

# Eerst de violen stemmen

## De impact van misdrijfdiversiteit op de harmonieuze gunning van overheidsopdrachten in de EU

Wendy De Bondt

**Abstract NL** – Eerst de violen stemmen. De impact van misdrijfdiversiteit op de harmonieuze gunning van overheidsopdrachten

Een strafrechtelijk verleden kan een nefaste invloed hebben op de mogelijkheid om een overheidsopdracht uit te voeren. Er zijn immers veroordelingsgerelateerde uitsluitingsgronden opgenomen in de nationale overheidsaanbestedingenwetgeving van elk van de EU lidstaten. Deze bijdrage bekijkt hoe met die uitsluitingsgronden omgegaan moet worden in het licht van de bestaande misdrijfdiversiteit rekening houdend met het samenspel tussen het principe van gelijke behandeling, equivalente effecten van buitenlandse veroordelingen en executie van wederzijdse erkenningsverzoeken. Het komt tot de conclusie dat veroordelingen enkel tot uitsluiting kunnen leiden in de mate dat ze tot de grootste gemene deler van mogelijke veroordelingen behoren. Uitsluiting kan enkel wanneer het onderliggende gedrag tot de grootste gemene deler van strafbaarstellingen behoort; wanneer de uitsluitingsduur de grootste gemene deler van strafmaten niet te boven gaat. Enkel bezorgdheden rond openbare orde kunnen een uitzondering verantwoorden. Een dergelijke interpretatie van de grootte van de uitsluitingsgronden vereist een ingrijpende wijziging in de manier waarop nu met veroordelingsgerelateerde informatie omgegaan wordt.

**Abstract EN** – Tuning the violin. The impact of offence diversity when harmoniously awarding public contracts

A criminal record can have a baleful influence in a public procurement procedure. Conviction related exclusion grounds can be found in all national procurement legislations throughout the EU. This contribution looks into the effect of offence diversity on the complex interplay of equal treatment of candidates, equivalent treatment of convictions and execution of mutual recognition requests. It concludes that a prior conviction can only lead to exclusion to the extent it falls within the scope of the largest common denominator. Exclusion is only justified if the behaviour underlying the conviction falls in within the scope of the largest common denominator amongst criminalisation provisions; if the duration of the exclusion sentence does not exceed the largest common duration. Only concerns related to public order can justify an exception thereto. A such interpretation of the scope of the conviction related exclusion grounds requires a significant change in the way the flow of criminal records information is currently organised.

**Kernwoorden NL** overheidsopdracht, veroordeling, uitsluitingsgrond, misdrijfdiversiteit, strafdiversiteit, gelijke behandeling, equivalentie, wederzijdse erkenning

**Kernwoorden EN** public procurement, conviction, exclusion ground, offence diversity, sanction diversity, equal treatment, equivalence, mutual recognition

# Eerst de violen stemmen

**De impact van misdrijfdiversiteit op de harmonieuze gunning van overheidsopdrachten in de EU**

Wendy De Bondt

## **1 Inleiding op de gevolgen van eerdere veroordelingen**

### **1.1 Zowel binnen als buiten de strafrechtsprocedure**

De meest voor de hand liggende gevolgen van een eerdere veroordeling situeren zich in de context van de strafprocedure. Binnen het Belgische strafrecht kan het hebben van een eerdere veroordeling bijvoorbeeld een strafverzwarend effect hebben door toepassing van de figuur van de herhaling (art. 54-57 Sw) en het verlenen van opschorting of uitstel in de weg staan (resp. art. 3 en 8 §1 Probawet).

Hoewel soms geargumenteed wordt dat criminaliteit enkel het strafrecht zou moeten aanbelangen (Piselli, 2000, 268), laat een analyse van het recht geen twijfel bestaan over het feit dat veroordelingen ook in vele andere takken van het recht belangrijk zijn.

Minder zichtbaar en besproken, maar daarom niet minder belangrijk zijn de gevolgen buiten een strafprocedure. Talloze diskwalificaties en ontzettingen worden in verband gebracht met veroordelingen, zoals het verval van het recht tot het besturen van een voertuig na een veroordeling voor een verkeersmisdrijf, het verbod om nog met kinderen te werken na een veroordeling voor een seksueel misdrijf of de uitsluiting van deelname aan een overheidsopdracht na een veroordeling voor een corruptiemisdrijf. Het voorbeeld van uitsluiting van deelname aan een overheidsopdracht na een veroordeling voor bijvoorbeeld corruptie of fraude staat centraal in deze bijdrage.

De onderstaande paragrafen vormen een inleiding op de problematiek die ontstaat als gevolg van de zogeheten misdrijfdiversiteit tussen de lidstaten van de Europese Unie. Met misdrijfdiversiteit wordt bedoeld op de verschillen die bestaan in de definiëring van de misdrijven en het feit dat wat als misdrijf omschreven wordt in de ene lidstaat mogelijks niet strafbaar gesteld wordt in een andere lidstaat. Het uitgangspunt van deze bijdrage bestaat erin dat de misdrijfdiversiteit een hinderpaal kan zijn voor de harmonieuze gunning van overheidsopdrachten aangezien het opereren onder een strengere strafwet de kansen op een veroordeling en dus uitsluiting van deelname aan een overheidsopdracht vergroten in vergelijking met tegenkandidaten die opereren onder een mildere strafwet in een andere lidstaat.

Het effect van de misdrijfdiversiteit voor de harmonieuze gunning van overheidsopdrachten in de EU is tot nu toe onvoldoende het voorwerp geweest van juridische analyse. Centraal in deze bijdrage staat de vraag welke dat effect moet zijn. Deze inleidende paragrafen mondden uit in concrete deelvragen die stap voor stap beantwoord kunnen worden.

## 1.2 Uitsluiting van deelname aan een overheidsopdracht

Een overheidsopdracht kan bestaan uit het leveren van diensten, goederen of werk (Drijber & Stergiou, 2009). Wanneer een overheid bijvoorbeeld een van haar gebouwen wil renoveren, zal het leveren van *diensten* erin bestaan een bouwkundig advies te verlenen, het leveren van *goederen* het nodige materiaal te leveren en de renovatie op de daadwerkelijke uit te voeren. Via de openbare procedure die de gunning van een overheidsopdracht voorafgaat, koopt een overheid wat ze nodig heeft om haar functies correct en efficiënt te kunnen uitvoeren. De hele thematiek van overheidsopdrachten is in alle EU landen streng gereguleerd in nationale overheidsopdrachtenwetgevingen, niet in het minst omdat overheden hun uitgaven moeten kunnen verantwoorden en er daarom alle belang bij hebben dat gunnen van opdrachten volgens vooraf uitgetekende procedures verloopt die garant moeten staan voor de aankoop van het beste product tegen de beste prijs (Arrowsmith, 2004; Drijber & Stergiou, 2009).

Het uitvoeren van zo'n overheidsopdracht staat niet open voor iedereen. In elke nationale overheidsopdrachtenwetgeving zijn bepalingen te vinden die kandidaten van deelname uitsluiten wanneer die veroordeeld zijn voor bepaalde misdrijven.<sup>1</sup> Die uitsluitingsgronden zijn er gekomen om overheden te behoeden een contractuele relatie aan te gaan met een onbetrouwbare kandidaat (Arnould, 2004; Arrowsmith, 2004; Williams, 2006). Niet alleen kan dat de goede finalisering van de overheidsopdracht in het gedrang brengen, het is ook niet ondenkbaar dat de overheid reputatieschade leidt door het gunnen van een opdracht aan en dus het financieren van een kandidaat die in het verleden een strafrechtelijke veroordeling opliep (Piselli, 2000, Williams, 2006). Bovendien vormt de uitsluiting van deelname aan een overheidsopdracht ook een belangrijke pijler in de criminaliteitspreventie. Door middel van uitsluiting van veroordeelde kandidaten wordt getracht de dominante positie van criminele organisaties in bepaalde sectoren tegen te gaan.

Net daarom is bepaald dat iemand die in het verleden een veroordeling opliep voor relevant geachte misdrijven zoals bijvoorbeeld corruptie, het witwassen van misdaadgeld of het plegen van belastingfraude, geweerd wordt uit een gunningsprocedure.

---

<sup>1</sup> In het kader van het doctoraatsonderzoek werd de nationale overheidsopdrachtenwetgeving van elk van de 27 EU lidstaten geanalyseerd. Echter, om te staven dat veroordelingsgerelateerde uitsluitingsgronden bestaan in elk van die wetgevingen kan volstaan worden met een referentie aan het EU instrumentarium dat in minimumverplichtingen in die zin voorziet. Zie bvb. artikel 45 van de Richtlijn 2004/18/EG, dat verder besproken wordt.

### 1.3 Europese minima zorgen voor gemeenschappelijke melodieën

Zoals voor vele rechtstakken geldt zijn de lidstaten van de Europese Unie ook wat overheidsopdrachten betreft niet volledig vrij om zelf de nationale wetgeving uit te tekenen. Die bevoegdheid wordt gedeeld met de Europese regelgever die een aantal minimum voorschriften in het leven geroepen heeft. De Europese inmenging in de gunning van overheidsopdrachten is te verklaren door de verbondenheid ervan met de goeie werking van de interne markt (Arrowsmith, 2004; Drijber & Stergiou, 2009). Een doeltreffende regulering van de overheidsopdrachten wordt beschouwd als fundamenteel voor het succes van de interne markt (Europese Commissie, 1985, 1996).

Precies de ontwikkeling van een succesvolle interne markt behoort tot de kerntaken van de (toenmalige) Europese gemeenschap (art. 2 VEG). Daartoe moeten alle hindernissen voor het vrije verkeer van goederen, personen en diensten weggehaald worden (art. 3 VEG). Vertaald naar overheidsopdrachten houdt het vrij verkeer in dat het ook voor buitenlandse kandidaten mogelijk moet zijn om in te schrijven. Derhalve moeten nationale bepalingen die dat verhinderen bijgestuurd worden. Net die bezorgdheid rond het bestaan van hinderpalen voor buitenlandse kandidaten lag aan de basis lag van de eerste golf richtlijnen in de jaren '70 (i.e. Richtlijn 71/305/EEG met betrekking tot het uitvoeren van werk en Richtlijn 77/62/EEG met betrekking tot het leveren van goederen) (Arrowsmith, 2004; Medhurst, 1997; Trepte, 2007). Een tweede golf leidt eind jaren '80 tot een aantal amendementen (i.e. middels Richtlijnen 89/440/EEG en 88/295/EEG) en begin jaren '90 tot een bijkomende richtlijn over het leveren van diensten (Richtlijn 92/50/EEC). Een consolidatie van de drie domeinen is er gekomen met een gemeenschappelijke richtlijn in 2004 (Richtlijn 2004/18/EG hierna RL Overheidsopdrachten).

Het is pas met die consolidatie dat de Europese regelgever zich ook gemengd heeft in het veroordelingsgerelateerde uitsluitingsbeleid dat aan overheidsopdrachten gekoppeld is, als aanvulling op het remediëren van bepalingen die een hindernis vormen voor buitenlandse kandidaten (Arnould, 2004; Arrowsmith, 2004). Het valt op dat de misdrijfdiversiteit – die de focus is van deze bijdrage – nooit als een dergelijke hindernis (h)erkend wordt. Volgens de EU richtlijn zijn lidstaten verplicht om in hun nationaal recht te voorzien dat kandidaten automatisch uitgesloten worden van deelname wanneer ze een veroordeling opliepen voor een van de vier opgelijste misdrijven (art. 45 RL Overheidsopdrachten). Het gaat om bepaalde vormen van deelneming aan een criminele organisatie, corruptie, fraude en witwassen van geld, die gedefinieerd en dus afgebakend zijn door verwijzing naar op Europees niveau overeengekomen minimale strafbaarstellingen.<sup>2</sup> De uitsluitingen opgenomen in de EU Richtlijn reflecteren de minimale criminaliseringsverplichting en laten de lidstaten vrij om zelf te bepa-

---

<sup>2</sup> Er wordt verwezen naar de zogenaamde harmonisatie-instrumenten die er gekomen zijn in uitvoering van de in het verdrag van Amsterdam ingeschreven mogelijkheid om gemeenschappelijke definities voor bepaalde misdrijven te ontwikkelen.

len hoe streng ze de toegangscontrole maken voor hun overheidsopdrachten. Lidstaten mogen dus elk een eigen partituur componeren, maar bepaalde gemeenschappelijke melodieën moeten er wel in terug te vinden zijn. Er wordt geen gewag gemaakt van een mogelijke beperking in het licht van de misdrijfdiversiteit.

#### 1.4 Voelbaar als toegangsbeperking of strafsanctie?

Een kandidaat uitsluiten van deelname aan een overheidsopdracht overeenkomstig de Europese minimumvoorwaarden, kan via twee verschillende technieken gebeuren.

Volgens een eerste techniek kan de toegang tot deelname aan een overheidsopdracht beperkt worden in de overheidsopdrachtenwetgeving zelf. In de overheidsopdrachtenwet kan opgenomen zijn dat een kandidaat die een eerdere veroordeling opgelopen heeft voor een van de opgelijste misdrijven uitgesloten zal of kan worden. Het facultatieve of verplichte karakter moet rekening houden met de minimumverplichtingen in de RL Overheidsopdrachten. Daarbuiten kan een overheid de discretionaire bevoegdheid hebben een kandidaat met een veroordeling tot een opgelijst misdrijf in een concreet dossier al of niet uit te sluiten.<sup>3</sup>

Volgens een tweede techniek kan de toegang tot deelname aan een overheidsopdracht beperkt worden in de strafwetgeving, door 'verval van het recht tot deelname aan een overheidsopdracht' als facultatieve of verplichte sanctie op te nemen.<sup>4</sup> Rekening houdend met de minimumverplichtingen in de RL Overheidsopdrachten zal een dergelijke sanctie verplicht zijn in bepaalde gevallen, daar waar ze facultatief kan zijn in andere gevallen.

Hoewel beide manieren van uitsluiten tot hetzelfde *netto-effect* zullen leiden, is (het verschil in) de juridische kwalificatie ervan het voorwerp van veel discussie geweest, doch vormt niet het voorwerp van deze bijdrage. Wat wel het voorwerp van onderzoek uitmaakt in deze bijdrage, is de manier waarop deze uitsluitingsmechanismen kunnen werken in een grensoverschrijdende context, met name de manier waarop omgegaan moet worden met misdrijfdiversiteit in de Europese Unie.

---

<sup>3</sup> Naar aanleiding van de implementatie van RL Overheidsopdrachten, is deze techniek terug te vinden in de nationale wetgeving van elk van de lidstaten van de EU.

<sup>4</sup> De opname van deze sanctie in de lijst van sancties in het Europees Strafrechtregister Informatiesysteem (ECRIS) geeft aan dat deze sanctie terug te vinden is in sommige lidstaten (code 3005 ECRIS-besluit). In het kader van een recent EU onderzoek naar diskwalificaties in de EU gaven 11 lidstaten aan deze sanctie te kennen: BU CY CZ EL ES LT LU MT NL PT UK (Vermeulen, De Bondt, Ryckman, Peršak 2012, 61).

## 1.5 Impact van de misdrijfdiversiteit

Het probleem dat het voorwerp uitmaakt van deze bijdrage vloeit voort uit de diversiteit in misdrijfdefinities tussen de lidstaten. Niettegenstaande de enorme harmonisatiebeweging die de laatste 10 jaar heeft plaatsgevonden (De Bondt en Vermeulen, 2009), blijven er significante verschillen bestaan in de misdrijfdefinities gebruikt in de verschillende lidstaten. Derhalve is het niet uitzonderlijk dat een gedraging die gekwalificeerd wordt als corruptie in de ene lidstaat niet eens strafbaar is in de andere lidstaat. De vraag rijst welke impact deze verschillen hebben voor de toepassing van een nationale rechtsregel die bepaalt dat een eerdere veroordeling voor corruptie tot uitsluiting van deelname aan een overheidsprocedure leidt.

Wanneer een dergelijke uitsluiting geregeld is in de nationale overheidsopdrachtenwetgeving en bepaalt is dat 'een kandidaat met een corruptieveroordeling niet in aanmerking genomen wordt', rijst de vraag of bij de toepassing daarvan het concept 'corruptie' nationaal geïnterpreteerd moet worden terugrijpend naar het vigerende nationale strafrecht, dan wel of het verschil in strafrecht tussen de betrokken lidstaten genegeerd moet/mag worden en of met ander woorden een kandidaat ook uitgesloten zal worden wanneer hetzij de buitenlandse corruptieveroordeling nationaal niet kon bestaan in de aanbestedende lidstaat bij gebrek aan dubbele strafbaarheid (onder de noemer van 'corruptie') van de feiten, hetzij de nationale corruptieveroordeling betrekking heeft op feiten waar een onder buitenslands strafrecht vallende tegenkandidaat niet kon veroordeeld zijn bij gebrek aan dubbele strafbaarheid (onder de noemer van 'corruptie') van de feiten.

Wanneer een dergelijke uitsluiting geregeld is in het nationale strafrecht en zich manifesteert als een opgelegde sanctie, rijst de vraag of de uitvoering ervan afdwingbaar is/in acht genomen mag/moet worden in het kader van een buitenlandse aanbestedingsprocedure die geen dergelijke uitsluiting kent.

Bovendien zorgt de verbondenheid van overheidsopdrachten met de goeie werking van de interne markt voor een extra complexiteit. De aanbestedingsprocedure moet rekening houden met de vereiste van 'gelijke behandeling' van de deelnemende kandidaten (art. 2 RL Overheidsopdrachten). Daardoor rijst de bijkomende vraag of de verschillen in strafrecht aanleiding kunnen geven tot een 'ongelijke situatie' en of de bestaande rechtspraak over de invloed van strafrechtelijke verschillen op gelijke behandeling ook van toepassing zijn op deze specifieke overheidsaanbestedingscontext dan wel of een herinterpretatie, nuance, uitzondering noodzakelijk is.

Uit de analyse van de nationale wetgevingen met betrekking tot uitsluiting van deelname aan een overheidsopdracht blijkt dat deze vragen geen of weinig aandacht gekregen hebben. In een eerste type landen is het verschil in strafrecht irrelevant voor de toepassing van de uitsluitingsbepalingen, aangezien de uitsluiting door de formulering ervan beperkt is tot veroordelingen waarover de misdrijfdefinities gelijklopend zijn. De Zweedse situatie is daar een voorbeeld van. Zweden heeft zich bij het afbakenen van corruptie als uitsluitingsgrond beperkt tot die misdrijven die overeenstemmen met de Europees voorgeschreven minimumcriminalisering voor corruptie. Artikel 1, Hoofdstuk X Zweedse

Overheidsopdrachtenwet verwijst daarom niet naar het Zweedse strafwetboek om corruptie als uitsluitingsgrond af te bakenen, maar naar de Europese harmonisatie-instrumenten die een definitie van corruptie inhoudt die in alle lidstaten terug te vinden moet zijn. De uitsluitingsgronden zijn afgebakend op basis van misdrijfdefinities die gelijklopend zijn in alle EU lidstaten.

In een tweede type landen is de invloed van het verschil in strafrecht impliciet beantwoord doordat het nationale strafrecht gebruikt wordt bij de afbakening van de uitsluitingsgronden. Bulgarije is daar een voorbeeld van. Artikel 47 Bulgaarse Overheidsopdrachtenwet verwijst voor de definiëring van corruptie als uitsluitingsgrond naar veroordelingen op basis van artikelen 301 tot 307 Bulgaars Strafwetboek. Hoewel impliciet, betekent dit dat een buitenlandse veroordeling voor een gedraging die in Bulgarije niet in die artikelen strafbaar gesteld wordt, niet tot uitsluiting zal leiden. Anderzijds zal een Bulgaarse corruptieveroordeling gebaseerd op artikelen 301 tot 307 Bulgaars Strafwetboek wel tot uitsluiting leiden, ongeacht de strafbaarheid van het gedrag wanneer het gesteld wordt door een tegenkandidaat in een andere jurisdictie. Dit mag echter niet gezien worden als een stellingname in het vraagstuk over de impact op de gelijke behandeling van de kandidaten aangezien dit niet het voorwerp van discussie geweest is bij het uittekenen van deze wetgeving.

In een derde type landen werd ervoor gekozen de uitsluitingsgronden meer algemeen te verwoorden en te werken met misdrijfcategorieën of -families, eerder dan met opgelijste artikelen. Tsjechië is hier een voorbeeld van. § 53 Tsjechische Overheidsopdrachtenwet omschrijft de corruptiegerelateerde uitsluitingsgrond als het veroordeeld zijn voor "het aannemen van steekpenningen, actieve omkoping, passieve omkoping". Deze formulering laat de mogelijkheid bestaan om een kandidaat uit te sluiten op basis van een buitenlandse corruptieveroordeling ookal is de onderliggende gedraging niet strafbaar onder Tsjechisch strafrecht, hoewel de formulering niets zegt over de effectieve toepassing ervan in de praktijk.

## 1.6 Muzikale metafoor

Het onduidelijke en ambigue karakter van het belang van de diversiteit in misdrijfdefinities voor de uitsluiting van kandidaten in een aanbestedingsprocedure vereist een grondige juridische analyse die de grenzen van de beleidsvrijheid van de nationale wetgevers en aanbestedende overheden afbakent.

Bepalen of een kandidaat met een veroordeling al of niet uitgesloten moet worden van deelname aan de overheidsopdracht vereist dat rekening gehouden wordt met het complexe samenspel van een aantal basisprincipes uit verschillende rechtstakken. In de context van overheidsopdrachten is er geen ontkomen aan de principes die de goeie werking van de interne markt garanderen, met het gelijke behandelingsprincipe van de kandidaten voorop (McCrudden, 2009). Vanuit dat perspectief is het belangrijk dat de nationale regelgeving geïnterpreteerd en toegepast wordt op een manier die de gelijke behandeling van de kandidaten garandeert (art. 2 RL Overheidsopdrachten). Hoewel de uitsluiting van deelname aan een overheidsopdracht nergens expliciet als dusdanig geregeld is, vereist consistentie in het EU strafrechtelijke beleid dat de link gelegd wordt met



de principes die de internationale geldigheid van strafvonnisen bepalen. Daarbinnen hoort het equivalentie-principe en tevens het executie-principe. Het equivalentie-principe dat haar oorsprong vindt in het recent kaderbesluit rond het in acht nemen van buitenlandse veroordelingen regelt het geven van effect aan een buitenlandse veroordeling dat equivalent is aan het effect dat een nationale veroordeling zou hebben in een nieuwe strafrechtelijke procedure. Het in acht nemen van een buitenlandse veroordeling bij de appreciatie van de toegangsbeperking opgenomen in de nationale overheidsopdrachtenwetgeving is een gelijkaardige techniek. Het executie-principe dat haar oorsprong vindt in de wederzijdse erkenningsinstrumenten regelt het uitvoeren van de sanctie genomen in een buitenlandse veroordeling, voor een aantal beperkt opgesomde misdrijven zelfs ongeacht de misdrijfdiversiteit. De vraag of ook uitsluiting kan/moet uitgevoerd worden ongeacht de misdrijfdiversiteit is gelijkaardig aan deze techniek.

Om de techniciteit van de materie toegankelijker te maken, wordt de analyse ondersteunt door een muzikale metafoer, zoals de titel van deze bijdrage doet vermoeden.

De drie bestaande principes die een invloed kunnen hebben op de impact van verschil in misdrijfdefinities vertolken elk een viool. De drie violen moeten (op elkaar af)gestemd worden om harmonieuze gunning van overheidsopdrachten mogelijk te maken. De gelijkheids-viool is gestemd door een expert in gemeenschapsrecht en de werking van de interne markt. De equivalentie-viool en de executie-viool zijn beide gestemd door een expert in de internationale geldigheid van strafvonnisen, hoewel ze toch anders zullen klinken. Meerstemmigheid kan interessant en intrigerend zijn, maar is ongepast als moet beoordeeld worden of iemand al of niet aan een overheidsopdracht kan deelnemen.

De nationale wetgever vertolkt de rol van de componist, de nationale wetgeving de rol van de partituur. Hoewel elke nationale wetgever een eigen uitsluitingsbeleid vormgegeven heeft en een eigen partituur gecomponeerd heeft, zal in elk van de regelgevingen een gemeenschappelijke melodie te onderscheiden zijn overeenkomstig de Europees bepaalde minimumvoorwaarden. Of de nationale componerende wetgever verder ook gebonden is door de toon aangegeven door een van de violen is onduidelijk. De eerste onderzoeksvraag luidt daarom:

- Hoe vrij is de nationale wetgever om een eigen 'partituur' te componeren als het om de nationale uitsluitingsgronden gaat? In welke mate heeft de toepasselijkheid van bestaande principes een invloed op de wetgevingsvrijheid van de individuele nationale wetgever?

De aanbestedende overheid vertolkt de rol van dirigent, die in een concreet geval voor een harmonieuze uitvoering moet zorgen van de wetgevende partituur en daarbij desgevallend de drie verschillende violen moet laten samenspeelen. De tweede onderzoeksvraag luidt daarom:

- Hoe vrij is een aanbestedende overheid om in uitvoering van de nationale wetgeving een kandidaat met een eerdere veroordeling uit te sluiten?

In welke mate heeft de toepasselijkheid van bestaande principes een invloed op de keuzevrijheid van de individuele aanbestedende overheid?

Om een gefundeerd antwoord te formuleren is het cruciaal de werking van de drie principes en de door hen aangegeven toon grondig te bestuderen. In eerste instantie zal gekeken worden naar het equivalentie- en executie-principe die een oorsprong vinden in de internationale geldigheid van strafvonnissen. In tweede instantie wordt de invloed van het gelijke behandelingsprincipe aan de analyse toegevoegd.

## 2 Internationale geldigheid van strafvonnissen

In eerste instantie wordt gekeken naar de principes die een oorsprong vinden in de sfeer van de internationale geldigheid van strafvonnissen. Traditioneel wordt het concept "*internationale geldigheid van strafvonnissen*" in verband gebracht met het Europees Verdrag van 28 mei 1970 inzake de internationale geldigheid van strafvonnissen (IGSV). Het valt uiteen in twee deelcomponenten: enerzijds omvat het de internationale *equivalente gevolgen* van Europese strafvonnissen (hfd. 3 IGSV); anderzijds omvat het de *grensoverschrijdende executie* van Europese strafvonnissen (hfd. 2 IGSV). Daarop gemodelleerd zijn die twee deelcomponenten ook terug te vinden in het EU instrumentarium: enerzijds werd recent een kaderbesluit aangenomen dat de internationale equivalente gevolgen van Europese strafvonnissen regelt door een verplichting in het leven te roepen om rekening te houden met een eerdere buitenlandse veroordeling op een manier die overeenkomt met het rekening houden met een eerdere nationale veroordeling;<sup>5</sup> anderzijds werd een reeks kaderbesluiten aangenomen die de grensoverschrijdende tenuitvoerlegging van Europese strafvonnissen reguleren die invulling geven aan het principe van de wederzijdse erkenning.<sup>6</sup>

Omdat de wens of verplichting om iemand uit te sluiten op basis van een eerdere veroordeling aansluiting kan vinden zowel bij het op een equivalente manier moeten rekening houden met eerdere buitenlandse veroordelingen als bij de grensoverschrijdende executie van strafvonnissen, worden beide technieken van naderbij bekeken om uit te maken welk effect de principes hebben op de toepassing van de uitsluitingsgronden en in welke mate een consistente doorwerking ervan naar de uitsluiting van deelname aan een overheidsopdracht rekening houdt met de misdrijfdiversiteit. De principes worden eerst individueel bekeken en zullen pas in een latere fase tegen elkaar afgewogen worden om tot een harmonieus geheel te komen.

---

<sup>5</sup> KB Eerdere Veroordelingen, Kaderbesluit 2008/675/JBZ van de Raad van 24 juli 2008 betreffende de wijze waarop bij een nieuwe strafrechtelijke procedure rekening wordt gehouden met veroordelingen in andere lidstaten van de Europese Unie, PB L 220 van 15.8.2008.

<sup>6</sup> KB Alternatieve Straffen, Kaderbesluit 2008/947/JBZ van de Raad van 27 november 2008 inzake de toepassing van het beginsel van de wederzijdse erkenning op vonnissen en proeftijdbe-slissingen met het oog op het toezicht op proeftijdvoorwaarden en alternatieve straffen, PB L 337 van 16.12.2008 wordt verder als voorbeeld geanalyseerd.

## 2.1 Rekening houden met: equivalentie-viool

Een eerste deel kijkt naar de internationale *equivalente gevolgen* die strafvonnissen moeten ressorteren. Dat er bij de beoordeling van de geschiktheid van een kandidaat ook rekening gehouden wordt met een buitenlandse veroordeling is lang niet zo evident als het lijkt. Rekening houden met buitenlandse veroordelingen heeft lange tijd in de schaduw gestaan van de nationale oriëntatie van het strafrecht en de terughoudendheid om buitenlandse invloeden te aanvaarden (Albrecht & Braum 1999). Daar waar lidstaten voorheen vrij waren om zelf te beslissen al of niet rekening te zullen houden met een buitenlandse eerdere veroordeling wanneer bijvoorbeeld bepaald werd of een persoon zich al dan niet in staat van herhaling bevindt, geldt er sinds 2008 een verplichting in dat verband. De equivalentie-viool vindt haar oorsprong in art. 3 KB Eerdere Veroordelingen dat bepaalt dat lidstaten ervoor moeten zorgen dat – zij het enkel in de context van een strafrechtelijke procedure – rekening gehouden moet worden met een in een andere lidstaat uitgesproken eerdere veroordeling in dezelfde mate en op een wijze die equivalent is aan de manier waarop rekening gehouden zou worden met een eerdere nationale veroordeling. Equivalentie is het sleutelbegrip in dat kaderbesluit. Buitenlandse eerdere veroordelingen moeten maar in rekening gebracht worden op een manier die equivalentie garandeert met eerdere nationale veroordelingen. Het eigen nationale recht wordt als referentiekader genomen (Recital 5 KB Eerdere Veroordelingen). Dat betekent dat lidstaten zich niet alleen het recht voorbehouden om geen rekening te houden met een buitenlandse veroordeling die wegens gebrek aan dubbele strafbaarheid<sup>7</sup> niet zou kunnen bestaan in de eigen interne rechtsorde maar dat ze zich ook het recht voorbehouden om overeenkomstig het nationale recht een effect te geven aan een buitenlandse veroordeling dat afwijkt – hetzij in positieve hetzij in negatieve zin – van het effect dat die veroordeling zou gehad hebben in de uitvaardigende lidstaat.

Dat dubbele voorbehoud indachtig zijn de lidstaten verplicht om abstractie te maken van de oorsprong van de veroordeling en elke veroordeling op een equivalente (nationaal geregelde) manier te behandelen. Het vaak ontbreken van een nationale weerslag van de op EU niveau aangegane engagementen mag het aanmeten van een symboolfunctie voor het equivalentie-principe niet in de weg staan gelet op de door de lidstaten unaniem<sup>8</sup> uitgedrukte wil om naar de toekomst toe die weg te bewandelen.

Naar analogie met de verplichting om ook rekening te houden met buitenlandse eerdere veroordelingen in een nieuwe strafrechtelijke procedure en rekening houdend met de filosofie van uitsluitingsgronden is het niet meer dan logisch dat de verplichting om kandidaten uit te sluiten op basis van een eerdere

---

<sup>7</sup> Recital 6 KB Eerdere Veroordelingen expliciteert dit voorbehoud door te verduidelijken dat het kaderbesluit in geen geval een verplichting in het leven roept om rekening te houden met buitenlandse veroordelingen die de dubbele strafbaarheidstoets niet doorstaan.

<sup>8</sup> In het toenmalige besluitvormingsmodel moesten kaderbesluiten aangenomen worden met unanimiteit. Die kracht heeft de opvolger van het kaderbesluit met de komst van het verdrag van Lissabon verloren in het voordeel van een snellere en meer efficiënte besluitvorming. Zie daarover meer in (De Bondt & De Moor, 2009)

veroordeling geïnterpreteerd moet worden als een verplichting om kandidaten ook uit te sluiten op basis van buitenlandse eerdere veroordelingen. Zeker in de context van overheidsopdrachten wat volgens de Europese Commissie een symbooldossier is voor de werking van de interne markt (Europese Commissie, 1985, 1996) waar het een quasi-evidentie is dat personen met een verschillende achtergrond kandideren, vereist een consistent EU beleid dat ook rekening gehouden wordt met een buitenlandse veroordeling van de kandidaten. Derhalve moeten de EU minima geïnterpreteerd worden als uitsluiting voor de opgelijste misdrijven, ongeacht of de nationale dan wel buitenlandse oorsprong van de veroordelingen. Deze analoge interpretatie is een perfecte weergave van de geest van de uitsluitingsgronden in het overheidsopdrachtenrecht.

Toegepast in de context van een gunningsprocedure betekent dat, dat een kandidaat met een buitenlandse corruptieveroordeling uitgesloten wordt in de mate dat een equivalente nationale corruptieveroordeling kan bestaan. Omgekeerd zal die minimum verplichting die het equivalentie-principe in het leven roept niet vereisen (doch ook niet verbieden) dat iemand met een buitenlandse corruptieveroordeling uitgesloten wordt als die veroordeling bij gebrek aan criminalisering van het onderliggende gedrag niet had kunnen bestaan in het gunnende land, ongeacht of die veroordeling in het uitvaardigende land al dan niet tot uitsluiting zou hebben geleid.

Teruggrijpend naar de nationale voorbeelden, is Bulgarije een voorbeeld van zuivere equivalentie. Enkel wanneer de buitenlandse corruptieveroordeling overeenstemt met de gedragingen strafbaar gesteld bij artikel 301-307 van het Bulgaarse strafwetboek, zal die tot uitsluiting leiden. Als gevolg daarvan zal een buitenlandse veroordeling voor een andere in Bulgarije niet gekende vorm van corruptie geen uitsluitend effect hebben. Omdat Zweden teruggrijpt naar de minimum criminalisering voor corruptie zoals die op Europees niveau overeengekomen is, zal ook daar een *de facto* equivalentie gelden. Enkel corruptieveroordelingen waarvoor de onderliggende gedraging strafbaar is in alle lidstaten zullen tot uitsluiting leiden. De Tsjechische bepaling daarentegen is ruimer omdat de overheidsopdrachtenwet geen beperking inhoudt van de in aanmerking te nemen corruptieveroordeling. De bepaling belet niet dat ook buitenlandse corruptieveroordelingen voor in het gunnende land niet strafbare gedragingen tot uitsluiting leiden.

Samengevat houdt het equivalentie-principe een minimumverplichting in om aan buitenlandse veroordelingen een effect te geven dat equivalent is aan het effect een nationale veroordeling zou hebben. Gelet op de unanieme keuze die gemaakt wordt voor het inschrijven van een equivalentie-principe in de context van een nieuwe strafrechtelijke procedure gecombineerd met de filosofie achter de uitsluitingsgronden in het aanbestedingsrecht, is het niet meer dan logisch dat die verplichting ook daar gehanteerd wordt. Toegepast op het voorbeeld van de buitenlandse corruptieveroordeling zal die (ten minste) verplicht tot uitsluiting leiden in de mate dat het onderliggende gedrag overeenstemt met het gedrag dat nationaal strafbaar is en tot uitsluiting leidt. Dat neemt niet weg dat lidstaten hun nationale bepaling kunnen formuleren op een manier die het mogelijk maakt om ook effect te geven aan een buitenlandse veroordeling ook al

zou in het interne recht geen pendant van de buitenlandse veroordeling kunnen bestaan.

De equivalentie-viool houdt rekening met de misdrijfdiversiteit in die zin dat ze geen verplichting in het leven roept om veroordelingen in acht te nemen die de dubbele strafbaarheidstoets niet doorstaan. Anderzijds ziet de equivalentie-viool geen graten in de misdrijfdiversiteit in die zin dat inachtnaamelijkheid zonder subbele strafbaarheid toegelaten is. Ook wordt het uitsluiten van een kandidaat met een nationale corruptieveroordeling voor feiten die niet strafbaar zijn voor een onder buitenlands strafrecht vallende tegenkandidaat niet geproblematiseerd.

## **2.2 Wederzijds erkennen en uitvoeren: executie-viool**

Een tweede deel kijkt naar de internationale tenuitvoerlegging van strafvonnissen om de problematiek van de misdrijfdiversiteit bij het uitvoeren van een opgelegde uitsluiting te analyseren. De op wederzijdse erkenning gebaseerde executie-viool is lichtjes anders gestemd dan de equivalentie-viool omdat de limiet van de uitsluitingsverplichting op sommige punten verschilt. Dat verschil wordt in de volgende paragrafen toegelicht.

Het principe van de wederzijdse erkenning behoeft nog weinig introductie. Het heeft haar wortels in de Europese top van Tampere ook al zaadjes te vinden in eerdere beleidsdocumenten (Bantekas, 2007, De Bondt & Vermeulen, 2011). Het introduceert de verplichting om justitiële beslissingen genomen door een van de andere lidstaten te erkennen en de beslissing uit te voeren, zij het onder bepaalde voorwaarden. De uitvoerende lidstaat bepaalt aan welke andere lidstaat uitvoering gevraagd zal worden. Hoewel wederzijdse erkenning niet altijd daartoe beperkt is, gaat het meestal om het land van herkomst of residentie van de veroordeelde; dat is het land waar uitvoering geacht wordt het meest effectief te zijn. Ter uitvoering van het wederzijdse erkenningsprincipe werden sedertdien een heel aantal zogenaamde wederzijdse erkenninginstrumenten aangenomen (KB Geldelijke sancties, KB Confiscaties, KB Vrijheidsbeneming, KB Supervisie, KB Alternatieve straffen). Met het oog op het waarborgen van een consistent EU strafrechtelijk beleid, wordt het kaderbesluit rond alternatieve straffen gebruikt als basis voor de bespreking omdat de daarin geregelde situatie het korstte aanleunt bij het uitsluiten van een kandidaat van deelname aan een overheidsopdracht. Het KB Alternatieve straffen regelt de hele specifieke situatie van een persoon die na de veroordeling verhuist waardoor executie van een uitgesproken alternatieve straf in het gedrang komt. Het KB zorgt ervoor dat de executie van de alternatieve sanctie de verhuisbeweging volgt omdat het veroordelende land het nieuwe thuisland zal vragen de uitvoering over te nemen.

Een analoge toepassing op een veroordeling tot uitsluiting van deelname aan een overheidsopdracht zou betekenen dat wanneer de betrokkene na de veroordeling verhuist en in zijn nieuwe thuisland aan een gunningsprocedure poogt deel te nemen, de uitvoering van de uitsluiting de verhuisbeweging volgt en de veroordelende lidstaat kan vragen uitvoering te geven aan de opgelegde uitsluiting. De meerwaarde van de wederzijdse erkenning van veroordelingen tot de uitsluiting van deelname aan een overheidsopdracht blijft echter beperkt tot die

gevallen waar (1) een uitsluiting opgelegd werd in het veroordeland, (2) de betrokkene verhuist naar een andere lidstaat en daar poogt deel te nemen aan een gunningsprocedure, (3) de uitvoering expliciet gevraagd wordt door het veroordeland aan het land waar de gunningsprocedure loopt en (4) voor zover het aanbestedende land de veroordeling niet zelf een uitsluitend effect zou gegeven hebben op basis van een equivalent in acht nemen van de buitenlandse veroordeling.

Binnen dat uitzonderlijke en zeer specifieke scenario zijn er twee situaties waar het terugvallen op wederzijdse erkenning als mechanisme “een meerwaarde”<sup>9</sup> kan betekenen ten opzichte van het equivalentiemechanisme. De eerste situatie is gekoppeld aan het gedrag dat aan de veroordeling ten grondslag ligt en het schrappen van de dubbele strafbaarheidsvereiste. Het meest beruchte kenmerk van de wederzijdse erkenningsinstrumenten (Bantekas, 2007; Peers, 2004; Vermeulen, 2006) en dus ook van het KB Alternatieve straffen is zonder twijfel de dubbele strafbaarheidsconstructie rond een lijst van 32 misdrijven.<sup>10</sup> Voor de zogenaamde lijstmisdrijven – waar corruptie er een van is – zijn de lidstaten overeengekomen dat uitvoering ervan niet aan dubbele strafbaarheid onderworpen zal worden (art. 10 KB Alternatieve straffen). Vanuit dat opzicht kan de verplichting om een buitenlandse veroordeling te erkennen en uit te voeren verderstrekkende gevolgen hebben voor de betrokkene (in vergelijking met de uitwerking die een equivalent in acht nemen kan hebben), omdat het wegvallen van de dubbele strafbaarheidstoets het gevolg kan hebben dat – vanuit deze wederzijdse erkenningsfilosofie – uitvoering gegeven moet worden aan een in het buitenland opgelegde uitsluiting hoewel de equivalente nationale beslissing niet kan bestaan. Het is best mogelijk dat iemand veroordeeld wordt voor een vorm van corruptie die enkel strafbaar is in het veroordeland. Daar waar equivalentie dan nooit tot verplichte uitsluiting zal leiden (omwille van het gebrek aan dubbele strafbaarheid voor lijstmisdrijven), zal executie van een wederzijdse erkenningsverzoek wel tot uitsluiting leiden (omwille van het wegvallen van de dubbele strafbaarheid). De verplichting om uit te sluiten is dus groter in het wederzijdse erkenningsverhaal.

De tweede situatie is gekoppeld aan de sanctie zelf en de mogelijke aanpassing ervan. Een veelbesproken bepaling in de wederzijdse erkenningsinstrumenten reguleert de mogelijke aanpassing van de straf wanneer de aard<sup>11</sup> en/of de duur onverenigbaar zijn met het recht van de tenuitvoerleggingsstaat (art. 9 KB Alternatieve straffen). De situatie kan zich voordoen waarbij de duur van een in het buitenland uitgesproken uitsluiting van deelname aan overheidsopdrachten de nationale uitsluitingsduur overschrijdt. Onder het bovenvermelde equivalentiemechanisme moet een nationale veroordeling een effect krijgen dat equivalent is aan het effect dat een nationale beslissing resorteert wat wijst in de richting

---

<sup>9</sup> Meerwaarde in die zin dat meer veroordelingen tot uitsluiting zullen moeten leiden.

<sup>10</sup> Zie meer uitgebreid over de werking van de dubbele strafbaarheidsvoorwaarde als rem op de internationale geldigheid van strafvonnissen: (De Bondt, 2012)

<sup>11</sup> Voor deze bijdrage zijn de verschillen in de aard van de straf minder relevant omdat het enkel gaat om de specifieke straf *uitsluiting van deelname aan een overheidsopdracht*. In de mate dat er verschillen zijn met betrekking tot de aard van die straf zijn dezelfde principes toepasbaar zoals toegelicht aan de hand van de verschillen in de duur van de straf.

van een verplichting die beperkt is tot het rekening houden met een afgetopte duur. Een zelfde mogelijkheid is voorzien in het wederzijdse erkenningsmechanisme. Lidstaten mogen de duur aftoppen in functie van de nationaal voorziene maximumduur. Enkel in het uitzonderlijke geval dat lidstaten in hun implementatiewetgeving gekozen hebben om geen gebruik te maken van de mogelijkheid een aanpassingsclausule op te nemen en derhalve buitenlandse veroordelingen zullen uitvoeren ongeacht onverenigbaarheid met het nationale recht, kan een wederzijds erkenningsverzoek ertoe leiden dat een veroordeling tot uitsluiting zal leiden daar waar ze niet dat effect zou hebben onder een gelijkwaardigheidsregime. Hierbij moet gezegd dat quasi alle landen<sup>12</sup> gebruik maken van de mogelijkheid om in het nationaal recht in te schrijven dan in het buitenland opgelegde straffen aangepast zullen worden in het licht van het eigen interne strafrecht. De “meerwaarde” van de executie-viool zal dus quasi nihil zijn. Ten aanzien van de implementatievrijheid waar de lidstaten gebruik van kunnen maken in dit verband moet gezegd dat elders de verdedigbaarheid van die vrijheid in twijfel getrokken werd en de toepassing van een automatische *lex mitior* bepleit werd die ervoor zorgt dat lidstaten niet meer een aanpassingskeuze- en beoordelingsvrijheid hebben maar verplicht zijn automatisch de sanctie te aligneren op hun interne recht wanneer dat recht de *lex mitior* is, i.e. het meest gunstige (Vermeulen et al 2011).

Anders dan de equivalentie-viool roept de executie-viool wel een verplichting in het leven om veroordelingen in acht te nemen die de dubbele strafbaarheidstoets niet doorstaan. Evident ziet het executie-principe dan ook geen graten in een nationale bepaling die voorziet dat ook rekening gehouden zal worden met andere veroordelingen die de dubbele strafbaarheidstoets niet doorstaan bijkomend aan de minimum verplichting in de EU regelgeving.

Samenvattend is de impact van het stemmingsverschil tussen de twee internationale geldigheidsviolen beperkt tot twee situaties; Slechts twee tonen zullen verschillen. Wanneer de veroordeling betrekking heeft op gedrag dat niet strafbaar is in de gunnende lidstaat, dan zal equivalentie niet tot verplichte uitsluiting leiden, daar waar executie dat wel zal doen als het om een lijstmisdrijf gaat. Wanneer de veroordeling een sanctie inhoudt die de maximumduur in de aanbestedende lidstaat overschrijdt is executie mogelijk wanneer er geen automatisch aanpassingsmechanisme voorzien is. De prevalentie van die gevallen is echter miniem. Hoewel het resultaat van de toepassing van beide principes grotendeels overeenstemt, zal samenspel hier en daar toch een verschil opleveren. De vraag is dan of dat verschil aanhoorbaar is dan wel vereist dat de violen op elkaar afgestemd worden. Alvorens die vraag te beantwoorden is het aangewezen eerst de klank van de gelijkheids-viool te bestuderen.

---

<sup>12</sup> Omdat nog niet alle landen het betreffende EU instrument geïmplementeerd hebben is het vooralsnog onmogelijk om te besluiten dat dit de regel zal zijn voor alle landen (zie Ryckman en Vermeulen 2012).

## 3 Samenspel met interne markt werking

### 3.1 Gelijke behandeling als eerste viool

Harmonieus samenspel veronderstelt dat alle violen op eenzelfde manier gestemd zijn, wat vereist dat één instrument gekozen wordt om de toon aan te geven voor de anderen. Omdat gelijke behandeling een fundamenteel principe in de Europese interne markt werking vormt (McCrudden, 2009) mag het zonder twijfel de eerste viool spelen. Het belang ervan in de sfeer van overheidsopdrachten is bepaald in artikel 2 RL Overheidsopdrachten, hoewel een specifieke referentie naar het gelijkheidsbeginsel eigenlijk niet eens nodig is. In *Storebælt* heeft het Europese Hof van Justitie bepaald dat zelfs wanneer de overheidsopdrachtenrichtlijnen er niet expliciet naar verwijzen, het buiten kijf staat dat gelijke behandeling zo fundamenteel is voor de goeie werking van de interne markt dat het de plicht is van elke aanbestedende overheid om voor gelijke behandeling te zorgen bij de gunning van de opdrachten (Hof van Justitie, 1993, 33). Dat vereist een objectieve vergelijking van alle zich aanbiedende kandidaten (Hof van Justitie, 1964, 2004a, 2004b). Bovendien is het de vaste rechtspraak van het Hof dat, niettegenstaande het feit dat strafrecht in beginsel een nationale bevoegdheid van elk van de individuele lidstaten is, het strafrecht de door het gemeenschapsrecht gewaarborgde rechten en fundamentele vrijheden niet mag beperken (Hof van Justitie, 1989, 19; 1999, 17).

Gelijke behandeling veronderstelt dat gelijke situaties op een gelijke manier behandeld worden en ongelijke situaties op een ongelijke manier behandeld worden (Hof van Justitie, 2005, 27; 2004b, 70; 2004c, 68). Hoewel dat in theorie vrij evident klinkt is de praktische toepassing ervan dat allerm minst. Nochtans is het fundamenteel de eerste viool correct te stemmen om ook de andere principes daarop te kunnen afstemmen.

De juridische moeilijkheid ligt erin te bepalen welke factoren in overweging genomen worden om de gelijkheid van de situaties te bepalen en welke factoren geweerd moeten worden vanwege hun (mogelijk) vertekende invloed. Als twee kandidaten intekenen op een overheidsopdracht en elk van hen veroordeeld blijkt te zijn voor een – zij het verschillend – corruptiemisdrijf, behandel je dan de kandidaten gelijk door ze allebei uit te sluiten? De vraag rijst of het in acht nemen van een veroordeling waarvan het onderliggende gedrag niet strafbaar is in de jurisdictie van een medekandidaat, aanleiding geeft tot een ongelijke behandeling doordat het stellen van gelijk gedrag niet tot een gelijk uitsluitend effect zal leiden. In wezen komt de vraag erop neer of je rekening houdt met geïsoleerd gedrag, dan wel gedrag dat ingebed zit in een strafrechtelijk referentiekader. Als je enkel naar het geïsoleerde gedrag kijkt, dan zal gelijke behandeling vereisen dat gelijk gedrag een gelijk uitsluitend effect heeft en dat met andere woorden geen uitsluitend effect gegeven kan worden aan een veroordeling waarvoor het onderliggende gedrag niet op een gelijke mate strafbaar is in de jurisdictie waaronder de medekandidaat ressorteert. Als je daarentegen kijkt naar het gedrag zoals dat ingebed zit in het strafrechtelijke referentiekader dan stelt de ene kandidaat strafbaar gedrag daar waar de andere kandidaat geen



strafbaar gedrag stelt. Vanuit die optiek zijn de situaties verschillend en kan dat ook een verschillend uitsluitend effect verantwoorden. De kandidaat die het gedrag stelt in een jurisdictie waar dat strafrechtelijke gevolgen heeft, zal rekening moeten houden met een mogelijke vervolging, veroordeling en uitsluiting. De kandidaat die het gedrag stelt in een jurisdictie waar er geen strafrechtelijke gevolgen aan gekoppeld worden is volkomen vrij in zijn doen en laten.

Om te kunnen antwoorden op de vraag welke van die twee pistes tot een correcte interpretatie van gelijke behandeling zal leiden, is het belangrijk te weten of de gevolgen van het verschil in strafrecht überhaupt aanleiding kunnen geven tot een ongelijke behandeling en eerlijke concurrentie. Die vraag verschilt van de vraag of het verschil in strafrecht *op zich* een vorm van ongelijke behandeling inhoudt. Die laatste vraag werd negatief beantwoord door het Europese Hof van Justitie. Het Deense *Hansen en Søn* had het hof gevat omdat het strafrechtelijk vervolgd werd omwille van de inbreuken op de rij- en rusttijdenwetgeving gepleegd door een werknemer. De Deense wetgever had bij de implementatie van de Europese minimumstandaarden over rij- en rusttijden (art. 7-11 Verordening 543/69) gekozen voor een systeem van objectieve aansprakelijkheid van rechtspersonen. Hoewel andere landen aansprakelijkheid van rechtspersonen soms beperken tot gevallen waar het plegen van misdrijven mogelijk is door gebrek aan toezicht, is dergelijke culpabiliteit irrelevant in het Deense recht. Gebaseerd op dat verschil en de impact die het heeft op het risico om vervolgd en veroordeeld te worden onder Deens recht in vergelijking met het risico voor dezelfde feiten gepleegd onder het toepassingsgebied van ander recht, voert *Hansen en Søn* aan dat de eerlijke concurrentie in de interne markt hierdoor in het gedrang komt (§13, Hof van Justitie, 1990). Het hof licht toe dat verschillen tussen strafrecht (1) wat betreft het misdrijf, het gevolg is de introductie van minimumstandaarden op EU niveau die lidstaten vrij laten om strenger te zijn in nationaal recht, (2) wat betreft de mogelijke straffen, van de keuze om de lidstaten volledig vrij te laten in de aard en het gewicht van de sanctie, (3) wat betreft de pakkans van bedrijven, van de effectiviteit van de door de lidstaat gevoerde controles. Het Hof voegt eraan toe dat de verschillen *op zichzelf* geen oneerlijke behandeling uitmaken of voor oneerlijke concurrentie zorgen (§15, Hof van Justitie, 1990). Wat dan wel tot een oneerlijke situatie kan leiden, zegt het Hof er jammer genoeg niet bij (Klip, 2009, 92). *Hansen en Søn* hebben daarvoor niet de goeie vraag gesteld. Niet het verschil in strafrecht op zich geeft aanleiding tot oneerlijke situaties, maar wel de gevolgen die de verschillen kunnen hebben in een procedure die gelijke behandeling vereist. Pas als kandidaten die ressorteerden onder verschillende strafrechtelijke jurisdicties samenkomen in de gunningsprocedure van een overheidsopdracht, waar een richtlijn – gesteund door de rechtspraak van het Hof – vereist dat de kandidaten op een gelijke manier behandeld en beoordeeld worden, rijst de vraag welke impact misdrijfdiversiteit moet hebben. Dat is een heel andere vraag dan degene die tot nu toe aan het hof werd voorgelegd.

De zuiverste vorm van gelijke behandeling maakt volledig abstractie van de elementen die de appreciatie van de gedraging beïnvloeden. Dat betekent dat ook abstractie gemaakt moet worden van het vertekend effect dat het gebruik van de strafrechtelijke inbedding van het gedrag kan hebben op de gelijke be-

handeling van de kandidaten. Hoewel de verschillen in strafrecht op zich geen aanleiding geven tot een ongelijke behandeling, kan het onvoldoende rekening houden met die verschillen wel aanleiding geven tot een ongelijke behandeling bij het bepalen van de uitsluiting van deelname aan een overheidsopdracht. Er moet gezocht worden naar een interpretatie die in haar effect even ingrijpend is voor alle kandidaten.

Anders geformuleerd vereist gelijke behandeling dat enkel uitsluitend effect gegeven wordt aan gedragingen die op gelijke wijze strafbaar gesteld zijn. Om te bepalen of een veroordeling al of niet tot uitsluiting zal leiden moet gecontroleerd worden of het onderliggende gedrag al dan niet valt binnen de grootste gemene deler van de strafbaarstellingen.

Dezelfde redenering geldt ook voor de strafduur. Het loutere feit dat de maximale strafduur verschilt tussen de verschillende strafrechtelijke jurisdicties, is geen probleem. Het wordt pas een probleem wanneer beoordeeld moet worden welke het effect van de veroordeling en de strafduur moet zijn als de kandidaten en dus ook hun veroordelingen tegenover elkaar afgewogen worden. Als beoordeeld moet worden of de opgelegde sanctie tot een effectieve uitsluiting zal leiden moet die afgetoetst worden aan de grootste gemene deler van de mogelijk op te leggen strafmaat<sup>13</sup>

## 3.2 Grootste gemene deler

### 3.2.1 Stenvork voor de eerste viool

Het gelijke behandelingsverhaal leidt tot de conclusie dat gewerkt moet worden met de grootste gemene deler. Een uitsluiting mag enkel gebaseerd zijn op die veroordelingen die gebaseerd zijn op gedrag dat op gelijke wijze strafbaar is in de jurisdicties waaronder de kandidaten ressorteren. De identificatie van die grootste gemene deler veronderstelt een moeilijke rechtsvergelijkende oefening tussen het strafrecht van de betrokken jurisdicties. Daarbij moet in eerste instantie bepaald worden welke jurisdicties allemaal meegenomen worden in de rechtsvergelijkende oefening. Twee mogelijke pistes kunnen bewandeld worden.

Een eerste piste leidt ertoe dat de grootste gemene deler wordt bepaald vanuit een EU breed perspectief waardoor het de grootste gemene deler van de strafbaarstellingen wordt zoals die in de 27 lidstaten gekend zijn. Die maximalistische aanpak leidt tot een minimale invulling van de grootste gemene deler. Immers, hoe meer betrokken landen, hoe kleiner de grootste gemene deler zal zijn. Die aanpak zorgt er ook voor dat de grootste gemene deler van de strafbaarstelling van een bepaald misdrijf of strafduur van een uitsluitingssanctie voor elke overheidsopdracht in elke lidstaat dezelfde is, waardoor uitsluiting

---

<sup>13</sup> Omdat niet alle lidstaten de uitsluiting van deelname aan een overheidsopdracht regelen via een gerichte opgelegde strafsanctie, maar er ook systemen zijn waarbij de uitsluiting geregeld wordt op het niveau van de toegangscriteria opgenomen in de overheidsopdrachtenwetgeving, moet de grootste gemene deler van de mogelijke strafmaten op die ruime manier geïnterpreteerd worden. Niet enkel de strafduur in de enge zin van het woord zoals weergegeven in de strafwetgeving moet in acht genomen worden, maar ook de relevante periode waarop de uitsluitingsgronden in de overheidsopdrachtenwetgeving betrekking hebben.

transparant en voorspelbaar is. Dat betekent ook dat de concrete invulling van die grootste gemene deler het resultaat kan zijn van een gemeenschappelijk rechtsvergelijkend onderzoeksproject van de verschillende lidstaten in samenwerking met de Europese Unie. Er moet dan een tabel gemaakt worden waarop enerzijds aangeduid wordt welke gedragingen overal strafbaar gesteld zijn zodat erop gebaseerde veroordelingen tot uitsluiting kunnen leiden en anderzijds de grootste gemene strafduur aangegeven staat. Een belangrijke stap in die richting werd reeds gezet met de ontwikkeling van het Europees misdrijfclassificatiesysteem dat de naam EULOCS meekreeg.<sup>14</sup> Daarin werd alvast aangegeven voor welke gedragingen de gemeenschappelijke strafbaarstelling een concrete juridische basis heeft. In grote lijnen wordt daarmee het harmonisatie-acquis, dat bestaat uit die instrumenten waarin de lidstaten het engagement aangaan om ervoor te zorgen dat de vermelde gedragingen strafbaar gesteld worden, op een gestructureerde manier weergegeven. Het harmonisatie-acquis zoals weergegeven in EULOCS is een waardevol vertrekpunt voor de identificatie van de grootste gemene deler van gedragingen die voor uitsluiting in aanmerking komen. Een kandidaat uitsluiten op basis van die reeds gekende gemene deler zal zeker geen problemen opleveren in het licht van de gelijke behandeling van de kandidaten. Dat betekent ook dat de minimumverplichting die ingeschreven werd in artikel 45 RL Overheidsopdrachten mooi binnen die lijntjes kleurt. De daar bepaalde uitsluitingsverplichting slaat op de op EU niveau gemeenschappelijk voor criminalisering gedefinieerde vormen van deelneming aan een criminele organisatie, omkoping, fraude en witwassen van geld. Die reeds gekende gemene deler kan aangevuld worden door vergelijkend strafrechtelijk onderzoek om tot de correcte weergave van de grootste gemene deler te komen. Een analoge oefening kan gedaan worden om de verschillende sanctietypes te identificeren en de grootste gemene sanctieduur te bepalen.

Een tweede piste zal ertoe leiden dat de grootste gemene deler pas *ad hoc* bepaald wordt op basis van de specifieke profielen van de ingeschreven kandidaten. Een gelijke behandeling van de kandidaten betekent immers niet dat ook rekening gehouden moet worden met alle mogelijke virtuele kandidaten die uiteindelijk niet op een specifieke oproep reageerden. Gelijke behandeling speelt maar tussen diegenen die effectief kandideerden. Op die manier kan de selectie van het aantal landen in de vergelijking beperkt worden om de grootst mogelijke gemene deler te kunnen bepalen. Het parcours van deze piste is veel moeilijker omdat op basis van het profiel van de deelnemende kandidaten bepaald moet worden welke landen in de rechtsvergelijking opgenomen moeten worden. De nationaliteit van de kandidaten kan daarbij niet als doorslaggevend element genomen worden omdat de toepasselijkheid van het strafrecht niet afhankelijk is van de nationaliteit van de betrokkene.<sup>15</sup> Het is best mogelijk dat het handelen van een Belgische kandidaat (ook) onder het toepassingsgebied van het Duitse recht valt, omdat een Belgisch bedrijf op de Duitse markt opereert. De *nationaliteit* van de veroordelingen van de kandidaten kan evenmin als basis genomen worden, omdat die slechts een deel van de betrokken landen zullen aanduiden.

---

<sup>14</sup> EULOCS staat voor EU level offence classification system. Zie ook Vermeulen & De Bondt 2009.

<sup>15</sup> Zie bvb. rechtsmachtrecht in Van den Wyngaert, 2003.

Op basis van de veroordelingen kan enkel gezegd worden welke lidstaten met zekerheid in de vergelijking opgenomen moeten worden. Om gelijke behandeling te garanderen is het echter wel de bedoeling om na te gaan of de veroordeelde gedragingen ook strafbaar zouden geweest zijn in de jurisdicties waaronder het gedrag van de andere kandidaten ressorteert en/of de sanctieduur de grootste gemene deler overschrijdt. Het is daarom noodzakelijk om gedetailleerde informatie te hebben over het doen en laten van elke kandidaat om te kunnen uitmaken onder het toepassingsgebied van welk strafrecht dat valt om vervolgens te bepalen welk strafrecht meegenomen wordt in de vergelijking. Een dergelijke controle kan niet anders dan de procedure verzwaren en vereist in praktijk ook dat beroep gedaan kan worden op een specialist in vergelijkend strafrecht. Desalniettemin, als dit wenselijk is in een bepaalde situatie en er voldoende informatie beschikbaar is, is het niet ondenkbaar dat de grootste gemene deler ad hoc bepaald wordt op basis van de specifieke profielen van de deelnemende kandidaten.

### 3.2.2 Solo, duet of trio?

Er werden drie beginselen besproken die elke vanuit een ander perspectief met misdrijfdiversiteit omgaan. Equivalentie kijkt naar het nationale recht van de gunnende lidstaat; executie kijkt naar het nationale recht van de veroordelende lidstaat; gelijkheid kijkt naar de grootste gemene deler van de relevante rechtssystemen.

Om op de centrale onderzoeksvraag te kunnen antwoorden is het cruciaal na te gaan of de toepassing van de uitsluitingsbepalingen een solo, duet of trio zal zijn. Om zijn minst is het een solo van de gelijkheid-viool. Omdat gelijke behandeling een principe is, inherent aan een correcte gunning van de overheidsopdrachten als element van de goeie werking van de interne markt, is het altijd aanwezig. Als in een concreet geval, een gunnende overheid geconfronteerd wordt met een buitenlandse veroordeling verschijnt ook de equivalentie viool op het podium. Aangezien diversiteit van de kandidaten een quasiszekerheid is omwille van de filosofie achter vrij verkeer en de grensoverschrijdende deelname aan overheidsopdrachten en de toegenomen mobiliteit van de EU onderdannen de kans op een buitenlandse veroordeling doet stijgen, zal het heel vaak een duet zijn. Slechts in de boven beschreven uitzonderlijke omstandigheden is er sprake van een trio. De executie-viool speelt alleen wanneer de overheidsopdracht zal plaatsvinden in het land dat tegelijk expliciet aangesproken werd door het veroordelende land om uitvoering te geven aan de in het buitenland opgelegde sanctie die erin bestaat uitgesloten te zijn van deelname aan overheidsopdrachten.<sup>16</sup>

De toon van het duet of occasionele trio wordt aangegeven door de gelijkheid-viool. Doordat de principiële vereiste van gelijke behandeling de eerste viool speelt en dit er *de facto* toe leidt dat uitsluiting enkel gebaseerd mag zijn op

---

<sup>16</sup> Zoals hoger toegelicht veronderstelt wederzijdse erkenning een expliciete vraag van de veroordelende lidstaat aan een andere lidstaat. Die laatste is doorgaans de lidstaat waar de betrokkene zijn nationaliteit en/of residentie heeft omdat executie geacht wordt daar het meest effectief te zijn.

veroordelingen waarvoor het onderliggende gedrag valt binnen de grootste gemene deler van de *relevante* strafbaarstellingen, moet de werking van de andere principes daarop afgestemd worden.

Het solospel van de equivalentie-viool zou ertoe leiden dat het nationale recht van de aanbestedende overheid als referentiekader genomen wordt en alles daarop gemodelleerd wordt. Nationale veroordelingen kunnen zonder meer een uitsluitend effect hebben, daar waar buitenlandse veroordelingen slechts een uitsluitend effect hebben wanneer de equivalentie met de nationale veroordeling duidelijk is. Het stemmen met de gelijkheid-viool voor een duet zorgt voor een correctie op het referentiekader. Veroordelingen, nationaal of buitenlands, kunnen maar tot uitsluiting leiden wanneer het onderliggende gedrag valt binnen de grootste gemene deler van de relevante strafbaarstellingen. Concreet betekent dit dat het mogelijk is dat een nationale veroordeling niet tot uitsluiting mag leiden omdat het onderliggende gedrag niet op een zelfde manier strafbaar gesteld is in de jurisdictie waartoe het doen en laten van een andere kandidaat behoort. Verder blijft het principe behouden dat lidstaten mogen blijven bepalen dat nooit een effect zal worden gegeven dat verder reikt dan nationaal voorzien.

Het solospel van de executie-viool zou ertoe leiden dat het nationale recht van de veroordelende lidstaat als referentiekader genomen wordt, gecorrigeerd door een aantal mogelijke weigeringsgronden bepaald door de tenuitvoerleggingstaat. Echter, afhankelijk van de precieze invulling van die weigeringsgronden is het mogelijk dat uitvoering gegeven wordt aan een in het buitenland opgelegde uitsluiting, hoewel nationaal de uitsluiting niet opgelegd kon worden voor het onderliggende gedrag of hoewel het onderliggende gedrag niet eens strafbaar is in de tenuitvoerleggingstaat. Ook hier vereist het samenspel met het principe van de gelijke behandeling een correctie op de spelregels. Er kan maar uitvoering gegeven worden aan buitenlandse executie-verzoeken voor opgelegde uitsluitingen van deelname aan overheidsopdrachten in de mate dat die uitsluiting valt binnen de grootste gemene deler van misdrijf én straf. Concreet betekent dit dat de meerwaarde die wederzijdse erkenning van een in het buitenland opgelegde uitsluiting kan hebben tegenover het in acht nemen van een buitenlandse veroordeling in navolging van het equivalentie-principe volledig vervalt, aangezien het *de facto* niet mogelijk zal zijn om via wederzijdse erkenning verder te gaan dan mogelijk is binnen een equivalentie-kader. Hoger werd de dubbele mogelijke meerwaarde van wederzijdse erkenning toegelicht. Met betrekking tot het misdrijf kan de meerwaarde erin bestaan dat wederzijdse erkenning ook tot uitvoering zal leiden wanneer het misdrijf niet strafbaar is in de uitvoerende staat. Door de correctie aangebracht door de vereiste van gelijke behandeling en het werken met de grootste gemene deler maakt valt die meerwaarde weg. Met betrekking tot de straf kan de meerwaarde erin bestaan dat wederzijdse erkenning ook tot uitvoering kan leiden van een uitsluiting hoewel de duur van de straf de nationale limieten te boven gaat. Door de correctie aangebracht door de vereiste van de gelijke behandeling en het werken met de grootste gemene deler ook wat de strafduur betreft, valt ook die meerwaarde weg. Vanuit dat perspectief is de op wederzijdse erkenning gebaseerde executie-viool niet meer dan podiumvulling. Daardoor komt ook meteen het probleem

van de valse noten die konden bestaan in het samenspel van equivalentie- en executieprincipe te vervallen.

Het gebruik van de door het principe van de gelijke behandeling aangegeven toon voor het bepalen van de gevallen waarin een veroordeling kan leiden tot uitsluiting zorgt voor een belangrijke inperking van de uitsluitingsmogelijkheden. Zeker de situatie waarin een aanbevelende overheid de ogen moet sluiten voor een eigen nationale veroordeling omdat het onderliggende gedrag niet op een gelijke manier strafbaar gesteld is in de relevante jurisdicties, zal moeilijk te verteren zijn hoewel het misschien ook niet evident is om te aanvaarden dat geen uitvoering gegeven kan worden aan elk buitenlands executieverzoek.

### 3.2.3 Equivalentie- of executie-solo?

Het reeds aangehaalde basisprincipe bestaat erin dat, niettegenstaande het principiële nationale karakter van de bevoegdheden inzake strafrecht, het strafrecht de door het gemeenschapsrecht gewaarborgde rechten en vrijheden niet mag inperken (Hof van Justitie, 1989, 19; 1999, 17). Desalniettemin hoeft een ongelijke behandeling niet noodzakelijk in strijd te zijn met het gelijkheidsprincipe zolang de uitzondering gerechtvaardigd kan worden in objectieve omstandigheden. De Europese Verdragen laten immers altijd toe dat lidstaten in afwijking van het gelijkheidsbeginsel 'maatregelen te nemen die op grond van de openbare orde of de openbare veiligheid gerechtvaardigd zijn' (zie vb art. 65 VWEU, oud art. 58 VEG).

Er is met andere woorden maar één aanvaardbare reden om de eerste viool een toontje lager te laten spelen en dat is de openbare orde exceptie. Het is die exceptie die aanleiding kan geven tot een uitzonderlijke equivalentie- of executie-solo.

Een equivalentie-solo doet de beperkingen ingegeven door het gelijkheidsprincipe teniet. De inperking door gelijke behandeling bestaat erin dat nationale veroordelingen voor een gedraging die in een andere relevante lidstaat niet als strafbaar beschouwd wordt, niet tot uitsluiting mag leiden. Wanneer echter in een specifiek geval aangetoond kan worden dat het niet in acht nemen van de eerdere nationale veroordeling de openbare orde of veiligheid zal schaden, is uitsluiting alsnog te rechtvaardigen.

Ook een executie-solo doet de beperkingen ingegeven door het gelijkheidsprincipe teniet. De inperking door gelijke behandeling bestaat er hier in dat buitenlandse veroordelingen voor een gedraging die in de aanbestedende lidstaat niet als strafbaar beschouwd wordt, niet tot uitsluiting mag leiden. Wanneer echter in een specifiek geval aangetoond kan worden dat, niettegenstaande het gebrek aan strafbaarheid in de aanbestedende lidstaat, het niet in acht nemen van de eerdere veroordeling de openbare orde of veiligheid zal schaden, is uitsluiting alsnog te rechtvaardigen. Evenwel zal het gebrek aan strafbaarheid van de gedraging in de aanbestedende lidstaat de motivatie bemoeilijken.

Om te vermijden dat de openbare orde-exceptie te pas en te onpas ingeroepen wordt, is het belangrijk om de exceptie duidelijk te definiëren. Het gaat enkel om het beschermen van de binnenlandse veiligheid en de integriteit van de aanbestedende overheid. Een aanbestedende overheid die op deze exceptie

een beroep wil doen, zal het gebruik van die uitzondering omstandig en schriftelijk moeten motiveren ten aanzien van de betrokken kandidaat in functie van de specifieke kenmerking van een welbepaalde overheidsopdracht. Zoals standaard voorzien zal de effectieve gunning van de overheidsopdracht na de bekendmaking van de resultaten voor een bepaalde periode opgeschort zijn om de uitgesloten kandidaat de mogelijkheid te geven beroep aan te tekenen tegen het gebruik van de openbare orde exceptie.

## 4 Conclusie

Het uitvoeren van een overheidsopdracht staat niet open voor iedereen. Gelet op de gevoeligheid van overheidsopdrachten voor bepaalde misdrijven en het belang om de overheid te behoeden een contractuele relatie aan te gaan met een onbetrouwbare of ongeschikte kandidaat, is het perfect legitiem om veroordelingsgebaseerde uitsluitingsgronden in de nationale overheidsaanbestedingenwetgeving op te nemen en/of uitsluiting als strafsanctie in het nationale strafrecht te voorzien. Meer nog zelfs, voor bepaalde uitsluitingsgronden geldt er een Europese minimumvereiste.

De eenvoud in de formulering van de nationale bepalingen met betrekking tot het uitsluiten van kandidaten op basis van hun strafrechtelijke verleden is verraderlijk. De analyse heeft erop gewezen dat de concrete toepassing van de nationale uitsluitingsbepalingen een complex samenspel vereist van verschillende principes die een oorsprong vinden in de regulering van de Europese interne markt en de internationale geldigheid van strafvonnissen. Wanneer op basis van een concreet dossier beoordeeld moet worden of een kandidaat al of niet uitgesloten is zal de onafhankelijk toepassing van elk van de principes niet noodzakelijk tot dezelfde oplossing komen. Een coördinatie is noodzakelijk. De violen moeten eerst gestemd worden. De gelijke behandeling van de kandidaten – wat als basis principe voor een goeie werking van de interne markt geïdentificeerd werd – staat boven alles en mag daarom de eerste viool spelen. Het geeft de toon aan voor de andere principes en beperkt de uitsluiting tot de grootste gemene deler van strafbaarstellingen en straffen in de Unie. De internationale geldigheid van strafvonnissen levert zowel het equivalentie- als het executie-beginsel, die respectievelijk vereisten dat buitenlandse veroordelingen een effect krijgen dat gelijkwaardig is aan een nationale veroordeling en dat buitenlandse veroordelingen uitgevoerd worden onafhankelijk van de bepalingen van het nationale recht. Het resultaat van de toepassing van die principes zal ingeperkt worden door het gelijkheidsbeginsel, tenzij in uitzonderlijke gevallen de openbare orde in het gedrang is. Het is een moeilijk samenspel dat erop gericht is om enkel rekening te houden met de grootste gemene deler.

Om discussie over de grootte van de grootste gemene deler te vermijden is het aangeraden (doch niet verplicht) om te werken met een EU brede grootste gemene deler die vooraf en op basis van een samenwerking tussen alle lidstaten bepaald kan worden. De voornaamste bezorgdheid houdt echter niet zo zeer verband met het identificeren van de grootste gemene deler (met EULOCS ligt er immers een solide basis), maar met de concrete toepassing ervan. Als een over-

heid een kandidaat enkel mag uit sluiten op basis van een veroordeling waarvan het onderliggende gedrag overeenkomt met de grootste gemene deler van de bestaande strafbaarstellingen, is het niet alleen belangrijk die grootste gemene deler te kunnen identificeren, maar is het minstens even belangrijk om op een correcte en liefst efficiënte manier te kunnen nagaan of de voorliggende veroordeling al of niet tot die groep behoort. Het kan niet de bedoeling zijn om per veroordeling daartoe de inhoud van het vonnis te bestuderen en erger nog dossier te moeten raadplegen wanneer het vonnis onvoldoende gedetailleerd uitwijdt over de feiten. In de praktijk is het dus cruciaal dat de veroordelingsgerelateerde informatie waarover de gunnende overheid beschikt voldoende gedetailleerd is om dat onderscheid te kunnen maken. De keuze om te werken met een EU brede grootste gemene deler kan daarom aangevuld worden met de vereiste dat lidstaten in staat moeten zijn om voor elk van de veroordelingen die ze zelf uitvaardigen aan te geven of ze al of niet betrekking hebben op de grootste gemene deler, niet alleen om in een eigen interne aanbestedingsprocedure op een correcte manier rekening te kunnen houden met voorgaande nationale veroordelingen, maar ook om voldoende gedetailleerde informatie te kunnen bezorgen aan een buitenlandse gunnende overheid, via het gebruik van een daartoe samengesteld uittreksels uit het strafregister. Dat vereist een ingrijpende wijziging in de huidige manier waarop met informatie over eerdere veroordelingen wordt omgegaan. Het loutere al of niet veroordeeld zijn voor corruptie is niet meer voldoende; er moet geantwoord kunnen worden op de vraag of de veroordelingen aan bepaalde criteria voldoet.

Op basis van die stemmingsoefening, kan een antwoord geformuleerd worden op de onderzoeksvragen.

In eerste instantie is er de vrijheid van de nationale wetgever. Die vrijheid wordt op verschillende manieren beïnvloed door de toepasselijkheid van de basisprincipes en minimumvoorwaarden:

Als eerste zijn er de EU minimumvoorwaarden met betrekking tot de uitsluiting van veroordeelde kandidaten, wanneer een van de opgelijste misdrijven voorkomt. De gebruikte techniek is vrij zolang de kandidaat in voorkomend geval uitgesloten wordt van deelname aan de overheidsopdracht.

Als tweede vormt het principe van de gelijke behandeling een rem op de bevoegdheid van de wetgever om andere misdrijven aan de lijst toe te voegen. Als uitgangspunt is uitsluiting beperkt tot die misdrijven die behoren tot de grootste gemene deler van strafbaarstellingen. De afbakening van de grootste gemene deler is afhankelijk van de nationale voorkeur vooraf door de wetgever gebeurd overeenkomstig de EU brede grootste gemene deler dan wel achteraf de bevoegdheid van de aanbestedende overheid op basis van de profielen van de kandidaten in een concreet dossier.

Als derde vormt de bescherming van de openbare orde en de openbare veiligheid een rechtvaardigingsgrond die mogelijks in het nationale recht ingeschreven kan worden zodat naar aanleiding van een concreet dossier afgeweken kan worden van de beperking tot de grootste gemene deler. Echter de motiveringsplicht in elk individueel dossier belet dat een nationale wetgever kan bepalen dat per definitie eigen veroordelingen in aanmerking genomen zullen worden ook al is het onderliggende gedrag niet op een gelijke manier strafbaar voor



andere kandidaten, dan wel dat per definitie buitenlandse veroordelingen voor een nationaal niet strafbare gedraging in aanmerking genomen zullen worden.

In tweede instantie is de keuzevrijheid van de nationale aanbestedende overheid evenzeer beïnvloed door de toepasselijkheid van de basisprincipes en minimumvoorwaarden.

Als eerste is er de nationale wetgeving die de keuzevrijheid afbakt en bepaalt welke kandidaten al of niet in aanmerking genomen worden, i.e. welke eerdere veroordelingen al of niet tot uitsluiting zullen leiden.

Als tweede vormt het principe van de gelijke behandeling de leidraad voor de toepassing van het nationale recht en in voorkomend geval een rem op de keuzevrijheid die de wetgever gelaten heeft. Als basisprincipe kan enkel die veroordeling tot uitsluiting leiden waarvan het onderliggende gedrag in gelijke mate strafbaar is voor elk van de deelnemende kandidaten. Goeie gedetailleerde informatie over de eerdere veroordelingen is derhalve cruciaal.

Als derde – voor zover de nationale wetgeving in een openbare orde exceptie voorziet – moet telkens omstandig gemotiveerd worden waarom de uitsluiting op basis van een veroordeling voor een gedraging die buiten de grootste gemene deler valt gerechtvaardigd is refererend aan een reëel gevaar voor de openbare orde of de openbare veiligheid.

Er zit zeker muziek in veroordelingsgerelateerde uitsluitingsgronden in het openbare aanbestedingsrecht, al is de correcte uitvoering van een goed geschreven wetgeving een bijzonder complexe aangelegenheid, zelfs na het stemmen van de violen. Hopen dus dat dit pleidooi niet in dovemansoren terecht komt.

## 5 Referentielijst

### 5.1 Literatuur

- Albrecht, P.-A. & S. Braum (1999). Deficiencies in the Development of European Criminal Law. *European Law Journal* 5(3): 292.
- Arnould, J. (2004). Secondary policies in public procurement: the innovations of the new directives. *Public Procurement Law Review* 4: 187.
- Arrowsmith, S. (2004). An assessment of the new legislative package on public procurement. *Common Market Law Review* 41: 1277.
- Bantekas, I. (2007). The Principle of Mutual Recognition in EU Criminal Law. *European Law Review* 32(3): 365.
- De Bondt W. en Vermeulen G. (2009). Esperanto for EU crime statistics : towards common EU offence definitions in an EU-level offence classification system. M. Cools, S. De Kimpe, B. De Ruyver, M. Easton, L. Pauwels, P. Ponsaers, G. Vande Walle, T. Vander Beken, F. Vander Laenen en G. Vermeulen, *Readings on criminal justice, criminal law and policing*. (87-124) Antwerpen-Portland-Apeldoorn: Maklu.
- Drijber, B. J. & H. Stergiou (2009). Public Procurement law and internal market Law. *Common Market Law Review* 46: 805.

- Klip, A. (2009). *European Criminal Law. An integrative Approach*. Antwerp - Oxford – Portland: Intersentia.
- McCrudden, C. (2009). EC public procurement law and equality linkages: foundations for interpretation. S. Arrowsmith & P. Kunzlik (ed.) *Social and environmental policies in EC procurement law. New Directives and New Directions* (pp.271-309). Cambridge: Cambridge University Press.
- Medhurst, D. (1997). *EC Public Procurement Law*. Sussex: Blackwell Science.
- Trepte, P. (2007). *Public Procurement in the EU. A Practitioner's Guide*. Oxford: University Press.
- Peers, S. (2004). Mutual recognition and criminal law in the European Union: Has the Council got it wrong? *Common Market Law Review* 41: 5.
- Piselli, E. (2000). The scope for excluding providers who have committed criminal offences under the E.U. Procurement Directives. *Public Procurement Law Review* 6: 267.
- De Bondt, W. & De Moor, A. (2009). De Europese Metamorfose? De implicaties van het Verdrag van Lissabon voor het Europees Strafrecht. *Panopticon* 1, 31-53.
- De Bondt, W. & Vermeulen, G. (2011). First things first: Characterising mutual recognition in criminal matters. M. Cools et al (ed.) *EU Criminal Justice, Financial & Economic Crime: New Perspectives* (pp. 17-38). Antwerpen-Apeldoorn-Portland: Maklu.
- De Bondt, W. (2012). Double criminality in international cooperation in criminal matters. G. Vermeulen, W. De Bondt & C. Ryckman (eds.) *Rethinking international cooperation in criminal matters. Moving beyond actors, bringing logic back, footed in reality* (pp. 106-184). Antwerp-Apeldoorn-Portland: Maklu.
- Ryckman C. Vermeulen, G. (2012) Implementation issues: An old sore in international cooperation in criminal matters G. Vermeulen, W. De Bondt & C. Ryckman (eds.) *Rethinking international cooperation in criminal matters. Moving beyond actors, bringing logic back, footed in reality* (pp. 367-388). Antwerp-Apeldoorn-Portland: Maklu.
- Van den Wyngaert, C. (2003). *Kennismaking met het Internationaal en Europees strafrecht*. Antwerp–Apeldoorn: Maklu.
- Vermeulen, G. & De Bondt, W. (2009) *EULOCS. The EU level offence classification system : a bench-mark for enhanced internal coherence of the EU's criminal policy*. Antwerpen-Apeldoorn-Portland: Maklu.
- Vermeulen, G., A. van Kalmthout, et al. (2011). *Cross-border execution of judgements involving deprivation of liberty in the EU. Overcoming legal and practical problems through flanking measures*. Antwerp-Apeldoorn-Portland: Maklu.
- Vermeulen G., De Bondt W, Ryckman C. en Peršak N. (2012) *The disqualification triad. Approximating legislation, ensuring equivalence, executing requests*. Antwerp-Apeldoorn-Portland: Maklu.
- Vermeulen, G. (2006). Wederzijdse erkenning van straffen in de Europese Unie en België. A. Masset & P. Traest (ed.) *L'exécution des peines, de strafuitvoering* (pp. 142-194). Brugge: La Chartre.
- Williams, S. (2006). The mandatory exclusion grounds for corruption in the new EC procurement directives. *European Law Review* 31(5): 711.

## 5.2 Wetgeving

### Internationaal

- Verordening 543/69, Verordening (EEG) nr. 543/69 van de Raad van 25 maart 1969 tot harmonisatie van bepaalde voorschriften van sociale aard voor het wegvervoer, PB L 77 van 29.3.1969.
- IGSV, Europees Verdrag van 28 mei 1970 inzake de Internationale Geldigheid van Strafvonnissen, 's Gravenhage, Trb 1971, nr. 137
- Richtlijn 71/305/EEG van de Raad van 26 juli 1971 betreffende de coördinatie van de procedure voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor de uitvoering van werken, PB L 185 van 16.8.1971
- Richtlijn 77/62/EEG van de Raad van 21 december 1976 betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor leveringen, PB L 13 van 15.1.1977
- Richtlijn 89/440/EEG van de Raad van 18 juli 1989 tot wijziging van Richtlijn 71/305/EEG van de Raad van 26 juli 1971 betreffende de coördinatie van de procedure voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor de uitvoering van werken, PB L 210 van 21.7.1989
- Richtlijn 88/295/EEG van de Raad van 22 maart 1988 tot wijziging van de Richtlijn 77/62/EEG van de Raad van 21 december 1976 betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor leveringen alsmede tot intrekking van sommige bepalingen van Richtlijn 80/767/EEG, PB L 127 van 5.4.1988.
- Richtlijn 92/50/EEC van de Raad van 18 juni 1992 betreffende de coördinatie van de procedure voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor dienstverlening, PB L 209 of 24.7.1992.
- RL Overheidsopdrachten, Richtlijn 2004/18/EG van het Europees Parlement en de Raad van 31 maart 2004 betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor werken, leveringen en diensten, PB L 134 van 30.4.2004.
- KB Geldelijke sancties, Kaderbesluit 2005/214/JBZ van de Raad van 24 februari 2005 inzake de toepassing van het beginsel van wederzijdse erkenning op geldelijke sancties, PB L 76 van 22.03.2005.
- KB Confiscaties, Kaderbesluit 2005/212/JBZ van de Raad van 24 februari 2005 inzake de confiscatie van opbrengsten van misdrijven, alsmede van de daarbij gebruikte hulpmiddelen en de door middel daarvan verkregen voorwerpen, PB L 68 van 15.3.2005
- KB Eerdere Veroordelingen , Kaderbesluit 2008/675/JBZ van de Raad van 24 juli 2008 betreffende de wijze waarop bij een nieuwe strafrechtelijke procedure rekening wordt gehouden met veroordelingen in andere lidstaten van de Europese Unie, PB L 220 van 15.8.2008
- KB Vrijheidsbeneming, Kaderbesluit 2008/909/JBZ van de Raad van 27 november 2008 inzake de toepassing van het beginsel van wederzijdse erkenning op straffonnissen waarbij vrijheidsstraffen of tot vrijheidsbeneming strekkende maatregelen zijn opgelegd, met het oog op de tenuitvoerlegging ervan in de Europese Unie, PB L 327 van 5.12.2008

- KB Alternatieve straffen, Kaderbesluit 2008/947/JBZ van de Raad van 27 november 2008 inzake de toepassing van het beginsel van de wederzijdse erkenning op vonnissen en proeftijdbeslissingen met het oog op het toezicht op proeftijdvoorwaarden en alternatieve straffen, PB L 337 van 16.12.2008
- ECRIS-besluit, Besluit 2009/316/JBZ van de Raad van 6 april 2009 betreffende de oprichting van het Europees Strafregister Informatiesysteem (ECRIS) overeenkomstig artikel 11 van Kaderbesluit 2009/315/JBZ, PB L 93 van 7.4.2009
- KB Supervisie, Kaderbesluit 2009/829/JBZ van de Raad van 23 oktober 2009 inzake de toepassing, tussen de lidstaten van de Europese Unie, van het beginsel van wederzijdse erkenning op beslissingen inzake toezichtmaatregelen als alternatief voor voorlopige hechtenis, PB L 294 van 11.11.2009
- VEG, Verdrag tot oprichting van de Europese Gemeenschap, PB C 224 van 31.8.1992

VWEU, Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie, PB C 83 van 30.3.2010

Nationaal

- Belgische Probatiewet
- Belgische strafwetboek
- Bulgaarse overheidsopdrachtenwet, Закон за обществените поръчки, SG No. 28/06.04.2004 (raadpleegbaar op <http://www.aop.bg/fckedit2/user/File/bg/Normativna%20baza/zop.pdf>)
- Bulgaarse strafwetboek
- Lithouwse overheidsopdrachtenwet, Viešųjų pirkimų įstatymo, Nr. X-471, (raadpleegbaar op [http://www3.lrs.lt/pls/inter3/dokpaieska.showdoc\\_l?p\\_id=268778](http://www3.lrs.lt/pls/inter3/dokpaieska.showdoc_l?p_id=268778))
- Tsjechische overheidsopdrachtenwet, jednat o veřejných zakázkách, No. 137 (raadpleegbaar op <http://www.portal-vz.cz/default.aspx?lang=en-GB>)
- Zweedse overheidsopdrachtenwet, Lagen om offentlig upphandling, SFS 2007:1091 (raadpleegbaar op [http://www.kkv.se/upload/Filer/ENG/Publications/Swedish\\_Public\\_Procurement\\_Act.pdf](http://www.kkv.se/upload/Filer/ENG/Publications/Swedish_Public_Procurement_Act.pdf))

### 5.3 Beleidsdocumenten

- Europese Commissie (1985). *Witboek met betrekking tot de vervolmaking van de interne markt*. COM(85) 310 final.
- Europese Commissie (1996). *Groenboek overheidsopdrachten in de Europese Unie: beschouwingen over een toekomstig beleid*. COM(96) 583 final.

### 5.4 Rechtspraak

- Hof van Justitie (1963), zaak C-13/63 Italië tg. Europese Commissie, 17 juli 1963;
- Hof van Justitie (1989), zaak C-186/87 Cowan, 2 februari 1989.

- Hof van Justitie (1990), zaak C-326/69 Hansen en Søn, 10 juli 1990.
- Hof van Justitie (1993), zaak C-243/89 Storebælt, 22 June 1993.
- Hof van Justitie (1999), zaak C-348/96 Calfa, 19 januari 1999.
- Hof van Justitie (2004a), zaak C-304/01 Spanje tg. Europese Commissie, 9 september 2004.
- Hof van Justitie (2004b), zaak C-210/03, Swedish Match, 14 december 2004.
- Hof van Justitie (2004c), zaak C-434/02 Arnold André, 14 december 2004;
- Hof van Justitie (2005), samengevoegde zaken C-21/03 en C-34/03 Fabricom, 3 maart 2005.