie met het OM gesloten voor elk f 750 000.¹⁸⁰ Desondanks zag de branche dit als slechts een incident.

Hier zat duidelijk iets structureel mis waarbij de verleidingsimpact voor individuele ambtenaren en politici geen incident van een (individuele) onverantwoordelijke ondernemer meer genoemd kon worden. Hier speelde collusie en begon endemische corruptie daarbinnen wel degelijk een geaccepteerd onderdeel te worden, die zelfs fiscus en OM dreigden «in te pakken». In die zin was die ingreep van Dales in juni 1992 wel degelijk cruciaal, want daarna gebeurde het nodige, alleen wel ver weg van Den Haag. Men zag het als lokaal probleem, mede vanwege de lokale sociaal-economische problematiek. Nu tien jaar later kan men daar anders tegen kijken.

Oorzaken, aanleidingen en motieven

Collusie tussen overheid en bedrijfsleven kan men zien als een afglijdprobleem, een pathologie van té goede samenwerking, dat begint met kleine stapjes en dan doorslaat. In ons land met zijn besturen via het poldermodel, met zijn public – private partnerships, met zijn sorry – democratie¹⁸¹, met zijn gedogen en convenantencultuur, met zijn fiscale *rulings*, is het afglijden tot voldragen collusie een serieus risico. Men duidt dit afglijden ook wel aan als een gevolg van (neo) corporatisme dat onze publiekrechtelijke bedrijfsorganisatie lange tijd heeft gekenmerkt. Collusie kan, met name op gemeentelijk en provinciaal niveau, een expressie zijn van regionalisme, hetzij als bevoordeling van lokale werkgelegenheid, hetzij vager in de zin van «eigen aannemers» eerst¹⁸². Soms ligt er een concrete oorzaak aan ten grondslag zoals ontoereikende, onsamenhangende of tegenstrijdige regelgeving. Dat kan leiden tot collusiepraktijken die pas boven water komen als het goed mis is gegaan.

¹⁸⁰ J. Dohmen/H. Langenberg, «Corruptie en fraude: lessen uit Limburg», in J. W. J. Huberts, *Machtsbederf ter discussie*, Amsterdam 1994, p. 19/28.

¹⁸¹ E. van Thijn, F. Alinck, P. van Dijk e.a., *De Sorry Democratie*, Amsterdam, 1998.

¹⁸² J. Dohmen, op. cit. 1996. Hfd. 10, «Voor wat hoort wat; de protectie van bevriende bedrijven».

De vuurwerkcramp in Enschede, de brand in Volendam en het Hercules ongeluk in Eindhoven zijn bestuurlijk geanalyseerd. In die analyses viel op hoe overheden hun verantwoordelijkheden niet of te laat namen omdat regels tegenstrijdig of onsamenhangend waren. Risicoanalyses waren niet of onvolledig gemaakt. De regels botsten te veel wat mede een opmaat vormde voor die afschuwelijke gevolgen.¹⁸³

Andere oorzaken die kunnen uitnodigen tot collusie zijn convenanten, gedoogcultuur en té coöperatieve controle in het algemeen. Hier gaat het in wezen om een bestuursstijl, die té dicht kruipt op dat bedrijfsleven, wat men ook controleren moet.

Een voorbeeld daarvan was de Philips leaseconstructie. In feite gaf toen de overheid «zomaar» een groot cadeau aan Philips (en eerder aan Fokker). Daar waren toen geen regels voor, maar achteraf zei heel politiek Den Haag: dat was eens, maar nooit meer. Want iedereen zag het oneerlijke van de constructie. Het illustreert tegelijkertijd de machtstheoretische basis achter collusie. Hoe groter het bedrijf, hoe meer men kan in politiek Den Haag.¹⁸⁴

Collusie kan ook op een heel andere wijze ontstaan, namelijk wanneer door «de politiek» of door de top van de ambtelijke organisatie aan lagere organisatieniveaus taken worden opgelegd, die op regelmatige wijze niet kunnen worden uitgevoerd. Het kan zijn dat dit in onwetendheid, of uit incompetentie, geschiedt; maar dan mag men verwachten dat de getroffen dienst haar superieuren terstond van de werkelijke stand van zaken op de hoogte stelt (helpt dat niet, dan ontstaan «lekken»). Dikwijls echter is «de top» voldoende geïnformeerd over wat er «aan de basis» gebeurt, en gaat zij er van uit dat daar door «creatief» met de regels om te gaan wel voor een oplossing zal worden gezorgd. Dit is op zichzelf al een vorm van, meestal onuitgesproken, samenspel; volmaakt wordt de collusie echter, zodra de «top» bewerkt dat «de basis» niet door toezicht in haar creativiteit wordt belemmerd.

Waar zagen we dat eerder? Bij de vorige bouwenquête (toen was het oplossen van de woningnood het doel dat de middelen heiligde) en bij de enquête Opsporingsmethoden (waar het ging om het vangen van de grote boeven), en in de WAO casus die door de Commissie Buurmeijer was onderzocht. Daar bleek dat overheid en sociale partners drommels goed wisten dat men in feite de wet misbruikte.¹⁸⁵

¹⁸³ M. Jongen, De belastingdienst als mogelijke collusiepleger, Nijenrode 2001, p. 8 e.v.

¹⁸⁴ C. Banning en T. Meeus, *De onzichtbare hand van de politiek*, Amsterdam 1998.

¹⁸⁵ M. E. van Tuurenhout, *Parlementaire Controle en Ambtelijke Verantwoordelijkheid*, Arnhem 1992.

¹⁸⁶ G. van den Heuvel, *Onderhandelen of straffen*, Arnhem 1993; Algemene Rekenkamer, «Onderzoek naar inspecties op het gebied van wetgeving die randvoorwaarden stelt aan het maatschappelijk verkeer», *Kamerstukken II 1989/90*, 21 481 nrs 1/2.

¹⁸⁷ Economen spreken van «capturing». I. Ayers & J. Braithwaite, *Responsive Regulation; Transcending the Deregulation Debate*, New York 1992.

¹⁸⁸ In de organisatiecriminologie is de kritiek op de accountancy al van oudere datum: zie bv. J. T. Wells, «Accountancy and white-collar crime», in *Annals of the American Academy of Political and Social Science* 1993, 1, p. 83/94.

In de inspectiesfeer kan collusie gemakkelijk ontstaan. Het merendeel van onze inspecties werkt coöperatief.¹⁸⁶ Dat werkt prettig en meestal effectief. Maar met name bij grote bedrijven of concerns kan het «twee petten probleem» gaan spelen. Dan kan de adviespet van de inspecteur wel eens ten koste gaan van zijn controlepet; en soms kan men zelf spreken van een compleet «ingepakte» inspectie¹⁸⁷.

In het sociaal economisch leven werkt men steeds meer met «*self enforced regulation and control*». Dan is de rol van de overheid in feite overgenomen door het bedrijfsleven en wekt de overheid slechts de indruk te controleren, maar is zij qua informatie helemaal afhankelijk van die branche of dat concern. Dat zou tot daaraan toe zijn als de accountability zou kunnen instaan voor die «lokale» eerlijkheid en kwaliteit, maar dat is vaak niet het geval.¹⁸⁸

Remedie

Het collusiegevaar vindt zijn begrenzing in duidelijke wet- en regelgeving

en in transparante controle culturen en structuren. Het begrip controle-cultuur accentueert de gewoonheid van soms ook stevige controle en eventueel nadere onderzoeken tot aan strafrechtelijke vervolging toe. Zowel overheid als bedrijfsleven lijken daar in ons land, vergeleken met sommige buitenland¹⁸⁹, maar beperkt op ingesteld te zijn. Al vlug vinden instanties strengere handhaving te duur of te omslachtig en vergeet men dat de impact van de publiciteit op *corporate offenders* vaak een groot en direct speciaal en generaal preventief effect heeft. Of men zich dan richt op de functionele daders of op de feitelijk leidinggevendenden is criminologisch van minder belang. Dat is voor alles een juridisch technisch probleem, waarover meer in de volgende hoofdstukken. Hier zouden we ook nog een paragraaf over organisatorisch burgerschap zowel in de publieke als de private sfeer aan kunnen toevoegen. Burgerschap als expressie van trots zijn om «erbij te horen», en daarom ook de spelregels van de groep als vanzelfsprekend te accepteren, houdt niet op bij de bedrijfspoot. Integendeel, veel organisatiecriminaliteit is mede een symptoom van te weinig burgerschap binnen de organisatie¹⁹⁰. Als men dan ziet dat, waar die criminaliteit naar buiten komt – hetzij via klikken, lekken of klokkenluiden – die door de vervolgende instanties met fluwelen handschoenen wordt aangepakt, dan kan het burgerschap ook buiten de bedrijfsmuren een probleem krijgen. Meer hierover zou ons nu te ver voeren. Hier willen we slechts zeggen dat ook via deze invalshoek winst geboekt zou kunnen worden.

In de volgende paragrafen staan we stil bij de meer specifieke juridische domeinen: het mededingingsrecht, het fiscale recht en het strafrecht, voor zover betrekking hebbend op de bouwnijverheid en van nut voor het werk van de commissie.

¹⁸⁹ P. Grabosky, *Wayward Governance*, Canberra 1989

¹⁹⁰ Bij die burgerschapsorganen denken we zowel aan de vergadering van aandeelhouders als aan de ondernemingsraad, maar ook externe belangengroepen, leveranciers, branche organisatie, consumentenorganisaties, en al die andere *stakeholders*, die achter *corporate governance* voorondersteld worden, horen daarbij. Het moderne grootbedrijf kan men zien als een «kleine republiek» binnen de grote republiek, dat aan al die *stakeholders* verantwoording wil afleggen. Dat is hun burgerschapsforum.

III ONREGELMATIGHEDEN IN EEN MEDEDINGINGSRECHTELIJK KADER

«Ik heb nooit iets fout gedaan. Ik heb niets gedaan wat andere ondernemers niet ook doen.»

(een aannemer).

De bouw en kartelafspraken: lang en tamelijk gelukkig leefden zij in Nederland samen. En dat met de zegen van de Nederlandse overheid. Naar zeggen van een aannemer wist zelfs een in de bouwwereld als aannemer actieve voorouder (in de 19e eeuw!) niet beter dan dat vooroverleg steeds plaatsvond.¹⁹¹ Meer tekenend dan een aannemer het verwoordde, kan men niet aangeven hoezeer onderlinge afspraken tot de Nederlandse bouwcultuur behoorden:

«U noemt het onregelmatigheden, maar ik heb het liever over de sfeer waarin al sinds jaar en dag wordt gehandeld. In de beleving van mensen is er sprake van onregelmatigheden, maar in de aannemerij is het een gebruikelijke gang van zaken.»

Dus: de onregelmatigheid als regel, overtreding van de norm als norm; althans overtreding van wat sinds betrekkelijk korte tijd als wettelijke en al sedert geruime tijd als verdragsrechtelijke norm geldt. Tenminste tot 1992 lagen de zaken waar het de Nederlandse wetgeving en het Nederlandse overheidsstandpunt ten aanzien van kartelafspraken – ook buiten de bouw – aangaat, anders. Principiële bezwaren tegen kartels bestonden er allerminst. In tegendeel: uitgangspunt was dat kartels ook positieve effecten voor het algemeen (economisch) belang konden hebben en dat tegen afspraken pas moest (en kon) worden opgetreden indien zij dit algemeen belang schade berokkend of zouden kunnen berokkenen. Regel was derhalve de geldigheid van kartelafspraken; uitzondering het verbod hierop.

¹⁹¹ Y. Buruma, «Inzake de beladen bouwnijverheid», NJB 2002 p. 702, noemt het een feit van algemene bekendheid dat in de bouwwereld van oudsher heimelijke afspraken en onregelmatigheden voorkomen.

¹⁹² Dat blijkt uit de visie van de Nederlandse overheid tot begin jaren '90 ten opzichte van kartels in het algemeen en uit het Besluit van 29 december 1986 tot onverbindendverklaring van een aantal bepalingen in mededingingsregelingen aangaande het aannemersoverleg in de bouwsector, *Stb.* 1986, 676, in het bijzonder. Zie daarover nader hfdst. III.1.2 en III.2.1.

¹⁹³ *Pb* 1992, L 92/1 (Bouwnijverheid in Nederland), gevolgd door GvEA (T-29/92) *Jur.* 1995, II-289 en HvJ (C-137/95 P) *Jur.* 1996, I-1611 (SPO).

¹⁹⁴ Dat wil overigens niet zeggen dat de gedragingen van de Nederlandse aannemers vanuit Brussels perspectief pas vanaf dat moment verboden waren. *De facto* waren zij vanaf hun ontstaan of – indien dat later was – vanaf de inwerkingtreding van het EEG-Verdrag in strijd met dit verdrag.

¹⁹⁵ Besluit mededingingsregelingen aanbestedingen, KB van 19 januari 1994, *Stb.* 55.

¹⁹⁶ Wet van 22 mei 1997 houdende nieuwe regels omtrent de economische mededinging, *Stb.* 1997, 242.

Dat gold ook binnen de bouw. Zeker waar het rekenvergoedingen betrof, was de houding van de Nederlandse overheid ronduit positief.¹⁹² Dat bleek eens te meer toen het Nederlandse systeem op de helling dreigde te komen te staan. Begin jaren '90 van de vorige eeuw had de Europese Commissie namelijk haar pijlen op de afspraken in de Nederlandse bouwwereld gericht. Tot aan toenmalig premier Lubbers toe is toen getracht om een Brussels veto te voorkomen, maar zonder succes. In de inmiddels befaamde SPO-zaak¹⁹³ werd in 1992 wegens strijd met het communautaire kartelrecht korte metten gemaakt met de traditie van Nederlandse bouwondernemers om inschrijvingen bij aanbestedingen vooraf te doen gaan van voor(voor)overleg.¹⁹⁴ Exit rekenvergoedingen, laat staan dat verdergaande vormen van horizontale prijsafspraken getolereerd konden worden.

Dit alles viel in een periode waarin ook binnen Nederland op overheidsniveau een kentering plaats vond in het denken over kartels. Voor de bouw leidde een en ander er toe dat (ook) door de Nederlandse overheid aanbestedingsregelingen generiek onverbindend werden verklaard.¹⁹⁵ Deze generieke maatregel kwam te vervallen met de inwerkingtreding van de Mededingingswet (Mw) in 1998¹⁹⁶, welke wet kartels ook op Nederlands niveau geheel verbood.

Het mogelijk bestaan van kartelafspraken in de bouw is mede aanleiding geweest tot de parlementaire enquête Bouwnijverheid. In het televisieprogramma Zembra werd (een deel van) een schaduwboekhouding van Koop Tjuchem (de zogenoemde Bos-administratie, genoemd naar de aangever en voormalig directeur van Koop Tjuchem) onthuld, waaruit zou blijken dat op grote schaal ook na 1992 nog sprake was van vooroverleg en (ander) kartelgedrag in de aannemersbranche, dus in een tijd waarin de strijdigheid van dergelijk gedrag met het communautair recht – meer in het bijzonder art. 81 en 82 EG (85 en 86 EG-Verdrag) – en (vanaf 1994) het Nederlandse recht alsmede met het aangescherpte beleid op departementaal niveau evident was. Klaarblijkelijk waren de jarenlange cultuur van vooroverleg en de gevoelens van noodzaak of wenselijkheid hiervan bij de aannemers sterker dan het wettelijke verbod en de omgeslagen houding op het centrale overheidsniveau.¹⁹⁷

Deze ongeoorloofde kartelvorming, en dan met name de praktijk van prijs- en marktverdelingsafspraken, staan in dit deel van ons onderzoek centraal. De resultaten zullen hier worden besproken. Eerst komt in hfdst. III.1 beknopt de geschiedenis van het Nederlandse kartelrecht aan de orde. Enig zicht hierop is onontbeerlijk om de situatie ten aanzien van het mededingingsrecht goed te kunnen begrijpen en vanwege het feit dat de Bos-administratie deels een periode betreft waarin de oude Nederlandse wettelijke kartelregeling – de Wet economische mededinging (Wem)¹⁹⁸ – van kracht was, met geheel andere uitgangspunten dan die welke aan de huidige Mededingingswet ten grondslag liggen. In hfdst. III.2 worden de materiële en formele regels zoals die in Nederland voor ondernemers in het algemeen en aannemers in het bijzonder gelding hadden en hebben, kort besproken. Hfdst. III.3 staat in het teken van een analyse van indicaties van mededingingsrechtelijke overtredingen in de bouwwereld, waarbij met name de Bos-administratie wordt besproken. In hfdst. III.4 volgen conclusies en aanbevelingen.

III.1 Historie¹⁹⁹

III.1.1 Regelgeving

Niet alleen waar het de bouw betrof, stond de Nederlandse overheid in grote lijnen positief of ten minste neutraal ten opzichte van kartels. Dat blijkt onmiskenbaar uit de geschiedenis van de Nederlandse mededingingswetgeving die terug gaat tot de Wet tot het algemeen verbindend en onverbindend verklaren van ondernemersovereenkomsten uit 1935.²⁰⁰ Tot die tijd huldigde Nederland een non-interventiebeleid: contractsvrijheid van de marktdeelnemers stond voorop; de overheid diende zich te onthouden van ingrepen in die (economische) vrijheid. De economische crisis van het begin van de jaren dertig noopte echter tot het wijzigen van dit standpunt. De afzet van Nederlandse ondernemingen liep drastisch terug, zowel door een gedaalde binnenlandse vraag als door de afsluiting van buitenlandse markten. Het gevolg was dat de prijzen tot een onrendabel niveau daalden en veel ondernemingen hun poorten moesten sluiten. Ter bescherming werd door de ondernemingen gegrepen naar kartelafspraken, omdat zij van mening waren dat zij door bundeling van krachten en afspraken over verkoopprijzen de crisis het hoofd konden bieden. En de overheid was het met hen eens: zij voelde de behoefte «naar regeling der onderlinge concurrentie, b.v. door het brengen van eenige uniformiteit in de verkoopsvoorwaarden, het voorschrijven van minimum kwaliteiten, het invoeren van een zekere arbeidsverdeling in productie en distributie, het tegengaan van prijsbederf en van overmatige

¹⁹⁷ Zoals M. B. Clinard en P. C. Yeager (*Corporate Crime*, Londen 1980, p. 133) al stelden:

«But whereas active competition is socially desired at the level of the economy as a whole, it may be perceived by individual businessmen as threatening to the firm's stability and growth. In such situations, contravention of anti-trust laws may result.»

¹⁹⁸ Wet van 28 juni 1956 houdende regelen omtrent de economische mededinging, *Stb.* 1958, 413.

¹⁹⁹ Zie voor een uitgebreide analyse van de geschiedenis van het Nederlandse kartelrecht H. M. J. Quaedvlieg, *Ondernemende autoriteiten?*, Deventer 2001.

²⁰⁰ Wet van 4 juni 1935, *Stb.* 1935, 318.

investaties.»²⁰¹ Kartellering derhalve als impuls voor de economie: kartels zouden concurrentie terugdringen, prijzen stabiliseren, productie in stand houden en werkgelegenheid en omvang van lonen garanderen of zelfs doen toenemen. In dat licht was het onaanvaardbaar indien ondernemers niet vrijwillig aan kartelafspraken wilden meewerken en aldus de werking van het kartel zouden frustreren. De overheid achtte het dan ook geboden om deze ondernemingen tot hun eigen en het algemene geluk te dwingen. Daartoe moest zij haar non-interventiepolitiek verlaten en een wettelijke regeling in het leven roepen op grond waarvan niet-betrokken ondernemingen konden worden gebonden aan bestaande kartel-overeenkomsten. Deze wettelijke regeling kwam zoals gezegd in 1935, met als centrale bevoegdheid de *algemeen verbindend verklaring* (avv). Als sluitstuk – maar op dat moment in feite ook niet meer dan dat – werd bovendien de *onverbindend verklaring* geïntroduceerd²⁰²: de bevoegdheid een kartel te verbieden en nietig te verklaren bij gebleken misbruik in een concrete situatie.²⁰³ Duidelijk is dat de Nederlandse overheid, zeker tot kort na de Tweede Wereldoorlog, een ronduit positieve, stimulerende houding aannam tegenover kartels.

Geleidelijk werd deze houding echter een meer neutrale; principiële bezwaren tegen kartels koesterde men nog steeds niet, maar als optreden noodzakelijk was, dan zou dit onder de gegeven economische omstandigheden primair de vorm moeten hebben van *kartelbeperkende* maatregelen. Kortom: kartels bleven in beginsel toegestaan en geldig, maar zij konden bij aangetoond misbruik per geval worden verboden.²⁰⁴ In de Wet economische mededinging lag de nadruk waar het de maatregelen betreft dan ook op de *onverbindend verklaring*; de maatregel van algemeen *verbindend* verklaring bleef bestaan, maar werd in feite niet mee toegepast. De wetgever zette daarnaast nog een stap verder in de «nieuwe» richting door de introductie van de *generieke onverbindend* verklaring. In tegenstelling tot hetgeen het geval was bij de «gewone» *onverbindend* verklaring, betrof het hier geen casuïstisch optreden tegen een bepaald kartel na geconstateerd misbruik, maar een «verbod bij voorbaat» op kartelgedrag van een bepaalde *aard of strekking*.²⁰⁵ Strijd met het algemeen belang was in dat geval het uitgangspunt, ontheffing – en dus geldigheid – de uitzondering. In feite had dus een verbodement zijn intrede gedaan in het Nederlandse kartelrecht.²⁰⁶ Dit element bleef echter lange tijd onderbelicht doordat van de mogelijkheid tot generieke *onverbindend* verklaring nauwelijks gebruik werd gemaakt. Slechts drie maatregelen zagen tot 1986 het licht: met betrekking tot rechtspraak-regelingen²⁰⁷, rassendiscriminatie²⁰⁸ en – verreweg de belangrijkste van de drie – verticale prijsbinding²⁰⁹. In 1986 kwam daar de generieke *onverbindend* verklaring betreffende kartels in de bouwsector bij, waarop in hfdst. III.2 nader wordt ingegaan.

Pas in 1994 werd de kloof tussen het misbruikstelsel en een verbodstelsel in belangrijke mate gedicht en wel door de generieke *onverbindend* verklaringen inzake horizontale prijsbinding²¹⁰, marktverdeling²¹¹ en aanbestedingsregelingen²¹². Gaandeweg werd derhalve de visie op kartels in Nederland negatiever, niet in de laatste plaats onder invloed van de Europese Gemeenschap.²¹³ Het Nederlandse stelsel groeide in de praktijk naar een verbodstelsel toe. De omslag van het misbruik- naar het verbodstelsel, zoals die in 1998 door de inwerkingtreding van de Mededingingswet plaats had, was derhalve niet meer zo drastisch. Dat laat onverlet dat de ontwikkelingen sedert begin jaren '90 van de vorige eeuw, met als hoogtepunt de inwerkingtreding van de Mededingingswet, wel aantonen dat in Nederland, althans op politiek en handhavend niveau,

²⁰¹ *Kamerstukken II 1933/1934*, 460 nr. 3 p. 2.

²⁰² De reden hiervoor was dat de overheid er zich van bewust was dat met name in afgesloten markten een kartel bij gebrek aan buitenlandse concurrentie een te overheersende positie zou kunnen innemen, met alle potentiële gevaren (voor consumentenprijzen, toetreding van derden etc.) van dien.

²⁰³ Hieraan dankte de Nederlandse kartelregelgeving zijn kwalificatie van misbruikstelsel. Van misbruik was sprake als er strijd was met het algemeen belang.

²⁰⁴ Dit uitgangspunt van het Nederlandse kartelrecht stond derhalve haaks op dat van het communautaire kartelrecht, dat nota bene in hetzelfde jaar als de Wem het licht zag.

²⁰⁵ M. R. Mok, *Kartelrecht I. Nederland*, Zwolle 1995, karakteriseerde deze maatregel terecht als een daad van (materiële) wetgeving.

²⁰⁶ Vergelijk onder meer M. J. S. van den Oosterkamp, «Een nieuwe mededingingswet: de adviezen van de Sociaal-Economische Raad en de Commissie economische mededinging», *SEW* 1995, p. 337 en P. M. A. L. Plompen, «Het ontwerp-mededingingswet», *De Naamloze Vennootschap* 1996, p. 158.

²⁰⁷ Wet van 24 juli 1962, *Stb.* 307; verlengd bij wet van 21 februari 1968, *Stb.* 62 en in de Wem opgenomen in de artikelen 9b-9d bij de wet van 15 december 1971, *Stb.* 774.

²⁰⁸ Wet van 18 februari 1971, *Stb.* 96, welke wet de generieke *onverbindend* verklaring van regelingen inhoudende rassendiscriminatie in artikel 9a Wem introduceerde.

²⁰⁹ Besluit van 1 april 1964, houdende *onverbindend*verklaring van bepalingen betreffende verticale prijsbinding in mededingingsregelingen, *Stb.* 1964, 110, uiteindelijk in de Wem opgenomen bij de Wet van 15 november 1989 tot wijziging van de Wet economische mededinging (voorzieningen met betrekking tot verticale prijsbinding), *Stb.* 1990, 6.

²¹⁰ Besluit van 4 februari 1993, tot *onverbindend*verklaring van bepalingen in mededingingsregelingen inzake horizontale prijsbinding, *Stb.* 1993, 80.

²¹¹ Besluit marktverdelingsregelingen KB 19 januari 1994, *Stb.* 56.

²¹² Besluit mededingingsregelingen aanbestedingen KB 19 januari 1994, *Stb.* 55.

²¹³ M. H. van der Woude, «Nederlands en Europees kartelrecht», *RM Themis* 1995 p. 200 spreekt in dit verband van de «katalyserende werking» die het communautaire recht en de beschikking inzake het Nederlandse bouw-kartel in het bijzonder op het veranderingsproces van het Nederlandse mededingingsbeleid hebben uitgeoefend.

de neutrale houding ten opzichte van kartels is vervangen door de visie dat kartels in beginsel schadelijk zijn en derhalve van de markt dienen te worden geweerd. De omslag in het denken over kartels vindt zijn vertaling in de Mededingingswet, zowel op materieelrechtelijk als op formeelrechtelijk gebied. Waar het het materiële recht betreft, is aangesloten bij de verboden van art. 81 en 82 EG; in feite zijn deze vrijwel letterlijk overgenomen. Hierop wordt in hfdst. III.2 nader ingegaan.

III.1.2 Het kartelbeleid

Men kan veel van het Nederlandse beleid tot het begin van de jaren '90 zeggen, maar niet dat formeel en met krachtige hand tegen kartels is opgetreden,²¹⁴ ofschoon de instrumenten daarvoor aanwezig waren.²¹⁵ Dat wil niet zeggen dat door het ministerie van Economische Zaken *dus* geen beleid werd gevoerd. Het Nederlandse kartelbeleid bestond namelijk niet slechts uit optreden in repressieve zin (bijvoorbeeld in de vorm van onverbindend verklaringen), maar tevens (of liever: voornamelijk) uit het zogenoemde informele beleid.²¹⁶ Met zoveel woorden is door de Nederlandse overheid in 1961 gesteld dat het informele beleid het zwaartepunt van het kartelbeleid moest vormen; in het jaarverslag over de toepassing van de Wet Economische Mededinging (Wem) in 1960 wees de staatssecretaris van Economische Zaken op «het streven van de overheid het mededingingsbeleid op zodanige wijze te voeren, dat mededingingsbeperkingen, die met het algemeen belang strijdige aspecten vertonen, zoveel mogelijk zonder formele maatregelen worden gecorrigeerd.»²¹⁷ Dit uitgangspunt veranderde in de loop der tijd niet of nauwelijks, ook niet in de laatste jaren van de Wem. Dit werd van de zijde van het ministerie van Economische Zaken (directie Marktwerking) uitdrukkelijk bevestigd. Wij parafaseren:

«Een van de instrumenten was het uitdragen van de boodschap. Er werd geen groot onderscheid gemaakt tussen informeel en formeel. Van vóór 1992 stamde nog dat mededinging niet bepaald hoog op de agenda van Economische Zaken stond. De directie waar de dossiers behandeld werden, koerste op het op een informele manier realiseren van de beleidsdoelstelling en het verkrijgen van veranderingen, want daar ging het om. Men wilde verandering in bijvoorbeeld een contract, maar het liefst in economisch gedrag, want daar deed men het allemaal voor. Papier is geduldig, maar het gaat om het functioneren van de economie. In die zin werd er wel informeel beleid gevoerd. Als er serieuze klachten of onderwerpen waren, was het een kwestie van onderhandelen, in contact komen met de partijen en door veel praten en overleggen uitleggen waarom het mededingingstechnisch toch ongewenst is dat er gedaan werd, wat er gedaan werd. Zo werd dan geprobeerd tot veranderingen in het gedrag te komen.»

²¹⁴ In vrijwel 40 jaar Wem werden slechts 26 formele besluiten genomen, daaronder begrepen de maatregelen met een voorlopig karakter; en van deze 26 besluiten werden er 15 in de jaren negentig genomen.

²¹⁵ Gedoeld wordt dan met name op de (generieke) onverbindend verklaring. Zie hierover par. III.2 en Quaedvlieg, o.c. p. 44 e.v.

²¹⁶ Zie hierover ook P. J. Uitermark, *Economische Mededinging en Algemeen Belang. Een onderzoek naar de economisch-theoretische fundering van de mededingingspolitiek*, Groningen 1990, p. 312/398.

²¹⁷ Jaarverslag Wem 1960, *Kamerstukken II 1960/1961*, 6348.

²¹⁸ P. J. Uitermark, «Over informeel mededingingsbeleid», *Recht der werkelijkheid* 1987, p. 37.

Het informele beleid (ook al werd dit klaarblijkelijk binnen de directie Marktwerking toentertijd niet echt onderscheiden van het formele beleid), dat voor een groot gedeelte bestond uit de behandeling van klachten, maar ook uit ambtshalve onderzoeken, was er derhalve op gericht om in overleg tussen overheid, kartellerende ondernemers en eventuele klagers tot een aanvaardbare oplossing te geraken. Onderling overleg had de voorkeur boven het eenzijdig en van bovenaf opleggen van maatregelen aan ondernemers, dus boven gebruik van de harde hand.

«Enigszins gechargeerd gesteld zou men (...) het formele beleid dus kunnen beschouwen als «mislukt overleg.»²¹⁸

De overheid beschermde in de rol van bemiddelaar en onderhandelaar het algemeen belang en dat van de klagers, maar had tegelijk begrip voor de problemen van de kartellerende ondernemers. In dit informele beleid stond niet het weren van kartelmatig gedrag centraal, maar het weg nemen van de scherpe kanten ervan, waardoor aan de bezwaren (vanuit het algemeen belang) tegemoet werd gekomen zonder het kartel of de machtspositie als zodanig aan te tasten.²¹⁹

In dit streven om zo min mogelijk met harde hand te ageren, paste ook de praktijk van informele afhandeling van overtredingen van generieke maatregelen. Bij gebleken overtreding werd veelal niet strafrechtelijk of anderszins opgetreden, maar werd in overleg op aanpassing van de regeling aangedrongen.²²⁰ Door deze voorkeur voor de informele weg, gevoegd bij de omstandigheid dat in de onderhandelingen de kartels niet werden geconfronteerd met al te strenge normen en dat ook het informele beleid niet overmatig actief was, ontstond het beeld van een tenminste onopvallend kartelbeleid, waarin voor kartellering alle ruimte werd gelaten en slechts in uitzonderlijke gevallen een formele maatregel uit de kast werd gehaald. In dit vaak bekritiseerde beleid²²¹ vond het stigma van Nederland als kartelparadijs voornamelijk zijn oorsprong.

De vraag rijst waarom in Nederland een dergelijk beleid is gevoerd. De *primaire verklaring* voor het ontbreken van een streng anti-kartelbeleid was dat in de optiek van de Nederlandse overheid kartellering gunstige (economische) gevolgen kon hebben. Dit was de belangrijkste reden om de eerste kartelwet in 1935 in het leven te roepen en dit werd ook bij de totstandkoming van de Wem en in latere beleidsstukken onderstreept. Meer in het algemeen stonden samenwerking en onderling overleg op allerlei terreinen in Nederland hoog in het vaandel, met een overheid die zich afzijdig hield of wellicht bij samenwerking en overleg betrokken was, maar die zo min mogelijk intervenueerde. Hier denke men alleen al aan fenomenen als zelfregulering en de collectieve arbeidsovereenkomst, aan (overige) gebieden met een aanzienlijke rol voor werkgevers- en werknemersorganisaties, maar ook aan kartellering. In dit licht van de Nederlandse overlegeconomie – die ook in het poldermodel nog voortleeft – en een wijdverbreid corporatisme was aanvaarding van kartellering en afzijdigheid van de overheid een vertrouwd verschijnsel. Terecht werd gesteld dat

«de Nederlandse traditie van corporatisme (...) geacht (werd) meer in het algemeen belang te zijn dan de toepassing door de Overheid van regels die gericht zijn op de beperking daarvan.»²²²

Een *tweede reden* voor het in Nederland gevoerde kartelbeleid is wel gezocht in de Wem en het aan haar ten grondslag liggend misbruikstelsel. Zo zou het casuïstische beleid een streng antikartelbeleid niet mogelijk maken. Het is de vraag of dit inderdaad zo'n zwaarwegende factor was, mede gelet op de mogelijkheid van de generieke onverbindend verklaring en op het gegeven dat in de periode volgend op de Tweede Wereldoorlog in ieder geval het tegendeel bewezen is.²²³ Wel is het zo dat het casuïstische karakter problemen opleverde, zoals een geringe efficiency, hoge politieke gevoeligheid en de vaagheid van de normen. Als *derde reden* voor het beleid is wel het bestaan van het communautaire mededingingsbeleid aangevoerd.²²⁴ Hoe dat ook zij, feit is dat van een strenge aanpak geen sprake was. Dit had ook zijn repercussies op de punitieve handhaving van de Wem.

²¹⁹ Dit beleid sloot naadloos aan bij de toenmalige visie op kartels. Dat van overheidswege heden ten dage anders tegen kartels en de handhaving van de kartelregelgeving wordt aangekeken, diskwalificeert dat beleid nog niet. Het geeft geen pas, zoals Buruma (o.c. p. 702) terecht (zij het beperkt tot het recente verleden) stelt, om het Openbaar Ministerie of de NMA te verwijten dat te weinig werd opgetreden. Als men al kritiek wil uiten, dan moet deze zich voornamelijk richten tegen de lange tijd overheersende kartelpositieve visie van de centrale overheid en dan met name bij het ministerie van Economische Zaken.

²²⁰ Zie bijvoorbeeld met betrekking tot verticale prijsbinding de jaarverslagen Wem over de jaren 1967 (*Kamerstukken II* 1967/1968, 9563) en 1968 (1968–1969, 10 117) en met betrekking tot disciplinaire kartelrechtspraak het sinds 1975 (jaarverslag Wem 1975, *Stcrt.* 20 oktober 1976, 204) lange tijd gevoerde beleid. In deze praktijk stond de Wem overigens niet alleen. Zie Commissie Bestuursrechtelijke en Privaatrechtelijke Handhaving, *Handhaven op niveau*, Zwolle 1998, p. 48.

²²¹ P. VerLoren van Themaat, «Het wetsontwerp Lubbers tot wijziging van de Wet Economische Mededinging», *SEW* 1978 p. 191 en 192, M. R. Mok, «Naar een ander prijsbeleid?», *TVVS* p. 248 en L. A. Geelhoed, «De Rijksbegroting 1986 en de economische wetgeving», *SEW* 1985 p. 712.

²²² A. J. Braakman, «Naar een nieuwe mededingingswet», *Bouwrecht* 1997 p. 196. Zie ook P. VerLoren van Themaat, «Nieuw leven in de Wet Economische Mededinging of terug naar de Abtsweg?», *SEW* 1988 p. 73 en H. W. de Jong, «Mededingingspolitiek: ficties en feiten», *ESB* 1986 p. 3.

²²³ Zie Quaadvlieg, o.c. p. 38.

²²⁴ P. VerLoren van Themaat, «Nieuw leven in de Wet Economische Mededinging of terug naar de Abtsweg?», *SEW* 1988 p. 4. De redenering is dan dat de grootste excessen al door de Europese Commissie worden bestreden, waardoor streng Nederlands beleid minder noodzakelijk werd. Het is ons inziens de vraag of dit gegeven inderdaad een rol heeft gespeeld bij de keuze voor het terughoudende beleid.

III.1.3 De punitieve handhaving

De Wem en haar voorgangsters werden strafrechtelijk gehandhaafd. Althans: de mogelijkheid hiertoe bestond. Want in de praktijk is hiervan nauwelijks gebruik gemaakt, in die zin dat vermeende kartelinbreuken vrijwel nooit de strafrechter hebben bereikt. De redenen hiervoor komen later nog aan de orde. Eerst wordt kort ingegaan op de strafrechtelijke mogelijkheden.

De Wem was een van de vele wetten die via de Wet op de economische delicten (WED) werd gehandhaafd. Behoudens een korte periode begin jaren '90²²⁵ werd in ieder geval een deel van de inbreuken op de Wem gekwalificeerd als misdrijven. De maximumstraffen hiervoor bedroegen 2 jaar gevangenisstraf (bijv. voor de feitelijk leidinggevende van een rechtspersoon, art. 51 Sr) en een geldboete van de vierde categorie (€ 11 250/f 25 000). Dit althans was het uitgangspunt wat de geldboetes betreft. Op grond van art. 23 lid 7 Sr kon, indien de inbreuk was gepleegd door een rechtspersoon, de naast hogere boetecategorie worden opgelegd. Bovendien kon daarnaast nog eens de naast hogere boetecategorie worden opgelegd, indien een groot belang in het geding was.²²⁶ Al met al kon wegens een kartelmisdrijf aan ondernemingen een boete worden opgelegd van de zesde categorie en dus van f 1 000 000 (€ 450 000) per overtreding. Voeg daarbij de mogelijkheid van ontneming van het wederrechtelijk verkregen voordeel, zoals geregeld in art. 36e Sr, en het vaak geschetste beeld dat de strafrechtelijke sancties onvoldoende waren om echt indruk op ondernemingen te maken, kan niet anders dan als niet juist worden gekwalificeerd. De pijn lag dan ook meer in de toepassing van de wettelijke mogelijkheden, of liever in het ontbreken daarvan.

Waarom werd zo weinig van deze strafrechtelijke weg gebruik gemaakt? In de regeling zoals het Nederlandse kartelrecht die tot 1998 kende, werd het belang van het strafrecht voor de praktijk van de handhaving bepaald door twee factoren, te weten de bereidheid van de overheid om individuele of generieke verboden of aanwijzingen in het leven te roepen én de bereidheid van de strafrechtelijke organen om deze verboden met inzet van strafrechtelijke middelen te handhaven. Wat het eerste aspect betreft: strafbaar waren slechts inbreuken op onverbindendverklaringen, op generieke onverbindendverklaringen en op aanwijzingen aan een economische machtspositie. Doordat in de praktijk, zoals we zagen, weinig van deze formele maatregelen gebruik werd gemaakt, was er voor het strafrecht weinig ruimte;²²⁷ waar het de bouwwereld betreft, was het wachten tot 1994 tot een algemeen verbod op vooroverleg het licht zag. Maar ook in die gevallen waarin wel sprake was van een formele maatregel en een (vermoedelijke) inbreuk daarop, werd nauwelijks strafrechtelijk opgetreden. De belangrijkste verklaring hiervoor is dat vanuit het ministerie van Economische Zaken weinig mogelijke inbreuken aan het Openbaar Ministerie zijn gemeld en dat ook vanuit de Economische Controledienst (ECD, nu: FIOD-ECD), onder de Wem de primaire instantie met strafrechtelijke kartelonderzoeken belast, nauwelijks zaken werden aangedragen. Van de zijde van de ECD werd verklaard (wij parafaseren):

«In de periode tot 1993 werd aan ondernemers geadviseerd om contact op te nemen met het ministerie van Economische Zaken als zij een ontheffing van de Wem wilden. Dat was in samenspraak met het ministerie. Er werd wel eens contact opgenomen met de

²²⁵ In deze tijd is er nogal wat geschoven met de Wem binnen de WED. Zie hierover kritisch Quaedvlieg, o.c. p. 83/87 alsmede M. R. Mok, *Kartelrecht I. Nederland*, Zwolle 1995, p. 242.

²²⁶ Art. 6 lid 1 laatste volzin luidt: «Indien de waarde der goederen, waarmede of met betrekking tot welke het economisch delict is begaan, of die geheel of gedeeltelijk door middel van het economisch delict zijn verkregen, hoger is dan het vierde gedeelte van het maximum der geldboete welke in de gevallen onder 1° tot en met 4° kan worden opgelegd, kan, onverminderd het bepaalde in artikel 23, zevende lid, van het Wetboek van Strafrecht, een geldboete worden opgelegd van de naast hogere categorie.»

²²⁷ Veel werk leverde de Wem dan ook niet op voor de Economische Controledienst. Een ambtenaar van deze dienst schetst de situatie als volgt: «Voor 1993 werden door een aantal controleurs in principe alle Wem-zaken die bij de ECD binnenkwamen, behandeld en onderzocht. Ik had destijds als controleur de ervaring dat het aantal klachten of redenen om onderzoeken in te stellen naar de Wem in die periode dusdanig was dat je het met twee of drie, maar soms met één kon behappen.»

desbetreffende ambtenaar bij EZ, waarbij het probleem werd geschetst en werd gevraagd of een ontheffingsaanvraag enige kans van slagen zou hebben. Dan werd de betrokken ondernemer geadviseerd om met Economische Zaken te gaan praten. Veel processen-verbaal werden er in die tijd echter niet opgemaakt.»²²⁸

²²⁸ Zoals uit onderzoek in het kader van het deelproject «Rol van de overheid» blijkt, is in de periode 1992/1998 in zes gevallen (dat wil zeggen in 18% van de bouwgerelateerde onderzoeken, hetgeen relatief hoog is) proces-verbaal opgemaakt. Van de 180 Wem-zaken die werden onderzocht door de ECD, waren 34 (19%) bouwgerelateerd. Ook dat is relatief hoog, maar minder hoog dan klaarblijkelijk het gevoelen was binnen de ECD. W. Huisman/E. Niemeijer, *Zicht op organisatiecriminaliteit. Een literatuuronderzoek*, Den Haag 1998, p. 219/220, schrijven namelijk: «Het hoofd van de afdeling (van de ECD, HQ) die zich bezig houdt met onderzoeken op dit terrein schat in dat 30% à 40% van de ingestelde onderzoeken betrekking heeft op aanbestedingsprocedures tussen bedrijfsleven en overheid.

²²⁹ Hier treffen we een van de «klassieke» visies van ondernemers ten aanzien van de strafwaardigheid van hun gedrag aan. Zie M. L. Benson, «Denying the guilty mind: accounting for involvement in a white-collar crime», *Criminology* 1995, p. 363/365 en G. Geis, «The Heavy Electrical Equipment Antitrust Cases of 1961», in: G. Geis/R. F. Meier/L. M. Salinger (red), *White-Collar Crime: Classic and Contemporary Views*, 1995, p. 155/156. Waar het de befaamde General electric-zaak betreft, concluderen zij: «A not inconsiderable number of the defendants took the line that their behavior, while technically criminal, had really served a worthwhile purpose by «stabilizing prices» (a much-favored phrase of the conspirators). This altruistic interpretation almost invariably was combined with an attempted distinction among illegal, criminal, and immoral acts, with the offender's expressing the view that what he had done might have been designated by the statutes as criminal, but either he was unaware of such a designation or he thought it unreasonable that acts with admirable consequences should be considered criminal.» In feite betreft het hier wat G. M. Sykes/D. Matza, «Techniques of neutralization: a theory of delinquency», *American Sociological Review*, p. 666 aanduiden als «neutralizations»: «It is our argument that much delinquency is based on what is essentially an unrecognized extension of defenses to crimes, in the form of justifications for deviance that are seen as valid by the delinquent but not by the legal system or society at large. These justifications are commonly described as rationalizations. They are viewed as following deviant behavior and

as protecting the individual from self-blame and the blame of others after the fact. But there is also reason to believe that they precede deviant behavior and make deviant behavior possible». M. Punch, *Dirty Business: Exploring Corporate Misconduct*, Londen 1996, p. 227, verwoordt het als volgt: «The rationalizations and motives defuse the moral, criminal, and negative connotations of deviant practices enabling them to be perceived as normal, routine and morally neutral events». G. Slapper/S. Tombs, *Corporate Crime*, 1999, p. 119, stellen dienaangaande: «Somewhat differently, techniques of neutralisation may act as post-hoc rationalisations of, or justifi-

cations for, action. In this way, they may not necessarily explain why people within organisations commit crime (...), but reference to such techniques does help in the understanding of how the wrong can be sustained and repeated by people who are not insensitive nor amoral in other parts of their life.»²³⁰ *Cobouw*, 23 maart 2002. En een andere aannemer: «Wij waren eigenlijk niet anders gewend. Ik wist niet beter dan dat het zo ging. Soms realiseerde je je wel dat het zo niet zou moeten gaan, maar binnen de aannemers-wereld werd het niet gezien als iets misdadigs. Deze gewoonte was zo ingesleten dat je eigenlijk niet beter wist.»

van mogelijk aan te pakken normovertredingen staan, minder oppor-
tuun.²³¹

²³¹ In feite speelt hier eveneens een neutralisatie-techniek een rol, te weten «denying the victim». Zie hierover onder meer S. Box, *Power, crime, and mystification*, Londen 1983, p. 55/56 en J. W. Coleman, «Motivation and Opportunity: Understanding the Causes of White-Collar Crime», in Geis/Meier/Salinger, o.c. p. 367/368, die stelt: «One of the most common is the claim that the crimes do not harm anyone. If one's actions do not hurt other people, the argument goes, then there is nothing unethical about them.» Vergelijkbaar reeds Sykes/Matza, o.c. p. 666/669: «the moral indignation of self and others may be neutralized by an insistence that the injury is not wrong in light of the circumstances. (...) In addition, however, the existence of the victim may be denied for the delinquent, in a somewhat different sense, by the circumstances of the delinquent act itself. Insofar as the victim is physically absent, unknown, or a vague abstraction (as is often the case in delinquent acts committed against property), the awareness of the victim's existence is weakened.

²³² Vergelijk ook W. Huisman/E. Niemeijer, *Zicht op organisatiecriminaliteit. Een literatuuronderzoek*, Den Haag 1998, p. 221: «Meestal wordt een zaak afgedaan met een sepot. Als een zaak al terecht komt bij het Openbaar Ministerie, dan eindigt deze bijna altijd in een transactie.» De animo bij aannemers om een transactievoorstel te aanvaarden, was ook groot. Zo werd in het kader van een ECD-onderzoek aan 28 verdachten gevraagd of zij wel wat zouden voelen voor een eventuele afdoening via een transactie; 26 verdachten antwoordden bevestigend.

²³³ Men dient te bedenken dat ten gevolge van de relatieve competentie in het strafrecht de weinige zaken ook nog eens geografisch gespreid waren.

²³⁴ Hierdoor nam natuurlijk het risico toe dat vervolging niet tot een veroordeling zou leiden. Met een transactie werd in ieder geval een resultaat bereikt, dat financieel waarschijnlijk niet minder was dan in geval van een succesvolle vervolging.

²³⁵ Dit is overigens kenmerkend voor organisatiecriminaliteit. Zie S. Box, *Power, crime, and mystification*, Londen 1983, p. 16: «Corporate crime is rendered invisible by its complex and sophisticated planning and execution, by non-existent or weak law enforcement and prosecution, and by lenient legal and social sanctions which fail to reaffirm or reinforce collective sentiments on moral boundaries.»

²³⁶ Daarmee is aangesloten bij een trend. Zie over deze trend onder andere F. C. M. A. Michiels, *De boete in opmars?*, Zwolle 1994, M. J. H. T. Rikmenspoel, «De bestuursrechtelijke boete: traditie, trend en toekomst», *De Gemeentestem* 1994 p. 321, A. Mulder, «De bestuurlijke boete als middel tot bestrijding van economische delicten», *SEW* 1994 p. 220, G. J. M. Corstens, *Een stille revolutie in het strafrecht*, Arnhem 1995 en L. J. J. Rogier, *Straffend bestuur*, Deventer 2001.

Hoe dat ook zij: slechts weinig zaken vonden hun weg naar het Openbaar Ministerie. Dat is ook de ervaring van een voormalig officier van justitie. Deze vertelde ons dat hij – voor zover hij zich kon herinneren – in de negen jaar dat hij belast was met de vervolging van economische delicten (in de periode tussen 1970 en 1990, bij twee verschillende parketten) slechts twee kartelzaken ter behandeling kreeg, beide gericht tegen groepen middenstanders die (lokaal) een prijsafsprake maakten. Significatief voor de aard van de «kartels» die toen aanleiding gaven tot proces-verbaal, was dat van veertig rijscholen die – binnen de lokale kring van de Vereniging van Rijschoolhouders – afspraken alle hetzelfde lesgeld en hetzelfde examengeld te zullen berekenen. Dat het zaken tegen middenstanders betrof, werd vermoedelijk veroorzaakt doordat in de meeste sectoren uitsluitend op klacht werd opgetreden: zonder klacht geen onderzoek en dus geen strafzaak.

Al met al is het niet verbazend dat het strafrechtelijke traject relatief weinig werd bewandeld. In ieder geval ligt de oorzaak hiervoor niet primair bij het Openbaar Ministerie; maar als een zaak het Openbaar Ministerie bereikte, bestond daar weinig animo om haar aan de rechter voor te leggen. Vaak bestond de einduitkomst in een transactie.²³² Dit was mede een gevolg van de (vermeende) geringe strafwaardigheid van kartelinbreuken. Daarnaast vergt het kartelrecht speciale expertise waarover de «gemiddelde» officier van justitie niet beschikte, al was het alleen maar omdat hij gelet op het geringe aantal zaken niet in staat was om deze expertise op te bouwen.²³³ Dit werd ook zo gevoeld bij de ECD. Van deze zijde werd ons medegedeeld dat van een gebrek aan kennis aan de zijde van het Openbaar Ministerie in de praktijk regelmatig was gebleken. Het beperkte aantal Wem-onderzoeken en het relatief grote aantal officieren zouden hieraan debet zijn geweest: de kennis bij een aantal officieren van justitie ten aanzien van de Wem was nagenoeg nihil, zodat zij zich de materie letter voor letter uit het wetboek eigen moesten maken.²³⁴

Wat daar ook van zijn moge: van strafrechtelijke handhaving en zeker van strafrechtelijke veroordelingen wegens kartelinbreuken was nauwelijks sprake.²³⁵ Gevreesd werd dat deze trend zich zou voortzetten indien handhaving via het strafrecht ook onder het regime van een nieuwe wet zou worden gecontinueerd; mede daarom werd gezocht naar een andere handhavingmodaliteit, die een meer zichtbare handhaving zou opleveren: de handhaving door middel van bestuurlijke boetes.²³⁶ Hierop wordt in hfdst. III. 2.2 nader ingegaan.

Het bovenstaande maakt duidelijk dat van overheidswege lange tijd nauwelijks bezwaren bestonden tegen onderling overleg tussen ondernemingen en daaruit voortvloeiende, mededingingsbeïnvloedende afspraken – zolang de afspraken maar binnen de, zeer ruim omliggende, perken bleven. Waar dit niet het geval was, werd onderhandeld om de afspraak alsnog binnen die perken te brengen. Het mag dan niet verbazen dat ondernemers van de geboden ruimte op grote schaal gebruik maakten. En meer dan dat: dat zij de grenzen van het toelaatbare niet altijd in acht namen. Een reëel gevaar van sancties van overheidswege (althans de Nederlandse overheid; in Brussel lagen de kaarten wel anders) was er immers niet. En dat ook in de bouw daadwerkelijk de ruimte niet onbenut werd gelaten, illustreren de volgende woorden van een aannemer:

«Wij zijn gewoon doorgedaan. Wij zijn doorgedaan omdat er geen alternatief was. We zaten in een markt waarin alleen maar de laagste prijs gold. De opdrachtgever had één criterium en dat was de laagste prijs. In zo'n markt werkzaam zijn, lukt je niet».

Hij concludeerde vervolgens:

«Het was een cultuur die in de bedrijven groot geworden was. (...) Het zat gewoon ingebakken. Mensen wisten niet anders».²³⁷

In de woorden van andere aannemers:

«Ik wist dat prijsoverleg met betrekking tot inschrijfsommen niet is toegestaan, maar ten aanzien van het schoffelbestek van de gemeente X werd ik geconfronteerd met een lopende situatie».

«Er waren ook werken die werden aanbesteed, waar wij niet bij zaten. Als er dan bedrijven waren die wel wat regelden, stonden wij daar helemaal naast. Daar werden dan bepaalde verplichtingen of rechten of claimrechten afgesproken die op het laatst gewoon tegen jou werden gebruikt. Dan verlies je de markt».²³⁸

«Ik was verplicht mee te werken aan dit systeem (opzetgelden) omdat iedere aannemer zo werkte. (...) Wanneer ik niet met de opzetgelden wilde meedoen, was het voor mijn mede-inschrijvers heel makkelijk mij weg te schrijven met behulp van de door hen ontvangen opzetgelden die dan werden afgetrokken van de inschrijfsom.»²³⁹

en

«In de afgelopen jaren was vooroverleg het enige instrument. Als je niet meedeed, als je als bedrijf als uitgangspunt zou nemen om niet mee te doen aan vooroverleg, betekende dit absoluut dat je verloren zou zijn. Dan zou je immers altijd voor bizar lage prijzen moeten inschrijven. Als er geen vooroverleg is, wordt er ver onder kostprijzen ingeschreven. Dat heeft te maken met het evenwicht in de markt. Iedereen zorgt ervoor

²³⁷ Ook hier weer een typische neutralisatie-techniek: het verwijzen naar de cultuur van de branche. Zie bijv. G. Geis, «The Heavy Electrical Equipment Antitrust Cases of 1961», in: Geis/Meier/Salinger, o.c. p. 156: «For the most part, personal explanations for the acts were sought in the structure of corporate pressures rather than in the avarice or lack of law-abiding character of the men involved. The defendants almost invariably testified that they came new to a job, found price-fixing an established way of life, and simply entered into it as they did into other aspects of their job.» Vergelijkbaar: M. Punch, *Dirty Business: Exploring Corporate Misconduct*, Londen 1996, p. 103: «What does emerge with considerable clarity, moreover, is that deviance had become a way of life, a part of the corporate (and industry) culture, and was routinely accepted as «part of the job» en S. Box, *Power, crime, and mystification*, Londen 1983, p. 16: »organizational goals are what they are perceived to be by officials who have been socialized into the organizational «way of life» and who strive in a highly co-ordinate fashion to bring about collectively their realization. Of course, these strivings to realize organizational goals may become crystallized in standard operational procedures. These confront new employees at all bureaucratic levels as «solid facts» to be learnt and practised rather than queried and altered.» In feite betreft het hier wat Sykes en Matza (o.c. p. 666/669) bedoelen met «denial of responsibility». «As a technique of neutralization, however, the denial of responsibility extends much further than the claim that deviant acts are an «accident» or some similar negation of personal accountability. It may also be asserted that delinquent acts are due to forces outside of the individual and beyond his control.» Box, o.c. p. 41, benadrukt overigens dat de cultuur niet dermate dwingend is dat in

casu aannemers daadwerkelijk niet anders konden handelen: «There is no intention in these arguments to give any sustenance to the view that corporate officials have been so successfully socialized into the «way of life» that they cannot see what they are doing or that the organizational constraints upon them were so tight as to be «coercive» and therefore excusing». Vergelijkbaar: M. L. Needleman/C. Needleman, «Organizational Crime: Two Models of Criminogenesis», *The Sociological Quarterly* 1979 p. 520. Dat ook de aannemers bekend ermee waren dat het voor-vooroverleg «op of over het randje was», wordt bevestigd door oud vice-voorzitter van het AVBB, Terlingen (Cobouw 5 april 2002).²³⁸ Anderen stelden dat een aannemer geen bestaansrecht zou hebben als hij niet in het

systeem meedraaide en dat hij dan «absoluut verloren» zou zijn, omdat anders ver onder de kostprijs zou (moeten) worden ingeschreven. In deze verwijzingen naar de noodzaak om te overleven, treffen we een neutralisatietechniek aan; zie Coleman, o.c. p. 367/368: «Another common technique of neutralization is the claim that one's criminal behavior was necessary in order to survive or to achieve vital economic goals.»²³⁹ J. Dohmen/T-J Meeus, «Horen, zien en meedraaien», *NRC Handelsblad* 23 maart 2002. Er is door aannemers dan ook aangegeven dat het niet mogelijk was om helemaal niet mee te doen: de afhankelijkheid van de «concurrenten» maakte dat onbegonnen werk. Iedere keer opnieuw werd men met het systeem geconfronteerd.

dat hij aan het eind van het jaar net de kost heeft verdiend. Ook met dit overleg! Hoe gek het ook klinkt! Niemand kan het geloven! Ook met het overleg is er net een beetje winst aan het eind van het jaar.»²⁴⁰

²⁴⁰ Ook hier weer een typische neutralisatie-techniek: het verwijzen naar de cultuur van de branche. Zie bijv. G. Geis, «The Heavy Electrical Equipment Antitrust Cases of 1961», in: Geis/Meier/Salinger, o.c. p. 156: «For the most part, personal explanations for the acts were sought in the structure of corporate pressures rather than in the avarice or lack of law-abiding character of the men involved. The defendants almost invariably testified that they came new to a job, found price-fixing an established way of life, and simply entered into it as they did into other aspects of their job.» Vergelijkbaar: M. Punch, *Dirty Business: Exploring Corporate Misconduct*, Londen 1996, p. 103: «What does emerge with considerable clarity, moreover, is that deviance had become a *way of life*, a part of the corporate (and industry) culture, and was routinely accepted as «part of the job» en S. Box, *Power, crime, and mystification*, Londen 1983, p. 16: «organizational goals are what they are perceived to be by officials who have been socialized into the organizational «way of life» and who strive in a highly co-ordinate fashion to bring about collectively their realization. Of course, these strivings to realize organizational goals may become crystallized in standard operational procedures. These confront new employees at all bureaucratic levels as «solid facts» to be learnt and practised rather than queried and altered.» In feite betreft het hier wat Sykes en Matza (o.c. p. 666/669) bedoelen met «denial of responsibility». «As a technique of neutralization, however, the denial of responsibility extends much further than the claim that deviant acts are an «accident» or some similar negation of personal accountability. It may also be asserted that delinquent acts are due to forces outside of the individual and beyond his control.» Box, o.c. p. 41, benadrukt overigens dat de cultuur niet dermate dwingend is dat in casu aannemers daadwerkelijk niet anders konden handelen: «There is no intention in these arguments to give any sustenance to the view that corporate officials have been so successfully socialized into the «way of life» that they cannot see what they are doing or that the organizational constraints upon them were so tight as to be «coercive» and therefore excusing». Vergelijkbaar: M. L. Needleman/C. Needleman, «Organizational Crime: Two Models of Criminogenesis», *The Sociological Quarterly* 1979 p. 520. Dat ook de aannemers bekend ermee waren dat het voor-vooroverleg «op of over het randje was», wordt bevestigd door oud vice-voorzitter van het AVBB, Terlingen (Cobouw 5 april 2002).

Dit bevestigt het beeld dat vooroverleg in de Nederlandse bouw een cultuur, een decennialange traditie is geweest. Die cultuur is door de overheid getolereerd, soms zelfs gestimuleerd, en door de bouw gekoesterd. Men kan dan redelijkerwijze niet verwachten dat door een verandering in de visie van de overheid deze cultuur «van de ene dag op de andere» uit de praktijk kan worden gebannen – zeker niet als een groot deel van de bouwwereld overtuigd is van de noodzaak of ten minste de voordelen van het gewraakte vooroverleg en de schadelijke gevolgen niet onder ogen ziet.²⁴¹

III.2 Relevante wet- en regelgeving

III.2.1 Het nationale recht

Tot 1998 was het uitgangspunt van de Nederlandse kartelwetgeving gelet op het vorenstaande de geldigheid van kartels. Slechts bij gebleken strijd met het algemeen belang, in geval van misbruik in een concreet geval derhalve, kon door de minister van Economische Zaken en de minister «wie de zaak mede aangaat» worden opgetreden en de betreffende mededingingsregeling (kartel) onverbindend worden verklaard. Vanaf dat moment was die regeling rechtens non-existent en mocht niet meer worden nageleefd. *De facto* ontstond aldus een verbod voor dat concrete geval, welk verbod niet ontboden mocht worden door middel van juridisch niet-bindend gedrag. Overtreding van dit verbod leverde een strafbaar feit op. Een tweede en meer ingrijpende maatregel was de generieke onverbindendverklaring: een verbod op bepaalde soorten mededingingsbeperkend gedrag. Ook hier gold: inbreuk op een generieke maatregel betekende strafbaar gedrag. Voor de bouw was het besluit van 29 december 1986 van belang. Blijkens de nota van toelichting was de reden voor deze generieke maatregel de volgende:

«Het gaat om bepalingen die betrekking hebben op het vaststellen van inschrijfcijfers, op het in die cijfers opnemen van verhogingen en vergoedingen of op regeling van de deelname aan een inschrijving. Bedoelde bepalingen hebben een zodanige werking en worden zo veelvuldig toegepast, dat daardoor de mededinging ernstig wordt beperkt, als gevolg waarvan de bij de bij die mededingingsregelingen betrokken aannemers tegen hogere prijzen inschrijven dan zonder die bepalingen het geval zou zijn.»²⁴²

²⁴¹ Daarom ook dat (zoals reeds eerder aangehaald) een aannemer – ongetwijfeld volledig oprecht – kon verklaren: «Ik heb nooit iets fout gedaan. Ik heb niets gedaan wat andere ondernemers niet ook doen». Ook hier is weer sprake van een klassieke neutralisatie-techniek; zie Coleman, o.c. p. 367/368: «Another common technique of neutralization is the claim that one's criminal behavior was necessary in order to survive or to achieve vital economic goals. (...) A justification that is

often combined with the argument of necessity is the claim that «everybody else is doing it.»

²⁴² Besluit van 29 december 1986 tot onverbindendverklaring van een aantal bepalingen in mededingingsregelingen aangaande het aannemersoverleg in de bouwsector, *Stb.* 1986, 676, p. 5 e.v. Nieuw was het probleem overigens allerminst, aangezien reeds in 1957 de Commissie Aanbestedingswezen bezwaren had geformuleerd tegen opzetcontracten.

Wel concludeerde toenmalig staatssecretaris van Economische Zaken Evenhuis:

«De huidige situatie vormt in ieder geval aanleiding om het vrijwel altijd aan de aanbesteding voorafgaande prijsoverleg tussen aannemers niet zonder meer als onaanvaardbaar te verwerpen. Dit prijsoverleg biedt aannemers de mogelijkheid om zich na de bij prijsvergelijking geconstateerde calculatiefouten terug te trekken als ook om gemaakte kosten in de aannemingssom vergoed te krijgen. Bovendien zou een generieke onverbindendverklaring van aanbestedingsregelingen en daarop gebaseerde opzetcontracten als zodanig, het sluiten van wilde opzetcontracten en andere ongereguleerde afspraken met betrekking tot de deelname aan een inschrijving in de hand kunnen werken.»²⁴³

²⁴³ De staatssecretaris (Besluit van 29 december 1986 tot onverbindendverklaring van een aantal bepalingen in mededingingsregelingen aangaande het aannemersoverleg in de bouwsector, *Stb.* 1986, 676, p. 13) wees ook op de specifieke kenmerken van de markt: «Bovendien wordt het bestaan van aanbestedingsregelingen gerechtvaardigd door de aan (de) marktstructuur inherente factoren, die een economisch verantwoorde prijsvorming in gevaar brengen: specifieke vraagtechniek van de aanbesteding, marktoverwicht van één enkele opdrachtgever tegenover verscheidene gegadigden voor één werk; onvoldoende gelegenheid voor de aannemer tot markt-oriëntatie; onzekerheden en risico's met betrekking tot werkschrijving, productieplaats enz.; geen hoge eisen voor toetreding tot de markt».

²⁴⁴ Besluit van 29 december 1986 tot onverbindendverklaring van een aantal bepalingen in mededingingsregelingen aangaande het aannemersoverleg in de bouwsector, *Stb.* 1986, 676 p. 17.

²⁴⁵ Pb 1992 L 92/18 (Bouwnijverheid in Nederland). Voor een uiteenzetting van de bezwaren die de Commissie tegen deze Nederlandse praktijk had, verwijzen wij naar het verslag van het deelonderzoek Juridische aspecten van aanbesteding, mededinging en contractering in de bouwnijverheid.

²⁴⁶ Interessant is dat de aannemers nog hadden gewezen op het lage prijspeil in Nederland ten opzichte van andere EG-landen. Logischerwijze mocht dat als «strafuitsluiting» niet baten. Maar het toont eens te meer de aanwezigheid van neutralisatietechnieken aan. Een vergelijkbare techniek kwam naar voren in de General Electric-zaak: «We believe that the purchasers of electrical apparatus have received fair value by any reasonable standard. The prices which they have paid during the past years were appropriate to value received and reasonable as compared with the general trends of prices in the economy, the price trends for materials, salaries, and wages. The foresight of the electrical utilities and the design and manufacturing skills of companies such as General Electric have kept electricity one of today's greatest bargains»; zie G. Geis, «The Heavy Electrical Equipment Antitrust Cases of 1961», in: Geis/Meier/Salinger, o.c. p. 153/154.

Het gevolg van een en ander was dat het opdrijven van prijzen (inschrijfcijfers) verboden werd, maar dat rekenvergoedingen en combinatievorming voor één werk expliciet werden aanvaard:

«Zonder de bepalingen in aanbestedingsregelingen inzake rekenvergoeding zouden deelnemers onder druk van de concurrentie geneigd zijn in hun inschrijfcijfers geen vergoeding voor gemaakte calculatiekosten op te nemen, terwijl het hier gaat om reële, door iedere deelnemer aan een voorvergadering gemaakte kosten welke op verzoek van de aanbesteder worden gemaakt. Voor de aanbesteder is de rekenvergoeding derhalve de prijs voor de concurrentie, die hij «koopt».»²⁴⁴

Uiterlijk vanaf de SPO-beschikking van de Europese Commissie is echter duidelijk dat dit soort gedrag vanuit communautair oogpunt in ieder geval niet aanvaardbaar was.

«Dit systeem verhindert de meest competitieve ondernemingen, met de laagste calculatie- en inschrijvingskosten, van dat voordeel profijt te trekken. De -forfaitaire- prijsverhogingen houden immers geen rekening met de situatie van iedere individuele deelnemer. In tegendeel, dit systeem schermt de slechtst opererende ondernemingen af van de mededinging en neemt voor hen elke prikkel weg om hun produktiviteit te verbeteren. (...) Het systeem van onderling afgestemde prijsopslagen heeft de volgende bijkomende effecten. Enerzijds worden daardoor de deelnemende aannemers ertoe aangezet om zuiver pro forma prijsaanbiedingen in te richten met als enig doel, de met toepassing van dat systeem bepaalde rekenvergoeding te ontvangen. Anderzijds worden daardoor opdrachtgevers aangezet, slechts een zeer beperkt aantal bouwondernemingen tot het doen van een prijsaanbieding uit te nodigen, omdat zij ter zake van elk door hen aan te besteden bouwwerk de calculatiekosten van alle inschrijvers moeten dragen. Een dergelijk systeem heeft tot effect, dat het aantal aanbieders betreffende elk bouwwerk, en dus de mededinging in de sector van de bouwnijverheid wordt beperkt.»²⁴⁵

Dit oordeel van de Europese Commissie werd bevestigd door het Gerecht van eerste aanleg en het Hof van Justitie. Een cultuurshock voor de Nederlandse bouwwereld en toch ook voor de Nederlandse overheid.²⁴⁶ Een drastische wijziging van de benadering van rekenvergoedingen was het logische gevolg. In 1994 zag dan ook het Besluit mededingingsregelingen aanbestedingen het licht, dat, met uitzondering van combinatievorming, die gedragingen die nog in 1986 expliciet aanvaardbaar werden geacht, verbood. Dit specifiek op aanbestedingskartels gericht verbod is met de inwerkingtreding van de Mededingingswet in 1998 opgevolgd door een algemeen verbod op mededingingsbeperkend gedrag. Deze Mededingingswet is in wezen een kopie van de communautaire kartelverboden van art. 81 en 82 EG, welke convergentie wordt benadrukt door het expliciete uitgangspunt dat «de Mededingingswet niet

²⁴⁷ Kamerstukken II 1995/1996, 24 707, nr. 3 p. 10.

²⁴⁸ Voor een uitgebreide bespreking van beide regelingen zie onder meer M. R. Mok, *Kartelrecht I. Nederland. De Mededingingswet*, Zwolle 1998 en W. van Gerven/L. Gyselen/M. Maresceau/J. Stuyck, *Kartelrecht II. Europese Gemeenschap*, Zwolle, 1997.

²⁴⁹ Dat ligt iets anders bij de economische machtspositie. Zie hierover par. III.2.3.

²⁵⁰ HvJ (C-41/90), *Jur.* 1991, I-1979 (Höfner). Het moge duidelijk zijn dat kartelrecht bij uitstek een rechtsgebied is waarbij rechtspersonen zijn betrokken.

²⁵¹ Hetzelfde geldt voor besluiten, die door van Gerven/Gyselen/Maresceau/Stuyck, o.c. p. 137, worden omschreven als «een beslissing die wordt genomen door een maatschappelijk orgaan (algemene vergadering, raad van beheer, enz.) van een vereniging met rechtspersoonlijkheid of van een zuiver feitelijke vereniging en die voor diens leden een verbindend karakter vertoont», waarbij zoals gezegd het verbindend karakter niet noodzakelijk duidt op juridische binding. Zie bijvoorbeeld *Pb* 1996 L 181/28 (FENEX).

²⁵² De merkbaarheid van de mededingingsbeperking is in het EG-recht jurisprudentieel geïntroduceerd en is een impliciet bestanddeel van art. 6 Mw. Zogenaemde bagatel-inbreuken vormen geen inbreuk op het kartelverbod. Art. 7 Mw kent een kwantitatieve bagatelvoorziening die echter de vorm heeft van een vrijstelling en – in tegenstelling tot de communautaire bagatelverklaring – geen uitwerking is van het merkbaarheidsvereiste. Zie Mok, o.c. p. 122 e.v. alsmede T. R. Ottervanger/J. Steenbergen/S.J. van der Voorde, *Competition Law of the European Community, the Netherlands and Belgium*, Deventer 1998, p. 108.

²⁵⁴ Het moge duidelijk zijn dat de afbakening tussen onderlinge afstemming en parallel gedrag in de praktijk veelal moeilijk is. Hetzelfde geldt voor het bewijs van onderlinge afstemming; coördinatie zal namelijk in beginsel niet op papier staan.

²⁵⁵ Slot/Galjaard 2000 (T&C Mededingingswet), art. 6, aant. 6. Mok, o.c. p. 129/131 geeft onder meer de volgende voorbeelden: regelingen inzake prijzen, reclame, productie, investering, afzetquotering, marktbescherming, verdeling van voorzieningsbronnen, condities, discriminatie, melding, erkenning, gedrag tegenover de andere marktzijde (hier doelt hij op inschrijving op aanbestedingen en de daarbij te hanteren voorwaarden), specialisatie, rationalisatie, onderzoek en ontwikkeling en uitwisseling van marktgegevens.

²⁵⁶ Onder blankcijfer werd in het Besluit mededingingsregelingen in de bouwsector (*Stb.* 1986, 676) verstaan de prijs die door een aannemer wordt ingediend ten behoeve van het overleg in het kader van de toepassing van een aanbestedingsregeling ter zake van een bepaald werk.

strenger en niet soepeler zal zijn dan de EG-mededingingsregels.»²⁴⁷ Dit impliceert dat de visie van de Europese Commissie en van het Hof van Justitie richtinggevend is voor de invulling van de Mededingingswet en over de ongeldigheid van afspraken met betrekking tot rekenvergoedingen onder het huidige recht dus geen twijfel kan bestaan. Desalniettemin is de bouwwereld er, naar in hfdst.III.3.3 zal blijken, nog steeds van overtuigd dat een systeem van rekenvergoedingen onmisbaar is.

Het juridische lot van horizontale afspraken omtrent rekenvergoedingen is derhalve duidelijk. Maar wat is nu meer in het algemeen verboden onder het Nederlandse en communautaire recht? Op deze vraag wordt hieronder kort ingegaan.²⁴⁸

III.2.2 Het kartelverbod

Waar het het verbod van kartels betreft, staat art. 6 Mw centraal:

1. *Verboden zijn overeenkomsten tussen ondernemingen, besluiten van ondernemersverenigingen en onderling afgestemde feitelijke gedragingen van ondernemingen die ertoe strekken of ten gevolge hebben dat de mededinging op de Nederlandse markt of een deel daarvan wordt verhinderd, beperkt of vervalst.*
2. *De krachtens het eerste lid verboden overeenkomsten en besluiten zijn van rechtswege nietig.*

De nauwe band met het communautaire recht (art. 81 EG) wordt hier duidelijk onderstreept: art. 6 Mw en art. 81 EG zijn *mutatis mutandis* gelijklopend. Deze band wordt nog versterkt door art. 1 Mw, waar ten aanzien van de begrippen overeenkomst, onderneming, ondernemersvereniging en onderling afgestemde feitelijke gedragingen steeds expliciet wordt verwezen naar de betekenis die deze begrippen in het communautaire recht hebben. Iedere (jurisprudentiële) wijziging vanuit Brussel of Luxemburg heeft dan ook directe consequenties voor de reikwijdte van de Mededingingswet.²⁴⁹ En deze reikwijdte is zeer ruim. Een onderneming is «elke eenheid (...) die een economische activiteit uitoefent, ongeacht haar rechtsvorm en de wijze waarop zij wordt gefinancierd».²⁵⁰ Verboden is in beginsel ieder gecoördineerd mededingingsbeperkend gedrag, ongeacht de (juridische) verschijningsvorm. Zo is voor «overeenkomsten» geen juridische binding vereist (aldus vallen gentlemen's agreements onder de reikwijdte van de «overeenkomst»)²⁵¹ en vormen de onderling afgestemde feitelijke gedragingen het vangnet voor die gedragingen die niet als overeenkomst zijn aan te merken, maar desalniettemin (merkbaar²⁵²) mededingingsbeperkend én gecoördineerd zijn.²⁵³ Louter parallel marktgedrag daarentegen is niet verboden.²⁵⁴

Ten aanzien van de aard van het gedrag kan worden gewezen op het klassieke onderscheid tussen horizontale en verticale kartels. Onder horizontale kartels worden verstaan overeenkomsten (of ander kartelgedrag) «tussen elk in hetzelfde stadium van de productie- of distributieketen werkzame ondernemingen, d.w.z. ondernemingen die dezelfde economische activiteit uitoefenen. Marktverdelingsregelingen, productie of verkoopregelingen vormen voorbeelden van horizontale overeenkomsten.»²⁵⁵ De SPO-zaak die voor het Nederlandse kartelrecht en zeker voor de bouwwereld zo belangrijk is geweest, had betrekking op zo'n horizontaal kartel. Het draaide primair om het in een vooroverleg aanwijzen van een rechthebbende, hetzij via vergelijk van de blankcijfers²⁵⁶ (de laagste winst), hetzij via het verlenen van een preferentie (de «gelukkige» was dan

wel gehouden tegen het laagste blankcijfer – verhoogd met een verplicht bedrag voor rekenvergoedingen – het werk te verrichten). Een duidelijk voorbeeld van marktverdeling; in feite bepaalden de aannemers in het vooroverleg wie het meeste kans zou krijgen op het werk.²⁵⁷ Op prijsniveau concurreren de aannemers na de vaststelling van de preferentie immers niet meer: zij dienden zich te houden aan hun ingediend – hoger – inschrijfcijfer. Voor de aanbesteder viel er dientengevolge weinig meer te kiezen en in ieder geval niets te onderhandelen over de prijs met andere SPO-leden. Naast deze marktverdeling was er ook een collectieve prijsafspraken, en wel in de vorm van rekenvergoedingen. Want hoe men het ook wendt of keert, afspraken omtrent verhoging van de inschrijving met een (forfaitair) bedrag ter compensatie van de door andere inschrijvers gemaakte rekenkosten, is en blijft een prijsafpraak.²⁵⁸ Bij de bespreking van de Bos-administratie zal blijken dat afspraken over marktverdeling daarin een prominente plaats innemen.²⁵⁹

Van deze horizontale kartels worden verticale kartels onderscheiden. Dit «zijn regelingen tussen elk in een verschillend stadium van de productie- of distributieketen werkzame ondernemingen en die betrekking hebben op de voorwaarden waaronder de partijen bepaalde producten of diensten kunnen kopen, verkopen of doorverkopen. Het gaat hier met name om verschillende overeenkomsten over distributie: alleenverkoopovereenkomsten, exclusieve afname overeenkomsten, selectieve distributie en franchising.»²⁶⁰

Niet alle gedragingen die in beginsel onder de reikwijdte van art. 6 Mw vallen, zijn verboden. Toegestaan zijn namelijk die gedragingen waarvoor een vrijstelling geldt. En deze vrijstellingen zijn geregeld in art. 7 (bagatels), 12 (doorwerking van EG-groepsvrijstellingen), 13 (doorwerking van EG-groepsvrijstellingen, voor zover het kartel aan de gestelde voorwaarden voldoet behoudens de eis van beïnvloeding van de interstatelijke handel of van mededingingsbeperking binnen de gemeenschappelijke markt), 14 (kartels waarvoor door de Europese Commissie een ontheffing is verleend) alsmede 15 (nationale vrijstellingen). Voor de bouw is de nationale vrijstelling van combinatieovereenkomsten van belang.²⁶¹

*Besluit vrijstelling combinatieovereenkomsten*²⁶²

Het Besluit vrijstelling combinatieovereenkomsten definieert de combinatieovereenkomst als:

«een schriftelijke overeenkomst tussen twee of meer ondernemingen waarin

- 1° ter zake van een gedane of aangekondigde aanbesteding de gezamenlijke indiening door die ondernemingen van een inschrijfcijfer voor de desbetreffende opdracht wordt geregeld, waarbij elk van de betrokken ondernemingen zich verbindt een aanmerkelijke bijdrage te leveren aan de uitvoering van de desbetreffende opdracht;
- 2° geen andere mededingingsbeperkingen zijn opgenomen dan die welke noodzakelijk zijn voor de onder 1° bedoelde indiening en uitvoering».

Vooropgesteld zij dat deze combinatieovereenkomsten als zodanig onder het verbod van artikel 6 Mw kunnen vallen: waar de betreffende ondernemingen concurrenten zijn die in beginsel zelfstandig het werk kunnen uitvoeren, beperken dergelijke afspraken onmiskenbaar de mededinging.²⁶³ Toch zijn zij van het verbod van art. 6 Mw vrijgesteld. De reden voor deze vrijstelling is gelegen in de voordelen die deze samenwerkingsvorm (waar het de bouw betreft) voor aannemers én opdrachtgevers met

²⁵⁷ Van Gerven/Gyselen/Maresceau/Stuyck, o.c. p. 437/439.

²⁵⁸ Ook al is het doel niet zozeer het bereiken van directe financiële voordelen, doch «slechts» compensatie van gemaakte kosten.

²⁵⁹ Zie par. 4.

²⁶⁰ Slot/Galjaard 2000 (T&C Mededingingswet), aant 6 op art. 6.

²⁶¹ Op dit moment zijn er nog drie andere nationale vrijstellingen, te weten Besluit vrijstelling branchebeschermingsovereenkomsten, 1997/596; Besluit vrijstellingen samenwerkingsovereenkomsten detailhandel, 1997/704; Tijdelijk besluit vrijstelling prijsbinding dagbladen, 1997/705.

²⁶² Besluit vrijstelling combinatieovereenkomsten, 1997/592.

²⁶³ Dat is anders, aldus de nota van toelichting bij het onderhavige besluit terecht, «indien de betrokken ondernemingen wél direct onderling concurreren (...), maar individueel niet in staat zouden zijn de desbetreffende opdracht uit te voeren». In dat geval wordt de mededinging door de onderlinge overeenkomst *de facto* immers juist positief beïnvloed.

zich brengt. Als belangrijke voordelen noemt de nota van toelichting: verhoging van de arbeidsproductiviteit en benuttingsgraad (met daaruit voortvloeiende efficiëntievoordelen), het kunnen opvangen van piekbelastingen, het beperken van het risico voor aannemers van financiële afhankelijkheid van één enkele opdrachtgever, het vergroten van de mogelijkheden om mee te dingen naar grote of ingewikkelde opdrachten, het bevorderen van technische vooruitgang door uitwisseling van *know how* en het verhogen van de kwaliteit van het eindproduct.²⁶⁴

Dat deze voordelen zich zeker kunnen voordoen, laat onverlet dat combinatievorming die niet strikt noodzakelijk is om een werk te kunnen uitvoeren, in beginsel leidt tot een beperking van het aantal concurrenten en dus duidelijke negatieve repercussies voor de mededinging heeft. Het is balanceren op een koord: waar overstijgen de voordelen van combinaties de mededingingsbeperkende aspecten ervan? Tegen deze achtergrond moeten ook de tamelijk strikte voorwaarden worden gezien die de wetgever aan de vrijstelling heeft verbonden. Ten eerste mogen de mededingingsbeperkingen niet verder gaan dan strikt noodzakelijk is. En ten tweede geldt de vrijstelling «niet indien gezien de aard en de omvang van de uit te voeren opdracht in relatie tot de betekenis en de capaciteit van de betrokken ondernemingen, het aantal ondernemingen dat aan de desbetreffende combinatieovereenkomst deelneemt onevenredig groot is» (art. 3 Besluit vrijstelling combinatieovereenkomsten). Dit alles moet voorkomen dat van de op goede gronden gecreëerde mogelijkheid om combinaties te vormen misbruik wordt gemaakt. Er zijn echter zeker aanwijzingen dat in de praktijk het bedoelde balanceren toch wel problemen oplevert. Zo valt in een accountantsrapport te lezen:

«In een aantal gevallen schrijven aannemerscombinaties in, zonder dat alle partners van de combinatie daadwerkelijk bij de uitvoering betrokken zijn. Het lijkt er dan op dat de wel actieve combinatiepartners op die manier een concurrent ervan weerhouden apart in te schrijven. In een aantal gevallen schrijven aannemerscombinaties in, waarbij de combinatie geen aanwijsbare samenwerking oplevert. Het lijkt er dan op dat de partners op die manier de markt verdelen. Over een langere periode bezien valt het op dat bij openbare aanbestedingen bepaalde aannemers zich nadrukkelijk beperken tot bepaalde districten of rayons en zich onthouden van inschrijving in andere districten of rayons.»²⁶⁵

Het vermoeden van marktverdeling derhalve en dus van een overtreding van art. 6 Mw. Een dergelijke marktverdeling moet worden gerekend tot de meest ernstige vormen van mededingingsbeperking. In de betreffende gebieden (rayons of districten) is immers iedere vorm van concurrentie (behoudens concurrentie van eventuele «outsiders») afwezig: de zittende of anderszins als «rechthebbende» aangewezen aannemer wordt door zijn medekartelleden «gerespecteerd» doordat zij niet of hoger inschrijven. Dat impliceert in feite ook dat de «rechthebbende» aannemer relatief vrij is in het bepalen van zijn prijs, waardoor hogere prijzen dreigen dan in geval van een situatie van vrije mededinging. Wij concluderen:

Gelet op de mogelijke negatieve consequenties van combinatievorming voor de mededinging, is het zaak dat aan de voorwaarden voor vrijstelling strikt de hand wordt gehouden. Adequaat toezicht is daarvoor een vereiste.

²⁶⁴ De grote voorliefde voor combinaties binnen de bouwwereld (ook daar waar een onderneming in staat is het werk alleen te realiseren) hangt volgens een aannemer onder meer samen met de risico's van het uitvoeren van grote bouwwerken. Naast risicospreiding werd door deze aannemer ook op de continuïteit gewezen: na voltooiing van een groot werk, blijft de aannemer zitten met het personeel en materieel. In een combinatie neemt een ieder der participanten een deel van deze last voor zijn rekening.

²⁶⁵ Ook door aannemers zelf is veelvuldig oneigenlijk gebruik geconstateerd, in die zin dat grote aannemers relatief kleine werken in een combinatie uitvoerden.

III.2.3 Economische machtspositie

Naast het kartelverbod van art. 6 Mw kent de Mededingingswet analoog aan art. 82 EG een verbod op het maken van misbruik van een machtspositie (art. 24):

1. *Het is ondernemingen verboden misbruik te maken van een economische machtspositie.*
2. *Het tot stand brengen van een concentratie als omschreven in artikel 27 wordt niet aangemerkt als het misbruik maken van een economische machtspositie.*

De wet verbiedt uitdrukkelijk niet het enkele bestaan van een (economische) machtspositie. Het is het *misbruik* dat wordt gediskwalificeerd. Daarbij moet worden opgemerkt dat gedrag dat in een situatie van voldoende concurrentie volstrekt legitiem is, als misbruik moet worden aangemerkt, indien het wordt ontplooid door een ondernemer met een machtspositie. Men moet dan onder meer denken aan leveringsweigering, koppelverkoop, discriminatie van afnemers, het «wegdrukken» van concurrenten en het vragen van onredelijke prijzen of het opleggen van onredelijke voorwaarden.

De vraag rest dan wat onder een economische machtspositie moet worden verstaan. In afwijking van hetgeen geldt voor de begrippen van art. 6 Mw is hier de definitie wel in de wet vastgelegd. Art. 1 sub i Mw definieert de economische machtspositie als de

«positie van een of meer ondernemingen die hen in staat stelt de instandhouding van een daadwerkelijke mededinging op de Nederlandse markt of een deel daarvan te verhinderen door hun de mogelijkheid te geven zich in belangrijke mate onafhankelijk van hun concurrenten, hun leveranciers, hun afnemers of de eindgebruikers te gedragen.»

Deze begripsbepaling is rechtstreeks aan de jurisprudentie met betrekking tot art. 82 EG ontleend. Door de directe verankering in de wet hebben eventuele wijzigingen in de definitie op communautair niveau daarentegen – in tegenstelling tot hetgeen het geval is met betrekking tot art. 6 Mw – geen directe consequenties voor de reikwijdte van het Nederlandse recht. Dat laat onverlet dat de Brusselse en Luxemburgse visie wel van groot belang is voor de interpretatie en invulling van art. 24 Mw. Dat geldt zeker ook voor de vraag wat in een concreet geval als relevante markt moet worden aangemerkt; immers zonder afbakening van de relevante markt kan niet worden bepaald of een onderneming een machtspositie heeft. Het belang van de afbakening van de relevante markt is aanzienlijk: hoe beperkter de markt, des te groter de kans op het bestaan van een machtspositie en vice versa. Bij de afbakening van de relevante markt moet rekening worden gehouden met de productmarkt én de geografische markt. Voor deze worden door de Europese Commissie de volgende definities gehanteerd²⁶⁶:

«Een relevante productmarkt omvat alle producten en/of diensten die op grond van hun kenmerken, hun prijzen en het gebruik waarvoor zij zijn bestemd, door de consument als onderling verwisselbaar of substitueerbaar worden beschouwd.»

«De relevante geografische markt is het gebied waarbinnen de betrokken ondernemingen een rol spelen in de vraag naar en het aanbod van goederen of diensten, waarbinnen de

²⁶⁶ Bekendmaking van de Commissie inzake de bepaling van de relevante markt voor het gemeenschappelijk mededingingsrecht, *Pb* 1997 C 372/5.

concurrentievoorwaarden voldoende homogeen zijn en dat van aangrenzende gebieden kan worden onderscheiden doordat daar duidelijk afwijkende concurrentievoorwaarden heersen.»

Van belang is dus met name de substitueerbaarheid, zowel aan de vraagzijde als aan de aanbodzijde. Voor de vraagzijde geldt dat alle producten die door de afnemers c.q. consumenten als vervangingsproducten worden beschouwd tot dezelfde productmarkt worden gerekend. Bij de substitueerbaarheid aan de aanbodzijde wordt met name gekeken naar de mogelijkheden van (andere) aanbieders om over te schakelen op de vervaardiging van het product in kwestie. Geografisch moet onder meer rekening gehouden worden met eventuele toetredingsbarrières voor de betreffende markt, met de omvang van de transportkosten voor het betreffende product en met de kosten van het opzetten van een distributienet.²⁶⁷

Als belangrijkste factoren voor het bepalen van het bestaan van een machtspositie noemt de NMa²⁶⁸:

- marktaandeel van de onderneming(en) in kwestie;
- marktaandelen van de concurrenten;
- andere omstandigheden die een voorsprong kunnen geven op de concurrenten zoals financiële reserves, technologische kennis, verticale integratie;
- toetredingsbelemmeringen tot de markt, en
- van een collectieve economische machtspositie kan krachtens EG-jurisprudentie sprake zijn wanneer twee of meer ondernemingen door economische banden zijn verenigd waardoor zij hun optreden op de markt kunnen coördineren.

²⁶⁷ Van Gerven/Gyselen/Maresceau/Stuyck, o.c. p. 464 alsmede de Bekendmaking op p. 9.

²⁶⁸ www.nma-org.nl.

²⁶⁹ Dit moet overigens zeer ruim worden gezien. Ook indien kartelgedrag de toegang tot de nationale markt voor derden bemoeilijkt of onmogelijk maakt, is er sprake van «beïnvloeding van de handel tussen lidstaten». Zie bijvoorbeeld HvJ (8/72) *Jur.* 1972, 991 (Vereniging van Cementhandelaren), *Pb* 1978 L 242/15 (CSV), *Pb* 1986 232/15 (Bitumineuze dakbedekking), *Pb* 1986 L 348/50 (Meldoc) en – natuurlijk – *Pb* 1992 L 92/1 (Bouwnijverheid in Nederland).

²⁷⁰ Het (strafrechtelijk) bewijzen van een kartelinbreuk is niet eenvoudig. Daar komt bij dat in het strafrecht rechtsbescherming een belangrijke plaats inneemt. En rechtsbescherming geeft nu eenmaal een grotere kans op mislukking van de vervolging.

²⁷¹ Zie over het belang van publiciteit B. Fisse/J. Braithwaite, *The Impact of Publicity on Corporate Offenders*, New York 1983. Voor het mededingingsrecht is met name interessant hun beschrijving van de rol van de media in de befaamde Amerikaanse General Electric anti-trust-zaak (p. 182–196).

²⁷² Box, o.c. p. 58, wijst met betrekking tot de mogelijkheden voor regelovertreding op het belang van striktere handhaving: «Obviously the lenient system of law enforcement constitutes a kind of opportunity structure denied to those subjected to higher rates of prosecution and the imposition of severe sanctions.»

Beziet men de reikwijdte van de verboden, dan kan niet anders dan geconcludeerd worden dat voor in Nederland opererende ondernemingen nauwelijks ruimte overblijft om juridisch geoorloofde en bindende afspraken betreffende de mededinging te maken. Dit gold reeds lang voor afspraken met een «communautaire dimensie» (en dus voor Nederlandse ondernemingen die over de landsgrenzen actief zijn of die anderszins de interlidstatelijke handel kunnen beïnvloeden²⁶⁹), maar sinds medio jaren '90 dus ook meer algemeen voor afspraken met een beperkter (geografisch, bijvoorbeeld regionaal) karakter. Een vergelijkbare kentering is ook waarneembaar in de handhaving van de Nederlandse kartelregelgeving.

III.2.4 Sancties en handhaving

Zoals gezegd was er ten tijde van de Wem van strafrechtelijke handhaving nauwelijks sprake. En als de stap naar het strafrecht al werd gemaakt, lonkte de schikking als afhandelingsmodaliteit. Voor het Openbaar Ministerie was zij aantrekkelijk omdat zo resultaat werd bereikt zonder het onzekere, lange en dure pad van de strafrechtelijke vervolging te hoeven betreden.²⁷⁰ Voor ondernemingen bood een schikking de mogelijkheid om een onaangename vervolging en veel negatieve publiciteit te voorkomen.²⁷¹ Voor de naleving van de Mededingingswet was dit echter een onwenselijke gang van zaken. Het nieuwe verbodstelsel zou met krachtige, zichtbare hand moeten worden gehandhaafd,²⁷² en de wetgever was bevreesd dat dit via het strafrecht geen haalbare kaart zou blijken. Men verwachtte dat vooral de gebrekkige deskundigheid van OM en rechterlijke macht met betrekking tot «analyse van marktstructuren en

van de gevolgen van concurrentiebeperkingen» een struikelblok zou zijn. Mede gelet op dit gebrek aan inzicht in de economische aspecten van het mededingingsrecht en de ingewikkeldheid van de materie, maar ook gelet op de capaciteitsproblemen binnen het strafrecht en op «de relatief geringe verontrusting» die met kartelinbreuken gepaard gaat, vreesde de minister van Economische Zaken dat de handhaving zou verzanden: hij verwachtte dat het OM op grond van de genoemde factoren in veel gevallen zijn heil zou (blijven) zoeken in sepots of transacties. Daarbij moet worden aangetekend dat dit vanuit de kenbaarheid (zichtbaarheid) van de handhaving en gelet op het signaal dat aldus mogelijk wordt gegeven («de inbreuk is niet ernstig genoeg voor vervolging» of «er wordt geen werk gemaakt van de handhaving») problematisch zou kunnen zijn, maar materieel gezien maakt het niet uit of een ondernemer een bepaalde «boete» moet betalen op grond van een transactie dan wel een bestuurlijke beschikking.²⁷³

Een verdere – zij het met het voorgaande samenhangende – complicatie van strafrechtelijke handhaving was dat vanuit Economische Zaken geen invloed op het vervolgingsbeleid van het OM kon worden uitgeoefend; iets wat wel mogelijk zou zijn bij een – zij het op afstand geplaatste – dienst van het ministerie van Economische Zaken zelf. En een dergelijke greep op de handhaving werd wel wenselijk geacht, niet in de laatste plaats om de gewenste (mate en vorm van) handhaving van de op geheel nieuwe leest geschoeide Mededingingswet te garanderen.²⁷⁴

Kortom: strafrechtelijke handhaving werd niet als reële en wenselijke optie beschouwd²⁷⁵ en moest (en kon: vrijheidsstraffen voor de feitelijk leidinggevende werden niet nodig geacht²⁷⁶) plaatsmaken voor de relatief nieuwe handhavingsmodaliteit van de handhaving door middel van bestuurlijke boetes, welke bestuursrechtelijke handhaving volgens de minister van Economische Zaken de volgende voordelen had:

- handhaving van deze beleidsinstrumentele wetgeving zou komen te liggen bij het bestuursorgaan dat met de uitvoering van die wet is belast;
- deskundigheid zou zijn gegarandeerd bij handhaving door een gespecialiseerd bestuursorgaan;
- met behulp van bestuursrechtelijke handhaving zou sneller en eenvoudiger (en dus doelmatiger) kunnen worden gereageerd op inbreuken dan met behulp van het strafrecht, en
- afstemming met de communautaire instellingen zou eenvoudiger zijn.²⁷⁷

Als bevoegd bestuursorgaan werd de directeur-generaal van de Nederlandse Mededingingsautoriteit (d-g NMa) in het leven geroepen. Deze behandelt onder meer alle ontheffingsverzoeken en concentratieaanmeldingen, houdt toezicht op de naleving van de Mededingingswet, onderzoekt mogelijke inbreuken op deze wet en legt aan overtreders een boete op: handhaving in één hand derhalve.²⁷⁸ En zijn bevoegdheden dienaangaande zijn verreichend. Zo staan de d-g NMa in het kader van het toezicht op de naleving van de Mededingingswet – binnen de grenzen van het evenredigheidsbeginsel (art. 5:13 Awb) – de volgende bevoegdheden ter beschikking:

- het betreden van plaatsen, met uitzondering van een woning zonder toestemming van de bewoner (art. 5:15 lid 1 Awb);
- het verschaffen van toegang tot die plaatsen met behulp van de sterke arm (art. 5:15 lid 2 Awb);
- het vorderen van inlichtingen (art. 5:16 Awb);
- het vorderen van inzage van zakelijke gegevens en bescheiden, met

²⁷³ Mogelijk was ook de hoogte van de transactiebedragen een punt van zorg. Dit zou echter oplosbaar zijn geweest. Maar een ander probleem speelde wellicht wel: wat namelijk indien aan de transactievoorwaarden door een onderneming niet zou worden voldaan (dus met name: wat als niet werd betaald)? In dat geval diende het Openbaar Ministerie alsnog te vervolgen, met alle voornoemde risico's van dien.

²⁷⁴ Vanuit het perspectief van externe controle op het handhavingsbeleid is een dergelijke concentratie van bevoegdheden wel bedenkelijk.

²⁷⁵ *Kamerstukken II 1996/1997, 24 707, nr. 3 p. 42/43.*

²⁷⁶ Vrijheidsbenemende straffen kunnen immers uitsluitend via het strafrecht worden opgelegd. Binnen het Openbaar Ministerie leeft overigens klaarblijkelijk het gevoel dat het feitelijk leiding geven als bedoeld in art. 51 Sr slecht te bewijzen is; zie hfdst. V.8.

²⁷⁷ Zie hierover kritisch Quaedvlieg, o.c. p. 190/194.

²⁷⁸ Zie voor het onderscheid tussen toezicht en onderzoek onder meer O. J. D. M. L. Jansen, *Het Handhavingsonderzoek*, Nijmegen 1999.

- inbegrip van de bevoegdheid tot het maken van kopieën van de gegevens en bescheiden (art. 5:17 Awb), en
- het meenemen van de gegevens en bescheiden teneinde deze te kopiëren, voorzover dit niet ter plaatse kan geschieden (art. 5:17 lid 3 Awb).

En voor het onderzoek daarnaast:

- de bevoegdheid om voor zover noodzakelijk bedrijfsruimten en voorwerpen te verzegelen gedurende de tijd gelegen tussen 18.00 en 8.00 uur (art. 54 Mw), en
- de bevoegdheid om inzage van gegevens en bescheiden af te dwingen met behulp van de sterke arm (art. 55 Mw).²⁷⁹

Deze bevoegdheden zijn in grote lijnen gelijk aan de strafrechtelijke bevoegdheden zoals die tot 1998 golden voor het Nederlandse kartelrecht²⁸⁰ en aan de bevoegdheden van de Europese Commissie in het kader van de handhaving van art. 81 en 82 EG. Die nauwe band met het communautaire recht blijkt eens te meer in de mogelijkheid op te leggen boetes:

Art. 56

- 1. Ingeval van overtreding van artikel 6, eerste lid, of van artikel 24, eerste lid, kan de directeur-generaal de natuurlijke persoon of rechtspersoon aan wie de overtreding kan worden toegerekend:*
 - a. een boete opleggen;*
 - b. een last onder dwangsom opleggen.*
- 2. Een boete en een last onder dwangsom kunnen tezamen worden opgelegd.*
- 3. De directeur-generaal legt geen boete op indien de natuurlijke persoon of rechtspersoon aan wie de overtreding kan worden toegerekend aannemelijk maakt dat hem van de overtreding geen verwijt kan worden gemaakt.*
- 4. Een bestuurder van een rechtspersoon wordt niet beschouwd als een natuurlijke persoon als bedoeld in het eerste lid.*

Art. 57

- 1. De in artikel 56, eerste lid, onder a, bedoelde boete bedraagt ten hoogste € 450 000, of, indien dat meer is, 10% van de omzet van de onderneming dan wel, indien de overtreding door een ondernemersvereniging is begaan, van de gezamenlijke omzet van de daarvan deel uitmakende ondernemingen, in het boekjaar voorafgaande aan de beschikking.*
- 2. Bij de vaststelling van de hoogte van de boete houdt de directeur-generaal in ieder geval rekening met de ernst en de duur van de overtreding.*
- 3. De berekening van de omzet, bedoeld in het eerste lid, geschiedt op de voet van het bepaalde in artikel 377, zesde lid, van boek 2 van het Burgerlijk Wetboek voor de netto-omzet.*

Aan de sancties zal het dientengevolge niet liggen; aan de materiële bepalingen en de bevoegdheden tot handhaving evenmin. De poort tot een streng kartelbeleid en een strenge handhaving staat derhalve open. Zeker nu de controle op naleving en de handhaving van de Mededingingswet in handen is van één bestuursorgaan wiens taak (vrijwel) uitsluitend op mededingingsgebied ligt; prioritering zal dientengevolge uitsluitend binnen dit terrein plaatsvinden.

²⁷⁹ Daarenboven geldt zowel voor de toezicht – als de onderzoekfase dat op ondernemers een medewerkingsverplichting rust.

²⁸⁰ De belangrijkste verschillen kunnen worden gevonden in het ontbreken van een inbeslagnemingsbevoegdheid (daar staat echter de bevoegdheid tot het inzien en kopiëren van relevante stukken tegenover) en een bevoegdheid tot het betreden en doorzoeken van een woning. Dit laatste wordt blijkens uitlatingen van de zijde van de NMa klaarblijkelijk wel als een gemis ervaren. Nog afgezien van de vraag of het doorzoeken van woning echt onmisbaar is in het kartelrecht, is ons inziens een dergelijke inbreuk echter dermate privacygevoelig dat zij tot het strafrecht – met alle waarborgen van dien – beperkt zou moeten blijven.

III.3 Onregelmatigheden in de Nederlandse bouw

Zoals gezegd kent Nederland een lange traditie van kartellering, zeker ook in de bouw. Juridisch gezien gooid de SPO-beschikking danig roet in het eten, in die zin dat uiterlijk vanaf deze beschikking volstrekt helder is dat de Nederlandse praktijken communautairrechtelijk gezien ongeoorloofd zijn. De maaltijd werd vervolgens binnen Nederland volledig bedorven door een generiek verbod op kartelafspraken binnen de bouw en uiteindelijk een algeheel verbod op kartels in de Mededingingswet. Maar de cultuur blijkt sterker dan de wet. Vooroverleg tussen aannemers lijkt in de periode na 1992 nog steeds schering en inslag te zijn, zij het niet meer zo openbaar als voordien het geval was.²⁸¹ Geheel onbegrijpelijk is dat natuurlijk niet: wat dagelijkse praktijk was en decennialang door de Nederlandse overheid werd goedgekeurd, stopt niet van «de ene dag op de andere» alleen omdat het verboden wordt en is. Zeker niet als het door de aannemers ook nog eens als wenselijk, noodzakelijk en «niet echt fout» gedrag wordt beschouwd. Aan deze visie zal mede debet zijn de veronderstelde monopsonistische markt en de al dan niet reële dreiging van zogenoemd leuren door de aanbesteder.²⁸² Maar het is en blijft wel rechtens ongeoorloofd en strafwaardig gedrag. De Europese Commissie, het Gerecht van eerste aanleg en het Hof van Justitie hebben al de verweren van de bouwwereld (en de Nederlandse overheid) gemotiveerd verworpen, zodat het lot van de heden ten dage gevoerde en gelijklopende verweren vóór met name afspraken omtrent rekenvergoedingen bekend is: kansloos.

Toch leverde ons onderzoek sterke *indicaties* dat vooroverleg tot aan het moment waarop Bos met de schaduwadministratie van Koop Tjuchem in de publiciteit trad²⁸³ nog steeds een veelvoorkomende praktijk was. Dat geldt met name voor onderhandse aanbestedingen; in bijna in 100% van de onderzochte gevallen lijkt sprake te zijn geweest van vooroverleg. Maar ook bij openbare aanbesteding²⁸⁴, waar door de grotere groep (potentiële) inschrijvers vooroverleg minder voor de hand ligt en dit vooroverleg (theoretisch) minder succesvol is onder invloed van «buitenstaanders» die niet aan afspraken gebonden zijn, blijkt vooroverleg gangbaar.²⁸⁵ Deze conclusie is gebaseerd op verschillende bronnen, waarvan de belangrijkste en meest sprekende de reeds genoemde Bosadministratie was.²⁸⁶ Deze uit 707 bladen bestaande «schaduwboekhouding» bestrijkt de periode 1988/1999 en bevat talrijke afspraken waarbij Koop Tjuchem (of liever: de Koop-groep) maar ook veel andere aannemers (van groot tot klein) waren betrokken.²⁸⁷ Het betreft dan met name afspraken omtrent marktverdeling en prijzen. Hoe een en ander in de praktijk in zijn werk ging, wordt hieronder beschreven.

III.3.1 De praktijk van afspraak en verrekening

De kern van het systeem van vooroverleg in de bouwwereld ligt in de verdeling van de markt. Simpel gezegd: «als jij dit werk wilt uitvoeren, dan respecteer ik jou. Het volgende werk is dan voor mij». *Do ut des*.²⁸⁸ Dat kwam zeer geregeld voor, getuige de Bosadministratie: in zeker 151

²⁸¹ Daarmee is niets gezegd over de eventuele regelmaat van eventuele kartelinbreuken in andere branches. Het onderzoek was op een dergelijke vergelijking niet gericht.

²⁸² In die zin reeds B. F. van Waarden, «Regulering van prijsafspraken in de bouw», *ESB* 1987 p. 122/126. Zie over de structuurkenmerken van de bouwmarkt het verslag van deelonderzoek «Economische structuurkenmerken».

²⁸³ Volgens aannemers kwam er op dat moment een abrupt einde aan deze praktijk. Met alle gevolgen van dien, volgens een aannemer: «Tot vorig jaar werd er wel eens laag geschreven en werd er wel eens op een normale manier geschreven, en dat niverleerde. Dan had je nog eens een normale prijs voor een werk. Wij probeerden met zijn allen te bereiken dat de laagste de algemene kosten gedekt had en een paar procent winst kon maken. Dat is het verschil met nu.»

²⁸⁴ Met name bij grotere en moeilijker werken wordt wel tot vooroverleg besloten, vanwege de risico's die aan zo'n werk kleven. Onderling wordt dan gekeken of de risico's goed zijn ingeschat. Zo niet, kan een cijfer nog worden aangepast of kan een aannemer zich nog terugtrekken.

²⁸⁵ Een percentage is hier moeilijker te geven. Door een aannemer is het percentage geschat op 20/40% van de openbare aanbestedingen. Het onderzoek doet vermoeden dat dit een ietwat voorzichtige raming is.

²⁸⁶ Uit het onderzoek bleek bovendien dat niet alleen bij de Koop-groep een schaduwboekhouding werd bijgehouden. Ook bij andere grote aannemers was dat op meer of minder structurele wijze het geval. Dat is ook niet verbazend indien men het grote aantal gemaakte afspraken en de daaruit voortvloeiende opgebouwde «rechten en plichten» in ogenschouw neemt. Een van de onderzochte personen gaf dan ook aan dat het bijhouden van de schaduwadministratie een gewoon onderdeel van het normale werk was. Vergelijk ook J. Meeus/J. Schoorl, «Bouwfraude reikt tot top wegenbouwer», *de Volkskrant* 2 april 2002: «Directeuren van KWS moesten kosten en opbrengsten van illegale afspraken per post melden bij een speciaal meldpunt in Soest, MIB. MIB is gevestigd op een privé-adres, waardoor het voor de NMa niet mogelijk is om een inval te doen. Een voormalig financieel-directeur van KWS verwerkte de gegevens in een computersysteem en rapporteerde aan een adjunct-directeur van KWS. Deze directeur zorgde voor de verrekening van de bedragen met concurrenten. (...) Het systeem diende voor het gladstrijken van schulden en tegoeden. Daarmee werd voorkomen dat er bedragen contant geld moesten worden overgemaakt.»

²⁸⁷ Zie over deze administratie uitgebreid het verslag van het deelonderzoek Casuïstiek.

²⁸⁸ Vergelijk de volgende regel uit de Bosadministratie: «aanwezig 4x. afspraak 5% v/d aanneemsom. wij krijgen onder dezelfde voorwaarden waar dan ook in Nederland een

werk terug. 5%=20%/4.» Ook in een zaak in de groensector verklaarde een aannemer: «Mijn motivatie om aan mijn medewerking te verlenen is dat ik op een werk waar ik bestekhouder ben ik ook door mijn collega's gerespecteerd wens te worden.»

gevallen werd uitdrukkelijk melding gemaakt van een verleende preferentie respectievelijk van getoond respect. Het grote voordeel hiervan voor aannemers is de garantie van werk: aldus weten zij zich verzekerd van een deel van de grote koek. Bij concurrentie zonder afspraken bestaat deze zekerheid niet. Het is heel wel mogelijk dat bij concurrentie een aannemer meer werk krijgt dan bij verdeling van de markt, maar het is evenzeer mogelijk dat hij regelmatig naast het werk grijpt (zeker als hij prijstechnisch of anderszins minder competitief is). Marktverdeling ontnemt hem dan misschien de kans om «hoger te scoren», maar biedt hem de – belangrijker geachte – zekerheid van omzet en daarmee van een toekomst. *Continuïteit* is dan ook een steeds terugkerend begrip bij de verklaringen die aannemers naar voren dragen voor hun gedrag.²⁸⁹ Werk betekent continuïteit. Zonder regelmatig werk komt een aannemer in de problemen; zijn kosten lopen door (werknemers, ongebruikt materieel enz.) terwijl er geen of onvoldoende omzet wordt gegenereerd.²⁹⁰ Voor de langere termijn betekent het ontbreken van werk dat de aannemer zijn kunnen niet kan tonen. Aldus dreigt hij niet alleen bij aanbesteders uit het zicht te raken, maar bovendien loopt hij het risico dat hij niet meer aan de vaak strikte eisen die aanbesteders aan potentiële inschrijvers stellen, voldoet. Zo moet een aannemer in veel gevallen kunnen aantonen in het recente verleden een vergelijkbaar werk of een werk van een bepaalde omvang te hebben uitgevoerd. Gevolg van een en ander is dat hij ook in de toekomst niet zal worden uitgenodigd voor een (onderhandse) aanbesteding of dat hij simpelweg voor grotere werken niet meer in aanmerking komt. Kortom: werk is essentieel voor toekomstig werk, omzet draaien noodzakelijk voor het garanderen van toekomstige omzet; het is een bestaansvoorwaarde. Met name daarom zoeken aannemers naar middelen om deze continuïteit te bereiken en om de onzekerheid die eigen is aan concurrentie te beperken. Een van de belangrijkste wegen is marktverdeling. Een aannemer:

«Marktverdeling stelt ons enigszins in staat om het aanbod zo te sturen dat zij werk krijgen als zij het nodig hebben en om te voorkomen dat zij niet per ongeluk werk moeten uitvoeren als zij juist *geen* werk nodig hebben.»

En zoals een andere aannemer het formuleerde:

«Het is van oudsher gebruikelijk dat in de aannemerij in sommige gevallen overleg plaatsvindt over de inschrijfcijfers. Het doel van een dergelijke vergadering is, wanneer iemand krap zit in zijn werk, toch dat werk te bemachtigen.»

Als zodanig betekent marktverdeling nog niet dat de prijzen (kunstmatig) verhoogd worden. Het is zeer wel mogelijk dat «uitsluitend» wordt afgesproken wie de «rechthebbende» is en dat deze tegen het cijfer van de laagste blanker inschrijft.²⁹¹ Dat laat onverlet dat het gebrek aan concurrentie de verleiding wel erg groot maakt om ook de prijs op een hoger niveau te leggen en vervolgens het verschil (inschrijfcijfer-maakcijfer) onderling te verdelen.

Marktverdeling nodigt uit om nog verder gaande afspraken te maken.

Maar ook indien niet aan deze verleiding wordt toegegeven, indien er geen verdergaande prijsafspraken worden gemaakt, mogen de mededingingstechnische implicaties niet onderschat worden. Mededingingstechnisch en -rechtelijk is marktverdeling een van de meest ernstige

²⁸⁹ Clinard en Yeager (o.c. p. 47) wijzen meer algemeen op het streven naar winstmaximalisatie als een factor voor organisatiecriminaliteit, maar onderstrepen tevens het belang van andere factoren: «firms may be possessed of multiple goals rather than simply high profits, and these other goals may also be important in the genesis of corporate crime. Second, firms may not seek to maximize profits and endure the business risk that strategy often entails but may instead seek satisfactory levels of profit rate and growth, which in turn will enable corporations to achieve their other goals.» Huisman/Niemeijer, o.c. p. 21: «Ondernemingen hebben het maken van winst als organisatiedoel. Het streven naar winst kan voor ondernemingen inderdaad een motief zijn voor het plegen van organisatiecriminaliteit, maar dat hoeft niet. Organizecriminaliteit kan ook het gevolg zijn van het streven naar continuïteit van de onderneming.» M. Punch, *Dirty Business: Exploring Corporate Misconduct*, Londen 1996, p. 223: «Plainly, the profit motive is crucial in business, but business organizations also strive for other ends – to control markets, to damage competitors, to enhance their power.»

²⁹⁰ Mede daarom wordt door aannemers ook wel met een verliescijfer ingeschreven. Beter met verlies draaien, dan helemaal geen werk. In dat geval wordt overigens nogal eens getracht het tekort aan te vullen via meerwerk.

²⁹¹ Dat is ook wat vanuit de bouwwereld met klem wordt gesteld: er was wel sprake van marktverdeling en wellicht van enige beperkte mate van afspraken omtrent rekenvergoedingen, maar daadwerkelijke prijsverhoging werd niet (meer) toegepast.

kartelvormen. Concurrentie tussen aannemers wordt aldus immers danig beperkt of zelfs geheel uitgesloten. Degene die in het vooroverleg als rechthebbende is aangewezen, heeft namelijk van zijn «concurrenten», voor zover betrokken bij het overleg (en bij onderhandse aanbesteding zijn dit in beginsel *alle* «concurrenten») niets meer te vrezen: zij hebben zich verplicht om hoger dan de rechthebbende in te schrijven en om van dit cijfer later niet af te wijken. Voor de aanbesteder is de keuze dan *de facto* gereduceerd tot vrijwel nul (bij onderhandse aanbesteding) of tenminste sterk beperkt (bij openbare aanbesteding), althans indien de prijs (een van) de belangrijkste overweging(en) bij de keuze voor een aannemer is.²⁹² In feite wordt de aanbesteding op deze wijze een wassen neus. Bovendien worden de «zwakke broeders» tussen de aannemers in leven gehouden en wordt een belangrijke prikkel voor innovatie en het zoeken naar efficiëntere, goedkopere en kwalitatief hogere productie weggenomen.

De relatieve ongrijpbaarheid van de gevolgen van marktverdeling mag geenszins aanleiding zijn om deze gevolgen te bagatelliseren of te negeren. Zij mag evenmin aanleiding zijn om marktverdeling als een relatief geringe inbreuk op de mededingingsregels te kwalificeren.

Marktverdeling kan op verschillende wijzen gestalte krijgen. Een relatief eenvoudige weg is het respecteren van een zittende aannemer.²⁹³ Dit kan zich met name voordoen bij steeds terugkerende werken (groenvoorzieningen en dergelijke). In dat geval wordt tussen aannemers afgesproken dat zij geen pogingen zullen ondernemen om in elkanders gebied opdrachten te krijgen en dat zij op uitnodigingen om in te schrijven niet zullen ingaan, dan wel hoger zullen inschrijven. In de Bosadministratie komt dit enkele malen voor. De belangrijkste is de volgende: in eerste instantie voor één jaar zou een aannemer in een stad het alleenrecht krijgen, in ruil voor respectering van de «contractspartner» in twee andere steden.

Maar ook binnen de wereld van de groenvoorzieningen was dit geen onbekend fenomeen. Uit een dossier van de ECD bleek dat in een gemeente groenvoorzieningswerken geruime tijd openbaar waren aanbesteed. In 1989 ging deze gemeente over tot gunning uit de hand aan de zittende aannemer. Begin 1994 echter werden de 10 werken weer openbaar aanbesteed, en wat bleek: de zittende aannemer kwam in alle gevallen als laagste uit de bus. En dit was geen toeval. Het onderzoek wees namelijk uit dat op voorstel van de zittende aannemer twee bijeenkomsten werden belegd: één (twee dagen voorafgaande aan de inschrijving) waarop respectering door de zittende aannemer werd gevraagd (en verkregen) en één waarop de inschrijfcijfers werden medegedeeld. Aldus werd de markt – zij het op een nogal opzichtige wijze – effectief onderling verdeeld.

²⁹² «Leuren» is dan ook niet meer mogelijk.

²⁹³ Het zal geen verbazing wekken dat het initiatief tot vooroverleg doorgaans wordt genomen door de aannemer die meent «recht-hebbende» te zijn of die in ieder geval groot interesse heeft in het betreffende werk.

²⁹⁴ Over het algemeen kunnen aannemers goed inschatten wie nog meer zijn uitgenodigd om in te schrijven (bij onderhandse aanbesteding) dan wel wie mogelijk een gooi naar het werk willen doen (bij openbare aanbesteding). Niet zelden komt men elkaar ook tegen bij de bezichtiging van de plaats waar het werk moet worden gerealiseerd.

Een andere en op zeer grote schaal ingeslagen weg was via het opbouwen en verrekenen van onderlinge tegoeden van de bij de afspraken betrokken aannemers. Dit ging als volgt in zijn werk. Een aannemer die in een bepaald werk was geïnteresseerd, nodigde andere gegadigden uit voor een bijeenkomst.²⁹⁴ Hij kon dan een preferentie vragen. Als dat niet gebeurde of als hem de preferentie niet werd gegund, werden de blankcijfers op tafel gelegd en werd de rechthebbende (dus degene die als laagste mocht inschrijven) bepaald aan de hand van het laagste blankcijfer. In ruil hiervoor ontvingen de anderen een werktegoed dat op een ander werk kon worden verzilverd. De gang van zaken kan worden

geïllustreerd aan de hand van een hypothetisch voorbeeld waarin er sprake is van vooroverleg tussen vijf aannemers ten aanzien van een werk van 20 miljoen (reële prijs):

Vier aannemers blanken om en nabij de reële prijs. Eén aannemer echter blankt voor 15 miljoen. Dit is een prijs die niet rendabel is, maar de aannemer geeft aldus aan dat hij om welke reden dan ook het betreffende werk wil hebben. Afgesproken wordt dat hij als laagste mag inschrijven en wel voor een bedrag dat in de buurt van de reële prijs ligt. De vijf miljoen «ophoging» wordt verdeeld onder de betrokken aannemers, in die zin dat zij ieder *een recht, een claim, een tegoed* van 1 miljoen opbouwen naar de laagste inschrijver toe. Dat impliceert dat bij de volgende aanbesteding van 20 miljoen door de overige aannemers kan worden geblakt voor in ieder geval 19 miljoen. Blankt echter een van de betrokkenen voor een bedrag van wederom 15 miljoen, dan bouwen de overigen weer een tegoed op. Kortom: de tegoeden van de aannemers die niet als laagste mogen inschrijven en door de anderen worden gerespecteerd, groeien gestaag en na vijf aanbestedingen kan ook de laatste aannemer voor een bedrag van 15 miljoen blanken en zijn alle tegoeden tegen elkaar weggestreept. Iedere aannemer krijgt aldus «zijn» deel zonder «onnodige» risico's te lopen.

Illustratief zijn in dit verband enkele verklaringen van aannemers met betrekking tot het verkrijgen en verzilveren van tegoeden:

«Dat gaat allemaal via de boeken. Het is geen sjoemelen. Maar er gaat ook veel buiten de boeken om. Als er tegoeden tegenover elkaar staan, worden deze tegen elkaar weggestreept, «gecleard».»²⁹⁵

en

«Het is een gebruikelijke methode om «geld» te vergaren waarmee de concurrentie in volgende aanbestedingen kan worden «afgekocht». De onderhandse markt rouleert. Je moet zoveel mogelijk uitnodigingen krijgen om dat «geld», die rechten te verwerven. Dit zijn geen contanten die je opeist, maar die later kunnen worden ingezet op onderhandse markten. Het gaat er om om een uitnodiging te krijgen om in te schrijven. Dan kun je rechten opbouwen. Zo niet, dan kun je je niet handhaven.»

Het is tegen deze achtergrond begrijpelijk dat aannemers er ten zeerste bij gebaat waren om voor inschrijving op werken te worden uitgenodigd c.q. om op werken in te schrijven. Slechts in dat geval immers konden zij met andere gegadigden om de tafel gaan zitten teneinde tegoeden op te bouwen en zo de kans te vergroten op latere werken. Zo deelde een aannemer mee dat het verkrijgen van een uitnodiging tot het doen van een aanbieding een doorlopende strijd is.

«Je moet je steeds aanprijzen. Dat geldt zowel ten aanzien van werken waarin je geïnteresseerd bent als bij werken waarvoor je geen belangstelling hebt. Het is cruciaal om contact te krijgen en te houden met de onderhandse markt.»²⁹⁶

Hoe gangbaar het systeem van tegoeden was moge blijken uit het feit dat in de Bosadministratie ten aanzien van rond 800 werken expliciet sprake was van een «werktegoed». Idealiter werd uiteindelijk door het strepen van onderlinge tegoeden een vlak saldo bereikt.²⁹⁷ Dat is echter meer theorie dan praktijk, alleen al omdat er steeds andere aannemers betrokken zijn bij vooroverleg en omdat werken (en dus opgebouwde tegoeden) nooit zo precies overeenkomen. Daarom werd het tegoed vaak vertaald in een (extra comptabel) bedrag dat dan in de schaduw-

²⁹⁵ Opmerking verdient dat deze wijze van verrekenen (strepen) ook geldt voor geldelijke tegoeden, dus die tegoeden die zijn verkregen door prijsafspraken.

²⁹⁶ Mede daarom vragen aannemers hun concurrenten in voorkomende gevallen bij openbare aanbestedingen om een «cijfer». Hiermee wordt bedoeld dat de aannemer geen eigen inschrijfcijfer berekent, maar een cijfer «leent» van een concurrent (dat vanzelfsprekend hoger is dan het inschrijfcijfer van die concurrent). Door toch in te schrijven (hoewel hij de facto geen belangstelling heeft), toont de aannemer zijn (voorgewende) interesse aan de aanbesteder, teneinde een volgende keer (op het moment dat hij wel is geïnteresseerd) te worden uitgenodigd. Dit kwam in ieder geval bij 12 werken voor in de Bosadministratie.

²⁹⁷ De termen «gestreept» en «verrekend» of daarmee vergelijkbare begrippen komen bij tenminste 35 werken voor in de Bosadministratie.

administratie «in de kantlijn» of op een omzetstafiel werd gezet. Ook hier was strepen het uitgangspunt; geld ging in beginsel niet over (of onder) tafel. Het was veeleer een systeem van gesloten beurzen. Aannemers duiden dit «geld» dan ook wel als «tegoedbon», «Monopolygeld» of «pepernoten» aan. Het werd pas in «echt geld» of in op geld waardeerbare prestaties omgezet indien onderlinge verrekening binnen redelijke termijn niet mogelijk bleek.²⁹⁸ Aldus vertoont het systeem enige gelijkenis met het systeem dat doorgaans door bibliotheken wordt gehanteerd: zolang de prestatie op tijd wordt verricht (het inleveren van het boek, respectievelijk het respecteren van degene met het tegoed) is er niets aan de hand; bij niet-tijdige prestatie moet worden betaald.²⁹⁹ Zoals een aannemer het verwoordde:

«De ander zegt: ik vind het goed dat jij dat werk maakt, maar dan wil ik 10 000 of 20 000 of 30 000 in de kantlijn zetten als een soort penalty of boete als jij nooit meer werk teruggeeft».

In feite ging het op dezelfde wijze indien het werk respectievelijk de omzet op een staffel werd gezet: ook hier werd zoveel mogelijk gestreept, alleen betrof het dan een meer homogene groep. Uit de Bosadministratie blijkt dat er nogal wat staffels waren. Een belangrijke was de Staffel OH (onderhandse aanbestedingen): in tenminste 110 gevallen werden werktegoeden op deze staffel gezet.³⁰⁰ Voorts waren er aparte staffels voor werken op Schiphol (de Schiphol 8) en voor werken in Noord Holland (de NH7, later uitgebreid tot de NH8. Deze is bij zo'n 90 werken ingeschakeld). Daarnaast werden ook werken verrekend via niet nader aangeduide staffels (circa 65 maal verschijnt deze categorie in de Bosadministratie ten tonele).³⁰¹

Een gewilde (want aantrekkelijke) vorm van verrekenen in werk verliep via het aangaan van combinaties. Zo kwam het wel voor dat twee aannemers met vergelijkbaar grote tegoeden deze verrekenen door met elkaar een combinatie voor een bepaald werk aan te gaan. Een aannemer stelde ten aanzien van combinaties:

«Soms werd het gedekt door gefingeerde rekeningen, soms werd het verrekend als bedrijven in combinatie werk voor de overheid verrichtten. De bedragen die het ene bedrijf schuldig was aan het andere werden in zo'n project uitbetaald. Dus als bedrijf A nog een miljoen schuldig was aan bedrijf B, »verdiende« bedrijf A aan dat werk een miljoen minder dan B. Voor dat extra miljoen verrichtte bedrijf B geen werk, maar dat kon geen enkele accountant zien. Het project was voor B blijkbaar goed verlopen.»³⁰² Het aantrekkelijke van combinaties op dit punt is derhalve het onzichtbare van de verrekening, hetgeen met het oog op voorkoming van ontdekking door de handhavende overheidsinstanties natuurlijk zeer wenselijk is. Dit betekent eens te meer dat combinaties in de handhaving bijzondere aandacht verdienen.

Enigszins vergelijkbaar is verrekening via het gunnen van onderaannemerschap. Ook hierdoor wordt de marktwerking gevoelig beïnvloed; andere kandidaten voor onderaannemerschap zijn immers bij voorbaat kansloos. Een voorbeeld van een dergelijke afspraak is die rond het zogenoemd mogen draaien van asfalt: een aannemer wordt gerespecteerd voor het werk, in ruil waarvoor de ander asfalt mag leveren.³⁰³

Bij deze laatste vormen van verrekening gaat in beginsel nog steeds geen geld over de tafel. Zoals gezegd was dit bij de marktverdeling ook niet primair het oogmerk: het ging om het realiseren van omzet. Waar

²⁹⁸ Soms was er sprake van een keuzevrijheid: vergelijk bijvoorbeeld de volgende regel uit de Bosboekhouding: werk weggegeven aan x. Afspr. in vergadering f1% over 1.5 jaar betalen of gelijkwaardig werk tegoed binnen 1.5 jaar.

²⁹⁹ Tekenend in dit verband is dat in de Bosadministratie ook enkele malen expliciet wordt gesproken over een boete: «wij hebben van hem een wegebouwwerk te goed. Indien dit niet ingelost wordt, staat er een boete op van 4% => 117 000.» Aan duidelijkheid laten ook de volgende regels niets te wensen over: «5x aanwezig; afspraak 20% v/d aanneemsom = f 115 600 als statiegeld/inleveren binnen 2 jaar. Y heeft pref. gehad. Acc. + beurt tegoed»; «afpraak om werk terug te krijgen in nh, indien dit niet lukt staat er een vergoeding tegenover van 2%»; «zelfde omzet terug voor eind 1999. Indien niet, dan betalen 250 000»; «afpraak=beurt te goed op soortgelijk werk in 1997, anders 50 tonnen asfalt.»

³⁰⁰ Opgemerkt moet worden dat er de nodige overlap is tussen de categorie «staffels» en «werk tegoed» zoals die in de Bosadministratie worden gehanteerd.

³⁰¹ Bij evenwicht op de omzetstafiel stond de corresponderende geldstafiel op 0.

³⁰² Aldus Vermeulen, ex-secretaris van de WAC in: A. Besse/P. de Knegt, «Bouwers helpen concurrenten om zeep», *Algemeen Dagblad* 21 februari 2002.

³⁰³ Vergelijk ook een aannemer in de groen-sector: «Ik denk dat wij hebben gezegd dat wanneer wij bomen mochten planten, zij het werk mochten doen».

verrekening niet op korte termijn mogelijk was, werd daarom zoveel mogelijk naar volgende jaren doorgeschoven. Maar soms was reële betaling onontkoombaar. Dan werd toevlucht genomen tot valse facturen en was dientengevolge ook sprake van een strafbaar feit, te weten valsheid in geschrift.³⁰⁴

Al met al werd systematisch de Nederlandse bouwmarkt onderling verdeeld. De mededinging werd dan ook, buitenstaanders uitgezonderd, zeer effectief uitgeschakeld. Daarbij moet bedacht worden dat dergelijke praktijken met name bij onderhandse aanbestedingen iedere vorm van mededinging frustreren. Immers: bij openbare aanbestedingen kunnen derden eventueel onder de door de kartelleden afgesproken prijs door; bij aanbestedingen waarbij een aantal aannemers wordt uitgenodigd om in te schrijven, is deze doorbreking door buitenstaanders niet mogelijk. Voor derden werd het moeilijk om werken (voor een redelijke prijs) uit te voeren. Dat bleek onder meer uit klachten van buitenlandse aannemers voor wie het naar eigen zeggen vrijwel onmogelijk was om op de Nederlandse markt te penetreren. Maar ook voor Nederlandse aannemers die niet geregeld door aanbesteders worden uitgenodigd om in te schrijven, wordt het lastig om in aanmerking te komen voor werk. Zeker indien zij zich niet willen conformeren aan de usance in de branche. Daar komt bij dat niet automatisch degene die als laagste blankt ook daadwerkelijk in het vooroverleg «het recht» krijgt om als laagste in te schrijven: het is zeer wel mogelijk dat in het vooroverleg «het recht» om als laagste in te schrijven aan een ander wordt gegund (preferentie). De risico's van marktverdeling zijn derhalve duidelijk. En zij zijn vanaf het ontstaan van het EG-Verdrag (toen nog EEG-Verdrag) communautairrechtelijk verboden; in Nederland geldt bovendien een verbod sinds 1994 (op grond van een generieke onverbindend verklaring van marktverdelingen), dat nog eens is benadrukt door de Mededingingswet.

Maar daarmee is het kartelbeeld in de bouwwereld nog niet compleet. Naast marktverdeling waren er ook nog prijsafspraken.

III.3.2 Prijsafspraken

Prijsafspraken vormen zo mogelijk nog ernstigere inbreuken op het mededingingsrecht dan marktverdelingen. Prijsafspraken beïnvloeden immers direct de prijzen voor de afnemers van product of dienst. En de prijzen liggen dan in beginsel steeds boven het niveau van de prijs dat zou worden gerealiseerd in een situatie van concurrentie. Vaak gaan marktverdeling en prijsafspraken overigens hand in hand. Dat was ook in Nederland na 1992 het geval, hoewel aannemers dit vrij algemeen ontkennen (terwijl zij wel bereid blijken marktverdeling toe te geven).³⁰⁵ En waar zij beïnvloeding van prijzen erkennen, stellen zij doorgaans dat de gemaakte afspraken niet verder reikten dan vergoeding van gemaakte calculatiekosten.

Zo komen we ook tot een onderverdeling van prijsafspraken: 1. afspraken aanzien van rekenvergoedingen en 2. (nog) verdergaande afspraken aanzien van prijzen (het hanteren van vaste prijzen, gemeenschappelijke prijsverhogingen enz.): het zogenoemde italianen. Met name over de eerste vorm, de rekenvergoedingen, bestaat er nogal wat discussie.

³⁰⁴ In het eerder genoemde onderzoek naar de groensector werd kennelijk in aanzienlijke mate gebruik gemaakt van facturen, zoals «voor u uitgevoerde onderhoudswerkzaamheden op het terrein X, volgens de overeengekomen prijs van f 9075», «Wij berekenen u volgens afspraak: 720 m³ aanvulzand à f 12,5 à f 9000» en «Nota inzake voor u verrichte bestratingswerkzaamheden: aannemingssom f 10 000; bij betaling binnen 5 weken krijgt u een betalingskorting ad. f 1000». Een aannemer legde in dat verband de volgende verklaring af: «De «te ontvangen» en/of de «te betalen» bedragen worden vaak tegen elkaar weggestreept. Soms worden ze wel eens afgerekend door middel van een factuur. Normaal gebruikelijk is dat wordt opgegeven hoe afgerekend moet worden met het betreffende bedrijf. De ontvanger van de factuur geeft zelf aan hoe de omschrijving op de factuur moet zijn. Over uw stelling dat de omschrijving op de factuur niet kan kloppen met de werkelijkheid, heb ik nooit nagedacht. Normaal boek je de factuur af op een werk, zoals op de factuur omschreven». Zie over valsheid in geschrift nader hfdst. V.5.

³⁰⁵ Zo verklaarde een aannemer in een strafrechtelijk onderzoek naar mededingingsrechtelijke onregelmatigheden in de groensector: «Ik wil uitdrukkelijk stellen dat er ingeval van vooroverleg nooit sprake is van het verhogen van de inschrijfprijs met bepaalde geldbedragen om deze dan later te verdelen onder de aannemers die het werk niet hebben gekregen, maar dat het hier uitsluitend ging om de continuïteit voor het personeel en materieel te waarborgen».

³⁰⁶ F. Peeters, «Onder één helm», *Het Parool*, 3 april 2002, stelt dienaangaande: «De Commissie redeneerde dat het rekenwerk dat aan de aanbesteding voorafgaat, behoort tot het ondernemersrisico. Maar Nederlandse aannemers bleken erg vies van zulke risico's en vonden het redelijk dat ze voor hun rekenwerk vergoedingen bleven ontvangen. Bij grote projecten ging het al gauw om tientallen miljoenen rekenvergoedingen, ook aan de aannemers die wel hadden meegeëd, maar aan wie het werk niet gegund was.» Ook de Raad van Arbitrage voor de bouwbedrijven in Nederland is klaarblijkelijk de mening van de aannemers toegedaan. Zie *NRC Handelsblad* 13 november 2001.

³⁰⁷ Dit wordt ook wel vanuit wetenschappelijke hoek betoogd. Zo stelt C. E. C. Jansen, «Verticale afspraken bieden de gewenste oplossingen», *Vianed* 2002 nr. 1 pg. 5: «Sta je geen rekenvergoedingen toe dan zal een aannemer op een ander project de kosten voor tevergeefs gemaakte reken- en tekenwerk trachten te verrekenen. Dat zou dan betekenen dat de aanbestedder van dat andere project kosten moet dragen die hij in feite helemaal niet heeft opgeroepen en die hij ook niet kan beheersen. Los van de constatering dat elke opdrachtgever er dus van moet uitgaan dat hij de kosten voor het niet betalen van rekenvergoedingen linksom of rechtsom op een dag zelf om de oren krijgt, kun je je afvragen of dat laatste wel zo wenselijk is.»

³⁰⁸ Ook hier steekt weer een veelgebruikte neutralisatietechniek de kop op: condemn the condemners. Coleman, o.c. p. 367/368, omschrijft deze als volgt: «Those involved in business crimes frequently justify their behavior by claiming that the law itself is unnecessary or unjust». Box, o.c. p. 56, geeft de volgende schets: «they can deny the legitimacy of the law which regulates their behaviour as well as the competence of those attempting to enforce «unnecessary» law. The law, they can argue to themselves, should have no business regulating the behaviour of corporations, particularly in a free-enterprise system; the state, to quote a fashionable political phrase, «should get off our backs.» Voor zover de wettelijke regeling niet geheel en al verworpen wordt, wordt in ieder geval aan de eigen normen voorrang gegeven. Ook dan is er sprake van neutralisatie en wel «the appeal to higher loyalties», door Sykes en Matza (o.c. p. 669) als volgt gekenschetst: «the most important point is that deviation from certain norms may occur not because the norms are rejected but because other norms, held to be more pressing or involving a higher loyalty, are accorded precedence.» De tweede techniek behelst het volgende: «corporate officials may be able to appeal to higher loyalty and by that technique deny the moral bind of the law.» In de woorden van Box (o.c. p. 57): «officials can claim that business ethics are morally superior to mere formal legalism. Thus free enterprise – the pursuit of fair profit,

Juridisch gezien is de situatie volkomen helder: horizontale afspraken over rekenvergoedingen zijn verboden. Het probleem ligt dan ook aan de kant van de aannemers. Bij hen leeft nog steeds sterk het gevoel van rechtvaardigheid van rekenvergoedingen en van afspraken dienaangaande.³⁰⁶ Dat blijkt onder meer uit wat van aannemerszijde vaak te horen is:

«Wie gebruik wil maken van de markt en verschillende aannemers uitnodigt om in te schrijven, moet ook de lasten dragen: de kosten die de aannemers maken, moeten dan wel betaald worden. Doet de opdrachtgever dit niet, dan is het hypocriet om te gaan jammeren en roept hij tegenmaatregelen over zich af. Want wat is nu het gevolg: de voor deze aanbesteding gemaakte kosten zullen op andere projecten en dus veelal op andere opdrachtgevers worden afgewenteld. Dit is ten principale onjuist.»³⁰⁷

en

«Het systeem van rekenvergoedingen was een goed systeem. Indien een deel van de aannemers die op een aanbesteding inschrijven een reële vergoeding voor de gemaakte kosten krijgen, dan is er sprake van een goed systeem.»³⁰⁸

Het jaarverslag van BAM NBM zegt hierover het volgende:

«De discussie tussen bouwers en overheid over de rechtmatigheid van rekenvergoedingen heeft, mede door het «wakend» oog van Brussel, veel te lang geduurd. Onlangs is een compromisregeling tot stand gekomen, het Uniform Aanbestedings Reglement (UAR) 2000, maar dit reglement wordt in de praktijk helaas niet adequaat toegepast. Het belang van deskundig opdrachtgeverschap, waarbij de verleiding wordt weerstaan om politiek aanvaardbare budgetten te presenteren waaraan geen reële calculatie ten grondslag ligt, kan niet voldoende worden benadrukt.»³⁰⁹

Rekenvergoedingen zijn rechtvaardig en noodzakelijk (dat is althans de visie die de bouwwereld keer op keer uitdraagt): de opdrachtgever die een werk uitschrijft en aannemers uitnodigt om in te schrijven, dient de kosten die deze aannemers maken ook te vergoeden. Als dat niet gebeurt, blijven de aannemers waaraan het werk niet wordt gegund zitten met de vaak aanzienlijke kosten die met de inschrijving gepaard gaan (onderzoek, tekeningen etc.).³¹⁰ Als dit verschillende malen gebeurt, loopt de kostenpost voor een aannemer aanzienlijk op. Hij kan dan een volgende keer (weer) scherp (wellicht zelfs te scherp, dus onder de reële prijs)

the generator of wealth and employment, the backbone on which social welfare is possible – can be viewed, at least by corporate officials, as the primary ethic for and of an industrial society, and conformity to this neutralizes any obedience to the law merely because it happens to be the law.»

³⁰⁹ De geldende regeling werkt volgens het AdviesCentrum Aanbestedingen (*De Financiële Telegraaf*, 3 april 2002) zelfs regelovertreding in de hand. Van Nieuwenhuizen, (ex-)directeur van de WAC benadrukt de positieve rol die «zijn» organisatie heeft gespeeld bij het tegengaan van malafide praktijken en betreurt dientengevolge het

verbod op zijn en vergelijkbare organisaties (*Cobouw*, 27 februari 2002).

³¹⁰ C. E. C. Jansen, «Verticale afspraken bieden de gewenste oplossingen», *Vianed* 2002 nr. 1 p. 4, geeft het voorbeeld van de HSL-Zuid, waarbij de drie laatst overgebleven consortia samen ruim 27 miljoen aan tekenen rekenwerk hebben moeten besteden. In de SPO-beschikking (Pb 1992 L 92/18) wordt door de Commissie een bedrag genoemd van f 300 miljoen per jaar aan rekenvergoedingen. A. Bogers/H. Leber, «Vergoeding bouwofferte blijft nog uit», *Haagsche Courant* 25 mei 2002, spreken van tienduizenden tot honderd-duizenden euro's per offerte.

inschrijven om in ieder geval het werk te krijgen, maar dan blijven de eerder gemaakte rekenkosten onvergoed. Hij kan er ook voor kiezen om zijn kosten in zijn inschrijfcijfer voor een volgend project door te berekenen, maar dan loopt hij het risico dat hij ten opzichte van anderen te hoog inschrijft en dus naast de opdracht grijpt. Daar komt nog bij dat de doorberekening impliceert dat de latere opdrachtgever mee betaalt aan eerdere mislukte inschrijvingen zonder daarvoor meer kwaliteit te krijgen. Omdat dit allemaal onwenselijk is, dient de opdrachtgever de gemaakte (en reële) kosten zoals die ten behoeve van zijn project zijn gemaakt door de door hem uitgenodigde aannemers, te vergoeden.³¹¹ Gebeurt dit niet, dan «moeten» de ondernemingen het heft in eigen handen nemen en onderling regelen dat degene die het werk mag uitvoeren de andere inschrijvers een vergoeding voor de door hun gemaakte kosten uitkeert. Dat betekent dan wel dat die betreffende aannemer zijn inschrijfcijfer verhoogt met een bedrag dat gelijkstaat aan de som van de door hem aan anderen te verrichten betalingen. In zoverre betaalt de opdrachtgever dus meer dan hij strikt genomen voor de opdracht zou moeten betalen. Maar in het geheel genomen worden de aannemers er niet beter van; het enige wat gebeurt, is dat gemaakte kosten worden vergoed.³¹² Aldus klinkt in grote lijnen het verhaal van de bouwwereld. En het is niet zo vreemd dat aannemers pal achter de rekenvergoeding staan, nog afgezien van de financiële voordelen. Immers: zo gaat het al sinds jaar en dag in de bouw en de Nederlandse overheid heeft dit lange tijd zonder meer goedgekeurd. En een dergelijk diepgewortelde cultuur verandert niet zo maar omdat de overheid er «plotseling» anders over denkt. Maar er blijft toch een belangrijk probleem: het onderling (horizontaal) regelen en uitkeren van rekenvergoedingen mag niet. En – hoe plausibel wellicht ook de visie van de bouwwereld moge klinken³¹³ – op goede mededingingsrechtelijke gronden, zoals reeds in het verslag deelonderzoek «Juridische aspecten van aanbesteding, mededinging en contractering in de bouwnijverheid» is beschreven.³¹⁴ In zoverre bestaat er derhalve een aanzienlijke discrepantie tussen hetgeen wettelijk is geoorloofd en hetgeen «het gevoel» van de aannemer hem ingeeft.

III.3.4 Italianen

De tweede en – in vergelijking met afspraken omtrent rekenvergoedingen – voor de mededinging zeker meer schadelijke vorm van vooroverleg is het overleg over de hoogte van de inschrijfcijfers. In de bouwwereld aangeduid als *Italianen*. In de Bos-administratie wordt ook in acht gevallen letterlijk deze term gebruikt, te weten bij

- een project van een gemeente, waarbij 42 000 onder zes mede-inschrijvers werd verdeeld (dus 7000 per kop³¹⁵);
- een project van een gemeente, welke afspraak 8000 à 9000 opleverde;
- een particulier project, welke afspraak 57 500 per kop opleverde;
- een project van de NS: 59 000 per kop;
- een project van Rijkswaterstaat, afspraak van 9000;
- een project van een gemeente, 180 000 totaal, 60 000 per kop;
- een project (opdrachtgever onbekend) waarbij per bedrijf respectievelijk 8000 en 11 000 wordt uitgekeerd;
- een project van een gemeente waarbij 400 000 (onder 4 aannemers verdeeld) is verkregen.

De bedragen variëren nogal, maar alles wijst er op dat daadwerkelijk afspraken zijn gemaakt over de verhoging van het inschrijfcijfer.

³¹¹ En juridisch is deze verticale vorm van het vergoeden van kosten onder omstandigheden wel geoorloofd. Zie daarover nader het verslag van het deelproject «Juridische aspecten van aanbesteding, mededinging en contractering in de bouwnijverheid».

³¹² Hierop lijkt ook A. Buur te doelen, waar hij de (retorische) vraag stelt, waarin nu precies de prijsopdrijving zit (*Cobouw*, 13 maart 2002).

³¹³ De Europese Commissie merkte overigens op dat er een adequate wijze bestaat om rekenkosten vergoed te krijgen: men neme ze op in de algemene kosten van de onderneming.

³¹⁴ Het gaat dan met name om uitwisseling van informatie over kostenelementen van het werk, om afstemming van prijzen, om bescherming van de rechthebbende tegen andere deelnemers aan de afstemming en om voordelen ten opzichte van derde-aannemers. Bovendien nodigt het moeten vergoeden van rekenkosten een aanbestedder niet bepaald uit tot een openbare aanbesteding of tot het uitnodigen van veel aannemers tot inschrijven. Aldus werken rekenvergoedingen eveneens mededingingsbeperkend.

³¹⁵ Tenzij anders aangegeven, betreft het bedragen in Nederlandse gulden.

Gekoppeld aan een marktverdeling betekent dit in de praktijk dat een aanbestede niet alleen aan een bepaalde aannemer min of meer is gebonden, maar dat hij bovendien een (soms aanmerkelijk) te hoge prijs voor de te verrichten prestaties moet betalen. Waar de aanbestede de overheid is, drukt dit extra op het budget en gaat derhalve ten koste van het gemeenschapsgeld. Is de opdrachtgever een particuliere onderneming, dan wordt dit bedrag uiteindelijk doorberekend in de verkoopprijs van het door die onderneming geproduceerde product of gaat het ten koste van de winst en dus van de aandeelhouders.

Ook hier is het onderscheid tussen onderhandse en openbare aanbesteding van belang. Met name bij onderhandse aanbesteding was prijsverhoging zeer aantrekkelijk. Onderling overleg tussen aannemers die waren uitgenodigd om in te schrijven, was, zoals gezien, de regel waarop nauwelijks uitzonderingen bestonden. Van buitenstaanders hadden deze aannemers niets te duchten en onderling was de markt verdeeld. Wat was er dan eenvoudiger om de prijs naar een aantrekkelijk niveau te tillen? Voor de aanbestede was er immers geen reële keuzemogelijkheid tussen de verschillende aannemers. Klaarblijkelijk dachten de aannemers er in veel gevallen ook zo over. Niet zelden werd namelijk het verschil tussen het blankcijfer en de raming «opgevuld»:

«Je legt je prijs neer. Je maakt in het «voor-voor» de briefjes open. De laagste wint. En daarna ga je het verschil met de prijs van de opdrachtgever opvullen.»³¹⁶

³¹⁶ J. Dohmen/T-J Meeus, «Horen, zien en meedraaien», *NRC Handelsblad* 23 maart 2002. Aldus ook Vermeulen, oud-secretaris van de WAC (*Cobouw*, 22 februari 2002).

³¹⁷ Ook de andere inschrijvers schreven doorgaans in tegen een prijs die lager lag dan de raming. Aldus werd voorkomen dat zij zich uit de markt zouden prijzen voor toekomstige aanbestedingen van dezelfde opdrachtgever. Een aannemer formuleerde: «Je weet nog niet of je dat werk gaat maken, dus ook als je derde of vierde wordt, is het belangrijk voor je dat je onder de raming zit. Het heeft ook met het klantencontact te maken. Je moet immers zorgen dat de opdrachtgever tevreden blijft».

³¹⁸ Aannemers geven aan dat in veel gevallen de raming van de overheid, en dan met name de gemeente, relatief eenvoudig is te bepalen. Veelal wordt uitgegaan van vaste eenheidsprijzen, ieder jaar met een bepaald percentage verhoogd. Ook kan de raming worden afgeleid uit het budget van gemeente. Uiteindelijk zou de raming kunnen worden geschat tot op 10% nauwkeurig.

³¹⁹ Dohmen/Meeus, o.c.. Het lekken hoeft niet persé te duiden op corruptie. Soms worden wel toespelingen gemaakt op de prijs teneinde te voorkomen dat het inschrijfcijfer te veel afwijkt van de raming. Een te groot verschil zou duiden op een gebrekkige raming van de ambtenaar of het ingenieursbureau in kwestie en dat zou weer vragen opwerpen omtrent de deskundigheid van deze ambtenaar of dit bureau.

³²⁰ In ieder geval tot 1992 had dit ook gevolgen voor de omvang van de rekenvergoedingen die in het – toen nog op grond van de Nederlandse regelgeving legale – vooroverleg werden vastgesteld. Deze vergoedingen werden namelijk in deze situatie bepaald op basis van een door het voor-vooroverleg (ook wel «voortrein» genoemd) te hoge prijs.

In concreto betekende dit dat de laagste inschrijver met zijn prijs dicht tegen de raming van de opdrachtgever ging aanzitten, tenzij deze raming evident te laag was.³¹⁷ Een en ander veronderstelt wel dat de prijs die de opdrachtgever in gedachten heeft hetzij (relatief) nauwkeurig moet kunnen worden geraamd³¹⁸ hetzij reeds bekend moet zijn. In dat laatste geval is er veelal sprake van een «lek», en mogelijk dus van een corrupte ambtenaar³¹⁹ of werknemer. Deze vorm van (voor)vooroverleg is dus onmiskenbaar prijsopdrijvend: de laagste blanker (of een andere rechthebbende) mag ook als laagste inschrijven, maar verhoogt wel zijn prijs tot een niveau dat net onder dat van de opdrachtgever ligt; de overige aannemers gaan eveneens boven hun prijs zitten en krijgen in ruil daarvoor een evenredig deel van de extra (onregelmatige) winst van de aannemer.³²⁰

Volgens verschillende aannemers werd deze soep echter niet al te heet gegeten. Erkend werd wel dat er soms werd verhoogd bij een bekende raming, maar in ieder geval werd met het oog op de verstandhouding met de klant niet hoger ingeschreven dan dit ramingscijfer. Bovendien – bij een ruime marge tussen maakcijfer en raming – zouden de concurrenten de rechthebbende verhinderen om de prijs te veel op te hogen. En wel om de simpele reden dat de concurrenten de rechthebbende deze winstmarge niet gunden. Dit geeft echter een enigszins vertekend beeld van de werkelijkheid. Ten eerste is het wellicht zo dat vrijwel niemand zijn concurrent een al te hoge winst gunt, maar dat wordt toch al gauw anders indien bij een volgend werk de eigen winst vergelijkbaar hoog is. Ten tweede zal het in geen geval de bedoeling zijn om te ver *onder* de raming van de aanbestede in te schrijven. Dat gaat niet alleen ten koste van de (extra) winst op het betreffende project, maar heeft bovendien directe gevolgen voor toekomstige werken. De aanbestede zal in dat geval

immers de volgende raming naar beneden (naar een klaarblijkelijk meer reëel niveau) aanpassen.

Kortom: bij onderhandse aanbesteding is het risico op prijsverhogingen aanzienlijk, hetgeen het reeds eerder aangestipte belang voor ondernemers om te worden uitgenodigd voor onderhandse aanbestedingen nogmaals onderstreept.

De uitnodiging voor een onderhandse aanbesteding moet worden verdiend. Een aannemer wordt immers niet uitgenodigd indien hij niet reeds heeft laten blijken dat hij bepaalde werken tegen een (op het oog) scherpe prijs aankan. Dat impliceert dat de aannemer bij openbare aanbestedingen (letterlijk) goed uit de bus moet komen. Bij openbare aanbestedingen ligt kunstmatige prijsophoging dan ook minder voor de hand. Daar komt nog bij dat in geval van vooroverleg steeds rekening moet worden gehouden met buitenstaanders die ook in het werk zijn geïnteresseerd. Daarom werd bij openbare aanbestedingen met name gekeken naar de te verwachten inschrijfcijfers van potentiële concurrenten die niet bij de kartelafpraak betrokken waren. In dat geval werd in het vooroverleg de laagste prijs op een niveau gesteld dat net onder dit inschrijfcijfer lag. De marge voor prijsophogingen was dientengevolge geringer, maar desalniettemin aanwezig.

Indien men niet zeker was of de concurrenten daadwerkelijk op het werk zouden inschrijven, kwam het wel voor dat de «rechthebbende» met twee enveloppen naar de bus ging. Indien de concurrent aanwezig was, dan werd de envelop met het lage inschrijfcijfer ingediend; bij afwezigheid van de concurrent werd het hogere cijfer in de bus gedaan. Als zodanig wijst dit nog niet op prijsafspraken. Het is immers mogelijk dat een aannemer «koste wat kost» het betreffende werk wil uitvoeren (bijv. omdat hij om werk verlegen zit of omdat hij een bepaalde klant wil behouden). Maar het maakt wel duidelijk dat soms met twee prijzen werd gewerkt, waarvan er tenminste één aanmerkelijk *kon* zijn opgehoogd.

De verrekening vond op een vergelijkbare wijze plaats als bij de werktegoeden. Daadwerkelijke betalingen werden waar mogelijk vermeden. Liefst werden de rechten en plichten tegen elkaar weggestreept, waar mogelijk via een staffel. In de Bosboekhouding komt daarbij met name het zogenoemde OEF (Oostelijk Egalisatie Fonds). Het betrof hier een geldstaffel. Aan het einde van een bepaalde periode was deze idealiter vlak. Om dit te bewerkstelligen werden bijeenkomsten belegd, waarop de verschillende aannemers (gesproken werd wel van circa 80 betrokkenen) hun schaduwadministraties naast elkaar konden leggen en waar mogelijk konden strepen. Voor zover er verplichtingen bleven openstaan, werden deze naar het volgende jaar overgeheveld, dan wel gecompenseerd in geld of prestaties, zoals het draaien van asfalt, het ter beschikking stellen van een kraan of het verschaffen van werk aan werknemers van degene die het tegoed had.

Dat prijsverhogingen inderdaad relatief gangbaar waren, moge wel hieruit blijken dat ten aanzien van bijna 50% van de werken die in de Bosadministratie zijn genoemd, sprake was van de een of andere vorm van prijsafpraak. Ter illustratie (naast de reeds eerder vermelde voorbeelden) volgen hieronder enkele exemplarische (geanonimiseerde) regels uit die administratie.

- om werk gekeken, uitkeren 16 x 500; laagste mag ophogen naar de prijs van de derde, verdeling 40-60, verhoging 70 000, uiteindelijk nog 10 000 gezakt, wat van het uit te keren bedrag afgaat. 70 000x6 is totaal 420 000
- X krijgt 50 000 bij gunning; Y 15 000 bij opleveren; Z materiaal inhuren + strepen tegen ander werk 35 000 werk te goed
- 4x aanwezig. Verhoging met 240 000 : 4= 55 000 pk
- totale verhoging f 300 000/20 koppen van 10 000 verhogen + restant = 15 000 pk uitkeren
- uitkering f 65 000+ bij meerwerk 1% vergoeding bij een overschrijding van 10%
- X eerste/uitkering aan 22 aannemers f 10 000 pk eind 1997
- X heeft werk te goed tevens afgesproken dat wij elkander niet meer om geld zullen vragen. In principe werk te goed. Echter bij hoge inschrijving staat er een bedrag tegenover.

En dat een ieder zijn eigen wensen op tafel mocht leggen, moge wel blijken uit de volgende regel:

- X wil 10%, Y wil 2 maanden mensen aan het werk, Z heeft werk te goed

De vraag die rest is hoe groot de ophogingen gemiddeld waren. Deze vraag is noch eenvoudig noch met zekerheid te beantwoorden. In sommige gevallen zijn de verhogingen percentueel gering. Men moet dan denken in de orde van grootte van 3%. In feite betreft het dan «niet meer» dan rekenvergoedingen voor de betrokkenen. Maar er zijn ook andere voorbeelden waarin de ophoging meer dan 100% van de aanneemsom bedraagt. Er zijn zelfs voorbeelden van een ophoging van ruim 130%. Dit wordt vanzelfsprekend (gelukkig) zelden gerealiseerd. Deze cijfers maken wel duidelijk dat het gemiddelde weinig zegt. Van geval tot geval werd door de aannemers de grenzen van het «aanvaardbare» opgezocht. Soms waren die grenzen heel strikt, soms bood de situatie (onderhands of openbaar; omvang van de raming) aanmerkelijk meer ruimte. Het is in ieder geval op grond van het voorhanden materiaal niet mogelijk een verantwoorde schatting te maken van het «gemiddelde ophogingscijfer». Hieraan wagen wij ons dan ook niet. Eén aannemer raamde dit cijfer op 15%; wij geven het voor wat het waard is.

III.4 Conclusie

«This defining characteristic – it is a goal-seeking entity – makes a corporation inherently criminogenic, for it necessarily operates in an uncertain and unpredictable environment such that its purely legitimate opportunities for goal achievement are sometimes limited and constrained. Consequently, executives investigate alternative means, including law avoidance, evasion, and violation and pursue them if they are evaluated as superior to other available strictly legitimate alternatives.»³²¹

Als de doelen van een onderneming niet of minder adequaat via legitieme middelen kunnen worden bereikt, is de kans aanzienlijk dat zij haar heil gaat zoeken in onregelmatigheden die realisering van haar doelen wel mogelijk maken. Of deze kans groot is, hangt mede af van de te verwachten voordelen alsmede de kans op ontdekking van het onregelmatig gedrag. Het mededingingsrecht in Nederland vervulde wat dat betreft tot 1992 veel wensen van aannemers. Kartels zijn geschikt om twee van de belangrijkste doelen van aannemers – continuïteit en winstverhoging – te realiseren. Het betrof daarenboven gedrag waartegen bij de Nederlandse centrale overheid nauwelijks of geen bezwaar bestond, getuige onder meer het ontbreken van een wettelijk verbod. Waar wel een verbod gold,

³²¹ Box, o.c. p. 35.

was de kans op detectie, laat staan bestraffing, verwaarloosbaar. Op het niveau van de Europese Gemeenschap lagen de zaken wel anders. Dat werd op zijn laatst pijnlijk duidelijk door de SPO-beschikking van de Europese Commissie in 1992. Vanaf die tijd kon er geen twijfel meer over bestaan dat de Nederlandse kartelcultuur de fundamenten van de mededinging, zoals gewaarborgd in art. 81 en 82 EG (85 en 86 EG-verdrag), aantastten. Ook in de Nederlandse regelgeving hadden de kartels daardoor hun langste tijd gehad. In 1994 zag een verbod op onder meer kartels in de bouwwereld het licht en in 1998 werd met de inwerkingtreding van de Mededingingswet zelfs een algemeen verbod op kartels van kracht.

Maar het bloed kruipt waar het (juridisch) niet gaan kan. De cultuur van vooroverleg in de bouw bleek sterker dan het wettelijke verbod daarop. Dit verbod is, zeker tot de Zembra-reportage van eind 2001, waarin de Bos-administratie nationale bekendheid kreeg, op zeer ruime schaal overtreden. Uit ons onderzoek bleek dat in vrijwel alle gevallen, waarin onderhands werd aanbesteed, ongeoorloofd vooroverleg werd gevoerd. Bij openbare aanbesteding lag dit cijfer weliswaar lager, maar betrof het desalniettemin een substantieel aantal werken, terwijl de aard van de onregelmatigheden bepaald ernstig was te noemen. Een belangrijk deel van de Nederlandse bouwmarkt werd door de Nederlandse aannemers onderling verdeeld. In het vooroverleg werd in feite reeds bepaald wie het werk zou mogen uitvoeren, waardoor (in ieder geval bij onderhandse aanbesteding) voor de aanbesteder nauwelijks nog van een reële keuzemogelijkheid tussen de aannemers sprake was. Marktverdeling betekent echter nog niet per definitie ook prijsbeïnvloeding. Maar ook daarover werden afspraken gemaakt. Onderscheid moet in dat verband worden gemaakt tussen vergoeding voor gemaakte calculatiekosten en «pure» prijsverhogingen. Beide zijn verboden, maar binnen de bouwwereld is er toch een sterk gevoel dat rekenvergoedingen noodzakelijk zijn. De idee is duidelijk: aanbesteders die aannemers uitnodigen om in te schrijven, dienen de door deze aannemers voor de inschrijving gemaakte kosten (geheel of gedeeltelijk) te vergoeden. Indien zij dit niet vrijwillig doen (hetgeen regel is³²²), dan moet het maar via onderlinge afspraken tussen aannemers. Dit systeem werd in ieder geval tot 1992 door de Nederlandse overheid toelaatbaar geacht en het verbaast dan ook niet dat aannemers nog steeds niet het ongeoorloofde van hun gedrag (willen) inzien.³²³ Prijsafspraken die verder gaan dan de vergoeding van gemaakte kosten, zijn zo mogelijk nog aparter in strijd met het materiële kartelverbod.

Bij dergelijke prijsafspraken werden de grenzen van het mogelijke door aannemers afgetast. Bij onderhandse aanbesteding was vaak het ramingscijfer van de aanbesteder daarvoor richtinggevend. Het verschil tussen het laagste blankcijfer en dit – geschatte of bekende – ramingscijfer werd dan «opgevuld». Met andere woorden: de laagste inschrijfprijs werd op een niveau gebracht dat dicht tegen dat ramingscijfer aanlag. De ophoging werd vervolgens onder de betrokken aannemers verdeeld. Dit verklaart mede het streven van aannemers om zoveel mogelijk bij onderhandse aanbestedingen te worden uitgenodigd. Immers ook indien aan een bepaalde aannemer het werk niet werd gegund, deelde hij mee in «de buit». Bij openbare aanbestedingen was met name het verwachte inschrijfcijfer van buitenstaanders het richtpunt voor de aannemers. Mede tegen deze achtergrond kwam het wel voor dat aannemers die bij een afspraak betrokken waren, met twee enveloppen naar de bus gingen: één met een inschrijfcijfer dat werd ingediend als een bepaalde buiten-

³²² Zo meldt De Financiële Telegraaf, 3 april 2002, dat in 98% van de gevallen geen vergoeding wordt uitgekeerd.

³²³ Dat laat onverlet dat het wel altijd reeds verboden was op grond van art. 81 EG (art. 85 EG Verdrag).

staander niet ten tonele verscheen, en één met een (beduidend) lager inschrijfcijfer, voor het geval dat de buitenstaander wel wilde inschrijven.

Dan rest nog de vraag naar de verrekening. Het streven van de aannemers was om ten aanzien van zowel de werktegoeden als de financiële tegoeden zoveel mogelijk met gesloten beurzen te verrekenen: een tegoed van aannemer A werd gestreept met een daartegenover staand tegoed van aannemer B. Daartoe werd op ruime schaal gebruik gemaakt van (omzet- dan wel geld)staffels. Slechts als *ultimum remedium* werd daadwerkelijk verrekend in geld of in op geld waardeerbare prestaties. In dat geval wisselt geld van «eigenaar» of krijgt de «schuldeiser» grind, asfalt, een kraan voor een (daadwerkelijk) laag prijsje of zelfs voor niets. Het probleem voor de aannemers in kwestie is dan in hoeverre zij dit kunnen verantwoorden. Natuurlijk kan het zijn dat zij op de een of andere manier over een «zwart geld-potje» beschikken. Waar dit niet het geval is of hiervan geen gebruik wordt gemaakt, komen vaak valse facturen, bonnen enz. om de hoek kijken. Deze facturen wekken dan de schijn dat tegenover het grind, het asfalt, de kraan een reële tegenprestatie staat. Op dat moment hebben wij te maken met een strafbare gedraging op grond van art. 225 lid 2 Sr: valsheid in geschrift. Het kan ook zijn dat de levering of het bruikleen buiten de boeken blijft; maar dan zit de valsheid in die boeken zelf. Indien een schuld wordt gekweten door het uitlenen van een kraan aan de betrokken aannemer, kan het verder gebeuren dat deze aan zijn opdrachtgever huur voor de kraan in rekening brengt. Ook dat leidt tot valsheid in geschrift. Hier zien we dus dat een mededingingsrechtelijke (bestuursrechtelijk genormeerde) onregelmatigheid kan leiden en in praktijk leidt niet zelden tevens tot een strafrechtelijke onregelmatigheid.

Vraagtekens kunnen in sommige gevallen ook worden gezet bij combinatievorming. Voor combinaties geldt binnen beperkte grenzen een vrijstelling van het Nederlandse kartelverbod. Het is echter niet steeds duidelijk of deze grenzen ook inderdaad worden gehonoreerd. Het is ook problematisch om de rechtmatigheid van een combinatie te bepalen, te meer omdat een combinatie (slechts) voor één werk mag worden aangegaan. Met name de vraag of een combinatie noodzakelijk is om in te kunnen schrijven, valt niet gemakkelijk te beantwoorden. Indien grote ondernemingen een combinatie voor een relatief klein werk aangaan, is er reden tot argwaan, maar ook niet meer dan dat. Of hier daadwerkelijk onregelmatigheden plaatsvinden, is derhalve niet vastgesteld. Duidelijk is wel dat hier een punt van aandacht ligt voor de toezichthoudende instantie, de NMa.

Het voorgaande overziende, kan men niet anders dan tot de conclusie komen dat ook na 1992 kartelafspraken in de bouw dagelijkse praktijk waren, met alle gevolgen voor de mededinging van dien. Inmiddels is volgens de aannemers deze praktijk een halt toe geroepen. Voor zover dat al daadwerkelijk het geval is, is het raadzaam de woorden van Geis in herinnering te roepen:

«The ebb and flow of the price-fixing conspiracy also clearly indicates the relationship, often overlooked in explanations of criminal behaviour, between extrinsic conditions and illegal acts. When the market behaved in a manner the executives thought satisfactory, or when enforcement agencies seemed particularly threatening, the conspiracy desisted. When market conditions deteriorated, while corporate pressure for achieving attractive profit-and-loss statements remained constant, and enforcement activity abated, the price-fixing agreements flourished.»³²⁴

³²⁴ Geis, o.c. p. 163. Door Clinard en Yeager (o.c. p. 143) is deze rol van handhaving voor kartelovertreedingen aangeduid als «facilitating cause».

Het risico bestaat derhalve dat bij een afnemende aandacht voor de bouw het verhaal weer van voren af aan begint.

IV ONREGELMATIGHEDEN IN EEN FISCAALRECHTELIJK KADER

«De heer X (directeur) heeft in 1996 bepaalde kosten gedeclareerd zonder dat bescheiden zijn bijgevoegd. Het zou hier gaan om kosten die betaald zijn voor het met relaties bezoeken van etablissementen waar het niet gebruikelijk zou zijn dat er bonnen worden verstrekt.»

Uit: verslag van een boekenonderzoek van de Belastingdienst bij een bouwonderneming

In de bouwnijverheid doen relevante fiscale onregelmatigheden zich met name voor op het terrein van de materiële risico's, zoals de volledigheid van de omzetverantwoording, de volledigheid van de loonboekhouding en de juistheid van de kosten. Deze visie wordt gedeeld door de Belastingdienst in haar «doelgroepbeschrijving bouw».³²⁵ Daarin wordt tevens vermeld dat in het algemeen sprake is van een hoog materieel en een gemiddeld fiscaal risico;³²⁶ er wordt echter aan toegevoegd dat dit hoge materiële risico tot nu toe niet altijd blijkt uit de boekenonderzoeken die met het oog op het redigeren van de doelgroepbeschrijving zijn gedaan.

Het was niet onze opdracht nader onderzoek te doen naar ontwikkelingen in en gevallen van onjuiste toepassing en/of interpretatie van fiscale wet- en regelgeving door de bouwnijverheid. Dergelijk gedrag is niet typisch met die bedrijfstak verbonden en ook verder in dit kader niet relevant. Bovendien is het een fundamenteel beginsel in het belastingrecht dat men zijn zaken – mits binnen de grenzen van de wet – zo mag regelen dat zo min mogelijk belasting wordt betaald. Dit gaat noodzakelijkerwijs gepaard met het aftasten van fiscale grenzen en mogelijkheden. Juiste rechtshandhaving en -toepassing behoren tot de taken van de Belastingdienst. Bij verschillen van inzicht met betrekking tot de feiten of uitleg en toepassing van de rechtsregels bestaan bezwaar- en beroepsprocedures. Hierbij zal de Belastingdienst met behulp van normale rechtsvinding – toepassing van de relevante rechtsnorm op de relevante feiten – trachten het voor hem gewenste resultaat te bereiken.

Met name de fiscale gevolgen van bovenbedoelde materiële risico's alsmede de fiscale correctie van dergelijke onregelmatigheden, zijn belangwekkend. Die onregelmatigheden leveren bovendien meestal een fiscaal delict op. Indachtig de definitie van misbruik op het gebied van belastingen in het interimrapport van de Interdepartementale Stuurgroep Misbruik en Oneigenlijk gebruik (ISMO) zal het veelal gaan om het opzettelijk niet, niet tijdig, onjuist of onvolledig verstrekken van gegevens met als gevolg het ten onrechte of tot een te hoog bedrag ontvangen van overheids gelden, dan wel het ten onrechte niet of tot een te laag bedrag betalen van gelden die aan de overheid verschuldigd zijn.³²⁷

In dit hoofdstuk staan de in de bouwnijverheid gesignaleerde fiscale onregelmatigheden centraal. In hfdst. IV.1/4 wordt achtereenvolgens in meer algemene zin ingegaan op de fiscale strafbare feiten, het beleid van de Belastingdienst, de geheimhoudingsplicht van de belastingambtenaren en de zogeheten ATV-richtlijnen voor fiscale delicten en douanedelicten. Hfdst. IV.5 geeft een overzicht van de verschillende verschijningsvormen van fiscale onregelmatigheden in de bouw. Daarna wordt in hfdst. IV.6 bijzondere aandacht besteed aan de fiscale behandeling van het wederrechtelijke, meer in het bijzonder: de aftrekbaarheid en belastbaarheid van steekpenningen. Hier wordt tevens de toepassing van het anoniementarief behandeld. Par. IV.7 geeft indicaties over de omvang van de fiscale

³²⁵ Doelgroepbeschrijvingen van de Belastingdienst geven een beschrijving van bepaalde bedrijfstakken in Nederland. Naast algemene informatie over kenmerken, activiteiten, organisaties en relevante wet- en regelgeving, worden bedrijfsprocessen binnen de bedrijfstak beschreven. De (fiscaal-)juridische en materiële aspecten staan evenwel centraal.

³²⁶ Met name bij de grotere bedrijven is sprake van een hoog fiscaal risico.

³²⁷ *Kamerstukken II 1981/1982, 17 050, nr. 1 p. 158.*

onregelmatigheden. Het hoofdstuk wordt in par. IV.8 afgesloten met een aantal conclusies.

IV.1 Fiscale delicten

Het materiële belastingstrafrecht wordt grotendeels beheerst door het algemeen deel van het Wetboek van Strafrecht. Specifiek fiscale strafbare feiten zijn omschreven in art. 68/71 van de Algemene Wet inzake Rijksbelastingen (AWR). De belastingdelicten waarop gevangenisstraf is gesteld behoren tot de misdrijven; zij worden in art. 69 AWR genoemd. De overige bij de belastingwetten strafbaar gestelde feiten zijn overtredingen.³²⁸ Deze overtredingen staan genoemd in art. 68 AWR. Art. 68 lid 1 kent een opsomming van verplichtingen die genoemd zijn in de Wet op de kansspelbelasting, de Wet op de loonbelasting 1964, de Wet op de dividendbelasting 1965, de Wet op de omzetbelasting 1968 en de AWR zelf. Het gaat hier om overtredingen die een strafbedreiging kennen met een geldboete van de derde categorie (€ 4 500). Art. 68 lid 2 AWR ziet op strafbaar gestelde gedragingen die zijn gekoppeld aan meer formele en administratieve verplichtingen ingevolge de belastingwet.³²⁹ Het niet voldoen aan deze verplichtingen die ten dienste staan van de belastingheffing levert overtredingen op, te weten:

- a) het onjuist of onvolledig verstrekken van inlichtingen, gegevens of aanwijzingen;
- b) het niet voor raadpleging ter beschikking stellen van boeken, bescheiden, andere gegevensdragers of de inhoud daarvan;
- c) het in valse of vervalste vorm voor raadpleging ter beschikking stellen van boeken, bescheiden, andere gegevensdragers of de inhoud daarvan;
- d) het niet voeren van een administratie overeenkomstig de daaraan bij of krachtens de belastingwet gestelde eisen;
- e) het niet bewaren van boeken, bescheiden of andere gegevensdragers;
- f) het niet verlenen van medewerking als bedoeld in art. 52 lid 6;
- g) het verstrekken of uitreiken van een onjuiste of onvolledige factuur of nota.

Deze overtredingen worden bestraft met een geldboete van de derde categorie of met een hechtenis van ten hoogste zes maanden.

Alle in art. 68 lid 2 AWR omschreven gedragingen keren terug in art. 69 AWR, nu echter met twee extra bestanddelen: het feit moet opzettelijk – willens en wetens – zijn begaan en er toe strekken dat te weinig belasting wordt geheven. Zijn deze bestanddelen vervuld, dan is geen sprake van overtredingen, maar van misdrijven. Art. 69 lid 1 AWR betreft de gedragingen die zo-even werden genoemd onder de letters a, b, d, e, f en g, alsmede het niet doen of niet binnen de gestelde termijn doen van belastingaangifte. Hierop staat een gevangenisstraf van ten hoogste vier jaar of een geldboete van de vierde categorie (€ 11 250). Indien het bedrag van de te weinig geheven belasting hoger is dan deze geldboete kan echter maximaal het bedrag van deze te weinig geheven belasting worden opgelegd. Art. 69 lid 2 AWR ziet op onjuiste en onvolledige aangiften en op het voor raadpleging beschikbaar stellen van valse of vervalste boeken, bescheiden of andere gegevensdragers (hierboven onder c). Op deze misdrijven staat maximaal zes jaar gevangenis of een geldboete van de vijfde categorie (€ 45 000) dan wel, als dat bedrag hoger is, het bedrag van de belasting die te weinig is geheven.

Art. 69 lid 1 en art. 69 lid 2 AWR omvatten gedragingen die strikt genomen ook vallen onder art. 225 lid 2 Sr (het gebruiken van een vals geschrift, zie

³²⁸ Art. 72 AWR.

³²⁹ Hieronder moet worden verstaan de AWR zelf, alsmede alle andere wettelijke bepalingen inzake de heffing van rijksbelastingen inclusief de heffing van heffingsrente, revisierente, compenserende interesten, kosten van ambtelijke werkzaamheden en bestuurlijke boeten welke kunnen worden vastgesteld of opgelegd.

hfdst. V.5). Daarom bepaalt art. 69 lid 4 AWR dat de fiscale strafbepalingen vóór gaan; dit brengt mee dat het bestuur van 's Rijksbelastingen kan beletten dat tot vervolging wordt overgegaan (art. 80 lid 2 AWR). Vervolging op grond van art. 225 Sr is dan overigens niet geheel uitgesloten; het vervaardigen, afleveren en voorhanden hebben van valse stukken blijft (desnoods cumulatief) vervolgbaar uit hoofde van laatstgenoemde strafbepaling. Deze vervolging wordt geheel beheerst door het OM.

Binnen de categorie fiscaalrechtelijke onregelmatigheden in de bouwrijverheid is getracht meer inzicht te verkrijgen in de in vorengenoemde artikelen genoemde strafbare feiten voor zover deze betrekking hebben op genoemde materiële risico's. Hierbij moet met name gedacht worden aan:

- het niet voldoen aan de factureringsplicht;
- onjuiste of onvolledige facturering;
- het niet voeren van een verplicht te voeren administratie;
- het niet bewaren van verplicht te bewaren gegevensdragers;
- het gebruiken van valse boeken en bescheiden (omzetverzwijgingen, zwart loon).

IV.2 Beleid van de Belastingdienst

De Belastingdienst is als rechtshandhavingorganisatie primair verantwoordelijk voor het heffen en innen van rijksbelastingen. Daarnaast voert hij heffing en inning uit voor derden, zoals bijv. de premieheffing volksverzekeringen en de vermogenstoets individuele huursubsidie. Om zo effectief en doelmatig mogelijk te werken, wordt door de Belastingdienst niet gewerkt vanuit één uniforme werkwijze, maar wordt zijn optreden zoveel mogelijk afgestemd op de specifieke situatie en het individuele handelen van belastingplichtigen. Hiermee wordt invulling gegeven aan een viertal uitgangspunten van de bedrijfsfilosofie: een dienstverlenende houding, een doelgroepgerichte benadering, een geïntegreerde klantbehandeling en werken in de actualiteit.³³⁰

Bij de zogeheten klantbehandeling speelt de compliance-gedachte een voorname rol.³³¹ Er wordt zo veel mogelijk naar gestreefd om belastingplichtigen te motiveren hun fiscale verplichtingen vrijwillig na te komen. Hierbij wordt gebruikt gemaakt van een risicobeheersingmodel waarin het fiscaal risico en het financieel belang belangrijke elementen zijn. De Belastingdienst onderneemt met name actie als belastingplichtigen gedwongen moeten worden zich overeenkomstig belastingwet- en regelgeving te gedragen, er grote fiscale en financiële belangen spelen en/of indien zaken een groot maatschappelijk belang kennen. Enerzijds zal preventief worden opgetreden, anderzijds repressief.

Deze handelwijze vindt onder meer zijn beslag in een doelgroepgerichte klantbehandeling. Belastingplichtigen die fiscaal op eenzelfde wijze kunnen worden behandeld, worden ondergebracht in dezelfde doelgroep. Per doelgroep wordt vervolgens gezien hoe deze het beste kan worden behandeld en welke fiscale problemen en risico's zich voordoen. Naast de vier hoofd doelgroepen (particulieren, ondernemingen, grote ondernemingen en douane) wordt gedifferentieerd naar beroepsgroepen. Zo is bijvoorbeeld de bouwrijverheid nader onderverdeeld in de volgende vier relevante doelgroepen³³²:

³³⁰ Jaarverslag Belastingdienst 2001, p. 7.

³³¹ Onder compliance wordt verstaan: het onderhouden en versterken van de bereidheid van belastingplichtigen tot nakoming van wettelijke verplichtingen.

³³² Ten behoeve van het verzoek aan het ministerie van Financiën om een overzicht te verstrekken van de door Belastingdienst geconstateerde (mogelijke) fiscale fraude in de bouw is een selectie gemaakt uit de bestaande branchecodes. In de tabel zijn de gebruikte branches gegroepeerd naar doelgroep weergegeven.

Doelgroep	Branchecode	Beschrijving	
Bouwnijverheid	5111	Aannemersbedrijven van burgerlijke- en utiliteitsbouw (algemeen)	
	5112	Heiersbedrijven (en andere gespecialiseerde funderingstechnieken)	
	5113	Betonijzervlechtersbedrijven	
	5114	Schoorsteen- en ovenbouwbedrijven	
	5115	Dakdekkersbedrijven	
	5116	Slopersbedrijven (bouwwerken)	
	5117	Aannemersbedrijven van timmerwerken	
	5119	Gespecialiseerde aannemersbedrijven (anders dan bovengenoemd)	
	5121	Aannemersbedrijven van grond-, water- en wegebouwkundige werken (algemeen)	
	5122	Grond- en putboorderijen, bronbemaalingsbedrijven	
	5123	Kabel- en buizenleggersbedrijven (in de grond)	
	5124	Baggerbedrijven	
	5125	Cultuurtechnische bedrijven, grondwerkbedrijven (anders dan bovengenoemd)	
	5126	Straatmakerbedrijven	
	5127	Steenzetters- en rijswerkersbedrijven	
	5128	Openbare werken	
	5129	Bouwmachineverhuurbedrijven (met bedienend personeel)	
	5131	Schilders-, glaszettersbedrijven	
	5132	Behangersbedrijven (sec)	
	5141	Aannemersbedrijven van metselwerken	
	5142	Stucadoorsbedrijven	
	5143	Voegersbedrijven	
	5191	Vloerenleggersbedrijven (excl. terrazzobedrijven)	
	5192	Terrazzobedrijven	
	5193	Tegelzettersbedrijven	
	5199	Afwerking van gebouwen (anders dan bovengenoemd)	
	Bouwinstallatiebedrijven	5211	Loodgieters-, fitters- en sanitair installatiebedrijven
		5221	Centrale verwarmings- en luchtbehandelingsinstallatiebedrijven
		5222	Isolatiebedrijven
		5231	Elektrotechnische installatiebedrijven (sterkstroom; bouw)
		5232	Elektrotechnische installatiebedrijven (zwakstroom; bouw)
		5239	Elektrotechnische installatiebedrijven (anders dan bovengenoemd) (bouw)
		5241	Installatiebedrijven van zonwering
Exploitatie van en handel in onroerende goederen Zakelijke dienstverlening	5291	Installatiebedrijven van zwembaden	
	8441	Ingenieurs-, technische ontwerp- en adviesbureaus	
	8442	Architectenbureaus	
	8443	Bouwtechnische ontwerp- en adviesbureaus	
	8444	Expertise- en taxatiebureaus	
	8445	Landmeetkundige diensten	
	8446	Binnenhuisarchitecten	
	8449	Ingenieurs- en andere technische ontwerp- en adviesbureaus (anders dan bovengenoemd)	

Door per doelgroep alle beschikbare kennis te verzamelen en te analyseren kunnen meer algemene uitspraken worden gedaan over kenmerken van bepaalde beroepsgroepen en ondernemers. Ook kunnen meer specifiek de (fiscale) risico's nader geduid worden. De doelgroepgerichte klantbehandeling gaat gepaard met de zogeheten geïntegreerde klantbehandeling door de Belastingdienst: alle fiscale aspecten van relevante feiten en omstandigheden worden integraal in ogenschouw genomen. Op deze wijze wordt inzicht verkregen in de totale fiscale situatie, waardoor effectiever en doelgerichter toezicht kan worden gehouden. De klantbehandeling is voorts gekoppeld aan het werken in de actualiteit. Dit betekent dat de behandeling door de Belastingdienst zo veel mogelijk geschiedt op het moment waarop de fiscaal relevante gebeurtenissen zich feitelijk voordoen. Door deze manier van werken heeft de dienst zich de afgelopen jaren nadrukkelijker ontwikkeld tot een organisatie die zich richt op het heden, in plaats van zich uitsluitend te oriënteren op gebeurtenissen die zich in het verleden hebben afgespeeld.

Een voorbeeld van werken in de actualiteit biedt het projectteam dat vanaf begin 2000 fiscaal toezicht houdt op de aanleg van de Betuweroute en de

HSL-Zuid.³³³ In dit projectteam werken medewerkers van vijftien verschillende eenheden van de Belastingdienst samen met vertegenwoordigers van de Uitvoeringsinstellingen Werknemersverzekeringen (UWV), het GAK, UWV Bouwnijverheid en het Coördinatiepunt Internationale Beschikbaarstelling Arbeidskrachten (CIBA). Een controle-instrument dat het team onder meer inzet is de zogeheten Waarneming Ter Plaatse (WTP). Op deze wijze wordt een goed beeld verkregen van de feitelijke activiteiten op de bouwlocatie, de betrokken (onder)aannemers, alsmede het aanwezige personeelsbestand en kan door de Belastingdienst direct ingespeeld worden op signalen.

Door de verschillende vormen van toezicht door de Belastingdienst op een juiste, tijdige en volledige weergave van de fiscaal relevante feiten, wordt de handhaving van fiscale wet- en regelgeving gewaarborgd. Sluitstuk van deze normale fiscale behandeling is een eventueel met de belastingaanslag gepaard gaande administratieve boete.³³⁴ Strafvervolgning blijft binnen de klantbehandeling het uiterste middel. De strafrechtelijke opsporingstaak is ondergebracht bij een aparte eenheid van de Belastingdienst: de FIOD. Dit is onder meer gedaan uit overwegingen van rechtsbescherming, namelijk als waarborg tegen een ongemerkte sfeerovergang van controle naar opsporing.³³⁵

De taak van de Belastingdienst brengt mee dat de aandacht primair gericht is op het zogeheten fiscaal belang: het zorgdragen voor een stabiele belastingopbrengst door een correcte uitvoering en handhaving van de fiscale wet- en regelgeving. Het fiscaal belang hoeft niet per definitie parallel te lopen met andere belangen die vanuit maatschappelijk oogpunt belangrijk worden gevonden. Dit kan onder bepaalde omstandigheden leiden tot een spanningsveld tussen de verschillende in het geding zijnde belangen. Een voorbeeld van zo'n spanningsveld is de fiscale behandeling van wederrechtelijk handelen (zie hfdst. IV.6). Het belastbaar inkomen wordt van oudsher berekend door bruto-inkomsten te verminderen met gemaakte kosten, los van de aard van de inkomsten. Het spanningsveld komt tevens naar voren bij de fiscale geheimhoudingsplicht van belastingambtenaren.

IV.3 Geheimhoudingsplicht van de Belastingdienst

In art. 67 AWR is de geheimhoudingsplicht van de belastingambtenaar geregeld. Dit artikel bepaalt in het eerste lid dat het een ieder verboden is hetgeen hem in enige werkzaamheid bij de uitvoering van de belastingwet, of in verband daarmee, over de persoon of de zaken van een ander blijkt of wordt meegedeeld wordt, verder bekend te maken dan nodig is voor de uitvoering van de belastingwet of voor de heffing of de invordering van enige rijksbelasting. De geheimhoudingsplicht is zowel voor de belasting- of inhoudingsplichtige als voor de Belastingdienst van belang. De belastingplichtige moet er op kunnen vertrouwen dat de verstrekte informatie slechts wordt gebruikt voor de uitvoering van belastingwetgeving door de Belastingdienst. Hiermee wordt bereikt dat bij belastingplichtigen geen aanleiding hoeft te bestaan om informatie achter te houden uit vrees dat zijn gegevens bij derden terechtkomen – iets wat het werk van de dienst vanzelfsprekend ernstig zou bemoeilijken.

De geheimhoudingsplicht is niet absoluut. In artikel 67 lid 2 AWR is geregeld dat de minister van Financiën ontheffing van de geheimhoudingsplicht kan verlenen. Het beleid inzake het verlenen van een ontheffing is neergelegd in het Voorschrift Informatieverstrekking 1993

³³³ *Belastingwerk*, juni 2002, p. 16 en 17.

³³⁴ Het sanctiebeleid is wettelijk vastgelegd in de AWR en het Besluit Bestuurlijke Boeten Belastingdienst 1998.

³³⁵ Sectorplan Klantbehandeling d.d. 12 september 2000, Bedrijfsplan 2001/2005 Belastingdienst.

(VIV 1993).³³⁶ In het VIV 1993 is beschreven in welke gevallen de Belastingdienst informatie over belastingplichtigen aan derden mag en zal verstrekken.

Ten aanzien van de zeer ernstige misdrijven genoemd in art. 160 lid 1 Sv. bestaat voor een ieder een wettelijke aangifteplicht. Het gaat hier om misdrijven tegen de veiligheid van de staat, om misdrijven tegen de koninklijke waardigheid en om misdrijven tegen het leven gericht. De belastingambtenaar is voor deze wettelijke aangifteplicht ontheven van de geheimhoudingsplicht. Art. 162 Sv. regelt voorts ten aanzien van ambtenaren een wettelijke aangifteplicht voor ambtsmisdrijven. Dit betreft een zogeheten actieve aangifteplicht: ambtenaren dienen ten aanzien van deze misdrijven onverwijld aangifte te doen bij de officier van justitie. Een voorbeeld van een dergelijk ambtsmisdrijf is het aannemen van steekpenningen door een ambtenaar (art. 362 Sr.).³³⁷ Het VIV 1993 stelt nadere procedurele regels omtrent deze aangifteplicht. Het bepaalt dat de ambtenaar van de Belastingdienst die in de uitoefening van zijn taak vermoedens of kennis krijgt van genoemde misdrijven, de zaak door tussenkomst van het hoofd van zijn eenheid met advies moet voorleggen aan het hoofd van de FIOD-ECD.³³⁸ Het hoofd van de FIOD-ECD gaat over tot het doen van aangifte als ook hij het misdrijf vermoedt.³³⁹ Zie ook hfdst. V. 2.7.

Omtrent strafbare feiten ten aanzien waarvan de Belastingdienst bevoegd, maar niet wettelijk verplicht is aangifte te doen, bepaalt het VIV 1993 sinds maart 1998 dat in ieder geval aangifte moet worden gedaan van:

- delicten in de vermogensrechtelijke sfeer (zoals diefstal, oplichting, verduistering en heling) wanneer het met het delict gemoeide financiële belang een bedrag van € 22 689 (f 50 000) te boven gaat;
- delicten die een (in)directe bedreiging vormen voor de (geestelijke) volksgezondheid en die een bedrijfsmatig karakter hebben. Van het produceren of verhandelen van kinderporno en het bedrijfsmatig kweken van hennep of de handel in harddrugs wordt in alle gevallen aangifte gedaan;
- paspoortfraude;
- het aannemen of betalen van steekpenningen, mits er sprake is van een misdrijf in de zin van het Wetboek van Strafrecht (zie hfdst. V.2);
- bedreiging of mishandeling van ambtenaren der Belastingdienst;
- misdrijven ter zake waarvan de belastingplichtige door de Nederlandse strafrechter kan worden veroordeeld en waarvoor in de belastingaangifte een aftrekpost is opgevoerd die, na een onherroepelijke veroordeling dan wel transactie, op grond van de aftrekbeperkingen in de belastingwet kan worden geweigerd.

Hierbij moet worden bedacht dat het telkens slechts gaat om *vermoedens* van een strafbaar feit. Door deze subjectieve component te manipuleren kan de betrokken functionaris zich vrij veel speelruimte verschaffen.

Het is de vraag in hoeverre de informatie die een belastingplichtige op grond van wettelijke verplichtingen aan de Belastingdienst moet verstrekken, als bewijs in een strafzaak tegen hem gebruikt mag worden. Op grond van art. 6 EVRM behoeft men immers niet mee te werken aan de bewijsvoering tegen zichzelf (het *nemo tenetur* – beginsel). Dit leidt primair tot een recht om te zwijgen. Het beginsel verzet zich niet tegen het gebruik in strafzaken van informatie die is verkregen door middel van dwangmiddelen en waarvan het bestaan onafhankelijk is van de wil van de betrokkene, zoals documenten die verkregen zijn op basis van een doorzoeking.³⁴⁰ Ten aanzien van informatie over de in het VIV 1993

³³⁶ Besluit van 1 december 1998, nr. AFZ98/3534N, *Stcrt* 1998, 243 (wijziging Besluit van 14 december 1992, nr. AFZ92/9318, *Stcrt* 1992, 251).

³³⁷ Het betreft een ruim opgevat strafrechtelijk ambtenaarbegrip. Naast degenen die zijn aangesteld in openbare dienst worden onder ambtenaren tevens begrepen alle personen verkozen bij krachtens wettelijk voorschrift uitgeschreven verkiezingen (zie art. 84 Sr.).

³³⁸ De ECD is per 1 september 1999 overgegaan van het Ministerie van Economische Zaken naar het Ministerie van Financiën; sindsdien zijn de FIOD en de ECD gefuseerd.

³³⁹ Zie § 6.3.2 van het Voorschrift Informatieverstrekking 1993.

³⁴⁰ EHRM 17 december 1996, NJ 1997, 699 m.nt. Kn (Saunders) en M. W. C. Feteris, *Formeel Belastingrecht*, 1999, p. 211; zie ook J. M. Reijntjes (red), *Nemo tenetur*, Arnhem 1996.

vermelde delicten is echter niet op voorhand duidelijk of haar bestaan onafhankelijk is van de wil van de betrokkene.

IV.4 Aanmeldings-, transactie en vervolgingsrichtlijnen

In het belastingrecht dient bij de afdoening van strafbare feiten onderscheid te worden gemaakt tussen fiscale delicten die via een bestuurlijke boete worden afgedaan en fiscale delicten waarbij het strafrecht wordt ingezet. Laatstgenoemd instrumentarium wordt gezien als sluitstuk in de handhavingsketen. De meeste fiscale delicten worden door de Belastingdienst afgedaan met een bestuurlijke boete, voor strafrechtelijke afdoening wordt gekozen als een bestuurlijke boete niet als een adequate reactie wordt aangemerkt of als de strafrechtelijke afdoening nodig is voor ondersteuning van de bestuurlijke handhaving. Dit laatste kan bijvoorbeeld het geval zijn bij (tijdelijke) acties die zijn gericht op specifieke doelgroepen.

Om eenheid te brengen in de wijze van afdoen van zaken zijn door het College van procureurs-generaal en de directeur-generaal Belastingdienst van het Ministerie van Financiën de zogeheten ATV-richtlijnen opgesteld.³⁴¹ Deze richtlijnen hebben betrekking op de aanmelding, de transactie en de vervolging van fiscale delicten van de AWR, van de Invorderingswet 1990 en douanedelicten. Aan de hand van vaststaande criteria wordt beoordeeld in welke gevallen ambtenaren door hen ontdekte fiscale strafbare feiten moeten aanmelden, welke gevallen voor transactie in aanmerking komen en welke fiscale delicten en douanedelicten worden vervolgd. Jaarlijks maken het Openbaar Ministerie en de Belastingdienst in een handhavingsarrangement afspraken over de aard en het aantal zaken die voor strafrechtelijke vervolging in aanmerking komen.

De opsporing van (fiscale) strafbare feiten behoort naast regulier toezicht en controle tot de kerntaken van de Belastingdienst. Deze taak is ondergebracht bij de FIOD-ECD. De jaarverslagen van de Belastingdienst maken onder meer melding van het aantal aanmeldingen van fraude bij de FIOD-ECD, het aantal vervolgingswaardige zaken, het opgespoorde belastingnadeel en het opgespoorde strafrechtelijke nadeel. Een verdere specificatie ontbreekt. Zo is bijv. niet duidelijk hoeveel aangiften zijn gedaan op grond van art. 160 en 162 Sv., om welke soorten onregelmatigheden het ging en welke afzonderlijke bedragen hiermee gemoeid waren. Het jaarverslag 1999 maakt bijvoorbeeld melding van het feit dat in dat jaar op basis van de ATV-richtlijnen in totaal 3 410 aanmeldingen van fraude hebben plaatsgevonden. Het beheersverslag 1999 vermeldt dat het hier uitsluitend fiscale (douane-)fraude betreft. De beheers- en jaarverslagen bevatten geen informatie over de aangifte en gebruik van informatie van vorenvermelde niet-fiscale strafbare feiten. Vermoedelijk voorzien de bestuurlijke informatiesystemen van de Belastingdienst niet in het genereren van dergelijke gegevens.³⁴²

De redenen om uiteindelijk geen strafrechtelijk onderzoek in te stellen zijn gelegen in het feit dat er geen of onvoldoende bewijs is (en ook niet wordt verwacht dat er meer zal kunnen worden gevonden), er geen sprake blijkt te zijn van een strafbaar feit, er sprake is van een te gering belang of dat onvoldoende opsporingscapaciteit aanwezig is.³⁴³

³⁴¹ Aanmeldings-, Transactie- en Vervolgingsrichtlijnen voor fiscale delicten en douanedelicten, 18 december 2001, DGB2001/1476M.

³⁴² Zie ook de reactie van de staatssecretaris van Financiën op het rapport «Opsporing en vervolging van fraude» van de Rekenkamer (*Kamerstukken II 27 555 nrs. 1/2 p. 43*). Naar aanleiding van de constatering van de Rekenkamer dat inzake fiscale fraude geen uitsplitsing plaatsvindt van geïnde belastinggelden en boeten naar het onderscheid bestuurlijke dan wel strafrechtelijke afdoening, wordt opgemerkt dat de bestuurlijke informatiesystemen niet voorzien in het genereren van afzonderlijke gegevens hieromtrent.

³⁴³ *Kamerstukken II 2000/2001, 17 050 nr. 221 p. 8.*

IV.5 Verschijningsvormen van fiscale onregelmatigheden

In de doelgroepbeschrijving bouw/algemeen van de Belastingdienst wordt opgemerkt dat het materiële risico bij een aannemersbedrijf in de burgerlijke en utiliteitsbouw hoog is.³⁴⁴ Nadrukkelijk wordt hierbij vermeld dat hoewel algemeen wordt aangenomen dat door bouwbedrijven (grote) delen van de omzet buiten de verantwoording worden gehouden, dit tijdens de boekenonderzoeken voor de doelgroepbeschrijvingen niet is gebleken. Enerzijds zou dit komen doordat naar verwachting de omvang van de zwarte omzet bij bedrijven die met name werken voor overheid(sinstellingen) of grote opdrachtgevers niet groot zal zijn. Anderzijds zou dit mogelijk het gevolg zijn van de tekortschietende traditionele klantbehandelingsmethoden van de Belastingdienst.³⁴⁵ In ieder geval worden de werkzaamheden die door werknemers van aannemersbedrijven buiten werktijd worden verricht (beunhazen) als belangrijk fraudepatroon vermeld. Een zeer groot deel van de opbrengsten uit deze werkzaamheden wordt op geen enkele wijze onderworpen aan belastingheffing. De conclusie die naar aanleiding van de boekenonderzoeken steeds weer moet worden getrokken, is dat ook hieraan maar moeilijk iets is te doen.

Bruinsma merkte op dat de controlediensten, waaronder de FIOD, de bouwnijverheid als een van de meest fraudegevoelige economische bedrijfstakken in Nederland kenschetsen.³⁴⁶ Hij besprak vervolgens vier soorten werkgeversfraude, te weten fraude via een rechtsvorm, malafide inlening en onderaanneming, contributieve fraude en informatieve fraude.³⁴⁷ Uit de beschrijving van deze vormen van fraude kan worden afgeleid dat zij, gelet op het financiële motief, veelal ook zullen leiden tot of betrekking hebben op fiscale onregelmatigheden. In dit kader kunnen worden genoemd:

- het opzettelijk voeren van een slechte of onjuiste boekhouding;
- het verzwijgen van omzet;
- het voeren van een zwarte boekhouding of zwarte kas;
- het niet boeken van contante verkopen;
- het opmaken/uitschrijven van valse facturen;
- valse loonopgaven of zwart werk, waarbij onderscheid kan worden gemaakt in uitbetalingen aan werknemers die niet in de loonboekhouding voorkomen, werknemers die wel in de loonboekhouding voorkomen maar die in werkelijkheid een hoger loon ontvangen dan in de loonboekhouding wordt verantwoord, en het zelfstandig bijklossen door werknemers;
- het boeken en/of betalen van smeergelden en steekpenningen;
- het opbouwen van een grote belastingschuld in een rechtspersoon, waarna opzettelijk op een faillissement wordt aangestuurd;
- fraude door malafide uitlening en onderaanneming;
- misbruik van de zogeheten G-rekening.³⁴⁸

De eerder genoemde doelgroepbeschrijving vermeldt dat in de praktijk is gebleken dat bouwondernemers er wel eens voor kiezen hun uitgaven te beperken door het hanteren van fiscaal onvriendelijke methoden. Hierdoor zouden in de bouwbranche aanzienlijke risico's bestaan ten aanzien van de volledigheid van de opbrengstverantwoording. Om meer inzicht in de verschijningsvormen van fiscale onregelmatigheden in de bouwnijverheid te verkrijgen is een aantal gesprekken gevoerd met vertegenwoordigers van het Ministerie van Financiën, de Belastingdienst en de FIOD-ECD, en is door genoemd ministerie ambtelijke literatuur en statistisch materiaal ter beschikking gesteld. Tevens is vertrouwelijke inzage verkregen in

³⁴⁴ Nulversie d.d. 1 april 1998.

³⁴⁵ Momenteel wordt geëxperimenteerd met methoden die meer aandacht hebben voor de actualiteit.

³⁴⁶ G. Bruinsma, «De bouwnijverheid», *Kamerstukken II 1995/1996*, 24 072 nr. 18 p. 209/260, op p. 235.

³⁴⁷ De rubricering is van R. J. Houwen/P. A. M. G. Kempkes, *Een kwestie van aanpakken. Deskundigen over fraude door werkgevers met loongerelateerde premies en belastingen*, Zoetermeer 1993.

³⁴⁸ De G-rekening is een geblokkeerde rekening van de onderaannemer waarop de hoofdaannemer een deel van de aanneemsom kan storten dat bestemd is voor de afdracht van sociale premies en loonbelasting. Van een G-rekening kan het geld uitsluitend worden overgemaakt naar de rekeningen van de bedrijfsvereniging en de Belastingdienst, of naar een andere G-rekening.

verslagen van door de Belastingdienst ingestelde boekenonderzoeken bij individuele bouwbedrijven, alsmede integrale inzage in de fiscale dossiers.³⁴⁸

Uit bestudering van deze documentatie en individuele dossiers zijn de volgende hoofdvormen van onregelmatigheden van materiële aard te onderkennen:

- niet verantwoorde ontvangsten/omzet;
- niet acceptabele kosten;
- niet verantwoorde loonkosten.

Daarnaast zijn onregelmatigheden te onderkennen die naar hun aard weliswaar meer fiscaal-technisch van aard lijken te zijn, maar gemeten naar resultaat nadrukkelijk zijn gericht op het niet of niet volledig verantwoorden van omzet of minimaliseren van winst. Tevens komen onregelmatigheden voor die gericht zijn op frustratie van de invordering van belasting- en premieschulden.

IV.5.1 Niet verantwoorde ontvangsten/omzet

Het blijkt geregeld voor te komen dat bepaalde werkzaamheden geschieden tegen contante betaling of door middel van betaling op zogeheten zwarte bankrekeningen. Dit gebeurt met name bij particulieren of afnemers die geen factuur behoeven. In eerste instantie moet hier gedacht worden aan het leveren van materialen en het verrichten van (kleine) werkzaamheden, zoals bestratingswerkzaamheden en het aanbrengen van dakkapellen. Daarnaast komt het geregeld voor dat meerwerk door particulieren contant wordt voldaan en door het bouwbedrijf niet in de opbrengstverantwoording wordt verwerkt. Het benodigde materiaal wordt door de particuliere opdrachtgever zelf ingekocht.

Uit dossiers is voorts gebleken dat contante ontvangsten niet werden verantwoord en de in eerste instantie wel geboekte vordering als oninbaar werd afgeboekt. Als motivering voor de afboeking werd gegeven dat er klachten waren over de kwaliteit van het bouwwerk. Ook gefingeerde creditnota's komen voor. Bij een boekenonderzoek bij een gemeente bleek op een aantal projecten het meerwerk te worden verrekend met de afkomende materialen (straatstenen). Geen van de partijen factureerde dit, zodat de aannemer op dat moment kon beschikken over een inkoop van handelsmateriaal welke niet in de boekhouding verantwoord werd. Ook de bijbehorende (en vanzelfsprekend hogere) omzet werd niet verantwoord.

Verder kunnen als onregelmatigheden worden genoemd:

- het niet verantwoorden in de administratie van contante opbrengsten van sloopafval en overige restmaterialen, zoals oud ijzer en metaal;
- omzetten uit het buitenland welke niet worden verantwoord;
- het voortzetten van bedrijfsactiviteiten na bedrijfsbeëindiging of faillissement.

In het kader van niet verantwoorde ontvangsten dient ook gewezen te worden op het feit dat personen werkzaamheden in de bouwsector verrichten zonder dat zij (bij de Belastingdienst) fiscaal bekend zijn (beunhazen).³⁴⁹ Een groot deel van hen is in loondienst bij reguliere aannemers en werkt 's avonds en in het weekend aan kleine opdrachten die dezen afstoten of doorgeven aan hun personeel.³⁵⁰ Daarnaast kunnen beunhazen zich bevinden in het sociale verzekeringencircuit en opdrachten verkrijgen via mond-op-mond-reclame. Bij het klussen in de avonden en weekeinden door personeel van de aannemer wordt vaak gebruik gemaakt van materieel en materiaal van de werkgever. Het materiaal kan zijn gekocht via deze werkgever of zonder diens medeweten zijn meege-

³⁴⁸ Het gaat hierbij om de fiscale dossiers van acht grote en landelijk bekende bouwondernemingen, acht middelgrote en acht kleinere.

³⁴⁹ Zie bijv. Hof Amsterdam 6 december 1983, BNB 1985, 110: een besloten vennootschap heeft onderhoudswerkzaamheden aan woningen laten verrichten tegen contante betaling door personen waarvan de identiteit in de meeste gevallen niet is komen vast te staan. Deze personen gaven geen factuur af; zij tekenden alleen kwitanties voor de ontvangst van bedragen. De inspecteur heeft ter zake hiervan een naheffingsaanslag loonbelasting opgelegd. Naar het oordeel van het Hof stond de omvang van de uitbetaalde bedragen vast, maar was daaruit niet af te leiden dat een gezagsverhouding aanwezig was. Van een privaatrechtelijke dienstbetrekking werd derhalve geen sprake. Wel was het vermoeden gerechtvaardigd dat sprake was van het persoonlijk tot stand brengen van een werk ingevolge een overeenkomst tot aanneming van werk als bedoeld in art. 1637b BW. Op grond van art. 3 lid 1 onder a Wet op de loonbelasting 1964 moet deze arbeidsverhouding voor de heffing van de loonbelasting als een dienstbetrekking worden beschouwd (fictieve dienstbetrekking).

³⁵⁰ Niet alleen 's avonds en in de weekeinden wordt bijgeklust, ook tijdens een periode van bouwvakantie of vorstverlet is gebleken dat nogal wat werkzaamheden worden verricht.

nomen. Met name bij schilderswerk, stucadoorswerk, loodgieterswerk, elektrotechnisch werk en bestratingswerk komt dit dikwijls voor.

Onbekend zijn van ondernemerschap bij de Belastingdienst speelt tevens bij buitenlandse ondernemers, met name ingezet van de EU. Zij doen zich voor als ondernemer uit het buitenland, maar wonen feitelijk in Nederland of reizen wekelijks op en neer en hebben feitelijk een vestiging in Nederland. Het komt ook voor dat buitenlandse ondernemers bij de Kamer van Koophandel zijn aangemeld maar naar het land van oorsprong vertrekken wanneer het aankomt op het nakomen van fiscale verplichtingen. Ook worden in sommige gevallen werkzaamheden in het buitenland geheel onttrokken aan het oog van de fiscus. Zo is geconstateerd dat een bijstandgenieter jarenlang ploegen bouwvakkers heeft laten werken in Duitsland zonder dat loonbelasting of sociale premies werden afgedragen. De betreffende werknemers genoten allen een uitkering. De betreffende «werkgever» maakte bij zijn activiteiten gebruik van vervalste documenten van de Belastingdienst. Een ander voorbeeld van deze problematiek heeft betrekking op bedrijfsactiviteiten van buitenlandse asfalteerders. Veelal gaat het hier om groepen die afkomstig zijn uit Groot-Brittannië en met terreinwagens, materieel en caravans door Nederland trekken om asfalteringswerkzaamheden te verrichten op erven en bedrijfsterreinen.

Het vermelde projectteam dat binnen de Belastingdienst fiscaal toezicht houdt op de aanleg van de Betuweroute en de HSL-Zuid noemt als één van de signaleerde fiscale risico's de buitenlandse aannemers die het werk voor een belangrijk deel uitvoeren.³⁵¹ Dat kunnen Nederlandse dochterondernemingen zijn van een in het buitenland gevestigde vennootschap of buitenlandse bedrijven die zelf het werk hebben aangenomen. In het laatste geval wordt nagegaan of sprake is van een vaste inrichting die belastingplichtig is voor de vennootschapsbelasting en loonbelasting. Met het oog op een juiste afdracht van loonbelasting en premies heeft het projectteam speciale aandacht voor de vele honderden Europese werknemers die via buitenlandse uitzendbureaus aan de bouwprojecten werken. Controle in de actualiteit is hier van wezenlijk belang vanwege het feit dat bij controles achteraf het risico wordt gelopen dat buitenlandse aannemers en uitzendbureaus zijn vertrokken.

IV.5.2 Niet acceptabele kosten

Gebleken is dat valse facturen worden opgemaakt en verwerkt in de administraties van bouwbedrijven. Hierdoor wordt ten onrechte omzetbelasting teruggevraagd en worden ten onrechte kosten opgevoerd. Hierbij kan onder meer worden gedacht aan:

- facturen van niet-bestaande bedrijven in binnen- en buitenland;
- facturen van bestaande, te goeder naam en faam bekende bedrijven, welke op oneigenlijke wijze worden verkregen (diefstal door derden, door eigen al dan niet ontslagen personeel, het laten drukken van valse facturen met briefhoofd);
- het verhogen en in de boekhouding verwerken van zogeheten contantbonnen;
- het maken van afspraken met leveranciers over verhoging van de kostprijs, waarbij door laatstgenoemden het verschil wordt uitgekeerd in de vorm van contante bonussen of provisies, dan wel in de vorm van goederen, reizen of etentjes.

Zo is onder meer geconstateerd dat een bedrijf een doos met blanco facturen en bonnenboekjes bezat van diverse andere (bestaande)

³⁵¹ *Belastingwerk* juni 2002 p. 17.

bedrijven. Veelal ging het hierbij om facturen van horecaondernemingen. Wanneer directieleden geld nodig hadden werd een declaratie ingediend voor een zakendiner of een borrel en schreef men voor zichzelf een bon uit voor het gewenste bedrag. Een andere vorm van niet-acceptabele kosten betreft het klussen van werknemers in eigen tijd met (door hen niet betaalde) materialen en gereedschappen van werkgevers en met medeweten van deze werkgevers.

IV.5.3 Niet verantwoorde loonkosten

Niet verantwoorde loonkosten in samenhang met niet verantwoorde omzet

Bouwbedrijven die werken aan grote projecten geven veelal de (hoofd-) uitvoerder de beschikking over een eigen kas van waaruit deze zelfstandig bepaalde (kleine) uitgaven mag doen. In de bouwwereld staat deze kas bekend als de «uitvoerderskas». Het komt voor dat uit deze kas diverse betalingen aan anonieme personen worden verricht die deels ten onrechte niet zijn belast met loonbelasting. Zo maakt men bijvoorbeeld gebruik van losse krachten die worden ingezet voor diverse werkzaamheden, zoals schoonmaakwerkzaamheden en het controleren van bouwplaats.

Daarnaast zijn de volgende onregelmatigheden geconstateerd:

- Het creëren van een zwart geld circuit via particuliere opdrachten. Voor particulieren geldt geen boekhoud- en bewaarplicht. Zij hebben derhalve geen belang bij een nota met vermelding van omzetbelasting. Bij contante betaling valt veelal iets te regelen. De betreffende aannemer lijdt zogenaamd een verlies op deze werken. Het verschil kan in eigen zak worden gestoken of als zwart loon worden uitbetaald. Het zogenaamde verlies op de werken kan worden gecompenseerd met andere fiscale winsten, zodat uiteindelijk ook minder winstbelasting wordt betaald;
- Het verzwijgen van omzet door het niet boeken van contant verkochte bouwmaterialen; Het kan hier zowel gaan om nieuwe/ongebruikte bouwmaterialen als om bouwmaterialen die afkomstig zijn van de sloop van (on)roerende goederen. Tevens kan het gaan om hergebruik van goederen waarvan de opbrengst niet is geboekt. De verkregen opbrengsten worden meestal gebruikt voor het maskeren van bepaalde kostenposten, zoals het uitbetalen van zwart loon en steekpenningen;
- Het uitschrijven van creditnota's na contant ontvangen bedragen. Voor contant ontvangen bedragen van opdrachtgevers worden creditnota's uitgeschreven die slechts intern worden geboekt. Ook is geconstateerd dat door opdrachtgevers bedragen werden betaald op de privé-bankrekening van de bouwondernemer. Door de ondernemer werd voor hetzelfde bedrag een (interne) creditnota uitgeschreven. Het aldus buiten de omzet gehouden bedrag kan worden aangewend voor de betaling van zwart loon of voor privé-doeleinden;
- Het doorwerken in weekeinden om tijdverlies in te halen. Het inschakelen van personen door aannemers/werkgevers voor werkzaamheden in het weekeinde. Deze personen worden niet opgenomen in de loonadministratie en worden zwart uitbetaald;
- Het betrekken van materialen via de zaak. Met medeweten van de werkgever wordt door werknemers materiaal via de onderneming betrokken. De inkoop wordt wel geboekt, maar de betaling door de werknemer aan de werkgever wordt niet verwerkt in de administratie.

Tevens is geconstateerd dat overuren van werknemers zijn uitbetaald in de vorm van materialen, zoals een cv-ketel.

Niet verantwoorde loonkosten in samenhang met gefingeerde kosten/valse facturen

Door het opmaken van valse facturen kunnen de hiermee vrijgekomen liquide middelen worden aangewend voor:

- loonbetalingen aan personen die niet in de loonadministratie voorkomen;
- betalingen aan personen die wel zijn opgenomen in de loonadministratie.

Het komt voor dat ingekochte materialen worden doorverkocht aan personeel. Deze inkopen worden wel geboekt, maar de verkoop blijft buiten de administratie. Het ontvangen bedrag kan vervolgens worden gebruikt voor betaling van overuren en dergelijke. Zo geboekte inkopen van materialen worden ook wel gebruikt voor beloningen in natura. Een andere vorm van niet verantwoorde loonkosten betreft het valselijk voorwenden van uitbetaalde steekpenningen of zogeheten kubelgelden ter dekking van uitbetaald zwart loon. Kubelgelden worden uitbetaald aan bijv. de chauffeur van de betonmortelwagen om te bereiken dat het cement op het bouwterrein langs de verschillende werkplekken wordt uitgereden. Of deze gelden daadwerkelijk zijn uitbetaald is niet of nauwelijks vast te stellen.

Ook de aanschaf van activa door middel van valse facturen dient te worden genoemd. Hierbij worden activa aangeschaft tegen een lagere prijs dan op de factuur vermeld staat. Betaling vindt contant plaats. Het verschil kan worden gebruikt om zwartwerkers te betalen of worden aangewend voor eigen gebruik.³⁵² Een variant betreft het opvoeren van (fiscaal acceptabele) onbelaste onkostenvergoedingen aan werknemers. Deze vergoedingen worden contant uitbetaald tezamen met de overige reguliere lonen. Sommige werknemers krijgen de vergoeding echter niet uitbetaald. De gelden kunnen vervolgens worden gebruikt voor betaling van zwartwerkers of kunnen voor eigen gebruik worden aangewend.

IV.5.4 Overige onregelmatigheden

Winstverschuivingen

Het gaat hier om verschuiven van winsten naar de toekomst, naar andere projecten, naar zogeheten vrijgestelde winstbestanddelen of naar buitenlandse ondernemingen. Zo kunnen door een bouwbedrijf de kosten van een bepaald werk op een ander project worden geschreven. Het is mogelijk dat dit laatste project niet in de administratie voorkomt. De opbrengst kan dan verzwegen worden en worden aangewend voor het uitbetalen van zwarte lonen of in eigen zak gestoken worden. Het kan ook zo zijn dat er op projecten geen opbrengst is en daarnaast gratis wordt gebouwd ten behoeve van directieleden of ten behoeve van anderen (steekpenningen). Uiteraard wordt in vorenvermelde gevallen de marge op het project, waarop de kosten ten onrechte worden geboekt, gedrukt. De ondernemer zal derhalve de kosten op het project boeken waarvan de marge naar verwachting hoog is, zodat het uiteindelijke resultaat niet opvalt ten opzichte van andere projecten.

Bij winstverschuivingen naar vrijgestelde winstbestanddelen is de deelnemingsvrijstelling in de vennootschapsbelasting in het geding³⁵³. Er wordt geschoven van belaste naar onbelaste opbrengsten. Projecten (grotere objecten) worden veelal gerealiseerd in een afzonderlijke

³⁵² Tevens zal een te hoge investeringsaftrek worden geclaimd en vinden te hoge afschrijvingen plaats.

³⁵³ Om te voorkomen dat een winstbestanddeel meerdere malen in de heffing van vennootschapsbelasting wordt betrokken is in de Wet op de vennootschapsbelasting 1969 de deelnemingsvrijstelling opgenomen (art. 13/13k). Kort gezegd houdt deze vrijstelling in, dat bij het bepalen van de winst van de moedermaatschappij alle voordelen uit hoofde van een deelneming in een dochtermaatschappij buiten aanmerking blijven.

rechtspersoon (project-bv), waarvan het betreffende bouwbedrijf de aandelen houdt. Dit bouwbedrijf factureert (te) lage bedragen aan de project-bv ter zake van zijn prestaties. Hierdoor wordt binnen de project-bv een relatief lage waarde geactiveerd. Daardoor is na het gereedkomen van het project reeds sprake van een meerwaarde van het project. Deze meerwaarde wordt vervolgens gerealiseerd door de verkoop van aandelen, welke valt onder de deelnemingsvrijstelling. Op deze wijze worden belaste opbrengsten (feitelijk zouden de bedragen van geleverde prestaties dienen te worden gefactureerd aan de project-bv) getransformeerd in onbelaste opbrengsten (verkoop deelneming). Weliswaar is er een zeker compenserend effect in de vorm van een lager afschrijvingspotentieel binnen de project-bv, maar gelet op de lange afschrijvingsstermijn voor dergelijke objecten zal sprake zijn van een aanzienlijk rentenadeel voor de fiscus.

Niet-zakelijke kosten

Bij deze vorm van onregelmatigheden gaat het veelal om het zakelijk verantwoord van facturen met betrekking tot privé-uitgaven. Hiervan zijn onder meer de volgende vormen signaleerd:

- Het boeken van facturen van onderaannemers en/of materialen met betrekking tot privé-opdrachten op andere lopende opdrachten;
- Het verschuiven van onderhoudskosten met betrekking tot de privé-woning naar verhuurde woningen. De betreffende aannemer pleegt valsheid in geschrift door een ander adres op de factuur te zetten dan waar de werkzaamheden feitelijk betrekking op hebben;
- Het om niet, dan wel tegen een te lage vergoeding verrichten van werkzaamheden voor de directeur (-grootaandeelhouder) van het bouwbedrijf. De kosten worden geheel of gedeeltelijk op andere werken geboekt. Zo komt het met een zekere regelmaat voor dat een directeur-grootaandeelhouder van een Nederlandse bouwonderneming naar het buitenland emigreert. De bouwonderneming realiseert veelal de privé-woning van de betreffende directeur. Uit onderzoek is gebleken dat flinke bedragen met betrekking tot een privé-villa geboekt waren op andere grote projecten van het bouwbedrijf;
- Tevens is een voorkomend fenomeen het hanteren van twee rekeningadressen. Eén wordt gebruikt door de bouwonderneming voor de inkoopfacturen van materialen. De andere rekening (op een buitenlands privé-adres) wordt gebruikt voor eventuele creditnota's, kortingen en inkoopprovisies. Soms verloopt dit via het buitenlandse filiaal van de leverancier;
- Het op verzoek van de opdrachtgever vermelden van onjuiste omschrijvingen op verkoopfacturen. Zo wordt geprobeerd om privé-bestedingen een zakelijk karakter te geven. Een variant hierop betreft het verrichten van privé-bouwwerkzaamheden voor een opdrachtgever die met de aannemer heeft afgesproken dat deze werkzaamheden onder een andere naam moeten worden gefactureerd. De factuur wordt gesteld op de naam van de onderneming van de opdrachtgever die deze factuur ten laste van het resultaat brengt;
- Bouwen ten behoeve van de directeur of zijn familie, waarbij de materialen en gewerkte uren niet volledig in rekening worden gebracht door het bedrijf, en waarbij opslagen voor winst en algemene kosten niet worden toegepast.

Gefingeerd ondernemerschap

Grote bedrijven in de bouwnijverheid sturen aan op een flexibeler en goedkoper personeelsbestand, met als gevolg dat ex-werknemers zich

gaan presenteren als kleine zelfstandigen, ook wel aangeduid als ZZP-ers: zelfstandigen zonder personeel.³⁵⁴ In bijvoorbeeld het afwerkingstraject komt het regelmatig voor dat door inhoudingsplichtigen aan werknemers de suggestie wordt gedaan zich aan te melden als ondernemer. Met deze constructie worden met name sociale lasten gedrukt en wordt de rol van onderaanneming groter. Het onderscheid tussen werknemerschap en zelfstandigheid is van wezenlijk belang voor de fiscale en sociaal verzekeringsrechtelijke positie van de werkgever en de werknemer. Door de Belastingdienst dient telkenmale getoetst te worden of daadwerkelijk sprake is van ondernemerschap of dat de dienstbetrekking feitelijk is blijven bestaan.

In de periode van 1 januari 2001 tot 31 december 2001 is een onderzoek uitgevoerd door het Regionaal Interdisciplinair Fraudeteam Utrecht (RIF Utrecht) op een drietal Vinex-locaties.³⁵⁵ Het doel van dit onderzoek was het verkrijgen van zicht op fraudeaspecten in de woningbouw, zoals zwart werk, illegale tewerkstelling, uitkeringsfraude en ZZP-ers. Uit dit onderzoek is onder meer gebleken dat de omvang van het aantal ZZP-ers de laatste jaren sterk is toegenomen. Onderzoeken bij 21 ZZP-ers hebben geleid tot de volgende resultaten:

- in 6 gevallen (29%) had men feitelijk met een ondernemer te maken;
- In 15 gevallen (71%) was de betreffende persoon aan te merken als werknemer (in loondienst).

Gedurende het onderzoek zijn tijdens de zogeheten waarnemingen ter plaatse in totaal 1607 personen geïnterviewd die werkzaam waren voor 592 verschillende werkgevers. Van laatstgenoemd aantal was in 107 gevallen (19%) sprake van een ZZP-er. Van de 1607 geïnterviewden verrichtten 56 personen illegale arbeid en waren 51 personen illegaal in Nederland. Van de geïnterviewde personen konden 705 (44%) zich niet identificeren met een identiteitsbewijs.³⁵⁶

Vergoedingen

Gebleken is dat niet betaalde onkosten wel worden verwerkt in de administratie. Dit onder vermelding van fiscaal onbelaste vergoedingen, zoals de zogeheten feestdagenregeling, reiskostenvergoedingen, de carpoolregeling, gereedschapsgeld, fooien en dergelijke. Op deze wijze wordt geld gecreëerd voor het betalen van overuren of «zwart» personeel.

Frustratie van de invordering

Reeds in het verleden heeft de bouwnijverheid blijk gegeven van ernstige tekortkomingen op het gebied van afdracht van belastingschulden. Dit heeft onder meer geleid tot specifieke wettelijke regelingen op het gebied van aansprakelijkheid voor belastingschulden, zoals de Wet ketenaansprakelijkheid en de Wet bestuursaansprakelijkheid. Op grond van de ketenaansprakelijkheid is een aannemer hoofdelijk aansprakelijk voor de afdracht van loonbelasting en premies die de onderaannemer is verschuldigd.

De gedachte dat de Belastingdienst bij het gebruik van een G-rekening door een onderaannemer geen of minder risico loopt bij het innen van belastingschulden blijkt in de praktijk niet altijd juist te zijn.³⁵⁷ Regelmatig doen zich namelijk onregelmatigheden voor met betrekking tot het gebruik van de G-rekening.³⁵⁸ Als een onderaannemer met «zwart» personeel werkt, zal het saldo op de G-rekening oplopen vanwege het feit dat het aangenomen werk een groter loonbestanddeel bevat dan in de loonadministratie van de onderaannemer wordt verantwoord. Voor het overschot op de G-rekening kan de onderaannemer een zogeheten

³⁵⁴ Financiële voordelen zoals toepassing van de fiscale ondernemersfaciliteiten zijn voor werknemers een reden om zich te presenteren als ZZP-er.

³⁵⁵ Openbaar rapport Bouw, RIF Utrecht, maart 2002.

³⁵⁶ Ter verbetering van de controle op loonbelasting dient de werknemer zich tegenover zijn werkgever te legitimeren aan de hand van een document als bedoeld in art. 1 Wet op de identificatieplicht. De werkgever moet hiervan een kopie in zijn administratie bewaren. Bij een waarneming ter plaatse kan van mogelijke werknemers worden verlangd dat zij inzage verlenen in een officieel identiteitsbewijs.

³⁵⁷ In art. 35 lid 5 Invorderingswet 1990 is de mogelijkheid geschapen om het risico van hoofdelijke aansprakelijkheid voor de loonbelasting te beperken. De risicobeperking bestaat uit de mogelijkheid om te storten op een geblokkeerde rekening: de G-rekening. Dit is een bank- of girorekening van onderaannemers waarop aannemers het gedeelte van de aanneemsom kunnen storten dat bestemd is voor de betaling van loonheffing en premies. Vanaf deze rekening kunnen uitsluitend betalingen worden gedaan naar andere G-rekeningen, de Belastingdienst of de uitvoeringsinstelling. Als op een G-rekening meer wordt gestort dan nodig is voor de betaling van loonbelasting en premies, kan een verzoek tot deblokking worden gedaan.

³⁵⁸ Voorbeelden van jurisprudentie inzake misbruik van de G-rekening: Rb den Bosch 9 maart 1990, VN 1991, 1660, Rb Amsterdam 8 mei 1991, VN 1991, 1717, Rb Haarlem 26 juli 1994, VN 1994, 2942, Hof den Haag (MK VI) 20 januari 2000, VN 2000, 13.30.

deblokkeringsverzoek indienen. Bij het ontbreken van belastingen/of premieschulden zal deblokkering moeilijk kunnen worden geweigerd. De overschotten op G-rekeningen blijken echter ook op andere wijze liquide te kunnen worden gemaakt. Het saldo van de G-rekening kan namelijk ook worden overgeboekt naar een andere G-rekening. Deze optie blijkt in de praktijk mogelijkheden te geven om op oneigenlijke wijze het saldo van de G-rekening liquide te maken of aan te wenden voor zaken waarvoor het niet bedoeld is. Genoemd kunnen worden:

- betalingen naar de G-rekening van een collega-aannemer wegens leveringen van (veelal) bouwmaterialen, zonder dat sprake is van onderaanneming;
- betalingen naar een G-rekening van een ander bedrijf, zonder dat daar een prestatie tegenover staat. Laatstgenoemde bedrijven kunnen met deze bedragen normaal belasting- en premieschulden voldoen. In de regel wordt van het overgeboekte G-geld een deel contant aan de storter terugbetaald;
- betalingen van het totale bedrag van de factuur in plaats van uitsluitend een deel van de loonsom.

Daarnaast kan gebruik worden gemaakt van gefingeerde facturen (in plaats van loon worden materialen gefactureerd) om betaling via de G-rekening te omzeilen.

Voorts is geconstateerd dat ten onrechte de zogeheten verleggingsregeling uit de Wet op de omzetbelasting 1968 niet wordt toegepast.³⁵⁹ Terwijl er sprake is van onderaanneming wordt namelijk toch omzetbelasting in rekening gebracht door de onderaannemer. Het betreft hier veelal malafide onderaannemers die de in rekening gebrachte omzetbelasting niet afdragen aan de fiscus (in voorkomende gevallen gevolgd door een faillissement). De hoofdaannemer moet de in rekening gebrachte omzetbelasting accepteren, aangezien de malafide onderaannemer anders dreigt de werkzaamheden te staken en de hoofdaannemer dus in de problemen kan komen gelet op de tijdige oplevering.

Steekpenningen

Er worden niet alleen steekpenningen betaald en relatiegeschenken verstrekt aan bedrijven en (gemeente)ambtenaren om opdrachten te verwerven, opdrachtgevers worden ook gepaaid met vakantie-reizen, bezoeken aan theater of club, etentjes, bezoeken aan sport-evenementen en het om niet of tegen te lage vergoeding verrichten van werkzaamheden voor de opdrachtgever en zijn personeel privé (met name bij grotere ondernemingen, overheidsinstanties en woningbouwverenigingen). Een en ander kan openhartig in de boekhouding zijn vermeld, maar niet zelden geschiedt de financiering op andere wijze. Menig bouwbedrijf kent een «directiekas», die onder meer hiervoor bestemd is. Zoals vermeld wordt door de uitvoerder op de bouwplaats veelal een kleine kas bijgehouden, de uitvoerderskas. De ontvangsten bestaan onder meer uit verkopen van restmateriaal, de uitgaven onder meer uit betaling van (overwerk)loon en/of steekpenningen.

Zolang aan de voorwaarden wordt voldaan (zie onder IV. 6) is fiscaal-technisch ook aan openlijk geboekte steekpenningen weinig te doen. Het is bovendien heel moeilijk vast te stellen of geboekte bedragen

- werkelijk aan steekpenningen zijn betaald, dan wel
- geheel of gedeeltelijk zijn aangewend voor de betaling van zwarte lonen, dan wel
- in eigen zak zijn gestoken.

³⁵⁹ Deze verleggingsregeling is te vinden in art. 12 lid 4 Wet op de omzetbelasting 1968 jo art. 24b Uitvoeringsbesluit omzetbelasting 1968. Kort gezegd houdt zij in dat onderaannemers de betaling van omzetbelasting verleggen naar de hoofdaannemer. De onderaannemer mag op zijn factuur geen melding maken van een bedrag aan omzetbelasting, maar moet de woorden «omzetbelasting verlegd» vermelden. De verleggingsregeling leidt derhalve tot een eenmalige heffing van omzetbelasting over het werk dat door de hoofdaannemer aan de opdrachtgever in rekening wordt gebracht. Hiermee wordt voorkomen dat de aannemer aan de onderaannemer omzetbelasting betaalt, maar dat de onderaannemer deze omzetbelasting niet afdraagt aan de Belastingdienst.

Schiphol-tunnel

Door de NS is aan de vennootschap onder firma KSS opdracht gegeven de uitvoering van de verbreding van de Schiphol-tunnel te realiseren. Deze vennootschap onder firma bestond uit de rechtspersonen HBW en Strukton (een dochteronderneming van de NS). Bij de uitvoering van het project werd meer winst gerealiseerd dan was voorzien. Om dit voordeel uit het zicht te houden van opdrachtgever NS werden geheel of gedeeltelijk valse facturen opgesteld door HBW en Strukton en verzonden aan KSS. Door KSS werden deze facturen op normale wijze voldaan. In het strafrechtelijk onderzoek naar deze zaak is vastgesteld dat tegenover tenminste 28 facturen geen enkele prestatie heeft gestaan en dat derhalve even zo vaak sprake was van valsheid in geschrift.³⁶⁰

De Belastingdienst stelde bij Strukton echter al in 1995 een boekenonderzoek in naar de fiscaal-technische aanvaardbaarheid van de aangiften omzetbelasting. Aanleiding hiervoor was een *renseignement* cq. klikbrief waarin melding werd gemaakt van valse facturering. Bij deze controle bleek dat Strukton een factuur had verzonden aan KSS ter zake van de levering van ballastblokken en stelconplaten ten bedrage van f 283 692, waarvan f 42 252 aan omzetbelasting. Order- en afleveringsbonnen konden echter niet worden getoond en bij navraag werd door de controller van Strukton verklaard dat genoemde goederen niet waren geleverd. De factuur was opgemaakt om de winst van KSS in een vroeg stadium (1994) bij Strukton te laten opkomen. Volgens de controller werd binnen de werkmaatschappijen wel meer tussen werken geschoven.

De betaling van de factuur bleek reeds in juni 1994 door KSS te hebben plaatsgevonden. Tevens was de in rekening gebrachte omzetbelasting als voorbelasting afgetrokken door KSS. Gelet op het feit dat op de factuur melding was gemaakt van een bedrag aan omzetbelasting, was dit bedrag aan de fiscus verschuldigd.³⁶¹ Van afdracht van deze in rekening gebrachte omzetbelasting was echter nog geen sprake geweest, zodat een naheffingsaanslag omzetbelasting (inclusief administratieve boete) aan Strukton werd opgelegd. Zo is bereikt dat de fiscus geen belastinginkomsten misliep.

³⁶⁰ Zie ook *Kamerstukken II* 2001/2002, 28 093 nr. 8 p. 2.

³⁶¹ Art. 37 Wet op de omzetbelasting voorziet dat de fiscus een nadeel lijdt door wel aftrek toe te staan, waar geen afdracht tegenover staat. Art. 37 voorkomt dit nadeel. Hij die op een factuur op enigerlei wijze melding maakt van omzetbelasting welke hij, anders dan op grond van dit artikel, niet verschuldigd is geworden wordt die belasting verschuldigd op het tijdstip waarop hij die factuur heeft uitgereikt: hij is gehouden deze belasting op de voet van art. 14 te voldoen.

³⁶² Zie ook Hof van Justitie 19 september 2000 nr. C-454/98 (Schmeink en Strobel). Door het Hof is geoordeeld dat onder door lidstaten te stellen voorwaarden ten onrechte in rekening gebrachte omzetbelasting moet kunnen worden herzien in situaties waarin geen gevaar bestaat voor verlies van belastinginkomsten.

³⁶³ In de resolutie van 18 augustus 1982, nr. 286-1389, gewijzigd bij resolutie van 24 april 1991, nr. VB 91/1006, wordt aangegeven hoe de Belastingdienst dient te handelen in gevallen van ten onrechte in rekening gebrachte omzetbelasting. De resolutie gaat echter uit van onjuiste toepassing van wettelijke bepalingen inzake de omzetbelasting en gaat niet in op bewuste valsheid in geschrift.

Gelet op het arrest van het Hof van Justitie EG van 13 december 1989, nr. C-342/87 (Genius Holding) bestaat in beginsel geen recht op aftrek van voorbelasting voor ten onrechte in rekening gebrachte omzetbelasting.³⁶² De Belastingdienst heeft in feite dus een dubbele sanctiemogelijkheid in gevallen van valse facturering: belastingheffing bij degene die de omzetbelasting in rekening heeft gebracht en weigering van aftrek van voorbelasting bij degene aan wie de factuur is gericht. Van deze mogelijkheid wordt echter vrijwel geen gebruik gemaakt.³⁶³ Het beginsel van neutraliteit van de omzetbelasting zou worden aangetast en de fiscus zou geld overhouden aan situaties waarin ten onrechte omzetbelasting is berekend of frauduleus is gehandeld. Het aanpakken van Strukton, de opsteller van de factuur, had wellicht tevens kunnen plaatsvinden door te eisen dat de onjuiste factuur daadwerkelijk zou worden hersteld en herzien, door creditering ervan. De ten onrechte door KSS in aftrek gebrachte voorbelasting had vervolgens door middel van een naheffingsaanslag kunnen worden gecorrigeerd.

Dit wat de fiscale zijde betreft. Vanuit maatschappelijk oogpunt had echter – door aangifte bij justitie – een veel krachtiger signaal afgegeven kunnen worden dat valsheid in geschrift niet alleen (formeel) een strafbaar feit oplevert, maar ook (materieel) hoogst laakbaar is. Men had ten onrechte slechts oog voor het fiscale belang. Dat Strukton en HBW niet op de

dwalingen huns weegs terug kwamen, kan daarom nauwelijks verbazing wekken.

Het optreden van de Belastingdienst tegen KSS en Strukton in 1995 moet daarom als inadequaat worden aangemerkt.

Bos-boekhouding

Voormalig directeur Bos van het bouwbedrijf Koop Tjuchem heeft in november 2001 een schaduwboekhouding van dit bouwbedrijf over de jaren 1988/1998 ter beschikking gesteld aan de minister van Justitie. Deze boekhouding is vervolgens aan het OM overgedragen. Hoewel zij met name betrekking heeft op onregelmatigheden bij aanbestedingsprocedures, op prijsafspraken en op kartelvorming, kan niet gezegd worden dat er geen sprake zal zijn van fiscale onregelmatigheden, dan wel dat de in deze schaduwboekhouding omschreven gedragingen zonder fiscale gevolgen zijn. Zo wordt met regelmaat melding gemaakt van uitkeringen, verrekeningen, het versturen van nota's en afspraken met vermelding van bedragen. In hoeverre deze transacties ook zijn verwerkt in reguliere boekhouding is thans niet te beoordelen. Het niet verantwoord van opzetgelden en omzet – ongeacht of deze wordt gerealiseerd door onderlinge verrekening – kan tot gevolg hebben dat te weinig belasting wordt geheven; dan kan sprake zijn van een fiscaal delict (zie ook hfdst. IV. 1). Leidt de onderlinge verrekening tot het opstellen van fictieve facturen waarop ten onrechte omzetbelasting is vermeld, dan is dat niet alleen valsheid in geschrift, maar tevens een fiscaal delict. Ten aanzien van ten onrechte in rekening gebrachte omzetbelasting bestaat bovendien bij de ontvanger van de factuur geen recht op aftrek van voorbelasting.

Op grond van de bepalingen in de AWR dienen administratieplichtigen op zodanige wijze een boekhouding te voeren en de daartoe behorende boeken, bescheiden en andere gegevensdragers op zodanige wijze te bewaren, dat te allen tijde hun rechten en verplichtingen alsmede de voor de heffing van belasting overigens van belang zijnde gegevens hieruit duidelijk blijken.³⁶⁴ Het niet voeren van een administratie overeenkomstig deze eisen levert een fiscaal delict op. Het begrip administratie is echter niet nader gedefinieerd. Onder meer de aard, omvang en complexiteit van het bedrijf zijn medebepalend voor de eisen die aan een administratie worden gesteld.³⁶⁵ De schaduwadministratie zal gezien kunnen worden als een gegevensdrager die tot de administratie als bedoeld in de AWR behoort, zeker nu het hier handelt om vastleggingen van afspraken en transacties met financiële gevolgen. Hierbij kan opgemerkt worden dat het niet uitmaakt of de inkomsten behaald of verkregen zijn uit overtreding van strafbaar gestelde gedragingen uit de Wet economische mededinging, de Mededingingswet of het Wetboek van Strafrecht; belastingheffing vindt in principe plaats op amorele grondslag. Het bestaan van de onderhavige schaduwadministratie was de Belastingdienst niet bekend.

IV.6 Aftrekbaarheid van kosten ter zake van criminele activiteiten

Het eerder genoemde spanningsveld tussen het fiscaal belang van de Belastingdienst en andere maatschappelijke belangen doet zich met name voor bij de fiscale behandeling van wederrechtelijk handelen. Zo staat de aftrekbaarheid van criminele kosten, zoals steekpenningen, reeds geruime tijd in de belangstelling.³⁶⁶ Tot ultimo 1997 bestond er in fiscalibus echter

³⁶⁴ Art. 52 AWR.

³⁶⁵ *Kamerstukken II 1988/1989*, 21 287 nr. 3 p. 10.

³⁶⁶ Zie bijv. de staatssecretaris van Financiën in *Hand. TK 26 februari 1976*, p. 3046/3048, de parlementaire behandeling van de Wet op de vennootschapsbelasting 1969, de motie Kombrink (*Kamerstukken II 1982/1983*, 17 050 en 17 522, nr. 8 en *Hand. TK 1982/1983* p. 5102) inzake de afschaffing van aftrekbaarheid van steekpenningen en boeten, de antwoorden van de staatssecretaris van Financiën op vragen van het lid van de Tweede Kamer Rabbae (persbericht van 27 november 1995, nr. 95/189).

weinig discussie over de feitelijke aftrekbaarheid van dergelijke kosten. Uitgangspunt is dat belastingheffing plaats vindt op amorele grondslag en is gebaseerd op neutraliteit. Uitvloeisel hiervan is het zogeheten netto-beginsel: opbrengsten zijn belast en de daarmee gepaard gaande kosten komen voor aftrek in aanmerking. Als de kosten zijn gemaakt uit zakelijk oogpunt dan zijn ze derhalve, mits bewezen door de ondernemer, aan te merken als aftrekbare kosten.³⁶⁷ Nu de ondernemer evenwel zelden bereid zal zijn de namen bekend te maken van de personen aan wie betalingen zijn gedaan, is het bewijs van deze kosten niet altijd eenvoudig. Uit de jurisprudentie kan worden afgeleid dat de betaling van steekpenningen aannemelijk is gemaakt als:³⁶⁸

- de betaling een zakelijk doel diende;
- er sprake is van een correcte boekhouding;
- de betaling van steekpenningen zijn verwerkt in de boekhouding;
- de betaling van steekpenningen gebruikelijk is in de branche.

De Belastingdienst zal voor de beoordeling van de (aftrekbaarheid van de) kosten niet kunnen eisen dat wordt vermeld aan wie de steekpenningen zijn betaald.³⁶⁹

IV.6.1 Juridisch kader

Ontvangen steekpenningen behoren tot het inkomen in de zin van de Wet op de inkomstenbelasting 1964.³⁷⁰ De hoedanigheid waarin men verkeert als de steekpenningen worden ontvangen, bepaalt de wijze waarop deze in de belastingheffing worden betrokken. Die hoedanigheid kan zijn die van werknemer (loon uit dienstbetrekking of andere inkomsten uit arbeid³⁷¹) of ondernemer (winst uit onderneming). Ten aanzien van de omzetbelasting dient vermeld te worden dat als steekpenningen in natura worden betaald, de omzetbelasting die op deze prestaties drukt niet als voorbelasting in aftrek kan worden gebracht indien de ontvanger geen aftrekrecht heeft en voor meer dan € 227 (f 500) in de vorm van steekpenningen heeft ontvangen.³⁷² Op betalingen van steekpenningen in geld drukt geen voorbelasting, zodat in een dergelijk geval geen sprake is van aftrek van voorbelasting.

Een bouwgerelateerde uitspraak over de aftrekbaarheid van steekpenningen werd gegeven in een geschil over de juistheid van een aanslag. De belanghebbende was onderaannemer van grond- en kabelwerken. In oktober, november en december 1986 werden per kas respectievelijk f 5 000, f 3 000 en f 5 000 uitbetaald aan één of meer niet met name genoemde personen. In 1988 werd een boekenonderzoek loonbelasting ingesteld. De controlerend ambtenaar stelde de inspecteur voor deze betalingen als loon aan te merken, omdat niet was aangetoond dat het om steekpenningen ging. In het bezwaarschrift tegen de aanslag werd gesteld dat de steekpenningen waren betaald om een opdracht te verwerven. Bij brief verzocht de inspecteur om informatie omtrent de genietter(s) van het betaalde, de data waarop de betalingen waren verricht en de precieze omschrijving van de werkzaamheden, waarvoor de betaling een tegenprestatie zou zijn geweest. Hierop antwoordde de adviseur van de belanghebbende dat om commerciële redenen geen gegevens konden worden verstrekt omtrent de genietter van de bewuste bedragen. Het gerechtshof te Amsterdam concludeerde dat de belanghebbende niet volledig had voldaan aan de op hem rustende verplichting tot het verschaffen van inlichtingen en dat het daarom aan hem was om de onjuistheid van de aanslag aannemelijk te maken. Het overwoog echter ook dat de inspecteur niet had weersproken en tevens uit het omzetverloop volgde dat belanghebbende in 1986 een order verwerfde welke

³⁶⁷ De bewijslast die in het belastingrecht geldt ten aanzien van de aftrekbaarheid van steekpenningen (aannemelijk maken) is van een geheel andere orde dan die in het strafrecht.

³⁶⁸ Hof Den Haag 14 juli 1960, *BNB* 1961, 157; HR 27 oktober 1976, *BNB* 1977, 4.

³⁶⁹ De Hoge Raad laat de aftrekbaarheid niet afhangen van het onthullen van de personalia van ontvangers van steekpenningen (zie *BNB* 1977, 4 en *BNB* 1992, 332).

³⁷⁰ Per 1 januari 2001 vervangen door de Wet inkomstenbelasting 2001 (Wet IB 2001).

³⁷¹ Per 1 januari 2001: belastbaar resultaat uit overige werkzaamheden.

³⁷² Art. 1 Besluit uitsluiting aftrek omzetbelasting 1968 (BUA).

voor hem van groot belang was, en dat de betaling van steekpenningen in de branche van belanghebbende gebruikelijk was; de inspecteur weersprak evenmin dat de betalingen als steekpenningen waren verantwoord en erkende dat de boekhouding op correcte wijze werd gevoerd. Gelet op een en ander achtte het hof overtuigend aangetoond dat belanghebbende in 1986 in totaal f 13 000 aan steekpenningen had betaald. De aanslag moest daarom worden verminderd. 's Hof's oordeel is door de Hoge Raad bevestigd.³⁷³

De Hoge Raad merkte in deze zaak op dat indien de Belastingdienst zich in redelijkheid op het standpunt kan stellen dat uit gevraagde gegevens en inlichtingen kan blijken dat de als steekpenningen geboekte bedragen zijn uitbetaald aan personen ten aanzien van wie bij degene die de betalingen heeft gedaan een inhoudingsplicht voor de loonbelasting bestond, het op de weg van de inhoudingsplichtige ligt aannemelijk te maken dat dit niet het geval was. Als het bewijs dat steekpenningen zijn betaald niet kan worden geleverd, zal bij een IB-ondernemer (natuurlijk persoon) ook een privé-onttrekking kunnen worden gesteld. De gelden zijn immers mogelijk ten eigen behoeve aangewend. Als de onderneming de vorm van een rechtspersoon heeft ligt de zaak anders; dan moet worden beoordeeld of de directeur de betaling heeft genoten in de hoedanigheid als directeur of in de (eventuele) hoedanigheid van aandeelhouder. Werd de betaling genoten als directeur dan zijn de kosten als loon aftrekbaar en is het bedrag als loon belast voor de loonbelasting. Als de betaling werd genoten in de hoedanigheid van aandeelhouder dan worden de niet bewezen steekpenningen bij de winst geteld, en vervolgens als uitdeling (dividend) belast bij de directeur. Steekpenningen zullen in veel gevallen echter worden betaald uit inkomsten die niet in de administratie zijn verwerkt en die niet fiscaal zijn verantwoord.³⁷⁴ Om daar achter te komen is vaak extra informatie nodig, zoals een zwart kasboek, een schaduwboekhouding of een verklaring of klikbrief van een derde. Als in de boekhouding van de onderneming wel een aanwijzing voor de betaling van steekpenningen is te vinden, gaat deze veelal schuil onder diverse noemers, zoals adviseurskosten, commissies, vergoeding voor verleende diensten, inlichtingenkosten, inbrengvergoeding en dergelijke. Het is ook mogelijk dat zich kasopnames voordoen, waarvan niet te herleiden valt waarvoor deze precies zijn gebruikt. Het kan gaan om normale zakelijke kosten, om privé-uitgaven of om contante betalingen aan zwarte werknemers (in welk geval het zogeheten anoniementarief voor de loonbelasting toegepast dient te worden). Een andere mogelijkheid is dat steekpenningen zijn betaald. Een grootboekrekening «steekpenningen» zal echter vrijwel nooit in de administratie worden aangetroffen.

IV.6.2 Aanpak van de Belastingdienst

Vanwege het feit dat de Belastingdienst zich nauwelijks kon verweren tegen de stelling van belastingplichtigen dat de betaling van steekpenningen tot een bepaalde hoogte gebruikelijk is in de bouwsector, begon de (toen nog) FIOD in 1994 een onderzoek met de bedoeling om meer zicht te krijgen op de aard en omvang van uitbetaalde steekpenningen. Daartoe werd een pilot gestart waarin medewerkers van de Belastingdienst werd gevraagd de betaling van steekpenningen in deze branche per geval aan de FIOD te rapporteren. Aan de hand van de resultaten van deze inventarisatie hoopte men nadere uitwerking te kunnen geven aan de wijze waarop de Belastingdienst met steekpenningen kan omgaan. De pilot leverde echter niet veel meldingen op. In ieder geval kon geen andere conclusie worden getrokken dan dat de

³⁷³ Hof Amsterdam 27 mei 1990, *FED* 1990, 859; HR 29 april 1992, *BNB* 1992, 332.

³⁷⁴ *Kamerstukken II* 1996/1997, 25 019, nr. 3 p. 5.

beschreven voorwaarden uit de jurisprudentie bij de beoordeling van de aftrekbaarheid van steekpenningen hun betekenis nog niet hadden verloren. Het beleid van de Belastingdienst is in januari 2001 nog eens nadrukkelijk vastgelegd in de zogeheten controleset,³⁷⁵ een mededeling van de directie Bestuursondersteuning Belastingdienst (BOB) over de fiscale behandeling van steekpenningen, tipgelden en commissies en dergelijke. Nadrukkelijk is bepaald dat over toekomstige aftrekbaarheid van dergelijke betalingen geen afspraken mogen worden gemaakt, zodat alleen toetsing achteraf (bij aanslagregeling of tijdens een boekenonderzoek) plaats mag vinden.³⁷⁶ Ook moesten reeds bestaande afspraken met belastingplichtigen worden opgezegd.³⁷⁷ Medewerkers van de Belastingdienst die constateren dat dergelijke betalingen zijn gedaan of ontvangen moeten dit, indien er ambtenaren bij betrokken zijn, met advies en door tussenkomst van het hoofd van hun eenheid voorleggen aan het hoofd van de FIOD, die vervolgens aangifte doet van het vermoede misdrijf (art. 162 Sv). Indien geen sprake is van betrokkenheid van ambtenaren, wordt het geval voorgelegd aan de contactambtenaar van de eenheid.³⁷⁸

IV.6.3 Fiscale risico's

Gelet op het vorenvermelde laten de fiscale risico's met betrekking tot de betaling van steekpenningen zich als volgt samenvatten:

- Indien de betaling van steekpenningen niet heeft geleid tot enige vastlegging in de administratie, kunnen ze zijn betaald uit onverantwoorde omzet.
- De belastingplichtige betaalt steekpenningen, maar verwerkt de uitgaven onder een andere noemer als kosten in de administratie. Als voorbeeld hiervan kunnen worden genoemd adviseurskosten en commissies.
- De betaling van steekpenningen dient geen zakelijk doel en is dus ten onrechte als zodanig in de administratie verantwoord. Hier kunnen zich de volgende situaties voordoen:
 1. De betaling is als een privé-uitgave te bestempelen. Voor een IB-ondernemer is de betaling als een privé-onttrekking aan te merken, voor een directeur-grotaandeelhouder is de betaling aan te merken als een uitdeling. De betaling is in beide gevallen niet aftrekbaar en belast bij de ontvanger.
 2. De betaling is gedaan aan werknemers en dienen derhalve aangemerkt te worden als loon. De betaling is aftrekbaar en onderworpen aan loonbelasting. Als de identiteit van de werknemers niet is vast te stellen dient het zogeheten anoniementarief toegepast te worden.³⁷⁹
 3. De betaling is aan te merken als een relatiegeschenk. Aftrek is beperkt. Voor de omzetbelasting dient acht geslagen te worden op de het Besluit uitsluiting aftrek omzetbelasting 1968.

Over de toepassing van het tarief voor anonieme werknemers handelt art. 26b van de Wet op de loonbelasting 1964. De werkgever dient dit anoniementarief te hanteren indien

1. de werknemer geen naam, adres en woonplaats aan de werknemer opgeeft;
2. de werkgever weet dat naam, adres en woonplaats die de werknemer heeft opgegeven onjuist zijn;
3. de werknemer zich niet of niet op de juiste wijze tegenover de werkgever heeft geïdentificeerd.

Het anoniementarief wordt toegepast op het loon zonder rekening te

³⁷⁵ De controleset bestaat uit ondersteunende documentatie voor controle-ambtenaren van de Belastingdienst. Dit zijn medewerkers die een groot deel van het intensief toezicht door middel van bedrijfsbezoeken en boekenonderzoeken voor hun rekening nemen.

³⁷⁶ Zie in dat kader J. Dohmen, *De Vriendenrepubliek. Limburgse kringen*, Nijmegen 1996, p. 16.

³⁷⁷ Bij deze beslissing heeft onder meer een rol gespeeld dat in 1988 een aftrekbeperking voor steekpenningen van kracht werd.

³⁷⁸ Zie ook par. 6.3 VIV 1993.

³⁷⁹ Art. 26b Wet op de loonbelasting 1964. Tot en met 2000 bedroeg dit belastingpercentage 60% van het loon, thans is dit 52%.

houden met de belastingvrije sommen of (sinds 2001) het bedrag van de heffingskorting. Het dient tevens te worden gehanteerd indien de werkgever wel de naam kent van de betreffende werknemers, maar een deel van het loon zwart heeft uitbetaald op een zodanige wijze dat de fiscus niet te weten zou komen aan wie dat loon is betaald.³⁸⁰ Juist deze – via de jurisprudentie geschapen – weg biedt mogelijkheden tot fraude. Impliciet wordt immers toegestaan dat werkgevers doelbewust zwartwerkers in dienst nemen. Voorts is het zo dat de uitbetaling van steekpenningen op deze wijze als loon kan worden geboekt. Indien te weinig loonbelasting is ingehouden, zal het verschil door de Belastingdienst worden nageheven. Bij een naheffing wordt de loonheffing in beginsel geheven in de vorm van eindheffing tegen het gebruteerde tabeltarief.³⁸¹ Eindheffing wil zeggen dat de nageheven loonheffing voor rekening van de werkgever komt en niet wordt verhaald op de werknemer. In beginsel zal de naheffingsaanslag dan gebruteerd moeten worden opgelegd nu deze niet op de werknemer verhaalde loonheffing feitelijk immers weer te beschouwen is als loon.

IV.6.4 Recente wetgeving

Met ingang van 1 januari 1997 is de fiscale wetgeving aangepast teneinde kosten van criminele activiteiten uit te sluiten van aftrek in de inkomstenbelasting, de vennootschapsbelasting en de loonbelasting.³⁸² De bepalingen komen er op neer dat wanneer een belastingplichtige onherroepelijk is veroordeeld wegens een misdrijf³⁸³, de kosten die met dit misdrijf verband houden van aftrek zijn uitgesloten. Deze uitsluiting is pas aan de orde als een strafrechtelijke veroordeling of een transactie heeft plaatsgevonden ter zake van een misdrijf. Door deze koppeling is voorkomen dat de inspecteur zelfstandig zou moeten beoordelen of al dan niet sprake is van een misdrijf. De aftrekbeperking geldt niet voor veroordelingen terzake van overtredingen. Voor de fiscale behandeling van wederrechtelijk verkregen inkomsten is de fiscale neutraliteit voor wat betreft de aftrekkant derhalve doorbroken. Ten aanzien van deze illegale activiteiten blijven de inkomsten op normale wijze in de heffing betrokken, maar worden de kosten en lasten die hiermee samenhangen niet meer in aftrek toegestaan. Op grond van het algemeen belang om criminele activiteiten tot het uiterste te bestrijden werd het doorbreken van het neutraliteitsbeginsel op dit punt gerechtvaardigd geacht. Wordt bijvoorbeeld de betaler van steekpenningen (aan ambtenaren) door een Nederlandse strafrechter veroordeeld, dan zijn de betaalde steekpenningen niet aftrekbaar. Naar het schijnt worden kosten van criminele activiteiten echter niet op beduidende schaal afgetrokken.³⁸⁴ Op het moment dat deze wetgeving werd ingevoerd was omkoping van Nederlandse ambtenaren reeds strafbaar op grond van art. 177 en 177a Sr., zodat aan Nederlandse ambtenaren betaalde steekpenningen onder de genoemde voorwaarde niet langer aftrekbaar waren. Met ingang van 1 februari 2002 is in Nederland ook omkoping van buitenlandse ambtenaren strafbaar gesteld (art. 178a Sr.), zodat sindsdien steekpenningen betaald aan buitenlandse ambtenaren onder genoemde voorwaarde evenmin aftrekbaar zijn.

Inmiddels heeft de Ministerraad in februari 2001 ingestemd met de voorbereiding van een wetswijziging ten aanzien van de fiscale behandeling van steekpenningen. Deze wijziging zou voorzien in een verdere aanscherping van de huidige wetgeving en zou moeten inhouden dat aftrek van kosten reeds wordt geweigerd als de Belastingdienst het vermoeden heeft dat de kosten bestaan uit betaalde steekpenningen.³⁸⁵ De weigering is dan niet langer afhankelijk van een strafrechtelijke

³⁸⁰ Hoge Raad 1 mei 1996, VN 1996, 1938.

³⁸¹ Het gebruteerde tabeltarief voor anonieme werknemers bedraagt in 2002 108,3%.

³⁸² Art. 3.14 Wet IB 2001.

³⁸³ Een onherroepelijke veroordeling houdt in dat de verdachte geen nationale beroepsmogelijkheden meer heeft.

³⁸⁴ *Kamerstukken II 1996/1997*, 25 019, nr. 3 p. 5.

³⁸⁵ Brief staatssecretaris van Financiën dd 12 februari 2001, WDB 2001-00082 M.

veroordeling. Hiermee zou de Nederlandse wetgeving meer in de pas lopen met wetgeving in de meeste andere staten die lid zijn van de Organisatie voor Economische Samenwerking en Ontwikkeling (OESO). In de memorie van toelichting op het Belastingplan 2002-I (Arbeidsmarkt en inkomensbeleid) is opgemerkt dat het streven er op is gericht om aan het einde van 2001 een wetsvoorstel hieromtrent in te dienen. In schriftelijke antwoorden van de staatssecretaris van Financiën op vragen gesteld in de eerste termijn van de behandeling van bovengenoemd belastingplan in de Eerste Kamer, is aangegeven dat naar verwachting een wetsvoorstel in de loop van het eerste kwartaal van 2002 bij de Raad van State aanhangig wordt gemaakt. De ministerraad heeft er op 12 juli 2002 mee ingestemd dat het wetsvoorstel voor advies naar de Raad van State wordt gezonden.³⁸⁶

Het wetsvoorstel regelt de niet-afrekbaarheid van kosten en lasten die verband houden met omkoping en brengt de Nederlandse wetgeving meer in overeenstemming met de aanbevelingen van de OESO. Het vormt het sluitstuk in de (fiscale) wetgeving dat erop is gericht de bestrijding van corruptie te intensiveren. Bij het bepalen van de winst komen kosten en lasten die verband houden met giften, beloften of diensten in bepaalde situaties als bedoeld in één van de aangewezen delictomschrijving van het Wetboek van Strafrecht, niet voor aftrek in aanmerking.³⁸⁷ Het fenomeen van de niet-afrekbaarheid komt hiermee al bij de behandeling van de belastingaangifte aan de orde; er hoeft niet meer op een strafrechtelijke veroordeling of transactie gewacht te worden. Op de inspecteur rust in het belastingrecht een andere bewijslast dan in het strafrecht. Hij moet in voorkomende gevallen aannemelijk maken dat sprake is van kosten of lasten die verband houden met giften, beloften of diensten die verband houden met steekpenningen. Dit oordeel van de inspecteur kan ter toetsing aan de fiscale rechter worden voorgelegd. Gelet op het verschil in bewijslast blijft de niet-afrekbaarheid in stand ook indien geen strafrechtelijke veroordeling of transactie plaatsvindt.

IV.7 Indicaties over de omvang van fiscale onregelmatigheden

IV.7.1 Aangemelde fraudezaken in de bouwnijverheid

Het ministerie van Financiën heeft een overzicht opgesteld van de door de Belastingdienst geconstateerde (mogelijke) fiscale fraude in de bouwnijverheid over de periode 1997/2001, zoals aangemeld bij de FIOD-ECD.³⁸⁸ Het ziet derhalve op de aangemeldingen bij de FIOD-ECD op grond van het aanmeldings-, transactie- en vervolgingstraject. Door het ministerie is aangegeven dat het niet duidelijk is of er vanuit fiscale opsporingsonderzoeken een relatie kan worden gelegd met de niet-fiscale onregelmatigheden in de bouwnijverheid die momenteel worden onderzocht. Hiervoor zouden met name de individuele omzet- en vennootschapsbelastingdossiers moeten worden bestudeerd. De nota is een aanvulling op een eerder WOB-verzoek van RTL-4.³⁸⁹

De gepresenteerde overzichten zijn gegenereerd uit het Geïntegreerd Fraude Informatie Systeem (GEFIS). In dit systeem worden delicten op het niveau van betrokkene geregistreerd. Een betrokkene kan worden verdacht van het plegen van meerdere delicten en binnen één zaak kunnen meerdere betrokkenen zijn. In de periode 1997/2001 zijn er in totaal 1342³⁹⁰ zaken door de eenheden van de Belastingdienst of districten van de douane aangemeld waarin de eerste hoofdverdachte in één van de bouwbranches werkzaam is.³⁹¹ Tabel 1 toont deze aangemeldingen naar de

³⁸⁶ Persbericht ministerraad 12 juli 2002.

³⁸⁷ Het betreft hier de strafbare feiten bedoeld in art. 126 lid 1, 177, 177a, 178, 178a, 328ter lid 2 en 328quater lid 2 Sr.

³⁸⁸ Nota «Overzicht «bouw» naar aanleiding van verzoek van de Parlementaire Enquêtecommissie Bouwnijverheid» d.d. 13 juni 2002.

³⁸⁹ Ministerie van Financiën, V01-553, 24 december 2001.

³⁹⁰ Het overzicht van 24 december 2001 had betrekking op de periode vanaf 1997 tot en met het 3e kwartaal 2001 en maakt melding van 1293 aangemelde zaken.

³⁹¹ Ten behoeve van dit overzicht is een selectie gemaakt uit de bestaande branchecodes betreffende ondernemingen in de bouwsector. Dit heeft geresulteerd in een onderverdeling in de doelgroepen a. bouwnijverheid (26 branchecodes), b. bouwinstallatiebedrijven (8 branchecodes), c. zakelijke dienstverlening (7 branchecodes) en d. de exploitatie van en handel in onroerende goederen.

wijze waarop zij zijn afgedaan (opsporing, administratieve afdoening of werkvoorraad) en naar de doelgroep.

Tabel 1. Aantal meldingen met het vermoeden van fraude in de bouw, naar wijze van afdoening en doelgroep vanaf 1997 tot en met het 2001.

Doelgroep	Door naar opsporing	Fiscale afdoening	Werkvoorraad	Totaal
Bouwnijverheid	185	799	18	1 002
Bouwinstallatie bedrijven	20	113	1	134
Exploitatie van en handel in onroerende goederen	6	47		53
Zakelijke dienstverlening bouw	22	128	3	153
Totaal	233	1 087	22	1 342

Van de 1 342 meldingen hebben 698 (mede) betrekking op de omzetbelasting, 509 (mede) op de loonbelasting, 504 (mede) op de inkomstenbelasting, 198 (mede) op de vennootschapsbelasting en 34 (mede) op overige middelen. Het totale bedrag aan vermoedelijk ontdoken belasting van de meldingen over alle middelen is € 114 322 218 (f 251 933 015). Dit is gemiddeld € 85 188 (f 187 729) per melding (zie ook tabel 5).

Tabel 2 toont de 233 zaken waarover, vanaf 1997 tot en met 2001, het besluit is genomen om ze in opsporing te nemen. Hierbij is wederom onderscheid gemaakt naar doelgroep. De tabel toont tevens de status van de opsporingszaak (naar Openbaar Ministerie, in behandeling bij de FIOD, of gestaakt).

Tabel 2. Aantal opsporingszaken naar fraude in de bouw.

Doelgroep	Naar OM	Onder handen Opsporing	Gestaakt	Totaal
Bouwnijverheid	155	26	4	185
Bouwinstallatie bedrijven	14	6	–	20
Exploitatie van en handel in onroerende goederen	4	1	1	6
Zakelijke dienstverlening bouw	17	1	4	22
Totaal	190	34	9	233

Van de 233 opsporingszaken hebben 114 (mede) betrekking op de omzetbelasting, 103 (mede) op de loonbelasting, 92 (mede) op de inkomstenbelasting, 33 (mede) op de vennootschapsbelasting en 16 (mede) op overige middelen. Het totale bedrag aan vermoedelijk ontdoken belasting over alle middelen in de opsporingszaken is € 43 995 394 (f 96 953 089). Dit is € 188 821 (f 416 106) gemiddeld per opsporingszaak.

Tabel 3 toont de 190 door de FIOD afgeronde opsporingsonderzoeken die aan het OM zijn overgedragen. De zaken onderverdeeld naar resultaat (naar Zittende Magistratuur, Transactie aanvaard, Sepot, of nog geen resultaat; deze zijn nog in behandeling).

Tabel 3. Aantal opsporingszaken bij OM in de bouwfraude.

Doelgroep	Naar ZM	Transactie	Sepot	Nog geen resultaat	Totaal
Bouwnijverheid	83	12	8	52	155
Bouwinstallatie bedrijven	6	–	–	8	14
Exploitatie van en handel in onroerende goederen	2	–	–	2	4
Zakelijke dienstverlening bouw	7	–	3	7	17
Totaal	98	12	11	69	190

Alle zaken waarin tenminste één van de betrokkenen onder de rechter is gebracht, worden vermeld onder «naar ZM». Alle zaken waarin tenminste één van de betrokkenen een transactie heeft aanvaard, zijn vermeld onder «Transactie». Zaken die niet onder «naar ZM» en niet onder «Transactie» zijn opgenomen, maar waarin wel tenminste één van de betrokkenen een sepot heeft aanvaard, zijn vermeld onder «Sepot». Alle overige zaken hebben «Nog geen resultaat»; deze zijn dan nog in behandeling.

Tabel 4 toont de 98 zaken die door het OM voor de rechter zijn gebracht. Deze zaken zijn gecategoriseerd naar doelgroep en naar resultaat (veroordeling, vrijspraak, niet ontvankelijk verklaard of wachtend op afloop).

Tabel 4. Aantal opsporingszaken bij ZM naar gerechtelijke uitspraken.

Doelgroep	Veroordeling	Vrijspraak	Niet ontvankelijk verklaard	Wachtend op afloop	Totaal
Bouwnijverheid	71	3	1	8	83
Bouwinstallatie bedrijven	5	1	–	–	6
Exploitatie van en handel in onroerende goederen	1	–	–	1	2
Zakelijke dienstverlening bouw	4	–	2	1	7
Totaal	81	4	3	10	98

Alle zaken waarin tenminste één veroordeling is uitgesproken door de rechter staan vermeld onder «Veroordeling». Alle zaken waarin geen veroordeling is uitgesproken, maar waarin tenminste één vrijspraak is uitgesproken staan vermeld onder «Vrijspraak». Alle zaken die niet onder «veroordeling» en niet onder «vrijspraak» zijn opgenomen, maar waarin de zaak tegen tenminste één van de betrokkenen niet ontvankelijk is verklaard, staan vermeld onder «Niet ontvankelijk verklaard». Alle overige zaken zijn nog «Wachtend op afloop».

IV.7.2 Fiscaal nadeel aangemelde fraudezaken

Het ministerie van Financiën heeft tevens een overzicht vervaardigd van de delicten die zijn geconstateerd in de bouwnijverheid en het hiermee samenhangende fiscale en strafrechtelijke nadeel. In tabel 5 wordt het fiscale nadeel weergegeven van de vorenvermelde 1342 zaken die door de eenheden van de Belastingdienst of districten van de douane zijn aangemeld. Vanwege het feit dat ten tijde van de aanmelding nog geen

strafrechtelijk nadeel bekend is, wordt in tabel 5 volstaan met het fiscale nadeel. Per delict is aangegeven in hoeveel zaken het voorkomt. Tevens is het gemiddelde fiscale nadeel over alle zaken waar het delict in voorkomt weergegeven. De tabel is gesorteerd op hoogte van het gemiddelde fiscale nadeel. Het totale fiscale nadeel van alle 1342 aangemelde zaken bedraagt € 114 322 218 (f 251 933 015).³⁹²

Tabel 5. Gemiddeld fiscaal nadeel per delict voor zover het delict ook in aangemelde zaak (1342) voorkomt

Delictsomschrijving	Aantal	Gemiddeld fiscaal nadeel (in €)
Deelneming aan misdadige of verboden rechtspersoon	7	1 770 168
Valse opgave in authentieke akte	3	974 735
Gekwalificeerde valsheid	1	907 560
Bedrieglijke Bankbreuk	8	446 746
Opiumwet	3	226 890
In valse of vervalste vorm voor raadplegen ter beschikking stellen van boeken, bescheiden of gegevensdragers	5	224 927
Medeplichtigheid	6	179 928
Strafbare feiten begaan door rechtspersonen	39	167 700
Het niet voor raadpleging ter beschikking stellen van boeken, bescheiden of gegevensdragers dan wel het aanbieden van valse of vervalste gegevensdragers	11	156 954
Gebruik maken van een vals of vervalst geschrift	8	134 325
Niet voor raadpleging ter beschikking stellen van boeken, bescheiden of gegevensdragers	2	121 931
Niet voeren van een administratie overeenkomstig de eisen van de belastingwet	39	118 175
Niet, onjuist of onvolledig verstrekken van inlichtingen, gegevens of aanwijzingen	33	116 615
Uitreken van een onvolledige of onjuiste factuur/nota	10	113 991
Onjuist of onvolledig doen van aangifte	129	112 381
Valsheid in geschrifte	141	108 722
Doen plegen, medeplegen en uitlokken	7	99 398
Onjuiste/onvolledige aangifte	1	95 934
Valselijk opmaken of vervalsen van een geschrift	18	95 854
Niet, niet tijdig, onjuist of onvolledig doen van aangifte binnen de gestelde termijn	1 000	86 418
Niet, onjuist of onvolledig verstrekken van inlichtingen en gegevens	1	80 319
In valse of vervalste vorm voor raadpleging beschikbaar stellen van boeken, bescheiden of gegevensdragers	1	80 319
Opzettelijk onjuist of onvolledig doen van een aangifte + het feit omschreven in art. 68, lid 2, letter c (nieuw)	163	78 916
Opzettelijk niet doen, niet binnen de daarvoor gestelde termijn doen van een aangifte + genoemde feiten omschreven in art. 68, lid 2, letters a, b, d, e, d en g (nieuw)	33	70 993
Niet bewaren van boeken, bescheiden of andere gegevensdragers	32	67 590
Niet verlenen van medewerking	4	65 675
Onjuist verstrekken van inlichtingen en gegevens	2	48 986
Niet dan wel niet tijdig doen van aangifte	7	45 505
Onttrekking beslag	7	23 649
Niet doen van aangifte	1	22 689
Misbruik vrijstelling/verlaagd tarief/nultarief	1	18 819
Frauduleuze binnenkomst	1	17 807
Diverse verboden artikel WACC 93 t/m 96	2	14 641
Misbruik vrijstelling accijnsgoederen	1	14 632
Verduistering	1	9 075
Overleggen valse bescheiden	1	7 404
Tabaksproducten	1	–
Opzet artikel WACC 100.1	1	–

³⁹² Expliciet wordt opgemerkt dat hier geen dubbeltelling in voorkomt. Indien «aantal» wordt vermenigvuldigd met «gemiddeld nadeel» heeft dit als resultaat het totale nadeel voor die zaken waar het delict zich voordoet. Sommatie van al deze «nadelen», over alle delicten heen, levert derhalve niet het totaal nadeel voor alle zaken, juist omdat er meerdere delicten per zaak kunnen voorkomen. Anders gezegd: hier vinden dan dubbeltellingen plaats.

Ten aanzien van de delicten in de 233 opsporingszaken, zoals genoemd in tabel 2, is in tabel 6 eveneens per delict aangegeven in hoeveel zaken het voorkomt. Ook is het gemiddelde fiscale en strafrechtelijke nadeel over alle zaken waar het delict in voorkomt weergegeven. De tabel is gesorteerd op hoogte van het strafrechtelijk nadeel. Het totaal fiscaal nadeel van de zaken die in opsporing zijn genomen bedraagt € 43 995 394 (f 96 953 089).

Aan de hand van deze overzichten is het ministerie van Financiën verzocht om vanuit het fiscale nadeel terug te rekenen naar het belastbare bedrag dat hiermee is gemoeid (zoals winst of omzet). Het ging om de vorenvermelde 233 opsporingszaken waarvan het totale fiscale nadeel is berekend op € 43 995 394. Bij deze terugrekening is ervan uitgegaan dat het fiscale nadeel is samengesteld uit de inkomsten-, loon-, vennootschaps- en omzetbelasting. Er is géén rekening gehouden met de overige belastingmiddelen, zoals de vermogensbelasting.³⁹³ Reden voor het niet meenemen van deze overige belastingmiddelen is gelegen in het feit dat het over een aantal belastingen gaat waarbij niet eenduidig een belastingtarief is toe te passen.

Het totale belastbare bedrag dat betrekking heeft op de 223 opsporingszaken is berekend op tenminste € 143 812 000 (f 316 919 940).³⁹⁴

Bij de berekening van dit zogenoemde belastbaar bedrag is geen rekening gehouden met mogelijke (gedeeltelijke) dubbelstellingen. Met één geldbedrag kunnen immers meerdere belastingmiddelen ontdoken worden. Zo kan in een bepaalde zaak verzwegen omzet (voor een deel) uitbetaald zijn als zwart loon; er ontstaat dan een fiscaal nadeel op zowel de omzetbelasting als de loonbelasting. De gehanteerde berekening leidt dan tot een dubbelstelling. Het gebruikte systeem (GEFIS) bevat geen gegevens aan de hand waarvan voor dergelijke dubbelstellingen kan worden gecorrigeerd. Bij de interpretatie van de cijfers van deze terugrekening dient derhalve rekening gehouden te worden met mogelijke dubbelstellingen. De wijze van berekening kan daarom tot een overschatting leiden. Anderzijds leidt het weglaten van de overige belastingmiddelen in de berekening tot een onderschatting.

Tabel 6. Gemiddeld fiscaal en strafrechtelijk nadeel per delict voor zover het delict ook in opsporingszaak (233) voorkomt

Delictsomschrijving	Aantal	Gemiddeld fiscaal nadeel (€)	Gemiddeld straf. nadeel (€)
Deelneming aan misdadige of verboden rechtspersoon	5	1 468 804	1 468 804
In valse of vervalste vorm voor raadplegen ter beschikking stellen van boeken, bescheiden of gegevensdragers	3	990 086	936 327
Gekwalificeerde valsheid	1	907 560	907 560
Uitreiken van een onvolledige of onjuiste factuur/nota	6	697 119	558 520
Medeplichtigheid	6	546 529	524 898
Doen plegen, medeplegen en uitlokken	6	496 890	473 671
Gebruik maken van een vals of vervalst geschrift	7	488 989	413 275
Valse opgave in authentieke akte	3	381 913	381 913
Valsheid in geschrifte	84	152 820	286 622
Opiumwet	3	276 004	276 004
Valselijk opmaken of vervalsen van een geschrift	15	318 286	270 556
Niet voeren van een administratie overeenkomstig de eisen van de belastingwet	19	282 753	269 690
Strafbare feiten begaan door rechtspersonen	28	244 795	223 123
Niet, niet tijdig, onjuist of onvolledig doen van aangifte binnen de gestelde termijn	167	208 975	184 807
Onjuiste of onvolledig doen van aangifte	34	234 527	160 017

³⁹³ Deze overige belastingmiddelen maken bijna 10% uit van het fiscale nadeel in de opsporingsfase.

³⁹⁴ Om vanuit het fiscale nadeel terug te rekenen naar het belastbare bedrag is van de volgende veronderstellingen uitgegaan:
 – het tarief voor de inkomstenbelasting is minimaal 36,75% en maximaal 60%;
 – het tarief voor de loonbelasting is minimaal 11% en maximaal 38%. Hierbij is verder verondersteld dat het uitsluitend gaat om loonbelasting/premie volksverzekeringen betreffende aangenomen werk over werknemers jonger dan 65 jaar;
 – het tarief voor de vennootschapsbelasting bedraagt 35%;
 – de omzet voor de omzetbelasting is belast tegen het (destijds geldende) algemene tarief van 17,5%.

Op basis hiervan is berekend dat totale belastbare bedrag voor de 233 zaken tenminste € 143 812 000 (f 316 919 940) heeft bedragen.

Delictsomschrijving	Aantal	Gemiddeld fiscaal nadeel (€)	Gemiddeld straf. nadeel (€)
Het niet voor raadpleging ter beschikking stellen van boeken, bescheiden of gegevensdragers dan wel het aanbieden van valse of vervalste gegevensdragers	8	135 552	136 264
Niet verlenen van medewerking	1	138 857	126 201
Opzettelijk niet doen, niet binnen de daarvoor gestelde termijn doen van een aangifte + genoemde feiten omschreven in art. 68, lid 2, letters a, b, d, e, d en g (nieuw)	10	116 806	106 926
Bedrieglijke bankbreuk	5	166 260	102 297
Opzettelijk onjuist of onvolledig doen van een aangifte + het feit omschreven in art. 68, lid 2, letter c (nieuw)	52	131 592	97 616
Niet, onjuist of onvolledig verstrekken van inlichtingen, gegevens of aanwijzingen	10	157 742	61 312
Niet bewaren van boeken, bescheiden of andere gegevensdragers	8	108 924	59 697
Onttrekking beslag	5	55 133	49 910
Niet dan wel niet tijdig doen van aangifte	3	70 287	49 206
Opzet artikel WACC 100.1	1	43 047	43 047
Misbruik vrijstelling/verlaagd tarief/nultarief	1	16 926	16 926
Verduistering	1	9 075	9 075
Niet voor raadpleging ter beschikking stellen van boeken, bescheiden of gegevensdragers	2	121 931	-
In valse of vervalste vorm voor raadpleging beschikbaar stellen van boeken, bescheiden of gegevensdragers	1	80 319	-
Niet, onjuist of onvolledig verstrekken van inlichtingen en gegevens	1	80 319	-

IV.8 Slotbeschouwing en conclusies

Gebleken is dat in de bouwnijverheid steeds minder zogeheten materiële boekenonderzoeken door de Belastingdienst worden ingesteld. Onderzoeken waarin naast controle op fiscale aspecten tevens wordt gecontroleerd op volledigheid van de omzet en juistheid van de kosten worden schaarser. Er wordt met name gecontroleerd vanuit een zuiver fiscaal-technisch oogpunt, waarbij bovendien slechts een geselecteerd aantal zaken van het totale fiscale spectrum wordt gezien.³⁹⁵ Met name bij de grote tot zeer grote bouwondernemingen wordt veelal volstaan met het instellen van deelonderzoeken op bepaalde aspecten van de aangifte vennootschaps-, loon- of omzetbelasting. Deze handelwijze van de Belastingdienst is verklaarbaar vanuit de ervaring dat materiële onderzoeken tijdrovend zijn en vanuit fiscaal belang niet altijd even doeltreffend zijn gebleken. Hierbij dient echter bedacht te worden dat met de beperktere wijze van toezicht en controle een mogelijk signaal van verminderd toezicht wordt afgegeven naar de betreffende belastingplichtigen, zeker nu alle bevindingen ook expliciet worden vastgelegd in een openbaar controlerapport en ter beschikking worden gesteld. Dit mogelijke signaal van verminderd toezicht wordt versterkt door het feit dat vanaf 1995 een daling te zien is in het totaal aantal uitgevoerde veldtoetsingen door de Belastingdienst.³⁹⁶ Hiervoor zijn verschillende redenen aangevoerd, zoals het wegwerken en voorkomen van voorraden in de aanslagregeling en de energie die is gestoken in opleidingen voor de nieuwe belastingwetgeving 2001. Wellicht zijn ook het beleid om zich meer te richten op het heden in plaats van het verleden, alsmede de bij de

³⁹⁵ In de rapportage van deze deelonderzoeken wordt uitdrukkelijk aangegeven welke elementen van de aangifte van het betreffende belastingmiddel op aanvaardbaarheid zijn beoordeeld.

³⁹⁶ Beheersverlag Belastingdienst 2001, p. 22 en 23. Onder veldtoetsingen worden naast feitelijke boekenonderzoeken ook voorlichtingsbezoeken en vooroverleg verstaan.

klantbehandeling geïntroduceerde compliance-gedachte (zie hfdst. IV.2), van invloed geweest.

Indien onderzoek naar het ontstaan en de toedracht van de in de boekhouding en jaarrekening verantwoorde cijfers stelselmatig gaat ontbreken groeit het risico dat de onderzoeken door de Belastingdienst uitsluitend betrekking hebben op toepassing en toetsing van de fiscale regels op door de bouwondernemingen en hun (fiscaal) adviseurs gepresenteerde cijfers.³⁹⁷ Deze cijfers zijn veelal door een accountant opgesteld en gecontroleerd, maar daarbij moet worden bedacht dat de rol van de accountant niet één op één vergelijkbaar is met de rol van een rechtshandhavingorganisatie als de Belastingdienst. Zo verschaft de accountant door het afgeven van de accountantsverklaring geen absolute zekerheid omtrent het beeld dat de jaarrekening geeft ten aanzien van het vermogen en het resultaat. Dit heeft onder meer te maken met het feit dat een accountant op basis van risicoanalyse zijn controle zo inricht dat slechts afwijkingen van zogeheten materieel belang worden gesignaleerd.

Een onvoorwaardelijk en kritiekloos vertrouwen op de in de administratie gepresenteerde cijfers alsmede de accountantscontrole, is derhalve, ook vanuit het oogpunt van fiscaal belang, niet altijd gerechtvaardigd.

Wil de Belastingdienst meer zicht krijgen op de volledigheid van de omzetverantwoording en meer greep op de verschillende vormen van onregelmatigheden, dan moet meer (detail)controle worden uitgevoerd aan de hand van administratieve vastleggingen en verbanden in de totale administratie.

Hierbij dient te worden gedacht aan vastleggingen tijdens de voorbereidende werkzaamheden en opdrachtverwerving (zoals aanbestedingen, offertes, calculaties, opdrachtbevestigingen, aannemingscontracten), aan vastleggingen tijdens de bouw (zoals de project- of werkadministratie en afspraken over meer- en minder werk) en aan projectdossiers waarin alle vastleggingen over een bepaald werk worden bijgehouden (zoals correspondentie, rapportages, verslagen, contracten en facturen).

Verder moet meer toezicht en controle plaats vinden op tijdelijke combinatievorming tussen bouwondernemingen voor bepaalde bouwprojecten.

Het veelal gesuggereerde argument van tegengesteld belang en de onderlinge controle door de betrokken combinanten blijkt, onder meer gelet op de onregelmatigheden rondom de Schipholtunnel, zeker niet altijd waar te zijn.

Dat een dieper gaand onderzoek meer tijd zal vergen dan het huidige traditionele (deel)onderzoek is evident. Deze controle-aanpak vindt echter rechtvaardiging in de recente ervaringen uit het verleden en de tendens dat steeds meer kleinere bouwbedrijven deel gaan uitmaken van de grotere spelers in deze sector. Hierdoor kan minder snel inzicht worden verkregen in de juistheid van de opgevoerde cijfers. Van een controle-aanpak met scherper toezicht op volledigheid van de omzet en juistheid van de kosten gaat tevens een preventief signaal uit. Bovendien mag van een rechtshandhavingorganisatie als de Belastingdienst een bredere maatschappelijke blik verwacht worden dan uitsluitend een focus op het fiscaal belang. Ook uit de voorschriften in het VIV 1993 en de ATV-richtlijnen blijkt impliciet dat de Belastingdienst deze bredere blik behoort te

³⁹⁷ Dit geldt overigens ook voor andere ondernemingen en branches.

hebben, nu bepaalde strafbaar gestelde gedragingen gemeld dienen te worden aan de bevoegde autoriteiten. Het onderzoek naar de onregelmatigheden in de bouwnijverheid lijkt aan te tonen dat er een daadwerkelijke meerwaarde is indien de Belastingdienst die bredere maatschappelijke blik toont. De kennis en kunde om onregelmatigheden op financieel-economisch terrein te signaleren is bij deze dienst immers ruimschoots voorhanden.

In het verleden konden door bouwondernemingen vrij gemakkelijk afspraken worden gemaakt met de Belastingdienst over de aftrekbaarheid van steekpenningen en niet nader gespecificeerde uitgaven via de directiekas. Het beleid van de Belastingdienst ten aanzien van dit onderwerp is inmiddels gewijzigd en door de aankondiging van nieuwe wetgeving ten dele achterhaald; de aftrekbaarheid van kosten en lasten die verband houden met omkoping is door de voorgestelde nieuwe wetgeving binnen afzienbare tijd terecht voltooid verleden tijd. Het is op z'n minst paradoxaal te noemen dat jarenlang met het ene publieke orgaan (lees: de Belastingdienst) afspraken konden worden gemaakt over de gevolgen van wettelijk strafbare en vervolgingswaardige gedragingen, terwijl een ander publiek orgaan (lees: het openbaar ministerie) tegen de wettelijk strafbare en vervolgingswaardige gedragingen diende op te treden. Dat door het zogeheten netto-beginsel (zie hfdst. IV.6) in fiscalibus geen andere handelwijze mogelijk was, valt vanuit theoretisch perspectief wellicht te aanvaarden. Vanuit materieel perspectief dient echter te worden bedacht dat de in aftrek gebrachte steekpenningen zelden bij de ontvanger ervan in de belastingheffing zullen zijn betrokken, omdat de Belastingdienst niet kan eisen dat de ondernemer, door wie de steekpenningen zijn betaald, meedeelt aan wie ze zijn betaald.

Ongeacht de positieve doelstelling van de voorgestelde nieuwe wetgeving om de bestrijding van corruptie te intensiveren, kan betwijfeld worden of daarvan veel fiscaal heil te verwachten is. Als bedrijven kosten ter zake van criminele activiteiten in het geheel niet meer kunnen aftrekken, zal er nog minder dan voorheen aanleiding zijn om het bestaan van deze kosten als zodanig in de administratie te verantwoorden en/of hierover met de Belastingdienst in overleg te treden. Ondernemers zullen deze kosten niet langer verantwoorden, of onder een onjuiste noemer, zoals loonkosten ter zake van onbekende werknemers, waarop het zogeheten anoniementarief wordt toegepast. Op deze wijze wordt bewerkstelligd dat een deel van de kosten als loonkosten alsnog in aftrek kan worden gebracht. Voor een te ruimhartige toepassing van deze regeling moet derhalve worden gewaakt, zeker gelet op het feit dat het VIV 1993 het aannemen of betalen van steekpenningen blijft benoemen als een feit waarvan door belastingambtenaren aangifte gedaan dient te worden. De fiscale presentatie van deze kosten doet daarbij niet ter zake. Evenzo dient de Belastingdienst alert te zijn op andere risicovolle kostenposten, zoals die voor adviseurs en commissiebetalingen.

Bij een intensievere bestrijding van corruptie mag van de Belastingdienst een ruimere benadering worden gevergd dan het traditionele betrekkelijk eenzijdige toezicht op correcte naleving van de belastingwetgeving.

De maatschappelijke verantwoordelijkheid, die *alle* rechtshandhaving-organisaties dragen, noopt hiertoe. Zij dient gepaard te gaan met een hoge kwaliteit van controle, doeltreffendheid en doelmatigheid. Hierbij behoort tevens een goede samenwerking en uitwisseling van gegevens

met andere overheidsinstanties, zonder dat deze handelwijze negatieve gevolgen heeft voor zorgvuldige behandeling van belastingplichtigen.

Een onontbeerlijk sluitstuk is de actieve terugkoppeling door de betrokken instanties van het aan de melding van niet-fiscale strafbare feiten gegeven vervolg en van het daarbij behaalde resultaat.

Van die terugkoppeling blijkt thans, tot ergernis van ambtenaren bij de Belastingdienst, niet altijd sprake te zijn.

V ONREGELMATIGHEDEN VANUIT STRAFRECHTELIJK PERSPECTIEF

«(T)he words prostitution and bribery (...) describe the sale and purchase of goods that (...) ought not to be sold or purchased.»

M. Walzer, *Spheres of Justice. A Defence of Pluralism and Equality*, 2e dr., Oxford 1985, p. 9.

Ook in het hier volgende hoofdstuk wordt niet a priori uitgegaan van de gedachte dat alle onregelmatigheden binnen het bereik van de strafwet moeten vallen, en – andersom – dat alleen hetgeen binnen dat bereik valt, onregelmatig is. Hoe ver de strafwet op dit gebied moet reiken is juist één van de vragen, welke dienen te worden beantwoord. Wij zullen vooral aandacht besteden aan corruptie en daarmee verwante gedragingen (hfdst. V.1 en V.2) alsmede de opsporing daarvan (hfdst. V.3 en V.4). Verder bespreken we kort de delicten valsheid in geschrift (hfdst. V.5) en oplichting (hfdst. V.6), om vervolgens weer iets dieper in te gaan op corporatief daderschap en de problematiek rond het feitelijk leiding geven (hfdst. V.7). We besluiten met een beschouwing over de criminele vereniging (hfdst. V.8) en over het bereik van de strafwet (bouwgerelateerd, hfdst. V.9).

Natuurlijk zijn niet alle strafbare feiten, die in de bouw kunnen worden begaan, besproken. Er is echter zelfs van afgezien om alle bedrogsdelicten te behandelen. Wij hebben ons beperkt tot wat rechtstreeks van belang is voor het aan de enquêtemissie opgedragen onderzoek.

V.1 Corruptie en integriteit

De bouwnijverheid heeft door de aard en omvang van de uit te voeren werkzaamheden enkele eigenschappen die haar gevoelig maken voor corrupt gedrag. Zij die zich met aanbesteding bezighouden – of het nu is aan de kant van de (toekomstige) opdrachtgever of aan die van de opdrachtnemer – bevinden zich in een kwetsbare positie; er bestaat een sterke drang tot wederzijdse beïnvloeding. Müller³⁹⁸ onderscheidde vier corruptiegevoelige momenten in het aanbestedingsproces: (1) vóór het uitbrengen van een offerte. Dit wordt ook wel omschreven als «het bewerken van de markt»; (2) tijdens het uitbrengen van de offerte; (3) gedurende de tijd die ligt tussen het uitbrengen van de offerte en het vaststellen welk bedrijf de opdracht krijgt, en (4) na de opdracht om de besluitvormers te bedanken. Maar niet alleen de aanbesteding, ook de uitvoering is corruptiegevoelig.

Voorbeelden uit de praktijk kunnen dit illustreren. Aangenomen was om een aantal kilometers kabel te leggen. Volgens het bestek mocht daarbij geen gebruik worden gemaakt van bestaande buizen. Door omkoping van een toezichthouder wist de aannemer te bereiken dat hij op vitale punten (kruisingen) zijn kabel toch door buizen kon trekken die eerder ten behoeve van andere kabels waren gelegd, wat hem een aanzienlijk financieel voordeel opleverde. Begrijpelijkerwijs valt dergelijk gedrag achteraf nauwelijks vast te stellen: daarvoor moeten de kabels – in elk geval voor een deel – worden uitgegraven (wat in het hier bedoelde geval dan ook is gebeurd). In ons onderzoek stuiten we echter vooral op gevallen waarin ten gevolge van corrupte samenspanning controle op werkbonden en facturen achterwege bleef.

³⁹⁸ U. Müller, «Korruption in der öffentlichen Verwaltung. Typologie und Schaden im Baubereich», *Kriminalistik* 1993 p. 509/519.

Dat het niet alleen om risico's gaat, is herhaaldelijk aan het licht gekomen, ook in Nederland. Significant was vooral het Limburgse corruptieschandaal uit het begin van de jaren '90 van de vorige eeuw.

De Rijksrecherche deed in die periode onderzoek naar corruptie bij het openbaar bestuur in Limburg. Aanleiding vormde een verklaring van een Limburgse aannemer tegenover de Belastingdienst dat de acquisitiekosten die hij als representatiekosten opvoerde (naar verluid 81 680 euro per jaar) in feite smeergeld voor ambtenaren betrof. Een andere aannemer bleek met de Belastingdienst te hebben afgesproken dat hij 31 764 euro per jaar mocht opvoeren voor steekpenningen, waarbij het telkens om bedragen van niet meer dan 1 134 euro per persoon zou gaan.³⁹⁹ De journalist Dohmen schatte de omvang van de smeergeldstroom in de Limburgse bouw op circa 3,6 miljoen euro per jaar.⁴⁰⁰ Hij en zijn collega Langenberg legden ook andere vormen van verwevenheid tussen ambtenaren en de bouwnijverheid bloot.⁴⁰¹

De vraag rijst uiteraard of vergelijkbare verschijnselen ook elders in Nederland voorkwamen en voorkomen. Deze vraag kan inmiddels bevestigend worden beantwoord. Ofschoon dat in de publiciteit destijds veel minder aandacht kreeg, bleken soortgelijke onregelmatigheden, van aanmerkelijke omvang, in dezelfde periode bijvoorbeeld ook te zijn vastgesteld bij Rijkswaterstaat in Zuid-Holland.

Over het algemeen heerst het beeld dat Nederland weinig corruptie kent. Dientengevolge heeft Nederland altijd goed gescoord op de door instellingen als Transparency International periodiek gepubliceerde overzichten van «de corruptie in de wereld»; die overzichten komen namelijk tot stand op basis van de door ondervraagden *gepercipieerde* corruptie. Dit beeld hoeft natuurlijk geenszins met de werkelijkheid overeen te stemmen.

Ook in Duitsland dacht men lange tijd dat corruptie slechts incidenteel voorkwam, totdat men in 1991 via een klein voorval op wijd verspreide corruptie stuitte. Een aannemer wilde geen belasting betalen over de steekpenningen die hij betaald had. De betreffende belastingambtenaar gaf zijn informatie aan het OM in Beieren door, waarna justitie de zaak grondig uitzocht. In de periode 1991/1997 zijn in München 1600 corruptiezaken behandeld, waarin 220 managers van grote bedrijven en 40 ambtenaren zijn veroordeeld. In die periode is van ongeveer 70 miljoen DM aan het licht gekomen dat het als smeergeld (in de ruimste zin van het woord) aan ambtenaren werd betaald. De helft van de verstrekkingen liep via geheime fondsen van bedrijven die werden gebruikt om «zwarte» betalingen te verrichten en smeergeld uit te betalen; de andere helft werd in natura voldaan, onder meer via mooie reizen, luxe goederen en dure etentjes. Er zijn nu ongeveer 12 officieren van justitie in München permanent belast met fraude en corruptie en het «monitoren» van grote aanbestedingen; dat is maar liefst 10 procent van het lokale OM! Binnen overheidsdiensten zijn speciale anti-corruptieteams opgericht. De affaire heeft uiteindelijk geleid tot het aanpassen van de wetgeving. Inmiddels zijn de aanbestedingsprijzen in Beieren met zo'n 30% gedaald. De Rekenkamer van de deelstaat Hessen heeft berekend dat het bedrag dat in 1995 aan steekpenningen in de bouwnijverheid werd betaald 120 tot 170 miljoen DM bedroeg. Voor heel Duitsland wordt dat voor 1996 op vijf miljard geschat.⁴⁰²

³⁹⁹ J. Dohmen/H. Langenberg, «Corruptie en fraude, lessen uit Limburg?», in L. W. J. C. Huberts (red.), *Machtsbederf ter discussie*, Amsterdam 1994, p. 19 e.v.

⁴⁰⁰ J. Dohmen, *De Vriendenrepubliek. Limburgse kringen*, Nijmegen 1996, p. 17.

⁴⁰¹ Dohmen/Langenberg, o.c.

⁴⁰² D. Pijl, «Corruptiebestrijding dient serieus genomen te worden», in W. E. C. A. Valkenburg/A. A. G. J. M. de Weert (red.), *Corruptie. Verschijningsvormen, opsporing, bestrijding en voorkoming*, Lelystad 1998, p. 59/75, op p. 60/61.

Een werkelijk grootscheeps corruptieonderzoek heeft in Nederland nooit plaatsgevonden, ook niet in de bouw. Een dergelijk onderzoek is ook niet zo eenvoudig, omdat corruptie een vorm van criminaliteit is die zich volledig aan de openbaarheid onttrekt. Geen van de betrokken partijen heeft er belang bij aan opsporingsinstanties of het OM de nodige informatie te verschaffen. Zij hebben beide voordeel bij hun corrupte

relatie en directe slachtoffers zijn er meestal niet of maken zich niet kenbaar. Als er zich dan toch signalen van corruptie in een overheidsorganisatie voordoen, is een vaak voorkomende reactie van de leidinggevenden om dit intern (disciplinair) af te handelen. Men vreest dat het naar buiten brengen van corruptie de organisatie in een slecht daglicht plaatst en dat openbaarheid het vertrouwen in de overheid ondermijnt. Het is dus niet vreemd dat Justitie geen inzichtelijke gegevens beschikbaar heeft: corruptie is een buitengewoon stil, onopvallend en sluipend verschijnsel. Als het al wordt ontdekt, dan gebeurt dit meestal via klokkenluiders of bij gelegenheid van administratief onderzoek door de Belastingdienst.⁴⁰³ Bovendien lijken beperkte beschikbaarheid van middelen en menskracht bij het OM alsmede een grote terughoudendheid om die voor dit doel in te zetten (de bestuurlijke gevoeligheid van corruptie-onderzoek speelt hier ongetwijfeld een rol) er aan bij te dragen dat het ophelderingspercentage laag blijft en het *dark number* hoog. Het lijkt soms wel of de pers en private onderzoeksbureaus zoals KPMG een belangrijker rol hebben te vervullen bij de opheldering van corruptie dan welke officiële opsporingsinstantie ook.

Op de vraag in welke mate bouwgerelateerde corruptie in Nederland voorkomt, kan in elk geval een eenvoudig en kort antwoord worden gegeven: we weten het niet. Over het werkelijk aantal gevallen van corruptie is geen betrouwbare uitspraak te doen. Echt erg is dat overigens niet, omdat de rechtsorde hoe dan ook in alle sectoren van de samenleving een gedegen handhaving van het wetboek van strafrecht vergt, de bouw niet uitgezonderd.

«De corruptie van ambtenaren, bijv. inzake openbare aanbestedingen en bouwtoelatingen, is moeilijk te achterhalen, laat staan te bestraffen. En toch zal niemand pleiten voor een schrapping uit de strafwet».⁴⁰⁴

De belangrijkste vraag is niet of er corruptie op grote schaal is binnen de bouwsector, maar: hoe vindt corruptie plaats binnen de bouwnijverheid en wat kunnen we er tegen doen? Het is dan ook in dit licht dat de door ons geformuleerde conclusies moeten worden begrepen. De beschikbare informatie biedt weliswaar weinig *kwantitatief* houvast voor conclusies over de omvang van bouwgerelateerde corruptie, zij levert wel interessant *kwalitatief* materiaal op, dat duidelijk maakt wat de verschillende verschijningsvormen zijn van corrupt gedrag en wat de situaties zijn die de kans op corruptie vergroten.

Dit onderdeel is als volgt opgebouwd. Allereerst wordt kort uiteengezet wat we onder corruptie moeten verstaan (hfdst. V.1.1) en beschreven wat de relatie is tussen corruptie en begrippen als bestuurlijke integriteit en machtsbederf (hfdst. V.1.2). Daarna staan we stil bij het verschil tussen corruptie en fraude (hfdst. V.1.3), om vervolgens iets te zeggen over de omvang van de corruptie in Nederland (hfdst. V.1.4). Daarna geven we een aantal in ons onderzoek naar voren gekomen voorbeelden (hfdst. V.1.5). De belangrijkste strafbepalingen inzake corruptie worden afzonderlijk besproken (hfdst. V.2), onder vergelijking van het oude met het huidige systeem; met ingang van 1 februari 2001 zijn deze voorschriften namelijk vernieuwd. Daarbij wordt vanzelfsprekend onder ogen gezien in welke mate men thans beter in staat zal zijn om bestaande corruptiepraktijken strafrechtelijk aan te pakken, met name wanneer het gedragingen betreft die zich situeren in het grijze gebied van het smeren van ambtenaren.

⁴⁰³ Een uitzondering vormt in dit opzicht een corruptie-affaire bij Rijkswaterstaat, in 1995; daar kwam het balletje aan het rollen doordat een onderaannemer er bezwaar tegen maakte nog langer mee te doen aan verschuivingen (zie daarover hfdst. V.5).

⁴⁰⁴ M. Storme, in *Bij deze stand van zaken* (Melai-bundel), Arnhem 1983, p. 512.

V.1.1 Wat is corruptie?

Binnen de verschillende varianten van ongewenst gedrag van overheidsfunctionarissen vormt corruptie de ernstigste aantasting van bestuurlijke integriteit.⁴⁰⁵ Maar wat is nu eigenlijk corruptie en hoe kan corrupt gedrag worden onderscheiden van ander verschijningsvormen van niet-integer gedrag? Wie wil beschrijven wat corruptie is, moet proberen om normatieve elementen zo veel mogelijk uit te sluiten, omdat die de discussie over de laakbaarheid van corruptie en over de vraag hoe ver de strafbaarheid van corruptie moet reiken, vertroebelen. Het is echter verre van eenvoudig om van die elementen afstand te nemen; alleen al de term «corruptie» heeft een sterk pejoratieve, en daarmee normatieve, om niet te zeggen moralistische lading. De man op straat is geneigd om iedere situatie corrupt te noemen waarin publieke belangenbehartiging (het algemeen belang) ondergeschikt wordt gemaakt aan of ten dienste staat van ongeoorloofde private belangen; dan valt corruptie samen met machtsmisbruik om er zelf beter van te worden. Daarbij past een korte en krachtige definitie: corruptie als *the misuse of public office for private gain*.⁴⁰⁶ Zulk een definitie is echter misleidend. Het gaat niet alleen om «public officers», er is immers ook corruptie in het bedrijfsleven, de zogenaamde private corruptie. Het belangrijkste bezwaar is echter, dat «misuse» veel te ruim is. Zo vervaagt corruptie tot een nietszeggend paraplubegrip, een konijn-in-de-hoed-term waar men stiekem allerlei gedragingen in steekt om deze later met het etiket corrupt eruit te toveren. Corruptie is dan zelfs aanwezig wanneer men gelden van zijn werkgever aanwendt voor eigen gebruik (verduistering), wanneer een politieman knoeit met bewijsmateriaal, wanneer men ongeoorloofde nevenfuncties vervult of wanneer men vrienden bevoordeelt.

Niet alleen in de volksmond, maar ook in de sociale wetenschappen wordt corruptie soms zo ruim geformuleerd dat er een groot aantal niet nader omschreven moreel laakbare gedragingen onder valt. Zo omschrijft Bouman corruptie als «het opzettelijk in een vertrouwenspositie, een dienstverhouding of openbaar ambt op het voordeel van een persoon of groep gericht handelen of nalaten van handelen, zodat een andere persoon of groep dan wel de maatschappij schade wordt toegebracht of niet tegen schade wordt beschermd».⁴⁰⁷ In zo'n definitie is ook plaats voor vormen van politieke corruptie, zoals kiezersbedrog, inspraakbedrog en misleidende overheidsvoorlichting.⁴⁰⁸ Er bestaan overigens bijna even veel definities van als studies over corruptie.

Wij hebben er voor gekozen het begrip corruptie strikt te definiëren om het vervolgens te situeren binnen het bredere perspectief van de bestuurlijke integriteit. Voor ons ligt de kern van corruptie bij het omkopen van een functionaris: corruptie = omkoping. Niets meer en niets minder. Daarmee verschuift natuurlijk de definitievraag van corruptie naar omkoping, maar het maakt wel duidelijk dat andere vormen van machtsmisbruik niet als corrupt kunnen worden bestempeld.

Wat is nu omkoping? Omkoping kan vanuit het perspectief van de omgekochte persoon worden omschreven als *het door een functionaris opeisen of aannemen van giften, diensten of beloften van of bij derden met het oog op of naar aanleiding van een uitoefening van zijn functie op een door die derden gewenste wijze*.⁴⁰⁹ Geformuleerd vanuit de omkoper wordt dat: *het aan een functionaris aanbieden of verstrekken van giften, diensten of beloften door derden met het oog op of naar aanleiding van de uitoefening van zijn functie op een door die derden gewenste wijze*.

⁴⁰⁵ B. J. S. Hoetjes, «Het tegengaan van corruptie. Het recht, en andere middelen», *NJB* 1994 p. 1577/1582.

⁴⁰⁶ D. Treisman, «The causes of corruption: a cross-national study», *Journal of Public Economics* 2000 p. 399/457, op p. 399.

⁴⁰⁷ H. Bouman, *Ambtelijke willekeur en corruptie in Nederland*, Baarn 1978, p. 14.

⁴⁰⁸ L. W. J. C. Huberts, «Bestuurlijke criminaliteit: een inleiding», in L. W. J. C. Huberts (red.), *Bestuurlijke corruptie en fraude in Nederland*, Arnhem 1992, p. 5.

⁴⁰⁹ Vgl. E. Niemijer, «Corruptie: een kwestie van vertrouwen», in Valkenburg/de Weert, o.c. p. 14.

Deze definitie van corruptie is kort en bondig en sluit bovendien voor een belangrijk deel aan bij de strafbaar gestelde omkoping die onder V.2 wordt besproken. Het is echter niet op voorhand zeker dat alle gedragingen, die binnen onze definitie vallen, te plaatsen zijn onder de delictomschrijvingen van het strafwetboek.

Corruptie kan incidenteel voorkomen, in de vorm van een unieke gedraging. Het kan ook zijn dat bepaalde personen in een reeks van jaren voortdurend, of in elk geval met een zekere regelmaat en in een steeds terugkerend patroon, corrupt gedrag vertonen; dan spreken we van systematische corruptie. Is een gehele organisatie, of een bepaald onderdeel daarvan, besmet en maken vele leden – zonder dat zij rechtstreeks met elkaar samenwerken – zich aan dergelijk gedrag schuldig, dan is de corruptie endemisch.

We zullen nu proberen meer duidelijkheid te verkrijgen door corruptie te plaatsen in het ruimere kader van bestuurlijke integriteit en de tegenhanger daarvan, machtsbederf.

V.1.2 Corruptie in het licht van bestuurlijke integriteit

Sinds de jaren negentig staat bestuurlijke integriteit hoog op de bestuurlijk-politieke agenda. De toegenomen aandacht voor de integriteit van het overheidshandelen vloeit mede voort uit het aan het licht komen van concrete corruptiepraktijken, maar is ook in belangrijke mate toe te schrijven aan inspanningen vanuit de overheid zelf om dit thema op de politieke agenda te plaatsen. Minister Dales van Binnenlandse Zaken stelde schendingen van bestuurlijke integriteit nadrukkelijk aan de kaak; zij riep het bestuur op om machtsbederf te bestrijden en integriteit te bevorderen. Niet zonder belang was dat zij de aandacht niet uitsluitend wilde richten op de excessen zoals fraude en corruptie, maar dat zij in een breder perspectief het vraagstuk van machtsbederf zelf centraal wilde stellen. Machtsbederf of niet-integer bestuurlijk handelen omvat immers meer dan fraude en corruptie:

«Machtsbederf (...) draagt het element van ontbinding, verval, vervaging van normen in zich. Het gaat mij om het sluipend gevaar van bezoedeling van de ambtelijke en politieke reputatie, van aantasting van integriteit van bestuurders, van ontkenning van hoge waarden waarvoor de democratische rechtsstaat staat. Machtsbederf kan «in the end» leiden tot gecorrumpeerd worden, corruptie en fraude.»

Het door de minister afgegeven signaal leidde tot een keerpunt in de bewustwording van het probleem van integriteit van overheidsfunctionarissen en uiteindelijk tot de totstandkoming van een integriteitsbeleid binnen vele (maar niet alle) overheidsdiensten. Er zijn bij de bestrijding van corruptie ook nieuwe spelers ten tonele verschenen, zoals de AIVD. Het OM heeft de bestrijding van corruptie tot speerpunt gemaakt,⁴¹⁰ al is niet aanwijsbaar dat dit in de praktijk ook tot iets tastbaars heeft geleid, en de Rijksrecherche vindt er zelfs een van haar belangrijkste taken.⁴¹¹ Toch lijkt de verzuchting van de Algemene Rekenkamer uit 1997 nog altijd geldig:

«De invoering van een integriteitsbeleid in alle sectoren van de rijksdienst blijkt een vrij moeizaam verlopend proces van bewustwording te zijn. Het door het ministerie van Binnenlandse Zaken uitgedragen preventieve integriteitsbeleid werkt wel door binnen

⁴¹⁰ *Perspectief op 2002. De koers van het OM in de komende jaren*, Den Haag 1998.

⁴¹¹ Aanwijzing taken en inzet rijksrecherche, *Stcrt.* 2002 nr. 15 p. 9.

Welke plaats heeft corruptie nu precies binnen het kader van bestuurlijke integriteit? Gedrag (handelen of nalaten) van functionarissen kan worden onderscheiden in integer en niet-integer gedrag.⁴¹³ Niet-integer gedrag (of kortweg: machtsbederf) is dan gedrag van functionarissen dat strijdt met in de samenleving geaccepteerde waarden en normen. Zijn die waarden en normen in *wettelijke* regels neergelegd, dan kunnen we spreken van twee categorieën niet-integer gedrag: is overtreding van de wettelijke regel strafbaar gesteld, dan is sprake van bestuurlijke criminaliteit; is overtreding van de wettelijke regel daarentegen niet strafbaar gesteld (denk aan de geboden en de verboden van het ARAR), dan is sprake van niet-criminele bestuurlijke wetsovertreding. Tenslotte kunnen we binnen de categorie van de bestuurlijke criminaliteit onderscheiden tussen en overtredingen en misdrijven. «Harde» corruptie (omkoping) en fraude behoren tot de laatste rubriek. In schema gezet:



Tegelijkertijd wordt duidelijk dat bestuurlijke integriteit meer behelst dan de afwezigheid van fraude en corruptie. Er kan in een overheidsorganisatie heel wat misgaan én voorafgaan alvorens er sprake is van corruptie. Mede op grond van dit schema is het mogelijk een negental categorieën van niet-integer gedrag te onderscheiden: (1) «harde» corruptie; (2) fraude, diefstal en verduistering; (3) non quid pro quo beloften en giften; (4) onverenigbare functies en bindingen; (5) misbruik van (de toegang tot) informatie; (6) misbruik van bevoegdheden; (7) verspilling en wanprestatie; (8) discriminatie en intimidatie; (9) misdragingen in de vrije tijd. Laten we deze exemplarische opsomming van verschijningsvormen van niet-integer gedrag nader invullen en meteen, waar mogelijk, illustreren aan de hand van de situatie in de bouwrijverheid.

- ad 1. «Harde» corruptie of rechtstreekse omkoping doet zich voor wanneer functionarissen concrete giften, diensten of beloften opeisen of aannemen van of bij derden met het oog op of naar aanleiding van een uitoefening van hun functie op een door die derden gewenste wijze («quid pro quo», «do ut des»). Deze vorm van omkoping vereist een concrete ruiltransactie tussen omkoper en omgekochte: voor het beloofde of aangeboden voordeel wordt door de omgekochte ambtenaar een tegenprestatie verricht.
- ad 2. Fraude, diefstal en verduistering doen zich voor als functionarissen op onrechtmatige en/of bedrieglijke wijze persoonlijk voordeel halen ten koste van de overheid, maar zonder dat, zoals bij corruptie, sprake is van een driehoeksverhouding, waarbij zowel de

⁴¹² Algemene Rekenkamer, rechtmatigheidsonderzoek 1997, *Kamerstukken II*, 26 100, nr. 1/2, p. 35.

⁴¹³ Het hier volgende is gebaseerd op Huberts, o.c. p. 6/7.

omgekochte functionaris als een omkopende derde profiteren, ten laste van het slachtoffer.

- ad 3. Non-quid pro quo beloften en giften zijn giften of beloften die aan functionarissen worden gegeven of door deze laatste worden opgeëist, zonder dat meteen duidelijk is of daar ten aanzien van derden een tegenprestatie tegenover staat. Tot deze categorie behoort het zogenaamde smeren en fêteren van ambtenaren. Ons onderzoek leverde sterke aanwijzingen op dat dit in de bouwnijverheid – maar ook in andere bedrijfstakken (concreet genoemd werd de transportwereld) een veel voorkomend gebruik is, dat drie soorten problemen oproept:
- de eerste vraag is of (het zich laten) smeren en masseren op zichzelf al niet laakbaar moet worden geacht. Het doel is het oproepen van een voor het aangaan of continueren van zakelijke relaties gunstige sfeer. Dat gaat echter al snel over in «zonder feest geen zaken». Onder dit masseren valt ook wat werd aangeduid als de «aangeklede oplevering»; een stap verder gaan de met diners en sex opgetuigde bezoeken aan bouwprojecten en soms ging men zelfs alleen naar het voetbal, in Spanje of Italië.

Een acquisiteur vertelt: voor mij is dat later weer een leuke binnenkomer. «We hebben een leuke dag gehad, hè?» Je hebt dan meteen een goede verstandhouding, gaat wat soepeler en persoonlijker met elkaar om.

- het zich laten masseren roept in zekere zin (een sfeer van) verplichtingen op. Dit kan maar al te gemakkelijk onttaarden in werkelijke «do ut des»- en «quid pro quo»-verhoudingen; er is een hellend vlak geschapen. De feestende functionaris is bovendien kwetsbaar geworden – vooral wanneer zijn echtgenote beter niet weet welke gelegenheid hij heeft bezocht. Niet voor niets presenteerde een van de clubs zich op de facturen als «restaurant».
 - en tenslotte mag niet uit het oog worden verloren dat wat zich aandient als eenvoudig smeren, wel degelijk «echte» omkoping kan zijn. Het toelaten van «smeren» leidt tot niet zelden onoverkomelijke bewijsproblemen ten aanzien van de harde corruptie.
- ad 4. Bij onverenigbare functies en bindingen gaat het om activiteiten en belangen van functionarissen die de onpartijdigheid en onafhankelijkheid die bij de uitoefening van de functie behoren in gevaar brengen. Het klassieke voorbeeld is het geven van (technisch) advies door ambtenaren aan aannemers buiten de ambtelijke functie om. Ook het maken van «bouwtekeningen» komt voor. Het uitoefenen van dergelijke nevenfuncties behoeft op zichzelf niet te leiden tot corrupt gedrag, maar zij dragen een zekere corruptiegevoeligheid in zich. Bovendien blijkt uit de dossiers dat bepaalde nevenactiviteiten alleen op papier bestaan, om corrupte praktijken te verbergen of de schijn van legaliteit te geven.
- ad 5. Onder misbruik van informatie moet vooral worden verstaan het benutten of laten weglekken van gevoelige en vertrouwelijke informatie ten einde daarmee met het algemeen belang strijdige privé-belangen te dienen. Deze vorm van niet-integer gedrag kan uiteraard samengaan met omkoping (bijvoorbeeld steekpenningen in ruil voor de begrote raming), maar kan ook op zichzelf staan.

- ad 6. Misbruik van bevoegdheden
 - ad 7. Verspilling; denk aan ongebreidelde fêteringspraktijken op kosten van aannemers of overheid. In de bouw wordt soms flink gefeest.
 - ad 8. Discriminatie en intimidatie zijn vormen van laakbaar omgangs-gedrag, die niet specifiek bouwgerelateerd zijn
 - ad 9. Misdragingen in de vrije tijd, zijn tenslotte alle vormen van niet-integer gedrag (van misdrijven tot niet strafbare misdragingen) die buiten de de officiële functie vallen.
- Vooraf de categorieën 3 en 4 verdienen onze aandacht.

V.1.3 *Corruptie en fraude*

Corruptie is geen fraude, maar is daar wel nauw mee verbonden. Fraude is evenmin als corruptie een juridisch begrip; er bestaat geen wettelijke definitie van fraude. Het strafrecht kent wel afzonderlijke bedrogsdelicten; maar alle bedrog is nog geen fraude. Een losse valsheid in geschrift (bijv. vervalsing van een paspoort) hoort onder die noemer niet thuis. Voor fraude is meer nodig. Fraude kan worden omschreven als «het bedrieglijk verschaffen van onjuiste of onvolledige informatie aan personen, bedrijven of de overheid waardoor deze financieel of anderszins worden benadeeld, en de frauderende partij wordt bevoordeeld.»⁴¹⁴ Frauduleus optreden wordt gekenmerkt door enerzijds handelingen verricht met het oog op het verwerven van een materieel voordeel (gewin) en anderzijds doordat niet een enkel strafbaar feit wordt gepleegd, maar een complex van tenminste twee onderling samenhangende delicten. De begane delicten behoeven op zichzelf genomen geenszins te vallen onder de noemer «bedrog»; denk bijvoorbeeld aan het niet naleven van administratieve verplichtingen. Het is de op gewin gerichte combinatie van strafbare handelingen, die de aanduiding «fraude» rechtvaardigt. Fraude kan daarom nader worden omschreven als «elke combinatie van delicten waarbij men zichzelf of een ander door misbruik van vertrouwen en op bedrieglijke wijze materieel probeert te bevoordelen.»⁴¹⁵ Hiermee is fraude technischer van aard dan corruptie doordat bijv. formulieren en facturen worden vervalst of anderszins verkeerde informatie wordt verstrekt. Bovendien zijn bij fraude twee partijen betrokken, de fraudeur en het slachtoffer, terwijl het bij corruptie gaat om een driehoeksverhouding bestaande uit de omkoper, de omgekochte en de benadeelde. Waar de fraudeur vaak buiten de bedrogen organisatie blijft, verzekert de omkoper zich als het ware illegale hulp van binnenuit. Maar net als bij corruptie is er ook bij fraude sprake van een schending van vertrouwen en het veroorzaken van schade ten aanzien van de betreffende (overheids)-organisatie.

Ofschoon corruptie en fraude twee verschillende delictstypen opleveren, zijn zij wel nauw verweven. In nagenoeg alle door ons onderzochte dossiers waarin sprake was van corruptie, deed zich ook fraude voor. Fraude blijkt vaak nodig om corruptie te faciliteren (scheppen van geldbronnen) en te bedekken.

V.1.4 *Over de omvang van corruptie*

We stelden al vast dat over de omvang van corruptie in Nederland weinig bekend is. Wanneer we afgaan op de door de media gesignaleerde schandalen, kan de indruk ontstaan van corruptie op grote schaal, maar het kan ook zijn dat er in de pers gewoon veel aandacht aan wordt besteed. Het werkelijke aantal gevallen van corruptie is niet te achterhalen. Het gemiddeld aantal strafrechtelijke omkopingzaken bedraagt

⁴¹⁴ D. Ruimschotel, «Corruptie als combinatie van irreguliere bevoordeling en infaam ver-raad», *NJB* 1994 p. 1554/1562, op p. 1555.

⁴¹⁵ Vgl. J. M. Reijntjes, «Fraudebestrijding in de Europese «Gouden Driehoek», *Justitiële Verkenningen* 1988 nr. 1 p. 53/69, op p. 54.

evenwel amper een twintigtal per jaar. De volgende tabellen geven een recent overzicht over het aantal strafrechtelijke corruptiezaken (art. 362, 363 en 328^{ter} Sr) in verhouding met valsheid in geschrift (art. 225 Sr) en oplichting (art. 326 Sr).

Zaken ingeschreven bij Openbaar Ministerie in de periode 1995 tot en met 2001

Ingeschreven in het jaar:							
Wetboek van strafrecht artikel:	1995	1996	1997	1998	1999	2000	2001
225	13 760	12 069	10 493	8 817 ¹	7 435	5 490	4 413
326	1 693	1 632	1 554	1 683	1 600	1 791	1 693
362	7	1					1
363	21	8	15	15	23	15	9
328 ^{ter}	4	2	2	3	5	4	
Totaal ingeschreven:	15 484	13 712	12 064	10 518	9 063	7 300	6 116

¹ De daling van het aantal ingeschreven valsheden in geschrift is veroorzaakt doordat bij de bestrijding van steunfraude het accent werd verlegd naar de bestuurlijke afdoening (zie de Wet boeten, maatregelen en terug- en invordering sociale zekerheid, Stb. 1996, 248).

Het aantal interventies in de periode 1995 tot en met 2001 (= schuldigverklaringen, voldane transacties en beleidssepts met waarschuwing)

Ingeschreven in het jaar:							
Wetboek van strafrecht artikel:	1995	1996	1997	1998	1999	2000	2001
225	11 639	9 717	8 038	7 412	7 089	5 305	3 560
326	866	970	926	882	1 070	1 017	1 139
362			1				
363	7	16	7	6	9	7	5
328 ^{ter}	1	3	1		3	2	5
Totaal ingeschreven:	12 513	10 706	8 973	8 300	8 171	6 331	4 709

Afgedaan door het Openbaar Ministerie in de periode 1995 tot en met 2001

Afgedaan in het jaar:									
Wetboek van strafrecht artikel:			1995	1996	1997	1998	1999	2000	2001
Art. 362	Dagvaarden	Dagvaarden							
		Meervoudige kamer		1					
	<i>Totaal gedagvaard</i>		1						
	Sepot	Sepot beleid	1	1					
	Sepot technisch		4	1					
	<i>Totaal geseponeerd</i>		1	5	1				
Totaal SR art. 362			1	6	1				

Afgedaan door het Openbaar Ministerie in de periode 1995 tot en met 2001

			Afgedaan in het jaar:						
Wetboek van strafrecht artikel:			1995	1996	1997	1998	1999	2000	2001
Art. 328ter	Dagvaarden	Dagvaarden Meervoudige kamer Dagvaarden Politierechter	1	3		2		4	
	<i>Totaal gedagvaard</i>		1	3		2		4	
	Sepot	Sepot beleid Sepot technisch					1 1		3 1
	<i>Totaal geseponeerd</i>						2		4
	<i>Transactie</i>	<i>Transactie geldsom</i>					1		
	<i>Transactie overig voorwaarden</i>		1	1					
	<i>Totaal getransigeerd</i>		1	1			1		
Totaal SR art. 328ter			1	4	1	2	3	4	4

Afgedaan door het Openbaar Ministerie in de periode 1985 tot en met 2001

			Afgedaan in het jaar:						
Wetboek van het strafrecht artikel:			1995	1996	1997	1998	1999	2000	2001
Art. 363	Dagvaarden	Dagvaarden Politierechter Dagvaarden Meervoudige kamer	11	10	3	1	4	8	3
	<i>Totaal gedagvaard</i>		11	12	4	5	8	8	3
	Sepot	Sepot administratief Sepot beleid Sepot technieken	1	2	6	5	5	6	7
	<i>Totaal geseponeerd</i>		1	4	6	10	8	11	7
	<i>Transactie</i>	<i>Transactie geldsom</i>			1	1	1		1
	<i>Transactie overig voorwaarden</i>			4					
	<i>Totaal getransigeerd</i>			4	1	1	1		1
Totaal SR art. 363			12	20	11	16	17	19	11
Totaal afgedaan OM			15 188	13 087	11 160	10 838	8 491	8 037	5 974

Deskundigen wijzen er op dat het geringe aantal corruptiezaken slechts het topje van een ijsberg moet zijn, mede omdat het bestuurlijke apparaat duizenden corruptiegevoelige situaties kent.⁴¹⁶ Hoeveel groter de ijsberg dan is weet echter niemand. Tot deze conclusie moest ook de Parlementaire Enquêtecommissie Opsporingsmethoden komen, toen haar werd gevraagd onderzoek te doen naar de omvang van corruptie bij de politie. Zij trof slechts enkele gevallen van corruptie aan, op het lagere en middenniveau van de overheid, te weten bij politie, gemeentelijke diensten en het gevangeniswezen. Zij concludeerde dat «van systematische pogingen van criminele organisaties om politie, bestuur en justitie te corrumperen geen sprake» was.⁴¹⁷

⁴¹⁶ D. Ruimschotel, «Corruptie als combinatie van irreguliere bevoordeling en infaam verraad», *NJB*, 1994, 1556; B. J. S. Hoetjes, «Het tegengaan van corruptie», *NJB*, 1994, 1580.

⁴¹⁷ «Inzake opsporing», *Kamerstukken II* 1995/96, 24 072 nr. 11 p. 71. Zie ook G. Bruinsma, «De bouwnijverheid», idem nr. 18 p. 209/260, op p. 242/244 en 255.

In het verleden zijn nog enkele andere wetenschappelijke studies verricht naar de omvang van corruptie, maar zij dateren al uit de jaren '80 en '90 van de vorige eeuw. Zo is er het in 1992 door Huberts uitgevoerde onderzoek onder Nederlandse gemeentesecretarissen waaruit blijkt dat jaarlijks ongeveer 56 gevallen van corruptie en 67 gevallen van fraude in onderzoek worden genomen.⁴¹⁸ Deze cijfers betreffen zowel de werkelijke als de vermeende gevallen van corruptie en fraude binnen gemeenten. Omgerekend naar het gehele openbare bestuur zouden er jaarlijks 370 gevallen van fraude en corruptie worden geconstateerd, waarvan 123 vermeend. Dit zou betekenen dat in Nederland gemiddeld een maal per dag een mogelijk geval van bestuurlijke corruptie bekend wordt. Op grond van deze cijfers kan in ieder geval niet worden geconcludeerd dat in brede lagen van het bestuurlijk apparaat corruptie voorkomt; maar het zegt alweer niets over het dark number. Ook het in 1996 door Niemeijer c.s. verrichte onderzoek onder gemeentesecretarissen is geruststellend voor diegenen die denken dat Nederland een corruptieland is.⁴¹⁹ Uit dat onderzoek blijkt dat jaarlijks tussen de 450 en 650 gevallen van bestuurlijke integriteitsschendingen voorkomen. Het gaat dan vooral om weglekken van informatie en belangenverstrengeling. Corruptie maakt slechts 5% uit van de vastgestelde integriteitsinbreuken.

Indien al moeilijk is vast te stellen wat *in het algemeen* de precieze omvang van corruptie is, spreekt het voor zich dat het nog lastiger wordt te constateren in welke mate corruptie voorkomt *in de bouwnijverheid*. Zelfs indien we ons concentreren op het hierboven weergegeven aantal strafrechtelijke omkopingszaken, blijkt het onmogelijk te achterhalen hoeveel van die zaken bouwgerelateerd zijn. Dit heeft grotendeels te maken met de geautomatiseerde informatieverwerking bij het openbaar ministerie. In het door het OM gehanteerde registratiesysteem COMPAS worden strafzaken immers uitsluitend per wetsartikel geregistreerd, zonder enige nadere aanduiding binnen welke bedrijfssector het delict is gepleegd. In een gesprek met onderzoekers merkte procureur-generaal Steenhuis, die sinds 1995 verantwoordelijk is voor het landelijk fraudebeleid, hierover het volgende op:

«Het is nu eenmaal zo dat iets alleen is terug te vinden onder een bepaalde noemer, als het ook onder die noemer geregistreerd wordt. Door de gang van zaken rond de Schiphol-tunnel staat fraude in de bouwnijverheid nu in de belangstelling, maar een aantal jaren geleden was dit niet het geval. Bouwfraude was voor het college van procureurs-generaal niet een echte categorie die in de zogenaamde kwalitatieve criteria was opgenomen in ons registratiesysteem COMPAS. Daarom is het ook niet als zodanig terug te vinden. Hetzelfde geldt overigens voor veel delicten op het gebied van valsheid in geschrift, die onder de algemene noemer «artikel 225» worden geboekt. Aan dat artikel zijn wel een aantal maatschappelijke kwalificaties gekoppeld, maar niet die van bouwfraude. En omdat het niet als zodanig is geregistreerd, is het ook nooit meer terug te vinden als betrekking hebbende op bouwfraude (...). Een zaak komt pas in COMPAS op het moment dat deze als strafzaak wordt ingeschreven. Het COMPAS-systeem is van oudsher ingericht op het registreren van de betreffende wetsartikelen.»

Op grond van het COMPAS-systeem is dus niet te achterhalen hoeveel strafrechtelijke corruptiezaken bouwgerelateerd waren. Ook de Rijksrecherche, die zich in belangrijke mate met corruptiezaken bezighoudt, kon ons deze informatie niet verschaffen. Een andere mogelijke informatiebron is de FIOD. Het door de FIOD gebruikte registratiesysteem G-FIS maakt wel gebruik van nadere maatschappelijke kwalificaties. We hebben van de FIOD overzichten gekregen over de periode 1997 tot en

⁴¹⁸ L. W. J. C. Huberts, «Omvang en bestrijding van bestuurlijke criminaliteit», in *Justitiële Verkenningen*, 1993, 51–69.

⁴¹⁹ E. Niemeijer, W. Huisman en W. M. E. H. Beijers, *Gemeentelijk integriteitsbeleid: een blik op de praktijk*, publicatiereeks Vakgroep Criminologie, nr. 4, Vrije Universiteit Amsterdam, 1997.

met het derde kwartaal 2001. Volgens deze gegevens zijn er in die periode van het totaal ruim 1200 zaken ongeveer 181 bouwgerelateerde zaken in het kader van het convenant aan het OM overgedragen. In welke mate echter in die zaken sprake is van corruptie kan niet uit deze gegevens worden afgeleid.

Mede naar aanleiding van de commotie rond de Schipholtunnel en de Bosboekhouding is op een vraag van de minister van justitie door de Voorzitter van het College van procureurs-generaal op 18 december 2001 aan alle parketten verzocht om na te gaan of in de afgelopen vijf jaren strafzaken zijn behandeld die gerelateerd zijn aan bouwfraude. Met andere woorden: aan de parketten werd een appel gedaan op het geheugen van parketsecretarissen en officieren die op het gebied van fraude werken of werkten. Uiteraard is een dergelijke informatievergaring alles behalve betrouwbaar. Het bevestigt op pijnlijke wijze hoe moeilijk het zelfs voor het OM is de vraag naar de omvang van (bouwgerelateerde) corruptie te beantwoorden. Niettemin geven we in het kort weer welk beeld op grond van de binnengekomen ambtberichten kan worden geschetst.

- De meeste parketten geven aan met grote regelmaat bouwbedrijven te vervolgen voor fraude. Veelal gaat het om fiscale fraude, ondernemersfraude, premiefraude, faillissementsfraude en fraude met facturen al dan niet ter verhulling van eerder genoemde fraudes;
- Het bedrijfsprocessensysteem van het openbaar ministerie (COMPAS) kan niet worden bevraagd op de term «bouwfraude». Ook andere zoekleutels, zoals art. 225 Sr, geven geen inzicht omdat daarmee uiteraard alle andere valsheid in geschrift dan door bouwbedrijven wordt geteld. Een kwantitatief overzicht is zonder een buitensporig veel tijd vergende handmatige telling niet te geven;
- In het door de parketten gegeven overzicht zijn fiscale fraudepraktijken in de bouwnijverheid buiten beschouwing gelaten. Wel melden verschillende parketten dat het hierbij gaat om soms hoge benadelingsbedragen;
- Inclusief de Schipholtunnelzaak en de zaak Koop-Tjuchem zijn over de afgelopen vijf jaren 16 grotere fraudezaken door bouwbedrijven geïnventariseerd. Het gaat om een diversiteit aan zaken waarbij bouwbedrijven betrokken zijn bij fraude, andere dan enkel fiscale en sociale premiefraude;
- In zeven zaken is sprake van (een vermoeden van) ambtelijke omkoping;
- In twee zaken is sprake van (een vermoeden van) omkoping van medewerkers van woningbouwcorporaties (private corruptie: art. 328ter Sr);
- In drie zaken is sprake van (een vermoeden van) illegale prijsafspraken;
- In twee zaken gaat het om het niet uitvoeren van aangenomen werk waar de aanneemsom wel is geïncasseerd;
- Verschillende zaken verkeren nog in een beginfase van het onderzoek zodat hierover geen specifieke informatie kan worden verleend.

Voor zover uit deze weinig representatieve gegevens al betrouwbare informatie kan worden geput, is het opvallend dat van de zestien door de parketten opgegeven bouwgerelateerde strafzaken ongeveer de helft corruptiezaken betreft. Of dit betekent dat in de bouwnijverheid sprake is van systematische corruptie is echter nog maar de vraag. Voor een goed inzicht in de omvang van bouwgerelateerde corruptie is een veel grootscheepser onderzoek vereist dan door ons kon worden ingesteld. Op

grond van het dossieronderzoek is het echter wel mogelijk indicaties te geven over het *type* corruptie dat in de bouwnijverheid voorkomt.

De door ons onderzochte casuïstiek levert op zijn minst sterke aanwijzingen dat in de bouwsector sprake is van *endemische*, ingegroeide, corruptie.

Dit werd bevestigd door informatie van aannemers. Het vermoeden dat corruptie in de bouw een endemisch karakter heeft, baseren wij niet in de eerste plaats op aantallen en cijfers, maar vooral op het hoe en waarom van corruptiezaken. Illustratief is casus 1, een omkopingszaak uit de periode 1990/95. De toedracht was als volgt:

Ambtenaar X van Rijkswaterstaat (RWS) heeft aanmerkelijke invloed op de beslissing welke bedrijven werk gegund krijgen. Hij beschikt over een bv en benadert onder meer via die bv bedrijven die graag voor RWS willen werken; hij laat zich door hen als «adviseur» inschakelen. In werkelijkheid adviseert hij nauwelijks, maar hij factureert wel als zodanig op naam van zijn bv. Het gefactureerde bedrag wordt vervolgens afgewenteld op RWS, doordat hij het door hem «geadviseerde» bedrijf meedeelt met welk bedrag zij hun inschrijving kunnen verhogen zonder het door RWS intern begrote bedrag te overschrijden. Op zichzelf kan deze werkwijze passen bij een eenvoudige corruptie door één functionaris. Uit de casus valt echter op dat

- de betrokken partijen elkaar niet toevallig tegenkwamen, maar elkaar opzochten. Uit hun verklaringen blijkt dat dit niet ongebruikelijk was;
- de partijen niet veel nodig hadden om elkaar te begrijpen;
- zelfs een bedrijf dat geen werk gegund kreeg – doordat het niet op de wensen van de corrupte ambtenaar inging – zich daarover niet beklaagde. Het maakte pas melding van de omkopingspraktijken toen de chef van X er uitdrukkelijk naar vroeg. Uit de verklaringen blijkt dat het bedrijf er weinig vertrouwen in had dat een klacht tot iets zou leiden, en het onderzoek van de chef leidde inderdaad tot niets;
- er werd een constructie gebruikt van zodanige aard, dat het onaanneemelijk is dat X die zelf bedacht.

Kortom: het lijkt er veel op dat het gedrag van X zowel door hemzelf als door de aangezochte bedrijven niet als uitzonderlijk vreemd of riskant werd beschouwd. Het paste binnen een vast en bij de partijen bekend patroon.

Straks zal blijken dat sommige andere casus het verondersteld endemische karakter van de corruptie bevestigen.

V.1.5 Voorbeelden van bouwgerelateerde onregelmatigheden

Wij zullen nu enige aan de onderzochte casus ontleende illustraties geven van bouwgerelateerde corruptie en andere integriteitsschendingen voor zover deze als corruptiegevoelige gedragingen kunnen worden gekenschetst, zoals smeren en het uitoefenen van nevenfuncties. Op die manier kan enig inzicht worden verkregen in de wijze waarop corrupt(ogeen) gedrag binnen de bouwnijverheid plaatsvindt. Daar het hier gaat om vertrouwelijke informatie worden de cases genummerd weergegeven en worden persoonlijke gegevens weggelaten. Hier en daar worden uit de bestudeerde dossiers vrij gedetailleerde verklaringen van de betrokken partijen weergegeven, zodat de mechanismen die achter corruptie schuilgaan zo duidelijk mogelijk worden blootgelegd.

Verschijningsvormen van corruptie

Casus 1 Nadat in 1990 een intern onderzoek, ingesteld naar aanleiding van «geruchten» van corruptie, niets heeft opgeleverd, ontdekt de FIOD in 1991 dat een projectleider van RWS van 1984 tot 1989 een aanmerkelijk bedrag aan steekpenningen heeft aangenomen. Bij de betreffende afdeling bleek veel mis te zijn. Opdrachten werden steeds uit de hand gegund, waarbij de projectleider/opdrachtgever zelf afparafeerde, of door de afdelingschef door hemzelf geconcipeerde accoordverklaringen – min of meer ongezien – liet afparafieren. De projectleider tekende soms zelf af voor oplevering. Er was zo weinig dossiervorming dat de interne accountantsdienst geen duidelijkheid kon krijgen omtrent de doorgaans gevolgde werkwijze, en dat de omvang van de delicten alleen viel vast te stellen uit de boeken van de verdachte zelf, die niet verder terugreikten dan 1987 (vastgestelde schade over 1987/1989: tenminste f 700 000.– incl btw). Verder werd geconstateerd dat controles soms werden uitgevoerd door medewerkers van contractpartners, die daarvoor werden ingehuurd. De verdachte werd ontslagen en berecht, wat met de verantwoordelijke chefs gebeurde blijkt niet.

De betrokken ambtenaar ontving niet alleen steekpenningen van bedrijven, maar werd ook in natura betaald. Zo werd op kosten van Y bv, één van de aannemingsbedrijven die voor RWS werkzaamheden verrichtte, voor hem een tuin aangelegd. Volgens de projectleider lag het initiatief tot de omkoping bij de aannemer:

«Ik heb een stommeit gedaan. De aanleg van deze tuin is mij aangeboden. Iemand, waarvan ik op dit moment de naam liever niet zeg, heeft mij aangeboden een hoveniersbedrijf te laten helpen bij de aanleg van de tuin. Ik ben op dat aanbod ingegaan. Ik kende het hoveniersbedrijf niet. In die tijd werd veel van mijn vrije tijd opgeslokt door verbouwingen aan mijn huis en het aanleggen van mijn tuin. Een zakenrelatie bood mij toen aan om mij te helpen. Deze zakenrelatie heeft het hoveniersbedrijf ingeschakeld. Ik vroeg aan de zakenrelatie wat dat allemaal ging kosten. Er werd mij toen medegedeeld dat dat wel geregeld zou worden. Deze zakenrelatie wist dat ik mijn tuin aan het renoveren was daar ik een vriendschappelijke relatie met hem had. Hij kwam ook bij mij thuis. Ik denk dat de totale aanleg ongeveer 15 000 à 20 000 gulden heeft bedragen. Hij heeft dit (aanbod) gedaan met de gedachte dat hij meer aanvragen en opdrachten van Rijkswaterstaat zou krijgen. Op het moment dat hij mij aanbood om mij te helpen bij de aanleg van de tuin realiseerde ik mij niet dat een dergelijke gedachte erachter zat. Toen op een gegeven moment een hoveniersbedrijf op de stoep stond realiseerde ik mij dat dit niet alleen een vriendschappelijk gebaar was maar ook een zakelijk doel moest hebben. Ik heb het hoveniersbedrijf toen niet weggestuurd en heb de tuin laten aanleggen.»

Y bv verklaart evenwel dat het initiatief tot de omkoping bij de projectleider zelf lag, wat mede gelet op verklaringen van andere bedrijven – o.m. een bedrijf dat weigerde in te gaan op de voorstellen van de projectleider – een geloofwaardigere verklaring is van de wijze waarop de omkopingsconstructie gaandeweg vorm kreeg. De adjunct-directeur van Y bv verklaart:

«In 1981/1982 ging ik mij persoonlijk meer bezighouden met het verwerven van opdrachten. Het ging niet zo goed met ons bedrijf. Uit mijn contacten met diverse opdrachtgevers vloeiden diverse opdrachten voort. Eén van die opdrachtgevers was Rijkswaterstaat. In de jaren 1983/1984 had X (de projectleider) bij Rijkswaterstaat de positie om te bepalen welke bedrijven hij moest uitnodigen om voor een bepaald werk in te schrijven. Ik wilde in mijn functie als adjunct-directeur namens Y bv inschrijven op het project A van Rijkswaterstaat. Ik wist dat door mijn contacten met Rijkswaterstaat dat dit project speelde. Daartoe heb ik op een gegeven ogenblik X uitgenodigd voor een gesprek.»

Ik deelde hem mede dat Y bv het project graag wilde uitvoeren. Ik stelde daarbij onze calculatie. De heer X heeft aangaande dat project een bepaalde begroting. Tijdens dat onderhoud proberen we tot een bepaalde prijs te komen. U moet weten dat het voor ons als Y bv ontzettend belangrijk is om werk te krijgen. Dat is uiteraard van levensbelang voor ons bedrijf. Er werd een bepaalde prijs afgesproken, ik dacht van rond de 90 000 gulden. Nadat X van mij gehoord had wat de calculatie van Y bv was m.b.t. de fietstunnel deelde X mij mede dat de calculatie paste in de begroting van Rijkswaterstaat. Hieruit trok ik de conclusie dat er een gat zat tussen de calculatie en de begroting. Daarna kreeg ik onder bepaalde voorwaarden de toezegging van X dat Y bv het project kon krijgen. Die bepaalde voorwaarden bestonden hieruit dat X de opdracht aan ons wilde doen toekomen indien hij hiervoor persoonlijk beloond zou worden. Hij vroeg aan mij tijdens datzelfde gesprek of Y bv daartoe de privé-tuin bij zijn woning wilde aanleggen. Ik heb hier namens Y bv in toegestemd. Hij nam het initiatief om iets te vragen. Ik heb hem niets aangeboden. De aanleg van de tuin was dus eigenlijk een investering van ons in de toekomst om meerdere projecten in de wacht te slepen bij Rijkswaterstaat. Belangrijk was dat je in een goed blaadje stond. In het geval van Rijkswaterstaat dus bij projectleider X.»

Wie het initiatief tot deze omkoping ook mag hebben genomen, het dossier maakt in ieder geval duidelijk dat omkoping een uiterst dynamisch gegeven is, zeker als ze zich over langere tijd voortzet, waarbij aanbieden en vragen elkaar afwisselen.

Een interessant onderdeel van de «omkopingsconstructie» in deze zaak was dat de toenmalige vriendin van de projectleider, tegen een relatief hoge salariëring, een baan kreeg aangeboden bij bedrijf Z, dat typewerk verrichte voor Rijkswaterstaat, en waarvan de vrouw van de adjunct-directeur van Y bv directeur was :

«Nadat Rijkswaterstaat had goedgekeurd dat Z typewerkzaamheden voor Rijkswaterstaat zou gaan verrichten heeft de vrouw van Y mijn vriendin benaderd of zij voor Z wilde komen werken. Het heeft zeker meegespeeld dat ik bij Rijkswaterstaat werk dat mijn vriendin gevraagd is om bij Z te komen werken. In die tijd kwam de familie van Y weleens bij mij thuis. Ik denk dat mijn vriendin een baan aangeboden heeft gekregen om dezelfde reden als de aanleg van mijn tuin.»

Het belangrijkste onderdeel van de omkopingsconstructie bestond in het ontvangen van gelden van bedrijven op facturen van T bv, een technisch adviesbureau, dat de projectleider vrijwel uitsluitend had opgericht om de omkoping te verhullen. Hij verklaart hierover:

«Al heel veel jaren gaf ik vrijblijvend adviezen aan diverse bedrijven op het gebied van elektrotechniek, conservering, lichte staalconstructies en management. Ik was in staat deze adviezen te geven omdat ik veel ervaring op deze gebieden had opgedaan bij RWS. In juni heb ik T bv opgericht. Ik heb aan RWS niet gemeld dat ik een eigen bedrijf had. Ik weet dat dit vroeger beslist niet toegestaan was. Tegenwoordig is het zo dat het oogluikend wordt toegestaan mits het bedrijf niets met de functie te maken heeft. Toen ik T bv oprichtte heb ik een aantal bedrijven benaderd dat ik dit werk naast mijn werk bij RWS ging doen. In totaal heb ik ruim 180 000 gulden gefactureerd aan bedrijven C en D. Hier staan met uitzondering van een klein bedrag aan adviezen, geen werkzaamheden tegenover. Het enige wat hier tegenover stond was dat ik C werk kon gunnen bij RWS. Zoals ik al verklaarde was ik in de positie om in de ontwerpfase bepaalde bedrijven opdrachten te geven. Voordat C zijn aanbieding deed voor een bepaald project had ik al contact met C. Ik was dan al op de hoogte van de prijs van de begroting. De ruimte die daar tussen zat gaf ik door aan E (directeur van C). Hij verhoogde de aanbieding dan met dat bedrag. Het komt dus hier op neer dat via C RWS opdraaide voor de door mij gefactureerde en ontvangen bedragen. C heeft een aantal jaren bijna het alleenrecht

gehad voor de werkzaamheden voor RWS. Bij bedrijf F is het precies hetzelfde gegaan. Ook bij Z (het bedrijf waarbij de vriendin van de projectleider ondertussen werkzaam was) is het precies zo gegaan. Voordat Z in de persoon van W een aanbieding deed had ik al contact met hem en ik gaf dan door met welk bedrag hij de aanbiedingsprijs kon verhogen. Deze bedragen ontving ik dan van deze bedrijven middels de facturen van mijn bv. Ik ben van mening dat C en alle andere bedrijven die ik genoemd heb, er niet alleen voordeel van hebben gehad dat zij die opdrachten hebben gehad. Ze hebben ook voordeel gehad bij hun prijsstelling. Ik bedoel hiermee dat deze bedrijven in de loop der tijd de enige bedrijven waren die voor RWS in de ontwerpfase werkten. Hierdoor hoefden zij niet meer zo concurrerend te werken en konden ze hun prijzen dus verhogen.»

Kortom: de projectleider benaderde (via zijn bv) verschillende bedrijven die graag voor RWS willen werken en laat zich door hen als «adviseur» inschakelen. In werkelijkheid adviseert hij nauwelijks, maar hij factureert wel als zodanig op naam van zijn bv. Het gefactureerde bedrag wordt vervolgens afgewenteld op RWS, doordat de projectleider het door hem «geadviseerde» bedrijf meedeelt met welk bedrag zij hun inschrijving kunnen verhogen zonder het door RWS intern begrote bedrag te overschrijden. Eén van die bedrijven, M bv, was trouwens opgericht door een voormalige ambtenaar bij Rijkswaterstaat en ex-collega van de projectleider. Deze verklaart over de gefactureerde bedragen het volgende:

«De drie voornoemde bedragen zijn achteraf betaald als zijnde een blijk van waardering voor het via die kanalen (via de bv van de projectleider) verkrijgen van werk. De gelden waren bestemd voor T bv, het bedrijf van X. Mijn bedrijf is indertijd gebruikt als een tussenstap. De gang van zaken moest verbloemd worden, het mocht niet bekend worden dat X gelden ontving van ons waar hij namens Rijkswaterstaat contacten mee onderhield. Voor de zojuist genoemd bedragen zijn geen feitelijke werkzaamheden verricht.»

Deze casus toont aan hoe corruptie in de bouwnijverheid een endemisch karakter kan krijgen. De betrokken partijen komen elkaar niet toevallig tegen, maar zoeken elkaar op en gaan een langdurige omkopingsrelatie aan. Uit de verklaringen van de partijen blijkt dat dergelijke gang van zaken niet ongebruikelijk was en dat de partijen niet veel nodig hebben om elkaar te begrijpen. De gebruikte omkopingsconstructie werd niet als uitzonderlijk vreemd of riskant beschouwd door de betrokken partijen. Het paste binnen een vast en bij de partijen bekend patroon. Ook enkele van de hiernavolgende cases geven zicht op het endemische karakter van bouwgerelateerde corruptie en andere corruptiegevoelige praktijken

Casus 2 Een onderaannemer van bouwonderneming X krijgt opdracht om in een reeks van gevallen verbouwingen uit te voeren bij (familieleden van) personeelsleden van een bouwdienst van RWS. Gefactureerd werd op andere projecten die hij voor X ten behoeve van RWS uitvoerde. Later nam de betreffende chef van RWS het initiatief om deze onderaannemer rechtstreeks voor RWS te laten werken. De verschuivingen dienden niet alleen voor het financieren van gunsten, maar ook om een «spaarpot» te creëren, waaruit bijv. meerwerk bij de verbouwing van het regiokantoor van RWS werd gefinancierd. Na vergeefse meldingen bij X heeft de onderaannemer daar zo moeilijk gedaan, dat KPMG werd ingeschakeld. Dat bracht de zaak aan het rollen. Na ontdekking probeerde een van de bevoordeelde ambtenaren de onderaannemer te bewegen hem alsnog rekeningen te sturen. Uiteindelijk is een Rijksrecherche-onderzoek ingesteld, dat aannemelijk maakte dat sprake was van een breed patroon van

onregelmatigheden, dat zich uitstrekte van hoog tot laag. Met behulp van de viltstift is gepoogd dit in de aangeleverde stukken te maskeren, maar kennelijk was sprake van een reeds lang gebezigde en door betrokkenen van voorgangers overgenomen werkwijze. De corruptie lijkt endemisch te zijn geweest. Voorbeeld van een verschuiving: A heeft een onderhoudscontract met RWS, doet werkzaamheden voor het regiokantoor, die – met 5% opslag – ten laste worden gebracht van het onderhoudscontract, dat daartoe voldoende financiële ruimte biedt. Het verschuiven lijkt met instemming, en in elk geval medeweten, van hogerhand te zijn geschied. Op grote schaal werd «geritseld». Het kwam voor dat medewerkers van RWS «in de vrije tijd» tekeningen vervaardigden voor aannemers; feesten (waarbij ook HID's verschenen) werden betaald door leveranciers. De betrokken onderaannemer zegt door een medewerker van RWS, die vond dat hij onvoldoende tegemoet werd gekomen, (met succes) te zijn bedreigd dat hij «wel eens een boekje open zou doen». De hoofdverdachte (hoofd van de dienst) kreeg bovendien tenminste een cash betaling (f 10 000.– in de hand). Hij beriep zich op een algehele desorganisatie bij RWS. Hij was van functie A opgeklommen tot manager van 55 medewerkers en leider van ca 40 projecten, met onvoldoende administratieve en andere ondersteuning. Hij kreeg, zo stelde hij, voor de verbouwing van zijn regiokantoor maar f 500 000.–, en werd verondersteld het ontbrekende «bij te ritselen» door «creatief te financieren». De betrokken aannemer zegt overigens dat hij de kosten ook zelf opdreef door nogal eens met nieuwe eisen te komen. Vastgesteld werd dat de interne toezichthouders van de verschuivingen wisten. Het patroon vertoont een opvallende gelijkenis met de verschuivingen die bij gelegenheid van de vorige bouwenquête werden geconstateerd bij het ministerie van Volkshuisvesting. Een medewerker van het bedrijf, dat zich het meest aan omkoping schuldig maakte, vertelde dat ook functionarissen van de NS waren omgekocht; dit lijkt buiten het onderzoek van de Rijksrecherche te zijn gehouden. Hij vertelt verder van een zwart geld circuit binnen zijn bedrijf, dat werd gevoed uit schrootopbrengsten en privé-geld (dat later overigens weer werd verrekend) en werd aangewend voor de betaling van zwarte lonen (lees: belasting- en premiefraude) (en, naar we mogen aannemen, steekpenningen).

Casus 3 Ambtenaar X van de gemeente Y had uit hoofde van zijn functie binnen de gemeente Y veelvuldig contact met aannemingsbedrijf Z. Dit aannemingsbedrijf voerde vaak opdrachten uit voor de gemeente Y. De ambtenaar heeft in samenwerking met het aannemingsbedrijf gedurende de periode augustus 1994 tot en met november 1999 stelselmatig facturen van het aannemingsbedrijf gericht aan de gemeente Y valselijk op laten maken door een hoger bedrag te laten factureren dan de daadwerkelijke kosten. Ook werden facturen opgemaakt van werkzaamheden die in het geheel niet waren uitgevoerd. Vervolgens tekende de ambtenaar als budgethouder van de gemeente Y voor akkoord, waardoor de gemeente Y steeds is overgegaan tot betaling van een hoger bedrag dan zij in werkelijkheid verschuldigd was. Het verschil werd door het aannemingsbedrijf bijgehouden op een speciale tegoedlijst ten behoeve van de ambtenaar. Het opgebouwde tegoed werd vervolgens door de ambtenaar aangewend voor privé-doeleinden. Ultimo maart 2002 heeft de arrondissementsrechtbank te W uitspraak gedaan in de strafzaak tegen ambtenaar. De ambtenaar is schuldig bevonden aan valsheid in geschrifte, meermalen gepleegd, waarbij de rechtbank in haar overwegingen in het bijzonder in aanmerking neemt dat betrokkene misbruik heeft gemaakt van zijn positie bij de gemeente Y en op grove wijze inbreuk heeft gemaakt op het in hem gestelde vertrouwen. De ambtenaar is veroordeeld tot 18 maanden

gevangenisstraf en tot ontneming van het wederrechtelijk verkregen voordeel dat is gesteld op 142 168 euro. Het lijkt er op dat de ambtenaar zowel bevoegd was om namens de Gemeente Y werk te gunnen als facturen betreffende het werk betaalbaar te stellen. Mogelijk dat in dit geval de functiescheiding niet optimaal geregeld was. Er was in ieder geval sprake van misbruik van positie en mogelijk omkoping, hoewel dit vanwege de bewijslast niet werd tenlastegelegd.

Casus 4 X, ambtenaar bij dienstkring Y., is verdacht van het verkrijgen van twee personenwagens van een leverancier van de afdeling WED tegen onzakelijke voorwaarden. Daarnaast zou hij door een leverancier zijn bevoordeeld doordat zijn privé-voertuig gratis zou zijn getransporteerd naar Zuid-Europa. Deze zaak zou verband kunnen houden met melding van twee medewerkers dat X giften zou hebben aangenomen van aannemers voor het verwerven van opdrachten en de melding van een valse factuur die door X zou zijn ingestuurd. Laatste correspondentie in deze zaak is van april 2002, waarin wordt geconcludeerd dat nog veel onduidelijk is en nader onderzoek is vereist.

Non-quid pro quo giften of beloften: het smeren van ambtenaren

Aan ambtenaren en bestuurders kunnen ook giften, diensten of beloften worden gedaan die niet meteen tot doel hebben de functionaris tot een bepaalde concrete tegenprestatie te bewegen, wat bij omkoping wel het geval is. Dit noemt men non-quid pro quo giften, diensten of beloften of kortweg: het smeren van ambtenaren. Het voornaamste doel van smeren is het onderhouden van een bestendige vruchtbare relatie. Het meest bekende voorbeeld zijn de relatiegeschenken, die kunnen variëren van kleine cadeautjes tot dure clubbezoeken en reizen. Meteen moet worden opgemerkt dat uit ons onderzoek blijkt dat het smeren van ambtenaren een wijdverbreide praktijk is in de bouwnijverheid: het hoort bij de branche- en bedrijfscultuur. De grens tussen de (strafbare) omkoping en het smeren is diffuus en dan rijst uiteraard de vraag of deze vorm van geschenken daadwerkelijk geen bijbedoeling heeft. De volgende (geanonimiseerde) instructie, geschreven door één van de hoofdmedewerkers van een groot aannemersbedrijf, illustreert hoe verfijnd het smeren in zijn werk gaat:

Aan W,

A.s. zondag ca. 3 uur 's morgens komt een hoofdprojectleider van Rijkswaterstaat op Curaçao aan (vertrek Schiphol Ned. Tijd 23.30 uur) Zijn naam: A met vrouw B.

Doel: vakantie

Overnachten: Hotel X

Vertrek: na ongeveer één week

Deze man is belangrijk voor ons. Ter informatie:

- Hij tennist altijd op ons jaarlijks tennistoernooi in C
- Zijn zoon zit ook in de GWW
- Hij is net een paar maanden opa/oma geworden
- We maken een werk voor hem: werk nabij
- Hij is van het bouwbuero Y en heeft kantoor op
- Hij is bezig met golflessen
- Duiken of snorkelen vindt hij leuk
- Z'n vrouw en hij tennissen graag

- Ze zijn +/- 4 jaar op Curaçao geweest

Waar denk ik aan:

- Auto beschikbaar stellen
- Hotelkosten voor hen betalen voor bv. 50%
- Tennisbaan regelen of wedstrijdje
- Afspraak maken voor duiken
- Golfbrevet voor hem kopen. Een zgn GVB. Als dit zou lukken en dat schijnt zo te zijn dat je dit op Curaçao kunt kopen dan blijft hij ons z'n leven dankbaar (als dit lukt koop er dan s.v.p. ook één voor mij)
- Werk bezichtigen
- Reisje naar Aruba/ Bonaire

Overige dingen kun jij beter bedenken dan ik. Als je aan het e.e.a. wat aandacht kan besteden dank ik je bij voorbaat. Pas er evenwel voor op dat je weer niet teveel aandacht geeft, want hij wil vakantie houden. Misschien kan je hem een fax sturen met jouw telefoonnummer etc.,

Groetend aan allen

X

Casus 5 Medewerkers van de bouwdienst RWS lieten door aannemers privéwerkzaamheden verrichten voor ongeveer 300 000 gulden. Deze werden voor rekening van RWS gebracht. Daarnaast zijn in opdracht van een RWS medewerker kosten tussen bestekken onderling verschreven. Daarbij is per saldo 400 000 gulden ten onrechte in rekening gebracht bij RWS. Verder is door een aannemer een ambtsjubileum aangeboden aan een betrokken ambtenaar voor een bedrag van 33 000 gulden. In deze zaak was ook het hoofd van de afdeling projectuitvoering regio X betrokken.

Casus 6 Regelmatig worden door medewerkers van X, een groot aanne-mingsbedrijf, kosten gemaakt bij diverse clubs in Amsterdam. Deze kosten worden gedeclareerd op projecten, onder meer bij oplevering. Uit onder-zoek komt naar voren dat er regelmatig grote sommen geld door de directeur van X worden opgenomen. Het zou hierbij gaan om «adviseurs-kosten» (kosten voor clubbezoek, restaurants etc). De post bedraagt jaarlijks tussen de 4 en 6 miljoen gulden. Regelmatig wordt na afloop van een werk in een restaurant gegeten met de opdrachtgevers. Soms zijn daaraan gekoppeld rekeningen voor clubbezoek. De directeur van X sponsorde verschillende ambtenaren bij o.a. zeilraces, hardlooppwedstrij-den en fietstochten. Een medewerker heeft aangegeven 2 maal 2 ambte-naren van RWS te hebben meegenomen op wintersport (1991 en 1996). Een van die ambtenaren (RWS) heeft van de directeur van X ook spullen afgeleverd gekregen in zijn tuin. Medewerkers van X zouden de tuin van de eerstgenoemde ambtenaar hebben omgespit en grond hebben afgele-verd. Een aantal medewerkers van X heeft verklaard met ambtenaren reizen te hebben gemaakt en (nacht)clubs te hebben bezocht. Verder is in een beperkt aantal gevallen vastgesteld dat er goederen t.b.v. een ambtenaar zijn aangeschaft. Zo verklaart een medewerker van X dat hij met enkele opdrachtgevers een uitwedstrijd van Ajax in Griekenland heeft bezocht. Ook zou een reis met opdrachtgevers naar een uitwedstrijd van Ajax in Italië zijn gemaakt. Op Schiphol zijn kadootjes voor de dames van de opdrachtgevers gekocht. Ook is een uitgave gedaan van f 3550 in het

restaurant van vliegveld Lelystad. Het betreft een afdelingsuitje voor RWS medewerkers dat op verzoek van RWS door de medewerker van X is georganiseerd. De kosten zijn volgens deze laatste wel doorbelast aan RWS. Dezelfde medewerker verklaart dat hij een korte vakantie in Italië heeft gehad met een opdrachtgever en met opdrachtgevers een club in Amsterdam heeft bezocht. Uit een gespreksverslag van een gesprek met de heer Y (acquisiteur) blijkt dat hij in september 1999 een weekend weg is geweest met de heren A, B en C, waarvan twee werkzaam zijn als ambtenaar bij gemeenten D en E. Uit ditzelfde verslag blijkt dat Y verder een reis naar Frankrijk heeft gemaakt met de heer F, hoofd kwaliteitsdienst van gemeente G. In 1996 zou Antwerpen zijn bezocht met 6 ambtenaren van de gemeente H. Volgens Y worden ambtenaren niet omgekocht, maar gaan ze wel mee naar restaurants en clubs. Dit heeft echter de bedoeling om bijv. de afrekening van het werk te vergemakkelijken.

Belangenverstrengeling en nevenfuncties

Een belangrijke schending van bestuurlijke integriteit is belangenverstrengeling en het uitoefenen van nevenfuncties. Er is een groot verschil met corruptie of fraude. Deze laatste integriteitsinbreuken zijn immers vormen van bestuurlijke criminaliteit en zijn nadrukkelijk strafbaar gesteld. Belangenverstrengeling en het uitoefenen van nevenfuncties betreffen daarentegen niet-criminele bestuurlijke regelovertradingen (zie hfdst. V.1.2). Zo verbiedt art. 61 ARAR nevenbetrekkingen en nevenwerkzaamheden indien deze schadelijk zijn voor de ambtelijke dienstvervulling of niet in overeenstemming zijn met het aanzien van het ambt. Niettemin kan het uitoefenen van een nevenfunctie leiden tot of samengaan met mogelijk corrupt gedrag, zoals uit enkele bovenstaande casus reeds blijkt. De volgende casus illustreert het hellend vlak tussen de beide vormen van bestuurlijk machtsbederf.

Casus 7 Dit betreft een zaak, die in 1999 is aangebracht. Vanaf de jaren '70 zijn alle systemen A van RWS geleverd door één bepaald bedrijf X. De verdachte ambtenaar runde in zijn vrije tijd op naam van zijn (zelf daarin niet actieve) echtgenote een bedrijf Y dat nauwe banden had met bedrijf X. Volgens verschillende facturen heeft bedrijf Y regelmatig voor advisering in rekening gebracht bij bedrijf X, zonder dat daaruit duidelijk blijkt of dit ook was voor RWS-projecten. De betrokken ambtenaar had ook nauwe banden met de directeur van bedrijf X. Na een moeizaam intern onderzoek, waarbij slechts met moeite bescheiden worden verkregen, komt min of meer vast te staan dat door manipulatie met technische specificaties werd bereikt dat bedrijf X alle systemen A mocht leveren en dat andere bedrijven uit de markt werden geweerd. Ook intern bij RWS bleken bij die specificaties, en vooral bij de mate van detaillering ervan, vraagtekens te zijn gezet, maar zonder dat daarop actie werd ondernomen. De sturende RWS-ambtenaar onderhield gedurende tal van jaren (1982/1994) via zijn bedrijf Y zakelijke contacten met de betreffende leverancier; hij had daartoe evident geen toestemming (al beweert hij van wel). De omschrijvingen op de door hem verzonden facturen zijn onjuist; volgens een getuige zou er in het geheel niets (in elk geval niet geoorloofd) voor zijn gepresteerd. De hoogte van de betalingen zijn onduidelijk; er zijn aanwijzingen dat meer dan f 100 000,- is betaald. Betrokkene blijkt van een andere relatie van RWS reeds lang aanzienlijke bedragen te ontvangen voor een «licentie» op een systeem B die mogelijk aan de Staat toekomt. Er is geen sluitend bewijs voor corruptie, maar betrokkene heeft de schijn sterk tegen zich. Deze casus is ook een typisch voorbeeld van een geval waarin intern onderzoek de kansen voor een strafrechtelijk onderzoek (op

zijn minst) sterk heeft doen verminderen. Het is onduidelijk wat verder is gebeurd. Het voorgenomen ontslag lijkt niet te zijn geëffectueerd toen betrokkene zich daartegen verzette. En passant bleek dat bij RWS dienstreizen soms op creatieve wijze werden gefinancierd.

Casus 8 Ambtenaar X heeft per 1 oktober 2000 zijn dienstverband met RWS gehalveerd, zonder hiervoor enige reden aan te geven. Uit onderzoek blijkt dat hij in de overige tijd een eigen bedrijf was begonnen. Van de zijde van RWS is toen nadrukkelijk aangegeven dat dit niet in strijd mocht zijn met het ambtenarenrecht (richtlijn nevenwerkzaamheden). Enige tijd daarna werd bekend dat ambtenaar X al vanaf september 2000 via een ander bedrijf als «adviseur» werd ingehuurd. Aan de ambtenaar werd aangegeven dat dit niet toelaatbaar is vanwege het risico van belangenverstrengeling. Ook werd bekend dat X een postbusnummer had op naam van RWS.

Verspilling

Casus 9 Enkele ambtenaren (waaronder toezichthouders en de assistent projectleider) hebben gedurende een werk van een aannemer bij RWS tijdens werkuren voor 28 000 gulden gegeten in restaurants op kosten van de aannemer. In het bestek was namelijk een artikel opgenomen dat erin voorzag dat de aannemer zou zorgdragen voor eten en drinken van de ambtenaren tijdens (nachtelijke) werkuren. Volgens de aannemer was hiermee echter slechts «een kop koffie en een broodje op de werkplek» bedoeld. Hiervoor was een onverrekenbare post directiebehoeften van 5000 gulden in het bestek opgenomen. De aannemer diende daarom een klacht in bij RWS. Binnen RWS is gehandeld in overeenstemming met de «aanschrijving behandeling onregelmatigheden». Door het onverrekenbare karakter van de post heeft RWS geen nadeel geleden. Er zijn in het onderzoek ook geen aanwijzingen gevonden dat de ambtenaren een tegenprestatie aan de aannemer zouden hebben geleverd. De betrokken ambtenaren zijn disciplinair gestraft door periodieke korting op de bezoldiging en strafoverplaatsing.

Private corruptie bij woningbouwcorporaties: het fenomeen van servicenetwerken

Het strafrechtelijk deel van ons onderzoek richt zich hoofdzakelijk op indicaties van aard en omvang van ambtelijke corruptie en aanverwante integriteitsschendingen, zoals smeren. Niettemin hebben we daarbij ook enkele private corruptiezaken (art. 328ter Sr) betrokken. Het gaat om dossiers waarin aannemers in contanten en natura aan medewerkers van woningcorporaties betalingen doen om opdrachten binnen te krijgen of om werk te behouden. Sleutelfiguren binnen aannemersbedrijven en wonincorporaties schuiven elkaar tersluiks voordelen toe, die buiten de belaste inkomens- en vermogenssfeer blijven. Dit wordt ook wel servicenetwerken genoemd.

Uit de hieronder beschreven casus kan worden afgeleid dat ook binnen de sector van de woningbouwcorporaties aanwijzingen zijn van endemische vormen van corrupt gedrag. In het bijzonder casus 10 maakt zichtbaar hoe aannemers in staat zijn om een duurzame corruptogene relatie uit te bouwen met *verschillende* over het land verspreide woningbouwcorporaties.

Casus 10 Door de Belastingdienst is begin 1999 een controle uitgevoerd bij het aannemersbedrijf X. Doel van deze controle was om vast te stellen of door X de afspraken werden nageleefd zoals die waren gemaakt tussen

X en de Belastingdienst met betrekking tot commissiegelden (betalingen aan personen, bedoeld om opdrachten binnen te krijgen). Deze afspraken behelzen onder meer dat betaalde commissiegelden integraal aftrekbaar zijn van de winst voor zover deze een bepaald niveau van de omzet niet overtreffen. Daarnaast werd overeengekomen dat de betalingen van commissiegelden administratief op een aparte grootboekrekening zouden worden geboekt waardoor de omvang alsmede de data van betalingen bekend zouden zijn. Ook werd overeengekomen dat de betalingen niet gericht zouden zijn aan ambtenaren.

De resultaten van de controle zijn aanleiding geweest voor de Belastingdienst/FIOD om aangifte te doen bij het Openbaar Ministerie terzake het vermoeden van ambtsmisdrijven, gepleegd door één of meer woningcorporaties. Het Openbaar Ministerie meende dat er geen sprake was van ambtsmisdrijven en heeft vervolgens besloten dat de FIOD een strafrechtelijk onderzoek tegen aannemersbedrijf X en haar leidinggevers zou instellen op basis van art. 225 Sr. Tijdens dit onderzoek rees tevens de verdenking van art. 328ter Sr (niet ambtelijke omkoping) gepleegd door directeurs/leidinggevers van X en medewerkers van diverse woningcorporaties. Vervolgens werd onder verantwoordelijkheid van het Openbaar Ministerie een afzonderlijk strafrechtelijk onderzoek ingesteld door de Rijksrecherche.

De resultaten van het strafrechtelijk onderzoek maken duidelijk dat het hier gaat om een endemische vorm van private corruptie. Door leidinggevenden van X werden in de periode 1996/1998 aan medewerkers (voornamelijk opzichters) van 8 verschillende woningstichtingen commissiegelden betaald in de vorm van contanten, natura en reizen. De betalingen in natura betreffen onder meer: het betalen van de huurprijs van een woning, het verbouwen en aanleveren van woningen, schilderwerk, het (voor)financieren van de aanleg van een tuin, de financiering van meubels, voetbalreisjes, het betalen van hotelovernachtingen en theatervoorstellingen.

Als aanwijzing van de omvang van betaling van contanten geven we hieronder een voorbeeld van een overzichtslijst van door X betaalde commissiegelden aan een opzichter van één van de woningcorporaties. Deze lijst geeft een representatief beeld van het type betalingen dat ook aan medewerkers van de andere betrokken woningcorporaties werd verricht, zowel wat de frequentie als de omvang van de betalingen betreft.

Overzichtslijst commissiegelden aan Y, medewerker van woningcorporatie Z

20 maart 1996	f 4 600
19 juni 1996	f 10 000
20 augustus 1996	f 2 000
31 december 1996	f 500
7 november 1997	f 3 500
14 augustus 1998	f 7 500
30 oktober 1998	f 16 000

De door X betaalde reizen (o.m. naar Gambia, Kenia, Israël en Italië) werden voor een belangrijk deel gemaakt door medewerkers van diverse woningcorporaties en hadden eerder tot doel het continueren van goede relaties, dan het verkrijgen van nieuwe opdrachten. Interessant is dat bij een enkele door X betaalde reis soms medewerkers van verschillende

woningcorporaties betrokken waren. Ook waren bij de financiering van enkele reizen andere aannemersbedrijven dan X betrokken. Dergelijke vaststellingen vormen een aanwijzing dat mogelijk sprake is van een corruptiegevoelige cultuur in de branche. In dat verband is van belang dat het hoofd van de administratie van X verklaarde dat het in hun branche gebruikelijk was dergelijke commissiegelden te betalen, zulks ter verkrijging van opdrachten. De directeur van het aannemersbedrijf betitelde het betalen van commissiegelden aan opdrachtgevers zelfs als noodzakelijk om opdrachten te verkrijgen. In het algemeen blijkt dat het bestuur en het hoger personeel van de woningcorporaties meestal niet op de hoogte zijn van de betalingen aan de medewerkers. Tevens blijkt dat de commissiebetalingen doorgaans plaatsvinden op de bouwplaats, in een woning of ergens anders, als het maar niet kon worden gezien door derden. De volgende (geparafraseerde) verklaring van de directeur van X verduidelijkt de wijze waarop het betalen van commissiegelden plaatsvond:

«Het is gebruikelijk dat in onze branche commissiegelden worden betaald. Al onze concurrenten doen dit ook. Het is gebruikelijk dat aan een opzichter van een woningstichting betalingen worden verricht, hetzij bij de oplevering van een werk, hetzij bij het aannemen van een werk. Gewoonlijk wordt aan het bestuur van een woningstichting geen commissie betaald. Door het betalen van deze commissies hebben wij veel werk binnengehaald (...). Het is ook gebruikelijk dat opzichters vragen om commissie of er in elk geval van uit gaan dat zij dat zullen krijgen (...). Er is geen vast systeem in de betaling van de commissiegelden. Je weet gewoon wie nog bepaalde bedragen krijgt en hoeveel hij heeft gekregen. Het is ook niet zo dat er een bepaald percentage van de aanneemsom of een vast bedrag per aangenomen werk wordt betaald. Het is per individu verschillend hoeveel er wordt betaald. Maar het is uiteraard wel zo dat er werkzaamheden voor de opdrachtgever tegenover moeten staan, onder het motto voor wat hoort wat. Ik weet dat andere bedrijven in onze branche ook commissiegelden betalen, en eigenlijk is niemand er gelukkig mee. Maar omdat het al zolang gebruikelijk is blijft het gewoon doorgaan.»

Uit verklaringen van medewerkers van de 8 woningcorporaties blijkt dat zij het bestaan van dergelijke praktijken ofwel ontkennen, ofwel eenvoudig rechtvaardigen door te stellen dat dit nu eenmaal praktijk is in de branche. Dat de ontvangen gelden in de vorm van contanten, natura of reisjes meestal niet zijn gemeld bij de werkgevers wordt door de meeste medewerkers verklaard door het feit dat het toch vooral zou gaan om privé-aangelegenheden.

Casus 11 Naar aanleiding van geruchten over problemen binnen woningcorporatie X, waarbij ook sprake zou zijn van fraude en private corruptie, en na overleg tussen de Inspectie Volkshuisvesting van het Ministerie van VROM en de interim-directie van de woningcorporatie, alsmede tussen de Inspectie Volkshuisvesting en de staatssecretaris van het Ministerie van VROM, werd een strafrechtelijk onderzoek ingesteld naar eventuele strafbare feiten binnen de woningbouwcorporatie. Tegelijkertijd werd in opdracht van de interim-directie door forensische accountants een intern accountantsonderzoek ingesteld. Uit beide onderzoeken blijkt dat valsheid in geschriften en private corruptie is gepleegd in de periode 1996/2001 door de directeur, het Hoofd Technische Dienst en de Chef Projectbureau van de woningbouwcorporatie. Een viertal aannemers en leveranciers waren bij deze praktijken rechtstreeks betrokken. Er zijn onregelmatigheden vastgesteld in de projectadministratie, variërend van twee inschrijvingen door één leverancier op een project, verschuivingen van kosten tussen projecten en ophoging van offertes van leveranciers. In de meeste

gevallen gebeurde dit op initiatief van de directie van de woningbouwcorporatie. Net als in de vorige casus bestonden de bevoordelingen in betalingen in contanten, natura en reisjes teneinde nieuwe opdrachten te verwerven of om werk te behouden. Zo werden verbouwingen verricht aan de privé-eigendommen van de leidinggevers, die ofwel om niet werden verricht of via projecten van de woningbouwcorporatie werden verrekend. De directeur heeft een stacaravan laten bouwen met behulp van aannemers die tevens vaste leverancier van de woningbouwcorporatie zijn. Enkele aannemers hebben met zekere regelmaat contanten verstrekt aan de medewerkers van de corporatie in opvolging van verzoeken daartoe. Zo gaf bijvoorbeeld één van de aannemers op verzoek van de directeur f 2000 contant ten behoeve van zijn verblijf in Hannover voor een bezoek aan EXPO 2000, en werd door een andere aannemer meerdere keren een contant bedrag gegeven (totaal f 30 000). Een enkele aannemer verklaart dat hij van een concurrent duidelijk had begrepen dat hij aan de heer Z (toenmalig Hoofd Technische Dienst) af en toe «geld moest toeschuiven» indien hij met de woningbouwcorporatie zaken wilden blijven doen. Ook werden clubbezoeken en reizen (o.m. naar Berlijn en Praag) die een (primaire) zakelijk karakter ontberen geregeld en gefinancierd door enkele aannemers. Over deze reizen werd door de directeur het volgende verklaard:

«Reizen die door aannemer Y werden georganiseerd, waren ook door hem geïnitieerd en pasten in het kader van het relatiebeheer en hadden dus een zakelijk karakter. Deze vorm van relatiebeheer was cultuur bij bedrijf Y en ook bij de woningbouwcorporatie, of het nu gaat om een werkbezoek aan een fabriek, een werkbezoek aan vestiging van Y, een werkbezoek aan een stad met een stadswandeling, vissen op zee met een gezelschap, een avond bowling met een gezelschap of anderszins.»

Een tweetal aannemers hebben daarnaast zaken (videocamera, diverse verlichting, een laptop) ingekocht en in hun grootboek verantwoord, ten behoeve van de directeur. Tenslotte werden door de directeur met de creditcard van de woningbouwcorporatie privé-uitgaven gedaan. Interessant in deze casus is niet alleen dat ook hier duidelijk sprake is van een niet-integere cultuur tussen opdrachtgever en opdrachtnemer, maar ook de besmettende werking die uitgaat van het slechte voorbeeld van de directeur op zijn naaste medewerkers. In deze zaak was sprake van een haast dictatoriale stijl van leidinggeven, waarbij zelfs directe opdrachten tot regelovertreding werden gegeven en geen tegenspraak werd geduld.

V.1.6 Oorzaken van en verklaringen voor corruptie

Hoewel dit strikt genomen buiten onze onderzoeksopdracht valt, bespreken we in deze paragraaf kort enkele door ons geconstateerde oorzaken en verklaringen van corruptie. Het mag dan lastig zijn om betrouwbare uitspraken te doen over de omvang van bouwgerelateerde corruptie, over de oorzaken kan wel het een en ander worden gemeld. Voor een goede preventieve en repressieve bestrijding van corruptie is het noodzakelijk te weten waarom dergelijk gedrag voorkomt en welke de risicovolle situaties zijn. Het lijkt daarom verstandig om de meest voorkomende oorzaken de revue te laten passeren.⁴²⁰

Eerst moet worden opgemerkt dat de soorten oorzaken die aan corruptie ten grondslag liggen in belangrijke mate afhangen van het type corruptie. Gaat het om een incidentele vorm van corruptie toegespitst op een individueel geval – de zogenaamde rotte appel – dan dient de verklaring

⁴²⁰ In het rapport van het deelproject Integriteit wordt aan de hier behandelde onderwerpen meer aandacht besteed.

hoofdzakelijk bij de persoonlijke voorgrond en motieven (hebzucht, machtsstreven, persoonlijke of zakelijke schulden, bijv. wegens gokverslaving) van de individuele dader zelf te worden gezocht.⁴²¹ Zelfs in de meest gezonde, transparante en goed functionerende bedrijven en overheidsorganisaties kan corruptie incidenteel voorkomen. In een dergelijk geval schiet de dader tekort in de identificatie met de organisatie en de waarden en normen waar die organisatie voor staat en in solidariteit met al diegenen die wel de regels respecteren.⁴²² Uit verschillende cases blijkt echter dat het te eenvoudig is om de verklaring uitsluitend bij de motieven van de individuele daders te zoeken. We hebben vastgesteld dat endemische vormen van corruptie en andere, daar dicht bij liggende, onregelmatigheden (zoals smeren) bepaald geen uitzondering zijn binnen de bouwnijverheid; daarbij spelen, naast het motief van de daders, andere factoren een cruciale rol. Uiteraard is ook bij dit soort corruptie het op illegale wijze bereiken van winstmaximalisatie, gemotiveerd door ongebreidelde concurrentie, prestatiedruk en overleving in de markt, een belangrijke oorzaak. Maar deze zuiver economische motieven geven geen volledige verklaring. Het is een te simpele voorstelling van zaken en het miskent de invloed van factoren als misorganisatie, mismangement en onverantwoord leiderschap (de afwezigheid van het goede inspirerende voorbeeld). Corruptie en andere vormen van machtsbederf kunnen slechts endemische vormen aannemen indien binnen de organisatie factoren (gelegenheden en mogelijkheden) bestaan die dat mogelijk maken, en wanneer de in de organisatie geaccepteerde «morele» normen te zwak zijn om het te verhinderen of te bestrijden. Er moet met ander woorden een *gelegenheidsstructuur* en een op moreel gebied gebrekkige of falende *organisatiecultuur* bestaan om endemische corruptie mogelijk te maken, vooral wanneer deze gedurende lange tijd tussen verschillende partijen kan voortbestaan.⁴²³ De dader mag dan wel de zwakste schakel zijn in de organisatieketen, endemische niet-incidentele corruptie laat vooral zien dat er iets mis is met de keten als geheel. Het gezegde «de gelegenheid maakt de dief» indachtig: wie de oorzaken van corruptie wil begrijpen, dient niet slechts eenzijdig te kijken naar incidentele schandalen, individuele daders en hun motieven, maar ook naar de meer structurele en organisatorische gelegenheden die corrupt gedrag mogelijk maken. Ook voor het formuleren van oplossingen is dit uitgangspunt van groot belang, want het mag dan misschien utopisch zijn om via allerlei instrumenten en regels iets aan de hebzuchtige motieven van mogelijke daders te veranderen, de gelegenheden die corruptie mogelijk maken – de zogenaamde corruptogene factoren – kan men wel doen afnemen. De laatste jaren zijn reeds, binnen het kader van het integriteitsbeleid, op verschillende niveaus van de overheidsorganisatie maatregelen genomen, van voorlichting tot en met verscherping van interne controle- en sanctiemechanismen, die gericht zijn op het doen verminderen van corruptogene factoren. Maar we hebben stellig de indruk dat veel nog voor verbetering vatbaar is.

⁴²¹ E. Niemeijer, «Corruptie: een kwestie van vertrouwen», in W. E. C. A. Valkenburg/A. A. G. J. M. de Weert (red.), *Corruptie. Verschijningsvormen, opsporing, bestrijding en voorkoming*, Lelystad 1998 p. 21.

⁴²² D. Ruimschotel, «Corruptie als combinatie van irreguliere bevoordeling en infaam verraad», *NJB* 1994 p. 1559.

⁴²³ Zie hierover ook hoofdstuk II van dit deelrapport waar vanuit de criminologie dieper op verschillende aspecten van organisatiecultuur en gelegenheidsstructuur wordt ingegaan.

Van de door ons vastgestelde oorzaken van corruptie is er een viertal dat geregeld in verschillende cases voorkwam: (1) Slechte taakverdeling en onvoldoende functieroulatie van functionarissen die in kwetsbare posities verkeren; (2) gebrekkige interne controle en toezicht; (3) te nauwe en vaak ondoorzichtige banden tussen de bouwnijverheid en overheidsfunctionarissen waardoor een vervaging ontstaat tussen private en publieke moraal; (4) een gebrek aan verantwoordelijkheid en organisatorische betrokkenheid in het leiderschap. Dit is geen limitatieve opsomming; en uit de meeste cases blijkt dat vooral een samenloop van verschillende factoren corruptie mogelijk maakt.

Slechte taakverdeling en onvoldoende functieroulatie

Een te grote handelingsvrijheid van ambtenaren en een te zware taakverdeling – te veel verantwoordelijkheid te lang bij één enkele functionaris – blijken corruptiegerelateerde gedragingen in de hand te werken. Een aanzienlijk aantal integriteitschendingen is in belangrijke mate te wijten aan onvoldoende functiescheiding. Vaak kan één ambtenaar zowel controleren, als beschikken en betalen. Illustratief is de volgende analyse door RWS van de omstandigheden waaronder binnen haar Bouwdienst corruptie kon plaatsvinden:

«De projectleider (de corrupte functionaris) kon zelfstandig het gehele traject regelen. Dit gebeurde hetzij door alles zelf te tekenen/paraferen, hetzij door te concipiëren, waarna ondertekening door een ander plaatsvond zonder voldoende kritische controle of toetsing. Ook daar waar interne contra-expertise werd uitgevoerd, vond overname van de toetsingscriteria van de projectleider plaats; hierdoor mondde de contra-expertise feitelijk uit in slechts een rekenkundige controle (...). In een aantal gevallen tekende de projectleider zowel voor de opdracht als voor de geleverde prestatie door de opdrachtnemer; dit is onaanvaardbaar. In andere gevallen, waar hij niet voor de opdracht tekende, was hij de facto opdrachtgever (...). Wij merken tevens op dat van derden medewerkers worden ingehuurd die in materiële zin met controlerende of beleidsuitvoerende functies zijn belast, terwijl deze derden tot het circuit van (potentiële) opdrachtnemers behoren.»

We stellen vast dat bepaalde overheidsdiensten weliswaar de intentie hebben om functiescheiding en functieroulatie te intensiveren, maar dat dit niet altijd lukt, omdat dit bijv. een deskundigheid vergt die moeilijk of soms zelfs helemaal niet te verwerven is. Functieroulatie wordt dan binnen de overheidsorganisatie waargenomen als een verlies aan efficiëntie en expertise.

Gebrekkige interne controle en toezicht

Een voor de hand liggende corruptogene factor is gebrekkige controle en toezicht op het functioneren van ambtenaren die een kwetsbare verantwoordelijkheid dragen in het aanbestedingsproces. Waar door een overheid het aanbestedingsbeleid te ruim is geformuleerd (en dit lijkt vooral bij lokale overheden voor te komen), zijn onvoldoende concrete aanknopingspunten voorhanden voor het maken van duidelijke keuzes ten aanzien van de aanbestedingsvorm. Criteria die voor een aanbesteding worden gebruikt zijn niet steeds op voorhand vastgelegd waardoor het risico optreedt dat de aanbesteding een arbitrair ad-hoc karakter krijgt. Dit gebrek aan transparantie bemoeilijkt uiteraard de controle en het vaststellen van niet-integer gedrag. Tevens kan worden vastgesteld dat waar geen voldoende formele vastlegging en onderbouwing van bepaalde handelingen en beslissingen in het aanbestedingsproces heeft plaatsgevonden, de aanbesteding nauwelijks op mogelijke onregelmatigheden te toetsen is. Dat een gebrek aan controle en toezicht een belangrijke corruptogene factor uitmaakt wordt voor een deel bevestigd doordat niet-integer gedrag vaak slechts «toevallig» aan het licht komt, bijv. wanneer een nieuwe directie de leiding overneemt

Te nauwe banden tussen overheid en bouwnijverheid: vervaging publieke en private moraal

Corruptogeen gedrag wordt vergemakkelijkt daar waar een weinig doorzichtige «cultuur van wederzijds begrip» is gegroeid tussen overheidsfunctionarissen en aannemers. Er ontstaan daarbij zodanig vriendschappelijke omgangsvormen – zowel in de werk- als in de privé sfeer – dat ambtenaren zich te veel identificeren met de ver van het

bestuurlijke rechtmatigheidsdenken verwijderde bedrijfscultuur van de bouwsector. Hierdoor ontstaat het risico dat ambtenaren als het ware «gecaptured» worden door – soms gewoon onoirbare – belangen van ondernemers en hun loyaliteit ten aanzien van de overheid uit het oog verliezen. We stellen dan ook vast dat in die overheidsorganisaties waar integriteitsschendingen meer dan incidenteel voorkomen, op het vlak van de uitvoering van aanbestedingsprocedures te weinig aandacht werd besteed aan de te volgen gedragsregels en omgangsvormen ten opzichte van leveranciers en aannemers, hoewel uit de praktijk blijkt dat deze fase veel integriteitsrisico's kent. Van belang is tevens dat een cultuur van «bijklassen» en het uitoefenen van bouwgerelateerde nevenfuncties door overheidsfunctionarissen, zoals het verlenen van technische adviezen en diensten, een gepaste kritische distantie tussen de functionaris en de bouwsector in gevaar brengt waardoor de vereiste onafhankelijkheid in het gedrang komt.

Afrekenen op onjuiste criteria

Te vaak behoort rechtmatigheid *de facto* niet tot de doelstellingen van onderdelen van de overheidsorganisatie; niemand zal die doelstelling ontkennen, maar de betrokken ambtenaren worden er niet op afgerekend. Zelfs de doelmatigheid ontbreekt soms als beoordelingsfactor. Dit is het geval wanneer kosten op zichzelf geen criterium zijn, doch slechts de vraag of men binnen zijn begroting is gebleven. De ambtenaar die opdracht heeft er voor te zorgen dat binnen een bepaalde periode voor niet meer dan een bepaald bedrag een brug wordt gebouwd, mist een zakelijke stimulans om dit werk zo goedkoop mogelijk te realiseren. Zijn belang gaat sterk samenvallen met dat van de aannemer: bouwen. Dit kan leiden tot collusie en daarmee ook tot corruptie (zie hfdst. II. 9).

De door ons onderzochte gevallen van bouwgerelateerde corruptie en andere integriteitsschendingen vestigen rechtstreeks de aandacht op de kwetsbaarheid van de verhouding tussen overheid en burger omdat het wijst op een toenemend conflict tussen het publiek en het privaat oirbare. Wat in de bouwsector privaat een deugd kan zijn (zoals het organiseren van dure reisjes en bordeelbezoeken) kan publiek een zonde zijn. Er treedt dan een vervaging op tussen de publieke moraal en de private commerciële moraal. De spanningen die de gecompliceerde en vaak moeizame interactie tussen de publieke sector en de private bouwsector oproept, leidt dan in de praktijk tot een uitholling van de klassieke grenzen van het publiek toelaatbare. Sommige functionarissen merken dan ook op dat een onduidelijke, hybride, zo niet «normloze» situatie ontstaat, een toestand waarvoor niet steeds juridische regels, noch gedragscodes bestaan en waarin een ethisch richtsnoer schijnt te ontbreken. Het lijkt ons echter weinig zinvol, en in ieder geval naast de kwestie, om klaagzangen aan te heffen over mogelijke «normvervaging» en het ontbreken van professionele moraliteit in (grote delen van) de ambtenarij. Door een samenstel van ontwikkelingen en tendensen is de ambtenaar, de klassieke belangeloze dienaar van de publieke taak, niet meer in de situatie dat hij veilig kan terugvallen in een voorgeschreven sociale rol. Dat heeft hij gemeen met de functionaris in het particulier bedrijfsleven en met de beoefenaren van de vrije beroepen. Overal schieten de «gedragscodes» als paddestoelen uit de grond. De cursussen over business ethics en integriteit beleven gouden tijden als nieuwe discipline. Door de grotere vrijheden die de ambtenaar tegenwoordig geniet, maar die hij ook noodgedwongen vanwege zijn vaak uiterst specialistische expertise moet gebruiken, heeft de betrekkelijk eenvoudige, afstandelijke rolvastheid waarvoor de Weberiaanse bureaucratietheorie model stond plaats gemaakt voor een

hoogst onzekere toestand. Enerzijds moet door de ambtenaar in vrijheid worden gehandeld en zijn de beslissingsmarges veel groter geworden, maar anderzijds worden zijn handel en wandel veel meer dan vroeger, in de eerste plaats door de pers, kritisch gevolgd en vaak nogal snel publiekelijk veroordeeld of tenminste (moreel) verdacht gemaakt. Ambtenaren worden, ook wanneer geen sprake is van officiële privatisering, tot op zekere hoogte ondernemer. Hierdoor gaat in het gehanteerde beslissingsmodel een andere logica een cruciale rol spelen dan de redelijk eenduidige loyaliteit met het algemeen belang en het respecteren van hiërarchie. Men moet met het bedrijfsleven wedijveren, met belangengroepen en lobbies compromissen bereiken. Het gevaar van «capturing» is dan voor de ambtenaar zeer reëel.

Gebrek aan verantwoordelijkheid en organisatorische betrokkenheid in het leiderschap

Een andere corruptogene factor is slecht leiderschap binnen de organisatie. Dit kan bestaan in een gebrek aan verantwoordelijkheidsbesef bij de leidinggevenden, onduidelijke communicatie tussen top en werkvloer, tegenstrijdige richtlijnen en afspraken (de bekende kloof tussen de papieren werkelijkheid en de feitelijke gang van zaken), te weinig betrokkenheid bij het oplossen van organisatorische knelpunten en een tekort aan solidariteit met het functioneren van (ondergeschikte) medewerkers, tot en met niet-integer gedrag van de leidinggevenden zelf. In het laatste geval doet een slecht voorbeeld uiteraard slecht volgen. In enkele dossiers stelden we zelfs vast dat er sprake is van een soort «hiërarchie van machtsbederf»: ondergeschikten die hun superieuren imiteren in corruptiegerelateerd gedrag, maar dan meestal op iets kleinere schaal.

Een klassieke vorm van gebrekkig leiderschap door het gedogen van normovertredingen blijkt uit het volgende (geparafraseerde) citaat uit een accountantsrapport, dat tevens demonstreert hoe verschillende factoren tezamen niet-integer gedrag kunnen bevorderen:

«Binnen de afdeling X is een geïnstitutionaliseerde verschrijfcultuur ontstaan; verschrijven en volschrijven was eerder regel dan uitzondering. Doordat niet is ingegrepen door de organisatie, *terwijl in de beleving van betrokkenen de kennis omtrent het verschrijven werd vermoed tot het hoogste niveau binnen de organisatie aanwezig te zijn, werd dit door de betrokkenen ervaren als impliciete sanctionering (gedogen)*. Het gebrek aan controle mogelijkheden, het gebrek aan controle en het verhullen van de verschrijvingen werkten geruchten, vermoedens en roddels in de hand omtrent vermeende persoonlijke bevoordelingen, samenhangend met de gelegenheden die de ontstane situatie daartoe bood (...) de beperkte functiescheidingen, de onduidelijkheden van en het gebrek aan een goede administratieve organisatie, het ontbreken aan betrouwbare gegevens, het gedwongen uitkleden van bestekken als gevolg van bezuinigingen en het late tijdstip van aanbesteding van bestekken heeft tot de onregelmatigheden geleid.»

Uiteraard speelt een gebrek aan organisatorische betrokkenheid van de leidinggevenden niet alleen binnen de overheid, maar ook binnen aannemersbedrijven een belangrijke rol bij het mogelijk maken van corruptie. Corruptie veronderstelt immers niet alleen een omgekochte functionaris, maar tevens een corrumperende medewerker binnen het aannemersbedrijf. De afwezigheid van duidelijke en ondubbelzinnige instructies, en een ondoorzichtige verantwoordelijkheidsverdeling scheppen al vlug een normvage en oncontroleerbare situatie. De

volgende verklaring van een leidinggevende van een aannemersbedrijf is illustratief:

«Het contact met de onderaannemers verliep via onze hoofdleveranciers of via de adjunct-directeur. Er zijn binnen ons bedrijf geen vaste afspraken over wie wanneer de contacten onderhoudt; de hoofdleverancier of de adjunct-directeur hoeft niet de persoon te zijn, die de contacten met onderaannemer en opdrachtgever blijft onderhouden (...). De contacten met Rijkswaterstaat werden hoofdzakelijk behartigd door X. Deze heeft met mij geen overleg gepleegd over zijn contacten. Ik heb nagenoeg geen enkele expliciete bemoeienis gehad met de contacten (...). De opdrachten aan bedrijf Y vallen onder de verantwoordelijkheid van een lager echelon binnen het bedrijf. Persoonlijk ken ik van bedrijf Y niemand (...). De gang van zaken rond orderbonnen wordt intern door iedereen binnen het bedrijf eigenlijk geregeld. Ik sluit het helemaal niet uit, dat ik ze heb geparafeerd, en die waren dan afkomstig van alle geledingen van het bedrijf. Hoe het precies is gestructureerd, weet ik niet. Het was juist ongestructureerd, en daarom hebben we een reorganisatie doorgevoerd. Waarom ik ze heb getekend, weet ik ook niet; misschien dat het voortvloeide uit mijn functie van algemeen directeur. Ik weet ook niet, wanneer die orderbonnen zijn ingevoerd. Hoe de feitelijke administratieve gang van zaken rond die orderbonnen is of was, dat weet ik allemaal niet (...). Ik vertrouwde er op, dat het wel goed zat, want de administratie bekeek die orderbonnen toch ook nog een keer, bij het betalen.»

V.2 Strafrechtelijke aanpak van corruptie

Het wetboek van strafrecht onderscheidt ambtelijke omkoping van niet-ambtelijke of private omkoping. De belangrijkste bepalingen omtrent ambtelijke omkoping zijn art. 362/364 en art. 177/178 Sr. De strafbaarheid van private omkoping, het omkopen van personen die anders dan als ambtenaren in dienstverband staan of als lasthebber optreden, is neergelegd in art. 328^{ter} en 328^{quater} Sr. De omkoping van rechters (art. 178 en 364 Sr) laten we hier buiten beschouwing, evenals de nagenoeg obsoleete, vooral op preventie gerichte, strafbepalingen in art. 376 en 377 Sr (deelneming van ambtenaren aan handel, aannemingen en leveranties),⁴²⁴ alsmede de delicten waarin omkoping kan overvloeien, zoals misbruik van ambtelijk gezag (art. 365 Sr), afpersing (art. 317 Sr) en afdreiging (art. 318 Sr).

Tot voor kort kreeg de wijze, waarop omkoping strafbaar is gesteld, noch in de strafrechtspraktijk noch bij de met regelgeving en beleid belaste functionarissen veel aandacht. Vervolging op grond van deze delicten kwam en komt slechts sporadisch voor. Hieruit mag echter geenszins worden afgeleid dat deze delicten dan ook weinig worden begaan. Een belangrijk probleem bij de bestrijding van corruptie is dat bedrijven en overheden niet graag aangifte doen van corruptie. Bovendien worden zelfs zaken die bewijsrechtelijk rond te krijgen zijn, niet altijd strafrechtelijk afgehandeld. Vaak wordt ermee volstaan de betrokken ambtenaar op grond van het ambtelijk tuchtrecht te sanctioneren. Desondanks is er sinds de jaren negentig een toegenomen aandacht voor de bestrijding van omkoping. In het crimineelpolitieke beleid heeft ook de strafrechtelijke bestrijding van fraude zich een prominentere plaats weten te verwerven. Internationale ontwikkelingen hebben de aandacht voor de strafrechtelijke bestrijding van corruptie verder aangewakkerd. Belangrijk is vooral het binnen de Raad van Europa tot stand gekomen Verdrag inzake de strafrechtelijke bestrijding van corruptie.⁴²⁵

⁴²⁴ Maar in België deed zich in de zeventiger jaren van de vorige eeuw op dit terrein nog een geruchtmakende affaire voor, het RTT-schandaal.

⁴²⁵ Straatsburg, 27 januari 1999.

Daarnaast zijn er het (eerste) Protocol bij de Overeenkomst aangaande de bescherming van de financiële belangen van de Europese Gemeenschappen van 27 september 1996, dat een verplichting bevat tot strafbaarstelling van ambtelijke corruptie, het te Parijs op 17 september 1997 in het kader van de OESO totstandgekomen Verdrag inzake de bestrijding van omkoping van buitenlandse overheidsfunctionarissen bij internationale zakelijke transacties, en de op 26 mei 1997 te Brussel totstandgekomen Overeenkomst, opgesteld op basis van art. K 3 lid 2 onder c van het Verdrag betreffende de Europese Unie, ter bestrijding van corruptie waarbij ambtenaren van de Europese Gemeenschappen en van de lidstaten van de Europese Unie betrokken zijn (de EU-corruptie-overeenkomst). Nederland heeft de goedkeuring van deze verdragen in twee tranches verdeeld. In de eerste tranche zijn het eerste Protocol bij de Fraudeovereenkomst en het OESO-verdrag door het parlement goedgekeurd, en in de tweede tranche de EU-corruptie-overeenkomst en het corruptie-verdrag van de Raad van Europa. Alleen de eerste tranche is gepaard gegaan met uitvoeringswetgeving, namelijk de «Wet herziening corruptiewetgeving».

De belangrijkste wijziging, die uit de verdragen voortvloeide, was de uitbreiding van de ambtelijke omkopingsbepalingen tot buitenlandse en internationale ambtenaren. De Wet herziening corruptiewetgeving⁴²⁶ ging echter verder dan een loutere implementatie van verdragsverplichtingen. De memorie van toelichting noemde nog een andere aanleiding voor wijziging van de omkopingsbepalingen, namelijk de behoefte die in de praktijk werd gevoeld aan een uitgebreider strafrechtelijk instrumentarium om corruptie aan te pakken. Het Wetboek van Strafrecht kent sindsdien een zestal strafbepalingen inzake ambtelijke omkoping (inclusief die van de hier verder buiten beschouwing gelaten rechtshandelingen). Drie daarvan betreffen de actieve kant van ambtelijke corruptie, waarbij de omkoper strafbaar is gesteld (art. 177, 177a en 178 Sr); de overige drie betreffen de passieve kant van ambtelijke corruptie, waarbij het gaat om de ambtenaar die zich laat omkopen (art. 362, 363 en 364 Sr).

Over het initiatief tot de omkoping zegt dit overigens niets; het kan goed zijn dat de ambtenaar (in de hierboven gebruikte terminologie de passieve zijde) als eerste om een gift vraagt. In de meest ernstige gevallen, waarin sprake is van corruptiepatronen (de ondernemers zijn gewoon om ambtenaren iets toe te stoppen, en die verwachten dat ook; endemische corruptie) valt omtrent het initiatief vrijwel nooit iets met zekerheid te zeggen; betrokkenen weten vaak niet eens meer hoe het allemaal is begonnen. Niet zelden delen zij mee «het systeem» van voorgangers te hebben overgenomen; zij hebben het zagezegd «geërfd». Het delict knevelarij (art. 366 Sr) ziet op een betrekkelijk onschuldige variant hiervan; het richt zich tegen «de ambtenaar die in de uitoefening van zijn bediening, als *verschuldigd* (...) vordert of ontvangt (...) hetgeen hij weet dat niet verschuldigd is». We laten het verder buiten beschouwing; wanneer het uit het wetboek werd geschrapt, zou niemand dat merken.

⁴²⁶ Wet van 13 december 2000, Stb. 616; voluit: Wet tot herziening van een aantal strafbepalingen betreffende ambtsmisdrijven in het Wetboek van Strafrecht alsmede aanpassing van enkele bepalingen van het Wetboek van Strafrecht, van artikel 51a van de Uitleveringswet en van de artikelen 67 en 67a van het Wetboek van Strafvordering in verband met de goedkeuring en uitvoering van enkele verdragen inzake de bestrijding van fraude en corruptie (herziening corruptiewetgeving). Zie *Kamerstukken II*, 26 469. De wetwijziging is in werking getreden op 1 februari 2001.

Schematisch kan de ambtelijke omkoping in een aantal (sub)typen worden verdeeld. Ten eerste moet worden onderscheiden tussen omkoping vooraf en omkoping achteraf. Vervolgens is er het onderscheid tussen omkoping van de ambtenaar ter zake van iets dat hij in zijn huidige functie zal doen of heeft gedaan en anderzijds omkoping ter zake van iets dat hij in een toekomstige dan wel vroegere ambtelijke functie zal doen of heeft gedaan. Tenslotte is er nog het onderscheid in omkoping waarbij wordt gehandeld in strijd met de ambtsplicht en omkoping waarbij niet in strijd met de ambtsplicht wordt gehandeld. Indien we voorts in aanmerking nemen dat van deze acht subtypen zowel een passieve als een actieve variant bestaat, zijn er 16 subtypen van ambtelijke omkoping. Bovendien kan elk van deze typen worden gepleegd door een Neder-

landse ambtenaar, een buitenlandse ambtenaar dan wel een ambtenaar in dienst van een volkenrechtelijke organisatie, zodat er in het totaal 48 typen van ambtelijke omkoping bestaan.

Als we bedenken dat vóór de wetwijziging de wet slechts vijf van deze 48 varianten strafbaar stelde, is duidelijk in welke mate het aantal strafbare vormen van omkoping is toegenomen.⁴²⁷ Overigens moet hieraan niet de conclusie worden verbonden dat het bereik van de corruptiebepalingen navenant is toegenomen; verschillende van de genoemde varianten dragen een efemeer karakter. Zo stelt art. 362 lid 1 onder 3e strafbaar hem «die een gift (...) vraagt *teneinde hem te bewegen* om, zonder daardoor in strijd met zijn plicht te handelen, in zijn bediening iets te doen»; wie kan zich daar iets bij voorstellen?

Daar het onderzoek naar (strafrechtelijke) onregelmatigheden in de bouwnijverheid zowel de periode vóór als na de inwerkingtreding van de Wet herziening corruptiewetgeving bestrijkt, bespreken wij in het navolgende per omkopingsbepaling eerst de oude strafbaarstelling, en lichten daarna de belangrijkste wijzigingen toe. Vervolgens zal de bruikbaarheid van de huidige wetgeving worden beoordeeld. Voor een helder begrip van de afzonderlijke strafbepalingen, dient echter eerst duidelijk te worden gemaakt wat sinds de Wet herziening corruptiewetgeving onder «ambtenaar» moet worden verstaan.

V.2.1 Het begrip «ambtenaar»

Het begrip «ambtenaar» heeft volgens de rechtspraak een materiële betekenis. Ambtenaar is niet alleen hij die krachtens een formele definitie (bijv. art. 1 Ambtenarenwet) de status van ambtenaar heeft. Ambtenaar is elke persoon die door het openbaar gezag is aangesteld tot een openbare betrekking om een deel van de taak van de staat of zijn organen te verrichten.⁴²⁸ De Hoge Raad heeft dit begrip nog verder verruimd door onder «ambtenaar» ook te begrijpen degene die onder toezicht en verantwoordelijkheid van de overheid is aangesteld in een functie waaraan een openbaar karakter niet kan worden ontzegd.⁴²⁹ Zo is ook een reclasseringswerker in dienst van een private reclasseringsinstelling te beschouwen als een «ambtenaar», daar reclassering ondanks de privatisering als verantwoordelijkheid van de overheid wordt aangemerkt.⁴³⁰

Buitenlandse en internationale ambtenaren

Bij de herzieningswet zijn met ambtenaar in de zin van de omkopingsbepalingen gelijkgesteld de personen in de openbare dienst van een vreemde staat of van een volkerenrechtelijke organisatie (zie voor de passieve ambtelijke omkoping art. 364a lid 1 Sr). De vraag of hiermee iedereen wordt gedekt die in het buitenland als ambtenaar wordt aangemerkt, kan hier terzijde worden gelaten.⁴³¹

Voormalige en toekomstige ambtenaren

De herzieningswet heeft aan het begrip ambtenaar ook een ruimer bereik in de tijd gegeven, doordat tevens omkoping is strafbaar gesteld voorafgaand aan of na afloop van de ambtelijke aanstelling waarin de tegenprestatie wordt of is geleverd. Sinds deze wijziging kan iemand worden gestraft wegens het aannemen of vragen van voordelen op het moment dat hij nog geen ambtenaar was of, belangrijker, op een moment dat aan zijn ambtelijke status reeds een einde is gekomen. Het laatste

⁴²⁷ J. F. L. Roording, «Corruptie in het Nederlandse strafrecht», *DD* 2002 p. 106/161, op p. 116.

⁴²⁸ Roording, o.c. p. 117.

⁴²⁹ HR 30 mei 1995, NJ 1995, 620 m. nt. 't H; HR 23 april 1996, NJ 1996, 513.

⁴³⁰ Roording, o.c. p. 117.

⁴³¹ Zie nader Roording, o.c. p. 119.

speelt ook bij wisseling in functie een rol (de gedeputeerde is inmiddels burgemeester geworden, e.t.q.).

Wie «in het vooruitzicht van een aanstelling als ambtenaar» een gift, belofte of dienst aanneemt of vraagt met het oog op een bepaalde ambtshandeling, is strafbaar (art. 362 lid 2 en 363 lid 2 Sr), evenals de voormalige ambtenaar die een voordeel aanneemt of vraagt voor in zijn vroegere functie gepleegde handelingen (art. 364a lid 2 Sr). De strafbaarheid van voormalige ambtenaren is gerechtvaardigd daar het vragen of aannemen van een voordeel in verband staat met daadwerkelijk, in de hoedanigheid van ambtenaar verrichte gedragingen. De wenselijkheid van strafbaarheid van toekomstige ambtenaren is daarentegen meer omstreden. Soms wordt betoogd dat het verband tussen de concrete handeling, bestaande in het vragen of aannemen van een gift, belofte of dienst, enerzijds en de beoogde ambtelijke tegenprestatie anderzijds, te los is. Uiteindelijk zou iemand worden gestraft voor een handeling waarvan het, op het moment dat ze wordt verricht, niet duidelijk is of ze het beschermde rechtsgoed (de ambtelijke integriteit) zal schaden, daar niet zeker is dat de betrokkene de status van ambtenaar zal krijgen en de beoogde tegenprestatie zal kunnen verrichten. Om enigszins aan deze – nogal theoretische – bezwaren tegemoet te komen, heeft men aan de strafbaarheid van de toekomstige ambtenaar twee beperkende voorwaarden gekoppeld.⁴³² Ten eerste moet de persoon op het moment van de feitelijke omkoping in het vooruitzicht van een ambtelijke aanstelling verkeren. Ten tweede moet de ambtelijke aanstelling ook daadwerkelijk zijn gevolgd. Het betreft dan een feitelijke omstandigheid die intreedt nadat de omkoping heeft plaatsgehad.

V.2.2 Passieve ambtelijke omkoping met schending van de ambtsplicht

Art. 363 Sr-oud stelde strafbaar de ambtenaar die een gift of belofte aanneemt terwijl hij weet dat die gift of belofte hem wordt gedaan in verband met een in zijn bediening verricht of nog te verrichten doen of nalaten, welk doen of nalaten bovendien in strijd is met zijn ambtsplicht. De voor strafbaarheid essentiële bestanddelen van deze delictsomschrijving zijn de volgende.

Gift of belofte

Allereerst moet er sprake zijn van een voordeel waardoor de ambtenaar wordt bewogen om een bepaalde prestatie ten gunste van de omkoper te verrichten. Dit voordeel werd in art. 363 Sr-oud omschreven als een «gift of belofte». Van een gift of een belofte is sprake als hetgeen wordt gegeven of beloofd voor de ambtenaar van waarde is. Een gift omvat volgens de Hoge Raad niet alleen een stoffelijk voordeel, maar bijvoorbeeld ook het accepteren van seksuele gunsten.⁴³³ De gift kan dus ook een «dienst» omvatten. De belofte wordt wel eens gezien als een uitgestelde gift of dienst;⁴³⁴ maar ook achteraf loze beloften vallen binnen het bereik van art. 363. De begunstiging kan via een tussenpersoon plaatsvinden. Het delict is pas voltooid met het aannemen van de gift of belofte – wat bij een belofte zonder hulp van de verdachte zelf nauwelijks vast te stellen is. Onder art. 363 Sr-oud was de ambtenaar niet strafbaar die alleen trachtte een gift of een belofte te verwerven onder de belofte of mededeling van een nog te verrichten of reeds verrichtte tegenprestatie. Zoals hierna blijkt, is sinds de inwerkingtreding van de herzieningswet dergelijk gedrag wel strafbaar.

Relatie tussen voordeel en tegenprestatie

De ambtenaar moet beseffen dat de gift of belofte verband houdt met een verricht of nog te verrichten doen of nalaten. Er moet een relatie bestaan tussen het door hem aangenomen voordeel en een doen of nalaten van zijn kant. De omkoper verschaft de ambtenaar immers een voordeel opdat

⁴³² E. Sikkema, «Over ambtelijke omkoping. Het wetsvoorstel herziening corruptiewetgeving», *DD* 2000, p. 891/911, op p. 898.

⁴³³ HR 31 mei 1994, NJ 1994, 673.

⁴³⁴ Roording, o.c. p. 120.

deze «iets» te zijnen gunste doet of nalaat (omkoping vooraf) dan wel ten gevolge of naar aanleiding van hetgeen de ambtenaar heeft gedaan of nagelaten (omkoping achteraf).

Het is niet noodzakelijk dat de ambtenaar onder *invloed* van de gift of belofte iets heeft gedaan of nagelaten; de relatie tussen het aangenomen voordeel en de tegenprestatie behoeft niet van dien aard te zijn dat een echt causaal verband aanwezig is. Het verband behoeft, anders gezegd, niet zo rechtstreeks te zijn dat het doen of nalaten van de ambtenaar de onmiddellijke oorzaak is van het door de ambtenaar ontvangen voordeel. Er moet «slechts» een aantoonbare relatie bestaan tussen het voordeel (gift of belofte) enerzijds en de tegenprestatie (het doen of nalaten) anderzijds.

De consequenties van deze eis worden soms geïllustreerd met het volgende voorbeeld: A meent dat ambtenaar B hem aan een vergunning zal kunnen helpen en stopt hem daarom iets toe; B meent dat A heel andere hulp van hem verwacht, en wil hem die ook geven; op de toekenning van vergunningen heeft hij geen invloed. Er zou dan van omkoping geen sprake zijn.⁴³⁵ Dat lijkt echter nog maar de vraag; er is immers wel degelijk een relatie met een (mogelijke) wederprestatie, er bestaat alleen misverstand over de aard daarvan.

Met de eis dat een verband bestaat tussen voordeel en tegenprestatie, heeft de wetgever willen voorkomen dat reeds het enkele «smeren» van de relatie tussen ambtenaar en (vermeende) omkoper, zonder concrete tegenprestatie van de ambtenaar, binnen het bereik van de strafwet zou komen. Deze constructie leidt – onbedoeld – tot een bewijsprobleem; vaak is er wel een relatie tussen voordeel en (mogelijke) tegenprestatie, maar valt die relatie niet aan te tonen.

Dat kan komen doordat de geveer niet onmiddellijk een tegenprestatie verlangt; de gift wordt «op de toekomst» gedaan. Veel vaker ontstaan de problemen doordat een vaste relatie bestaat tussen geveer en ontvanger, waarbinnen weliswaar een duidelijke ruilverhouding aanwezig is, maar geen aanwijsbaar verband bestaat tussen concrete giften en concrete wederprestaties. Zo treffen we in het onderzoeksmateriaal het geval aan van de ondernemer, die regelmatig kosteloze verbouwingen uitvoerde voor een ambtenaar, die hem in ruil opdrachten toespeelde. Op een ochtend wordt hij op kantoor door deze ambtenaar opgebeld met de mededeling, dat hij dringend verlegen zit om f 10 000,-; kan hij die misschien even komen brengen? Over terugbetaling wordt niet gesproken, en daarvan komt het dan ook niet. Een wederdienst wordt evenmin vermeld. Omkoping? Afzonderlijk beschouwd niet, maar wel wanneer een en ander wordt geplaatst binnen de context van de wederzijdse verhouding; er kan wel degelijk worden gezegd dat de gift van f 10 000,- in relatie staat tot het toespelen van opdrachten. Het bewijs daarvan is echter lastig.

Rechtens komen aan deze problematiek vaak (maar niet altijd!) tegemoet door in de tenlastelegging genoeg te nemen met betrekkelijk algemene omschrijvingen van de geboden tegenprestatie, zoals het verlenen «van een bevoorrechte positie» (bij gunning van opdrachten), het «begunsten ten opzichte van andere bedrijven», het «in de gelegenheid stellen om een goede naam te krijgen» (bij andere ambtenaren),⁴³⁶ of «het in stand houden en/of verbeteren van de zakelijke relatie» (tussen de omkoper en de overheidsdienst waarbij de omgekochte functionaris werkzaam is).⁴³⁷

⁴³⁵ Zo bijv. Roording, o.c. p. 122/123.

⁴³⁶ HR 13 oktober 1987, NJ 1988, 472; HR 16 maart 1999, NJ 1999, 370; HR 22 februari 2000, NJ 2000, 557. Zie ook Roording, o.c. p. 123.

⁴³⁷ Rb Breda 18 februari 2002, parketnr. 4094/99.

Handelen in strijd met de ambtsplicht

De wet onderscheidt tussen handelen in strijd met de ambtsplicht (art. 363 Sr) en handelen niet in strijd met de ambtsplicht (art. 362 Sr). Het verrichten van een onrechtmatige ambtelijke tegenprestatie werd dubbel

laakbaar geacht, wat tot uitdrukking komt in een hogere strafmaat. Hier ligt in theorie een fikse moeilijkheid. Handelen in strijd met zijn ambtsplicht wordt doorgaans vereenzelvigd met «onrechtmatig handelen».⁴³⁸ De vraag is nu of een ambtenaar, die over een «freies Ermessen» beschikt, in deze zin «onrechtmatig» handelt wanneer hij *binnen* zijn eigen beslissings- c.q. beoordelingsruimte de voorkeur geeft aan A boven B. Met zekerheid is dat alleen vast te stellen wanneer de keuze voor A volstrekt irrationeel was, of wanneer de verdachte zelf verklaart dat hij zonder steekpenningen anders zou hebben gehandeld. Toch moet de rechter daaromtrent, strikt genomen, een beslissing nemen: de twee mogelijkheden, «in strijd met zijn plicht» resp. «zonder in strijd met zijn plicht te handelen» (art. 363 resp. 362 Sr) sluiten elkaar uit, evenals dat het geval is bij plegen/medeplegen, bij helen en stelen, enz. De Hoge Raad laat hier gelukkig veel over aan de rechter over de feiten, zodat de soep in de praktijk minder heet wordt gegeten dan zij lijkt te worden opgediend. Zo werd in een tweetal arresten aanvaard dat de gunning van een opdracht aan een bedrijf dat steekpenningen had betaald, in strijd met de ambtsplicht was. Of er ook zonder deze steekpenningen objectieve redenen waren om het bedrijf de opdracht te gunnen, kwam niet aan de orde.⁴³⁹ Anderzijds liet de Hoge Raad een veroordeling van een ambtenaar in stand, die een volledig verzorgde reis naar Aruba had aangenomen, bedoeld om via hem goodwill aan te kweken bij de rest van het gemeente-apparaat, ofschoon het hof dit goodwill kweken als niet in strijd met de ambtsplicht had aangemerkt.⁴⁴⁰ De vraag rijst zelfs of het onderscheid tussen ambtsplichtstrijdig (art. 363 Sr) en niet-ambtsplichtstrijdig handelen (art. 362 Sr) nog praktisch belang heeft. Art. 363 Sr lijkt zo ruim te worden uitgelegd, dat voor art. 362 nauwelijks ruimte over is.⁴⁴¹ Ook in het corruptieverdrag van de Raad van Europa is bewust geen onderscheid gemaakt tussen beide vormen van ambtelijke omkoping.⁴⁴²

Het opzetvereiste

Naast een objectief aantoonbaar verband tussen het ontvangen voordeel en de tegenprestatie is aan de subjectieve kant van de delictsomschrijving vereist dat de ambtenaar een zeker verwijt ten aanzien van dit verband kan worden gemaakt. Art. 363 Sr-oud schreef opzet voor: van passieve omkoping was alleen sprake als de ambtenaar een gift of belofte aannam «wetende dat» zij hem gedaan werd ten einde hem te bewegen tot de tegenprestatie of ten gevolge of naar aanleiding van de tegenprestatie. Volgens de Hoge Raad betekende dit dat het doel van de gift of belofte aan de verdachte duidelijk moest zijn.⁴⁴³ Omstreden bleef of voor het bewijs van deze wetenschap voorwaardelijk opzet voldoende was. De meningen in de literatuur waren daarover verdeeld.⁴⁴⁴

De nieuwe wettelijke regeling poogde aan enkele – maar niet aan alle, en helaas juist niet aan de meest nijpende – problemen tegemoet te komen. Vooral werd bestaande jurisprudentie in wetgeving omgezet.⁴⁴⁵

Het verlenen van diensten

Aan «gift of belofte» is expliciet als derde omkopingsmiddel de dienst toegevoegd. Deze aanvulling moet de moeilijkheden het hoofd bieden die vroeger rezen bij de toekenning van voordelen als «snoepreises», het voor een «vriendenprijs» ter beschikking stellen van een vakantie-bungalow en het aanbieden van commissariaten. Ofschoon de rechter vaak bereid bleek om die als gift aan te merken, zat dat toch niet lekker. Door de dienst uitdrukkelijk als omkopingsmiddel te noemen, is het begrip gift zijn oorspronkelijke (taalkundige) betekenis van «materieel voordeel» teruggegeven.

⁴³⁸ Zo bijv. A. Minkenhof, «Art. 362 en 363 W.v.S.», *NJB* 1948 p. 753/755.

⁴³⁹ HR 22 september 1987, *NJ* 1988, 381 en HR 13 oktober 1987, *NJ* 1988, 472.

⁴⁴⁰ HR 22 februari 2000, *NJ* 2000, 557 m.nt. Sch.

⁴⁴¹ Zie ook Sikkema, o.c. p. 907/908.

⁴⁴² Toelichting RvE-verdrag, o.c., toelichting op art. 2, punt 39. Zie hierover Roording, o.c. p. 124.

⁴⁴³ HR 16 maart 1999, *NJ* 1999, 370.

⁴⁴⁴ H. J. B. Sackers/P.A.M. Mevis, «Omkoping», in H. J. B. Sackers/P.A.M. Mevis (red), *Fraudedelicten*, Studiepockets strafrecht dl. 21, Zwolle, 2e dr. 2000, p. 84/104, op p. 91.

⁴⁴⁵ De Wet herziening corruptiewetgeving voegde aan art. 363 Sr een derde lid toe, waarin een strafverzwaring (tot maximaal zes jaar gevangenisstraf) is voorzien voor ministers, staatssecretarissen, commissarissen van de Koningin, gedeputeerden, burgemeesters, wethouders en leden van een algemeen vertegenwoordigend orgaan.

Het vragen van voordelen

Nieuw is ook de strafbaarstelling van het «vragen» van een gift, belofte of dienst (art. 363 lid 1 onder 3 en 4 Sr). In dit geval ligt het initiatief dus niet bij de omkoper, maar bij de ambtenaar zelf. In de literatuur is er enige discussie of het vragen naar voordelen door de ambtenaar nog als omkoping kan worden beschouwd. De ambtenaar is immers al bij voorbaat «om». Volgens sommige auteurs zou dergelijk ambtelijk gedrag eerder als een vorm van knevelarij (art. 366 Sr) of als uitlokking van actieve omkoping moeten worden aangemerkt.⁴⁴⁶ Daartegen kan echter worden ingebracht dat in de praktijk omkopingsgedrag een zeer dynamisch gegeven is waarbij aanbieden en vragen elkaar afwisselen. Om die reden plaatsen ook de corruptieverdragen «vragen en aannemen» van voordelen onder één noemer.

Culpose omkoping

De wetgever heeft bij de herziening van de corruptiebepalingen de culpa in de wet opgenomen. Ook wanneer een ambtenaar een gift, belofte of dienst aanneemt «redelijkerwijs vermoedende» dat deze hem gedaan, verleend, of aangeboden wordt teneinde hem te bewegen om, dan wel ten gevolge of naar aanleiding van enz., is hij voortaan strafbaar. Men vond het wenselijk dat ook in gevallen van «verwijtbare of wellicht gefingeerde naïviteit» van de ambtenaar strafrechtelijk kan worden opgetreden. De nadruk mag worden gelegd op het laatste; de wens om bewijsproblemen te elimineren speelde een overheersende rol.

Gevolg is wel dat de wetgever verder gaat dan verdragsrechtelijk strikt genomen nodig is. De corruptieverdragen schrijven zonder uitzondering slechts de strafbaarstelling van omkoping met opzet van de ambtenaar voor. Bedacht moet echter worden dat zij anderzijds *effectieve* strafbepalingen vergen.

Door naast opzettelijke omkoping ook culpose omkoping strafbaar te stellen is de onduidelijkheid in de rechtspraak over de vereiste wetenschap bij de ambtenaar opgelost. Door de invoeging van «redelijkerwijs vermoedende» is de bewijslast verminderd, maar tevens de normstelling ten aanzien van de ambtenaar verzwaaard. Immers, strafbaar is nu ook het onzorgvuldig en onvoorzichtig omspringen met ontvangen giften, zonder zich voldoende te realiseren dat er een verband kan bestaan met de ambtsuitoefening.

V.2.3 Passieve ambtelijke omkoping zonder schending van de ambtsplicht

Art. 362 Sr-oud stelde strafbaar een ambtenaar die een gift of een belofte aanneemt, wetende dat zij hem gedaan wordt ten einde hem te bewegen om, zonder daardoor in strijd met zijn plicht te handelen, in zijn bediening iets te doen of na te laten. Het maximum van de vrijheidsstraf was aanzienlijk lager dan bij art. 363 Sr-oud: drie maanden versus vier jaar gevangenisstraf.

De voorwaarden van strafbaarheid zijn gelijk aan die van art. 363 lid 1 Sr-oud, met uiteraard dit verschil dat het hier gaat om een niet met de ambtsplicht strijdige tegenprestatie. Een belangrijk verschil met 363 Sr was daarentegen dat 362 Sr-oud de strafbaarheid van de ambtenaar beperkte tot *omkoping vooraf*, m.a.w. tot het aannemen van een voordeel *met het oog op* een in de toekomst nog plaats te vinden tegenprestatie. Omkoping achteraf ter zake van een niet- ambtsplichtstrijdige tegenprestatie was niet strafbaar. De wetgever beschouwde dit als het aannemen

⁴⁴⁶ Sikkema, o.c. p. 903/904.

van een fooi voor bewezen diensten, dat eventueel tuchtrechtelijk kon worden gesanctioneerd, maar welk misbruik «bezwaarlijk door de strafwet is te beteugelen.»⁴⁴⁷ Op dit punt is de wetgever bij de herziening van de corruptiewetgeving teruggekomen. Ook passieve omkoping achteraf ter zake van niet-ambtsplichtstrijdig handelen is nu strafbaar. Art. 362 en art. 363 Sr zijn dus in die zin gelijkgeschakeld. Het maximum van de vrijheidsstraf is bovendien verhoogd tot twee jaar gevangenisstraf.⁴⁴⁸

Strafbaarheid van omkoping achteraf

Waarom heeft de wetgever ervoor gekozen om ook in art. 362 Sr omkoping achteraf strafbaar te stellen (art. 362 lid 1 sub 2 en 4 Sr)? De voornaamste reden voor deze wijziging was dat een belofte vooraf vaak moeilijk te bewijzen zal zijn. Verder werd als argument aangevoerd dat ook de ambtenaar die wordt beloond *ten gevolge of naar aanleiding van* een handelen dat op zichzelf niet in strijd is met zijn ambtsplicht, in een kwetsbare en afhankelijke positie kan komen te verkeren, waardoor het risico van verdere afglijding en herhaling ontstaat.⁴⁴⁹ Tegen deze verruiming van art. 362 Sr is in de literatuur kritiek geuit. Zo merkt Doorenbos op, dat vanwege de nadelige bewijspositie van de ambtenaar die naar aanleiding van zijn plichtsvervulling wordt beloond, het inopportuun zou zijn dergelijke gedragingen strafbaar te stellen. Elke verdediging zou feitelijk onmogelijk worden gemaakt.⁴⁵⁰ Boek deelt deze opvatting: «Ik vraag mij af, wat er mis is met geven van materiële blijken van waardering, zelfs als dat geschiedt door het geven van waardevolle voorwerpen.»⁴⁵¹ Met andere woorden, de strafbaarstelling van omkoping achteraf in art. 362 Sr zou tot gevolg hebben, dat maatschappelijk geaccepteerde en niet wederrechtelijke gedragingen worden gecriminaliseerd. De vraag rijst of deze kritiek terecht is. Waarom zou verschil moeten bestaan tussen geschenken die voorafgaand aan een rechtmatige prestatie worden gegeven enerzijds, en ten gevolge of naar aanleiding van een dergelijke prestatie anderzijds? De strafwaardigheid is naar ons oordeel in beide gevallen gelijk, zolang er maar een aantoonbare relatie bestaat tussen het ontvangen voordeel en de geleverde prestatie. Bovendien kan worden herhaald dat het onderscheid tussen ambtsplichtstrijdig handelen en niet-ambtsplichtstrijdig handelen naar huidige maatstaven relatief is geworden. De gebezigde argumenten om ook in art. 362 Sr omkoping achteraf strafbaar te stellen, zijn dus wel degelijk valide. Dit laat onverlet dat de ambtenaar in bepaalde gevallen bewijstechnisch in een moeilijker positie komt te verkeren, vooral wanneer sprake is van een ontvangen voordeel «naar aanleiding van» een prestatie, wat een losser verband suggereert dan bij een voordeel aangenomen «ten gevolge van» een prestatie. Het gevaar van het bestanddeel «naar aanleiding van» is immers dat wanneer vaststaat dat een ambtenaar een voor de vermeende omkoper gunstige handeling heeft verricht en dat hij daarna van laatstgenoemde persoon een voordeel heeft verkregen, al snel een verband tussen beide zal worden aangenomen. De ambtenaar moet dan aannemelijk maken dat er géén relatie tussen beide bestaat, wat een moeilijke opgave is. Sommige auteurs hebben dan ook bepleit om het bestanddeel «naar aanleiding van» te schrappen bij de strafbaarstelling van omkoping achteraf.

Dienst als omkopingsmiddel, het vragen van voordelen en culpose omkoping

Net als in art. 363 Sr is ook in 362 Sr de dienst als afzonderlijk omkopingsmiddel genoemd, is het vragen van voordelen strafbaar gesteld (362 lid 1 sub 3 en 4) en is het schuldvereiste verruimd door naast opzet (weten-

⁴⁴⁷ H. J. Smidt, *Geschiedenis van het Wetboek van Strafrecht*, 2e dr. herzien door J. W. Smidt, dl. 3, Haarlem 1892, p. 68. Zie ook Roording, o.c. p. 125.

⁴⁴⁸ Ook is een strafverwaringsgrond voor bepaalde ambtsdragers toegevoegd (tot vier jaar gevangenisstraf).

⁴⁴⁹ *Kamerstukken II 1998/1999*, 26 469 nr. 3, p. 8.

⁴⁵⁰ D. R. Doorenbos, «Ambtelijke corruptie», *DD 1998* p. 344/364, op p. 358/359.

⁴⁵¹ J. M. Boek, «Strafbaarheid van ambtelijke corruptie», *NJB 1998* p. 1179/1184, op p. 1182/1183.

schap) ook culpa (redelijkerwijs vermoedende dat) in de delictomschrijving op te nemen.

V.2.4 Actieve ambtelijke omkoping

Ieder geval van passieve omkoping veronderstelt uiteraard een geval van actieve omkoping. Zo staat tegenover «de ambtenaar die een gift of belofte dan wel een dienst aanneemt, wetende of redelijkerwijs vermoedende dat deze hem gedaan, verleend of aangeboden wordt ten teneinde hem te bewegen om, in strijd met zijn plicht, in zijn bediening iets te doen of na te laten» (art. 363 lid 1 onder 1 Sr) de strafbaarstelling van hem «die een ambtenaar een gift of belofte doet dan wel een dienst verleent of aanbiedt met het oogmerk om hem te bewegen in zijn bediening, in strijd met zijn plicht, iets te doen of na te laten (art. 177 lid 1 onder 1 Sr).⁴⁵²

De Nederlandse wet heeft met de wijziging van de corruptiewetgeving een perfecte symmetrie gecreëerd tussen de passieve en actieve omkopingsbepalingen, in de zin dat thans actieve omkoping (vooraf en achteraf) niet alleen strafbaar is ter zake van ambtsplichtstrijdig handelen, maar ook ter zake van niet-ambtsplichtstrijdig handelen. Dit leidde tot het nieuwe art. 177a Sr, dat strafbaar stelt de actieve omkoping (vooraf en achteraf) ter zake van handelen van de ambtenaar dat niet in strijd is met zijn plicht. Daarnaast heeft de symmetrische benadering geleid tot opheffing van het verschil in strafmaat tussen passieve en actieve omkoping: op art. 177 Sr staat nu een maximumgevangenisstraf van vier jaren (voorheen twee jaren), hetgeen ook voor de toepassing van dwangmiddelen (zoals voorlopige hechtenis) van belang is. Ook art. 362 en art. 177a Sr kennen eenzelfde strafmaat: een maximum van twee jaren gevangenisstraf. Wat de voorwaarden van strafbaarheid van de actieve omkoping betreft kan worden verwezen naar wat bij de bespreking van de passieve omkoping is opgemerkt over de ambtelijke tegenprestatie en de relatie tot het voordeel.

V.2.5 Private omkoping

Art. 328ter Sr richt zich op de omkoping van anderen dan ambtenaren. Deze strafbepaling is met de herziening van de corruptiewetgeving ongewijzigd gebleven. Het toepassingsgebied is beperkt tot omkoping van burgers die in een civielrechtelijke dienstbetrekking staan of als lasthebber optreden. Het te beschermen rechtsgoed is volgens de wetgever in de eerste plaats «de zuiverheid van de dienstbetrekking». De strafbaarstelling richt zich primair op misbruik van vertrouwensposities binnen particuliere ondernemingen, en niet op de bescherming van meer algemene maatschappelijke belangen zoals eerlijke mededinging of normbesef. Dit uitgangspunt verklaart, waarom niet het aannemen of aanbieden van een voordeel in ruil voor een tegenprestatie bepalend is voor strafbaarheid, maar de verzwijging van het aangenomen voordeel tegenover de werkgever of lastgever.⁴⁵³ Kernachtig uitgedrukt: niet de omkoping, maar de verzwijging is hier strafbaar. De vraag rees of dit nog wel in overeenstemming is met de internationale verplichtingen, vooral die krachtens het corruptieverdrag van de Raad van Europa. Dit verdrag vergt een strafbaarstelling van private corruptie die aanzienlijk verder lijkt te gaan dan de Nederlandse:

⁴⁵² Roording, o.c. p. 133.

⁴⁵³ H. de Doelder («Enige opmerkingen over art. 328 ter SR», in *Strafrecht in balans. Opstellen over strafrecht aangeboden aan A.C. Geurts*, Arnhem 1983, p. 15/21, op p. 19) stelt het ten onrechte voor alsof de verzwijging een bijkomende voorwaarde voor strafbaarheid vormt. Zie ook Roording, o.c. p. 109 en 140.

«ledere Partij neemt de wetgevende en andere maatregelen die nodig blijken te zijn om overeenkomstig haar interne recht als strafbaar feit aan te merken, wanneer opzettelijk gepleegd, in het kader van zakelijke activiteiten, het vragen of ontvangen, rechtstreeks of indirect, door een ieder die leiding geeft aan of werkt voor een eenheid in de particuliere sector, van elk onverschuldigd voordeel, of het aannemen van het aanbod of de belofte daarvan, voor hem zelf of voor iemand anders, om een handeling te verrichten of na te laten in strijd met zijn plichten» (art. 8).

Volgens de toelichting op het verdrag moet de bestrijding van private omkoping niet alleen de vertrouwensrelatie tussen werkgever en werknemer beschermen, maar ook de eerlijke mededinging. De considerans van het in het kader van de Raad van de Europese Unie totstandgekomen Gemeenschappelijk optreden inzake corruptie in de privé-sector beklemt ook eveneens dat private omkoping de eerlijke concurrentie benadeelt, en het beginsel van open en vrije markten en in het bijzonder de goede werking van de interne markt aantast. Toch werd door de regering verdedigd dat het Nederlandse art. 328ter Sr voldoet aan de verdragsverplichtingen.⁴⁵⁴ Voor de vervolgingspraktijk leidt dit tot praktische bezwaren, die het vrijwel onmogelijk maken dit artikel toe te passen. Het belangrijkste probleem is dat slechts kan worden vervolgd indien de werkgever/lastgever niet op de hoogte was van de aangenomen gift of belofte. In een onderneming waarin het aannemen van giften van derden, zoals leveranciers, normaal is en door de leiding (stilzwijgend) wordt geaccepteerd, blijven de werknemers buiten schot, al schaadt hun gedrag de eerlijke concurrentie. Ook is het mogelijk dat de leiding pas achteraf, bij het uitkomen van omkoping, op de hoogte raakt van het aangenomen voordeel en dit nooit zou hebben goedgekeurd, maar niettemin kiest voor interne afhandeling, uit vrees dat een strafvervolging van de betrokken werknemer het imago van de onderneming zal schaden. Door te stellen dat men reeds vooraf op de hoogte was van het aangenomen voordeel, of dit zelfs maar in het midden te laten, kan men een vervolging voorkomen. Met andere woorden, een succesvolle toepassing van art. 328ter Sr is in de eerste plaats afhankelijk van het belang dat de betrokken onderneming daar zelf aan toekent, en niet van algemene belangen zoals de mogelijke schade bij concurrenten.

Door het OM is een ander bezwaar tegen art. 328ter Sr aangevoerd, namelijk dat zij die in de privé-sector werkzaam zijn, maar niemand boven zich hebben, buiten bereik van de strafbepaling vallen en zich dus ongestraft kunnen laten omkopen. Door het proces van privatisering van overheidsdiensten zouden steeds meer functionarissen – zoals directeuren van pensioenfondsen en woningbouwverenigingen – buiten schot blijven.⁴⁵⁵ De meeste directeuren in ondernemingen hebben echter een arbeidsovereenkomst en zijn dus formeel werknemer in de zin van art. 328ter Sr. Daarnaast is een zo een ruime interpretatie van de begrippen werkgever en lastgever mogelijk, dat daaronder ook de instantie valt tegenover welke men verantwoording schuldig is voor zijn werkzaamheden, zoals een aandeelhoudersvergadering of het bestuur van een stichting. Zo bekeken, valt alleen hij die volstrekt eigen baas is en een gift of een belofte accepteert, zonder dat sprake is van een hem door een derde opgedragen werkzaamheid, buiten de werking van art. 328ter Sr.⁴⁵⁶

Passieve private omkoping

Het eerste lid van art. 328ter Sr stelt de passieve vorm van private omkoping strafbaar in de persoon van hem «die anders dan als ambtenaar, werkzaam zijnde in dienstbetrekking of optredend als lasthebber, naar aanleiding van hetgeen hij in zijn betrekking of bij de

⁴⁵⁴ Kamerstukken II, 27 509 (R 1671) nr. 3 p. 16/17.

⁴⁵⁵ Roording, o.c. p. 146.

⁴⁵⁶ Roording, o.c. p. 147.

uitvoering van zijn last heeft gedaan of nagelaten dan wel zal doen of nalaten, een gift of belofte aanneemt en dit aannemen in strijd met de goede trouw verzwijgt tegenover zijn werkgever of lastgever.»

Zoals gezegd, is de kern van deze strafbepaling niet dat de betrokkene zich laat bevoordelen, maar dat hij dit voordeel verzwijgt tegenover de werkgever of lastgever. Centraal staat de onrechtmatigheid die de omgekochte begaat jegens zijn werkgever of lastgever. Het verzwijgen is evenwel slechts strafbaar indien dit in strijd is met de goede trouw. Dit bestanddeel ziet erop toe te voorkomen dat het geven en aannemen binnen een bedrijfstak van de gebruikelijke geschenken onder het bereik van de strafwet vallen. Daarbij gaat het niet om de subjectieve goede trouw, maar om de objectieve goede trouw. De verzwijging moet naar objectieve, aan erkende handelsgebruiken te ontleen maatstaven onrechtmatig zijn. Ook integriteitscodes, die binnen bedrijven worden opgesteld, zijn bruikbare maatstaven ter beoordeling van de schending van de goede trouw. Bij gereede twijfel dienaangaande dient de ondergeschikte zijn bovengeschiede te raadplegen. In die zin is ook een culpoos (uit onachtzaamheid) in strijd met de goede trouw verzwijgen strafbaar.⁴⁵⁷

Voor strafbaarheid van omkoper en omgekochte is niet vereist dat de omkoping is voltooid in de zin dat de omgekochte inderdaad door gift of belofte is bewogen een bepaalde prestatie te leveren. De bestanddelen «naar aanleiding van» drukken slechts een zeer vaag verband uit. Het volstaat dat de omkoper aan de omgekochte giften doet om zijn zakelijke relatie met de werkgever van de omgekochte in stand te houden of te verbeteren terwijl de omgekochte daarop invloed had en dit moet hebben begrepen.⁴⁵⁸ De prestatie moet, met andere woorden, de oorzaak zijn geweest van de gift of belofte. Voor strafbaarheid is niet vereist dat de werkgever of lastgever daadwerkelijk schade is toegebracht.

Actieve private omkoping

Art. 328^{ter} lid 2 Sr stelt strafbaar «hij die aan iemand die, anders dan als ambtenaar, werkzaam is in dienstbetrekking of optreedt als lasthebber, naar aanleiding van hetgeen deze in zijn betrekking of bij de uitvoering van zijn last heeft gedaan of nagelaten dan wel zal doen of nalaten, een gift of belofte doet van die aard of onder zodanige omstandigheden, dat hij redelijkerwijs moet aannemen dat deze de gift of belofte in strijd met de goede trouw zal verzwijgen tegenover zijn werkgever of lastgever», kortom: de actieve vorm van private omkoping.

Voor strafbaarheid van de omkoper is vereist dat de verdachte ten minste *culpa* had (redelijkerwijs moeten aannemen) met betrekking tot de verzwijging van de gift of belofte door de omgekochte tegenover zijn werkgever of lastgever. Het is niet noodzakelijk dat de werknemer of lasthebber de gift of belofte daadwerkelijk heeft verzwegen; relevant is slechts wat de omkoper objectief gezien moest verwachten met betrekking tot het stilzwijgen. Het is evenmin nodig dat de omkoper wist dat de omgekochte de gift of belofte zou verzwijgen.

Art. 328 quater

De privatisering van de PTT leidde er toe dat functionarissen van deze dienst niet langer onder het bereik vielen van de strafbepalingen tegen ambtelijke corruptie. De wetgever vond echter dat art. 328^{ter} onvoldoende bescherming bood tegen onregelmatigheden; hij wenste de omkoping van deze functionarissen zelf te bestraffen, niet louter de *verzwijging* van omkoping, en hij wenste een veel hogere strafmaat. Daartoe werd art.

⁴⁵⁷ Vgl. Roording, o.c. p. 141.

⁴⁵⁸ Sackers/Mevis, o.c. p. 99; HR 16 januari 1990, *DD* 90197.

328^{quater} ingevoerd, een mengvorm van art. 328^{ter} en de oude versie van art. 363, met dezelfde strafpositie als laatstgenoemd artikel. Het beperkt zich overigens tot omkoping in verband met de wettelijke plicht tot het verstrekken van inlichtingen betreffende telecommunicatie aan de ambtenaren van de justitie of politie, dan wel het verlenen van medewerking aan het aftappen of opnemen van telecommunicatie. Dat ten aanzien van deze functionarissen geen genoegen kon worden genomen met art. 328^{ter} is begrijpelijk; dat niet alle vernieuwingen van art. 363 zijn overgenomen, zal op slordigheid berusten. Heel wat minder gemakkelijk is in te zien waarom *alleen* deze functionarissen aan een zwaarder strafregime zijn onderworpen.

V.2.6 Voorstellen tot verdere verruiming van de strafbaarstellingen

De kern van de (vroegere en huidige) strafbaarstelling van omkoping vormt de relatie tussen een bepaald voordeel afkomstig van de omkoper en een bepaalde (tegen)prestatie van de omgekochte of om te kopen persoon. Zonder deze relatie is er geen (strafbare) omkoping. Naar de huidige stand van het recht is het enkele «smeren» van de relatie tussen ambtenaar en (vermeende) omkoper niet strafbaar. Niettemin is dit «smeren» een voor de bestuurlijke integriteit risicovolle, en bovendien laakbare gedraging. Recentelijk is dan ook een aantal voorstellen gedaan om ook louter «smeren» strafbaar te stellen. Hoewel deze voorstellen niet door de Nederlandse wetgever zijn overgenomen, worden zij hier toch besproken, omdat de onderzochte dossiers doen vermoeden dat juist deze vorm van smeren nogal eens voorkomt. Het meest problematisch is misschien nog wel, dat velen daar kennelijk weinig kwaad in zien.

Een ambtenaar van Rijkswaterstaat die bij een jubileum een feest kreeg aangeboden, verklaarde: «Ik had nooit gedacht dat zij (de aannemers) een zodanig bedrag voor mij zouden uitgeven (zo'n f 80,- per gast). Ik heb er echter niet over gedacht om daar naderhand actie op te ondernemen».

Het aannemen van gunsten door ambtenaren

Een initiatief-wetsvoorstel «tot wijziging van een aantal bepalingen betreffende ambtsmisdrijven in het Wetboek van Strafrecht, alsmede in verband daarmee wijziging van het Wetboek van Strafvordering»⁴⁵⁹ beoogde te komen tot een nieuw art. 361a Sr, dat het enkele aannemen van ongeoorloofde gunsten zonder tegenprestatie strafbaar zou stellen:

«De ambtenaar die een gift, belofte of dienst van enige betekenis aanneemt, terwijl hij weet of redelijkerwijs heeft moeten vermoeden dat die gift, belofte of dienst hem in zijn hoedanigheid van ambtenaar werd gedaan, wordt als schuldig aan het als ambtenaar aannemen van ongeoorloofde gunsten gestraft met gevangenisstraf van ten hoogste een jaar of geldboete van de vijfde categorie.»

De actieve variant, waarbij ook de begunstiger strafbaar zou zijn, werd niet voorgesteld. Als belangrijkste motivering van dit voorstel werd aangevoerd, dat de bewijsmoeilijkheden de toepassing van de bestaande corruptiebepalingen vrijwel onmogelijk maken. Vaak is het niet mogelijk de vereiste band tussen voordeel en tegenprestatie aan te tonen. Door deze band als voorwaarde van strafbaarheid los te laten, zou het makkelijker moeten zijn ambtelijke corruptie te bestrijden. In hun toelichting merkten de voorstellers evenwel op dat niet iedere begunstiging strafbaar zou moeten zijn. Zogenaamde bagatelgunsten (het

⁴⁵⁹ Door de Kamerleden Van Oven en Van Heemst (beiden PvdA), op 16 april 1998, dus ruim voor het regeringsvoorstel tot herziening van de corruptiewetgeving.

aannemen van een consumptie of een bos bloemen) zouden niet onder het bereik van de voorgestelde bepaling vallen, en evenmin gunsten die de ambtenaar in privé ontvangt en die niets te maken hebben met zijn ambtelijke status of de uitoefening van zijn ambtelijke werkzaamheden. Het ging de voorstellers om gunsten die ongeoorloofd zijn, in de zin dat de ambtenaar door de aanvaarding ervan, naar objectieve maatstaven gemeten, in de uitoefening van zijn functie wordt beperkt.

Tegen dit voorstel is aangevoerd dat het op gespannen voet stond met het legaliteitsbeginsel en meer in bijzonder met het vereiste dat de strafbaarstelling zodanig duidelijk moet zijn, dat het voor de burger mogelijk is zijn gedrag daarop af te stemmen (*lex certa*).⁴⁶⁰ De delictomschrijving zou niet duidelijk maken welk gedrag precies strafbaar gedrag is en welk niet.

Roording merkte op dat de strafbaarstellingen van corrupt gedrag gerechtvaardigd moet worden door de gevaarstelling voor het beschermde rechtsgoed, het publieke vertrouwen in het ambtelijk apparaat.⁴⁶¹ Die gevaarstelling zou niet of nauwelijks aanwezig zijn bij het enkele aannemen van ongeoorloofde gunsten, terwijl ook de moeilijkheden, die optreden bij het bewijs van de relatie tussen voordeel en wederdienst, een zo vergaande ingreep niet zouden rechtvaardigen. Hierover valt echter te twisten.

Veel wezenlijker achten wij het bezwaar dat het – ook in de ogen van de indieners niet strafwaardige – aannemen van bagatelgunsten naar de letter binnen de voorgestelde strafbepaling viel. Wie bepaalt dan wat als bagatel moet worden aangemerkt?

Ongeoorloofde beïnvloeding

Het corruptieverdrag van de Raad van Europa wil nog een andere vorm van «smeren» van relaties met ambtenaren, zonder een concrete tegenprestatie, strafbaar stellen. Het betreft de *trading in influence* of ongeoorloofde beïnvloeding. Het verdrag omschrijft de actieve vorm van deze ongeoorloofde beïnvloeding als volgt:

«wanneer opzettelijk gepleegd, het beloven, aanbieden of geven, rechtstreeks of onrechtstreeks, van elk onverschuldigd voordeel als beloning, aan enige persoon die beweert of bevestigt in staat te zijn invloed uit te oefenen op de besluitvorming door een van de personen, bedoeld in de artikelen 2, 4 tot en met 6 en 9 tot en met 11, ongeacht of het onverschuldigde voordeel voor hem zelf is of voor iemand anders, (...) ongeacht of de invloed al dan niet is uitgeoefend dan wel of de veronderstelde beïnvloeding al dan niet leidt tot het beoogde resultaat»⁴⁶² (art. 12).

Ook de passieve vorm moet volgens art. 12 strafbaar zijn. Doel is de bestrijding van de zogenaamde *background corruption*. Daarmee wordt bedoeld «gedrag van (echt of vermeend) invloedrijke personen in de buurt van de ambtenaar, die hun positie misbruiken om er zelf beter van te worden. Zij doen dit door aan een derde, in ruil voor een voordeel, te beloven dat zij ten behoeve van die derde hun invloed op de ambtenaar zullen uitoefenen.»⁴⁶³ Er is dus sprake van een driehoeksverhouding: er is de persoon die beweert invloed te kunnen uitoefenen op de ambtelijke besluitvorming (de «influence peddler»), er is de persoon die van deze invloed wil gebruik maken en daarvoor wil betalen en er is tenslotte de te beïnvloeden ambtenaar. Volgens art. 12 zijn de influence peddler en degene die voor de invloed betaalt, strafbaar ongeacht of de eerste daadwerkelijk en met resultaat invloed heeft uitgeoefend op de ambtenaar. Wel moet de beïnvloeding van de influence peddler «improper», ongeoorloofd, zijn.⁴⁶⁴ Dit betekent dat er sprake moet zijn van een

⁴⁶⁰ Zie Th. A. de Roos, *Strafbaarstelling van economische delicten. Een crimineel-politieke studie*, Arnhem 1987.

⁴⁶¹ Roording, o.c. p. 152.

⁴⁶² Met de verwijzing naar «de personen, bedoeld in de artikelen 2, 4 tot en met 6 en 9 tot en met 11» zijn bedoeld de (nationale, buitenlandse en internationale) ambtenaren en daarmee gelijk te stellen overheidsfunctionarissen zoals rechters en parlementariërs die onderwerp zijn van de ambtelijke omkopingsbepalingen. Roording, o.c. p. 153.

⁴⁶³ Roording, o.c. p. 154. Zie RvE-verdrag, toelichting op art. 12, punt 64 e.v.

⁴⁶⁴ Dit bestanddeel komt echter alleen in de Engelse tekst voor.

corrupte bedoeling van de influence peddler, zodat geoorloofde vormen van lobbying buiten het bereik van de strafbepaling blijven.

Tegen dit art. 12 kan eenzelfde kritiek worden geuit als tegen het door Van Oven en Van Heemst voorgestelde art. 361a Sr: als delictomschrijving is de gegeven formule wel erg ruim (maar als zodanig is zij vermoedelijk ook niet bedoeld). Daarnaast rijst ook hier de vraag of er wel voldoende rechtvaardiging is om dergelijk gedrag strafbaar te stellen. Is hier al sprake van aantasting of gevaarzetting van het te beschermen rechtsgoed, de bestuurlijke integriteit? Men kan daarover zo zijn twijfels hebben.

Nederland wilde art. 12 niet uitvoeren; het maakte bij het verdrag een dienovereenkomstig voorbehoud.⁴⁶⁵ Het lijkt desondanks de moeite waard om eens na te gaan hoe de andere verdragspartners de verplichting uit art. 12 in wetgeving hebben omgezet.

V.2.7 Inventarisatie van knelpunten en enkele aanbevelingen

Uit het voorgaande zal duidelijk zijn geworden dat de herziening van de corruptiewetgeving niet alle moeilijkheden heeft opgelost; aan de private corruptie is zij zelfs geheel voorbijgegaan. Voordat wij ingaan op de mogelijkheden tot (verdere) verbetering, zijn enkele algemene opmerkingen op hun plaats.

Het eerste doel van het strafrecht is het bieden van bescherming aan burgers *tegen de overheid*. Het belangrijkste element van die bescherming wordt geboden door de regel, dat niemand mag worden bestraft zonder dat tevoren is vastgesteld (bewezen) dat hij zich heeft schuldig gemaakt aan strafwaardig gedrag, dat limitatief in de wet wordt opgesomd in de vorm van delictomschrijvingen. Het is daarom van groot belang dat die delictomschrijvingen niet meer omvatten dan werkelijk strafwaardig wordt geacht. Anderzijds hebben de burger (en ook zijn overheid) aanspraak op bescherming tegen misdragingen *van andere burgers*. Het strafrecht mag niet zoveel bescherming tegen de overheid geven, dat het niveau van de bescherming tegen andere burgers te laag wordt. Dit leidt tot een spanningsveld en dwingt de wetgever tot een voortdurende afweging van belangen. Dat zien we bij de corruptiebepalingen in optima forma. Enerzijds wordt een hoge mate van bescherming geboden; zo moet de eis van een *quid pro quo* worden gezien als een waarborg tegen bestraffing wegens het aannemen van eenvoudige vriendendiensten. Anderzijds wordt tegemoet gekomen aan bewijsproblemen – vandaar dat bijv. «culpoze corruptie» en «omkoping achteraf» binnen de delictomschrijvingen zijn gebracht. De hierna volgende beoordeling moet vanuit dit zelfde perspectief worden benaderd: afweging van belangen, een botsing tussen argumenten die er voor pleiten om de delictomschrijving zo nauwkeurig te formuleren dat daaronder niets valt wat niet strafwaardig is, en die, welke er op zijn gericht te voorkomen dat sterk laakbaar gedrag onbestraft blijft ten gevolge van bewijsproblemen.

Verder moet steeds voor ogen worden gehouden dat het strafrecht niet het enige middel is om laakbare onregelmatigheden te beteugelen, en vaak ook niet het meest doeltreffende. Wie zich zet aan de beoordeling van de kwaliteit van de strafwetgeving moet daarom steeds mede het oog houden op de aanverwante regelgeving, met name die van bestuurlijke aard. Indien die voldoende wapens biedt, is het strafrecht niet nodig, zo gebiedt het *ultimum remedium*-beginsel. Het strafrecht is «slechts» het

⁴⁶⁵ Te vinden in art. 6 van de (goedkeurings)-wet van 22.06.2001, *Stb.* 2001, 315.

sluitstuk op het handhavingspalet. Maar dikwijls is alleen een combinatie van strafrechtelijke en (vooral) bestuursrechtelijke regelgeving afdoende, en zal blijken dat strafbepalingen zonder deugdelijke bestuurs- of privaatrechtelijke inbedding papieren tijgers blijven.

Herziening van de strafbepalingen?

Bij ambtelijke omkoping moet het oogmerk worden bewezen om de ambtenaar te bewegen «iets te doen of na te laten» (art. 177, 177a, 362 en 363 Sr.). Kennelijk is dat iets anders dan louter «invloed uitoefenen» (vgl art. 178 Sr.). Juist bij endemische en systematische corruptie staat tegenover een concrete betaling echter zelden een *concrete* wederprestatie, terwijl de strafwaardigheid daarentegen gewoonlijk juist groter is dan bij incidentele corruptie. De delictsomschrijving schiet daarom te kort. Zoals we zagen probeert men zich hier vaak uit te redden door «iets doen of laten» in de tenlastelegging te vertalen in bijv. «het in stand houden en verbeteren van de zakelijke relatie»; maar sterk is dit niet.

Het verdient aanbeveling om de formulering «teneinde hem te bewegen om ... iets (concreets) te doen of na te laten» te vervangen door «teneinde hem te beïnvloeden in de uitoefening van zijn functie».⁴⁶⁶

Door op deze manier de strafbepalingen naar de *letter* te verruimen wordt recht gedaan aan de gesignaleerde tendens binnen de rechtspraak, die zo van een deugdelijke wettelijke basis wordt voorzien.

Bij het *kleine* smeren van ambtenaren bestaat nog een probleem: is sprake van een eenvoudig relatiegeschenk of van smeergeld? Het is de ambtenaar verboden anders dan met goedvinden van het bevoegd gezag vergoedingen, beloningen, giften of beloften van derden aan te nemen (art. 64 lid 1 ARAR; een nul-optie!); maar daarop staat geen (commune) straf. Dat maakt het voorschrift als «achternager» bij strafvervolgingen onbruikbaar. Bovendien is de constructie van art. 328ter (meldplicht) aantrekkelijker, vooral omdat zij dichter bij de praktijk staat.

Het verdient derhalve aanbeveling om art. 64 lid 1 ARAR te vervangen door een meldplicht voor geschenken boven een bij dienstvoorschrift te bepalen waarde, aangevuld door een met art. 328ter corresponderende strafbepaling. Strafbaarstelling als overtreding – met een dienovereenkomstig strafmaximum – lijkt voldoende.

Dit vergt aanvullende administratieve regelgeving; zonder onderliggend dienstvoorschrift heeft een meldplicht slechts een beperkte betekenis. Alleen al om bewijsmoeilijkheden te voorkomen moet in een dergelijk voorschrift ook aan nevenfuncties en -werkzaamheden aandacht worden besteed; dat is bovendien gewenst, omdat die functies en activiteiten op zichzelf onregelmatigheden niet alleen vergemakkelijken, maar ook bevorderen.⁴⁶⁷

⁴⁶⁶ Bij een beperkte uitleg van art. 12 van het Verdrag inzake de strafrechtelijke bestrijding van corruptie valt te verdedigen dat dan het Nederlandse voorbehoud bij dat artikel kan worden teruggenomen.

⁴⁶⁷ Enzo A. van Ruth/L. Gunther Moor, *Lekken of verstrekken? De informele informatie-uitwisseling tussen opsporingsinstanties en derden*, Nijmegen/Ubbbergen 1997, p. 288 (in het bijzonder met betrekking tot de politie).

Het verdient aanbeveling dat bij alle ambtelijke diensten

1. een dienstvoorschrift tot stand wordt gebracht waarin wordt vastgelegd wanneer, hoe en bij wie geschenken moeten worden gemeld, en
2. een dienstvoorschrift tot stand wordt gebracht omtrent nevenfuncties en nevenwerkzaamheden.

Het al dan niet in strijd met de ambtsplicht handelen kwam al aan de orde. De hiermee samenhangende problematiek wordt, zoals we zagen, in de

praktijk nogal eens omzeild – maar daarmee niet opgelost. Vermoedelijk is zij – evenals die rond helen en stelen⁴⁶⁸ – vooral oorzaak van sepots.

Voorgesteld is om het al dan niet in strijd met de ambtsplicht handelen geheel te schrappen.⁴⁶⁹ Daardoor zou de ambtsplicht als richtinggevend criterium voor de strafoplegging echter geheel verdwijnen en wordt het kind met het badwater weggegooid. Twee oplossingen zijn denkbaar:

- indien, zoals zojuist werd voorgesteld, een meldplicht wordt ingevoerd waarvan de niet-naleving met straf wordt bedreigd, analoog aan art. 328ter lid 1, rijst de vraag of afzonderlijke strafbaarheid van omkoping zonder strijd met de ambtsplicht nog nodig is. Het uitgangspunt dat met strafbaarstellingen zuinig moet worden omgegaan maakt het schrappen van art. 177a en 362 dan tot een goed verdedigbare optie. Dit zou echter tot gevolg hebben dat rechters die bij een freies Ermessen in beginsel geen strijd met de ambtsplicht aanwezig achten, niet wegens het gronddelict zullen veroordelen, maar – zoals in militaire zaken vaak is gebeurd – eigenlijk alleen nog terzake van het niet-melden. Dat zou geen vooruitgang zijn.
- dit probleem wordt vermeden bij een minder radicale, en daarom aantrekkelijker, benadering, volgens welke alleen het negatieve bestanddeel van art. 177a en 362: «zonder in strijd met zijn plicht te handelen», zou worden geschrapt en strijd met de ambtsplicht vervolgens louter als strafverhogende omstandigheid zou worden gebruikt (gekwaliceerde ambtelijke corruptie). Art. 177 en 177a resp. 362 en 363 kunnen dan in elkaar worden geschoven. Kortom:

het verdient aanbeveling om

1. in art. 177a en 362 het bestanddeel «zonder in strijd met zijn ambtsplicht te handelen» te schrappen;
2. vervolgens art. 177 en 177a resp. 362 en 363 in elkaar te schuiven;
3. de nieuwe art. 177 en 362 aan te vullen met een strafverhogende omstandigheid, te weten handelen in strijd met de ambtsplicht.

Bij de niet-ambtelijke corruptie is de strafpositie zodanig laag dat geen voorlopige hechtenis mogelijk is, en daardoor ook de daaraan gebonden dwangmiddelen niet kunnen worden toegepast. Dit kan – wanneer het vaker tot opsporing zou komen – een ernstige handicap betekenen. Het is bovendien de vraag of kan worden gesproken van «sanctions and measures» die – gelet op de «serious nature of the criminal offences» – voldoende «effective, proportionate and dissuasive» zijn, zoals gevegd door art. 19 RvE-verdrag. Art. 328ter lid 1 stelt voorts niet het aannemen, maar alleen het niet melden van giften strafbaar; het is de vraag of daarmee wordt voldaan aan de in art. 7 en 8 van dat verdrag neergelegde, en eveneens zonder voorbehoud aanvaarde, verplichting om de niet-ambtelijke omkoping *zelf* strafbaar te stellen,⁴⁷⁰ zoals in 1994 in art. 328quater is gebeurd voor functionarissen op het terrein van de telecommunicatie.

Het verdient daarom aanbeveling om niet-ambtelijke corruptie op parallele wijze strafbaar te stellen als ambtelijke corruptie.

⁴⁶⁸ Zie nader J. M. Reijntjes, «Over helers, stellers en rechters», in A. A. Franken/A. M. van Woensel (red.), *Een rariteitenkabinet. Opvallende bepalingen in de strafwetgeving*, Nijmegen 1993, p. 69/74.

⁴⁶⁹ Roording, o.c. p. 124.

⁴⁷⁰ Anders, maar niet overtuigend, Roording, o.c. p. 142/145.

De opvallende en slechts op toevallige omstandigheden gebaseerde asymmetrie tussen art. 328ter en quater zou daarmee worden opgeheven.

Art. 328ter lid 2 kan worden gemist, terwijl art. 328ter lid 1 als overtreding kan worden gekwalificeerd, met dienovereenkomstig strafmaximum.

Alles bijeen genomen kan men zich afvragen of het niet beter is om de strikte scheiding tussen de strafbepalingen die zich richten tegen ambtelijke corruptie, en die, welke zich richten tegen private corruptie, op te heffen en ook deze bepalingen ineen te schuiven. Indien gewenst kan de ambtelijke status dan (weer) als strafverhogende omstandigheid worden gehanteerd. In elk geval lijkt het gewenst om alle op corruptie betrekking hebbende strafbepalingen samen te brengen in één, afzonderlijke, titel (voor zover de misdrijven betreft).

Aangifteplicht

Het wetboek van strafvordering bevatte oorspronkelijk een voorschrift dat openbare colleges of ambtenaren, die «in de uitoefening van hun bediening» kennis kregen van een strafbaar feit met de opsporing waarvan zij zelf niet waren belast, verplichtte daarvan onverwijld aangifte te doen (art. 162 Sv). In de praktijk kwam hier weinig van terecht. Geprobeerd is om de aangiftebereidheid te verhogen door de verplichting daartoe te beperken tot een veel kleinere categorie van delicten.⁴⁷¹ Dit heeft echter ten gevolge gehad dat ook de verplichting om van poging tot omkoping aangifte te doen, is vervallen – terwijl het zeer de vraag is of het doel, om de aangiftebereidheid op andere punten te verhogen, werd bereikt. Zowel het een als het ander moet worden betreurd. Dat van poging tot omkoping geen aangifte meer behoeft te worden gedaan is niet alleen een verlies omdat dit een ongunstige invloed heeft op de bestrijding van corruptie, maar ook omdat de betrokken ambtenaren zich doorgaans onvoldoende realiseren dat nalatigheid bij het doen van aangifte hen, indien een en ander later bekend raakt, in een kwaad daglicht stelt; zij laden de verdenking op zich dat zij van de hen gedane voorstellen niet afkerig waren.

In een bepaalde gemeente werden twee wethouders er van beschuldigd een half jaar eerder van een ondernemer geld te hebben gevraagd, in ruil waarvoor zij hem zouden begunstigen. Zij lieten daarop weten dat het juist de ondernemer was, die hen geld had aangeboden; zij zouden zijn voorstellen echter hebben afgewezen. Melding maakten zij daarvan destijds niet, noch bij de justitie, noch bij de burgemeester, noch bij enige andere instantie. Het behoeft geen betoog dat dit hun geloofwaardigheid ernstig en vrijwel onherstelbaar aantastte.

Het verdient aanbeveling om de verplichting om van poging tot ambtelijke omkoping aangifte te doen, te herstellen.

Een verplichting om aangifte te doen van poging tot *niet*- ambtelijke omkoping past, ofschoon zij op zichzelf wenselijk zou zijn, niet goed in het wettelijke systeem. Hier ligt veeleer een taak voor de werkgever.

⁴⁷¹ Wet van 16.04.1986, Stb. 204.

⁴⁷² Een fenomeen dat de wet niet kent. Strikt genomen gaat het hier om een onderzoek naar de vraag «of een onderzoek gewettigd is», en in het bijzonder naar de vraag «of van voldoende verdenking sprake is». Het is dubieus of een dergelijk onderzoek, ingesteld eer voldoende verdenking aanwezig is, wel toelaatbaar is. In feite wordt dit soort onderzoek vooral gebruikt om een geruisloze terugtocht mogelijk te maken indien onvoldoende bewijs wordt gevonden.

V.3 Intern versus strafrechtelijk onderzoek

Wanneer aanwijzingen van corruptie naar voren komen, wordt – wanneer al iets gebeurt – vrijwel altijd gekozen voor een intern onderzoek, door eigen functionarissen of door een externe (forensische) accountant. Dit geldt zowel voor het openbaar bestuur als voor het bedrijfsleven. Zelfs wanneer de aanwijzingen door het justitiële apparaat zijn ontvangen, blijkt soms te worden gekozen voor (eerst) een intern onderzoek. Indien «justitie» een strafrechtelijk of een eigen «oriënterend» onderzoek⁴⁷²

begint, reageert de betrokken organisatie vrijwel altijd met een gelijktijdig intern onderzoek.

Dat sterke neiging bestaat om gelijktijdig met een strafrechtelijk onderzoek een intern onderzoek in te stellen, valt te begrijpen: de leiding van de betrokken organisatie heeft er behoefte aan om zo snel mogelijk duidelijkheid te verkrijgen (maar die zou zij – theoretisch – ook van de justitiële autoriteiten kunnen ontvangen). Zij wil weten in hoeverre de betrokken functionaris kan worden gehandhaafd of – indien hij is geschorst – in zijn functie kan worden hersteld.⁴⁷³ Verder wil zij duidelijkheid over de financiële schade en over de mogelijkheid van terugvordering. Meestal maakt zij zich echter ook – of vooral – zorgen om de eigen positie («hoe heeft het zo ver kunnen komen? Wie binnen de organisatie is hiervoor verantwoordelijk? Worden wij er straks op aangesproken? Zo ja, wat zeggen we dan?») en nagenoeg altijd zal zij verlangen om de vuile was zo veel mogelijk binnenshuis te houden.

Het laatste motief is, hoe begrijpelijk ook, een bron van moeilijkheden. Het leidt vooral tot kwade gevolgen wanneer geen justitieel onderzoek is ingesteld; dan zal de zaak – zo al sancties worden opgelegd – geheel binnenskamers worden afgedaan. Soms wordt de bereidheid om zich niet te verzetten tegen ontslag gewoon «gekocht» door te beloven dat verder van de zaak geen werk zal worden gemaakt.⁴⁷⁴ Ook het beschermen van de eigen positie kan hoogst ongewenste gevolgen hebben; het is raadzaam dat juist omtrent misslagen van de leiding zo veel mogelijk duidelijkheid ontstaat. Bij alle parallelle onderzoeken bestaat het gevaar, niet alleen van dubbel werk, maar ook van het tegen elkaar in werken, en van het wegraken (zo niet wegmaken) van sporen. Indien alleen een intern onderzoek wordt ingesteld zal dit vaak onvoldoende opleveren omdat de sporen van eventuele delicten vooral buiten, en dus ook buiten het bereik van, de organisatie te vinden zullen zijn; in een later ingesteld recherche-onderzoek kan dit dikwijls niet meer worden hersteld, doordat het verrassingseffect is verdwenen en de relevante stukken zijn vernietigd. Anderzijds kunnen interne sporen soms gemakkelijker door functionarissen van de organisatie zelf worden gevonden: zij weten de weg, hebben vaak een groter overzicht op de «verdachte» en zullen hem eerder tot vrijwillige medewerking weten te bewegen. Dat heeft ook een keerzijde: de verdachte geniet minder bescherming. Het dossieronderzoek leert dat dit niet louter een theoretisch probleem is.⁴⁷⁵ De overheid beschikt bovendien over een formeel wapen: iedere ambtenaar is verplicht zich tijdens het verblijf op zijn werk te onderwerpen aan een in het belang van de dienst door het bevoegde gezag gelast onderzoek aan zijn lichaam of aan zijn kleding of van zijn daar aanwezige goederen (art. 125d Ambtenarenwet).⁴⁷⁶

Alles bijeen genomen lijken interne onderzoeken veelal tot onvoldoende opheldering te leiden.

Het verdient daarom aanbeveling:

1. wanneer aanwijzingen voor corruptie worden gevonden, terstond in overleg te treden met de politie c.q. de officier van justitie;⁴⁷⁷
2. interne onderzoeken alleen in te stellen in overleg en nauwe samenwerking met de justitiële autoriteiten.

Anderzijds moet van de justitiële autoriteiten worden gevergd dat zij de leiding van de betrokken organisatie – ook ongevraagd – snel en goed informeren over de resultaten van justitieel onderzoek.

⁴⁷³ Bedacht moet worden dat niet iedere onder verdenking gekomen functionaris terstond wordt geschorst; ook ziekmelding, al dan niet op eigen initiatief, komt voor.

⁴⁷⁴ Zo bijv. Van Ruth/Gunther Moor, o.c. p. 247 (over de politie).

⁴⁷⁵ «Met betrekking tot de werkwijze van (de forensische accountant) merk ik op dat mij (door hem) is medegedeeld dat mijn medewerking aan het onderzoek geen nadeel voor mij op zou leveren. Ondertussen is mij wel anders gebleken. Ik ben ontslagen (en word nu door U gehoord aan de hand van het door de accountant opgestelde rapport)», verklaarde een ambtenaar tegenover de Rijksrecherche. Een ander bezwaar van interne onderzoeken werd zichtbaar in een zaak, waarin twee concurrerende ondernemingen waren betrokken; tot afgrijzen van de ene werd het interne onderzoek uitgevoerd door dezelfde firma die optrad als huisaccountant van de andere.

⁴⁷⁶ Sinds de wet van 20.04.1998, *Stb.* 1998, 229.

⁴⁷⁷ Corruptie bij de politie zelf vergt vanzelfsprekend een eigen aanpak.

V.4 De samenloopproblematiek

Zoals gezegd valt corruptie bijna altijd samen met andere delicten, gewone strafrechtelijke (valsheid in geschrift), fiscale (belastingontduiking, administratieve verplichtingen) en tuchtrechtelijke (ARAR). Dit biedt enerzijds een extra aanknopingspunt voor het opsporingsonderzoek, maar lijkt anderzijds de oorzaak dat het OM nogal eens een afwachtende houding aanneemt, ook bij duidelijke signalen van corruptie (bijv. in de pers). Het College van procureurs-generaal is niet bestemd, en ook niet in staat, om leiding te geven aan opsporingsonderzoek, en zal daartoe (dan ook) zelden het initiatief nemen; het lokale OM daarentegen zal nogal eens aannemen dat het iets is voor de Rijksrecherche, de FIOD of anderen, in elk geval niet iets waar het zich zelf moeilijkheden mee op de hals moet halen. Verder blijkt dat de Rijksrecherche zich (dikwijls, of misschien wel uitsluitend) richt op ambtelijke corruptie, en niet-ambtelijke corruptie terzijde laat. Zo werd bij een onderzoek naar aanleiding van corruptie bij Rijkswaterstaat ontdekt dat een ondernemer regelmatig steekpenningen betaalde, doch niet alleen aan ambtenaren van de RWS, maar ook aan functionarissen van de NS (art. 328ter). Dit aspect van de zaak werd buiten beschouwing gelaten – wat overigens mede ten voordele strekte van de betrokken ondernemer. Het concern, waartoe hij behoorde, lijkt later een vooraanstaande rol te hebben gespeeld in het gebeuren rond de Schipholtunnel.

Een en ander leidt er toe dat het opsporings- en vervolgingsbeleid (te) vaak door toeval wordt geleid en dat niet-ambtelijke corruptie onderbelicht blijft.

De samenloop heeft, zoals gezegd, ook een positief effect; zo is valsheid in geschrift, anders dan corruptie, een zichtbaar delict, dat gemakkelijker bewijsbaar is en aanleiding kan geven tot de toepassing van zware dwangmiddelen. Dit is bij uitstek het terrein van het OM, dat daarom bij een succesvolle opsporing nauwelijks kan worden gemist.

Een andere factor die het opsporings- en vervolgingsbeleid kan verstoren is de rol van de overheid als direct belanghebbende, en vaak als slachtoffer. De getroffen organisatie streeft een eigen belang na, dat vaak bestaat in schadevergoeding, maar ook verstrengeld kan zijn, of raken, met het belang van de verdachte (die bijv. – vrijwel – monopolist is op een markt, waar de betreffende organisatie van afhankelijk is; denk verder aan de gemeente, waarvan de ene na de andere wethouder in de cel verdwijnt) – en zelfs van een zodanige mate van collusie, of anderszins laakbaar optreden, dat het slachtoffer alle redenen heeft om de zaak toe te dekken. De tweede situatie (verdachte en slachtoffer hebben – gedeeltelijk – parallele belangen) wordt geïllustreerd door de Schiphol-affaire: transactie geschiedt, al dan niet met medeweten van de minister van Justitie, min of meer achter de rug van het OM om, waardoor het OM onder zware druk komt te staan

- niet alleen om de transactie te aanvaarden,
- maar ook om het daardoor niet gedekte handelen van andere betrokkenen (feitelijk leidinggevend) buiten beschouwing te laten
- en zelfs te verklaren dat dit aanpakken niet mogelijk was.

Het onderzoek leverde aanwijzingen op dat het OM tegen deze druk niet bestand was.

De behandelende officier van justitie schrijft aanvankelijk (6 juli 2001) aan haar hoofdofficier: «Hoewel het onderzoek daar niet op gericht is geweest, is met enig nader onderzoek vermoedelijk voldoende bewijs te verkrijgen dat (...) zich als feitelijk leidinggever cq opdrachtgevers tezamen en in vereniging hebben schuldig gemaakt aan van valselijk (doen) opmaken van (...) facturen (...).» Op 25 november 2001 schrijft dezelfde officier echter aan dezelfde hoofdofficier: «Uit het strafrechtelijk onderzoek bleek onvoldoende bewijs te destilleren omtrent het begrip feitelijk leidinggeven dan wel opdrachtgeven van de leden van de Raad van Bestuur van KSS en de projectdirecteur KSS en zijn administrateur als bedoeld in artikel 51 Sr. Daarbij was van belang dat helemaal geen notulen beschikbaar waren tijdens het strafrechtelijk onderzoek met betrekking tot de vergaderingen van de Subraad en slechts zeer summier van vergaderingen van de Raad van Bestuur zodat de bewijspositie ten aanzien van portefeuilleverdelingen/taakverdelingen en beslissingsverantwoordelijkheden zeer summier was. De Subraad (zou) het gremium (zijn geweest) dat de besluiten nam tot het opmaken van de valse facturen. (...) Mensen die lager in de organisatie zaten zagen slechts delen van de uitvoeringsbesluiten (...).» Dat kan voortschrijdend inzicht zijn, maar doet iets anders vermoeden.

V.5 Valsheid in geschrift

Fraude wordt nogal eens vereenzelvigd met valsheid in geschrift. Toch behoeft een enkele valsheid geen fraude op te leveren; zie nader hfdst. V.1.3, waar wij ingingen op de relatie tussen corruptie en fraude. Daar werd betoogd dat de wens, om ontdekking van corruptie-gerelateerd gedrag te voorkomen, dikwijls leidt tot frauduleuze handelingen als het opmaken van valse stukken, het doen van onjuiste boekingen, valse belasting- en premie-aangiften, enz. Hetzelfde kan worden gezegd van de wens om ontdekking van mededingingsrechtelijke onregelmatigheden te voorkomen. Fraude *kan* rechtstreeks zijn ingegeven door gewinzucht, en op zichzelf tot financieel nadeel leiden; maar dikwijls gaat het om het bedekken of mogelijk maken van andere onregelmatigheden, en zijn het die laatste onregelmatigheden, waarin de daders werkelijk hun gewin denken te vinden. Zo kan een mededingingsrechtelijke inbreuk uiteindelijk leiden tot het indienen van valse facturen teneinde bepaalde verrekeningen te verantwoorden en de schijn van legaliteit te geven. Een aannemer beschreef dit als volgt:

«Ik was verplicht mee te werken aan dit systeem (opzetgelden) omdat iedere aannemer zo werkte. Dat hierbij gebruik werd gemaakt van facturen met een onjuiste omschrijving was voor mij noodzakelijk.»⁴⁷⁸

Bij corruptie blijkt het veel voor te komen dat de steekpenningen ten laste worden gebracht van de opdrachtgever. Dat kan door gewoon hoger te factureren dan men anders zou hebben gedaan; dit levert echter nog geen valsheid in geschrift op, en evenmin oplichting (zie hfdst. V.6), laat staan fraude. Het is zelfs de vraag of daarin *op zichzelf* een onregelmatigheid mag worden gezien. Anders wordt het, zodra de facturering wordt onderbouwd met belegstukken waarvan de inhoud niet juist is, bijv. valse of vervalste werkbonnen. Giften in natura, zoals de verbouwing van de woning van een ambtenaar of de aanleg van een fraaie tuin, kunnen ook door «verschuiving» ten laste worden gebracht van andere, door dezelfde ondernemer uitgevoerde, projecten; dat leidt tot onjuiste omschrijvingen op de facturen en dus tot valsheid in geschrift. Sommige ondernemers lijken te denken dat het voldoende is wanneer het *bedrag* van de facturen klopt; maar zo is het niet. Meestal weet men zelf ook beter; dat blijkt uit de

⁴⁷⁸ J. Dohmen/T-J Meeus, «Horen, zien en meedraaien», *NRC Handelsblad* 23 maart 2002.

verhoging van dergelijke facturen met 5% «voor de moeite» (lees: het risico – dat dus niet erg hoog wordt ingeschat).

Hoe dan ook: waar fraude is, is meestal ook valsheid in geschrift. Dit misdrijf is betrekkelijk eenvoudig te bewijzen omdat niet alleen de vervalsing zelf strafbaar is gesteld, maar ook het opzettelijk gebruik en ook het opzettelijk afleveren of voorhanden hebben⁴⁷⁹ van het valse geschrift:

1. *Hij die een geschrift dat bestemd is om tot bewijs van enig feit te dienen, valselijk opmaakt of vervalst, met het oogmerk om het als echt en onvervalst te gebruiken of door anderen te doen gebruiken, wordt als schuldig aan valsheid in geschrift gestraft, met gevangenisstraf van ten hoogste zes jaren of geldboete van de vijfde categorie.*
2. *Met dezelfde straf wordt gestraft hij die opzettelijk gebruik maakt van het valse of vervalste geschrift als ware het echt en onvervalst dan wel opzettelijk zodanig geschrift aflevert of voorhanden heeft, terwijl hij weet of redelijkerwijs moet vermoeden dat dit geschrift bestemd is voor zodanig gebruik.*

Het gaat hier om twee delicten, die ten aanzien van één geschrift⁴⁸⁰ door verschillende personen kunnen worden begaan, maar ook (in samenloop) door één persoon. De kern van de in art. 225 lid 1 omschreven «klassieke» valsheid in geschrift ligt in het valselijk opmaken c.q. vervalsen, die van het in art. 225 lid 2 omschreven delict in het gebruik of het voorhanden hebben van een vervalst of vals geschrift.⁴⁸¹ Het verschil tussen valselijk opmaken en vervalsen is gelegen in het antwoord op de vraag of het betrokken document vóór de strafbare gedraging reeds bestond. Was dat het geval, dan is sprake van vervalsing. Wordt een nieuw document geschapen met valse inhoud, of wordt een op zichzelf onbesmet document op valselijke wijze voltooid, dan is sprake van «valselijk opmaken».⁴⁸²

Het moet gaan om een geschrift dat tot bewijs van enig feit *kan* dienen. De ratio van art. 225 ligt in de bescherming van het vertrouwen in teksten met een bewijsbestemming. De vraag of een concreet document tot bewijs kan dienen, moet worden beantwoord aan de hand van de rol, die er in het maatschappelijke verkeer aan pleegt te worden toegekend. Dit kan worden geïllustreerd aan de factuur.⁴⁸³ Oorspronkelijk «bewees» die niets, en was zij niet méér dan een betalingsverzoek. Bewijswaarde kreeg zij pas, wanneer zij voor «voldaan» was getekend. Anders werd dit, toen facturen een eigen rol gingen spelen in de bedrijfsboekhouding, die als grondslag dient voor interne en externe controle, door accountantsdienst resp. fiscus, op bijv. de rechtmatigheid van de uitgaven en de juistheid van gedane aangiften.

Hier kan een rechtstreeks verband worden gelegd met de *opsporing* van valsheid in geschrift. Documenten ontleen hun bewijsbestemming aan het feit dat zij als grondslag dienen voor toezicht, maar tegelijkertijd wordt de manipulatie ervan voor de vervalser en gebruiker juist interessant, doordat het toezicht (doorgaans) alléén op die documenten wordt gebaseerd; zij zijn dan, mits goed vervalst, nauwelijks te ontmaskeren. Dat nu is wat in toenemende mate gebeurt. Gesignaleerd werd dat door de grote hang naar concentratie, en daardoor schaalvergroting, in de bouw het aantal fiscale controles «in het veld» («materiële controles») sterk afneemt. Daardoor wordt de kans op ontdekking van fraude navenant minder.

De valsheid in het document moet ons inziens een relatie hebben met de bewijsbestemming; daarvoor irrelevante onjuistheden vallen niet binnen

⁴⁷⁹ Sinds de wet van 4 juni 1992, *Stb.* 1992, 287.

⁴⁸⁰ Een geschrift vooronderstelt iets geschreven dat bestaat uit a. direct leesbare tekens of b. geschreven tekens die in leesbare tekens kunnen worden omgezet, waarbij sprake is van een zekere duurzaamheid van de vastlegging (denk aan een computerbestand). Een bedrijfsadministratie kan ook in haar geheel als geschrift worden aangemerkt (HR 2 november 1993, *NJ* 1994, 180).

⁴⁸¹ Naast «voorhanden hebben» is «afleveren» strikt genomen overbodig; «gebruik» daarentegen is denkbaar zonder fysiek voorhanden hebben (namelijk als functioneel delict).

⁴⁸² Onder valselijk opmaken kan volgens HR 14 december 1999, *NJ* 2000, 150 ook vallen het plaatsen van de handtekening of naam van een derde onder een overigens waarheidsgetrouw opgemaakt geschrift.

⁴⁸³ Zie ook F. C. Bakker, *Valsheid in geschrift*, Arnhem 1985.

het bereik van art. 225 Sr. Inmiddels hebben we echter gezien dat heel veel aan die eis van voldoende relevantie voldoet: niet alleen de hoogte van de factuur, maar ook bijv. de naam van de facturerende ondernemer, de omschrijving van het gefactureerde en, natuurlijk, de datum. De begrippen «vervalsens» en «valselijk opmaken» impliceren opzet bij de dader, waarbij (bewijs van) voorwaardelijk opzet voldoende is. Hetzelfde geldt bij gebruiken, afleveren en voorhanden hebben. Het in art. 225 lid 1 Sr geveerde *oogmerk van gebruik* laat daarentegen geen voorwaardelijk opzet toe.

Door de op zichzelf betrekkelijk eenvoudige bewijsbaarheid van art. 225 Sr vervult deze strafbepaling een vangnetfunctie; vaak wordt namelijk met vervolging van begane valsheden in geschrift volstaan, en worden de achterliggende feiten (misdrijven: corruptie of belastingfraude, dan wel andere onregelmatigheden, bijv. op mededingingsrechtelijk gebied) verdisconteerd in de strafmaat. Strikt genomen zouden die dan ad informandum moeten worden gevoegd, zodat zij ook formeel worden afgedaan. Dat vooronderstelt echter weer hun bewijsbaarheid; en dat is, zoals gezegd, dikwijls juist het probleem. Dan dienen die delicten uitsluitend ter kleuring van het dossier en wordt er bij de berechting veiligheidshalve over gezwegen. De vangnetfunctie van art. 225 Sr biedt zo tevens de mogelijkheid om gecompliceerde opsporingsonderzoeken te vermijden; men kan zich immers ook tot de begane valsheden beperken wanneer de onderliggende delicten misschien wel bewijsbaar zouden zijn, maar alleen ten koste van veel extra tijd en mankracht.

In de literatuur wordt tegen de vervolging terzake van art. 225 Sr wel eens bezwaar gemaakt. Men stelt dan dat de gedragingen van de verdachte weliswaar voldoen aan de bestanddelen van dit artikel, maar dat de materiële verwijtbaarheid, de geschonden norm, op een ander vlak ligt. Dit ziet echter voorbij aan het feit dat de valsheid in geschrift op zichzelf al een ernstig strafbaar feit is, dat begaan in combinatie met andere onregelmatigheden hooguit ernstiger, en zeker niet minder gewichtig, wordt.

V.6 Oplichting

Het delict «oplichting» (art. 326 Sr) verdient binnen het kader van een onderzoek naar strafrechtelijke onregelmatigheden in de bouw afzonderlijke bespreking. Art. 326 Sr luidt:

Hij die, met het oogmerk om zich of een ander wederrechtelijk te bevoordelen, hetzij door het aannemen van een valse naam of van een valse hoedanigheid, hetzij door listige kunstgrepen, hetzij door een samenweefsel van verdichtsels, iemand beweegt tot de afgifte van enig goed, tot het ter beschikking stellen van gegevens met geldswaarde in het handelsverkeer, tot het aangaan van een schuld of het teniet doen van een inschuld, wordt, als schuldig aan oplichting, gestraft hetzij met een gevangenisstraf van ten hoogste drie jaren en geldboete van de vijfde categorie, hetzij met één van deze straffen.

Oplichting kan worden beschouwd als een combinatie van diefstal en misbruik van vertrouwen, waarbij zowel het vermogen wordt geschaad als het vertrouwen in het handelsverkeer. Er wordt immers tot afgifte bewogen met instemming van de rechthebbende (anders dan bij diefstal) maar wel door misbruik van vertrouwen.

Oplichtingsmiddelen

Art. 326 Sr geeft een limitatieve opsomming van de methoden door middel waarvan de oplichter het slachtoffer moet hebben bewogen tot afgifte van het begeerde goed enz.: de zogenaamde oplichtingsmiddelen. Er zijn er daarvan vier.

Het eerste middel is het *aannemen van een valse naam*. Dit veronderstelt dat men zichzelf een valse naam geeft en met die naam naar buiten treedt. Het aannemen van een echte naam (bijv. wanneer iemand die onder een bijnaam bekend staat zijn werkelijke naam gebruikt) kan begrijpelijkerwijs niet als gebruik van een valse naam worden beschouwd. Een invulling van vals die verder gaat dan «onjuist» – bijv. «misleitend»- zou de bedoeling van de wetgever uithollen.⁴⁸⁴

Het tweede middel is het *aannemen van een valse hoedanigheid*, het zich aanmeten van een bepaalde kwaliteit die een ongerechtvaardigd vertrouwen opwekt. Het enkele aanbieden van een ongedekte cheque levert echter nog niet het aannemen op van de hoedanigheid van kredietwaardig saldohouder.⁴⁸⁵ Ook de eenvoudige wanbetaler bij de koop van een auto valt niet onder de strafbepaling,⁴⁸⁶ en evenmin het *enkel* in strijd met de waarheid zich voordoen als koper die van plan en in staat is de gevraagde koopprijs te betalen.⁴⁸⁷ Er moet iets bij komen – maar veel behoeft dat niet te zijn. Is dit weinige voorhanden, dan levert het zich voordoen als rekeninghouder met voldoende saldo (bij het uitschrijven van ongedekte cheques) plotseling wèl het aannemen van een valse hoedanigheid op, evenals het zich voordoen als bonafide huurder van een auto, als «onvrijwillig werkloze», als motelgast die in staat is een rekening te betalen, als eigenares van een auto of als aspirant-koper van schilderijen.⁴⁸⁸

Het derde middel is de toepassing van *listige kunstgrepen*. Hoewel het hier om een meervoudsvorm gaat, aanvaardt de Hoge Raad ook een enkele kunstgreep als oplichtingsmiddel.⁴⁸⁹ De Hoge Raad omschrijft kunstgrepen als «bedrieglijke handelingen, geschikt om leugenachtige voorwendsels en valse voorstellingen ingang te doen vinden en daaraan kracht bij te zetten.»⁴⁹⁰ Klassieke voorbeelden zijn het gebruik van een gefingeerd briefhoofd, het overleggen van valse staten en het afgeven van waardeloze cheques.⁴⁹¹ Belangrijk is steeds de *context*, waarbinnen dit gebeurt. Louter mondeling gedebiteerde leugens zijn voor het aannemen van listige kunstgrepen onvoldoende.

Zij vallen onder het vierde middel, een *samenweefsel van verdichtfels*. Anders dan bij listige kunstgrepen gaat het hier om misleiding door middel van leugens, om misleiding door woorden en niet door daden. Volgens de Hoge Raad moet er een zodanig verband tussen verschillende leugens zijn, dat zij elkaar wederkerig een bedrieglijke schijn van waarheid geven.⁴⁹² Het is uiteraard mogelijk dat tussen de leugens ware mededelingen zijn verweven of dat wordt gezwegen waar spreken plicht is. Mededeling van feiten die waar (kunnen) zijn, kan aan een onware mededeling een schijn van waarheid geven.⁴⁹³ In zijn algemeenheid kan nog worden opgemerkt, dat de rechtspraak de eis van wederkerige versterking van de leugens heeft gerelativeerd en dat reeds van een samenweefsel sprake is wanneer opeenvolgende onderscheiden leugens voorliggen.

Uit het voorgaande kan de vraag, of het aanbieden van een valse factuur of het overleggen van een valse werkbop oplichting oplevert, worden beantwoord, en wel in ontkennende zin: een enkelvoudige valsheid in geschrifte is (begrijpelijkerwijs) niet tegelijkertijd een oplichting. Op gelijke wijze levert het eenvoudige gebruik van een *aantal* valse geschriften evenmin oplichting op, maar «valsheid in geschrift, meermalen

⁴⁸⁴ P. J. Van den Hout, *Oplichting: knooppunt van valsheid en bedrog*, Arnhem 1993, p. 69.

⁴⁸⁵ HR 4 februari 1997, *NJ* 1997, 410.

⁴⁸⁶ HR 7 april 1998, *NJ* 1998, 498.

⁴⁸⁷ HR 15 december 1998, *NJ* 1999, 182.

⁴⁸⁸ Zie voor een opsomming van rechtspraak I. A. H. M. Stijns-Schepers, «Oplichting», in H. J. B. Sackers/P. A. M. Mevis, *Fraudedelicten* p. 56/66, op p. 59.

⁴⁸⁹ HR 25 oktober 1909, *W* 8916.

⁴⁹⁰ HR 1 november 1920, *NJ* 1920 p. 1215; HR 24 juli 1936, *NJ* 1937, 80.

⁴⁹¹ Zie voor rechtspraak Stijns-Schepers, o.c. p. 61.

⁴⁹² HR 16 juni 1902, *W* 7794; HR 8 maart 1926, *NJ* 1926 p. 368; HR 11 maart 1929, *NJ* 1929 p. 855; HR 27 maart 1933, *NJ* 1933 p. 902.

⁴⁹³ HR 3 juni 1986, *NJ* 1987, 84.

gepleegd». Lastiger wordt het echter, wanneer het ene geschrift wordt gebruikt ter ondersteuning van een ander (factuur en onderliggende werkbond zijn beide vals); dan is een grensgebied betreden. Gaat het overleggen van een vals stuk gepaard met een onware toelichting, dan zal al snel sprake zijn van samenloop van oplichting en valsheid in geschrift (al dan niet meermalen gepleegd). Over het algemeen bestaat echter een sterke voorkeur om te vervolgen terzake van het, eenvoudiger te bewijzen, delict van art. 225 Sr.

Iemand tot een prestatie bewegen

Het causaal verband tussen het aanwenden van een bedrieglijk middel en het verkregen resultaat wordt weergegeven met de woorden «iemand (tot een bepaalde prestatie) bewegen». Dit bestanddeel vormt de schakel tussen de gedraging van de oplichter en die van het slachtoffer.

Het is niet nodig dat het afgegeven goed in de macht van de oplichter komt⁴⁹⁴ of dat de afgifte aan de dader zelf wordt gedaan.⁴⁹⁵ Evenmin is vereist dat het middel rechtstreeks tegen het slachtoffer is aangewend. Ook het «doen afgeven» via een tussenpersoon aan de oplichter valt onder «afgifte». De middelen hoeven, met andere woorden, niet rechtstreeks op het slachtoffer in te werken.⁴⁹⁶

Het bestanddeel «bewegen» vooronderstelt, dat het slachtoffer niet van het leugenachtige karakter van wat hem wordt opgedist op de hoogte is. Oplichters verdedigen zich vaak met een beroep op de onnozelheid van de gedupeerden; dat snijdt juridisch geen hout. Een probleem ontstaat echter wanneer de «oplichter» samenspannt met een functionaris binnen de organisatie, die bij de afgifte van het begeerde goed (doorgaans: geld) een (mede)beslissende rol speelt; een voorbeeld van collusie. Diens kennis moet aan de organisatie worden toegerekend, zodat zij niet door het gebezigde oplichtingsmiddel, maar door de boze opzet van de betrokken functionaris is «bewogen». Omdat het strafrechtelijke systeem oorspronkelijk met organisaties/rechtspersonen geen rekening hield, is het niet eenvoudig om vast te stellen welk delict dan *wel* is begaan. Gelukkig zijn er dan doorgaans valse stukken die voldoende aanknopingspunten bieden voor vervolging.

Afgifte van een goed

Onder afgifte wordt mede begrepen het overboeken van giraal geld op de rekening van de verdachte of het toelaten dat gebruik wordt gemaakt van een zelfbedieningssituatie. Ook het begrip goed wordt ruim ingevuld: in de lijn van het ter zake van art. 310 Sr gehanteerde uitgangspunt dat elk goed dat vatbaar is om voor de bezitter waarde te hebben, heeft de Hoge Raad bijvoorbeeld beslist dat ook een beschikking van de rechtbank op een beklag over inbeslagneming (art. 552a lid 5 Sv) als een goed in de zin van art. 326 Sr kan worden gezien.⁴⁹⁷ Zowel stoffelijke als niet-stoffelijke goederen vallen onder een «goed».

Van het bestanddeel «tenietdoen van een inschuld» is niet alleen sprake indien de schuld in civielrechtelijke zin te niet gaat, maar ook indien de schuldeiser wordt bewogen zich tegenover de schuldenaar te *gedragen* alsof de schuld teniet was gegaan.⁴⁹⁸

Oogmerk van wederrechtelijke bevoordeling

Het begrip *oogmerk* is een bijzondere vorm van opzet en wordt gezien als het «naaste doel» van de gedraging. Voor het bewijs van oogmerk volstaat het besef van bepaalde gevolgen (noodzakelijkheidsbewustzijn),

⁴⁹⁴ HR 23 maart 1931, *NJ* 1932 p. 1547.

⁴⁹⁵ HR 24 juli 1928, *NJ* 1929 p. 222.

⁴⁹⁶ HR 16 oktober 1922, *NJ* 1923 p. 20. Zie tevens Van den Hout, o.c. p. 91.

⁴⁹⁷ HR 6 oktober 1992, *NJ* 1992, 101.

⁴⁹⁸ HR 6 april 1965, *NJ* 1965, 195. Deze uitspraak maakt het mogelijk dat een opzettelijk gedane onjuiste belastingaangifte die strekt tot betaling van een te laag belastingbedrag als oplichting kan worden beschouwd. Zie Van den Hout, o.c. p. 107.

waarbij de cognitieve component heerst over de volitieve component van deze opzetvariant.⁴⁹⁹

Onder «wederrechtelijk» wordt begrepen in strijd met het objectieve recht. De bevoordeling blijft wederrechtelijk, ook al meent de verdachte recht te hebben op het geld of het goed. Voor dwalingsverweren is nauwelijks plaats.⁵⁰⁰ Eigenrichting maakt de bevoordeling wederrechtelijk. In de meeste gevallen blijkt reeds uit het gebruik van de oplichtingsmiddelen de wederrechtelijkheid van de gedraging.

V.7 Corporatief daderschap, feitelijk leidinggeven en de Schipholtunnel

Wanneer in de aannemerij strafbare feiten worden begaan, zoals omkoping of valsheid in geschrift, rijst de vraag of die moeten worden toegerekend aan de feitelijk handelende personen, of aan de onderneming, waarbinnen zij werkzaam zijn. Gebeurt dat laatste, dan moet vervolgens worden uitgemaakt wie deswege behoort te worden vervolgd: de onderneming (rechtspersoon) zelf, de feitelijk leidinggevende(n), of beiden? Dat zijn namelijk de mogelijkheden, die het Nederlandse strafrecht via artikel 51 Sr biedt.⁵⁰¹ In deze paragraaf willen we kort bij deze vraag stilstaan, en wel in het licht van de Schipholtunnel-zaak. Zoals bekend, werd deze zaak uiteindelijk afgedaan via een transactie. Over de wijze waarop de transactie is tot stand gekomen, doen wij geen uitspraak.⁵⁰² Ons is slechts gevraagd om binnen het kader van onze opdracht een kritisch licht te werpen op de keuze van het Openbaar Ministerie om de strafrechtelijke aandacht (in eerste instantie bij de vervolgingsbeslissing, en later uiteraard ook bij het transactiebesluit) uitsluitend te richten op de betrokken rechtspersonen (HBW en Strukton bv, die tezamen de aannemerscombinatie KSS vormden) en niet op natuurlijke personen/feitelijk leidinggevend. Anders gezegd: waarom zijn in deze zaak de feitelijk leidinggevend de strafrechtelijke dans ontsprongen, en zijn de keuzes die het Openbaar Ministerie hieromtrent heeft gemaakt redelijk onderbouwd?

Wie te vervolgen?

Uit het straf dossier blijkt dat in het stadium voorafgaand aan de transactieonderhandelingen vrij vlug is gekozen om de rechtspersonen en niet de feitelijk leidinggevend te vervolgen. De hoofdmotivering ligt vooral in het feit dat de fraudeconstructie tot doel had de betrokken rechtspersonen te bevoordelen en niet de natuurlijke personen. Op basis van het procesverbaal is van persoonlijk gewin onvoldoende gebleken:

«Deze keuze is ingegeven door het feit dat de strafbare gedragingen geheel ten voordele zijn geweest van de betrokken ondernemingen en niet van de natuurlijke personen. Immers de winst van KSS werd voortijdig en versluierd verschoven naar HBW en Strukton. Bovendien is degene die destijds voor HBW handelde, thans niet meer voor HBW werkzaam. Daarnaast is het beoogde strafdoel, te weten normbevestiging, generale- en speciale preventie door vervolging van deze rechtspersonen gewaarborgd. Juist de rechtspersonen zouden door strafvervolging en strafoplegging «gestraft» worden, mede doordat dit betekent dat zij niet meer in aanmerking worden gebracht voor openbare aanbestedingen (...). Een van de natuurlijke personen (te weten N., destijds voorzitter van de Raad van Bestuur van KSS) die destijds verantwoordelijk was voor de telaste te leggen strafbare feiten is bovendien niet meer in functie werkzaam, waarbij dan ook het gelijkheidsbeginsel een rol gaat spelen. Overigens zou, gelet op de huidige stand van het bewijs, nader onderzoek en dus meer tijd nodig zijn om ten aanzien van de natuurlijke

⁴⁹⁹ HR 21 februari 1938, NJ 1938, 929.

⁵⁰⁰ Van den Hout, o.c. p. 103/104.

⁵⁰¹ Zie voor een heldere inleiding tot de problematiek van corporatief daderschap en feitelijk leidinggeven bijv. R. Van Elst., *Strafbare rechtspersonen en hun leidinggevers*, Cahiers Strafrecht dl 8, Nijmegen 1997.

⁵⁰² Een analyse van het Schipholtunneldossier valt buiten onze onderzoeksvragen en komt in het deelrapport *Casuïetiek* uitvoerig aan bod.

De voorstelling alsof vervolging van feitelijk leidinggevers slechts opportuun zou zijn indien zij uit het misdrijf persoonlijk voordeel hebben behaald, is echter weinig overtuigend. Het doel van feitelijk leidinggevers is namelijk doorgaans juist het gewin van de rechtspersoon en helemaal niet het eigen persoonlijk voordeel; wat niet wegneemt dat successen van de onderneming ook directie en werknemers ten goede komen. Wanneer een leidinggevende binnen de onderneming ten eigen bate strafbare feiten pleegt, is veeleer sprake van eigen daderschap, en zelden van feiten die aan de onderneming kunnen worden toegerekend. De door het OM verkondigde opvatting holt niet alleen de strafbaarstelling van het feitelijk leidinggeven uit, maar is ook in strijd met het in de praktijk dikwijls gevoerde vervolgingsbeleid: uit de rechtspraak zijn voldoende voorbeelden bekend van feitelijk leidinggevers die zijn vervolgd en veroordeeld zonder dat zij door het gepleegde delict rechtstreeks persoonlijk werden bevoordeeld.⁵⁰⁴ Het ontbreken van persoonlijk gewin is kortom geen goede, laat staan een afdoende, motivering om een feitelijk leidinggevende niet te vervolgen.

De bewijsbaarheid lijkt dan ook het meeste gewicht in de schaal te hebben geworpen. We laten, om het oordeel daarover te vergemakkelijken, kort de vereisten voor een veroordeling terzake van feitelijk leidinggeven de revue passeren

Vereisten

Er moet zijn voldaan aan de zogenaamde Slavenburg-criteria, in het tweede Slavenburg-arrest als volgt geformuleerd:

«5.1.1. Van feitelijk leiding geven aan verboden gedragingen kan onder omstandigheden sprake zijn indien de desbetreffende functionaris – hoewel daartoe bevoegd en redelijkerwijs gehouden – maatregelen ter voorkoming van deze gedraging achterwege laat en bewust de aanmerkelijke kans aanvaardt dat de verboden gedragingen zich zullen voordoen. In deze situatie wordt de zojuist bedoelde functionaris geacht opzettelijk de verboden gedragingen te bevorderen.

5.1.2. De bewuste aanvaarding van de aanmerkelijke kans als onder 5.1.1. bedoeld kan zich te dezen voordoen, indien hetgeen de verdachte bekend was omtrent het begaan van strafbare feiten door de [rechtspersoon] rechtstreeks verband hield met de in de kennisgeving van verdere vervolging omschreven verboden gedragingen»⁵⁰⁵

⁵⁰³ Memo van Officier van Justitie Beun aan Hoofdofficier van Justitie Wooldrik t.b.v. het College van procureurs-generaal dd. 20 oktober 2000.

⁵⁰⁴ Zie voor illustraties bijv. D. Roef, *Strafbare overheden*, Antwerpen 2001, p. 315/403.

⁵⁰⁵ HR 16 december 1986, *NJ* 1987, 321. Zie ook HR 16 december 1986, *NJ* 1987, 322; verder A. Mulder, «Feitelijke leidinggeven aan de verboden gedraging, indien het strafbaar feit door een rechtspersoon is begaan», *TVVS* 1988 p. 213 e.v.

⁵⁰⁶ Zie bijv. HR 14 september 1987, *NJ* 1988, 45 (Rijtijden) met noot A. C. 't Hart.

⁵⁰⁷ Vgl. HR 14 september 1987, *NJ* 1988, 45 (Rijtijden) met noot A.C. 't Hart. Zie tevens de noot van 't Hart onder HR 21 januari 1992, *NJ* 1992, 414.

⁵⁰⁸ Vgl. F. Vellinga-Schootstra/W. H. Vellinga/A. L. J. van Strien, A. L. J., «Het daderschap van de rechtspersoon», in J.L. van der Neut (red), *Daderschap en deelneming*, Arnhem 1993, p. 55.

In latere arresten houdt de Hoge Raad duidelijk vast aan een opzetvereiste, maar hij acht voorwaardelijk opzet reeds voldoende om feitelijk leiding geven aan te nemen.⁵⁰⁶ De feitelijk leidinggever behoeft niet op de hoogte te zijn van het concrete strafbare feit (echte wetenschap),⁵⁰⁷ het volstaat dat hij de aanmerkelijke kans aanvaardt dat de verboden gedragingen zich zullen voordoen.⁵⁰⁸ Voldoende is een verband tussen enerzijds kennis van de feitelijk leidinggever omtrent het begaan van strafbare feiten binnen de organisatie van de rechtspersoon en anderzijds de tenlastegelegde gedraging. Een concrete toepassing hiervan kan worden gevonden in het Klaver Fashion-arrest. De verdachte werd vervolgd wegens het feitelijk leiding geven aan het in dienst nemen van werknemers zonder werkvergunning. Hij voerde als verweer dat hij van enkele in de tenlastelegging genoemde werknemers niet wist dat zij niet

over een werkvergunning beschikten. Dit verweer werd door de Hoge Raad verworpen:

«5.1. Blijkens de bewezenverklaring en de gebezigde bewijsmiddelen heeft het hof kennelijk en niet onbegrijpelijk geoordeeld dat de in de tenlastelegging en bewezenverklaring met »Confectie-atelier Klaver Fashion« aangeduide werkgever een vennootschap zonder rechtspersoonlijkheid als bedoeld in art. 51 derde lid Sr is (...) met H.K. en de verdachte als de beherend vennoten. Het hof heeft voorts kennelijk en – gelet op de uit de bewijsmiddelen blijkende actieve betrokkenheid van de verdachte bij de bedrijfsuitoefening, met name ook bij de indienstneming van vreemdelingen voor het verrichten van arbeid in het door de vennootschap geëxploiteerde confectie-atelier – niet onbegrijpelijk geoordeeld dat de verdachte als beherend vennoot bevoegd en redelijkerwijs gehouden was maatregelen te nemen ter voorkoming van de bewezen verklaarde verboden gedragingen van de vennootschap, dat hij dit heeft nagelaten en bewust de aanmerkelijke kans heeft aanvaard dat de verboden gedragingen zich zouden voordoen, en dat hij daardoor opzettelijk deze gedragingen heeft bevorderd.

5.3. Uitgaande van de onder 5.2. vermelde oordelen heeft het hof, zonder miskenning van art. 51 Sr, bewezen kunnen achten dat de verdachte (...) feitelijke leiding heeft gegeven aan de bewezen verklaarde verboden gedragingen van de vennootschap. *Anders dan in de toelichting op het middel wordt betoogd kan hieraan niet afdoen dat uit deze bewijsmiddelen niet kan worden afgeleid dat de verdachte met betrekking tot alle in bewezenverklaring genoemde personen wist dat deze zonder de vereiste vergunning van het Ministerie van Sociale Zaken arbeid verrichtten.*⁵⁰⁹

Van belang is ook dat het vereiste (voorwaardelijke) opzet niet op alle bestanddelen van het tenlastegelegde delict behoeft te zijn gericht, maar slechts op de bestanddelen die de kern van de delictsomschrijving uitmaken. Zo volstaat voor feitelijk leidinggeven aan valsheid in geschrift – waar het in de Schiphol-casus grotendeels om ging – dat het (voorwaardelijk) opzet moet zijn gericht op het «valselijk opmaken of vervalsen» en niet ook op het «als echt en onvervalst gebruiken». Indien men op de hoogte is van het eerste bestanddeel, heeft men voldoende wetenschap om te kunnen spreken van leidinggeven aan valsheid in geschrift.⁵¹⁰

Omtrent de beschikkingsmacht van de leidinggever kan het volgende worden opgemerkt. Aangetoond moet worden dat hij een zekere mate van zeggenschap had met betrekking tot de verboden gedraging; het volstaat niet dat hij zeggenschap had met betrekking tot de bedrijfsvoering van de rechtspersoon in het algemeen. Essentieel is weer een verwijtbaar verband met de verboden gedraging. In Slavenburg-termen is hiervan sprake wanneer de functionaris, hoewel daartoe bevoegd en redelijkerwijs gehouden, maatregelen ter voorkoming van de verboden gedragingen achterwege laat. De vereiste zeggenschap of beschikkingsmacht is dus gekoppeld aan een plicht tot het nemen van maatregelen. De band tussen wetenschap (aanvaarden) en zeggenschap (beschikken) wordt zo duidelijk: als een functionaris wetenschap heeft van bepaalde gedragingen en hij heeft er ook zeggenschap over, dan vloeit daaruit voort dat hij ook de plicht heeft er iets tegen te ondernemen.⁵¹¹

De vraag rijst welke maatregelen in een concreet geval van een leidinggever kunnen worden verwacht. Hierover bestaat weinig zekerheid.⁵¹² Uit strafzaken kan worden afgeleid dat dit grotendeels wordt bepaald door de feitelijke machtspositie van de verdachte en de structuur van de rechtspersoon. Hoe kleiner en doorzichtiger de organisatie, des te eenvoudiger kan feitelijke zeggenschap worden verwacht en vastgesteld. Een

⁵⁰⁹ HR 1 juni 1993, NJ, 1994, 53 (onze cursivering).

⁵¹⁰ Zie hierover de noot van A. C. 't Hart onder HR 14 september 1987, NJ 1988, 45.

⁵¹¹ Vgl. Van Elst, o.c. p.63.

⁵¹² Van Elst, o.c. p. 64.

voorbeeld is de zaak Tank Cleaning bv. De rechtbank te Amsterdam was van oordeel dat feitelijk leidinggeven kon worden bewezen omdat

«Van feitelijke leidinggeven kan worden gesproken als een daartoe bevoegde en redelijkerwijs gehouden functionaris maatregelen ter voorkoming van een verboden gedraging achterwege laat en aldus bewust de aanmerkelijke kans aanvaardt dat de verboden gedraging zich zal voordoen.

Naar het oordeel van de rechtbank is verdachte als een zodanig functionaris aan te merken nu hij, zoals hij zelf verklaard heeft, *als enig directeur van Tanker Cleaning Amsterdam BV de algehele leiding en verantwoordelijkheid dragende* weliswaar instructie heeft gegeven toestemming te vragen voor de opslag van de oilslobs, maar dit niet heeft gedaan, wetende dat de partij oilslobs er al aan kwam, daarmee bewust het risico aanvaardend dat voor de opslag van de partij de gevraagde vergunning niet zou worden gegeven.

Daarenboven is de rechtbank van oordeel dat, wanneer het ministerie van Volksgezondheid, Ruimtelijke Ordening en Milieu toestemming geeft tot afwijking van de bepalingen van een bepaalde vergunning, deze toestemming incidenteel van aard is en uitsluitend van toepassing op de situatie waarin de ontheffing is gevraagd. Tanker Cleaning Amsterdam BV mocht er niet op vertrouwen dat voor de opslag van materiaal als hier bedoeld die toestemming zou worden gegeven.»⁵¹³

Gaat het om complexere organisaties dan is het beschikkingscriterium lastiger in te vullen. Wie als feitelijk leidinggever in een complexe organisatie kan worden aangemerkt, hangt voornamelijk af van de vraag binnen welke (sub-)afdeling van de organisatie de verantwoordelijkheid ten overstaan van de verboden gedraging het zwaarste weegt. Er dient dan zorgvuldig te worden gekeken naar de interne taakverdeling. De vaststelling van de feitelijke zeggenschap zal daarom in de praktijk reeds bij voorkeur moeten gebeuren bij de (opportuniteits)vraag wie van de mogelijk verantwoordelijke functionarissen als strafbare feitelijke leidinggever in aanmerking komt, terwijl dit bij kleine organisaties meestal bij het bewijs pas ter sprake komt, omdat daar de leiding meestal samenvalt met het officiële bestuursorgaan. Bij complexe organisaties kunnen zelfs verschillende personen tegelijk feitelijk leidinggever zijn, al naar gelang het echelon of de afdeling waarbinnen de hoofdverantwoordelijkheid met betrekking tot de verboden gedraging valt te situeren. In bepaalde gevallen kan dat het niveau zijn van de hogere bestuursorganen, maar het kan zich ook beperken tot feitelijke machtscentra op lagere niveaus van de organisatie. De strafrechtelijk verantwoordelijke leidinggevende is dus lang niet altijd dezelfde persoon als de leider van de onderneming!

Bewijsproblemen in de Schipholtunnel-zaak?

Kijken we nu naar het Schipholtunnel-dossier, dan kan worden vastgesteld dat het Openbaar Ministerie nauwelijks lijkt te hebben onderzocht (1) wie als feitelijk leidinggever(s) zou(den) kunnen worden vervolgd en (2) of er voldoende bewijsmateriaal is om het feitelijk leidinggeven conform de Slavenburgcriteria strafrechtelijk rond te krijgen. Opvallend is dat de motivering om de feitelijk leidinggevendenden buiten schot te houden vanwege bewijsproblemen pas expliciet (schriftelijk) naar voren komt *nadat* de transactie was afgesloten, namelijk in een gezamenlijke notitie van de officieren van justitie Groos en Beun dd. 25 november 2001. In eerdere stukken wordt niet diep ingegaan op de bewijspositie van het Openbaar Ministerie terzake van het feitelijk leidinggeven, en als dit al gebeurt dan meestal in optimistische bewoordingen. Zo merkt OvJ Groos in een notitie aan de hoofdofficier van justitie Wooldrik het volgende op:

⁵¹³ Rb. Amsterdam 18 december 1990, *MenR* 1992, 14 (onze cursivering).

«Hoewel het onderzoek daar niet op gericht is geweest, is met enig nader onderzoek vermoedelijk voldoende bewijs te verkrijgen dat directeur R. van KSS, K. van Strukton en N. van HBW zich als feitelijk leidinggever cq opdrachtgevers tezamen en in vereniging hebben schuldig gemaakt aan van valselijk (doen) opmaken van eerdergenoemde 28 facturen en mogelijk nog een aantal, er van uitgaande dat deze werkwijze reeds vanaf 1991/1992 zou zijn gebruikt. Hoewel andere facturen niet inbeslaggenomen zijn zou uit de verklaringen van getuigen Z., S. en nog nader aanvullend te horen getuigen als mevrouw H. in relatie tot de bewijsmiddelen mbt de 28 facturen (schakelbewijs) het bewijs te leveren zijn dat in de periode van 1992 tot en met 1998 meerdere facturen onjuist en in strijd met de waarheid zijn opgemaakt.»⁵¹⁴

Daarmee staat in schril contrast de genoemde notitie van 25 november 2001:

«Uit het strafrechtelijk onderzoek bleek onvoldoende bewijs te destilleren omtrent het begrip feitelijk leidinggeven dan wel opdrachtgeven van de leden van de Raad van Bestuur van KSS en de projectdirecteur KSS en zijn administrateur als bedoeld in artikel 51 Sr. (kortweg nalaten in te grijpen/maatregelen achterwege laten en placht te aanvaarden IJzerdraad-criteria als ook voorwaardelijk opzet op de verboden gedraging). Daarbij was van belang dat helemaal geen notulen beschikbaar waren tijdens het strafrechtelijk onderzoek met betrekking tot de vergaderingen van de Subraad en slechts zeer summier van vergaderingen van de Raad van Bestuur zodat de bewijspositie ten aanzien van portefeuilleverdelingen/taakverdelingen en beslissingsverantwoordelijkheden die onderbouwing zouden kunnen geven aan de eerdergenoemde IJzerdraadcriteria zeer summier was. De Subraad was het gremium dat de besluiten nam tot het opmaken van de valse facturen volgens Z. en S.K. ontkende alle wetenschap. Mensen die lager in de organisatie zaten zagen slechts delen van de uitvoeringsbesluiten, doch daarmee was de voorwaardelijke opzet op de verboden gedragingen en de aansprakelijkheid van hen voor de besluiten van de rechtspersoon nog niet bewijsrechtelijk vaststaand. *Bij deze stand van zaken zijn: de inmiddels opgestelde ethische code, een aantal functionarissen die niet meer op dezelfde plek werkzaam was binnen de rechtspersonen en de eerder genoemde omstandigheid dat niet bleek van enig persoonlijk gewin van de natuurlijke personen, daarnaast in de overwegingen betrokken en heeft het totaal van deze onderdelen uiteindelijk geleid tot de beslissing de natuurlijke personen niet te vervolgen.»*

De vraag rijst waarom pas zo laat deze zwakke bewijspositie van het Openbaar Ministerie wordt aangevoerd als een belangrijk argument om niet tot vervolging van de leidinggevers over te gaan. Reeds op 20 oktober 2000 was voor de Officier van Justitie duidelijk dat de rechtspersonen en niet de natuurlijke personen vervolgd moesten worden, en al in november 2000 vonden er onderhandelingen plaats over een transactie. Uit het dossier kan moeilijk worden afgeleid dat men ooit ernstig heeft overwogen de leidinggevendenden te vervolgen. Het lijkt er sterk op dat men reeds bij het begin om opportuniteitsredenen niet van zins was daartoe over te gaan, waarbij de (al dan niet reëel bestaande) zwakke bewijspositie van het Openbaar Ministerie achteraf als (bijkomende) motivering wordt gebruikt. Een andere mogelijkheid is uiteraard dat reeds van bij het begin duidelijk was dat er weinig bewijs voorhanden was, maar dan blijft onbeantwoord waarom daarover niet eerder in het dossier uitdrukkelijk melding wordt gemaakt. Bovendien is deze motivering reeds gebrekkig vanwege het feit dat «het onderzoek nooit gericht is geweest» op de strafbaarheid van het feitelijk leidinggeven. Hoe kan men uit een niet-verricht onderzoek afleiden dat er onvoldoende bewijs is voor het feitelijk leidinggeven? Het argument om de leidinggevers niet te vervolgen lijkt dus veeleer te zijn geweest dat er meer tijd en onderzoek nodig was om vast te stellen of zij succesvol konden worden vervolgd.

⁵¹⁴ Notitie OvJ Groos aan HOvJ Wooldrik betreffende ambstbericht inzake Schiphol-tunnel dd 6 juli 2001.

Tenslotte worden niet onbelangrijke praktische argumenten aangevoerd om geen natuurlijke personen te vervolgen, namelijk het tijdsverloop, onvoldoende zittingscapaciteit en daarmee evenredige strafverlaging. Een dagvaarding zou een verwijzing naar de rechter-commissaris te weeg brengen, omdat er nog geen gerechtelijk vooronderzoek had plaats gevonden. Verwacht werd dat zowel het Openbaar Ministerie als de verdediging een groot aantal getuigen nader zouden willen laten horen. Hoewel deze argumenten vooral worden gebruikt om de transactie te rechtvaardigen, gelden zij des te meer indien (ook) de bestuurders/feitelijk leidinggevers zouden worden vervolgd. De hoofdverdachten gaven geen medewerking aan het onderzoek en de verwachting bestond dat – gelet op de houding van de directeuren – de medewerkers hun voorbeeld zouden volgen. De te verwachten verweren en mogelijk nog ter zitting te horen getuigen/deskundigen zouden meerdere zittingsdagen vergen. Gelet op de beperkte zittingscapaciteit van de rechtbank zou behandeling van deze mega-zaak meebrengen dat een groot aantal andere zaken niet kon worden aangebracht. Aldus Officier van Justitie Groos in haar notitie aan het College dd. 6 juli 2001. Opnieuw wordt duidelijk dat vervolgings-technische problemen een belangrijke rol hebben gespeeld bij de beslissing om de feitelijk leidinggevendenden buiten schot te laten. Interessant is dat in een antwoord van Hoofdofficier van Justitie Wooldrik d.d. 10 juli 2001 op de vraag van het College of het parket ruimte heeft om tot dagvaarding van de rechtspersonen over te gaan, weliswaar antwoordt dat dit, mede gelet op het vergevorderde stadium van de schikkings-onderhandelingen, nauwelijks mogelijk is, maar daar aan toevoegt:

«uit het oogpunt van normbevestiging en normhandhaving zou ik persoonlijk een voorkeur aan dagvaarding hebben gegeven, ook al wal de op te leggen straf aan de rechtspersonen niet of nauwelijks afwijken van het transactiebedrag. Het argument van de inderdaad zeer beperkte zittingscapaciteit van de Haarlemse rechtbank mag daarbij natuurlijk geen rol spelen, al staan praktische bezwaren wel vaker iets in de weg.»

V.8 Criminele organisaties

De vraag zal inmiddels zijn gerezen of ondernemers die een kartel vormen en ter verhulling daarvan stelselmatig fraude plegen, kunnen worden aangemerkt als leden van een criminele organisatie in de zin van art. 140 Sr. Dit artikel stelt strafbaar de deelneming aan een organisatie die het plegen van misdrijven tot oogmerk heeft. Het (in georganiseerd verband) deelnemen aan een concreet strafbaar feit is dus niet nodig; het gaat louter om deelneming aan de *organisatie*. Art. 140 Sr biedt het OM ten opzichte van art. 51 Sr het voordeel, dat nog geen strafbare feiten hoeven te zijn begaan; voldoende is dat het *oogmerk* daartoe bestaat bij de organisatie waaraan de verdachte deelneemt. Ook de deelnemer die zelf (nog) geen strafbare (voorbereidings)handelingen voor een toekomstig te plegen misdrijf heeft verricht, valt onder het bereik van art. 140 Sr. Dat delict schept daarom ook ten opzichte van poging (art. 45 Sr) en strafbare voorbereidingshandelingen (art. 46 Sr) een ruimere aansprakelijkheid. Dit laat zich verklaren door de ratio van het voorschrift. De reden tot invoering van deze bepaling ligt namelijk in het gevaar dat van criminele samenwerkingsverbanden voor de samenleving uitgaat.

Art. 140 Sr is enkele jaren geleden in drie opzichten gewijzigd.⁵¹⁵ In de eerste plaats is de wettelijke strafbedreiging verzwaaard. Het eerste lid kent sindsdien in plaats van een strafbedreiging met gevangenisstraf van ten hoogste vijf jaren of geldboete van de vierde

⁵¹⁵ Wet van 4 februari 1999, *Stb.* 1999, 80.

categorie als sancties gevangenisstraf van ten hoogste zes jaren of geldboete van de vijfde categorie. In de tweede plaats riskeren naast bestuurders⁵¹⁶ en oprichters van een misdadige organisatie nu ook de «leiders» van de organisatie die in het derde lid vermelde verhoging van de gevangenisstraf. In de derde plaats is in het derde lid, dat een strafverzwaring kent voor oprichters, leiders of bestuurders, de mogelijkheid geschrapd van oplegging van een geldboete van de naast hogere categorie. Aan de gewone deelnemer kan immers al de maximum geldboete van de vijfde categorie worden opgelegd.

Bemerk dat art. 140 Sr een zelfstandig delict is met een geheel eigen doelstelling: het effectief bestrijden van organisaties die gericht zijn op het plegen van misdrijven. Dit impliceert dat indien een deelnemer in de zin van art. 140 Sr, in het kader van de verwezenlijking van het misdadig oogmerk van de organisatie waarvan hij deel uitmaakt, een misdrijf pleegt (bijvoorbeeld valsheid in geschrift), zijn gedraging onder twee strafbepalingen valt, zodat sprake is van meerdaadse samenloop.⁵¹⁷ In zo'n geval kan naast het concreet gepleegde delict art. 140 Sr cumulatief worden tenlastegelegd.

Hoewel de wetgever, in 1886, met art. 140 Sr geen ondernemingen, en nog minder rechtspersonen, op het oog had en het doel oorspronkelijk was gelegen in de bestrijding van «losse» criminele organisaties, is het in beginsel ook op ondernemingen van toepassing. Dat roept de vraag op aan welke voorwaarden moet zijn voldaan om art. 140 Sr te kunnen gebruiken indien sprake is van rechtspersonen die primair legale activiteiten ontplooiën, maar daarnaast ook – min of meer stelselmatig – misdrijven begaan.⁵¹⁸

⁵¹⁶ Onder bestuurder dient niet alleen te worden begrepen hij die een «officiële» functie binnen de organisatie heeft, zoals de voorzitter of de penningmeester, maar ook degene die werkelijk de dienst uitmaakt.

⁵¹⁷ Van meerdaadse samenloop is reeds sprake indien een zelfde materiële gebeurtenis meerdere strafbepalingen schendt die ieder een eigen strekking hebben dan wel indien meerdere (geschonden) belangen op het spel staan. Zie bijv. HR 13 oktober 1992 nr. 91. 945 en HR 19 oktober 1993, *NJ* 1994, 179.

⁵¹⁸ Zie hierover bijv. M. J. H. J. de Vries-Leemans, «Rechtspersonen en artikel 140 Sr», in M. van Kraaij/A. van Veen (red.), *Onderneming en Strafrecht*, Nijmegen 1997, p. 77/94

⁵¹⁹ Het gebruik vóór 1988 van de term «rechtspersoon» betekende evenwel niet dat art. 140 Sr alleen maar van toepassing was op rechtspersonen volgens burgerlijk recht. Uit de toenmalige jurisprudentie blijkt duidelijk dat bestraffing op grond van art. 140 Sr ook (of liever: juist) voor mogelijk werd gehouden indien sprake was van deelneming aan een samenwerkingsverband zonder rechtspersoonlijkheid. Zie HR 22 juli 1985, *NJ* 1987, 323.

⁵²⁰ HR 26 november 1985, *NJ* 1986, 389. Ook een samenwerkingsverband van meerdere personen dat zich naar buiten toe als een eenmanszaak presenteert, kan als een «organisatie» worden aangemerkt (HR 6 juli 1989, DD 89. 449). Zie A. J. M. Machielse, «Corporatieve aansprakelijkheid», in H. J. B. Sackers/P. A. M. Mevis, o.c. p. 14/32, op p. 29.

⁵²¹ M. J. H. J. de Vries-Leemans, «Rechtspersonen en artikel 140 Sr», in M. van Kraaij/A. van Veen, o.c. p. 82.

Een gestructureerd en duurzaam samenwerkingsverband

Art. 140 Sr spreekt sinds 1988 van *organisatie* in plaats van *rechtspersoon*.⁵¹⁹ Er is sprake van zo'n organisatie indien er een gestructureerd en duurzaam samenwerkingsverband is. Een willekeurige groep samenwerkende personen die een toevallig, incidenteel samenwerkingsverband vormt, kan niet als een organisatie worden beschouwd. Het moet gaan om een collectieve eenheid, een samenwerkingsverband met gemeenschappelijke regels en een gemeenschappelijke doelstelling waaraan de persoonlijke doelstellingen van de individuele leden ondergeschikt zijn. Daarvan is overigens al sprake indien twee mensen afspreken volgens bepaalde regels samen te willen werken, zich tegenover derden als een eenheid presenteren en daartoe samen bijvoorbeeld een handelsnaam voeren.⁵²⁰ Dit betekent uiteraard dat ook juridische constructies zoals bv's en andere rechtspersonen onder het bereik van art. 140 Sr vallen. De vorm van het samenwerkingsverband is niet van belang. Het gaat om de feitelijke invulling van het begrip «organisatie». Een organisatie kan derhalve bestaan uit een rechtspersoon, uit meerdere rechtspersonen (denk in de bouwnijverheid aan een combinatie), uit een bepaald onderdeel van een rechtspersoon, maar ook uit (een bepaald onderdeel van) een rechtspersoon tezamen met een aantal natuurlijke personen. Indien functionarissen zich verenigen om misdrijven te begaan, bestempelt dit niet noodzakelijkerwijs de organisaties waartoe zij behoren tot crimineel; deze functionarissen kunnen ook *zelfstandig* een criminele organisatie uitmaken. Niet de civielrechtelijke constructie is doorslaggevend, maar de maatschappelijke realiteit.⁵²¹

Of een samenwerkingsverband een gestructureerd en duurzaam karakter heeft, moet aan de hand van concrete feitelijke aanknopingspunten worden beoordeeld. Als indicaties worden genoemd: het bestaan van een hiërarchische structuur binnen de organisatie, een intern beloning en/of

sanctiesysteem, het gebruik maken van netwerken, en het onder een gemeenschappelijke naam naar buiten treden, wat vooral bij rechtspersonen van belang kan zijn.⁵²²

Oogmerk tot het plegen van misdrijven

Een tweede voorwaarde is dat de organisatie het plegen van misdrijven tot oogmerk heeft. Het begrip «misdrijf» moet daarbij in strikte zin worden opgevat; overtredingen spelen dus geen rol, laat staan niet-strafbare onregelmatigheden, zoals de (al dan niet stelselmatige) schending van de mededingingswetgeving. De decriminalisering en «verbestuurlijking» van delicten heeft ook hier effect! Het gaat uiteraard om het concrete doel dat de organisatie nastreeft, zoals dat blijkt uit haar feitelijke activiteiten,⁵²³ niet om haar ideële, meer abstracte einddoel. Rechtspersonen die criminele activiteiten nastreven of ontplooiën kunnen zich dan ook niet verschuilen achter de «private veil» van hun legale statutaire doelstellingen. Zo kunnen de officiële doeleinden van bijv. plof-bv's volstrekt oorbaar zijn, terwijl zij toch vanwege de bedoelingen die de deelnemers (collectief) hebben, organisaties (kunnen) zijn waarop art. 140 Sr van toepassing is.⁵²⁴

Daar de wet spreekt van oogmerk, hoeven er nog geen concrete delicten te zijn begaan. Voorbereidende activiteiten vallen derhalve ook onder het bereik van art. 140 Sr. Meestal zullen echter meerdere misdrijven zijn gepleegd vooraleer er concrete aanwijzingen bestaan dat de organisatie een misdadig oogmerk heeft. Dit neemt niet weg dat van deelneming in de zin van art. 140 Sr reeds sprake kan zijn indien voorbereidende activiteiten worden verricht voor nog te plegen misdrijven.

Van belang is ook dat de Hoge Raad heeft beslist dat het er niet toe doet of de misdrijven (zullen) worden gepleegd door leden van de organisatie zelf of door anderen. In casu vormde verdachte met anderen een organisatie die koppelbazen gebruik liet maken van de papieren van rechtspersonen die speciaal waren opgericht om de autoriteiten te misleiden. De valsheid in geschrift werd niet gepleegd door de eerstgenoemde organisatie, maar door de koppelbazen die de papieren vals invulden. Niettemin was art. 140 Sr op die organisatie van toepassing.⁵²⁵

De wet schrijft voor dat het oogmerk gericht is op het plegen van meerdere misdrijven. Het plegen van slechts een enkel misdrijf of het voornemen daartoe is niet voldoende. Er moet dus sprake zijn van een oogmerk om gedurende enige tijd misdrijven te plegen. Een puur incidentele gebeurtenis valt buiten het bereik van art. 140 Sr. De Hoge Raad stelt evenwel geen strenge eisen aan deze voorwaarde van continuïteit. Het tijdsbestek kan vrij kort zijn.⁵²⁶

Hoewel uit de ratio van art. 140 Sr zou kunnen worden afgeleid dat het plegen van misdrijven het voornaamste doel van de organisatie dient te zijn, wordt deze eis door de Hoge Raad niet gesteld.⁵²⁷ Volgens de rechtspraak is irrelevant welke plaats de bewezen verklaarde misdrijven hebben binnen de werkzaamheden en de doelstellingen van de organisatie. Nu niet hoeft te worden aangetoond dat het functioneren van een organisatie hoofdzakelijk wordt bepaald door het plegen van misdrijven, kan art. 140 Sr zich tevens uitstrekken tot rechtspersonen die hoofdzakelijk legale activiteiten ontplooiën doch in het kader van de bedrijfsvoering met een zekere regelmaat misdrijven plegen. Wel gaat de reikwijdte van art. 140 Sr niet zo ver, dat uit het enkele feit dat de rechtspersoon meerdere misdrijven begaat, automatisch kan worden afgeleid dat die rechts-

⁵²² Zie o.m. HR 26 november 1985, *NJ* 1986, 389 (Rostant Daniël).

⁵²³ M. J. H. J. de Vries-Leemans, «Rechtspersonen en artikel 140 Sr», in Van Kraaij/van Veen, o.c. p. 86.

⁵²⁴ HR 26 juni 1984, *NJ* 1985, 92.

⁵²⁵ HR 13 oktober 1987, *NJ* 1988, 425; zie hierover Machielse, o.c. p. 30.

⁵²⁶ HR 16 oktober 1990, *NJ* 1990, 442 m.nt. C.

⁵²⁷ HR 26 februari 1991, *NJ* 1991, 499.

persoon het plegen van misdrijven tot naaste doel heeft. Er moet immers wel sprake zijn van een zekere stelselmatigheid of planmatigheid bij het plegen van misdrijven. Indien aan deze voorwaarde niet is voldaan, blijft uiteraard een strafrechtelijke aansprakelijkheid van de rechtspersoon op grond van art. 51 Sr mogelijk.

Hoe zit het nu wanneer een organisatie het oogmerk heeft om onregelmatigheden te begaan die niet als misdrijf kunnen worden gekwalificeerd, dat oogmerk vervolgens ook ten uitvoer legt, en *daarbij*, om de begane onregelmatigheden te bedekken, als het ware «en passant» misdrijven begaat (in het bijzonder valsheid in geschrift)? Die misdrijven zijn dan weliswaar opzettelijk begaan, maar strikt genomen niet «beoogd»; zij zijn slechts een middel om het oogmerk te bereiken. Het is echter heel goed mogelijk dat de Hoge Raad ook hier een ruimere opvatting zal verkiezen, en zich op het standpunt stelt dat hij, die beseft dat hij tot het bereiken van het door hem beoogde doel – niet slechts incidenteel, maar met een zekere regelmaat – misdrijven moet begaan, en zich door dat besef niet laat weerhouden, ook die misdrijven beoogt.

De strafbare deelnemingsgedraging

De derde voorwaarde van art. 140 Sr is de *strafbare deelneming* aan de organisatie. De term deelneming in de zin van art. 140 Sr heeft niet dezelfde inhoud als deelneming in de zin van art. 47 e.v. Sr. Deelneming heeft hier een zelfstandige, ruime betekenis. De Hoge Raad heeft bepaald dat van strafbare deelneming aan een misdadige organisatie sprake is indien de betrokkene behoort tot het samenwerkingsverband en een aandeel heeft in, dan wel ondersteunt, gedragingen die strekken tot of rechtstreeks verband houden met de verwezenlijking van het in art. 140 1 Sr bedoelde oogmerk.⁵²⁸ Er moet dus zijn voldaan aan twee cumulatieve voorwaarden. Allereerst moet de betrokkene behoren tot of deel uitmaken van het samenwerkingsverband. Een louter *incidentele* betrokkenheid bij het samenwerkingsverband volstaat dus niet. Dit sluit echter niet uit dat de betrokkene toch strafbaar kan zijn, maar dan niet op grond van art. 140 Sr, maar op grond van de deelnemingsregeling van art. 47 e.v., bijvoorbeeld als medepleger van of medeplichtige aan art. 140 Sr. Vervolgens moet er een relatie bestaan tussen de deelnemingsgedraging en de verwezenlijking van het misdadig oogmerk. Deze voorwaarde maakt de deelneming strafbaar en is vooral van belang wanneer de betrokkene deel uitmaakt van een organisatie (rechtspersoon) die ook niet-criminele activiteiten verricht. Het spreekt voor zich dat wanneer iemand slechts betrokken is bij de legale activiteiten van een organisatie en geen enkele band heeft met het verwezenlijken van het misdadig oogmerk, er geen sprake is van een strafbare vorm van deelneming. De voorwaarde van strafbare deelneming gaat uiteraard niet zo ver dat men zelf de beoogde misdrijven pleegt. Art. 140 Sr strekt zich immers uit tot die gedragingen die in een eerdere fase plaatsvinden, zoals het beramen van misdrijven of het treffen van voorbereidingen.⁵²⁹

Schuldvereiste bij strafbare deelneming: onvoorwaardelijk opzet

Wat is het schuldvereiste bij strafbare deelneming aan een misdadige organisatie? Moet de deelnemer opzet hebben gehad op de concrete, door het samenwerkingsverband beoogde misdrijven? Of volstaat dat zijn opzet is gericht op het misdadig oogmerk van de organisatie in het algemeen, dus enkel op het feit dat de organisatie beoogt misdrijven te plegen? De Hoge Raad heeft in een arrest van 18 december 1997 deze vragen beantwoord. In casu ging het om het op frauduleuze wijze invoeren van T-shirts. Bewezen werd verklaard dat de verdachte had deelgenomen aan een organisatie, bestaande uit een aantal vennoot-

⁵²⁸ HR 16 oktober 1990 nr. 86994; HR 29 januari 1991, DD 91168 en 169.

⁵²⁹ De Vries-Leemans, o.c. p. 84/85.

schappen en natuurlijke personen, die tot doel had het plegen van valsheid in geschrift, het opzettelijk gebruik maken van valse geschriften, het in een goederenaangifte doen van een onjuiste opgave teneinde de belasting geheel of ten dele te ontduiken en het opzettelijk zonder vergunning invoeren van textiel. In cassatie werd o.m. als verweer aangevoerd dat bij de verdachte de wetenschap van het misdadig oogmerk zou hebben ontbroken. Hij zou niet op de hoogte zijn geweest van het feit dat de T-shirts in strijd met de Europese regelgeving dan wel op frauduleuze wijze vanuit China in de EG werden ingevoerd. De vraag was derhalve of de deelnemer op de hoogte moet zijn van de door de organisatie beoogde concrete delicten. De Hoge Raad oordeelt dat een dergelijke wetenschap niet is vereist:

«Voldoende is dat de betrokkene in zijn algemeenheid weet (in de zin van onvoorwaardelijk opzet) dat de organisatie tot oogmerk heeft het plegen van misdrijven. De betrokkene behoeft dus geen wetenschap te hebben van één of verscheidene concrete misdrijven die door de organisatie worden beoogd.»⁵³⁰

In casu betekende dit dat het feit, dat de verdachte niet zou hebben geweten dat de T-shirts op frauduleuze wijze werden ingevoerd, niet aan een bewezenverklaring van art. 140 Sr in de weg staat. Wetenschap van dit *concrete* oogmerk is immers niet vereist. De Hoge Raad overwoog vervolgens dat het hof kon vaststellen dat de verdachte weet had van het misdadig oogmerk van de organisatie, aangezien hij meerdere malen in het kader van zijn werkzaamheden ten behoeve van de organisatie valsheid in geschrift heeft gepleegd.

Dat de deelnemer niet op de hoogte behoeft te zijn van concrete door de organisatie beoogde delicten, hangt samen met het feit dat art. 140 Sr ook het treffen van voorbereidingen tot het plegen van misdrijven omvat, zonder dat reeds sprake moet zijn van geconcretiseerde bepaalde delicten. Van belang is evenwel dat de Hoge Raad *onvoorwaardelijk* opzet in hoofde van de deelnemer voorschrijft. Dit betekent dat de deelnemer van het misdadig oogmerk moet hebben geweten. Hij moet daarvan op de hoogte zijn geweest. Voorwaardelijk opzet voldoet dus niet aan het schuldvereiste van art. 140 Sr. Zo is bijvoorbeeld het aanvaarden van de aanmerkelijke kans (d.i. voorwaardelijk opzet) dat op frauduleuze wijze goederen worden ingevoerd op zichzelf niet voldoende voor een bewezenverklaring van art. 140 Sr. Er moet sprake zijn van wetenschap van het misdadig oogmerk.

Het bewijs van het onvoorwaardelijk opzet kan niet alleen blijken uit een bekentenis van de verdachte, of uit verklaringen van mede-verdachten, maar ook uit allerlei uiterlijke feiten en omstandigheden. Zo kan uit de wijze waarop en de omstandigheden waaronder het feit heeft plaatsgevonden worden afgeleid dat de verdachte *moet hebben geweten* dat de organisatie een misdadig oogmerk had. Onduidelijk is of de vaststelling volstaat dat de verdachte zulks heeft begrepen dan wel moet hebben begrepen. *Begrijpen* kan immers worden beschouwd als een iets lichtere opzetvariant dan *weten*.

De eis van onvoorwaardelijk opzet is weliswaar strenger dan voorwaardelijk opzet, maar tegelijk moet wel worden opgemerkt dat de werkingssfeer van art. 140 tamelijk ruim blijft. Het is immers mogelijk, dat in een organisatie als relatief licht aangemerkte delicten (zoals belastingfraude) plaatsvinden en dat de meeste leden van de organisatie hiervan op de

⁵³⁰ HR 18 november 1997, NJ 1998, 225 m. nt. JdH.

hoogte zijn, maar dat daarnaast door de organisatie ook nog zwaardere delicten worden gepleegd (bijv. oplichting) waarvan de verdachte niets afweet. Indien nu de verdachte onbedoeld meewerkt aan deze feiten dan lijkt het in beginsel toch mogelijk de verdachte op grond van art. 140 Sr te bestraffen voor zijn aandeel in dat misdrijf, ook al was hij van dit concrete misdrijf niet op de hoogte.

Wat de aansprakelijkheid van de leidinggevers aangaat, kan nog worden opgemerkt dat strafbare deelneming niet alleen kan plaatsvinden door een handelen, maar ook door een nalaten, bijvoorbeeld wanneer de leidinggevende op de hoogte is van het misdadig oogmerk en hij de bevoegdheid heeft om in te grijpen doch zulks nalaat. Door niet in te grijpen wordt immers bewerkstelligd dat de organisatie haar misdadig oogmerk kan verwezenlijken. Dit gelijkt enigszins op de reeds besproken Slavenburg-criteria voor feitelijk leidinggeven (art. 51 lid 2 Sr), met dit verschil dat deze laatste criteria voorwaardelijk opzet op de concrete strafbare gedragingen voorschrijven, daar waar voor strafbare deelneming van de leidinggever aan art. 140 Sr onvoorwaardelijk opzet op het misdadige oogmerk van de organisatie is vereist.

V.9 Het bereik van de strafwet

Tot slot lijkt een, aan de situatie in de bouw gerelateerde, recapitulatie geboden. We nemen daarbij de vastgestelde onregelmatigheden op mededingingsrechtelijk vlak tot uitgangspunt.

Stel dat vijf ondernemers bij een aanbesteding, door middel van vooroverleg, hun prijzen op elkaar afstemmen, en neem aan dat de prijs, waarvoor het karwei aan één van hen wordt gegund, daardoor hoger uitvalt dan zonder deze samenspanning het geval zou zijn geweest, is dan sprake van een strafbaar feit? Nee. Het overleg zelf is niet strafbaar (dit gedrag is immers buiten de strafrechtelijke sfeer gebracht), het verhogen van de prijs levert noch valsheid in geschrift op (de inschrijving en de factuur geven de juiste prijs weer en bevatten ook verder geen onjuistheden), noch oplichting (de aanbesteder wordt niet door een oplichtingsmiddel tot gunning bewogen, maar – vooral – door de omstandigheid dat het inschrijvingsbedrag het laagste is en beneden zijn calculatie ligt).

Stel nu dat deze ondernemers door omkoping van een functionaris achter de calculatie zijn gekomen; wordt het dan anders? Twee situaties laten zich denken:

- er is een strafbare omkoper, en er zijn vier niet-strafbare profiteurs (niet-strafbaar, omdat informatie – vrijwel zeker – niet als goed valt aan te merken in de zin van de helingsbepalingen, art. 416/417 *ter* Sr.).
- er zijn vijf strafbare medeplegers van omkoping. Dit is met name het geval wanneer de omkoping gezamenlijk werd beraamd en het min of meer toeval was wie van de vijf daadwerkelijk tot omkoping overging.

Gebeurt een en ander binnen een gestructureerd en duurzaam samenwerkingsverband («club»), dan is er ook een criminele organisatie. Die bestaat primair uit de vijf ondernemers, maar het is denkbaar dat zij – wanneer zij als orgaan/vertegenwoordiger van een rechtspersoon optreden – ook deze rechtspersoon binnen het bereik van de strafrechter brengen.

Valsheid in geschrift en oplichting komen nog steeds niet in beeld.

Stel dat dezelfde vijf ondernemers niet alleen hun inschrijvingen, maar ook hun boekhoudingen op elkaar afstemmen, door het «verschrijven» van verrekeningen. Dan is er doorgaans valsheid in geschrift, en indien dit

stelselmatig en binnen een gestructureerd en duurzaam samenwerkingsverband gebeurt, waarschijnlijk ook een criminele organisatie.

Oplichting is nog steeds niet aan de orde. Daarvan is pas sprake, wanneer een ondernemer in gesprek treedt met de aanbesteder (of andersom), bijv. over nadere specificaties of bepaalde kostenposten, en in het kader daarvan een valse voorstelling geeft van de opbouw van *zijn* calculatie, bijv. door verrekeringen te verzwijgen. Spontaan zal hij dat doorgaans niet doen; ook ondernemers plegen liever geen strafbare feiten wanneer dat niet nodig is. Hier speelt, met andere woorden, ook de opstelling van de aanbesteder zelf een belangrijke rol. Wie niet de goede vragen stelt, moet later niet klagen dat men hem heeft bedrogen; dat deed hij namelijk zelf.

Volledigheidshalve moet hier ook iets over de civielrechtelijke aspecten worden gezegd. Een rechtshandeling (zoals de gunning bij een aanbesteding) is *vernietigbaar* wanneer zij door bedrog of door misbruik van omstandigheden tot stand is gekomen (art. 3:44 lid 1 BW; zie voor de mogelijkheid van schadevergoeding hieronder). Bedrog is aanwezig wanneer iemand een ander tot het verrichten van een bepaalde rechtshandeling beweegt door een opzettelijk *daartoe* gedane onjuiste mededeling, door het opzettelijk *daartoe* verzwijgen van een feit dat hij verplicht was mede te delen, of door een andere kunstgreep (art. 3:44 lid 3 BW). Dat ligt dicht bij de oplichting, maar is iets ruimer, omdat hier verzwijgingen ook een rol kunnen spelen wanneer niet expliciet om bepaalde informatie is gevraagd. De goede trouw speelt – anders dan in het strafrecht – een sturende rol (vgl. art. 3:11 BW). Meer toegespitst op overeenkomsten bepaalt vervolgens art. 6:228 BW dat een overeenkomst, die tot stand is gekomen onder invloed van dwaling en bij een juiste voorstelling van zaken niet zou zijn gesloten, vernietigbaar is:

- indien de dwaling te wijten is aan een inlichting van de wederpartij, tenzij deze mocht aannemen dat de overeenkomst ook zonder deze inlichting zou worden gesloten, of
- indien de wederpartij in verband met hetgeen zij omtrent de dwaling wist of behoorde te weten, de dwalende had behoren in te lichten.

De vernietiging kan niet worden gegrond op een dwaling die in verband met de aard van de overeenkomst, de in het verkeer geldende opvattingen of de omstandigheden van het geval voor rekening van de dwalende behoort te blijven (art. 6:228 lid 2).

Doorgaans zal geen van de betrokken partijen op vernietiging uit zijn; interessant is daarom art. 6:230 BW, over zodanige wijziging van de gevolgen van de overeenkomst, dat het ontstane nadeel afdoende wordt opgeheven.

Belangrijk is dat aan beide partijen hogere eisen worden gesteld dan in het strafrecht. Daar is domheid van het slachtoffer geen excuus voor oplichting, in het civiele recht daarentegen staat eigen nalatigheid om informatie in te winnen al snel aan een beroep op dwaling in de weg. Anderzijds leidt verzwijging van gegevens waarom niet is gevraagd in beginsel niet tot strafbaarheid, maar het kan – vooral wanneer de aanbesteder terdege heeft geprobeerd om achter die gegevens te komen – heel goed de grondslag vormen voor een beroep op dwaling.

Een verplichting tot *schadevergoeding* ontstaat wanneer sprake is van een onrechtmatige daad, een doen of nalaten in strijd met een wettelijke plicht of met wat volgens ongeschreven recht in het maatschappelijk verkeer betaamt (art. 6:162 BW).

Het zou te ver voeren om hier dieper op in te gaan. Wat wij zichtbaar hebben willen maken is dat strafrecht en civiel recht niet geheel gelijk op

lopen; de relatie tussen onregelmatigheden en de civiele mogelijkheden tot herstel van daardoor toegebracht nadeel gaat de opdracht van de enquêtemissie te buiten.

Terugkerend naar het strafrecht stellen we vast dat art. 140 Sr vooral wordt gehanteerd om bewijsmoeilijkheden te omzeilen (verruimde aansprakelijkheid, zie hfdst. V. 8). Soms wordt art. 140 Sr ook aangevoerd om voorlopige hechtenis mogelijk te maken. Stel bijv. dat het kerndelict een geval van oplichting betreft; dan maakt art. 67 Sv voorlopige hechtenis mogelijk, maar alleen wegens vluchtgevaar of onderzoeksbelang. Gevaar voor herhaling vergt namelijk een strafmaximum van zes jaar, dat art. 326 niet, maar art. 140 wel biedt. Het hogere strafmaximum speelt door de milde straftoemeting in Nederland zelf meestal geen rol. Het OM geeft er daarom, wanneer dat geen bewijsproblemen oplevert, meestal de voorkeur aan om te vervolgen terzake van het kerndelict, en dat hoort ook zo.

Verder moet onderscheid worden gemaakt tussen de grondslag van het vooronderzoek en die van de verdere vervolging. Zo lang de precieze toedracht van een bepaald gebeuren nog niet vaststaat, zal het OM geneigd zijn (ofschoon dat strikt genomen vaak niet nodig is!) om een zo breed mogelijke onderzoeksgrondslag te kiezen, en alle mogelijk relevante delicten in het vizier te nemen. Een voorbeeld: tijdens het vooronderzoek in de Schipholtunnelzaak ging de aandacht niet alleen uit naar valsheid in geschrift, maar ook naar oplichting en naar deelname aan een criminele organisatie. Uiteindelijk besloot het OM om de betrokken ondernemingen slechts te vervolgen – en later om met hen te transigeren – terzake van valsheid in geschrift, daar de oplichting nauwelijks was te bewijzen en de deelname aan een criminele organisatie een te zwaar middel was voor een – in de ogen van het OM – behoorlijke en efficiënte strafrechtelijke afdoening van deze zaak. Ook wanneer een zaak bij de rechter wordt aangebracht beperkt de tenlastelegging zich, anders dan in het vooronderzoek, tot het bewijsbare, met eventueel enkele subsidiaire als uitwijkmogelijkheid voor het geval dat tijdens het onderzoek ter terechtzitting nieuwe licht op de zaak mocht worden geworpen.

VI CONCLUSIES EN SLOTWOORD

Onze speurtocht door het land van de bouw voerden we uit op het kompas van de in hfdst. 1.3 gegeven definitie van onregelmatigheid:

een bouwgerelateerde onregelmatigheid is een gedraging van een of meer bij het bouwproces betrokken personen die strijdt met daaromtrent in de samenleving geldende rechtsregels en normen en die een zodanige schade tot gevolg kan hebben of waarmee een zodanig voordeel kan worden behaald, dat bestrijding ervan geboden is.

Nu, aan het eind van de reis, lijkt deze definitie haar bruikbaarheid voor het onderzoek te hebben bewezen.

Wij onderscheidden drie categorieën van onregelmatigheden: mededingingsrechtelijk, fiscaal en commuun-strafrechtelijk georiënteerde, en maakten duidelijk dat die zijn te onderscheiden, maar niet te scheiden; onregelmatigheden in de sfeer van het mededingingsrecht leiden doorgaans ook tot fiscale en commuun-strafrechtelijke inbreuken. De onregelmatigheden in de bouw worden begaan in de – naar wij vaststelden, doorgaans complexe – relatie tussen opdrachtgever en opdrachtnemer. Complex is die relatie mede, omdat de eerste (en niet zelden de belangrijkste) onregelmatigheden zich voordoen eer een civielrechtelijke band tussen (de latere) opdrachtgever en (de latere) opdrachtnemer is ontstaan: bij de aanbesteding, en soms nog daarvóór, bij de acquisitie. Bovendien is meestal geen sprake van een één-op-één-verhouding: de opdrachtgever-in-spe heeft doorgaans te doen met een *groep* van potentiële opdrachtnemers, die zich bovendien dikwijls werkelijk als groep gedraagt en zich gezamenlijk (ofschoon vaak heimelijk) tegen de opdrachtgever keert. De complexiteit van de onderlinge relaties wordt verder bevorderd doordat noch de opdrachtgever, noch de opdrachtnemer een «man uit één stuk» is: aan beide zijden gaat het om *organisaties*, waarbinnen functionarissen (kunnen) opereren die naast, en soms zelfs in plaats van, het belang van hun organisatie (ook) een eigen belang nastreven; bovendien kunnen onderdelen van organisaties eveneens andere doelen najagen dan de organisatie als geheel (verondersteld wordt te doen). Het laatste geldt vooral voor de overheid. Het is daardoor ook lang niet altijd duidelijk wie slachtoffer is van begane onregelmatigheden, en wie uiteindelijk aan het langste eind heeft getrokken: de opdrachtgever, die wellicht meer heeft betaald dan nodig was, maar zonder vertraging kon bouwen; de ambtenaar met het kasteel over de grens; of de bouwer die zijn mensen aan het werk hield, en daar nog wat aan verdiende ook.

Onregelmatigheden kunnen, zo stelden wij vast, in alle stadia van het bouwproces plaatsvinden; maar de meest gevoelige fase is die van de aanbesteding. Vooral de mededingingsrechtelijke inbreuken worden begaan in de fase die vooraf gaat aan de gunning van een werk. Verdeling van de markten was, zeker in geval van onderhandse aanbestedingen, meer regel dan uitzondering: de delen van de koek werden stelselmatig naar elkaar toe geschoven. Deze op zich reeds ernstige inbreuk op de mededinging verlaagt de drempel voor bijkomende prijsafspraken, hetzij in de vorm van rekenvergoedingen, hetzij in de vorm van verdergaande prijsverhogingen, hetzij een combinatie van deze. En deze drempel lijkt ook niet zelden te zijn overschreden. Deze onregelmatigheden in de aanbestedingsfase zetten zich vaak voort in volgende fasen, die van de uitvoering (toezicht), die van de facturering, en die van de fiscale

afrekening. Beloningen komen soms nog later, bijv. in de vorm van vervolgoopdrachten.

De vraag welke het moeilijkst te beantwoorden bleek, was die in hoeverre een relatie bestaat tussen de geconstateerde onregelmatigheden en structuurkenmerken van de bouwsector. Om te beginnen valt zonder een veel breder, vergelijkend onderzoek niet vast te stellen of de bouw werkelijk zo bijzondere kenmerken heeft, dat juist daar onregelmatigheden moeten worden verwacht, en elders niet. De bouw is een wereld van vrijgevochten mensen, waar prestaties voorop staan, en niet de naleving van regels; maar dat kon in veel andere sectoren wel eens precies zo zijn (denk bijv. aan transport en horeca). Het is verder moeilijk te zeggen in hoeverre structuren tot onregelmatigheden leiden, en niet louter faciliterend zijn; ook tradities («de cultuur») spelen vermoedelijk een grote rol. Dat is vooral het geval op het vlak van de mededinging. Natuurlijk zijn de voordelen van marktverdeling en prijsafspraken een belangrijke drijfveer voor de aannemers (geweest) om tot dit verboden gedrag over te gaan. Maar daarnaast lijkt toch ook de cultuur bepalend te zijn geweest: «afspraken worden al sinds mensenheugenis gemaakt», «ik weet niet anders dan dat er werd vooroverlegd», «ik werd geconfronteerd met een vaste praktijk toen ik hier begon» et cetera. De regelmatigheid van het onregelmatige. Daaraan is ongetwijfeld mede debet dat de Nederlandse overheid zelf het maken van afspraken lange tijd toejuichte, zo niet stimuleerde, en zich bepaald niet enthousiast had betoond over de beëindiging daarvan.

Structuren lijken wel een rol te spelen aan de zijde van de opdrachtgevende overheid. Wij menen dat organisatiekenmerken hier een flinke steen hebben bijgedragen, en nog steeds bijdragen, aan het optreden van onregelmatigheden. In een goede organisatie moet geen collusie (kunnen) optreden; wanneer de uitvoerende onderdelen taken krijgen gesteld die op regelmatige wijze niet of nauwelijks uitvoerbaar zijn, zit er iets fundamenteel fout – die les had al kunnen worden getrokken uit de *vorige* parlementaire enquête op het gebied van de bouw. Dat dan bovendien van effectief toezicht op de feitelijke uitvoering geen sprake meer is, mag niemand verbazen.

Meer in het algemeen menen wij te kunnen stellen dat, wanneer binnen een organisatie sprake is van ingegroeide (endemische) onregelmatigheden – zoals hier en daar het geval lijkt te zijn (geweest) ten aanzien van corruptie – er (ook) aan de leiding iets schort. Opvallend is dan ook hoe weinig lering vaak lijkt te worden getrokken uit de ontdekking van onregelmatigheden. Dat van transparantie bij de afwikkeling doorgaans geen sprake is, mag dan alweer niet verbazen; niemand toont graag de boter op eigen hoofd.

Van de zijde van de opdrachtnemers, tenslotte, wordt met een zekere regelmaat gewezen op een veronderstelde ondeskundigheid bij de overheid. Een door de Rijksrecherche gehoorde ondernemer zei het zo:

«Ik heb de indruk dat alle misstanden die nu aan de oppervlakte zijn gekomen, mede zijn ontstaan door de cultuur die er bestond bij (de betreffende overheidsorganisatie). Mij viel op dat daar waar het ging om prijzen van aanbestedingen, men bij (hen) weinig know how in huis had. Men had mijns inziens weinig zicht op de prijsvorming van projecten. Dat was heel anders bij de Spoorwegen, waar wij ook vaak werkten. De spoorwegen hadden wel specialisten in huis die een calculatie konden narekenen of maken. Het is mijn stellige overtuiging dat de bedrijven daardoor meer vrijheid krijgen om de prijzen te bepalen en dat daardoor mogelijk veel geld bij (de overheid) verloren gaat. Een goede prijsvormingsafdeling (...) zou naar mijn mening zijn geld ruimschoots terug verdienen.»

Zonder hier aan af te willen doen, betwijfelen wij of hier een wezenlijk probleem ligt; tenslotte kan deskundigheid ook worden ingehuurd. De vraag is of de doelstelling van de overheid – terecht of ten onrechte – niet dikwijls een geheel andere is dan men geneigd is te veronderstellen. Zijn aanbestedende overheidsorganisaties werkelijk uit op een zo laag mogelijke prijs? Daargelaten dat de bevordering van de lokale (en binnen de EU straks in toenemende mate ook de nationale) werkgelegenheid verstorend kan werken, past de vraag of bij de overheid begrotingen en doelstellingen niet een overheersende rol spelen. Een gunning behoeft niet per se te geschieden voor het laagst mogelijke bedrag, maar moet absoluut binnen de begroting blijven; er mag best een steekje vallen (lees: een onregelmatigheid is niet zo erg), wanneer de gestelde, of opgelegde, doelen (bouwen!) maar worden gehaald. Wie zijn begroting niet uitput, wekt twijfel of hij in het bereiken van dit doel is geslaagd. Dat heeft dan toch weer met structuren te maken.

Wij besluiten met enkele stellingen die – naar wij menen – door ons onderzoek, in meerdere of mindere mate, worden geschraagd:

1. de bestrijding van onregelmatigheden is geen kwestie van regels alleen; integriteit zit vooral tussen de oren.
2. wanneer de bouw haar reputatie wil verbeteren, moeten de ondernemers een ruimere verantwoordelijkheid nemen voor hun functioneren binnen de samenleving.
3. zowel de ondernemers als de overheid moeten zich meer bekommeren om de kwaliteit van hun organisatie, en wel top down, te beginnen bij de leiding. Alleen afrekenen op materiële prestaties is in dit verband een ernstige zonde.
4. zowel binnen de ondernemingen en de overheidsorganisatie, als daarbuiten, is het toezicht voor verbetering vatbaar. Voor de fiscus moet daarbij het accent liggen op méér fysieke controles gericht op materiële risico's. Alle onderdelen van de overheid behoren alerter te zijn op «branchevreemde» onregelmatigheden en deze ter bestemder plaatse te melden.
5. handhaving is een zaak van samenwerking, niet van tegenwerking.
6. onzichtbaarheid van schade van onregelmatigheden mag niet leiden tot bagatellisering van die schade en – in het verlengde daarvan – tot geringe prioritering bij de handhaving van de regelgeving.
7. combinaties verdienen extra aandacht van opdrachtgevers en handhavers.
8. commune strafbare feiten behoren niet door de fiscus te worden «meegenomen» bij de afwikkeling van een fiscaal geschil; in het bijzonder valsheid in geschrift (anders dan in aangiften) behoort in beginsel steeds commuun te worden vervolgd.
9. misdrijven hebben altijd een ethische component; daarom behoort de vervolging van commune misdrijven – anders dan die van overtredingen – in beginsel te worden gericht tegen de feitelijke daders, niet louter tegen de organisatie waarbinnen zij werken. Alleen dan komen de generaal en speciaal preventieve functies van het strafrecht voldoende tot hun recht. Onder «feitelijke daders» moeten hier in de eerste plaats degenen worden begrepen die opdracht gaven tot c.q. leiding gaven aan het strafbare feit; dat zijn echter niet noodzakelijkerwijs de «leiders» van de onderneming.
10. corruptiebestrijding moet preventief, maar noodzakelijkerwijs ook repressief geschieden. Hier moet eveneens primair de strafrechtelijke weg worden bewandeld. Dat vergt een grotere inspanning van het OM en vooral een grotere inzet van middelen (Rijksrecherche). De overheid moet daarbij streven naar een maximale openbaarheid ten aanzien van de afdoening (transparantie).
11. preventieve maatregelen tegen corruptie en andere integriteitsschendingen dienen in de eerste plaats gericht te zijn op een regelmatige functiewisseling (rotatie) van ambtenaren die kwetsbare posities bekleden, het bestrijden van met de ambtelijke functie strijdige nevenwerkzaamheden en het stimuleren van een diepere bewustwording van de professionele en maatschappelijke verantwoordelijkheid die de

ambtelijke functie met zich mee brengt. De ambtenaar moet zich voortdurend bewust zijn dat wat privaat wellicht een deugd is, publiek een zonde kan zijn. Een goed voorbeeld doet hierbij goed volgen.

12. een effectieve corruptiebestrijding vergt bovendien verbetering van de bestaande wetgeving, die – ondanks recente wijziging – niet anders kan worden gekenschetst dan als «gebrekig». Werkelijk effectief zal deze wetgeving echter alleen zijn wanneer zij aansluit op interne regelgeving, zowel bij de overheidsorganisatie als binnen de ondernemingen.