

Openbaar Ministerie

College van Procureurs-Generaal

Voorzitter

Postbus 20305 2500 EH Den Haag

Prins Clauslaan 16
2595 AJ Den Haag
Telefoon +31 (0)70 339 96 00
telefax +31 (0)70 339 98 51

Tweede Kamer der Staten-Generaal
t.a.v. mw. Gesthuizen (SP) en de hr. Van Oosten (VVD)
Postbus 20018
2500 EA DEN HAAG

In afschrift aan:
De Minister van Veiligheid en Justitie
Voorzitter van de Tweede Kamer der Staten-Generaal

Onderdeel
Contactpersoon
Doorkiesnummer(s)
E-mail
Datum
Ons kenmerk
Uw kenmerk
Onderwerp

Afdeling Wet- en Regelgeving

-
3 februari 2014
PaG/W&R/16954

Advies conceptwetsvoorstel bestrijding acquisitiefraude

Bij beantwoording de
datum en ons kenmerk
vermelden. Wilt u slechts
één zaak in uw brief
behandelen

Geachte mevrouw Gesthuizen, heer Van Oosten,

U heeft het College van procureurs-generaal gevraagd te adviseren over een conceptwetsvoorstel, inhoudende een wijziging van Boek 6 van het Burgerlijk Wetboek in verband met het tegengaan van acquisitiefraude door het doen van misleidende mededelingen jegens degenen die handelen in de uitoefening van hun beroep, bedrijf of organisatie en wijziging van het Wetboek van Strafrecht in verband met de strafbaarstelling van acquisitiefraude (TK 33712).

Onder acquisitiefraude wordt verstaan misleidende handelspraktijken, waarbij bepaalde verkooptechnieken worden gebruikt gericht op het winnen van vertrouwen en het wekken van verwachtingen teneinde de ander te bewegen tot het aangaan van een overeenkomst, waarbij de tegenprestatie niet of nauwelijks naar behoren wordt geleverd. Daarnaast wordt onder acquisitiefraude mede begrepen het uitlokken van onverschuldigde betalingen.

In de memorie van toelichting wordt geschetst dat dagelijks ondernemers, stichtingen en overheden het slachtoffer worden van acquisitiefraude. Uit schattingen blijkt dat de economische schade zeer groot is. Dit heeft nadelige gevolgen voor het Nederlandse ondernemersklimaat.

Het wetsvoorstel beoogt de bestrijding van acquisitiefraude te verbeteren. Met de wijziging van Boek 6 van het Burgerlijk Wetboek wordt volgens de memorie van toelichting beoogd dat acquisitiefraude voortaan te boek zal staan als onrechtmatig en dat bovendien door een gedupeerde ondernemer bij de rechter een vruchtbaar beroep kan worden gedaan op het niet rechtsgeldig zijn van een op dergelijke wijze tot stand gekomen contract. Daaruit voortvloeiend dient een gedupeerde ondernemer aldus van

zijn contractuele verplichtingen te kunnen worden ontheven alsmede schadeloos te kunnen worden gesteld.

De indieners betogen dat acquisitiefraude niet alleen een civielrechtelijk verschijnsel is. Het is ook een specifieke vorm van financieel-economische criminaliteit, waarbij op geraffineerde wijze misbruik wordt gemaakt van het vertrouwen in het handelsverkeer met als doel bevoordeling ten koste van een ander. De huidige strafbepalingen met betrekking tot bedrog zijn niet toereikend voor deze specifieke vorm van fraude. Daarom wordt voorgesteld een specifiek op acquisitiefraude gerichte strafbaarstelling te formuleren.

Het College is bekend met de verschillende vormen van acquisitiefraude en erkent dat deze fraude een reëel probleem vormt voor het Nederlandse bedrijfsleven. Het College heeft daarom met sympathie van het wetsvoorstel kennis genomen en is gaarne bereid daarover te adviseren. Daarbij tekent het College aan dat het advies, gelet op de expertise van het openbaar ministerie, vooral betrekking zal hebben op het vervolgingsbeleid en de voorgestelde strafbepaling. Echter, vanuit het oogpunt van een effectieve integrale aanpak van fraude, waarbij zowel civiele als publieke partijen zijn betrokken, heeft het College een aantal vragen over de civiele paragraaf in het wetsvoorstel. Deze vragen zullen in het hoofdstukje "Algemeen" aan de orde komen.

Algemeen

Acquisitiefraude is een ergerlijke vorm van misleiding. In de memorie van toelichting wordt gerefereerd aan de meldingen die de afgelopen jaren bij het Steunpunt Acquisitiefraude zijn binnengekomen. In 2010 zijn circa 8000 meldingen binnengekomen. In 2011 steeg dit aantal naar 11.000 en in 2012 verwerkte het steunpunt 27.000 meldingen. Hoewel de schade per slachtoffer in de regel relatief gering is, het gaat in veel gevallen om een paar honderd euro, komt acquisitiefraude zodanig veel voor dat er behoorlijke economische schade ontstaat.

Met de indieners is het College daarom van oordeel dat het mogelijk moet zijn acquisitiefraude effectief te bestrijden. De bestrijding van acquisitiefraude dient echter wel te geschieden binnen de kaders die daarvoor in het algemeen voor de bestrijding van financieel-economische criminaliteit zijn ontwikkeld. Sinds een paar jaar wordt in de praktijk gewerkt aan een geïntegreerde aanpak van fraude. Daarbij dient aandacht te zijn voor zowel preventie, toezicht als voor een bestuurlijke- en strafrechtelijke handhaving. Voorwaarde voor een effectieve inzet van deze combinatie van verschillende instrumenten is een goede samenwerking tussen alle betrokken private en publieke organisaties. Daarbij geldt dat iedere partner een onmisbare schakel in de keten vormt en dat partijen onderling de aanpak met elkaar afstemt, zodat optimaal gebruik wordt gemaakt van elkaars capaciteit, informatie, deskundigheid en

bevoegdheden.¹

In de praktijk betekent dit dat publieke en private partijen samen, maar ieder werkend vanuit de eigen expertise, het voor fraudeurs zo moeilijk mogelijk maken. Zo hebben private partners doorgaans beter zicht op waar en op welke wijze fraude het meest voorkomt. Vervolgens wordt gekeken naar wat private partijen zelf kunnen doen om de fraude te voorkomen en te bestrijden en waar het echt noodzakelijk is dat het openbaar ministerie strafrechtelijk optreedt. Op deze wijze werkt ieder vanuit de eigen verantwoordelijkheid op een zo effectief en efficiënt mogelijke wijze, waardoor per saldo de fraude als geheel beter wordt bestreden.

Het College merkt op dat in de memorie van toelichting op pagina 17 aandacht wordt besteed aan het vervolgingsbeleid van het openbaar ministerie. Gegeven de schaarse capaciteit voor opsporing en vervolging wordt terecht aangegeven dat politie en openbaar ministerie prioriteiten moeten stellen en dat, vanwege de schaal waarop ondernemers benadeeld worden of vanwege de bedragen die hierin omgaan, een strafrechtelijke vervolging eerder voor de hand ligt in het geval van notoire fraudeurs die op grootschalige wijze acquisitiefraude plegen. Het College acht het noodzakelijk dat deze passage wordt aangevuld met hetgeen hiervoor over een integrale aanpak van fraude door zowel private als publieke partijen is opgemerkt. Op deze wijze komt scherper tot uiting dat de bestrijding van acquisitiefraude een gedeelde, samenhangende verantwoordelijkheid is van zowel private- als publieke partijen. Het College zal ook in het vervolgingsbeleid deze gedeelde verantwoordelijkheid neerleggen, waarbij de strafrechtelijke handhaving uitdrukkelijk wordt gepositioneerd als onderdeel van een optimum-remedium benadering van acquisitiefraude.

Het civiele recht dient voldoende te zijn toegesneden op de behoefte van private partijen. De indieners stellen voor om een wijziging aan te brengen in de artikelen 194 en 196 in de afdeling inzake misleidende en vergelijkende reclame van Boek 6 van het BW. In dat verband heeft het College een aantal vragen. De indieners hebben ervoor gekozen om niet aan te sluiten bij de afdeling oneerlijke handelspraktijken in Boek 6 van het BW. Als mogelijk nadeel wordt genoemd dat dit mogelijk een te grote beperking van de contractuele vrijheid tussen ondernemers met zich mee kan brengen. Dit nu bevreedt het College: het kernwoord is hier "oneerlijk". Wat kan er tegen zijn als ook oneerlijke handelspraktijken tussen ondernemers onderling wordt verboden? Aan welke ongewenste beperking van de contractuele vrijheid tussen ondernemers denken de indieners in dit geval? Deze vraag laat zich nadrukkelijk stellen omdat de afdeling oneerlijke handelspraktijken bij uitstek geschikt lijkt om de bestrijding van acquisitiefraude onder te brengen.

Het College vraagt zich af of acquisitiefraude wel bij de afdeling misleidende en vergelijkende reclame behoort te worden ondergebracht. De Stichting Reclame Code

¹ Zie voor dit uitgangspunt TK 2010-2011, 29911, nr. 52 en TK 2012-2013, 29911, nr. 74

definieert reclame voor zover van belang als: "iedere openbare en/of systematische directe dan wel indirecte aanprijzing van goederen, diensten en/of denkbeelden door een adverteerder of geheel of deels ten behoeve van deze, al dan niet met behulp van derden." Het Steunpunt Acquisitiefraude heeft een groot aantal voorbeelden van de zogenaamde spooknota's als voorbeeld online gezet. Deze voorbeelden laten zien dat ondernemers wel in de val worden gelokt in die zin dat zij ertoe worden bewogen een betaling te doen, maar dat er beslist geen sprake is van het aanprijzen van goederen of diensten.

Voorts stelt artikel 194 de eis van openbaarheid: een persoon handelt onrechtmatig indien hij een misleidende mededeling openbaar maakt of openbaar laat maken. Het College vraagt zich af of een direct aan het adres van de ondernemer gerichte spooknota wel onder het begrip openbaar maken is te vatten. Het College adviseert om beide civiele bepalingen in het licht van deze vragen opnieuw te bezien.

Artikel 326d

Het wetsvoorstel voorziet in een nieuwe strafbepaling. De indieners stellen voor om een nieuw artikel 326d op te nemen, dat als volgt is geformuleerd:

Hij die, met het oogmerk om zich of een ander wederrechtelijk te bevoordelen, een ander die handelt in de uitoefening van een beroep, bedrijf of organisatie mondeling of bij geschrift een aanbod doet waarin niet of op dubbelzinnige wijze wordt vermeld dat het een aanbod van overeenkomst tegen betaling betreft, wat de duur van de overeenkomst bedraagt of wat de prijs van de overeenkomst bedraagt, waardoor die ander een overeenkomst sluit die hij niet of niet onder dezelfde voorwaarden zou hebben gesloten indien hij de ware staat van zaken gekend had, wordt gestraft met een gevangenisstraf van ten hoogste twee jaren of geldboete van de vijfde categorie.

Met de formulering van het voorgestelde artikel 326d wordt getracht de uiterlijke verschijningsvorm van acquisitiefraude te beschrijven. Maar, zoals in de memorie van toelichting wordt uitgelegd, acquisitiefraude kent vele vormen. Zo worden ondernemers schriftelijk maar ook mondeling (telefonisch) benaderd, wordt er soms een voorstel gedaan voor een eenmalige prestatie maar in andere gevallen is er sprake van een langdurig contract en het komt ook regelmatig voor dat er geen voorstel wordt gedaan maar wordt getracht de ondernemer door middel van een spooknota te bewegen tot een betaling.

Het College heeft daarom een aantal ernstige bezwaren tegen de wijze waarop het voorgestelde artikel is geformuleerd. Zo moet er in alle gevallen sprake zijn van een "aanbod". Op de site van het Steunpunt Acquisitiefraude zijn voorbeelden van misleidende facturen te vinden waarbij in het geheel geen sprake is van een aanbod.

Zo zijn er facturen waarin een zinnetje is opgenomen waarin staat dat "er geen sprake is van een factureringsgrondslag" of wordt er gesproken over een betaling naar aanleiding van "deze bedrijfscampagne". In de gevallen dat er een misleidende factuur wordt gestuurd, maar deze bevat geen aanbod, kan het strafbare feit niet worden bewezen en moet vrijspraak volgen.

Daarnaast wordt in het voorgestelde artikel consequent gesproken over het tot stand komen van een overeenkomst. Ook hiervoor geldt dat het in veel gevallen niet duidelijk is of er wel sprake is van een overeenkomst. Er wordt in sommige gevallen brutaalweg een rekening gestuurd voor niet geleverde diensten. Of de factuur wordt vorm gegeven als een betalingsherinnering. Het is de acquisitiefraudeur in deze gevallen ook niet te doen om een contract waar de ander niet onderuit kan, hij beoogt in deze gevallen de ondernemer slechts te bewegen tot een eenmalige betaling. Ook in deze gevallen zal het bewijs voor acquisitiefraude moeilijk zijn te leveren.

Voorts moet er in alle gevallen sprake zijn van een causaal verband tussen het misleidende aanbod en de beslissing van degene die wordt misleidt. De ondernemer zou de overeenkomst niet sluiten indien hij de ware stand van zaken had gekend. Dat betekent dat het duidelijk moet zijn wat er in het hoofd van de misleide persoon is omgegaan. Dat is moeilijk te bewijzen, zeker in die gevallen dat alle informatie (hoewel versluierd) op de factuur is vermeld.

Ten slotte is de strafbepaling zodanig ingewikkeld geformuleerd, dat een goede tenlastelegging nauwelijks is te maken.

Het College is van oordeel dat het voorgestelde artikel 326d in de praktijk onwerkbaar zal blijken te zijn.

Gelet op de bezwaren die het wetsvoorstel oproept, heeft het College zich gebogen over de vraag of een meer praktisch uitvoerbare strafbepaling mogelijk is, die tevens past in de systematiek van TITEL XXV (Bedrog). Het is beter een strafbepaling te ontwerpen waarin de gewraakte handeling en het ongewenste gevolg niet naar de uiterlijke verschijningsvorm zijn geformuleerd, maar naar de kern. Waar draait het in alle gevallen om?

Als eerste kan worden vastgesteld dat in alle gevallen het doel van de fraudeur is om de ondernemer te bewegen tot een betaling. Of dit nu gebeurt door middel van het sluiten van een overeenkomst of het toezenden van een eenmalige spooknota doet niet ter zake. Immers, voor de fraudeur is de overeenkomst niet interessant, het is hem te doen om de betaling. De overeenkomst is slechts het middel dat de fraudeur gebruikt en laat zich in die zin vergelijken met het breekijzer van de inbreker.

Het tweede element dat zich in alle gevallen voordoet is de misleiding. De door de fraudeur verstrekte informatie is meestal onvolledig of onjuist, wordt opzettelijk op een verkeerd moment verstrekt en is er op gericht een andere indruk te wekken.

Indien de fraudeur de ondernemer wel correct zou informeren, dan zou de

ondernemer nooit op het voorstel, aanbod of factuur van de fraudeur zijn ingegaan: er is sprake van misleiding.

Het derde element is, zoals ook opgenomen in het voorgestelde artikel 326d, het oogmerk zich wederrechtelijk te bevoordelen. De fraudeur had en heeft geen recht op de betaling, een overeenkomst komt onder valse voorwendselen tot stand. Ook in dit verband vraagt het College nogmaals aandacht voor de vraag of het niet beter is om in het civiele recht aan te knopen bij de afdeling oneerlijke handelspraktijken.

Indien deze elementen in onderlinge samenhang worden gezien, zou een artikel kunnen worden geformuleerd naar het voorbeeld van het bestaande artikel 328bis Sr, de oneerlijke mededinging door misleiding van het publiek. Artikel 328bis Sr is opgebouwd uit drie onderdelen: (1) het handelsdebiet van zichzelf of een ander te vestigen, te behouden of uit te breiden, (2) enige bedrieglijke handeling pleegt tot misleiding van het publiek of van een bepaalde persoon, en (3) indien daaruit enig nadeel voor concurrenten kan ontstaan.

Indien deze systematiek wordt toegepast op acquisitiefraude zou het artikel als volgt kunnen luiden:

Artikel 326d

Hij die met het oogmerk om zich of een ander wederrechtelijk te bevoordelen enige bedrieglijke handeling pleegt tot misleiding teneinde een ander die handelt in de uitoefening van een beroep, bedrijf of organisatie te bewegen tot het doen van een betaling, wordt gestraft met een gevangenisstraf van ten hoogste twee jaren of geldboete van de vijfde categorie.

Als eerste is het element 'oogmerk om zich of een ander wederrechtelijk te bevoordelen' opgenomen. Dat is gelijk aan het oorspronkelijke voorstel. Door het 'oogmerk' op te nemen wordt verondersteld dat de gedraging opzettelijk geschiedt. Gewone fouten of misverstanden die dagelijks in het handelsverkeer voorkomen worden daardoor buiten het bereik van de strafbepaling gebracht.

Voor het plegen van een bedrieglijke handeling tot misleiding is vereist dat de handeling geschikt is om de normale mens, die de gebruikelijke mate van oplettendheid betracht, in een valse waan te brengen. Van belang is dat in de memorie van toelichting uitdrukkelijk wordt gezegd dat een bedrieglijke handeling mede omvat het doen van een 'misleidende mededeling' zoals bedoeld in het voorgestelde nieuwe artikel 194 uit Boek 6 BW.

En voorts moet de misleiding erop zijn gericht een ander te bewegen tot het doen van een betaling. Niet noodzakelijk is dat de betaling al heeft plaatsgevonden. Gelijk artikel 328bis, waar de strafbaarheid intreedt indien nadeel kan ontstaan, is het causale verband in deze formulering gericht op het mogelijke gevolg: als gevolg van de misleiding kan een ander worden bewogen tot het doen van een betaling.

Gelijk het oorspronkelijke voorstel is de strafbaarstelling beperkt tot de misleiding van personen die handelen in de uitoefening van een beroep, bedrijf of organisatie. Het strafmaximum is in deze formulering bepaald op een gevangenisstraf van ten hoogste twee jaren of een geldboete van de vijfde categorie. Ook dat is gelijk aan het oorspronkelijke voorstel. Gelet op de aard en de ernst van het delict acquisitiefraude en de vorm van de uitvoeringshandelingen past dit goed bij de oplichtingsartikelen 326 t/m 326c Sr, waarvoor strafmaxima gelden van 2 t/m 4 jaar.

Op deze wijze ontstaat een strafbepaling die goed past in de systematiek van TITEL XXV, bedrog, en waarvan kan worden verwacht dat als de omstandigheden de inzet van het strafrecht rechtvaardigen, de praktijk daarmee goed uit de voeten kan.

Hoogachtend,
Het College van procureurs-generaal

H.J. Bolhaar



