

Vergaderjaar 2012–2013

33 712

Voorstel van wet van de leden Gesthuizen en Van Oosten tot wijziging van Boek 6 van het Burgerlijk Wetboek in verband met het tegengaan van acquisitiefraude door het doen van misleidende mededelingen jegens diegenen 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

Nr. 3

MEMORIE VAN TOELICHTING**I. ALGEMEEN DEEL***1. Wetsvoorstel algemeen*

1.1 Aanleiding

Dagelijks worden ondernemers, stichtingen en overheden het slachtoffer van acquisitiefraude. Hierbij gaat het om «misleidende handelspraktijken tussen organisaties, 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.»¹ Het begrip «acquisitie» is in die zin beperkend, daar het niet enkel draait om het verwerven van opdrachten, maar ook om het uitlokken van onverschuldigde betalingen.²

Acquisitiefraude kan diverse vormen aannemen. Het overgrote deel betreft het aanbod om een advertentie of naamsvermelding in een bedrijvengids of op internet te plaatsen.³ Ondernemers worden hierbij misleid met het doel hen een contract te laten tekenen waaruit een betalingsverplichting ontstaat. Ook de ongevraagd en zonder juridische basis toegestuurde «facturen», de zogeheten spooknota's, vallen onder de noemer acquisitiefraude. De hier genoemde vormen zijn echter niet uitputtend: acquisitiefraudeurs blijven hun werkwijzen vernieuwen, waardoor in de toekomst mogelijk nieuwe vormen ontstaan.

¹ Definitie ontleend aan K. Huisman, H.G. van de Bunt, *Misleidende handelspraktijken. Een onderzoek naar de aard, achtergronden en aanpak van acquisitiefraude in Nederland* (Rotterdam 2009). 79.

² Ibid, 17.

³ Acquisitiefraude wordt daarom ook wel advertentiefraude genoemd, hoewel het ook om zogenaamd geleverde kantoorproducten of diensten van adviseurs kan gaan. Zie Frank Boerman, Martin Grapendaal, Fred Nieuwenhuis, Ewout Stoffers, *Nationaal dreigingsbeeld 2012. Georganiseerde criminaliteit* (Zoetermeer 2012), 102.

De verkooptechnieken van acquisitiefraudeurs zijn geraffineerd. Vaak nemen zij doelbewust contact op in drukke periodes, bijvoorbeeld tijdens vakantiedagen of vlak voor sluitingstijd. Ook maken ze gebruik van logo's, «keurmerken» en namen die sterke gelijkenis vertonen met vertrouwenswekkende organisaties en vaak hebben ze professioneel ogende websites. Benadering geschiedt via massale mailings of op persoonlijke wijze. Bij een massale mailing krijgt een groot aantal ondernemers een aanbod toegestuurd, in de hoop zoveel mogelijk handtekeningen te ontfutselen. Bij een persoonlijke benadering proberen de acquisitiefraudeurs op verschillende manieren vertrouwen te winnen. Zo wordt bijvoorbeeld de suggestie gewekt dat een collega van degene die wordt benaderd al op een eerder moment toestemming heeft gegeven; dat er enkel nog een gegevenscontrole plaats hoeft te vinden en een handtekening gezet moet worden. Ook wordt vaak beweerd dat reeds sprake is van een overeenkomst: om verlenging tegen betaling te voorkomen, dient de benaderde enkel nog een formulier ondertekend te retourneren – waardoor juist een overeenkomst tot stand komt. Ten slotte wordt in het gesprek terloops gesuggereerd dat het om een jaarbedrag gaat, terwijl het in werkelijkheid een maandbedrag betreft. Meestal verloopt de persoonlijke benadering telefonisch, maar er zijn ook voorbeelden bekend waarbij een vertegenwoordiger langskomt.⁴

Over de kenmerken en samenstelling van de dadergroepen is relatief weinig bekend.⁵ De malafide bedrijven variëren van kleine eenmanszaken tot grote georganiseerde netwerken die bestaan uit een overkoepelend bedrijf met daaronder kleinere uitvoerende bedrijven. Daders schermen zich af door middel van ingewikkelde constructies. Zo wordt gebruik gemaakt van «katvangers», waarbij naam en rekeningnummer van een persoon buiten de organisatie tijdelijk gebruikt worden. Ook richten de daders steeds nieuwe rechtspersonen op. Duidelijk is in ieder geval dat de fraudeurs zelden terugdeinzen wanneer de gedupeerde niet voldoet aan zijn of haar betalingsverplichting. Ze schakelen (aan hen gelieerde) incassobureaus in die brieven sturen met het advies om te betalen «om verdere problemen te voorkomen.»⁶ Ook wordt gedreigd met civiele acties tegen achterstallige betalers. Hierdoor voelen veel gedupeerden zich in het nauw gedreven en gaan zij derhalve toch tot betaling over.

1.2 Omvang en gevolgen van acquisitiefraude

Het probleem van acquisitiefraude is al lange tijd bekend, maar lijkt steeds ernstigere vormen aan te nemen. Mogelijk hebben het internet, nieuwe massa-marketing tools (zoals e-mailing) en lage publicatiekosten hieraan bijgedragen.⁷ Bij het Steunpunt Acquisitiefraude kwamen in 2010 circa 8200 meldingen binnen. In 2011 steeg dit aantal naar 11.000 en in 2012 verwerkte het steunpunt maar liefst 27.000 meldingen.⁸ Omdat de meldingsbereidheid laag ligt, moeten de geregistreerde meldingen gezien worden als «het topje van de ijsberg», zo beweren experts op het gebied van misleidende handelspraktijken uit diverse Europese landen.⁹

⁴ Frank Boerman, Martin Grapendaal, Fred Nieuwenhuis, Ewout Stoffers, *Nationaal dreigingsbeeld 2012. Georganiseerde criminaliteit* (Zoetermeer 2012), 103.

⁵ Ibid, 105.

⁶ Ibid.

⁷ http://ec.europa.eu/justice/consumer-marketing/files/communication_misleading_practices_protection_en.pdf 7

⁸ Ibid, 103.

⁹ F. Alleweldt, J. Kabel, S. Augenhöfer, I. Griss (e.a.), *Misleading practices of «directory companies» in the context of current and future internal market legislation aimed at the protection of consumers and SME's*. (Brussel 2008), 6–7. Te raadplegen via http://www.ivir.nl/publications/kabel/Misleading_directory_companies.pdf

De economische schade is zeer groot, zo blijkt uit alle schattingen. Het Steunpunt Acquisitiefraude en MKB Nederland ramen de schade voor het bedrijfsleven op 400 miljoen euro. De meldingen bij het Steunpunt Acquisitiefraude geven echter een beperkt beeld van de schade, omdat niet iedereen melding doet bij het steunpunt of weet dat hij/zij wordt misleid.¹⁰ De impact van acquisitiefraude op de maatschappij is bovendien niet alleen in geld uit te drukken. Gedupeerden lijden er ook psychisch onder, zo blijkt uit wetenschappelijk onderzoek.¹¹ Zij worden overvallen door een gevoel van schaamte en zitten vol ongeloof over het eigen handelen. Dit heeft tevens nadelige effecten voor het Nederlandse ondernemersklimaat.¹² Het vertrouwen op de markt wordt geschaad doordat veel ondernemers, nadat zij zijn opgelicht, meer wantrouwen voelen jegens bedrijven die hen benaderen. Ook geven slachtoffers aan wraakgevoelens te hebben, ingegeven door een gevoel van onmacht en onrecht.

Dit wordt versterkt door de ervaringen op het politiebureau, waar slachtoffers veelal te horen krijgen dat het een civiele zaak betreft en dat politie en justitie niets voor hen kunnen betekenen.¹³ De strafrechtelijke prioriteit wordt in dit verband sterk beïnvloed door de opvatting dat civiele en strafrechtelijke acties elkaar uitsluiten. Ook blijkt de politie niet graag de aangifte te willen opnemen, omdat er geen sprake zou zijn van een strafbaar feit.¹⁴ Acquisitiefraude is namelijk niet strafbaar gesteld als zelfstandig delict. Mogelijk is hierdoor de aangiftebereidheid laag: in 2011 deden slechts 255 slachtoffers – 2,3% van het totaal aantal meldingen bij het Steunpunt Acquisitiefraude – daadwerkelijk aangifte.¹⁵

Uit bovenstaande cijfers en gegevens blijkt dat veel ondernemers slachtoffer worden van acquisitiefraude, hetgeen hen veel geld kost. Initiatiefnemers achten dit een zeer ernstige zaak en trachten door middel van het onderliggende initiatiefwetsvoorstel het fenomeen acquisitiefraude sterk te doen verminderen. In hoofdstuk 2 van deze memorie van toelichting worden de voorgestelde wijzigingen in het Burgerlijk Wetboek besproken. In hoofdstuk 3 komen de strafrechtelijke voorstellen aan bod.

2. Wijziging Burgerlijk Wetboek

2.1 Huidige civielrechtelijke bepalingen

Omdat de bewijsbaarheid van het strafbare karakter van acquisitiefraude binnen het huidige strafrechtelijke kader een probleem vormt, zijn de meeste ondernemers afhankelijk van het oordeel van de civiele rechter.¹⁶ Het is dan uiteraard wel noodzakelijk dat een gedupeerde ondernemer hiertoe voldoende civielrechtelijke mogelijkheden heeft. Op dit moment komen drie rechtsmiddelen daadwerkelijk in aanmerking voor gedupeerde ondernemers: een vordering uit bedrog, dwaling en/of wanprestatie. In sommige gevallen zal ook kunnen worden betoogd dat een toereikende

¹⁰ K. Huisman, H.G. van de Bunt, *Misleidende handelspraktijken. Een onderzoek naar de aard, achtergronden en aanpak van acquisitiefraude in Nederland* (Rotterdam 2009), 45.

¹¹ M.J.J. Kunst, J.J.M. van Dijk, *Slachtofferschap van fraude: een explorerend onderzoek naar de impact van diverse vormen van financieel-economische criminaliteit* (Tilburg 2009), 36–39.

¹² Zo heeft ook hoofdadvocaat-generaal Han Moraal erkend. Secondant #2 / april 2009.

¹³ K. Huisman, H.G. van de Bunt, *Misleidende handelspraktijken. Een onderzoek naar de aard, achtergronden en aanpak van acquisitiefraude in Nederland* (Rotterdam 2009) 74.

¹⁴ Zie antwoorden van de ministers van Veiligheid en Justitie en van Economische Zaken, Landbouw en Innovatie op schriftelijke vragen van het lid Gesthuizen (SP) over het bestoken van ondernemers met spooknota's (7 september 2012).

¹⁵ Frank Boerman, Martin Grapendaal, Fred Nieuwenhuis, Ewout Stoffers, *Nationaal dreigingsbeeld 2012. Georganiseerde criminaliteit* (Zoetermeer 2012) 103.

¹⁶ Vgl. bijvoorbeeld «Marktplaats & bedrog (Economie & Recht), *NRC Handelsblad* d.d. 28 mei 2013.

volmacht ontbreekt, maar dat is niet zozeer een rechtsmiddel tegen acquisitiefraude als wel een middel dat kan worden ingeroepen omdat de ondernemer toevallig personeel in dienst heeft dat de contacten met de acquisitiefraudeur heeft onderhouden.

Van bedrog (artikel 3:44, lid 3, van het BW) is sprake wanneer een overeenkomst tot stand is gekomen door een opzettelijke onjuiste mededeling, door het opzettelijk verzwijgen van een feit dat de verzwijger verplicht was mede te delen of door een andere kunstgreep. Het opzettelijke karakter van de mededeling of de omissie zal echter moeilijk te bewijzen zijn. Een beroep op bedrog stelt de gedupeerde dan ook herhaaldelijk voor problemen: bewijs dat opzettelijk onjuiste mededelingen zijn gedaan, dat er opzettelijk informatie is verzwegen of dat er opzettelijk andere kunstgrepen zijn toegepast, is in de praktijk moeilijk te leveren.¹⁷ Een enkele getuigenverklaring is doorgaans onvoldoende.¹⁸ Veelal is een uitvoerige bewijsoverlevering noodzakelijk voor een geslaagd beroep op vernietiging wegens bedrog.¹⁹ Wanneer de acquisitiefraudeur de gestelde feiten bovendien gemotiveerd betwist, zal de gedupeerde belast worden met een nadere bewijsoverlevering.²⁰ Bedrog zal dan ook niet vaak ten grondslag worden gelegd aan een vordering tot vernietiging van de overeenkomst, ook al heeft dit wel als voordeel dat het direct een onrechtmatige daad oplevert en de ondernemer dus in staat stelt om al zijn schade verhaald te krijgen.

Een al dan niet subsidiair beroep op dwaling (artikel 6:228 van het BW) komt vaker voor. Een overeenkomst die tot stand gekomen is onder invloed van dwaling, is vernietigbaar indien de dwaling a) «te wijten is aan een inlichting van de wederpartij, tenzij deze mocht aannemen dat de overeenkomst ook zonder deze inlichting zou worden gesloten» en/of b) «indien de wederpartij in verband met hetgeen zij omtrent de dwaling wist of behoorde te weten, de dwalende had behoren in te lichten.» Een beroep op dwaling slaagt echter pas wanneer de gedupeerde bewijst dat de inhoud van het telefoongesprek verschilt van wat uiteindelijk op het formulier staat, of als deze kan aantonen dat de acquisitiefraudeur (voor het tot stand komen van de overeenkomst) belangrijke informatie heeft verzwegen.²¹ Bovendien laat de rechter de onderzoeksplicht van de ondernemer in sommige gevallen prevaleren boven het misleidende karakter van de acquisitie.²² Fraudeurs spelen hier handig op in door bijvoorbeeld op drukke momenten contact op te nemen. De onderzoeksplicht wordt hierdoor een instrument voor fraudeurs, ten nadele van ondernemers.

Ook kan de gedupeerde een beroep doen op wanprestatie (artikel 6:74 van het BW), ofwel het verweer dat tegenover de betaalde dienst geen deugdelijke tegenprestatie is geleverd. Indien dit beroep slaagt, kan de gedupeerde de overeenkomst ontbinden en/of restitutie vorderen van het reeds betaalde bedrag (met daarbij eventueel een schadevergoeding). Ook dit artikel biedt niet altijd soelaas, omdat de malafide aanbieder aantoonbaar moet zijn tekortgeschoten in het naleven van de overeenkomst en er als gevolg daarvan schade moet zijn geleden. Vaak voldoet de prestatie van de acquisitiefraudeur wel aan de overeenkomst, maar zit het

¹⁷ Mr. H. van der Wilt, «Acquisitiefraude: over spookfacturen en de verkoop van knollen voor citroenen.» In: *Maandblad voor Vermogensrecht*, nr. 4 (2013) 109.

¹⁸ Rechtbank 's-Hertogenbosch 8 januari 2009, *LJN: BH1419*

¹⁹ Mr. H. van der Wilt, «Acquisitiefraude: over spookfacturen en de verkoop van knollen voor citroenen.» In: *Maandblad voor Vermogensrecht*, nr. 4 (2013) 109.

²⁰ Gerechtshof 's-Hertogenbosch 25 oktober 2011, *LJN: BU2093*.

²¹ K.Dadi, «Acquisitiefraude; het net sluit zich» In: *Juridisch up to date*, nr. 2 (2009) 14.

²² Rechtbank Leeuwarden 9 september 2011, *LJN BT2369*.

probleem in het feit dat de ondernemer in het geheel niet gebaat is bij deze overeenkomst.

Tot slot nog enkele opmerkingen met betrekking tot het civiele recht. Over het algemeen is de civiele actiebereidheid van gedupeerde ondernemers laag. Uit onderzoek blijkt dat de procesrisico's voor veel gedupeerden te groot zijn om een (kostbare) procedure te starten.²³ Dit houdt verband met het onzekere karakter van de hierboven geschetste civielrechtelijke mogelijkheden, waardoor het in de praktijk lastig blijkt om overeenkomsten te ontbinden die door spooknota's of andere vormen van acquisitiefraude zijn ontstaan. Dit geldt zeker voor gevallen waarbij de gedupeerde reeds (al dan niet per ongeluk) enkele termijnen heeft betaald. Los daarvan worden ondernemers ook niet graag geassocieerd met wanbetaling, een angst waar acquisitiefraudeurs handig op inspelen. Het betalen van de kosten voortgekomen uit een door acquisitiefraude tot stand gekomen overeenkomst vindt vaak plaats om de schijn te vermijden dat de ondernemer zou kampen met liquiditeitsproblemen, iets dat zou kunnen leiden tot intrekking van lopende en toekomstige kredieten.

2.2 Bescherming voortvloeiend uit Europese richtlijnen

Sinds 15 oktober 2008 is in Nederland de afdeling oneerlijke handelspraktijken (OHP) van kracht, voortvloeiend uit de gelijknamige Europese richtlijn (nr. 2005/29/EG).²⁴ De afdeling OHP beschermt consumenten²⁵ tegen oneerlijke, misleidende en agressieve handelspraktijken van ondernemers. Handelspraktijken tussen ondernemingen onderling vallen echter buiten het bereik van deze afdeling. Bovendien is de Autoriteit Consument & Markt niet bevoegd om handhavend op te treden als het gaat om acquisitiefraude tegen ondernemingen.²⁶ Malafide handelaren kunnen dus ook na de OHP-wetgeving straffeloos doorgaan met hun oneerlijke handelspraktijken, zolang zij hierbij consumenten ontzien.

In een recente rechterlijke uitspraak is de mogelijkheid naar voren geschoven om middels zogeheten «reflexwerking» de afdeling OHP toe te passen op ondernemers.²⁷ Dit verdient een nadere toelichting. De rechter heeft in de betreffende zaak besloten dat de positie van een kleine Utrechtse vrijwilligersorganisatie te vergelijken viel met die van een consument. Vanwege haar kwetsbare karakter (wat betreft deze acquisitie) zijn de beschermende bepalingen van de afdeling OHP daarom van overeenkomstige toepassing verklaard op deze stichting. De bewijslast is in dit geval gelegd bij de acquisiteur, overeenkomstig artikel 6:193j, lid 1, van het BW. Reflexwerking kan echter niet algemeen toegepast worden: de gedupeerde is steeds afhankelijk van een individueel oordeel van de rechter. Daarbij is niet duidelijk welke organisaties en bedrijven mogelijk voor bescherming op grond van de reflexwerking in aanmerking komen.

Gedupeerde ondernemers genieten wel bescherming op grond van de verwante Europese richtlijn inzake misleidende en vergelijkende reclame, geïmplementeerd in afdeling van 4 van titel 3 van Boek 6 van het BW (artikelen 194–196). De bepalingen in deze afdeling zijn echter niet van toepassing op acquisitiefraude, omdat in artikel 6:194 van het BW de eis

²³ K. Huisman, H.G. van de Bunt, *Misleidende handelspraktijken. Een onderzoek naar de aard, achtergronden en aanpak van acquisitiefraude in Nederland* (Rotterdam 2009), 64.

²⁴ De afdeling oneerlijke handelspraktijken is opgenomen in boek 6 van het Burgerlijk Wetboek. Het betreft titel 3, afdeling 3A, artikelen 193a tot en met 193j.

²⁵ Het begrip «consument» is gedefinieerd in artikel 6:193a, eerste lid, onderdeel a van het BW en luidt: natuurlijk persoon die niet handelt in de uitoefening van een beroep of bedrijf.

²⁶ De Consumentenautoriteit (vanaf 1 april 2013 Autoriteit Consument & Markt) en de Autoriteit Financiële Markten zijn belast met het toezicht op en de handhaving van de afdeling OHP.

²⁷ Rechtbank Groningen 20 februari 2013, *LJN: BZ1615*.

van openbaarheid van de mededeling wordt gesteld. Acquisitiefraude vindt, zoals hierboven is geschetst, doorgaans plaats door middel van individuele benadering en niet via een openbare mededeling. Dientengevolge biedt artikel 6:194 van het BW momenteel geen bescherming aan de gedupeerde ondernemers.

2.3 Het huidige standpunt van de regering

De regering heeft in haar aanpak van acquisitiefraude tot op heden de voorkeur gegeven aan de aangekondigde Europese initiatieven, preventie, voorlichting en eigen verantwoordelijkheid van ondernemers. Zij hecht daarbij veel waarde aan de mogelijkheid van partijen om deze eigen verantwoordelijkheid te kunnen waarmaken. In dit verband kan gewezen worden op het Actieplan Criminaliteit tegen Bedrijven uit 2012, opgesteld door het Ministerie van Veiligheid en Justitie, waarin de nadruk ligt op voorlichting, preventie en bewustwording van de gevaren bij ondernemers.²⁸ Volgens de regering bestaat acquisitiefraude «bij de gratie van vertrouwen, maar ook van onoplettendheid.»²⁹

Bedrijven die vermoeden dat ze te maken hebben met acquisitiefraude kunnen onder andere terecht bij het Steunpunt Acquisitiefraude via www.fraudemeldpunt.nl. Dit steunpunt biedt informatie en adviezen ter preventie en verleent juridische ondersteuning door voorbeeldbrieven te verstrekken en jurisprudentie te verzamelen. Ook de Kamer van Koophandel wijst (startende) ondernemers op de gevaren van acquisitiefraude.³⁰ Ten slotte is door de Dienst Justis van het Ministerie van Veiligheid en Justitie een systeem gelanceerd dat het mogelijk maakt om informatie uit het handelsregister over rechtspersonen te screenen en te analyseren. Wanneer daaruit een (potentieel) misbruik van rechtspersonen blijkt, verstuurt de Dienst Justis een risicomelding aan relevante organisaties zoals de Belastingdienst, Politie, de Nederlandsche Bank en het Openbaar Ministerie (OM).

2.4 Standpunt van de initiatiefnemers

De bewijsbaarheid van acquisitiefraude vormt een probleem. De initiatiefnemers achten het daarom van belang om preventieve maatregelen te nemen en voorlichting te verschaffen in de strijd tegen acquisitiefraude. Organisaties als het Steunpunt Acquisitiefraude en MKB-Nederland waarschuwen al jaren voor de malafide praktijken van acquisitiefraudeurs, waarbij nieuwe media als Twitter en Facebook worden ingezet.

Preventie kan echter nooit zo uitmuntend zijn dat iedereen hiermee bereikt wordt. In het beste geval wordt het potentiële slachtoffer niet verleid door de acquisitiefraudeur, maar zal de fraudeur vervolgens niet schromen het bij een ander te proberen. In de meeste gevallen is sprake van geraffineerde vormen van misleiding en/of bedrog. Van de meeste ondernemers kan ook niet worden verwacht dat zij fraude-experts zijn, simpelweg omdat zij hier niet de menskracht of financiële middelen voor hebben. De veelgehoorde stelling dat bedrijven minder bescherming behoeven dan consumenten (door het vermeende verschil in ervaring, draagkracht en kennisniveau),³¹ gaat in de context van acquisitiefraude zelden op. Vooral

²⁸ Ook het eerdere Actieplan Veilig Ondernemen uit 2006 – waarin de ministeries van Justitie, Economische Zaken en Binnenlandse Zaken alsmede de Vereniging van Nederlandse Gemeenten, de Raad van Hoofddcommissarissen, het Verbond van Verzekeraars en MKB-Nederland en VNO-NCW samen hebben gewerkt – legt de nadruk op preventie.

²⁹ Aangangsel Handelingen II 2011/2012, nr. 3414.

³⁰ <http://www.kvk.nl/ondernemen/veiligheid/acquisitiefraude/?gclid=CKz6j4i06rUCFcbKtAodAgMANw>.

³¹ http://ec.europa.eu/consumers/cons_int/safe_shop/fair_bus_pract/impact_assessment_nl.pdf.

kleinere ondernemers verschillen weinig van consumenten. Bovendien zou een misleidende of agressieve handelspraktijk tegen niemand toelaatbaar mogen zijn, ook niet tegenover diegenen die niet aan de definitie van «consument» beantwoorden.³²

De ernst van de problematiek vraagt om wettelijke maatregelen die de aanpak en bestrijding van acquisitiefraude helpen te verbeteren. Indien bescherming tegen deze oneerlijke handelspraktijken op geen enkele manier tot niet-consumenten wordt uitgebreid, blijft de Nederlandse economie schade ondervinden van deze vorm van fraude. Preventie kan niet zonder het openstellen van wettelijke mogelijkheden om slachtoffers van acquisitiefraude tegemoet te komen. Uit het voorgaande is gebleken dat de huidige civielrechtelijke bepalingen tekortschieten. De initiatiefnemers achten het daarom van belang de civielrechtelijke mogelijkheden voor gedupeerden uit te breiden. Het ontbreken van een aparte civielrechtelijke bepaling brengt met zich dat de drempel om een vordering in te stellen hoog ligt. Gedupeerden die uiteindelijk wel de stap naar de rechter maken, hebben moeite om hun recht geldend te maken.

Omdat het misleidende dan wel bedrieglijke karakter van acquisitiefraude onder de huidige civielrechtelijke bepalingen moeilijk bewijsbaar blijkt, moet een aparte bepaling worden geformuleerd. De bewijslast moet hierbij – overeenkomstig artikel 6:193j lid 1 en 6:195 lid 1 van het BW – in dergelijke gevallen bij de acquisiteur worden gelegd, zodat gedupeerden eenvoudiger onder de overeenkomst uit kunnen komen. Degene die de (mogelijk misleidende) mededeling heeft gedaan moet aantonen dat de feiten die in de mededeling zijn vervat of worden gesuggereerd, juist en volledig zijn. Dus als het (mogelijke) slachtoffer stelt dat er sprake is van een misleidende handelspraktijk, moet degene die de mededeling heeft gedaan aantonen dat de feiten die hij heeft vermeld juist zijn. Dit is geregeld in artikel 6:195 van het BW.

De indieners beogen met het voorgestelde artikel 6:194, lid 2, van het BW te bewerkstelligen dat acquisitiefraude, alsook overeenkomsten welke tot stand zijn gekomen als gevolg van dergelijke praktijken, voortaan te boek zullen staan als onrechtmatig en dat bovendien hieruit volgend 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 contractuele verplichtingen te kunnen worden ontheven alsmede schadeloos te kunnen worden gesteld.

2.5 Voorgestelde civielrechtelijke wijzigingen

Bij de formulering van een civielrechtelijke bepaling hebben de initiatiefnemers een aantal mogelijkheden overwogen. Allereerst is de optie onderzocht om het probleem aan te pakken via de afdeling oneerlijke handelspraktijken in Boek 6 van het BW. Kern van de richtlijn waaruit deze afdeling voortvloeit is dat zij een verbod bevat op oneerlijke handelspraktijken van handelaren jegens consumenten. Hierbij wordt een breed toepassingsgebied gehanteerd: de richtlijn ziet niet alleen op reclame-uitingen, maar raakt aan vrijwel alle commerciële gedragingen en communicatie die op consumenten zijn gericht.³³ Het ruime toepassings-

³² Zo heeft ook de studiegroep implementatie OHP-richtlijn geoordeeld. Zie: www.ivir.nl/publicaties/kabel/Advies_VvRr_OHP.pdf 2.

³³ M.F.H. Broekman, De Richtlijn Oneerlijke Handelspraktijken, *TvC* 2005, p. 175–186. Via P.G.F.A. Geerts, H.B. Krans, R. Steennot, A.J. Verheij, *Oneerlijke handelspraktijken: praktijkervaringen in België met de sanctie van artikel 41 WMPC (Groningen 2011)*, 16.

gebied blijkt ook uit het feit dat de richtlijn geldt voor oneerlijke handelspraktijken vóór, gedurende en na een commerciële transactie met een consument.³⁴ Een belangrijke begrenzing van dat toepassingsgebied schuilt echter daarin dat zij enkel ziet op *Business to Consumer*-relaties (B2C). De richtlijn OHP is gericht op volledige harmonisatie, hetgeen impliceert dat lidstaten op het geharmoniseerde gebied niet de mogelijkheid hebben verdergaande (strengere) voorschriften ter bescherming van de consument te hanteren dan op communautair niveau is vastgesteld. Ondernemers vallen echter expliciet buiten het bereik van deze harmonisatie, waardoor er op dit terrein – binnen het kader van het communautair recht – speelruimte bestaat voor de lidstaten. Landen als Denemarken, Duitsland, Frankrijk, Italië, Oostenrijk en Zweden hebben de bescherming van consumenten tegen oneerlijke handelspraktijken daarom gedeeltelijk of geheel kunnen uitbreiden naar ondernemers.

Het is derhalve mogelijk om de afdeling oneerlijke handelspraktijken zodanig aan te passen dat ook ondernemers hier (deels) onder vallen. Deze oplossing heeft als voordeel dat de bepalingen in deze afdeling reeds van toepassing kunnen zijn op acquisitiefraude. Zo stelt artikel 6:193b lid 2 van het BW dat een handelspraktijk oneerlijk is indien een handelaar handelt «a. *in strijd met de vereisten van professionele toewijding*, en b. *het vermogen van de gemiddelde consument om een geïnformeerd besluit te nemen merkbaar is beperkt of kan worden beperkt, waardoor de gemiddelde consument een besluit over een overeenkomst neemt of kan nemen, dat hij anders niet had genomen.*» Van een misleidende handelspraktijk is volgens artikel 6:193c lid 1 van het BW sprake indien informatie wordt verstrekt die feitelijk onjuist is of bijvoorbeeld door de wijze van presentatie (hoewel feitelijk gezien correct) de gemiddelde consument misleidt of kan misleiden. Ook is een handelspraktijk misleidend indien er sprake is van een misleidende omissie (6:193d lid 1 van het BW). Hieronder wordt iedere handelspraktijk verstaan waarbij essentiële informatie wordt weggelaten of op onduidelijke wijze of laattijdig wordt gepresenteerd waardoor de gemiddelde consument een besluit over een overeenkomst neemt of kan nemen dat hij anders niet had genomen (6:193d leden 2 en 3 van het BW). Niet alleen het weglaten van essentiële informatie is misleidend, maar ook het op onduidelijke wijze of laattijdig presenteren van die informatie. Ten slotte bevat artikel 6:193g van het BW een zwarte lijst met gedragingen, welke onder alle omstandigheden misleidend zijn. Hiervan lijkt sub u specifiek van toepassing op acquisitiefraude, daar dit marketingmateriaal betreft «voorzien van een factuur of een soortgelijk document waarin om betaling wordt gevraagd, waardoor bij de consument de indruk wordt gewekt dat hij het aangeprezen product al heeft besteld terwijl dat niet het geval is.»

Aanpassing van de OHP-afdeling brengt echter een aantal nadelen met zich mee. Ten eerste leidt een volledige toepassing van de afdeling op ondernemers mogelijk tot onvoorzienbare gevolgen. Te denken valt hierbij aan een te grote inperking van de contractuele vrijheid tussen partijen. Dit zou vermeden kunnen worden via een meer gefocuste benadering, waarbij slechts enkele artikelen van toepassing verklaard worden op *Business to Business*-relaties (B2B), zoals artikel 6:193g sub u van het BW. De vraag is echter of hiermee een volledige en afdoende oplossing wordt geboden, aangezien dit artikel niet alle vormen van acquisitiefraude lijkt te bestrijken. Daarbij kan de vraag worden gesteld of het wenselijk is om een afdeling die zich specifiek richt op bescherming van consumenten, ook (deels) toe te passen op ondernemers. De wetgever heeft bij de invoering van de afdeling OHP het toepassingsgebied van de afdeling misleidende en vergelijkende reclame beperkt tot B2B-relaties. Hiermee heeft zij

³⁴ Artikel 3, eerste lid, Richtlijn OHP.

beoogd een duidelijk onderscheid te maken tussen overeenkomsten tussen ondernemingen onderling en overeenkomsten tussen bedrijven en consumenten. De initiatiefnemers achten het – mede vanuit wetstechnisch oogpunt – niet wenselijk teveel te tornen aan dit onderscheid. Ten slotte ontstaan met betrekking tot het toezicht op en handhaving van de afdeling vraagpunten. De Autoriteit Consument & Markt is hier momenteel mee belast, maar deze ziet (wat het Burgerlijk Wetboek betreft) primair toe op de naleving van regels van consumentenbescherming. De vraag is hoe dit er bij bovengenoemde aanpassing van de afdeling OHP uit zou komen te zien.

Daarom stellen de initiatiefnemers voor de afdeling inzake misleidende en vergelijkende reclame aan te passen. De bepalingen uit de afdeling OHP – in het bijzonder artikel 6:193d van het BW – dienen als inspiratie bij de voorgestelde wijziging van artikel 6:194 lid 2 van het BW. Deze oplossing heeft als voordeel dat niet getornd hoeft te worden aan de focus van de afdeling misleidende en vergelijkende reclame, namelijk B2B-relaties. Bovendien is er geen rigoureuze aanpassing van de bestaande artikelen vereist: de introductie van een tweede en derde lid bij artikel 194 van boek 6 van het BW is voldoende om het probleem van acquisitiefraude civielrechtelijk aan te pakken. Met het voorgestelde tweede en derde lid van artikel 6:194 van het BW worden mededelingen waarbij essentiële informatie wordt weggelaten of onduidelijk wordt gepresenteerd als «misleidend» beschouwd, waardoor ondernemers zich voortaan beter beschermd weten tegen de acquisitiefraudeur die op misleidende wijze overeenkomsten probeert aan te gaan. De ondernemer die erachter komt een overeenkomst te hebben getekend die na een dergelijke «misleidende mededeling» tot stand is gekomen, kan hierdoor eenvoudiger onder de overeenkomst uit omdat de onrechtmatigheid daarmee een gegeven is. Voor een nadere onderbouwing van het geformuleerde wetsvoorstel verwijzen de indieners naar het artikelsgewijze deel van de toelichting.

Indieners zijn van mening dat de rechter de partij die de misleidende mededeling heeft gedaan moet kunnen verbieden om voortaan dergelijke mededelingen te doen, zodat andere ondernemers hiervan niet langer de dupe worden. Ook moet de rechter de mogelijkheid hebben de acquisitiefraudeur te veroordelen tot rectificatie, hetgeen een waarschuwende functie kan hebben indien het een mededeling betreft die weliswaar specifiek is gericht op een ander, maar aan veel ondernemers is toegestuurd. Om die reden is ook artikel 6:196 van het BW aangepast.

Van door indieners voorgestelde wetgeving zal in de toekomst allereerst een preventieve werking kunnen uitgaan. Acquisitiefraudeurs zijn bekend om hun geraffineerde werkwijze waarbij zij de mazen van de wet opzoeken. De voorgestelde wettekst zal hen bekend worden en de verwachting is dat zij derhalve minder snel zullen overgaan tot pogingen tot het plegen van acquisitiefraude. Een en ander is met het van kracht worden van door indieners voorgestelde wetswijziging immers niet langer binnen de grenzen van de wet. Daarnaast zal hiermee ook een grotere rechtszekerheid ontstaan voor ondernemers welke mogelijk slachtoffer worden van acquisitiefraude. Zij kunnen in de toekomst immers beter dan nu het geval is hun recht halen. Dit zal, tot slot, eveneens een positief effect hebben op het goed functioneren van de markt. Met een afdoende rechtsbescherming kan het vertrouwen in de markt groeien en zal bovendien de schade die geleden wordt door acquisitiefraude afnemen – hetzij door preventieve werking, hetzij door het achteraf bij de rechter gehaalde recht.

3. Wijziging Wetboek van Strafrecht

3.1 Huidige strafrechtelijke bepalingen

Acquisitiefraude is niet alleen een civielrechtelijk verschijnsel. Het is ook een specifieke vorm van financieel-economisch criminaliteit, waarbij op geraffineerde wijze misbruik wordt gemaakt van het vertrouwen in het handelsverkeer met als doel bevoordeling ten koste van een ander.³⁵ Het delict is als zodanig echter niet gedefinieerd in het Wetboek van Strafrecht; evenmin is het opgenomen in een delictsomschrijving. In de bestrijding van acquisitiefraude wordt vaak gebruik gemaakt van de commune bepalingen van het Wetboek van Strafrecht, zoals (poging tot) oplichting of valsheid in geschrifte. De huidige strafrechtelijke bepalingen zijn echter in veel gevallen niet toepasbaar bij de vervolging van acquisitiefraudeurs.

De eerste en meest voor de hand liggende bepaling betreft de strafbaarstelling van oplichting, vastgelegd in artikel 326 van het Wetboek van Strafrecht. Aan een strafrechtelijke veroordeling op basis van oplichting worden hoge eisen gesteld. Zo moet de intentie tot oplichting worden bewezen: van belang is dat de verdachte heeft gehandeld met het oogmerk om zichzelf of een ander wederrechtelijk te bevoordelen.³⁶ Hiervoor moet bij verdachte ten minste sprake zijn van een noodzakelijkheidsbewustzijn ten aanzien van de gevolgen.³⁷ De wederrechtelijkheid van het oogmerk wordt, kort gezegd, aangenomen indien de verdachte gebruik maakt van ten minste één van de vier oplichtingsmiddelen, te weten het aannemen van een valse naam, het aannemen van een valse hoedanigheid, listige kunstgrepen of een samenweefsel van verdichtsels. Indien de rechter heeft geoordeeld dat één van deze middelen door de verdachte is aangewend, komt de vraag aan bod of er sprake is van een «bewegen tot». Er moet dus sprake zijn van causaliteit: de afgifte of aflevering – in het geval van acquisitiefraude meestal een geldsom – dient veroorzaakt te zijn door het aanwenden van de hierboven beschreven bedrieglijke middelen.³⁸ Daarbij moet worden bewezen dat zonder de aanwending van het bedrieglijke middel de afgifte van het goed niet zou zijn gevolgd.³⁹ Men spreekt in dit verband ook wel van psychische causaliteit, omdat het noodzakelijk is dat het aangewende oplichtingsmiddel iets verandert in de psyche van het slachtoffer, waardoor deze overgaat tot de afgifte van een goed.⁴⁰

De hierboven genoemde oplichtingsmiddelen verhouden zich in veel gevallen moeizaam met de malafide praktijken bij acquisitiefraude. Bij het aannemen van een valse naam is het zo dat, zelfs wanneer verdachte een andere dan zijn eigen naam heeft gebruikt, niet automatisch kan worden gesteld dat deze hiermee een valse naam heeft aangenomen in de zin van artikel 326 van het Wetboek van Strafrecht. Immers, het aannemen van een valse naam hoeft niet direct de oorzaak geweest te zijn van de afgifte van de geldsom. Ook is er in de meeste gevallen van acquisitiefraude geen sprake van een ondertekening op persoonlijke titel, maar wordt er slechts vanuit een (op zichzelf bestaande) bedrijfsnaam geopereerd. Er zijn, voor zover bekend, tussen 2002 en 2012 dan ook slechts twee acquiseurs (gedeeltelijk) op grond van oplichting veroordeeld, waarbij

³⁵ H.J.B. Sackers en P.A.M. Mevis (red.), *Fraudedelicten* (Deventer 2000), p. 1–13.

³⁶ Voor bevoordeling is niet vereist dat een ander wordt benadeeld. HR 24 januari 1950, *NJ* 1950, 287.

³⁷ HR 14 oktober 1940, *NJ* 1941, 87; zie ook HR 5 januari 1982, *NJ* 1982, 232.

³⁸ Geert Delrue, *Oplichting en het misbruik van vertrouwen* (Antwerpen-Apeldoorn 2007) 20.

³⁹ Rb. Rotterdam, 27 maart 2003, *NJ* 2003/3392003/339.

⁴⁰ P.J. van den Hout, «Rechtspraak en Doctrine» in: *Oplichting: knooppunt van valsheid en bedrog*. Arnhem: Gouda Quint 1993, p. 63–109.

het aannemen van een valse naam specifiek als middel is genoemd.⁴¹ Daarbij zijn echter steevast andere middelen en/of andere strafbare feiten ten laste gelegd, waaronder valsheid in geschrifte.

Bij het aannemen van een valse hoedanigheid moet vooral gedacht worden aan het doen voorkomen dat men een bepaald beroep of een bepaalde functie uitoefent.⁴² Hiervan is bij acquisitiefraude in principe geen sprake. Met enige creativiteit zou men kunnen stellen dat de acquisitiefraudeur zich anders voordoet omdat hij het slachtoffer benadert als ware dit een reeds bestaande klant. Ook zou men kunnen beredeneren dat de acquisitiefraudeur zich voordoet als een bonafide ondernemer en derhalve een valse hoedanigheid in de zin van artikel 326 van het Wetboek van Strafrecht heeft aangenomen. Het is echter maar zeer de vraag of de rechter met deze gedachtegang zal meegaan.⁴³ Bovendien vrijwaart het gebruik van de zogeheten «kleine lettertjes» de fraudeur mogelijk van dit oplichtingsmiddel, omdat hierin (hoewel niet op ondubbelzinnige wijze) staat dat het toegestuurde formulier een aanbieding betreft en de acquisiteur zich derhalve niet anders presenteert dan zijn daadwerkelijke beroep, te weten het werven van klanten. Ten slotte is voor de uitoefening van het beroep van acquisiteur geen specifieke opleiding vereist, waardoor er niet snel sprake zal zijn van een valse hoedanigheid.⁴⁴ Uit de gevonden jurisprudentie tussen 2002 en 2012 blijkt dan ook dat de rechter geen enkele keer specifiek het middel «aannemen van een valse hoedanigheid» bewezen heeft verklaard bij acquisitiefraudezaken.

Bij het derde middel, het aanwenden van listige kunstgrepen, gaat het om «bedrieglijke handelingen, geschikt om leugenachtige voorwendsels en valse voorstellingen ingang te doen vinden en daaraan kracht bij te zetten.»⁴⁵ Het blijkt in de praktijk echter moeilijk te bewijzen dat er «listige kunstgrepen» zijn toegepast.⁴⁶ De reden dat acquisitiefraude in veel gevallen niet valt onder oplichting, is dat bij acquisitiefraude vaak strikt genomen geen sprake is van een bewijsbaar bedrieglijke handeling of een leugenachtig of vals voorwendsel. Er is daarentegen wel sprake van misleiding. Een voorbeeld van acquisitiefraude kan dit wellicht verduidelijken. Bij acquisitiefraude wordt regelmatig gebruik gemaakt van een logo dat sterke gelijkenis vertoont met het logo van een vertrouwenwekkende organisatie. Het gebruik van zo'n logo is niet vals of leugenachtig – op zich is het gewoon een logo dat veel gelijkenis vertoont met een ander logo – maar «slechts» misleidend. Misleiding is echter geen voorwaarde voor het delict oplichting. Een ander voorbeeld: Indien in zeer kleine letters is vermeld dat de ondertekening van een factuur het aangaan van een overeenkomst met zich brengt, is dit strikt genomen niet bedrieglijk, leugenachtig of vals – de informatie staat immers op de factuur. De hele voorstelling van zaken op een dergelijke factuur is echter wel misleidend. Bij een gefingeerd briefhoofd (iemand stelt bijvoorbeeld advocaat te zijn terwijl dit niet zo is) of een waardeloze cheque is aantoonbaar sprake van bedrog, een leugen of een valse voorstelling van zaken. Bij zeer mislei-

⁴¹ Rb. Groningen, 15 oktober 2002, *LJN: AF3417*, Rb. Groningen, 17 september 2003.

⁴² Dit middel is door de Hoge Raad geleidelijk aan ruimer uitgelegd. Zie HR 1 februari 1983, NJ 1983/470NJ 1983/470, HR 18 september 1978, NJ 1978/658NJ 1978/658, HR 10 februari 1998, NJ 1998/497NJ 1998/497, HR 22 mei 1990, NJ 1990/801NJ 1990/801.

⁴³ De rechtbank Utrecht heeft in 2006 in een zaak tegen een klusjesman, die volgens de aangevers de beloofde prestatie niet na kwam, geoordeeld: «Ontbreken de kwade trouw versterkende omstandigheden en is er dus in wezen slechts sprake van een enkele (al dan niet stilzwijgende) leugen, dan is dat in beginsel onvoldoende om te concluderen tot een valse hoedanigheid.» Het feit dat de man zich had gepresenteerd als bonafide ondernemer is volgens de rechtbank onvoldoende om te stellen dat hij een valse hoedanigheid in de zin van artikel 326 van het Wetboek van Strafrecht heeft aangenomen.

⁴⁴ Zie de gedachtegang van Rb. Leeuwarden. 19 juli 2007. *LJN: BA9992*.

⁴⁵ HR 1 november 1920, NJ 1920, p. 1215; HR 24 juli 1936, NJ 1937/80.

⁴⁶ Rb. Groningen, 22 februari 2006, parketnummer 18/030478-02.

dende facturen is dit, door de geraffineerdheid daarvan, vaak niet het geval. Daarom valt acquisitiefraude in veel gevallen niet onder oplichting.

Ook bij het laatste middel tot oplichting, een samenweefsel van verdichtsels, bestaat er een bewijsbaarheidsprobleem. Wil hier sprake van zijn, dan zal er een opeenstapeling moeten zijn van leugens.⁴⁷ Deze «opeenstapeling van leugens» vindt bij acquisitiefraude veelal telefonisch plaats. Dergelijke telefoongesprekken komen vaak onverwachts, waardoor het slachtoffer dit zelden vastlegt. Dit resulteert in een moeizame bewijsvoering.

Naast oplichting zou er sprake kunnen zijn van valsheid in geschrifte, vastgelegd in artikel 225 van het Wetboek van Strafrecht. Gedacht kan worden aan het zetten van een nagebootste of gefingeerde handtekening of het nalaten van het vermelden van bepaalde gegevens of feiten.⁴⁸ De meeste vormen van acquisitiefraude lijken echter niet langs deze weg vervolgd te kunnen worden. In het geval een malafide adverteerder een opdrachtbevestiging of controlefax toestuurde, en deze vervolgens door de ondernemer wordt ondertekend, komt in beginsel een rechtsgeldige overeenkomst tot stand. De toegestuurde en ondertekende fax bevat immers de relevante informatie die voor de overeenkomst van belang is. De ondernemer wordt echter misleid door de opbouw en opmaak van de fax en/of de gegevens met betrekking tot de looptijd en de kosten, die niet stroken met de informatie die is verstrekt tijdens het telefoongesprek. Ook worden in de advertentieteksten ter gegevenscontrole vaak met opzet fouten aangebracht om zodoende de aandacht van de ondernemer af te leiden van de daadwerkelijke inhoud en strekking. Deze laatste praktijk doet wellicht valsheid in geschrifte vermoeden, maar de vraag is wel of advertentieteksten «tot bewijs van enig feit» dienen in de zin van artikel 225 van het Wetboek van Strafrecht. Bij grootschalig verzonden spookfacturen is een beroep op artikel 225 van het Wetboek van Strafrecht überhaupt uitgesloten, omdat hier in de kleine letters en/of dubbelzinnig staat aangegeven dat het een offerte en geen betalingsverplichting betreft.

Uit bovenstaande schets blijkt dan ook dat de bestaande strafrechtelijke bepalingen slechts in enkele gevallen tot een veroordeling hebben geleid. Tussen 2002 en 2012 zijn er, voor zover de initiatiefnemers bekend, slechts enkele acquisitiefraudeurs strafrechtelijk veroordeeld.⁴⁹ Gedurende de periode 2004–2012 zijn bij het Steunpunt Acquisitiefraude 65.000 meldingen geregistreerd.⁵⁰ Dit grote verschil tussen aantal veroordelingen en aantal meldingen sluit aan bij de ervaringen op het politiebureau. In een onderzoek naar acquisitiefraude uit 2009 benaderden de onderzoekers 25 politiekorpsen met een, weliswaar gefingeerd, geval van acquisitiefraude. Slechts bij twee korpsen werd het verhaal als een vorm van oplichting herkend. De andere korpsen stelden dat er geen aangifte mogelijk was omdat het geen strafbaar feit zou betreffen. Zo zou het gaan

⁴⁷ HR 21 februari 1938, *NJ* 1938, 929; HR 4 februari 1997, *NJ* 1997, 410 onder b; HR 16 maart 1993, *NJ* 1993, 718.

⁴⁸ Van dit laatste is slechts sprake indien hiermee de werkelijkheid geweld wordt aangedaan, gelet op de betekenis die in het maatschappelijk verkeer aan de ontbrekende gegevens pleegt te worden toegekend. Vgl. HR 14 december 1999, *NJ* 2000/150 *NJ* 2000/150.

⁴⁹ Zoals bijvoorbeeld Rechtbank Groningen, 1 oktober 2002, *LJN*: AF3453; Rechtbank Groningen, Parketnummer 18/077002-01 (17 september 2003); Rechtbank Groningen, parketnummer 18/996503-05 (7 juni 2005); Gerechtshof Leeuwarden, *LJN*: BC1568 (21-12-2007); en Rechtbank Groningen *LJN*: BY7644 (21-12-20012).

⁵⁰ Daarbij het grote aantal meldingen van spooknota's niet meegerekend. Het Steunpunt Acquisitiefraude krijgt veel meldingen binnen van deze grootschalige mailings. «Deze worden niet consequent verwerkt in de database, omdat het veelal gaat om melders die niet gedupeerd zijn en dan ook geen juridisch advies nodig hebben.» Zie Huisman en Van de Bunt, p. 40.

om een «geldig contract» en om een praktijk die «wel een beetje misleidend, maar niet strafbaar» is. «Ook al staat het er in de kleine letters, dan staat het er toch nog», zo stelde een politiekorps. In de meeste gevallen werden de onderzoekers doorverwezen naar de civiele rechter omdat het om een civiele zaak zou gaan en niet om een strafzaak.⁵¹

3.2 Strafrechtelijke aanpak in Oostenrijk en België

In Oostenrijk heeft men in de strijd tegen acquisitiefraude reeds in 2000 wettelijke maatregelen genomen. Artikel 28a van de Oostenrijkse wet inzake Ongeoorloofde Mededinging van 1984 («Gesetz gegen unlauteren Wettbewerb») is in dat jaar gewijzigd om bepaalde vormen van reclameronselarij te verbieden. Het artikel luidt: «*Het is verboden om te adverteren, met het oog op zaken of voor concurrentie-doeleinden, voor registratie in registers, zoals een gouden gids, een telefoonboek of vergelijkbare registers, met het gebruik van betalingsformulieren, betalingsopdrachten, facturen, offertes voor correcties of vergelijkbare middelen of om zulke registraties direct aan te bieden, zonder ondubbelzinnig en er ook grafisch duidelijk op te wijzen, dat het slechts het aanbod voor een contract betreft.*»⁵² In de memorie van toelichting op het wetsontwerp valt te lezen dat deze regeling in ieder geval gaat over gevallen, «waarin een ondernemer het duidelijke bewijs weglaat of versluiert, dat met het toegezonden formulier (betalingsformulier, rekening, correctieformulier en dergelijken) een offerte wordt aangeboden, waardoor de geadresseerden met deze toezendingen gevaar lopen onterecht te betalen of te ondertekenen (en daarmee het aanbod accepteren).»⁵³ De nieuwe regel moet geadresseerden beschermen tegen het door deze handelwijze ontstane risico op vermogensnadelen.

Rondom dit artikel heeft zich in een snel tempo een strenge jurisprudentie ontwikkeld, waardoor het voor malafide aanbieders steeds minder interessant is geworden om misleidende handelspraktijken in Oostenrijk te bedrijven.⁵⁴ In een belangrijk arrest uit 2002 heeft het hoogste rechtscollege van Oostenrijk geoordeeld dat het gebruik van op zichzelf leesbare woorden die het aanbodkarakter impliceren – zoals «aanbod», «offerte», «registratieaanvraag», of «correctiebrief» – niet voldoende is wanneer de wezenlijke informatie van het aanbod verstopt is in de kleine letters en/of op een ongewone plek.⁵⁵ In een arrest van 29 september 2002 heeft zij dit standpunt bevestigd, door te stellen dat enkel het woord «offerte» (of «aanbieding») bij de vermelding van een klantnummer en bijgesloten betalingsformulier niet voldoende is.⁵⁶ Dat er sprake is van een offerte wordt immers noch uit titel, noch uit de context grafisch duidelijk. De handelwijze voldoet in zo'n geval niet aan de eisen van artikel 28a, namelijk het geven van duidelijke en «fout uitsluitende» instructies. Een arrest van 21 oktober 2003 heeft ertoe geleid dat artikel 28a een nog strengere maatstaf is geworden. Sindsdien geldt in Oostenrijk dat geen enkele zakelijke verbinding zich mag bedienen van betalingsformulieren of soortgelijke afdrucken, zonder op een «twijfel

⁵¹ Huisman en Van de Bunt, p. 74.

⁵² «*Es ist verboten, im geschäftlichen Verkehr zu Zwecken des Wettbewerbs für Eintragungen in Verzeichnisse, wie etwa Branchen-, Telefon- oder ähnliche Register, mit Zehlscheinen, Erlagscheinen, Rechnungen, Korrekturangeboten oder ähnlichem zu werben oder diese Eintragungen auf solche Art unmittelbar anzubieten, ohne entsprechend unmißverständlich und auch graphisch deutlich darauf hinzuweisen, daß es sich lediglich um ein Vertragsanbot handelt.*»

⁵³ RV 1998 BlgNR 20. GP – FernabsatzG.

⁵⁴ Zo heeft het *Schutzverband gegen unlauteren Wettbewerb* opgemerkt. http://www.oavv.at/schutzverband_erlagschein.htm.

⁵⁵ OGH 13.03.2002; 4Ob1/02d.

⁵⁶ OGH 24.9.2002, 4 Ob 175/02t.

uitsluitende wijze» erop te wijzen, dat het slechts om een aanbod gaat.⁵⁷ Artikel 28a moet in dit verband worden opgevat als een «verhoogde informatieplicht» voor de acquisiteur. Ook de districtsrechtbank voor handelszaken Wenen heeft in 2003 geconcludeerd dat het versluieren van de essentie van het toegestuurde formulier in strijd is met de nieuwe bepaling 28a.⁵⁸ Het Europese Parlement heeft deze Oostenrijkse wetgeving in een verslag van 2008 omtrent reclameronselaars niet zonder reden een «best practice» genoemd.⁵⁹

Naast Oostenrijk erkent inmiddels ook België het belang van bescherming van niet-consumenten tegen oneerlijke handelspraktijken. Sinds 17 september 2011 geldt daar een verbod van oneerlijke marktpraktijken om adverteerders te werven. In de toelichting op het wetsvoorstel ter invoering van het verbod valt te lezen dat UNIZO (de Unie van zelfstandige ondernemers) en VOKA (Vlaams netwerk van ondernemers) tientallen jaren de strijd hebben gevoerd tegen reclameronselaars. «Toch blijkt deze strijd niet voldoende om reclameronselaars te stoppen. Sommige rechters – van de zittende en staande magistratuur – blijken onvoldoende het frauduleuze aspect van deze vorm van oplichting in te schatten. (...) Ook al bestaan er momenteel reeds verschillende juridische instrumenten die kunnen worden ingezet tegen deze misleidende en bedrieglijke reclamewerving (zoals de rechtsfiguur van de dwaling en de wanprestatie), toch blijkt deze te algemeen en te weinig toegespitst om reclameronselaars werkelijk een halt toe te roepen», zo stellen de initiatiefnemers.⁶⁰ Artikel 97/1 van afdeling 2 van de Wet Marktpraktijken luidt thans: *«Het is verboden voor een onderneming ofwel rechtstreeks, ofwel via een betalingsformulier, een bestelformulier, een factuur, een aanbod, algemene voorwaarden, een voorstel tot verbetering of elk ander soortgelijk document, adverteerders te werven om hen in gidsen, adressenbestanden, telefoonboeken of soortgelijke lijsten of bestanden op te nemen, zonder ondubbelzinnig aan te geven dat deze werving een aanbod van overeenkomst tegen betaling uitmaakt en zonder in het vet en het grootste lettertype dat in het document wordt gebruikt de duur van de overeenkomst en de hieraan verbonden prijs te vermelden.»* Bedrijven zijn zodoende verplicht om duidelijk te beschrijven en ook typografisch te laten zien wat de aard is van de overeenkomst, zodat zij geen zaken kunnen wegstoppen in «de kleine lettertjes». Doen zij dit toch, dan riskeren zij een geldboete die kan oplopen tot 20.000 euro.

De nieuwe Belgische maatregel lijkt inmiddels zijn vruchten af te werpen. UNIZO merkt in dit verband op dat er «weinig tot zelfs geen problemen meer worden gemeld met reclameronselaars», ofschoon een uitgebreide jurisprudentie zich nog moet uitkristalliseren.⁶¹ Zij merkt tevens op dat ondernemers de wettekst gebruiken in hun protest, indien zij slachtoffer zijn geworden van acquisitiefraude. Dit heeft resultaat: tot op heden is geen enkele gedupeerde ondernemer die geprotesteerd heeft met verwijzing naar de wettekst, gedagvaard door de betreffende acquisiteur. De ondernemer staat juridisch gezien dus zeer sterk ten aanzien van formulieren die niet in overeenstemming zijn met de nieuwe wetgeving.

⁵⁷ OGH 21.10.2003, 4Ob173/03z.

⁵⁸ Bezirksgericht für Handelssachen Wien 21. 11. 2003, 3 C 532/03m-10.

⁵⁹ Verslag van 13 november 2008. A6-0446/2008.

⁶⁰ Wetsvoorstel tot wijziging van de wet van 6 april 2010 betreffende Marktpraktijken en Consumentenbescherming met het oog op het bestrijden van reclameronselaars (stuk Kamer, nr. 53-735/1).

⁶¹ Red. «Nieuwe trucs fraudeurs» In: *De Telegraaf* (17 juli 2012).

3.3 Standpunt van de initiatiefnemers

De initiatiefnemers achten het van belang dat de overheid actief optreedt in de aanpak van financieel-economische criminaliteit. Dit kan en gebeurt onder andere door vergroting van de capaciteit en expertise bij politie en justitie en door de inrichting van fraudemeldpunten. Het geringe aantal veroordelingen toont echter aan dat acquisitiefraude slechts in zeer duidelijke oplichtingsgevallen leidt tot een veroordeling. In de meeste gevallen is het onduidelijk of er überhaupt sprake is van een strafbaar feit. Die onduidelijkheid is onwenselijk. Het gaat immers om doelbewuste misleiding met als doel ondernemers ertoe te bewegen een overeenkomst te sluiten die ze anders niet gesloten zouden hebben. Daarom stellen de initiatiefnemers voor om acquisitiefraude, naast de voorgestelde wijzigingen in het Burgerlijk Wetboek, ook strafrechtelijk aan te pakken.

Van een strafrechtelijke sanctie kan een preventieve werking uitgaan. Het gaat er in dit verband om de praktijken van malafide acquisiteurs en hun verdienmodel te frustreren. Dit zal het voor (potentiële) criminelen minder aantrekkelijk maken in de wereld van de acquisitiefraude te stappen. Vanzelfsprekend spelen ook andere strafrechtelijke uitgangspunten als bescherming van de maatschappij en vergelding een rol bij een uitdrukkelijke strafbaarstelling. Met betrekking tot dit laatste punt moet opgemerkt worden dat het hier niet enkel gaat om vergelding van leed dat een slachtoffer is aangericht, maar ook het leed van de maatschappij als geheel: acquisitiefraude tast immers het vertrouwen in het handelsverkeer en het ondernemersklimaat aan.

3.4 Voorgestelde strafrechtelijke wijziging

In het Tweede Boek van het Wetboek van Strafrecht wordt onder Titel XXV inzake bedrog een nieuw artikel ingevoegd dat acquisitiefraude strafbaar stelt. In dit artikel wordt geregeld dat 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 dan wel grafisch onduidelijke 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.

De keuze voor een relatief algemene formulering komt onder meer voort uit de ervaringen in Oostenrijk en België. Hiermee is het artikel tegen meerdere vormen van acquisitiefraude inzetbaar en daardoor meer toekomstbestendig. Het verstoppert van de essentie van een toegestuurd formulier wordt door dit artikel strafbaar, omdat hierdoor ten aanzien van de aard van het voorstel een verkeerde indruk wordt gewekt, waardoor de gedupeerde een overeenkomst sluit die hij anders niet of niet onder dezelfde voorwaarden zou hebben gesloten. Een onduidelijke opmaak die ten aanzien van de aard, duur, of prijs van het aanbod een verkeerde indruk geeft, wordt hierdoor eveneens strafbaar. Zodoende kunnen essentiële zaken niet langer worden weggestopt in de kleine letters.

Zoals vermeld wordt het nieuwe artikel opgenomen in het Tweede Boek van het Wetboek van Strafrecht. Daarmee wordt het strafbare feit gekwalificeerd als een misdrijf. Aan de keuze om van het feit een misdrijf en geen overtreding te maken, liggen meerdere redenen ten grondslag. Ten eerste zou een overtredingstelling in de opvatting van de initiatief-

nemers onvoldoende recht doen aan de ernst van het delict. Zeker in gevallen waarbij op grote schaal en/of over een langere periode acquisitiefraude is gepleegd, is een veroordeling op basis van een overtreding niet toereikend. De fraudeur heeft immers aanzienlijke economische en vaak ook psychische schade aangericht. Ten tweede zijn medeplichtigheid aan en poging tot een strafbaar feit enkel bij misdrijven strafbaar. Een ander belangrijk argument is dat de kwalificatie «misdrijf» het Openbaar Ministerie de mogelijkheid biedt om specifieke dwangmiddelen in te zetten. Bovendien kunnen bepaalde strafbare feiten die niet zelden verband houden met acquisitiefraude dan niet (subsidiair) ten laste worden gelegd. In dit verband kan gewezen worden op artikel 140 van het Wetboek van Strafrecht waarin «deelname aan een organisatie die tot oogmerk heeft het plegen van misdrijven» strafbaar is gesteld. Ten slotte heeft de ervaring geleerd dat de ontnemingsprocedure lang kan duren: bij het uitblijven van een hoge boete bestaat dan het gevaar dat fraudeurs het risico incalculeren en onverlet doorgaan met hun praktijken.

Hoewel de aangehaalde Belgische en Oostenrijkse bepalingen enkel boetes in het vooruitzicht stellen bij het begaan van het delict, lijkt een gevangenisstraf passender bij ernstige en structurele gevallen. Hierbij is rekening gehouden met de huidige bepalingen van het Wetboek van Strafrecht. Gewezen kan worden op artikel 327 van het Wetboek van Strafrecht, waarin iemand die door listige kunstgrepen een verzekeraar in dwaling brengt, wordt gestraft met een maximale gevangenisstraf van een jaar of een geldboete van de vijfde categorie. Ook op de artikelen 328bis van het Wetboek van Strafrecht (oneerlijke mededinging) en 329 van het Wetboek van Strafrecht (b2c-bedrog) staat een maximum gevangenisstraf van een jaar of een geldboete van de vijfde categorie. Acquisitiefraude heeft echter ook kenmerken die raken aan het delict oplichting (artikel 326 van het Wetboek van Strafrecht), waarop een gevangenisstraf van ten hoogste vier jaren of geldboete van de vijfde categorie staat. De initiatiefnemers hebben daarom gekozen de maximale gevangenisstraf voor het nieuwe artikel op twee jaren te stellen. Hiermee wordt wat betreft de strafmaat een positie ingenomen tussen de lichtere vergrijpen van 327, 328bis en 329 van het Wetboek van Strafrecht enerzijds en het oplichtingsartikel van 326 van het Wetboek van Strafrecht anderzijds. De strafmaximum geeft hierbij de bovengrens aan van wat maatschappelijk gezien als een passende bestraffing wordt beschouwd voor de strafbare gedragingen die in het artikel zijn opgenomen. Dat impliceert echter niet dat aan eenieder die in de toekomst het voorgestelde artikel overtreedt die straf ook zal worden opgelegd. Het is de rechter die, gelet op de aard en de ernst van het strafbare feit, de omstandigheden waaronder dat feit is begaan en de persoon van de dader, moet bepalen welke straf passend en geboden is.⁶²

4. Uitvoering, handhaving en financiële aspecten

4.1 Uitvoering, handhaving en financiële aspecten

De voorgestelde civielrechtelijke bepaling die ondernemers betere bescherming gaat bieden tegen acquisitiefraude zal in eerste instantie door de benadeelde partij zelf ingeroepen moeten worden in een civiele procedure, zoals dat nu ook geregeld is bij het huidige artikel 6:194 van het BW. De aanvullende beschermingsbepalingen (voorgestelde leden 2 en 3 van artikel 6:194 van het BW) brengen hierin geen wijziging aan. Deze wijziging in het Burgerlijk Wetboek heeft volgens de indieners geen noemenswaardige nadelige financiële aspecten. Hooguit zal bij de rechtbanken ervaring opgedaan moeten worden indien vaak een beroep

⁶² Kamerstukken II 2012/13, 33 352, nr. 6, (ontvangen 1 mei 2013).

zal worden gedaan op deze nieuwe bepaling. Daartegenover staat echter dat door dit voorstel mogelijk procedures op grond van andere (huidige) artikelen uit het Burgerlijk Wetboek, die thans zonder veel succes worden ingeroepen in gevallen van acquisitiefraude, kunnen worden voorkomen.

Evenmin verwachten de indieners uitvoeringsproblemen of noemenswaardige nadelige financiële aspecten bij het voorgestelde nieuwe artikel in het Wetboek van Strafrecht. De handhaving van de voorgestelde nieuwe strafbepaling zal in de praktijk op dezelfde wijze plaatsvinden als andere strafbepalingen, zoals oplichting of valsheid in geschrifte. Na inwerkingtreding van dit wetsvoorstel kan voortaan aangifte gedaan worden bij de politie van overtreding van artikel 326d Wetboek van Strafrecht, waarna politie en Openbaar Ministerie een onderzoek in kunnen stellen om tot vervolging over te gaan. Het is aan de politie en het Openbaar Ministerie om prioriteiten te stellen, niet iedere (vermeende) overtreding van dit nieuwe artikel tegen acquisitiefraude hoeft tot aangifte, opsporing, vervolging en een strafzaak te leiden. Indieners kunnen zich voorstellen dat met name de notoire fraudeurs die op grootschalige wijze acquisitiefraude plegen, vanwege de schaal waarop ondernemers benadeeld worden of vanwege de bedragen die hierin omgaan, aangepakt worden. Tot hoeveel zaken dit zal leiden is vooraf moeilijk in te schatten, maar naar verwachting zal dit niet tot een dusdanig aantal aangiften en vervolgingen leiden dat dit niet binnen de bestaande capaciteit kan worden opgevangen.

II. ARTIKELSGEWIJZE TOELICHTING

ARTIKEL I

Onderdeel A

Met artikel I van het wetsvoorstel wordt artikel 194 van Boek 6 van het Burgerlijk Wetboek (hierna: BW) gewijzigd. Het artikel wordt allereerst onderverdeeld in drie leden. De huidige tekst van het artikel wordt vervat in het eerste lid en een nieuw tweede en derde lid worden aan het artikel toegevoegd. Hierin wordt geregeld dat een mededeling, openbaar of gericht tot een ander, waarbij goederen of diensten worden aangeboden door of namens een persoon die handelt in de uitoefening van een beroep, bedrijf of organisatie aan een ander die handelt in de uitoefening van een beroep, bedrijf of organisatie in ieder geval misleidend is indien sprake is van een misleidende omissie in die mededeling. Van een misleidende omissie is sprake indien essentiële informatie welke hij die handelt in de uitoefening van een beroep, bedrijf of organisatie nodig heeft om een geïnformeerd besluit over een transactie te nemen, wordt weggelaten, verborgen wordt gehouden of op onduidelijke, onbegrijpelijke, dubbelzinnige wijze dan wel laat verstrekt of gepresenteerd wordt, of het commerciële oogmerk, indien dit niet reeds duidelijk uit de context blijkt, niet laat blijken, waardoor hij die handelt in de uitoefening van een beroep, bedrijf of organisatie een besluit over een overeenkomst neemt of kan nemen, dat hij anders niet had genomen.

Toepassingsbereik

In het huidige artikel 6:194 van het BW wordt slechts bescherming geboden tegen *openbare* mededelingen die misleidend blijken te zijn. Persoonsgerichte benadering via telefoon of brief, bijvoorbeeld in de vorm van een schriftelijke offerte, valt niet onder de bescherming die wordt geboden door het huidige artikel 6:194 van het BW, omdat dit niet als openbare mededeling is aan te merken. Ook de regeling inzake oneerlijke handelspraktijken (titel 3, afdeling 3A van Boek 6 van het BW)

biedt ondernemers evenals kleine zelfstandigen geen bescherming.⁶³ Slechts consumenten vallen onder de reikwijdte van deze regeling. Indien sprake is van misleidende mededelingen jegens een onderneming die niet openbaar zijn, kan de benadeelde onderneming bij de burgerlijke rechter momenteel een actie instellen uit onrechtmatige daad, dwaling of bedrog. Die mogelijkheden bieden de ondernemers op dit moment te weinig soelaas, vanwege bewijsrechtelijke moeilijkheden. Dit wetsvoorstel strekt tot het vergroten van de rechtsbescherming van ondernemingen binnen het privaatrecht, ten aanzien van mededelingen met misleidende omissies.

Voor de volledigheid is er bovendien voor gekozen om, in afwijking van artikel 6:194, eerste lid (nieuw), niet alleen te spreken van ondernemingen, maar ook beroepen en organisaties expliciet onder het toepassingsbereik van het voorgestelde artikel te laten vallen. Door naast bedrijven ook beroepen en organisaties te benoemen, wordt de onduidelijkheid die bestaat over de positie van onder andere kerkgenootschappen en vrijwilligersorganisaties tussen het consumentenrecht enerzijds en de rechtsbescherming van ondernemingen anderzijds tegengegaan. Bovendien wordt hiermee aangesloten bij de voorgestelde strafbaarstelling van acquisitiefraude, waarin tevens wordt gesproken van diegenen die handelen in de uitoefening van een «beroep, bedrijf of organisatie» als slachtoffer van fraudeleuze praktijken.

Misleidende omissie

De formulering van artikel 6:194, tweede lid, van het BW is grotendeels ontleend aan de regeling inzake oneerlijke handelspraktijken (titel 3, afdeling 3A van Boek 6 van het BW). Met de formulering van het nieuwe tweede lid in artikel 6:194 van het BW wordt gerealiseerd dat een mededeling, los van hetgeen in het eerste lid van artikel 194 is bepaald, *in ieder geval* misleidend is indien sprake is van een misleidende omissie. De term «misleidende omissie» is ontleend aan artikel 6:193d, eerste lid, van het BW. Waar artikel 6:193d van het BW echter ziet op misleidende omissies inzake handelspraktijken, ziet artikel 6:194, tweede lid, van het BW slechts op misleidende omissies inzake mededelingen. Het is dan ook niet de bedoeling de gehele regeling inzake oneerlijke handelspraktijken van overeenkomstige toepassing te verklaren op ondernemingen en organisaties.

Als gesteld, is er sprake van een misleidende omissie ten aanzien van een mededeling indien essentiële informatie welke nodig is om een geïnformeerd besluit over een transactie te nemen, wordt weggelaten, verborgen wordt gehouden of op onduidelijke, onbegrijpelijke, dubbelzinnige wijze dan wel laat verstrekt of gepresenteerd wordt, of het commerciële oogmerk, indien dit niet reeds duidelijk uit de context blijkt, niet laat blijken, waardoor hij die handelt in de uitoefening van een beroep, bedrijf of organisatie een besluit over een overeenkomst neemt of kan nemen, die hij anders niet had genomen. De grens van het toelaatbare wordt dus in ieder geval overschreden wanneer zodanige (nadelige) eigenschappen of aspecten aangaande de transactie worden verzwegen of onduidelijk gepresenteerd worden dat er redelijkerwijs van kan worden uitgegaan dat de persoon die handelt in de uitoefening van zijn beroep, bedrijf of organisatie niet tot de transactie betreffende het aangewezen goed of de aangeprezen dienst zou zijn overgegaan als hij daarvan wel weet zou hebben gehad.

Voor de toepassing van dit nieuwe tweede lid zijn een drietal zaken van belang. Ten eerste hoeft de mededeling – waarin een misleidende omissie wordt gedaan – niet *openbaar* te zijn om binnen de reikwijdte van het nieuwe artikellid te vallen. Ook persoonsgerichte benaderingen via

⁶³ Nadere MvA EK, Kamerstukken I 2007/08, 30 928, E, p. 6.

bijvoorbeeld telefoon of het toesturen van individuele offertes vallen hierdoor binnen het bereik van het nieuwe tweede lid. Hiermee wordt bewust afgeweken van de huidige tekst van artikel 6:194, dat – zoals gezegd – deze openbaarheidseis wel stelt.

Ten tweede is van belang dat bij de beoordeling of essentiële informatie is weggelaten of verborgen is gehouden, de feitelijke context in aanmerking wordt genomen. Dit wordt geregeld door artikel 6:193d, vierde lid, van het BW, van overeenkomstige toepassing te verklaren in het nieuwe derde lid bij artikel 6:194. Door de feitelijke context in aanmerking te nemen, wordt bij de beantwoording van de vraag of sprake is van een misleidende omissie expliciet rekening gehouden met de beperkingen van het betreffende communicatiemedium en de eventuele maatregelen die zijn genomen om de benodigde informatie langs andere wegen ter beschikking van de ondernemer of zelfstandige in kwestie te stellen.

Ten derde wordt – ingeval het betreft een uitnodiging tot aankoop – de definitie van «essentiële informatie» uit artikel 6:193e, onderdelen a tot en met d, van overeenkomstige toepassing verklaard. Dit gebeurt tevens in het nieuwe derde lid bij artikel 6:194. Dit betekent dat, in geval van een uitnodiging tot aankoop, de volgende informatie, voor zover deze niet reeds uit de context blijkt, essentieel is:

- a. de voornaamste kenmerken van het product, in de mate waarin dit gezien het medium en het product passend is;
- b. de identiteit en het geografisch adres van de handelaar, zijn handelsnaam en, in voorkomend geval, de identiteit en het geografisch adres van de handelaar namens wie hij optreedt;
- c. de prijs, inclusief belastingen, of, als het om een product gaat waarvan de prijs redelijkerwijs niet vooraf kan worden berekend, de manier waarop de prijs wordt berekend en, in voorkomend geval, de extra vracht-, leverings- of portokosten of, indien deze kosten redelijkerwijs niet vooraf kunnen worden berekend, het feit dat deze extra kosten moeten worden betaald;
- d. de wijze van betaling, levering, uitvoering en het beleid inzake klachtenbehandeling, indien deze afwijken van de vereisten van professionele toewijding.

Ingevolge artikel 6:193a, eerste lid, onderdeel g, van het BW is er sprake van een uitnodiging tot aankoop bij een commerciële boodschap die de kenmerken en de prijs van het product op een aan het gebruikte medium aangepaste wijze vermeldt en de consument – in geval van toepassing van artikel 6:194 van het BW dient hier «beroep, bedrijf of organisatie» gelezen te worden – in staat stelt een aankoop te doen. Een uitnodiging tot aankoop kan ook via de telefoon plaatsvinden en dient dus te voldoen aan bovenstaande eisen.

Het is, gezien deze eisen als vervat in het nieuwe tweede en derde lid bij artikel 6:194, bijvoorbeeld niet langer mogelijk om een onderneming of organisatie via een telefoongesprek op een verhullende manier voor te lichten over een bepaald product – door bijvoorbeeld een verkeerde voorstelling te geven over de voornaamste kenmerken van het product, de hoogte van het verschuldigde bedrag of de frequentie waarmee dat bedrag dient te worden betaald – waarna de onderneming of organisatie door het ondertekenen van een eveneens verhullend document aan een bepaald product of een bepaalde dienst is gebonden. In het geval een aanbieding of offerte bijvoorbeeld sterk lijkt op een factuur en slechts in kleine lettertjes is vermeld dat het een aanbieding of een offerte betreft, is er sprake van een misleidende omissie in de mededeling, evenals in het geval in een offerte bijvoorbeeld de suggestie wordt gewekt dat er al een klantrelatie met de ondernemer bestaat en ondertekening slechts plaats hoeft te vinden ter «bevestiging», terwijl met die ondertekening een volstrekt nieuwe overeenkomst blijkt te worden afgesloten. Met dit

wetsvoorstel wordt aan dit soort praktijken ten aanzien van ondernemers en organisaties een einde gemaakt.

Bewijslast

In artikel 6:195, eerste lid, van het BW is bepaald dat, indien een vordering op grond van artikel 6:194 van het BW wordt ingesteld tegen iemand die de inhoud van de mededeling heeft bepaald, op diegene de bewijslast rust met betrekking tot de juistheid of volledigheid van de feiten die in de mededelingen zijn opgenomen – of die daardoor worden gesuggereerd – en waarop het beweerde misleidende karakter van de mededeling berust. Indien onrechtmatig is gehandeld, is degene die de inhoud van de mededeling heeft bepaald voor de dientengevolge ontstane schade aansprakelijk, tenzij hij bewijst dat zulks niet aan zijn schuld is te wijten en ook op een andere grond niet voor zijn rekening kan komen. Dit betekent, kort gezegd, dat – ingeval een ondernemer of organisatie op grond van het nieuwe artikel 6:194, tweede lid, een vordering instelt wegens misleidende omissie – de bewijslast met betrekking tot de volledigheid van de gedane mededeling op grond van artikel 6:195 wordt omgekeerd.

Onderdeel B

Rectificatie van specifiek gerichte mededelingen

In artikel 6:196 van het BW wordt, kort gezegd, bepaald dat indien iemand door het openbaar maken van een in artikel 6:194 van het BW bedoelde mededeling aan een ander schade heeft toegebracht of dreigt toe te brengen, de rechter hem op vordering van die ander niet alleen het openbaar maken van zodanige mededeling kan verbieden, maar hem ook kan veroordelen tot het op een door de rechter aangegeven wijze openbaar maken van een rectificatie van die mededeling. Door de voorgestelde aanpassing in artikel 6:196 van het BW komt deze mogelijkheid ook te gelden ten aanzien van mededelingen die niet openbaar zijn gemaakt, maar die specifiek gericht zijn op een ander. Zodoende kan de rechter bepalen dat degene die een specifiek op iemand gerichte mededeling doet, of laat doen, met daarin een misleidende omissie, een soortgelijke mededeling niet meer mag doen, of mag laten doen, jegens andere ondernemers. Ook kan de rechter bepalen dat een rectificatie van zodanige mededeling openbaar wordt gemaakt.

ARTIKEL II

Met artikel II van het wetsvoorstel wordt in het Wetboek van Strafrecht artikel 326d ingevoegd. Artikel 326d ziet, kortgezegd, op de strafbaarstelling van acquisitiefraude en kent verschillende voorwaarden. Bepaald is dat 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 dan wel grafisch onduidelijke 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.

Artikel 326d is opgenomen in het tweede boek van het Wetboek van Strafrecht, waardoor het strafbare feit kan worden gekwalificeerd als een misdrijf. Het artikel is geplaatst in titel XXV alwaar bepalingen omtrent «bedrog» zijn opgenomen. Bedrog ziet, in algemene zin, op gevallen

waarbij iemand met de bedoeling zichzelf te bevoordelen een ander door valsheid in dwaling brengt of houdt, waardoor die ander vermogensnadeel ondervindt.⁶⁴ Met de plaatsing van artikel 326d in titel XXV van het Wetboek van Strafrecht maakt ook het delict acquisitiefraude deel uit van de bedrogbepalingen in het Wetboek van Strafrecht.

Oogmerk

Evenals de meeste bedrogbepalingen vereist ook het delict acquisitiefraude het oogmerk om zich of een ander wederrechtelijk te bevoordelen. Door dit oogmerk wordt reeds verondersteld dat de gedraging opzettelijk geschiedt.⁶⁵ Het oogmerk omvat met andere woorden de middelen – het niet of op dubbelzinnige dan wel grafisch onduidelijke wijze vermelden dat het een aanbod van overeenkomst tegen betaling betreft, wat de duur van de overeenkomst bedraagt of wat de prijs van de overeenkomst bedraagt – alsmede het directe resultaat; het sluiten van een overeenkomst.

Causaal verband

Zoals de meeste delicten in titel XXV van het Wetboek van Strafrecht kan ook acquisitiefraude worden gezien als een gevolgsdelict. Het bedrog ziet immers op het bewerkstelligen van een voor het delict constitutief gevolg, namelijk dat de ander in dwaling een gedraging verricht. In het geval van acquisitiefraude is deze gedraging het aangaan van een overeenkomst. Tussen de bedrieglijke gedraging (het doen van een aanbod dat niet aan de vereisten van artikel 326d van het Wetboek van Strafrecht voldoet) en het sluiten van een overeenkomst, is een causaal verband vereist. Indien een aanbod wordt gedaan waarin niet of op dubbelzinnige dan wel grafisch onduidelijke 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, is er pas sprake van acquisitiefraude indien de ander door het onvolledige aanbod een overeenkomst sluit die hij niet of niet onder dezelfde voorwaarden zou hebben gesloten indien hij de ware staat van zaken gekend had.

Het aanbod

Zoals blijkt uit de delictsomschrijving is bij acquisitiefraude sprake van een aanbod waarin niet of op dubbelzinnige dan wel grafisch onduidelijke wijze wordt vermeld dat het 1) een aanbod van overeenkomst tegen betaling betreft, 2) wat de duur van de overeenkomst bedraagt of 3) wat de prijs van de overeenkomst bedraagt. Indien een aanbod wordt gedaan waarbij één van bovenstaande voorwaarden niet of op dubbelzinnige of grafisch onduidelijke wijze wordt vermeld, is het aanbod niet in orde en is de delictsomschrijving – indien tevens aan de overige voorwaarden wordt voldaan – van toepassing. Dit betekent dat een aanbod waarin wel de prijs en de duur van de overeenkomst worden vermeld, maar niet duidelijk wordt aangegeven dat het een aanbod van overeenkomst tegen betaling betreft, niet in orde is. Een aanbod tot het aangaan van een overeenkomst is ingevolge artikel 326d van het Wetboek van Strafrecht pas in orde indien wordt voldaan aan alle voorwaarden die hierboven zijn beschreven.

Het aanbod dient mondeling of bij geschrift te worden gedaan en kan dus onder andere telefonisch, *tête à tête*, per post, fax of e-mail plaatsvinden. Een combinatie is ook mogelijk; indien het aanbod allereerst telefonisch

⁶⁴ C.P.M. Cleiren en J.F. Nijboer, *Tekst en commentaar, Strafrecht*, Deventer: Kluwer, 2008.

⁶⁵ Ibid.

wordt gedaan, waarna een fax wordt gezonden ter «bevestiging», kan, indien wordt voldaan aan de overige voorwaarden van artikel 326d van het Wetboek van Strafrecht, sprake zijn van acquisitiefraude.

Uitoefening van beroep, bedrijf of organisatie

Het aanbod als bedoeld in artikel 326d van het Wetboek van Strafrecht betreft een aanbod dat wordt gedaan aan «een ander die handelt in de uitoefening van een beroep, bedrijf of organisatie». De invulling van het begrip «bedrijf» wordt, evenals het geval is voor de invulling van dit begrip in andere artikelen uit het Wetboek van Strafrecht waarin het voorkomt, overgelaten aan het gewone spraakgebruik. In algemene zin wordt aangenomen dat bij een bedrijf een streven naar winst bestaat en dit streven regelmatig en publiekelijk tot uiting komt.⁶⁶ Onder de uitoefening van een «beroep of bedrijf» moet worden verstaan het verrichten van activiteiten die als hoofd- of nevendoel het verwerven van inkomen of het maken van winst hebben, zo wordt «beroep of bedrijf» iets verder gespecificeerd in de wetsuitleg van artikel 429quarter van het Wetboek van Strafrecht.⁶⁷ Wat betreft het verschil tussen «beroep» en «bedrijf» heeft de Hoge Raad bepaald dat, gelet op artikel 71 van de Wet op de bedrijfsorganisatie (oud) moet worden aangenomen dat het begrip «bedrijf» primair wordt bepaald door een ondernemingsgewijze bedrijfsuitoefening, in tegenstelling tot het begrip «beroep», hetgeen een door persoonlijke kwalificaties bepaalde beroepsuitoefening betreft.⁶⁸ Een vereniging of organisatie valt niet onder het begrip «beroep» of «bedrijf». Het begrip «organisatie» is toegevoegd aan artikel 326d van het Wetboek van Strafrecht, zodat ook (liefdadigheid)stichtingen, kerkgenootschappen en andere organisaties vallen onder de bescherming die artikel 326d van het Wetboek van Strafrecht tegen acquisitiefraude biedt. Voor wat betreft de definitie van «organisatie» kan worden aangesloten bij hetgeen is bepaald in HR 22 januari 2008, NJ 2008, 72. Hier gaf de Hoge Raad aan onder organisatie te verstaan «een samenwerkingsverband met een zekere duurzaamheid en structuur».

Indien sprake is van het delict van artikel 326d van het Wetboek van Strafrecht kan de rechter een gevangenisstraf van ten hoogste twee jaren of geldboete van de vijfde categorie opleggen.

ARTIKEL III

In artikel III wordt bepaald dat het wetsvoorstel in werking treedt op een bij koninklijk besluit te bepalen tijdstip.

Gesthuizen
Van Oosten

⁶⁶ Ibid.

⁶⁷ C.P.M. Cleiren en J.F. Nijboer, *Tekst en commentaar, Strafrecht*, Deventer: Kluwer, 2008.

⁶⁸ HR 26 juni 1984, NJ 1985, 530