

Vergaderjaar 2013–2014

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. 4

ADVIES VAN DE AFDELING ADVISERING VAN DE RAAD VAN STATE EN REACTIE VAN DE INITIATIEFNEMERS

Hieronder zijn opgenomen het advies van de Afdeling advisering van de Raad van State d.d. 4 november 2013 en de reactie van de indieners d.d. 10 maart 2014, aangeboden aan de Voorzitter van de Tweede Kamer der Staten-Generaal. Het advies van de Afdeling advisering is cursief afgedrukt.

Bij brief van de voorzitter van de Tweede Kamer der Staten-Generaal van 29 augustus 2013 heeft de Tweede Kamer, bij de Afdeling advisering van de Raad van State ter overweging aanhangig gemaakt het 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, met memorie van toelichting.

Het initiatiefwetsvoorstel heeft tot doel het tegengaan van acquisitiefraude jegens ondernemers. Onder acquisitiefraude wordt verstaan misleidende handelspraktijken tussen organisaties, waarbij 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

De initiatiefnemers stellen de volgende civielrechtelijke en strafrechtelijke maatregelen voor om acquisitiefraude jegens ondernemers tegen te gaan:

¹ Werkdefinitie acquisitiefraude in K. Huisman, H.G. van de Bunt e.a., «Misleidende handelspraktijken. Een onderzoek naar de aard, achtergronden en aanpak van acquisitiefraude in Nederland», Erasmus Universiteit Rotterdam in opdracht van het WODC, 2009, blz. 18. Misleidende handelspraktijken tussen ondernemingen worden in het buitenland aangeduid als «business scams».

- a. *de regeling inzake de misleidende reclame in Boek 6 van het Burgerlijk Wetboek (BW) wordt aangevuld in die zin dat een «misleidende omissie», bestaande in het weglaten of verborgen houden van essentiële informatie bij het aangaan van een transactie, als onrechtmatig handelen wordt aangemerkt;*
- b. *acquisitiefraude tegen ondernemers wordt strafbaar gesteld in het Wetboek van Strafrecht (WvSr).*

De Afdeling advisering van de Raad van State onderkent dat acquisitiefraude het handelsverkeer, dat gebaseerd is op vertrouwen, kan ondermijnen. De Afdeling advisering maakt echter naar aanleiding van het wetsvoorstel opmerkingen over de tijdigheid van het voorstel in het licht van niet-wettelijke maatregelen die tegen acquisitiefraude (kunnen) worden genomen. Voorts maakt de Afdeling opmerkingen over de noodzaak en vormgeving van de voorgestelde civielrechtelijke regeling en strafrechtelijke regeling.

De indieners danken de Afdeling advisering van de Raad van State voor het advies. Zij hebben hier met belangstelling kennis van genomen. Naar aanleiding van het advies hebben de indieners het voorstel van wet gewijzigd. Tevens is de memorie van toelichting gewijzigd. In reactie op het advies merken de indieners het volgende op.

1. Prematuur?

Het initiatiefwetsvoorstel introduceert een civielrechtelijk en een strafrechtelijk instrument waarmee acquisitiefraude kan worden bestreden. De Afdeling onderkent dat acquisitiefraude het handelsverkeer, dat gebaseerd is op vertrouwen, kan ondermijnen en onderstreept het belang van een zo effectief mogelijke bestrijding ervan.

De Afdeling stelt voorop dat het voorstel een zodanige analyse van het onderliggende probleem dient te behelzen, dat helder is of, en zo ja welke, nieuwe maatregelen op het gebied van wetgeving nodig zijn. Daartoe acht de Afdeling van belang dat voldoende inzicht bestaat in de omvang van acquisitiefraude. Voorts dient voldoende vast te staan dat alternatieven voor wetgeving onvoldoende effectief zijn. In dat verband merkt de Afdeling het volgende op.

a. analyse van het probleem

Het aandeel van acquisitiefraude in het totaal van de horizontale fraude² bedraagt 2,4%, hetgeen vergelijkbaar is met de hypotheekfraude.³ Er zijn veel slachtoffers voor relatief kleine bedragen. Dit zijn vooral ondernemers in het midden- en kleinbedrijf (92% in 2008), maar ook grote organisaties zoals banken, ziekenhuizen, verzekeringsmaatschappijen en overheidsinstellingen raken gedupeerd.⁴

Met betrekking tot de omvang van het probleem stelt de toelichting dat de economische schade zeer groot is en door het Steunpunt Acquisitiefraude (SAF)⁵ wordt geraamd op € 400 miljoen per jaar.⁶

² Horizontale fraude betreft fraudeleuze praktijken waarvan bedrijven en particulieren slachtoffer worden. Bij verticale fraude is de overheid de benadeelde partij.

³ «Nationaal dreigingsbeeld 2012 Georganiseerde criminaliteit», Dienst IPOL Korps landelijke politiediensten, Zoetermeer 2012, blz. 101.

⁴ K. Huisman, H.G. van de Bunt e.a., «Misleidende handelspraktijken. Een onderzoek naar de aard, achtergronden en aanpak van acquisitiefraude in Nederland», Erasmus Universiteit Rotterdam in opdracht van het WODC, 2009, blz. 42.

⁵ Het SAF is opgericht in 2003 en maakt tezamen met de «Fraudehulpdesk» deel uit van Stichting Aanpak Financieel-Economische Criminaliteit in Nederland (SafeCin).

De Afdeling merkt op dat de in de toelichting gepresenteerde cijfers wat betreft de omvang van acquisitiefraude en de daaruit voortvloeiende schade uitsluitend zijn gebaseerd op de meldingen van gedupeerde ondernemers aan het SAF. Zoals het rapport «Nationaal dreigingsbeeld 2012 Georganiseerde criminaliteit» ook vermeldt, ontbreekt echter een goede onderbouwing van het totale schadebedrag, door het SAF geschat op € 400 miljoen.⁷ In genoemd rapport wordt vermeld dat bij het SAF voor ongeveer € 5 miljoen schade per jaar wordt gemeld en onbekend is hoeveel hiervan daadwerkelijk is betaald door de bedrijven. Volgens de regering was de schade die jaarlijks daadwerkelijk wordt gemeld bij het SAF gemiddeld € 9 miljoen per jaar gedurende de periode 2009/2011.⁸ In 2009 is in opdracht van het WODC onderzoek gedaan naar de aard en omvang van acquisitiefraude. Volgens dat onderzoek, getiteld «Misleidende handelspraktijken», vormen de meldingen aan het SAF geen goed uitgangspunt voor het schatten van de omvang en de schade van acquisitiefraude.⁹ In dit onderzoek wordt tevens vermeld dat de gegevens van het SAF dienen te worden gezien als een absolute ondergrens vanwege de lage meldingsbereidheid van de ondernemers.¹⁰ De Afdeling stelt op grond van het vorenstaande vast dat niet duidelijk is waarop de gestelde omvang van acquisitiefraude, met name de daaraan gerelateerde schade, is gebaseerd.

Met betrekking tot de vraag hoe de problematiek zich ontwikkelt, vermeldt het algemeen deel van de memorie van toelichting dat het probleem van acquisitiefraude al lange tijd bekend is, maar steeds ernstiger vormen lijkt aan te nemen.¹¹ De toelichting vermeldt dat het aantal meldingen aan het SAF sinds 2009 groeit. Het SAF registreerde in 2011 ongeveer 10.000 meldingen en in 2012 ongeveer 26.000 meldingen van acquisitiefraude.¹² De Afdeling merkt ten aanzien van de stijging van het aantal meldingen aan het SAF op dat het aantal malafide aanbieders elk jaar rond de 250 blijkt te liggen.¹³ Volgens het rapport «Nationaal dreigingsbeeld 2012» zijn er geen ontwikkelingen die erop duiden dat in dat aantal grote veranderingen komen.¹⁴ Er zijn vijftig tot zeventig dadergroepen die de malafide bedrijven oprichten en aansturen, aldus dit rapport.¹⁵ De Afdeling is van oordeel dat niet valt uit te sluiten dat, gelet op het stabiele aantal aanbieders, de toename van het aantal meldingen verklaard wordt door verhoogde meldingsbereidheid van ondernemers als gevolg van grotere bekendheid met het fenomeen acquisitiefraude en van het SAF. De toelichting gaat hier niet op in.

⁶ Criminaliteit en Rechtshandhaving 2011 (CBS), blz. 255 en Tabel 10.1, blz. 612. De cijfers zijn gebaseerd op gegevens van het Steunpunt Acquisitiefraude. Het bedrag voor schade door acquisitiefraude is voor het eerst in 2011 in de statistiek «Criminaliteit en Rechtshandhaving» gemeld.

⁷ «Nationaal dreigingsbeeld 2012 Georganiseerde criminaliteit», blz. 105.

⁸ Kamerstukken II 2011–12, 33 233, nr. 4, blz. 2. Dit betreft de schade die is gemeld bij het SAF. Uit een onderzoek in Benelux-verband blijkt dat misleidende handelspraktijken zoals fraude met bedrijvengidsen fraudeurs € 879 miljoen tot 1 miljard zouden opleveren. (Begin 2013 heeft het Benelux Secretariaat-Generaal een enquête uitgezet bij bedrijven in de Benelux om de economische schade als gevolg van oplichting van bedrijven te becijferen.)

⁹ «Misleidende handelspraktijken», blz. 7.

¹⁰ De meldingsbereidheid bij de ondernemers is laag vanwege de (relatief) kleine bedragen die met dergelijke fraude gemoeid zijn, vrees voor reputatieschade en de tijd en het kostenrisico die verbonden zijn aan het voeren van een procedure. «Misleidende handelspraktijken», blz. 7.

¹¹ Memorie van toelichting, Algemeen deel, paragraaf 1.2 «Omvang en gevolgen van acquisitiefraude», eerste tekstblok.

¹² Bron: gegevens SAF.

¹³ «Misleidende handelspraktijken», blz. 6.

¹⁴ «Nationaal dreigingsbeeld 2012 Georganiseerde criminaliteit», blz. 106.

¹⁵ Idem.

De Afdeling acht de conclusie in het rapport «Nationaal dreigingsbeeld 2012 georganiseerde criminaliteit» van belang dat «er veel is wat wij niet weten over de omvang, de slachtoffers en de gevolgen van acquisitiefraude».¹⁶ In dit verband wijst de Afdeling erop dat in het onderzoek «Misleidende handelspraktijken» aanbevelingen worden gedaan om acquisitiefraude beter in kaart te brengen. Bankrekeningen van malafide actoren zijn een geschikte bron gebleken voor onderzoek naar acquisitiefraude.¹⁷ De meldingen aan de politie worden thans niet geregistreerd en landelijk in kaart gebracht, waardoor er geen zicht is op de ernst en omvang van het probleem.¹⁸ De registratie- en analysecapaciteit ten aanzien van acquisitiefraude kan daarom worden verbeterd. Slachtofferschap van misleidende praktijken zou kunnen worden meegenomen in een landelijke slachtofferenquête. Om inzicht te krijgen in de actoren zou meer criminologisch onderzoek moeten plaatsvinden naar de actoren en hun organisatiegraad.¹⁹ In de toelichting wordt op het bovenstaande niet ingegaan.

De Afdeling adviseert in de toelichting in te gaan op de opmerkingen van de Afdeling met betrekking tot de omvang en de ontwikkelingen van de problematiek van acquisitiefraude alsmede de in het onderzoek «Misleidende praktijken» geconstateerde lacunes in inzicht in het probleem en de in het onderzoek gedane aanbevelingen.

1a. analyse van het probleem

De indieners constateren met genoegen dat de Afdeling onderkent dat acquisitiefraude het handelsverkeer, dat gebaseerd is op vertrouwen, kan ondermijnen. Dat is voor de indieners dan ook een belangrijke reden geweest om dit wetsvoorstel in te dienen. Ook onderstreept de Afdeling het belang van een zo effectief mogelijke bestrijding van acquisitiefraude. Terecht merkt de Afdeling op dat het van belang is dat voldoende zicht bestaat op de omvang van acquisitiefraude. De indieners erkennen dat het, net als bij andere vormen van criminaliteit, moeilijk is om zeer exact vast te stellen hoe omvangrijk de schade als gevolg van acquisitiefraude is. Alhoewel bij sommige benadeelden het schadebedrag aardig op kan lopen, gaat het bij deze vorm van fraude relatief vaak om veel slachtoffers die voor relatief kleine bedragen zijn benadeeld. Dit verklaart de lage meldingsbereidheid bij deze vorm van fraude. Bij een relatief klein schadebedrag kan de fraude zelfs onopgemerkt blijven. Ook kan het een doelbewuste afweging zijn dat het niet de tijd en moeite loont om melding te maken van een relatief klein schadebedrag. Dat laat onverlet dat ook een schade van enkele duizenden euro's de individuele ondernemingen – zeker de kleinere – hard raakt. Daarbij komt nog dat veel slachtoffers van deze vorm van fraude ook kampen met gevoelens van schaamte. MKB Nederland en het Steunpunt Acquisitiefraude schatten de totale schade van acquisitiefraude aan de economie op 400 miljoen euro per jaar. Deze schatting is breed aanvaard. Er zijn geen betere schattingen beschikbaar. Ook zijn de indieners geen onderzoeken bekend waaruit een lager bedrag blijkt. Voor zover er wel andere onderzoeken zijn, komen deze zelfs uit op een hoger schadebedrag. De indieners hebben bijvoorbeeld gewezen op het onderzoek «Misleidende handelspraktijken» dat in opdracht van het WODC is verricht. Hierin wordt geconcludeerd dat de concrete meldingen bij het Steunpunt Acquisitiefraude als een absolute ondergrens moeten worden gezien. In dit onderzoek zijn tabellen opgenomen met de resultaten van onderzoek naar bankrekeningnummers

¹⁶ Idem.

¹⁷ «Misleidende handelspraktijken», blz. 7.

¹⁸ «Misleidende handelspraktijken», blz. 92.

¹⁹ «Misleidende handelspraktijken», blz. 92–93.

van malafide actoren, waaruit blijkt hoeveel acquisitiefraudeurs verdiend hebben in een bepaalde periode. Uit het onderzoek blijkt dat ongeveer 1 procent van de daadwerkelijke schade wordt gemeld bij het Steunpunt Acquisitiefraude. In 2013 is de gemelde en betaalde schade van januari tot en met augustus 2013 al bijna 400.000 euro. Geëxtrapoleerd komt men op zeker meer dan 400 miljoen euro uit.

Voorts kan nog worden gewezen op het onderzoek dat in Benelux-verband is verricht, terecht aangehaald – in een voetnoot – door de Afdeling, waarbij bedrijven is gevraagd hoe groot de schade is als gevolg van oplichting van bedrijven, zoals fraude met bedrijvengidsen. Hieruit blijkt een jaarlijks schadebedrag van ongeveer 879 miljoen euro voor het Benelux-gebied. Van de bevroegde bedrijven is 80 procent een of meerdere keren benaderd in het kader van frauduleuze partijen. 12 procent van de benaderde bedrijven heeft betaald, met een gemiddeld schadebedrag van 5.196 euro. Afgezet tegen het aantal MKB-ers in Nederland komt dit schadebedrag ruim boven de 400 miljoen euro uit.

De Afdeling stelt de vraag hoe de problematiek zich ontwikkelt. Het is moeilijk om met harde gegevens aan te tonen dat het probleem steeds groter wordt. Toch constateren de indieners dat het aantal meldingen bij het Steunpunt Acquisitiefraude fors toeneemt (van 8.200 meldingen in 2010 naar 27.000 meldingen in 2012). De indieners hebben in de toelichting aangegeven dat het goed denkbaar is dat diverse ontwikkelingen, zoals de komst van het internet, nieuwe massamarketingmogelijkheden (e-mails) en lage publicatiekosten hebben bijgedragen aan het ernstiger worden van het probleem van acquisitiefraude. De indieners zijn het eens met de Afdeling dat inderdaad niet valt uit te sluiten dat de toename van het aantal meldingen deels verklaard kan worden door een grotere bekendheid van het Steunpunt Acquisitiefraude en deze vorm van fraude als zodanig. Het zou zo kunnen zijn dat (de omvang van) het probleem stabiel blijft. Maar dan nog is er volgens de indieners voldoende reden om hier maatregelen tegen te nemen.

Overigens staan de indieners zeer welwillend tegenover de opmerkingen van de Afdeling dat het goed zou zijn om acquisitiefraude beter in kaart te brengen, door bijvoorbeeld gebruik te maken van meerdere bronnen zoals bankrekeningen van malafide actoren, politiegegevens en slachtoffer-enquêtes. Die gegevens zijn er nu vaak niet, of in zage is problematisch. Dit wetsvoorstel kan er juist een bijdrage aan leveren dat het probleem en de omvang van acquisitiefraude beter in kaart kan worden gebracht, omdat bepaalde gegevens (zoals in zage in bankgegevens en politiegegevens) pas toegankelijk (kunnen) worden na inwerkingtreding van dit wetsvoorstel. Meldingen van acquisitiefraude zullen bij de politie bijvoorbeeld niet of nauwelijks beschikbaar zijn zolang acquisitiefraude niet expliciet een strafbaar feit is.

b. effectiviteit van niet-wettelijke maatregelen

Naar het oordeel van de Afdeling dient, alvorens maatregelen op het gebied van wetgeving worden getroffen, voldoende vast te staan dat alternatieven voor wetgeving onvoldoende effectief zijn.

In de toelichting wordt vermeld dat de regering in haar aanpak van acquisitiefraude tot op heden de voorkeur heeft gegeven aan aangekondigde Europese initiatieven, preventie, voorlichting en de eigen verantwoordelijkheid van ondernemers.²⁰ Gewezen wordt op onder meer het Actieplan Criminaliteit tegen Bedrijven (2012), het SAF en de screening

²⁰ Memorie van toelichting, Algemeen deel, paragraaf 2.3 «Het huidige standpunt van de regering», eerste tekstblok.

van bedrijven door de Dienst Justis.²¹ De initiatiefnemers achten het van belang om preventieve maatregelen te nemen en voorlichting te verschaffen in de strijd tegen acquisitiefraude. Preventie kan echter nooit zo uitmuntend zijn dat iedereen hiermee bereikt wordt, aldus de toelichting.²²

De Afdeling merkt op dat in eerdergenoemd onderzoek «Misleidende handelspraktijken» versterking van de bestaande middelen tot bestrijding in de eerste plaats als oplossingsrichting wordt aangegeven bij de mogelijkheden om de aanpak van acquisitiefraude te verbeteren.²³ In dat verband worden genoemd: voorlichting, attendering van banken op het misbruik van bankrekeningen, screening van organisaties die malafide actoren faciliteren en het faciliteren van collectieve acties door onder meer het SAF en het MKB Nederland.²⁴ In de toelichting wordt niet op de voorstellen in genoemd onderzoek ingegaan. De stelling dat preventie nooit zo uitmuntend kan zijn dat iedereen hiermee wordt bereikt, acht de Afdeling onvoldoende om tot noodzaak van wetgeving te kunnen concluderen. Dan zou immers welhaast elk maatschappelijk probleem wettelijke regeling behoeven.

De Afdeling merkt voorts op dat de memorie van toelichting geen melding maakt van de reactie van juni 2012 van de Minister van Economische Zaken, Landbouw en Innovatie, mede namens de Minister van Veiligheid en Justitie op de initiatiefnota van voormalig Tweede Kamerlid Koppejan inzake acquisitiefraude en spookfacturen.²⁵ In deze reactie wordt niet alleen aangegeven welke concrete maatregelen ter voorkoming en bestrijding van acquisitiefraude door de regering reeds zijn ingezet, maar ook welke nieuwe versterkende maatregelen in gang worden gezet. Zo zal de Kamer van Koophandel bezien hoe de voorlichting aan onder andere startende ondernemingen betreffende acquisitiefraude kan worden vergroot (bijvoorbeeld door het tonen van voorbeeld «facturen» waarmee ondernemers worden misleid).²⁶ De reactie vermeldt tevens dat recent het evaluatieonderzoek naar de proefperiode van de helpdesk financieel-economische criminaliteit (de Fraudehelpdesk) is afgerond. De conclusie is dat de Fraudehelpdesk voorziet in een behoefte van burgers en bedrijven en zich tot een centraal punt ontwikkelt, maar dat het nog te vroeg is de vraag te beantwoorden in hoeverre de Fraudehelpdesk bijdraagt aan de preventie van fraude. Wel wordt geconstateerd dat er een relatieve en een absolute afname is van het aantal slachtoffers dat daadwerkelijk tot betaling is overgegaan, waaruit zou kunnen worden afgeleid dat bijgedragen wordt aan het voorkomen van verdere schade. Het evaluatierapport zal in het Nationaal Platform Criminaliteitsbeheersing worden besproken met het bedrijfsleven.²⁷ In het actieplan Criminaliteit tegen Bedrijven van genoemd platform is acquisitiefraude opgenomen als één van de speerpunten, aldus de reactie van genoemde Ministers van juni 2012: naast het reeds bestaande instrumentarium wordt in 2012 een pilot met banken gestart zodat zij

²¹ De screening is mogelijk op grond van de 1 juli 2011 in werking getreden Wet controle op rechtspersonen. De Dienst Justis analyseert informatie uit onder meer het handelsregister over rechtspersonen. Als uit de screening blijkt dat er een verhoogd risico is op misbruik van rechtspersonen, verstuurt de Dienst Justis een risicomelding aan relevante organisaties zoals de Belastingdienst, Politie, de bijzondere opsporingsdiensten, Autoriteit Financiële Markten, De Nederlandsche Bank, de Arbeidsinspectie en het Openbaar Ministerie. Kamerstukken II 2011/12, 33 233, nr. 4, blz. 7.

²² Memorie van toelichting, Algemeen deel, paragraaf 2.4 «Standpunt van de initiatiefnemers», tweede tekstblok.

²³ «Misleidende handelspraktijken», blz. 94.

²⁴ Idem.

²⁵ Kamerstukken II 2011/12, 33 233, nr. 4 en Kamerstukken II 2011/12, nr. 2.

²⁶ Kamerstukken II 2011/12, 33 233, nr. 4, blz. 3.

²⁷ Kamerstukken II 2011/12, 33 233, nr. 4, blz. 4.

rekeningen kunnen blokkeren van partijen die van acquisitiefraude worden verdacht, opdat het voor malafide partijen nagenoeg onmogelijk wordt bedragen te innen zonder te beschikken over een bankrekening.²⁸ Blijkens de reactie van de regering is de Fraudehelpdesk ook gestart met zogenoemde fraude-alerts waarbij wordt gewaarschuwd voor een nieuwe vorm van fraude die wordt beschreven, voor bepaalde type producten en werkwijzen.²⁹

De regering concludeert dat recent veel maatregelen genomen zijn en nieuwe in voorbereiding zijn waarvan de nodige versterking van de aanpak van het probleem wordt verwacht. Eerst moeten volgens de Ministers de effecten van deze maatregelen worden gezien en is het aan het nieuwe kabinet om eventuele aanvullende voorstellen te doen. In genoemde brief wordt voorts aangegeven dat het Ministerie van Veiligheid en Justitie in samenwerking met het Ministerie van Economische Zaken, Landbouw en Innovatie zal onderzoeken of de regeling inzake oneerlijke handelspraktijken als voorbeeld kan dienen voor een eventuele op ondernemers toe te snijden maatregel ter bestrijding van acquisitiefraude. De Minister van Veiligheid en Justitie zal hiertoe in gesprek gaan met VNO-NCW en MKB Nederland.³⁰

De Afdeling merkt op dat de toelichting met betrekking tot voornoemde nieuwe maatregelen niet aangeeft wat de stand van zaken is en niet motiveert waarom deze maatregelen, die nog maar sinds kort (2012) worden uitgevoerd, in de bestrijding van acquisitiefraude onvoldoende effect zouden kunnen sorteren. De ingezette maatregelen hebben naar het oordeel van de Afdeling een zekere tijd nodig voordat deze op hun effecten kunnen worden beoordeeld.

Gelet op het vorenstaande adviseert de Afdeling dragend te motiveren waarom de effecten van de nieuwe maatregelen niet worden afgewacht.

1b. effectiviteit van niet-wettelijke maatregelen

De Afdeling wijst terecht op het onderzoek «Misleidende handelspraktijken» uit 2009 waarin wordt aangedrongen op het versterken van bestaande middelen, zoals het verbeteren van voorlichting en attendering van banken op misbruik van bankrekeningen. Los van het feit dat het logisch is dat maatregelen worden aanbevolen waar geen wetgeving voor nodig is omdat die op kortere termijn kunnen worden ingevoerd, zijn de indieners bovendien van mening dat dergelijke verbeteringen noodzakelijk blijven; ook met de eventuele invoering van het voorliggende wetsvoorstel.

Ook delen de indieners de mening van de Afdeling dat in de toelichting opgemerkt moet worden dat er een initiatiefnota is geschreven door voormalig CDA-Tweede Kamerlid Koppejan inzake acquisitiefraude en spookfacturen en dat de beleidsreactie van de Minister van Economische Zaken, Landbouw en Innovatie, mede namens de Minister van Veiligheid en Justitie, op 6 juni 2012 aan de Kamer is gestuurd. De toelichting is op dit punt aangevuld.

Het belang van preventieve maatregelen in de strijd tegen acquisitiefraude, zoals het verbeteren van voorlichting aan potentiële slachtoffers, is door de indieners benadrukt in de toelichting. De indieners concluderen echter dat acquisitiefraude een groot probleem blijft, ondanks alle aandacht voor dit probleem van de afgelopen jaren, van het bedrijfsleven en de overheid, op nationaal en internationaal niveau. De vraag is zeer of

²⁸ Kamerstukken II 2011/12, 33 233, nr. 4, blz. 4–5.

²⁹ Kamerstukken II 2011/12, 33 233, nr. 4, blz. 5.

³⁰ Kamerstukken II 2011/12, 33 233, nr. 4, blz. 7.

het probleem substantieel kleiner wordt indien gewacht wordt met wetgeving en de genoemde niet-wettelijke maatregelen langer de tijd krijgen om effect te sorteren. De indieners stellen zich op het standpunt dat het invoeren van een duidelijke wet, die voorschrijft dat ondernemers die zijn misleid van de gesloten overeenkomst af kunnen en dat de acquisitiefraudeur strafbaar is, alle (genoemde) preventieve maatregelen juist versterken. De Fraudehelpdesk kan op basis van deze wet met meer kracht ondernemers afraden onduidelijke facturen te betalen. Voor banken wordt het eenvoudiger bankrekeningen te blokkeren indien er sprake is van een verdenking van het strafbare feit acquisitiefraude. Kortom, de voorliggende wet is niet bedoeld om in de plaats te komen van de reeds getroffen maatregelen. De wet moet deze juist versterken en aanvullen. De indieners worden gesterkt in deze opvatting door de wetenschap dat de Fraudehelpdesk groot voorstander is van deze initiatiefwet. Ook de voorzitter van de Nederlandse Vereniging van Banken juicht de duidelijkheid die deze wet gaat bieden toe.³¹

De Afdeling wijst op de initiatiefnota van het toenmalig CDA-Kamerlid Koppejan in 2012 en de kabinetsreactie hierop. In deze reactie constateert de regering dat de effecten van de bestaande en nieuwe maatregelen moeten worden gezien en dat het aan het nieuwe kabinet is om eventuele aanvullende voorstellen te doen. De regering doet reeds de suggestie om de regeling inzake oneerlijke handelspraktijken als voorbeeld te laten dienen voor een eventuele op ondernemers toe te snijden maatregel ter bestrijding van acquisitiefraude. «Onderdeel van die studie is in hoeverre het mogelijk is om normen uit de regeling over oneerlijke handelspraktijken die zich lenen voor een oplossing voor acquisitiefraude als voorbeeld te laten dienen voor een uitbreiding van de afdeling misleidende en vergelijkende reclame uit het Burgerlijk Wetboek.»³² Dat laatste is precies wat de indieners voorstellen. Ook erkent de regering dat het thans niet eenvoudig is een zaak te starten via het strafrecht, omdat de bewijsbaarheid van de relevante artikelen in het Wetboek van Strafrecht (artikel 326, oplichting, en artikel 225, valsheid in geschrifte) problematisch is. «De fraudeurs zijn zich, zo blijkt uit de praktijk, goed bewust van hun wettelijke verplichtingen en houden zich doorgaans strikt aan de letter, zij het niet de geest, van de wet.»³³ De introductie van een expliciete strafbaarstelling van acquisitiefraude is volgens de indieners hierop een goed antwoord. Ook kan worden opgemerkt dat de huidige Minister van Veiligheid en Justitie bij meerdere gelegenheden heeft laten weten deze initiatiefwet positief te benaderen.³⁴

De indieners benadrukken nogmaals dat het voorkomen van acquisitiefraude van groot belang is. Zij handhaven de stelling dat preventie nooit zo uitmuntend kan zijn dat daarmee ieder potentieel slachtoffer kan worden bereikt en dat iedere vorm van acquisitiefraude kan worden voorkomen. Dit is mede het geval omdat de malafide actoren en de werkwijzen snel kunnen wisselen. Anders dan de Afdeling vinden de indieners de stelling dat preventie nooit zo uitmuntend kan zijn dat iedereen hiermee wordt bereikt in dit geval wel degelijk een argument om deze wet voor te stellen. Een slachtoffer van acquisitiefraude dat niet bereikt is door voorlichting, moet in staat worden gesteld onder de overeenkomst uit te komen die op misleidende wijze tot stand is gekomen. Iemand die opzettelijk dergelijke overeenkomsten sluit om er zelf rijk van te worden en anderen te benadelen, moet kunnen worden

³¹ http://www.fraudehelpdesk.nl/nieuwsbericht/buijink_strafbaarstelling_acquisitiefraude_goede_stap.

³² Kamerstukken II 2011/12, 33 233, nr. 4, blz. 7.

³³ Kamerstukken II 2011/12, 33 233, nr. 4, blz. 8.

³⁴ Kamerstukken II 2012/13, 29 911, nr. 81, blz. 25 en Kamerstukken II 2013/14, 33 685, nr. 6, blz. 3.

gestraft. De indieners zijn van mening dat de voorgestelde wet rechtvaardig en proportioneel is en een goede aanvulling vormt op de reeds getroffen niet-wettelijke maatregelen.

Onverminderd het voorgaande merkt de Afdeling het volgende op over de voorgestelde wijziging van het BW en de strafbaarstelling van acquisitiefraude in het WvSr.

2. Wijziging regeling misleidende reclame in het BW

In de toelichting wordt uiteengezet dat de civielrechtelijke bepalingen die de gedupeerde ondernemer tegen de acquisitiefraudeur kan inroepen (bedrog, dwaling, wanprestatie) wegens de moeilijke bewijsbaarheid van het misleidende karakter van acquisitiefraude niet altijd soelaas bieden³⁵ en de procesrisico's voor veel gedupeerden te groot zijn om een (kostbare) procedure te starten.³⁶

a. noodzaak

De Afdeling merkt op dat de toelichting slechts in algemene zin ingaat op de bewijsproblematiek en niet concreet ingaat op de ernst en omvang van civielrechtelijke knelpunten bij de bestrijding van acquisitiefraude en daarmee op de noodzaak van de voorgestelde regeling. In dit kader acht de Afdeling het volgende van belang.

Uit een overzicht van recente rechterlijke uitspraken blijkt dat de rechter «de helpende hand biedt en korte metten lijkt te maken met acquisitiefraude».³⁷ Elders in de literatuur wordt op grond van verschillende ontwikkelingen in de jurisprudentie in eenzelfde zin geconcludeerd dat in de juridische strijd tegen acquisitiefraude steeds meer overwinningen worden geboekt en dat het in de media en in de politiek geschetste beeld dat ondernemers bij de rechter veelal bot vangen, onjuist is.³⁸ In het onderzoek «Misleidende handelspraktijken» wordt ter versterking van de civiele bestrijdingsmogelijkheden aanbevolen concrete richtsnoeren te maken ten behoeve van de rechtspraak en de rechterlijke uitspraken over acquisitiefraude te bundelen en te publiceren.³⁹

De Afdeling acht het gelet op het voorgaande niet zonder meer overtuigend dat de bewijsproblemen bij acquisitiefraude van dusdanige ernst en omvang zijn, dat ingrijpen door de wetgever noodzakelijk is. Geadviseerd wordt in de toelichting op de vermelde ontwikkelingen in de jurisprudentie in te gaan en dragend te motiveren waarom nieuwe civielrechtelijke wetgeving noodzakelijk is.

2a. Noodzaak van de voorgestelde wijziging van de regeling misleidende reclame in het BW

De Afdeling wijst op publicaties van Dadi en van Van der Wilt die er op zouden wijzen dat er in de strijd tegen acquisitiefraude steeds meer civielrechtelijke overwinningen worden geboekt. De indieners vinden dit

³⁵ Er is volgens de toelichting een uitvoerige bewijslevering noodzakelijk, de rechter laat de onderzoeksplicht van de ondernemer soms prevaleren boven het misleidende karakter van de acquisitie of de prestatie van de acquisitiefraudeur voldoet aan de overeenkomst, maar is de ondernemer er niet bij niet gebaat. Memorie van toelichting, Algemeen deel, paragraaf 2.1 «Huidige civielrechtelijke bepalingen».

³⁶ Memorie van toelichting, Algemeen deel, paragraaf 2.1 «Huidige civielrechtelijke bepalingen», laatste tekstblok.

³⁷ K. Dadi, «Acquisitiefraude: het net sluit zich», *Juridisch up to date*, 2009, blz. 13.

³⁸ H. van der Wilt, «Acquisitiefraude: over spookfacturen en de verkoop van knollen voor citroenen», *Maandblad voor Vermogensrecht*, 2013, blz. 113.

³⁹ Onderzoek «Misleidende handelspraktijken», blz. 94.

een belangrijke constatering, maar merken op dat de genoemde auteurs ook aandacht hebben voor de andere kant van het verhaal. Dadi constateert dat het voor slachtoffers van acquisitiefraude lastig is om een succesvol beroep te doen op dwaling of bedrog. De meeste slachtoffers spannen dan ook geen rechtszaak aan, stelt Dadi. «Er zijn slechts twee rechtszaken waarbij de benadeelde een civiele procedure begon om zijn geld terug te krijgen.»⁴⁰ De indieners beogen met het initiatiefwetsvoorstel de slachtoffers meer civielrechtelijke middelen in handen te geven om hun geld terug te vorderen.

Ook Van der Wilt geeft aan dat een beroep op bedrog of dwaling «niet eenvoudig te leveren» is.⁴¹ Hij stelt dat «concrete civielrechtelijke wetgeving voor (gedupeerde) ondernemers ontbreekt» en dat «nieuwe, adequate wetgeving ter bescherming van de kleine zelfstandigen en het mkb noodzakelijk» is. «Het (definitieve) woord is dus nu aan de wetgever.»⁴² De indieners voelen zich mede door deze artikelen gesteund in hun poging dergelijke nieuwe, adequate wetgeving te introduceren.

De indieners stellen verder vast dat moeilijk kwantitatief en kwalitatief kan worden vastgesteld dat acquisitiefraudeurs steeds beter zouden kunnen worden aangepakt. Er zijn zeer veel verschillende verschijningsvormen. In bepaalde gevallen van acquisitiefraude is inderdaad evident sprake van bedrog of dwaling, op grond waarvan de overeenkomst kan worden vernietigd. In veel andere gevallen, die juist de aanleiding vormen voor deze voorgestelde wet, ligt het veel minder duidelijk en stuit de benadeelde partij op bewijsproblemen. Het feit dat er voor slachtoffers van acquisitiefraude gunstige civielrechtelijke uitspraken van rechters zijn, zou er ook op kunnen duiden dat er meer gevallen van acquisitiefraude zijn dan voorheen.

De indieners zijn van mening dat het in ieder geval misleidend is om essentiële informatie die de ondernemer nodig heeft om een geïnformeerd besluit over een transactie te nemen, te verstoppen of weg te laten, waardoor de ondernemer een overeenkomst sluit die hij anders niet gesloten zou hebben. Overeenkomsten die op misleidende wijze tot stand zijn gekomen, hoeven naar de mening van de indieners niet in stand te blijven. Dit vinden de indieners redelijk en belangrijk genoeg om expliciet in de wet op te nemen.

b. de voorgestelde wijziging van de regeling misleidende reclame

Voorgesteld wordt de regeling inzake de misleidende reclame in Boek 6 van het BW⁴³, die naar huidig recht van toepassing is in de relatie tussen ondernemers onderling, aan te vullen met het begrip «misleidende omissie». Deze omissie bestaat in – kort samengevat – het weglaten of verborgen houden van essentiële informatie aan de ondernemer bij het aangaan van een transactie.⁴⁴

⁴⁰ K. Dadi, «Acquisitiefraude: het net sluit zich», *Juridisch up to date*, 2009, blz. 14.

⁴¹ H. van der Wilt, «Acquisitiefraude: over spookfacturen en de verkoop van knollen voor citroenen», *Maandblad voor Vermogensrecht*, 2013, blz. 109.

⁴² H. van der Wilt, «Acquisitiefraude: over spookfacturen en de verkoop van knollen voor citroenen», *Maandblad voor Vermogensrecht*, 2013, blz. 113.

⁴³ Afdeling 4 van Titel 3 van Boek 6 BW. Deze afdeling is aangepast als gevolg van de implementatie van de richtlijn misleidende en vergelijkende reclame (Richtlijn 2006/114/EG van het Europees Parlement en de Raad van 12 december 2006).

⁴⁴ Voorgesteld artikel 194, tweede lid, Boek 6 BW.

Volgens de toelichting is de optie onderzocht van een wijziging van de afdeling oneerlijke handelspraktijken in Boek 6 van het BW⁴⁵, welke afdeling van toepassing is in de relatie tussen een ondernemer en een consument. Dit brengt echter nadelen met zich zoals een te grote inperking van de contractuele vrijheid tussen partijen, aldus de toelichting. Voorts achten de initiatiefnemers het vanuit wetstechnisch oogpunt niet wenselijk te tornen aan het onderscheid tussen overeenkomsten tussen ondernemers en consumenten enerzijds en overeenkomsten tussen ondernemers onderling anderzijds. Ten slotte ontstaan volgens hen vraagpunten met betrekking tot het toezicht op en handhaving van de afdeling oneerlijke handelspraktijken door de Autoriteit Consument & Markt.⁴⁶

De Afdeling acht de in de toelichting genoemde nadelen van de aanpassing van de regeling inzake oneerlijke handelspraktijken onvoldoende overtuigend.

In het voorstel wordt het begrip «misleidende omissie» ingevlochten in de regeling inzake de misleidende reclame, terwijl ditzelfde begrip reeds is opgenomen in de regeling van oneerlijke handelspraktijken, welke zich richt op de relatie tussen ondernemers en consumenten. De Afdeling ziet geen overtuigende argumentatie voor een verschil in beoordeling tussen een misleidende handelspraktijk jegens consumenten enerzijds en eenzelfde misleidend handelen jegens ondernemers anderzijds.⁴⁷ Gelet op de sluwheid waarmee de acquisitiefrauders werken, kan niet goed worden volgehouden dat ondernemers daartegen als beter gewapend moeten worden beschouwd dan consumenten. Dit temeer daar 92% van de slachtoffers van acquisitiefraude kleine(re) ondernemers betreft en zelfs ook grotere organisaties zoals banken, verzekeraars, ziekenhuizen en overheidsinstellingen zich slachtoffer weten. Daar komt bij dat de afdeling oneerlijke handelspraktijken in het BW meer rechtswaarborgen bevat en de ondernemer meer rechtsbescherming biedt dan de afdeling misleidende reclame.

De Afdeling merkt voorts op dat de voorgestelde aanvulling van artikel 194 van Boek 6 BW, welke ziet op mededelingen «specifiek gericht op een ander»⁴⁸, zich niet goed verhoudt tot het huidige artikel 194, dat expliciet de eis van openbaarheid van de mededeling stelt.⁴⁹ Persoonsgerichte benadering via telefoon of brief (een individuele schriftelijke offerte bijvoorbeeld) valt niet onder de vigerende regeling van misleidende reclame.⁵⁰ In de memorie van toelichting wordt erkend dat voor de regeling inzake misleidende reclame de eis van openbaarmaking van de

⁴⁵ Afdeling 3A van Titel 3 van Boek 6 BW is het gevolg van de implementatie van de richtlijn oneerlijke handelspraktijken (Richtlijn 2005/29/EG van het Europees Parlement en de Raad van 11 mei 2005 betreffende oneerlijke handelspraktijken van ondernemingen jegens consumenten op de interne markt en tot wijziging van Richtlijnen 84/450/EEG, 97/7/EG, 98/27/EG en 2002/65/EG en van Verordening (EG) nr. 2006/2004).

⁴⁶ Memorie van toelichting, Algemeen deel, paragraaf 2.5 «Voorgestelde civielrechtelijke wijzigingen», derde tekstblok.

⁴⁷ Vgl. Mon. BW B49b (Verkade), nr. 11, waarin op de Oostenrijkse en de Zweedse wetgeving wordt gewezen.

⁴⁸ Naast de «openbare mededelingen».

⁴⁹ Ter discussie staat of de openbaarmakingseis voor toepassing van artikel 194 van Boek 6 BW wel geldt, aangezien de Richtlijn misleidende en vergelijkende reclame deze niet voorschrijft. Zie Mon. BW B49b (Verkade), nr. 23 en noot Kabel onder Pres. Rb. Utrecht 4 augustus 1998, IER 1999/25.

De Afdeling gaat uit van de vigerende wettelijke regeling, die de eis van openbaarheid stelt, en het initiatiefwetsvoorstel, dat hier eveneens vanuit gaat.

⁵⁰ Artikel 6:194, aanhef. BW en T&C Burgerlijk Wetboek, aant. 3 op artikel 194. Kamerstukken II 1978/79, 13 611, nr. 3, blz. 9 en nr. 6, blz. 20.

mededeling geldt.⁵¹ Omdat acquisitiefraude doorgaans plaatsvindt door middel van individuele benadering en niet via een openbare mededeling, wordt van de eis van openbaarheid afgeweken, aldus de toelichting.⁵² De Afdeling merkt op dat de eis van openbaarheid niet geldt in het kader van de regeling van oneerlijke handelspraktijken jegens consumenten, hetgeen voor een overeenkomstige toepassing van deze regeling op ondernemers pleit.

Indien wordt overgegaan tot wetgeving op het gebied van het civiele recht, adviseert de Afdeling de bescherming van ondernemers tegen acquisitiefraude vorm te geven door een geheel of gedeeltelijk overeenkomstige toepassing van de regeling inzake oneerlijke handelspraktijken (afdeling 3A van Titel 3 van het BW) op ondernemers. De Afdeling adviseert het wetsvoorstel in deze zin aan te passen.

2b. De voorgestelde wijziging van de regeling misleidende reclame in het BW

De indieners hebben begrip voor de vragen van de Afdeling over de plaats in de wet van deze nieuwe beschermingsbepaling voor ondernemers. De Afdeling ziet geen overtuigende argumentatie voor een verschil in beoordeling tussen een misleidende handelspraktijk jegens consumenten enerzijds en eenzelfde misleidend handelen jegens ondernemers anderzijds. De indieners wensen dit verschil in beoordeling ook niet te maken. Het wetsvoorstel is er juist op gericht om ondernemers een soortgelijke rechtsbescherming te geven die consumenten thans hebben. De indieners zijn het zeer met de Afdeling eens dat gelet op de sluwheid waarmee de acquisitiefraudeurs werken, niet goed kan worden volgehouden dat ondernemers daartegen als beter gewapend moeten worden beschouwd dan consumenten. Meestal worden kleine(re) ondernemingen het slachtoffer van acquisitiefraude. Maar ook grotere organisaties zoals overheidsinstellingen kunnen ten prooi vallen aan de fraudeurs. Die constatering delen de indieners volledig met de Afdeling. Het is een belangrijke reden voor dit voorstel.

Nadrukkelijk is door de indieners overwogen om deze nieuwe bepaling, die ondernemers bescherming moet bieden tegen oneerlijke handelspraktijken, op te nemen in de Afdeling Oneerlijke handelspraktijken in het Burgerlijk Wetboek. Maar deze Afdeling, die een Europeesrechtelijke herkomst heeft, is geschreven voor consumenten. Daar maakt de toelichting ook melding van. Het vergt een veel ingrijpendere wetswijziging om deze Afdeling tevens van toepassing te laten zijn om ondernemers. Daarom hebben de indieners er vanuit wetsystematisch oogpunt voor gekozen de beschermingsbepaling op te nemen in de Afdeling in de wet die toch al voor ondernemers is bedoeld en geschreven. Dat betreft dus de Afdeling Misleidende en vergelijkende reclame. In het huidige artikel 6:194 BW (conform het voorliggende wetsvoorstel wordt dit lid 1 van artikel 6:194 BW) staat de eis van openbaarheid. De nieuwe wetstekst maakt duidelijk dat het in het voorgestelde artikel 6:194 lid 2 BW ook kan gaan om een openbare mededeling of een mededeling die specifiek is gericht op een ander. Bij acquisitiefraude gaat het immers vaak om een persoonsgerichte benadering, bijvoorbeeld per telefoon.

⁵¹ Memorie van toelichting, Algemeen deel, paragraaf 2.2., «Bescherming voortvloeiend uit Europese richtlijnen», laatste tekstblok en Artikelsgewijze toelichting op artikel I, onderdeel A.

⁵² Memorie van toelichting, Algemeen deel, paragraaf 2.2., «Bescherming voortvloeiend uit Europese richtlijnen», laatste tekstblok.

De keuze voor het opnemen van een beschermingsbepaling in de Afdeling Misleidende en vergelijkende reclame sluit ook aan bij de Europese ontwikkelingen op dit gebied. Ook de regering concludeerde in reactie op de initiatiefnota van het lid Koppejan in 2012 dat het niet in de rede ligt de Afdeling Oneerlijke handelspraktijken uit te breiden en dat het meer voor de hand ligt om de regeling inzake oneerlijke handelspraktijken als voorbeeld te laten dienen voor een op ondernemers toe te snijden maatregel. Deze kan naar de mening van de regering het beste opgenomen worden in de Afdeling Misleidende en vergelijkende reclame in het Burgerlijk Wetboek, omdat deze regeling specifiek ziet op misleidende activiteiten tussen ondernemers.⁵³ De indieners delen dit standpunt van de regering.

3. Strafbaarstelling acquisitiefraude

De toelichting betoogt dat de huidige strafrechtelijke bepalingen bij de bestrijding van acquisitiefraude tekortschieten. De ernst van de problematiek vraagt volgens de initiatiefnemers om wettelijke maatregelen.⁵⁴ In de toelichting wordt vermeld dat de commune strafrechtelijke bepalingen zoals (poging tot) oplichting of valsheid in geschrifte in veel gevallen niet toepasbaar zijn bij de vervolging van acquisitiefraudeurs wegens bewijsbaarheidsproblemen.⁵⁵ In de meeste gevallen is het volgens de initiatiefnemers onduidelijk of überhaupt sprake is van een strafbaar feit.⁵⁶ In slechts weinig gevallen leidt acquisitiefraude volgens de toelichting tot een veroordeling.⁵⁷ Daarom wordt voorgesteld acquisitiefraude in het WvSr in de Titel inzake bedrog strafbaar te stellen⁵⁸ met een strafdreiging van ten hoogste twee jaren gevangenisstraf of een geldboete van de vijfde categorie.⁵⁹ Volgens de toelichting ziet de strafrechtelijke aanpak op «gevallen waarbij op grote schaal en/of over een langere periode acquisitiefraude is gepleegd».⁶⁰

a. effectiviteit van de regelingen in Oostenrijk en België

In de toelichting wordt gewezen op de Oostenrijkse en de Belgische regelingen met betrekking tot acquisitiefraude. Beide rechtstelsels kennen wettelijke bepalingen met een verbod op oneerlijke handelspraktijken die bestaan uit het werven van adverteerders zonder duidelijk te

⁵³ Tweede Kamer, vergaderjaar 2011–2012, 33 233, nr. 4, pagina 6 en 7.

⁵⁴ Memorie van toelichting, Algemeen deel, paragraaf 2.4 «Standpunt van de initiatiefnemers», derde tekstblok.

⁵⁵ Memorie van toelichting, Algemeen deel, paragraaf 3.1 «Huidige strafrechtelijke bepalingen».

⁵⁶ Memorie van toelichting, Algemeen deel, paragraaf 3.3 «Standpunt van de initiatiefnemers», eerste tekstblok.

⁵⁷ Voor zover bekend zijn tussen 2002 en 2012 slechts enkele acquisiteurs strafrechtelijk veroordeeld. Memorie van toelichting, Algemeen deel, paragraaf 3.1 «Huidige strafrechtelijke bepalingen», derde tekstblok en laatste tekstblok.

⁵⁸ Voorgesteld wordt strafbaar te stellen het «met het oogmerk van bevoordeling aan een ondernemer doen van een aanbod, waarin niet of op dubbelzinnige dan wel grafisch onduidelijke wijze wordt vermeld dat het een aanbod van overeenkomst tegen betaling betreft, wat de duur of de prijs van de overeenkomst bedraagt, waardoor de ondernemer een overeenkomst sluit die hij niet of niet onder dezelfde voorwaarden zou hebben gesloten indien hij de ware staat van zaken gekend had» (voorgesteld artikel 326d WvSr).

⁵⁹ € 78.000.

⁶⁰ Memorie van toelichting, Algemeen deel, paragraaf 3.4 «Voorgestelde strafrechtelijke wijziging», derde tekstblok.

vermelden dat het (slechts) om een aanbod gaat.⁶¹ De toelichting vermeldt dat zich ten aanzien van het Oostenrijkse artikel strenge jurisprudentie heeft ontwikkeld, waardoor het voor malafide aanbieders steeds minder interessant is geworden om misleidende handelspraktijken in Oostenrijk te bedrijven.⁶² Wat betreft de Belgische maatregel vermeldt de toelichting dat deze «zijn vruchten lijkt af te werpen» en dat «de ondernemer juridisch gezien sterk staat ten aanzien van formulieren die niet in overeenstemming zijn met de wetgeving».⁶³

De Afdeling merkt met betrekking tot de Belgische regeling op dat het verbod in het Belgische rechtsstelsel concreet is geformuleerd. Concreet wordt aangegeven waaraan een aanbod of advertentie (zowel inhoudelijk als grafisch) moet voldoen. Bepaald wordt dat de duur van de overeenkomst en de prijs vetgedrukt moeten zijn en in het grootste lettertype in het document weergegeven. Daarmee worden ondernemers aangespoord bij het doen van aanbiedingen volstrekt duidelijk te zijn over het aanbod, de kosten en de duur van de verbintenis. Die concrete formulering maakt de regeling vermoedelijk effectief⁶⁴ in zijn gedragsturende functie. De gedragsturing geldt de aanbieders maar in zekere zin ook de ondernemers bij wie om advertenties wordt geworven. Voldoet een aanbod niet aan de concreet gestelde eisen, dan wordt daarmee immers de oplettendheid van een potentieel slachtoffer eerder geactiveerd. Dergelijke bepalingen knopen naar het oordeel van de Afdeling goed aan bij de aard van de acquisitiefraude, die bestaat uit een geraffineerde handelwijze van malafide aanbieders die inspelen op het (te) goede vertrouwen van de ondernemer. Het verbod bewerkstelligt vermoedelijk door zijn concreetheid de verkleining van het risico dat de ondernemer een overeenkomst sluit die hij niet had gesloten, als hij de ware stand van zaken gekend had.

Wat de Oostenrijkse regeling betreft merkt de Afdeling op dat, zoals de toelichting stelt⁶⁵, de jurisprudentie in substantiële mate heeft bijgedragen aan de effecten daarvan. De strikte jurisprudentiële invulling van de Oostenrijkse bepaling is zodanig, dat deze de Belgische wetsbepaling lijkt te naderen. In de voorgestelde strafbepaling is kennelijk aansluiting

⁶¹ § 28a (1) van het «Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb»:

«Es ist verboten, im geschäftlichen Verkehr zu Zwecken des Wettbewerbs für Eintragungen in Verzeichnisse, wie etwa Branchen-, Telefon- oder ähnliche Register, mit Zahlscheinen, 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.»

Artikel 97/1 van de «Wet betreffende marktpraktijken en consumentenbescherming»:

«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 in het grootste lettertype dat in het document wordt gebruikt de duur van de overeenkomst en de hieraan verbonden prijs te vermelden.»

⁶² Memorie van toelichting, Algemeen deel, paragraaf 3.2 «Strafrechtelijke aanpak in Oostenrijk en België», tweede tekstblok.

⁶³ De Belgische Unie van Zelfstandige Ondernemers merkt volgens de toelichting op dat er «weinig tot zelfs geen problemen meer worden gemeld met reclamersonselaars, ofschoon een uitgebreide jurisprudentie zich nog moet uitkristalliseren». Memorie van toelichting, Algemeen deel, paragraaf 3.2 «Strafrechtelijke aanpak in Oostenrijk en België», derde tekstblok.

⁶⁴ De toelichting merkt op dat «de ondernemer juridisch gezien zeer sterk staat ten aanzien van formulieren die niet in overeenstemming zijn met de nieuwe wetgeving». Memorie van toelichting, Algemeen deel, paragraaf 3.2 «Strafrechtelijke aanpak in Oostenrijk en België», laatste tekstblok.

⁶⁵ Memorie van toelichting, Algemeen deel, paragraaf 3.2 «Strafrechtelijke aanpak in Oostenrijk en België», tweede tekstblok.

gezocht bij de Oostenrijkse bepaling, gelet op gelijklopende formuleringen in het voorstel zoals bij de bestanddelen «op dubbelzinnige wijze» en «op grafisch duidelijke wijze». Naar het oordeel van de Afdeling mist de voorgestelde strafrechtelijke regeling echter de concreetheid – die evenals bij de Belgische regeling de vermoedelijke sleutel is van de effectiviteit – en mag niet op voorhand worden aangenomen dat zich in Nederland eenzelfde jurisprudentie als die in Oostenrijk zal ontwikkelen. Om deze reden is de verwachting van eenzelfde effectiviteit van de voorgestelde bepaling als die in Oostenrijk onvoldoende gegrond.

De Afdeling adviseert in de toelichting tevens nader uiteen te zetten, waar de gestelde successen van de Oostenrijkse en de Belgische regeling meer concreet uit bestaan. Daarbij moet worden bedacht dat de initiatiefnemers een strafrechtelijke maatregel voorstellen, terwijl het Oostenrijkse en het Belgische verbod het mededingingsrecht betreffen.⁶⁶ De Afdeling adviseert in de toelichting ook op dit aspect in te gaan.

3a. effectiviteit van de regelingen in Oostenrijk en België

De indieners begrijpen de opmerkingen van de Afdeling dat de concrete en gedetailleerde formulering van het verbod in de Belgische wet deze regeling vermoedelijk effectief maakt in zijn gedragsturende functie. De indieners hebben hier ook nadrukkelijk naar gekeken en hebben overwogen een soortgelijke regeling voor te stellen. Uiteindelijk hebben de indieners er niet voor gekozen de Belgische bepaling letterlijk over te nemen. Het zou niet goed in het systeem van de Nederlandse wet passen om in detail te bepalen dat de prijs en de duur van de overeenkomst vetgedrukt moeten zijn in het grootste lettertype dat in het document is weergegeven. Los van het feit dat een dergelijk voorschrift «een vreemde eend in de bijt» zou zijn in de Nederlandse wet, heeft een meer algemeen geformuleerde bepaling tevens de voorkeur omdat dit artikel tegen meerdere vormen van acquisitiefraude inzetbaar is. Ook eventuele veranderingen in werkwijzen van acquisitiefraudeurs in de toekomst zouden hiermee zijn gedekt. Dat maakt de bepaling toekomstbestendig.

De indieners zien de elementen in de Belgische regeling die niet letterlijk zijn overgenomen wel degelijk als waardevol. Om dit te benadrukken is de toelichting op dit punt aangevuld. Wat de indieners betreft kunnen deze elementen (over «de kleine lettertjes») zeker een rol spelen bij de beoordeling of er sprake is van een acquisitiefraude zoals voorgesteld in artikel 326d van het Wetboek van Strafrecht.

De indieners kunnen zich tevens voorstellen dat zich een bepaalde jurisprudentie ontwikkelt die bijdraagt aan de effecten van deze strafbepaling, net zoals in Oostenrijk het geval was. Dat laat zich echter moeilijk voorspellen. In die zin begrijpen de indieners de opmerking van de Afdeling dat daar niet op voorhand van kan worden uitgegaan. Maar de aanvulling van de toelichting kan hier mogelijk aan bijdragen.

Tenslotte merken de indieners op dat de voorbeelden die op dit gebied genoemd worden, België en Oostenrijk, laten zien dat het stellen van een sanctie op het overtreden van het verbod op acquisitiefraude goede resultaten geeft. Of deze sanctie nu voortvloeit uit het mededingingsrecht of het strafrecht is daarbij van minder groot belang dan het feit dát er een

⁶⁶ De Oostenrijkse bepaling (volgens § 44 (1) van het «Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb», op 1 april 2000 in werking getreden) vloeit voort uit de implementatie van de Richtlijn oneerlijke handelspraktijken. De Belgische bepaling, die in september 2011 in werking is getreden, is geplaatst bij de bepalingen van het mededingingsrecht die voortvloeien uit de implementatie van laatstgenoemde richtlijn.

sanctie in het vooruitzicht wordt gesteld. Waarom de indieners hebben gekozen voor een maximale sanctie van twee jaar gevangenisstraf of geldboete van de vijfde categorie is toegelicht in de memorie. Nogmaals benadrukken de indieners dat deze maximumstraf het Openbaar Ministerie in staat moet stellen bij evidente gevallen van acquisitiefraude een passende straf te eisen die recht doet aan aard en ernst van het strafbare feit, de omstandigheden waaronder dat feit is begaan en de persoon van de dader.

b. knelpunten bij de voorgestelde strafbaarstelling

De initiatiefnemers hebben – in vergelijking met de Belgische en Oostenrijkse regeling – gekozen voor een relatief algemene formulering van de voorgestelde strafbepaling opdat het wetsartikel tegen verscheidene vormen van acquisitiefraude inzetbaar is.⁶⁷ De Afdeling heeft begrip voor de portee van deze keuze maar wijst in dit kader op het volgende.

De voorgestelde strafbepaling kent de hiervoor genoemde bestanddelen «op dubbelzinnige wijze» en «op grafisch duidelijke wijze». Naar het oordeel van de Afdeling zijn deze omschrijvingen te ruim en onbepaald, aangezien onvoldoende duidelijk is welke gedragingen al dan niet onder de reikwijdte van de bepaling vallen. In de toelichting zou verduidelijkt kunnen worden welke invulling in dit licht aan genoemde bestanddelen dient te worden gegeven, maar dat is niet geschied. Als onvoldoende duidelijk en voorzienbaar is wat de norm is waaraan mensen zich moeten houden, ontstaat spanning met het rechtszekerheidsbeginsel. Daar komt bij dat de bewijslevering ten aanzien van voornoemde bestanddelen problematisch kan zijn. Ook het causale verband dat «de ondernemer door het onduidelijke aanbod een overeenkomst sluit die hij niet of niet onder dezelfde voorwaarden zou hebben gesloten indien hij de ware staat van zaken gekend had» kan voor het Openbaar Ministerie knelpunten opleveren. Een dergelijke hypothetische causaliteit is vervat in artikel 327 Sr.⁶⁸ Deze is complex gebleken omdat vaak moeilijk is vast te stellen of de wetenschap van de onduidelijke omstandigheden daadwerkelijk tot een andere opstelling van de ondernemer zou hebben geleid.⁶⁹ De toelichting gaat hier niet op in.

3b. knelpunten bij de voorgestelde strafbaarstelling

De indieners waarderen het begrip dat de Afdeling uitspreekt voor de keuze om een relatief algemene formulering te kiezen voor de voorgestelde strafbepaling, zodat het wetsartikel tegen verscheidene vormen van acquisitiefraude inzetbaar is. Een meer specifieke formulering, waarin bijvoorbeeld zou worden opgenomen dat de prijs en de duur van de overeenkomst altijd vetgedrukt en in een bepaalde lettergrootte zouden moeten worden opgenomen in het aanbod, past naar de mening van de indieners niet goed bij het karakter en de systematiek van het Wetboek van Strafrecht.

De indieners hebben begrip voor de opmerkingen van de Afdeling over de bestanddelen «op dubbelzinnige wijze» en «op grafisch duidelijke wijze». Mede naar aanleiding van deze opmerkingen hebben de indieners de

⁶⁷ Memorie van toelichting, Algemeen deel, paragraaf 3.4 «Voorgestelde strafrechtelijke wijziging», tweede tekstblok.

⁶⁸ Vergelijk de hypothetische causaliteit van artikel 327 Sr: «Hij die door listige kunstgrepen de verzekeraar in dwaling brengt ten opzichte van omstandigheden tot de verzekering betrekking hebbende, zodat deze 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 gevangenisstraf van ten hoogste een jaar of geldboete van de vijfde categorie.

⁶⁹ Cleiren & Verpalen 2012, (T&C Sr), art. 327 Sr, aant. 7 en NLR, artikel 327 Sr, aant. 1.

strafbepaling en de bijbehorende toelichting gewijzigd. De gewijzigde bepaling luidt: «Hij die, met het oogmerk om zich of een ander wederrechtelijk te bevoordelen, enige bedrieglijke handeling pleegt tot misleiding teneinde een ander die handelt in de uitoefening van een beroep, bedrijf of organisatie te bewegen tot het doen van een betaling, wordt gestraft met een gevangenisstraf van ten hoogst twee jaren of geldboete van de vijfde categorie.» Hierbij is aangesloten bij het huidige artikel 328bis van het Wetboek van Strafrecht. Dankzij deze nieuwe bepaling wordt ook voldaan aan de terechte opmerkingen van de Afdeling op het gebied van het rechtszekerheidsbeginsel, de bewijslevering en het causale verband.

De indieners benadrukken dat deze strafbepaling met name is bedoeld om iemand aan te pakken die op grote schaal acquisitiefraude heeft gepleegd. Niet ieder twijfelachtig geval hoeft door het Openbaar Ministerie aan de rechter te worden voorgelegd. Het gaat met name om de malafide organisaties die op grote schaal misbruik maken van het vertrouwen in het rechtsverkeer.

c. conclusie

Gelet op het voorgaande adviseert de Afdeling de voorgestelde strafbaarstelling dragend te motiveren en zo nodig aan te passen.

Het wetsvoorstel en de toelichting zijn op dit punt aangepast.

4. Raadplegen adviesorganen

De Afdeling acht het van belang dat advies met betrekking tot de voorgestelde wijzigingen wordt ingewonnen bij degenen die in de praktijk ermee moeten werken en voor wie zij zijn bedoeld. Uit de toelichting blijkt niet dat bij de totstandkoming van het wetsvoorstel met de organisaties uit het veld (het SAF, de Kamer van Koophandel, de Fraudehelpdesk, MKB Nederland) overleg is gevoerd. Evenmin blijkt uit de toelichting of advies is gevraagd aan organisaties die over dergelijke wetsvoorstellen gewoonlijk worden gehoord. De Afdeling denkt daarbij bijvoorbeeld aan het College van procureurs-generaal, de Raad voor de rechtspraak, de Nederlandse orde van advocaten en de Nederlandse vereniging voor rechtspraak, wier advies toegevoegde waarde kan hebben voor het initiatiefwetsvoorstel.

De Afdeling adviseert het wetsvoorstel aan genoemde organisaties voor te leggen en in de toelichting hiervan verslag te doen.

4. Raadplegen adviesorganen

In reactie op de opmerkingen van de Afdeling over het raadplegen van adviesorganen merken de indieners op dat zij bij het tot stand komen van dit wetsvoorstel veelvuldig contact hebben gehad met, en adviezen hebben ontvangen van, het Steunpunt Acquisitiefraude en de Fraudehelpdesk. Datzelfde geldt voor MKB-Nederland. Daarnaast is overleg gevoerd met diverse advocaten die met acquisitiefraude te maken hebben gehad. Ook hebben de indieners de diverse betrokken organisaties die de Afdeling noemt, uitgenodigd om te adviseren over dit wetsvoorstel.⁷⁰

Het Steunpunt Acquisitiefraude en de Fraudehelpdesk hebben in een brief aan de indieners aangegeven «bijzonder verheugd» te zijn met het initiatiefwetsvoorstel. Zowel de civielrechtelijke als de strafrechtelijke bepaling kan op grote instemming rekenen van het Steunpunt Acquisitiefraude en de Fraudehelpdesk.

⁷⁰ Deze adviezen zijn ter inzage gelegd bij het Centraal Informatie Punt.

De Kamer van Koophandel heeft positief gereageerd op het initiatiefwetsvoorstel van de indieners. De door de indieners beschreven problematiek van acquisitiefraude is voor de Kamer van Koophandel zeer herkenbaar. Uit onderzoek van de Kamer van Koophandel blijkt dat veel ondernemers slachtoffer zijn geworden van acquisitiefraude. Mede daarom hoopt dat Kamer van Koophandel dat het wetsvoorstel een voorspoedig verloop zal kennen. De Kamer van Koophandel geeft de indieners in overweging aan te knopen bij het begrip «onderneming» als bedoeld in de Handelsregisterwet. De indieners hebben deze suggestie overgenomen en de memorie van toelichting hiertoe aangepast.

VNO-NCW en MKB-Nederland hebben gezamenlijk een brief aan de indieners geschreven, ondertekend door hun respectievelijke voorzitters Bernard Wientjes en Michaël van Straalen. De voorzitters van de koepels ondersteunen het wetsvoorstel van harte en hopen dat het nog dit jaar wordt aangenomen.

Het College van procureurs-generaal heeft «met sympathie» van het wetsvoorstel kennisgenomen, omdat acquisitiefraude volgens het College «een reëel probleem vormt voor het Nederlandse bedrijfsleven». Wel heeft men enkele opmerkingen, die de indieners hieronder bespreken. Het College is van mening dat de bestrijding van acquisitiefraude een gedeelde, samenhangende verantwoordelijkheid is van zowel private als publieke partijen. De indieners zijn het hiermee eens. Dit is duidelijker benadrukt in de memorie van toelichting.

Het College vraagt zich voorts af of de civielrechtelijke bepaling bij de Afdeling misleidende en vergelijkende reclame behoort te worden ondergebracht. De indieners zijn van mening dat dit inderdaad het geval is, om redenen zoals uiteengezet in de memorie van toelichting. Tot slot heeft het College zich gebogen over een beter uitvoerbare formulering van de oorspronkelijke strafbepaling. De indieners hebben hier dankbaar gebruik van gemaakt. Mede naar aanleiding van de opmerkingen van het College zijn de strafbepaling en de memorie van toelichting gewijzigd.

De indieners hebben de Raad voor de rechtspraak verzocht om een reactie. De Raad heeft hierop aangegeven dat voor een officieel advies een verzoek van de gehele Tweede Kamer nodig is.

De Nederlandse orde van advocaten heeft aangegeven geen aanleiding te zien om advies uit te brengen over het initiatiefwetsvoorstel.

De Nederlandse Vereniging voor Rechtspraak (NVvR) heeft met belangstelling kennisgenomen van het initiatiefwetsvoorstel. Zij acht het wenselijk nader tot uitdrukking te brengen wat de ernst van de problematiek van de acquisitiefraude is. In antwoord hierop verwijzen de indieners naar het gestelde onder hoofdstuk 1a van dit nader rapport, waarin de problematiek aan een nadere analyse wordt onderworpen. Voorts adviseert de NVvR de indieners om in de formulering van de strafbepaling aansluiting te zoeken bij het huidige artikel 328bis van het Wetboek van Strafrecht. De indieners hebben hieraan gehoor gegeven. Mede naar aanleiding van de opmerkingen van de NVvR zijn het wetsvoorstel en de memorie van toelichting gewijzigd.

Naast de door de Afdeling genoemde instanties, hebben de indieners het wetsvoorstel tevens voorgelegd aan de Nederlandse Vereniging van Banken (NVB). De NVB heeft aangegeven «positief» te staan tegenover het initiatiefwetsvoorstel van de indieners. Doordat acquisitiefraude als zelfstandig delict strafbaar wordt gesteld, kunnen banken sneller voor

fraude misbruikte rekeningen blokkeren. Hierdoor kan de NVB constructief meewerken aan de bestrijding van acquisitiefraude.

5. De Afdeling verwijst naar de bij dit advies behorende redactionele bijlage.

De indieners nemen het advies, opgenomen in de redactionele bijlage, over. Hiertoe is het wetsvoorstel gewijzigd.

*De Vice-President van de Raad van State
J.P.H. Donner*

Gesthuizen
Van Oosten.

Redactionele bijlage bij het advies van de Afdeling advisering van de Raad van State betreffende no. W03.13.0308/II

- In Artikel I, onderdeel A, artikel 194, tweede lid, in twee afzonderlijke artikelleden splitsen (vergelijk artikel 193d, tweede en derde lid, van Boek 6 BW).