

# VU Research Portal

## Case note: Hoge Raad (Verduistering bij Marktplaatstransacties)

Borgers, M.J.

2013

[Link to publication in VU Research Portal](#)

### ***citation for published version (APA)***

Borgers, M. J., (2013). *Case note: Hoge Raad (Verduistering bij Marktplaatstransacties)*, No. 14, Oct 02, 2012. (Nederlandse jurisprudentie; Vol. 2013).

### **General rights**

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal

### **Take down policy**

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

### **E-mail address:**

[vuresearchportal.ub@vu.nl](mailto:vuresearchportal.ub@vu.nl)

## Annotatie NJ 2013, 14 (verduistering bij Marktplaatstransacties)

HR 2 oktober 2012, nr. 11/01796

M.J. Borgers

1. Het doen van aankopen via internet wordt steeds populairder. Blijkens gegevens van het CBS behoort Nederland tot de Europese top als het gaat om *online* winkelen. Bij deze activiteit doet zich een belangrijke, praktische vraag voor: hoe kunnen beide partijen de risico's afdekken die inherent zijn verbonden aan een (ver)koop? De koper loopt het risico dat hij na betaling het goed niet krijgt geleverd. De verkoper loopt het risico dat hij na levering het aankoopbedrag niet ontvangt. Bij een 'ouderwetse' kooptransactie biedt het principe van gelijk oversteken uitkomst. Maar bij een *online* transactie zal een keuze moeten worden gemaakt wie als eerste over de brug komt.

2. In recent empirisch onderzoek wordt het kopen van een product via internet zonder het product – na betaling – te ontvangen, aangemerkt als *online* oplichting. Uitgaande van die ruime, niet-juridische definitie blijkt uit representatieve steekproeven dat circa 2,5% van de internetgebruikers van zestien jaar en ouder slachtoffer wordt van deze vorm van oplichting (Van Wilsem, *Tijdschrift voor Veiligheid* 2010, p. 16-29; Domenie e.a., *Tijdschrift voor Veiligheid* 2012, p. 47-56). Een risico van 1:40 dat men na betaling het gekochte niet ontvangt, is op zich niet gering. Daarmee is nog niet gezegd dat de koper dan daadwerkelijk slachtoffer van een strafbaar feit wordt. Het niet-naleven van een (koop)overeenkomst is immers als zodanig niet strafbaar gesteld.

3. In de hierboven afgedrukte zaak zou de verdachte (samen met een ander) vijf maal een DVD hebben verkocht, waarbij na ontvangst van het aankoopbedrag de desbetreffende DVD niet is geleverd. Dit feitencomplex is primair ten laste gelegd als oplichting, subsidiair als verduistering. Het gerechtshof komt tot een integrale vrijspraak. In cassatie is alleen de vrijspraak ter zake van verduistering aan de orde: is er sprake van wederrechtelijke toe-eigening door de verdachte van de koopsommen? Bij de beantwoording van die vraag kan men twee kanten uit. Allereerst kunnen de regels van het burgerlijk recht tot uitgangspunt worden genomen. De argumentatie luidt dan dat er geen sprake is van een wederrechtelijke handeling: op het moment dat de koper overeenkomstig de contractuele afspraken overgaat tot betaling van de koopsom, zal die koopsom – zeker bij een girale betaling – onderdeel gaan uitmaken van het vermogen van de verkoper. Indien de levering van het voorwerp uitblijft, heeft de koper – kort gezegd – de bevoegdheid om de overeenkomst te ontbinden, ten gevolge waarvan de vermogensvermeerdering aan de zijde van de verkoper weer ongedaan kan worden gemaakt. Maar dat betekent niet dat door het niet-leveren de eerder gedane betaling alsnog ongeldig zou zijn of dat zich (anderszins) geen rechtmatige vermeerdering van het vermogen van de verkoper heeft voorgedaan. Bedacht dient ook te worden dat bij een kooptransactie op de verkoper de verplichting rust om een voorwerp te leveren, niet om de koopsom op een bepaalde wijze te besteden.

Een andere, autonome benadering wordt gekozen in het cassatiemiddel van het openbaar ministerie. Het startpunt is dat de koopsom wordt voldaan teneinde de beschikking te krijgen over het gekochte product. De consequentie daarvan is dat de verkoper pas vrijelijk mag beschikken over het ontvangen geldbedrag op het moment dat de beloofde tegenprestatie – de levering van het voorwerp – plaatsvindt. Zolang die levering niet plaatsvindt, blijft de koopsom – ook al is die feitelijk wel betaald en naar de regels van het burgerlijk recht ook onderdeel van het vermogen van de verkoper gaan uitmaken – toebehoren aan de koper. Wanneer de verkoper dan toch vrijelijk beschikt over de desbetreffende gelden, moet dat worden beschouwd als wederrechtelijk toe-eigenen. Deze argumentatie vindt niet

volledig, maar wel in belangrijke mate bijval van A-G Hofstee, die onderstreept dat de regels van burgerlijk recht niet doorslaggevend zijn bij de uitleg van de bestanddelen van het misdrijf verduistering.

De Hoge Raad neemt – in lijn met de eerstgenoemde benadering – tot uitgangspunt dat overeenkomstig de regels van het burgerlijk recht de koopsom tot het vermogen van de verkoper gaat behoren op het moment dat de betaling is geëffectueerd. Aldus zegt de Hoge Raad vooral iets over de toe-eigening. Dat die toe-eigening niet wederrechtelijk is, heeft er kennelijk mee van doen dat de ontvangen betaling de contractueel overeengekomen koopsom betreft. Die enkele omstandigheid rechtvaardigt immers, zo overweegt de Hoge Raad, geen andere uitleg van het toe-eigenen. Maar het verklaart in feite ook het niet-wederrechtelijke karakter van die toe-eigening.

4. Dat de Hoge Raad tot dit resultaat komt, is goed verklaarbaar. Het is natuurlijk juist dat het strafrecht een zekere autonomie kent en dat (daarom) zich nu en dan een disharmonie tussen strafrecht en civiel recht voordoet. Een disharmonie is echter eerst functioneel indien er een gegronde reden bestaat om af te wijken van het civiele recht. Zou men het in ontvangst nemen van een koopsom zonder dat de overeengekomen tegenprestatie plaatsvindt, wél kwalificeren als wederrechtelijke toe-eigening, dan zou dat betekenen dat het (toerekenbaar) tekortkomen in de nakoming van een overeenkomst vrij eenvoudig tot strafrechtelijke aansprakelijkheid wegens verduistering leidt. De strafwetgever heeft er nimmer blijk van gegeven – met de strafbaarstelling van verduistering noch met de introductie van andere vermogensmisdrijven – zo dicht op de huid van het civiele recht te willen gaan zitten. Lang niet alle handelwijzen waarmee een contractspartij een loer kan worden gedraaid, leveren een strafbare gedraging op. (Vgl. ook, in relatie tot oplichting, de conclusie van A-G Van Dorst voor HR 15 december 1998, *NJ* 1999/182.) Ook de doelbindingsconstructie snijdt in een geval als het onderhavige geen hout. Van een specifieke bestedingsplicht is, zoals gezegd, bij een kooptransactie geen sprake, zodat de parallel met het in het cassatiemiddel genoemde arrest *NJ* 2011/175 niet opgaat.

5. De beslissing van de Hoge Raad staat er niet aan in de weg dat onder omstandigheden de regels van het burgerlijk recht toch kunnen worden losgelaten. De Hoge Raad spreekt immers van ‘de enkele omstandigheid’ dat de betaling de contractueel overeengekomen koopsom betreft. Een vervolging wegens verduistering is eerst succesvol indien zich feiten en omstandigheden voordoen waarin het voor degene die een geldbedrag ontvangt, klip en klaar is dat die gelden niet naar eigen inzicht en ten eigen nutte mogen worden besteed (vgl. de door A-G Hofstee besproken rechtspraak). In dat licht lijkt het mij niet zonder belang dat in de hierboven afgedrukte zaak de verdachte vijf keer een DVD zou hebben verkocht zonder deze te leveren. De vraag rijst of juist vanwege dit patroon nog wel moet worden gesproken van het sluiten van (koop)overeenkomsten. Vanuit het perspectief van de ‘verkoper’ bezien, heeft eigenlijk *ab initio* de wil ontbroken om DVD’s te leveren. Of anders gezegd: de overeenkomst die wordt gesloten, is – wederom vanuit de ‘verkoper’ bezien – in feite een *schijnovereenkomst*. Moet men zich dan nog wel bekreunen omtrent de geldigheid van de overeenkomst en van de betaling naar de regels van het civiele recht? Men zou ook kunnen betogen dat op het moment van in ontvangst nemen van het afgesproken bedrag de ‘verkoper’ ervoor kiest om dat bedrag aan zijn vermogen toe te voegen – teneinde dat geld naar eigen inzicht en ten eigen nutte te besteden – zonder dat daarvoor een toereikende grondslag bestaat, waardoor sprake is van wederrechtelijke toe-eigening.

Een dergelijke redenering treft men impliciet aan in HR 11 mei 1982, *NJ* 1982/583 en vindt ook steun in HR 6 juli 1999, *NJ* 1999/740 m.nt. ‘tH. In dat laatste arrest ging het om de (onverschuldigde) betaling door de Belastingdienst van een bedrag dat het honderdvoudige bedroeg van het daadwerkelijk verschuldigde bedrag, ten gevolge van een onmiskenbare vergissing. Dat bedrag behoorde, zo oordeelde de Hoge Raad, in strafrechtelijke zin nog toe aan de Belastingdienst. De onderliggende redenering lijkt hier te zijn dat juist vanwege de onmiskenbaarheid van de vergissing er een keuzemoment ontstaat voor de ontvanger van het bedrag of deze het geld, in weerwil van die vergissing, in zijn vermogen laat

vloeien (vgl. ook de noot van Van Schilfgaarde onder HR 5 september 1997, *NJ* 1998/437). Tegelijkertijd moet voor ogen worden gehouden dat *NJ* 1999/740 op een vrij specifieke, niet eenvoudig generaliseerbare situatie ziet. Ook rijst de vraag of met de hier ontvouwde redenering het misdrijf verduistering niet in enigerlei mate uit de context wordt gehaald. Centraal staat niet zozeer het schenden van het vertrouwen van de rechthebbende, maar veeleer het bedriegen van de wederpartij. Moet de strafrechtelijke aansprakelijkheid dan niet veeleer in de hoek van oplichting worden gezocht?

6. In de hierboven afgedrukte zaak is de verdachte vrijgesproken van oplichting. De reden voor die vrijpraak blijft onvermeld. Wanneer men de lagere rechtspraak erop naslaat, komt men een ruim aantal zaken tegen waarin veroordelingen wegens oplichting worden uitgesproken in situaties waarin via internet voorwerpen zijn verkocht, maar – na ontvangst van de koopsom – niet zijn geleverd. Zie daarover nader Van Zijl & Vermeij, *NJB* 2012, p. 807-809. In de bewezenverklaring wordt als oplichtingsmiddel nog wel eens aangeduid het aannemen van een valse hoedanigheid door zich voor te doen als een *bona-fide* verkoper. De vraag rijst of dat op zichzelf toereikend is voor het aannemen van strafbaarheid wegens oplichting. Het is vaste rechtspraak van de Hoge Raad dat de enkele omstandigheid dat men zich in strijd met de waarheid voordoet als een koper die van plan en in staat is de koopprijs van een voorwerp te betalen, niet het aannemen van een valse hoedanigheid oplevert. Hetzelfde geldt in relatie tot huurders. Vanwege in het maatschappelijk verkeer gebruikelijke gedragspatronen – bijvoorbeeld: in restaurants pleegt men niet betaling voorafgaand aan het diner te vragen – kan dat onder omstandigheden anders liggen (o.a. HR 10 februari 1998, *NJ* 1998, 497). Het komt mij voor dat eenzelfde redenering voor de hand ligt wanneer het gaat om de positie van de verkoper (vgl. ook Hof Den Haag 20 april 2012, *LJN* BW5086). Het zich in strijd met de waarheid voordoen als verkoper die van plan is het voorwerp te leveren, levert in principe geen valse hoedanigheid op. Mogelijk zou men een relevant gedragspatroon kunnen zoeken in het feit dat de verkoper (bewust) inspeelt op het feit dat bij kooptransacties via internet ‘gelijk oversteken’ niet goed mogelijk is. Maar ik zou niet willen beweren dat men hier van doen heeft met een situatie waarin men zonder nader onderzoek pleegt af te gaan op de juistheid van de wijze waarop de wederpartij zich presenteert (vgl. Noyon-Langemeijer-Remmelink, aantekening 9 op artikel 326).

Dit betekent echter geenszins dat het verkopen van voorwerpen zonder te leveren nimmer oplichting zou kunnen opleveren. Relevant is vooral de wijze waarop de verkoper zijn waren aanprijst. Gedacht kan worden aan de situatie waarin de verkoper zich op internet bedient van een – valse – naam die een zekere mate van vertrouwen wekt, waardoor potentiële klanten over de streep worden getrokken. Of aan de verkoper die gebruikt maakt van een professioneel ingerichte *webshop*, waarbij potentiële kopers zodanig worden benaderd dat wel sprake is van een valse hoedanigheid of anders van listige kunstgrepen of een samenweefsel van verdichtsels (in welk verband de intentie om niet na te komen een rol kan spelen; vgl. o.a. HR 6 mei 2003, *NJ* 2003/509).

7. Bestaat er behoefte aan verruiming van de strafrechtelijke aansprakelijkheid in verband met ingecalculeerde niet-nakoming aan de zijde van de (gepretendeerde) verkoper? Bijvoorbeeld door het bereik van flessentrekkerij uit te breiden naar het maken van een beroep of gewoonte van het verkopen van goederen met het oogmerk om zonder levering van die goederen de beschikking over de koopsom te verzekeren? Ik ben geneigd die vraag negatief te beantwoorden. Het is eerst en vooral zaak dat consumenten zich bewust zijn (en bewust worden gemaakt) van de risico's van internetaankopen en zich daar tegen wapenen. Op digitale handelsplaatsen zoals Marktplaats.nl wordt reeds uitvoerig informatie over de risico's – en de mogelijkheden om die in te dammen – verstrekt. Sommige aanbieders van *online* betalingssystemen bieden tegenwoordig zogeheten aankoopbescherming. En ook de overheid reikt consumenten de helpende hand, bijvoorbeeld in de vorm van het meldpunt internetoplichting, waar consumenten bepaalde gegevens van verkopende partijen kunnen verifiëren. De inzet van het strafrecht

moet niet zijn aanleiding vinden in naïef vertrouwen van de consument, maar dient te zijn gericht op de uitwassen. Met name de strafbaarstelling van oplichting biedt daarvoor, naar het mij voorkomt, voldoende handvatten.