

Vergaderjaar 2003–2004

28 244

Enquête Bouwnijverheid

Nr. 64

BRIEF VAN DE MINISTERS VAN ECONOMISCHE ZAKEN EN VAN JUSTITIE

Aan de Voorzitter van de Tweede Kamer der Staten-Generaal

Den Haag, 20 februari 2004

Tijdens het debat op 17 en 18 februari jl. betreffende de reactie van het Kabinet naar aanleiding van de nieuwe berichten over fraude in de bouw- en utiliteitssector hebben wij u de volgende toezegging gedaan. Op de kortst mogelijke termijn berichten wij u over de consequenties van het doen van een oproep door het Kabinet aan de bouwbedrijven om vóór 1 mei aanstaande volledige openheid van zaken over hun verleden te geven ten aanzien van hun handelen in strijd met het mededingingsrecht voor een eventuele strafrechtelijke vervolging.

De algemene clementieregeling van de NMa

In de Richtsnoeren Clementietoezegging (Staatscourant 1 juli 2002, nr. 122) beschrijft de Nederlandse Mededingingsautoriteit (NMa) onder welke voorwaarden ondernemingen in aanmerking komen voor clementie. Bepalend voor de mate van clementie zijn de rangorde van kennisgeving en het moment waarop de kennisgeving plaatsvindt. Zo dient de onderneming alle informatie te verschaffen die zij over het kartel heeft of krijgt. Het moet informatie zijn waarover de NMa niet reeds beschikte. De informatie moet het mogelijk maken een onderzoek te starten of additionele waarde hebben voor een onderzoek. De onderneming dient volledige medewerking te verlenen aan het onderzoek en zich te onthouden van iedere gedraging die het onderzoek van de NMa zou kunnen belemmeren. Tegelijk met het publiceren van de Richtsnoeren Clementietoezegging is het clementiebureau binnen de NMa ingesteld. Bij het clementiebureau kunnen de clementieverzoeken worden ingediend. De Richtsnoeren zien met name op verboden mededinging-bepalende afspraken en gedragingen tussen ondernemingen die kunnen worden aangemerkt als zeer zware overtredingen van het kartelverbod. Deze regeling geldt dus algemeen en niet slechts voor bedrijven die zich vóór 1 mei 2004 bij de NMa melden. Medewerking van een bedrijf kan leiden tot een gematigde boete en in bepaalde gevallen zelfs tot immunitet.

De oproep van het Kabinet

Het Kabinet roept bedrijven op vóór 1 mei 2004 aan de NMa volledige openheid van zaken te geven over hun verleden ten aanzien van handelen in strijd met het mededingingsrecht in de periode vanaf 1 januari 1998 – de datum waarop de NMa bevoegd werd dergelijke zaken af te doen – tot 1 januari 2003. Het gevolg geven aan deze oproep biedt bedrijven als bijkomend voordeel dat zij door de Rijksgebouwendienst (RGD) en Rijkswaterstaat (RWS) – de grootste aanbestedende diensten van Nederland – in beginsel niet uitgesloten worden van overheidsopdrachten op basis van bouwfraudezaken tot 1 januari 2003. De invoering van de termijn van 1 mei en het feit dat na 1 mei overtredingen per geval worden bekeken vormen een aanscherping van de toepassing van de inmiddels door het kabinet vastgestelde beleidsregels.

Andere diensten van de Rijksoverheid en lagere overheden zijn aan deze toepassing overigens niet gebonden. Zij kunnen dus – al dan niet na een BIBOB-aanvraag – blijven besluiten tot uitsluiting van deze bedrijven.

Geen zwarte lijst

Al bij de Kabinetsreactie op het eindrapport van de Parlementaire enquêtecommissie bouwnijverheid is aangegeven dat zwarte (of witte) lijsten niet gebruikt kunnen worden.

Een beslissing tot uitsluiting moet vanwege de opzet van de Europese aanbestedingsrichtlijnen en het bestuursrechtelijke beginsel van evenredigheid, steeds in verhouding staan tot de omvang van de opdracht en de ernst van de begane frauduleuze handeling of fout. Een bedrijf dat frauduleus gehandeld heeft kan derhalve niet zonder meer worden uitgesloten van één of meerdere aanbestedingsprocedures (ofwel voor een bepaalde tijd).

Een ander bezwaar tegen een dergelijke registratie is dat de grote zorgvuldigheid die dit vereist van de opsteller en beheerder van zo'n registratie (o.a. ten aanzien van de onafhankelijkheid en deskundigheid), disproportionele kosten en inspanningen met zich meebrengt. Een dergelijke registratie dient voortdurend actueel en uitputtend te zijn, opdat wordt voorkomen dat een bedrijf ten onrechte in zo'n registratie wordt opgenomen of ten onrechte niet wordt opgenomen. Toegang tot de registratie dient op grond van (strafrechtelijke en rechtsstatelijke beginselen) beperkt te zijn tot een kleine groep en dient met de nodige waarborgen te zijn omkleed om te voorkomen dat de informatie voor een ander doel wordt gebruikt en daardoor (commerciële en maatschappelijke) schade ontstaat. Gelet hierop is de mogelijkheid van het opzetten van een aparte registratie van frauduleuze bedrijven (een zwarte lijst) door het Kabinet van de hand gewezen.

Per aanbesteding t.a.v. elk individueel bedrijf zal beoordeeld moeten worden (al dan niet met behulp van een BIBOB-advies) of het bedrijf op basis van de uitsluitingsgronden in de aanbestedingsrichtlijnen van de opdracht uitgesloten kan worden. Uitsluiting op voorhand is niet mogelijk.

Uitwisseling van informatie tussen OM en NMa

De NMa is op grond van artikel 90 Mededingingswet gebonden aan een geheimhoudingsplicht. Deze geheimhouding geldt voor gegevens of inlichtingen omtrent een onderneming die de NMa heeft verkregen in het kader van de uitvoering van de wettelijke taak. Deze gegevens kunnen uitsluitend worden gebruikt voor de uitoefening van de wettelijke taak van de NMa. Dit betekent dat de NMa deze gegevens niet aan het OM zal geven. Dit laat uiteraard de eigen onderzoeksbevoegdheid van het OM onverlet.

In 2002 hebben het OM en de NMa een convenant opgesteld waarin onder meer regels over informatie-uitwisseling zijn opgenomen. Het convenant geeft echter alleen een omschrijving van de procedure die gevolgd wordt bij informatie-uitwisseling.

Door de NMa verkregen informatie zal in beginsel niet worden gedeeld met het OM. Hierdoor zullen Nemo-tenetur-problemen zo goed als mogelijk is worden ondervangen. Strafrechtelijk onderzoek zal echter wel mogelijk blijven.

De Minister van Economische Zaken,
L. J. Brinkhorst

De Minister van Justitie,
J. P. H. Donner