0 BD

de Rechtspraak

Raad voor de rechtspraak

Afdeling Strategie

bezoekadres
Kneuterdijk 1
2514 EM Den Haag

correspondentieadres
Postbus 90613
2509 LP Den Haag

t (088) 361 00 00
f (088) 361 00 22
www.rechtspraak.nl

De Minister van Veiligheid en Justitie
Mr. I.W. Opstelten
Postbus 20301
2500 EH Den Haag

datum 15 oktober 2014
contactpersoon
doorkiesnummer
e-mail
ons kenmerk
uw kenmerk
onderwerp Aanvullend advies wetsvoorstel computercriminaliteit III

Geachte heer Opstelten,

Bij brief van 23 juli 2014 met opgemeld kenmerk is namens u de Raad voor de rechtspraak (de "**Raad**") verzocht aanvullend advies uit te brengen inzake een tweetal toevoegingen aan het wetsvoorstel Wijziging van het Wetboek van Strafrecht en het Wetboek van Strafvordering in verband met de verbetering en versterking van de opsporing en vervolging van computercriminaliteit (computercriminaliteit III – het "**Wetsvoorstel**").

Wetsvoorstel
Over een eerdere versie van het Wetsvoorstel heeft de Raad op 4 juli 2013 advies uitgebracht.[1] De toevoegingen waarover aanvullend advies wordt gevraagd betreffen de verruiming van de strafbaarheid van het corrumperen van minderjarigen en van grooming (artikelen 248d en 248e Sr) en de strafbaarstelling van online handelsfraude (middels invoeging van een nieuw artikel 326d Sr).

Verruiming strafbaarheid seksueel corrumperen van minderjarigen en grooming
Zoals aangegeven in de Memorie van Toelichting ("**MvT**") beoogt de bestaande strafbepaling van seksueel corrumperen (artikel 248d Sr) het kind te beschermen tegen schadelijke invloeden op de persoonlijke en seksuele ontwikkeling. In het bijzonder strekt de bepaling tot bescherming tegen gedragingen die tot doel hebben een kind vatbaar te maken voor seksuele uitbuiting of seksueel misbruik. Voor strafbaarheid is niet vereist dat het kind zelf participeert in de seksuele handelingen waarvan hij of zij getuige is. Voldoende is dat het kind met ontuchtig oogmerk wordt geconfronteerd met seksuele handelingen (MvT, par. 6.1). Onder het thans in artikel 248e Sr strafbaar gestelde grooming wordt verstaan het op internetsites, chatrooms, nieuws- of MSN-groepen benaderen en verleiden van een kind met als uiteindelijk doel het plegen van seksueel misbruik met dat kind. Voor strafbaarheid is niet vereist dat het virtuele contact daadwerkelijk leidt tot fysiek contact tussen kind en dader (MvT, par 6.2). Om grooming te bestrijden maakte de politie volgens de MvT tot voor kort gebruik van de zogenaamde 'lokpuber'. Daarmee wordt de inzet van de zogenaamde 'lokpuber' mogelijk, waaronder wordt verstaan een politiefunctionaris die zich voordoet als een minderjarige onder de zestien jaar, of een animatie van een persoon die zich eveneens als zodanig voordoet. Inmiddels is in

[1] Gepubliceerd op www.rechtspraak.nl onder nummer 2013/27.

de rechtspraak geoordeeld dat de verdachte van grooming niet strafbaar is als degene die in de tekst van artikel 248e Sr wordt aangeduid als de persoon, die de leeftijd van zestien jaren nog niet heeft bereikt, in werkelijkheid zestien jaar of ouder is en dat het daarbij niet uitmaakt of de verdachte met betrekking tot die leeftijd in een andere veronderstelling verkeerde of mocht verkeren (Rechtbank 's-Gravenhage 14-09-2012, ECLI:NL:RBSGR:2012:BX8188). Het feit dat de inzet van de 'lokpuber' niet kan bijdragen aan het bewijs van het plegen van grooming levert volgens de MvT serieuze problemen op voor de opsporing van dit delict, en inmiddels is de inzet van lokpubers stilgelegd. Deze situatie doet volgens de MvT ernstig afbreuk aan de bescherming van kinderen tegen grooming. Er bestaat dan ook voor de wetgever aanleiding om de delictsomschrijving alsnog te bezien. Om aan de gerezen problemen tegemoet te komen, wordt voorgesteld de tekst van artikel 248e Sr aan te passen, zodat alle personen die uit zijn op een ontmoeting met een kind met het oogmerk van het plegen van seksueel misbruik met dat kind, strafbaar worden. Met de voorgestelde formulering (hij die ten onrechte aanneemt) is ook de persoon strafbaar die een ontmoeting voorstelt aan een meerderjarige in de veronderstelling met een minderjarige onder de zestien jaar van doen te hebben. Met de voorgestelde wijziging van artikel 248d Sr wordt de inzet van de lokpuber ook voor de strafrechtelijke aanpak van seksueel corrumperen van minderjarigen op vergelijkbare wijze mogelijk.

Strafbaarstelling online handelsfraude / internetoplichting

Volgens de MvT vormt de zogenaamde online handelsfraude (of: internetoplichting) in toenemende mate een maatschappelijk probleem (MvT, par. 7). Bij het daarvoor bestemde meldpunt van de politie worden jaarlijks ongeveer 50.000 aangiften van internetoplichting ontvangen, waarvan vele betrekking hebben op eenzelfde aanbieding. Preventieve maatregelen blijken volgens de MvT niet voldoende om dit verschijnsel adequaat het hoofd te bieden. Er wordt namelijk ook gewerkt met tijdelijke websites, die voor een weekend online gaan en na het weekend offline, waarbij de koper of afnemer wordt verleid tot gedeeltelijke of volledige betaling zonder dat er wordt geleverd. Zodra de kopers merken dat er niet wordt geleverd is de website al uit de lucht en de aanbieder van de goederen of diensten onvindbaar. De vervolging van deze vorm van handelsfraude op grond van het strafbare feit van oplichting (artikel 326 Sr) blijkt tot nu toe weinig succesvol. In de rechtspraak wordt volgens de MvT geoordeeld dat het aanbieden van goederen of diensten via het internet, zonder de intentie tot leveren, niet zonder meer oplichting oplevert. Tegen malafide kopers die zich bij herhaling schuldig maken aan het kopen zonder te betalen kan strafrechtelijk worden opgetreden op grond van de zogenaamde flessentrekkerij (artikel 326a Sr). Er kan echter niet strafrechtelijk worden opgetreden tegen malafide verkopers of aanbieders die zich bij herhaling schuldig maken aan het verkopen of aanbieden zonder te leveren. Tegen deze achtergrond is er volgens de MvT, gelet op de ontwikkeling van het internet, aanleiding om het openbaar ministerie in staat te stellen vervolging in te stellen bij vormen van grootschalige handelsfraude, waarbij gebruik wordt gemaakt van het internet. De slachtoffers zijn daarbij gebaat, ook omdat zij zich dan ter zake van hun vordering tot schadevergoeding als benadeelde partij in het strafproces kunnen voegen (artikel 51f, eerste lid, Sv). Voorgesteld wordt een gevangenisstraf van ten hoogste vier jaren of een geldboete van de vijfde categorie. Met de voorgestelde strafbedreiging wordt aangesloten bij de strafbedreiging voor oplichting en flessentrekkerij.

Na overleg met de gerechten, adviseert de Raad als volgt.[2]

Advies
De toegevoegde onderdelen aan het Wetsvoorstel geven de Raad aanleiding tot het maken van enkele opmerkingen.

Verruiming strafbaarheid seksueel corrumperen van minderjarigen en grooming

- Grens tussen gebruik andere identiteit en uitlokking

De Raad merkt op dat bij de inzet van zich van een andere identiteit ('lokpuber') bedienende opsporingsambtenaren die in contact treden met mogelijke verdachten, logischerwijs de grens met niet-toegestane uitlokking in beeld komt. Opvallend is dat de MvT hier slechts summier op ingaat en dat daarbij de vigerende EVRM-jurisprudentie onvolledig wordt weergegeven. Zo wordt onder meer niet ingegaan op de eventuele implicaties van het arrest van het Europese Hof voor de rechten van de mens in de zaak Khudobin (EHRM 26 oktober 2006, EHRC 2007.6). De Raad vraagt zich af of de wetgever het belang van deze problematiek wellicht onderschat. Het is daarbij onduidelijk welke maatregelen de wetgever voor ogen heeft om de bewijsrechtelijke en integriteitsrisico's die samenhangen met het zich als 'lokpuber' voordoen van opsporingsambtenaren, dan wel het gebruikmaken van lokanimaties, beheersbaar en controleerbaar te maken. Wordt bijvoorbeeld beoogd om nadere regelgeving uit te vaardigen omtrent de gevallen waarin, en de wijze waarop, van dit middel gebruik zal mogen worden gemaakt? De Raad adviseert hierop in de MvT nader in te gaan.

- Contact met virtuele personen

De Raad merkt op dat in dit verband kennelijk ook de strafbaarheid wordt beoogd van het zoeken van contact met virtuele personen die de uiterlijke kenmerken hebben van en/of zich in de communicatie gedragen als personen beneden de leeftijd van 16 jaar. Hoewel dat in de MvT niet met zoveel woorden tot uitdrukking is gebracht, lijkt deze (verdere) strafbaarstelling te zijn ingegeven door een actie van een NGO waarbij een dergelijke virtuele persoon een dominante rol speelde.[3] Uit de MvT wordt echter niet duidelijk of en zo ja, in welke mate het voornemen bestaat om bij de opsporing ook daadwerkelijk gebruik te gaan maken van de inzet van dergelijke virtuele personen, en zo dit het geval is, onder welke voorwaarden en op welke wijze dat zal gaan gebeuren. De Raad adviseert hieraan in de MvT alsnog nadere aandacht te besteden.

---

[2] De Raad voor de rechtspraak heeft op grond van artikel 95 van de Wet op de rechterlijke organisatie een wettelijke adviestaak met betrekking tot nieuwe wets- en beleidsvoorstellen die gevolgen hebben voor de rechtspraak. De adviezen worden vastgesteld na overleg met de gerechten. De Raad voor de rechtspraak is een adviescollege in de zin van artikel 79 en 80 van de Grondwet. Bij het opstellen van zijn adviezen beoordeelt de Raad de voorgenomen wet- en regelgeving in het bijzonder op de gevolgen voor de organisatie en de werklast van de gerechten en op de (praktische) toepasbaarheid en uitvoerbaarheid. Rechters zijn bij de behandeling van individuele zaken niet gebonden aan de inhoud van de wetgevingsadviezen van de Raad voor de rechtspraak.

[3] Campagne onder de naam Sweetie van Terre des Hommes.

Noodzaak strafbaarstelling online handelsfraude / internetoplichting
De ratio achter de voorgestelde nieuwe strafbaarstelling van online handelsfraude / internetoplichting is blijkens de MvT gelegen in het feit dat voor de aanpak van deze vormen van criminaliteit de bestaande strafbaarstelling van oplichting wegens bewijsproblemen niet toereikend is. De Raad vraagt zich af of dit daadwerkelijk het geval is. Het valt in dit verband op dat de MvT de actuele stand van de rechtspraak met betrekking tot het onderhavige fenomeen niet volledig en daarmee niet juist weergeeft. Diverse rechtscollege's, zowel in de eerste als de tweede lijn, hebben namelijk de laatste 12 maanden uitspraken gedaan die ertoe strekken dat gedragingen als thans omschreven in de nieuwe strafbaarstelling reeds strafbaar zijn ingevolge artikel 326 (oplichting).[4] In dit licht rijst de vraag in hoeverre de nieuwe strafbaarstelling daadwerkelijk in een behoefte voorziet. Tevens rijst de vraag of door de nieuwe strafbaarstelling niet eerder afbreuk wordt gedaan aan de uit voormelde rechtsontwikkeling voortvloeiende bescherming van slachtoffers van dergelijke feiten. Op grond van de formulering van de nieuwe delictsomschrijving is namelijk, anders dan bij de bestaande strafbaarstelling van oplichting, het plegen van online handelsfraude / internetoplichting niet strafbaar indien geen betaling heeft plaatsgevonden (zie hiervoor verder de opmerkingen gemaakt in de bijlage bij dit advies). Dit maakt dat de voorgestelde strafrechtelijke bescherming van slachtoffers ten aanzien van online handelsfraude / internetoplichting dus minder ver strekt dan de bestaande bescherming van slachtoffers op grond van oplichting. De Raad adviseert in het licht van het voorgaande, in het bijzonder de strafrechtelijke bescherming van slachtoffers, de noodzaak van de nieuwe strafbaarstelling te heroverwegen en in de MvT alsnog op voormelde stand van de rechtspraak in te gaan.

Overige opmerkingen in bijlage
Het Wetsvoorstel geeft aanleiding tot overige opmerkingen van praktische, wetstechnische en/of redactionele aard. Deze opmerkingen zijn opgenomen in de bijlage die bij dit advies is gevoegd.

Werklast
De Raad verwacht dat invoering van het Wetsvoorstel gevolgen heeft voor de werklast van zowel rechtbanken als gerechtshoven. De Raad verwacht een structurele toename van het aantal zaken, en dat deze werktasttoename voor extra kosten zorgt van ongeveer vijfhonderdduizend euro per jaar. Dit wordt hieronder toegelicht.

De nieuwe strafbaarstelling van online handelsfraude / internetoplichting zal naar verwachting leiden tot een toename van het aantal strafzaken. Als gezegd worden volgens de MvT door de politie nu reeds jaarlijks 50.000 digitale aangiften hiervan ontvangen. Het openbaar ministerie heeft desgevraagd ingeschat dat als gevolg van deze nieuwe strafbaarstelling jaarlijks ongeveer 65 zaken extra bij de Rechtspraak zullen instromen. Het zal hier doorgaans om relatief bewerkelijke zaken gaan, mede vanwege de vele slachtoffers/benadeelde partijen die hierin een rol zullen spelen, welke ook allen moeten worden opgeroepen en bij verschijning moeten worden gehoord en wier vorderingen ook moeten worden beoordeeld. Niet zelden worden velen van hen ook door de verdediging als getuige gevraagd. Gebleken is dat de behandeling van dergelijke zaken (op basis van de huidige

[4] Zie voor enkele voorbeelden de bijlage bij dit advies.

strafbaarstelling) door de gerechten nu reeds verhoudingsgewijs veel onderzoeks-, administratieve- en zittingscapaciteit vergt.

Tot slot

Indien na het uitbrengen van dit advies het Wetsvoorstel op belangrijke onderdelen wordt gewijzigd of indien uit nadere uitvoeringsregelgeving belangrijke werklastgevolgen voortvloeien, dan wordt de Raad graag in de gelegenheid gesteld daarover aanvullend te adviseren. Met het oog op de voorbereiding van de gerechten op de invoering van het Wetsvoorstel, stelt de Raad er prijs op als hij geïnformeerd wordt over de indiening van het Wetsvoorstel bij de Tweede en de Eerste Kamer en de plaatsing van de definitieve wetstekst in het *Staatsblad*. Ook eventuele nadere regelgeving volgend op dit Wetsvoorstel met gevolgen voor de rechtspleging valt binnen het adviesrecht van de Raad. Voor zover van toepassing, ontvangt de Raad graag een adviesaanvraag voor deze nadere regelgeving.

Hoogachtend,

Lid Raad voor de rechtspraak

BIJLAGE: OPMERKINGEN VAN PRAKTISCHE, WETSTECHNISCHE EN/OF REDACTIONELE AARD

Verruiming strafbaarheid corrumperen van minderjarigen en grooming

- *Bewijsbaarheid van aannames of veronderstellingen*

De nieuwe formuleringen brengen met zich dat voor een bewezenverklaring moet komen vast te staan dat de verdachte ten onrechte aannam te maken te hebben met een persoon die de leeftijd van zestien jaren nog niet had bereikt. In de MvT wordt in dit verband vermeld: *"Als de dader niet veronderstelde dat hij met een persoon onder de zestien jaar van doen had, en dit niet het geval was – denk aan gevallen waarin uit feiten en omstandigheden blijkt dat de dader meende met iemand van zeventien of achttien jaar te maken te hebben of doorzag dat het om een virtuele persoon ging – is er geen grond om tot strafbaarstelling over te gaan"* (MvT, artikelsgewijs commentaar bij artikel I, onderdeel H). De nieuwe wettelijke formuleringen in combinatie met voornoemde passage in de MvT geven er onvoldoende blijk van dat de wetgever onderkent dat aldus eventuele verdachten door de wijze waarop zij in hun communicatie hun veronderstelling(en) ten aanzien van de leeftijd van degene met wie zij in contact zijn getreden verwoorden, invloed kunnen uitoefenen op de strafbaarheid van de betreffende gedraging. Door bijvoorbeeld stelselmatig bij aanvang van elke communicatie aan te geven dat een verdachte aanneemt met een virtueel persoon van doen te hebben, zouden al aanzienlijke bewijsproblemen kunnen ontstaan.

Tegen deze achtergrond vraagt de Raad zich af de kwestie van (de bewijsbaarheid van) de echte of veronderstelde jeugdige leeftijd van degene met wie de communicatie wordt gezocht, alsook de daarmee samenhangende kwestie van de gevoelde wens om politieambtenaren als zogenaamde "pedolokkers" in te kunnen zetten, niet eenvoudiger kan worden opgelost. In concreto wordt daarbij gewezen op het door G.C. Haverkate (in reactie op Hof Den Haag 25-06-2013 (ECLI:NL:GHDHA:2013:2302)) in het Strafblad van december 2013 (p. 483) voorgestelde alternatief om in de delictsomschrijving de communicatie als het ware los te koppelen van de persoon op wie het oogmerk tot het plegen van de ontuchtige handelingen is gericht. Dat heeft als voordeel dat de persoon met wie de communicatie plaatsvindt niet behoeft te worden omschreven. Aldus resteert de omschrijving van de 'zestienminner' en hetgeen de verdachte omtrent diens leeftijd wist of redelijkerwijs moest vermoeden. Op deze wijze wordt ook een minder zwaar accent gelegd op hetgeen de verdachte daaromtrent zelf aan uitlatingen heeft gedaan, dan thans uit de toelichting op het huidige voorstel voortvloeit. De Raad geeft u in overweging de voorgestelde verruimingen van de strafbaarheid in het licht van het voorgaande te heroverwegen.

- *Redactie van de (verruimde) artikelen 248d en 248e Sr*

In beide bepalingen wordt beoogd handelingen met personen onder de 16 jaar extra te bestraffen, met risicoaansprakelijkheid voor de dader. De voorgestelde formuleringen zijn niet zonder meer helder. Weten of vermoeden combineert met "16 jaar nog niet bereikt", maar ten onrechte aannemen is negatief en combineert dus met "16 jaar wel bereikt". Het verdient aanbeveling om de formulering van beide artikelen op dit punt te herzien.

- *Verhouding tussen de (verruimde) artikelen 248d en 248e Sr en de artikelen 248a – 248c Sr*

Te verwachten is dat na de inwerkingtreding van het Wetsvoorstel de afgrenzing van de in de artikelen 248d en 248e omschreven strafbare gedragingen ten opzichte van andere in het Wetboek van Strafrecht omschreven strafbare gedragingen (zoals die in de artikelen 248a, 248b en 248c) na invoering van voormelde voorstellen niet onproblematisch zal blijken. Het valt de Raad op dat de kennelijke gedachte dat bepaalde gedragingen strafbaar moeten zijn, ook indien de betrokkene ten onrechte meent met een minderjarige met een leeftijd beneden de 16 jaar van doen te hebben, niet systematisch wordt doorgezet. Dit maakt de afgrenzing, in termen van strafbaarheid van bepaalde (strafbare) gedragingen, onhelder. Ter toelichting kan hier dienen dat ingevolge het Wetsvoorstel het maken van een afspraak met ontuchtige bedoelingen met c.q. het zijns ondanks aanwezig laten zijn bij ontuchtige handelingen van, een persoon waarvan men ten onrechte aanneemt dat deze een leeftijd heeft van beneden de 16 jaar strafbaar wordt gesteld. Deze uitbreiding van de strafbaarstelling met de aanname "ten onrechte" wordt niet (tevens) wordt voorgesteld ten aanzien van de gedragingen als omschreven in de artikelen 248a tot en met 248c. Dit leidt tot de situatie dat indien bij de opsporing (een animatie van) een persoon, met de schijnbare leeftijd van beneden de 16 jaar wordt gebruikt, een poging tot het maken van een afspraak met deze persoon wel strafbaar is, evenals het ten overstaan van deze persoon zelf verrichten van seksuele handelingen, maar het vragen aan deze (virtuele) persoon om zelf (tegen betaling) seksuele handelingen (bijvoorbeeld voor een webcam of smartphone) te verrichten (art. 248a), dan wel het via een gesloten (internet) videocircuit bekijken van filmpjes waarin deze persoon seksuele handelingen verricht, in beginsel niet (althans zeker niet zonder meer). De reden achter dit onderscheid is niet aanstonds helder, en kan bij de beoordeling van de (niet-)strafbaarheid van bepaalde gedragingen tot bewijs- en kwalificatieproblemen leiden. Het ware aan te bevelen het Wetsvoorstel in dit licht nader te bezien en/of de MvT op dit punt aan te passen.

- *Toepasselijkheid van artikel 248 Sr*

In artikel 248, derde lid Sr wordt onder meer bepaald dat de in de artikelen 248a tot en met 248f bepaalde gevangenisstraffen met een derde kunnen worden verhoogd, indien de schuldige het feit begaat tegen een persoon bij wie misbruik van een kwetsbare positie wordt gemaakt. De vraag rijst in hoeverre deze strafverzwarende omstandigheid ook van toepassing moet worden geacht in het geval dat een verdachte ten onrechte heeft aangenomen dat degene met wie hij de strafbare gedragingen heeft verricht in contact is getreden een leeftijd van beneden de 16 jaar had. Het moet zeker niet ondenkbaar worden geacht, dat bijvoorbeeld, indien een opsporingsambtenaar zich als een minderjarige voordoet, deze daarbij ook uitlatingen doet die de ontvankelijkheid of kwetsbaarheid van de gepretendeerde minderjarige betreffen aangaande seksuele wensen van derden. Omdat de kwetsbare positie van de gestelde minderjarige dan geen werkelijke, maar een veronderstelde is, is onduidelijk of, indien daarop de in artikel 248d en 248e omschreven strafbare gedragingen door een verdachte zijn gevolgd, bij bewezenverklaring ook de in artikel 248, derde lid genoemde strafverzwaring van toepassing moet worden geacht. Het is dan ook wenselijk dat hieraan in de MvT nadere aandacht wordt besteed.

Strafbaarstelling online handelsfraude / internetoplichting

- *Actuele jurisprudentie*

Zoals hiervoor in het advies is aangegeven, hebben diverse rechtscollege's de laatste 12 maanden uitspraken gedaan die ertoe strekken dat gedragingen als thans omschreven in de nieuwe strafbaarstelling reeds strafbaar zijn ingevolge artikel 326 (oplichting). Het gaat om bijvoorbeeld de volgende uitspraken:

- Hof Den Haag 16-04-2014, ECLI:NL:GHDHA:2014:1647 (oplichting via marktplaats.nl. De vertrouwenwekkende aard, het aantal en het elkaar versterkende karakter van de onware mededelingen en daarbij aansluitende misleidende emailadressen, alsook het gegeven dat deze tot particuliere personen waren gericht maken dat verdachtes handelingen tezamen naar het oordeel van het Hof (tevens) moeten worden gekwalificeerd als een "weefsel van verdichtsels"),
- Hof Den Haag 16-04-2014, ECLI:NL:GHDHA:2014:1640 (door de gebruikmaking van een valse naam, de gebruikmaking van een (valse) bedrijfsnaam en het toezenden van een factuur met daarop eveneens vermelding van een (valse) bedrijfsnaam heeft de verdachte een valse hoedanigheid aangenomen en gebruik gemaakt van een samenweefsel van verdichtsels. Deze gedragingen hadden kennelijk tot doel aangeefster in de waan te brengen dat de verdachte een betrouwbare verkoper was. Het hof acht het dan ook aannemelijk dat de aangeefster in casu door voormelde gedragingen van de verdachte, tezamen en in onderling verband bezien, is bewogen tot de afgifte van het in de tenlastelegging genoemde geldbedrag),
- Hof Den Bosch 23-01-2014, ECLI:NL:GHSHE:2014:121 en ECLI:NL:GHSHE:2014:122 (oplichting, de verdachte heeft op valse wijze gebruik gemaakt van het op marktplaats.nl gangbare handelspatroon op basis van welk patroon de betrokken bezoekers van marktplaats.nl mochten verwachten dat de verdachte de goederen voor de afgesproken prijs en op de afgesproken wijze zou leveren. In die verwachting hebben zij geld naar verdachte overgemaakt) → appel inzake RB Maastricht 11-05-2011, ECLI:NL:RBMAA:2011:BQ4797,
- Hof Den Bosch 11-07-2013, ECLI:NL:GHSHE:2013:3013 (oa oplichting via marktplaats.nl, hof overweegt dat het opzettelijk aannemen van de valse hoedanigheid van bonafide verkoper én het opzettelijk hanteren van foutieve namen en verschillende e-mailadressen in zijn geheel valt aan te merken als oplichting in de zin van art. 326 Sr),
- Hof Arnhem-Leeuwarden 21-06-2013, ECLI:NL:GHARL:2013:4498 (oplichting via internet, voordoen als bonafide verkoper),
- Hof Arnhem-Leeuwarden 07-06-2013, ECLI:NL:GHARL:2013:4093 (oplichting via marktplaats.nl, voorgedaan als een betrouwbaar verkoper, soms gebruik rekeningnummer op naam van een ander).

- *Praktische uitvoerbaarheid*

In zijn algemeenheid worden er weinig problemen verwacht ten aanzien van de praktische uitvoerbaarheid van deze nieuwe strafbaarstelling. Op het punt van de eventuele toepassing van de voorlopige hechtenis lijken zich echter in de uitvoeringspraktijk wel problemen te kunnen voordoen. In dat verband wordt het navolgende opgemerkt.

- *Voorlopige hechtenis*

De maximale strafbedreiging op overtreding van het thans voorgestelde artikel 326d is gesteld op 4 jaar. Het is een delict waarvoor voorlopige hechtenis kan worden toegepast. Het is echter de vraag of zich in deze gevallen ook een grond voor toepassing van voorlopige hechtenis zal voordoen, aangezien het niet zenden van goederen na ontvangst van betaling geen feit betreft dat onder de noemer 'algemeen gevaar voor goederen' lijkt te vallen. In dit opzicht verschilt dit delict dan ook van dat van flessentrekkerij (326a Sr), nu bij dit laatste delict goederen van derden stelselmatig onrechtmatig worden verkregen (en veelal ook worden verbruikt). Aangezien andere in artikel 67a Sv genoemde gronden voor voorlopige hechtenis zich evenmin lijken voor te doen, lijkt toepassing van voorlopige hechtenis na aanhouding wegens overtreding van artikel 326d Sr niet eenvoudig, zelfs niet bij herhaling. De vraag kan daarom ook rijzen waarom in het Wetsvoorstel (anders dan bijvoorbeeld ten aanzien van de artikelen 326 en 326a Sr is gebeurd) niet tevens gekozen is deze bepaling op te nemen onder de in de artikel 67a lid, lid 3 genoemde artikelen waarbij in geval van recidive binnen vijf jaar, en dreigend risico voor herhaling, ex lege een grond voor voorlopige hechtenis wordt aangenomen.

- *Vragen met betrekking tot enkele bestanddelen nieuwe strafbaarstelling*

Met name het gestelde in de (artikelsgewijze toelichting in) MvT roept op meerdere punten vragen op omtrent de betekenis en duiding van diverse in de nieuwe strafbaarstelling voorkomende bestanddelen. Daartoe wordt het navolgende opgemerkt.

<u>Bestanddeel "door middel van een geautomatiseerd werk te koop aanbieden"</u>

In de artikelsgewijze toelichting in de MvT wordt omtrent dit bestanddeel onder meer gesteld: *"Dit betekent dat het aanbod van de verkoop via internet (inclusief email) of de telefoon tot uitdrukking wordt gebracht. De verkoop aan de deur, in een winkel, of in een kantoor of via de telefoon valt hier niet onder."* Hier zij opgemerkt dat deze passage innerlijk tegenstrijdig lijkt ten aanzien van het strafbaar achten van verkoop per telefoon. Er wordt zowel gesteld dat de verkoop per telefoon wel onder de strafbaarstelling wordt gebracht, als dat dat niet het geval is. Een nadere verduidelijking en eventueel toelichting lijkt hier derhalve gewenst. Deze verduidelijking lijkt ook gewenst in het licht van het feit dat vele telefoontoestellen tegenwoordig zogenaamde "smart phones" zijn, die als een geautomatiseerd werk worden beschouwd. Ook bezien vanuit de achterliggende doelstelling van de beoogde invoering van deze strafbaarstelling is niet goed in te zien waarom dezelfde gedraging, indien deze wordt gepleegd door middel van een smart phone wel strafbaar zou zijn, en indien deze wordt gepleegd met een "klassieke" telefoon niet. Ook deswege lijkt het aangewezen de MvT op dit punt aan te vullen c.q. te verduidelijken.

<u>Bestanddeel: "indien betaling is gevolgd"</u>

Het wetsvoorstel bevat in de delictsomschrijving onder meer als bestanddeel *"indien betaling is gevolgd"*. Hieruit kan worden afgeleid dat geen strafbaarstelling is beoogd indien betaling niet heeft plaatsgevonden. In de artikelsgewijze toelichting in de MvT wordt omtrent voormeld bestanddeel onder meer gesteld: *"In de vierde plaats is vereist dat er door de koper is betaald, dat wil zeggen dat de verkoper de beschikking heeft verkregen over de betaling"*. Deze formulering suggereert dat wordt beoogd om dit bestanddeel slechts bewezen te achten, indien bewijs voorligt dat de verdachte de beschikking heeft gekregen over de betaling door het slachtoffer. Deze keuze kan diverse

bewijsrechtelijke problemen opleveren, bijvoorbeeld indien wel bewijs voorligt van betaling door de aangever, maar geen bewijs voorligt van ontvangst daarvan door de verdachte, om reden dat niet kan worden bewezen dat de verdachte ook feitelijk kan beschikken over de bankrekening waarop een bepaald bedrag is gestort. Gezien de doelstelling van de strafbaarstelling kan echter worden betwijfeld of ook werkelijk beoogd is in zo'n geval reeds daarom aan te nemen dat geen sprake is van een strafbare gedraging. Voorts verdient hier opmerking dat juist bij transacties via internet vaak wordt betaald met credit cards en/of betaalvormen als Paypal. Bij gebruikmaking van dergelijke betaalmiddelen kan in bepaalde gevallen (indien bijvoorbeeld "oplichting" wordt vermoed) en binnen een bepaalde termijn gevraagd worden de gedane betaling terug te draaien c.q. te storneren. De vraag is of, indien zich een dergelijke storneringheeft voorgedaan, naar het oordeel van de wetgever nog sprake is van een "'gevolgde betaling" als bedoeld in het hier voorgestelde nieuwe artikel 326d Sr, aangezien dan feitelijk wel een betaling is gevolgd, maar deze daarna is teruggedraaid, zodat de verdachte uiteindelijk niet de beschikking heeft gekregen over de betaling. Het ware daarom aan te bevelen aan deze aspecten in de MvT nadere aandacht te besteden c.q. de huidige redactie op deze punten nader te beschouwen.

- *Het nieuwe element 'communicatiedienst'*

In het voorgestelde artikel 248d lid 2 Sr is het nieuwe element 'communicatiedienst' opgenomen, terwijl dit element ontbreekt in het voorgestelde artikel 326d Sr. De Raad vraagt zich af of dit een beoogd onderscheid is.

- *Poging tot online handelsfraude*

Aangaande de vraag of ook poging tot het plegen van online handelsfraude mogelijk moet worden geacht bevat de artikelsgewijze toelichting de navolgende passage: *"In de gevallen waar de verkoper om betaling heeft verzocht maar de koper (nog) niet heeft betaald kan sprake zijn van een strafbare poging tot online handelsfraude"*. Deze laatste opvatting lijkt juridisch niet juist. In de delictsomschrijving zoals voorgesteld is namelijk slechts sprake van een strafbare gedraging als betaling is gevolgd. Het volgen van betaling is hier een constitutief onderdeel van de delictsomschrijving. Is betaling niet gevolgd dan is er geen sprake van een strafbare gedraging, en kan evenmin een poging daartoe worden aangenomen. Om misverstanden te voorkomen verdient het de voorkeur het in de artikelsgewijze toelichting op dit punt gestelde aan te passen.