

Annotatie bij Hoge Raad 23 november 2021, ECLI:NL:HR:2021:1701 en Parket bij de Hoge Raad 5 oktober 2021

*mr. dr. M.T. van der Wulp en C.G.J. van Olst*¹

1. Inleiding

In een strafzaak tegen een betaaldienstverlener zonder vergunning van De Nederlandsche Bank (DNB) speelde de vraag of sprake is geweest van het een "gewoonte" maken van het strafbare feit (uitoefenen van het bedrijf van betaaldienstverlener zonder vergunning). De Hoge Raad legt hierbij het begrip "gewoonte" als strafverzwaringsgrond in verband met uitoefening van het bedrijf van betaaldienstverlener zonder vergunning uit. Daarnaast is de Hoge Raad ingegaan op de vraag of sprake is van het uitoefenen van het bedrijf van betaaldienstverlener. De samenhang tussen beide vragen vloeit voort uit de wetsgeschiedenis, waarin is bepaald dat er geen sprake kan zijn van het "uitoefenen van het bedrijf van betaaldienstverlener" indien de betaaldienst slechts incidenteel wordt verleend.

Het gerechtshof Amsterdam heeft in haar arrest bevesten verklaard dat de verdachte voor een aantal Soedanese boeren betalingen faciliteerde. In de periode tussen 28 april 2015 en 22 april 2016 heeft hij steeds contant geld gekregen van deze boeren waarna hij dat op verschillende bankrekeningen stortte. Dat geld maakte hij vervolgens weer over naar de leveranciers van die boeren. In totaal gaat het om een bedrag van ongeveer € 934.500,-. Deze constructie was opgezet vanwege het feit dat de boeren de betalingen niet zelf vanuit Soedan konden verrichten en de leveranciers geen contant geld accepteerde. Het gerechtshof komt (net als de rechtbank) tot de conclusie dat de verdachte zich hiermee schuldig heeft gemaakt aan het zonder vergunning een gewoonte maken van uitoefenen van bedrijf van betaaldienstverlener ex art. 2:3a lid 1 Wet op het financieel toezicht (Wft).

Volgens art. 2:3a lid 1 Wft is het eenieder met zetel in Nederland verboden om zonder een daartoe door de Nederlandsche Bank verleende vergunning het bedrijf uit te oefenen van betaaldienstverlener. Art 1:1 Wft specificeert dat een betaaldienstverlener degene is die zijn bedrijf maakt van het verlenen van

betaaldiensten. Volgens datzelfde artikel is een betaaldienst de bedrijfswerkzaamheid die als zodanig is aangewezen in de Richtlijn Betaaldiensten (PSD2). Uit deze richtlijn blijkt dat een geldtransfer, zoals in casu het geval, kan worden gekwalificeerd als een betaaldienst. Wanneer vaststaat dat sprake is van een overtreding van art. 2:3a lid 1 Wft, is het mogelijk om middels de Wet op de economische delicten (WED) strafrechtelijk op te treden. Het delict in art. 2:3a lid 1 Wft wordt in de WED aangeduid als economisch delict. Art. 6 lid 1, onder 2, WED geeft vervolgens aan dat degene die een economisch delict begaat gestraft kan worden met een gevangenisstraf van ten hoogste twee jaren, een taakstraf of een geldboete van de vierde categorie. Wanneer de betrokkene een "gewoonte" heeft gemaakt van datzelfde misdrijf geldt de strafverzwaringsgrond van art. 6 lid 1, onder 3, WED. Hij kan dan gestraft worden met een maximale gevangenisstraf van vier jaren, een taakstraf of een geldboete van de vijfde categorie.

2. "Uitoefen van het bedrijf van betaaldienstverlener"

In het onderhavige arrest gaat de Hoge Raad allereerst in op de vraag waar een gedraging aan moet voldoen om tot een bevestenverklaring van het "uitoefenen van het bedrijf van betaaldienstverlener" ex artikel 2:3a lid 1 Wft te komen.

Uit de wetsgeschiedenis van art. 1:1 Wft blijkt dat een activiteit enkel onder het bereik van de betreffende bepaling kan vallen wanneer dit plaatsvindt in de uitoefening van een beroep of bedrijf.² Of hiervan sprake is zal volgens de wetgever in veel gevallen evident zijn. Wanneer deze conclusie minder voor de hand ligt zal de vraag of er sprake is van professionele dienstverlening moeten blijken uit specifieke omstandigheden, zoals de wijze waarop degene die een financiële dienst verleent zich aan de buitenwereld presenteert, de omstandigheid dat verlening

1. Melis van der Wulp en Gert-Jan van Olst zijn werkzaam bij Libertas Advocaten.

2. *Kamerstukken II* 2005/06, 29708, nr. 19, p. 356-357.

niet slechts incidenteel plaatsvindt of het feit dat de gene die de financiële dienst verleend een beloning ontvangt voor zijn diensten. Ook geeft de wetgever aan dat een financiële dienst die op incidentele basis wordt verleend in het kader van een andere beroeps-werkzaamheid van de dienstverlener niet valt onder het bereik van het artikel.

De Hoge Raad heeft inmiddels onder verwijzing naar deze wetsgeschiedenis geconcludeerd dat er geen sprake kan zijn van het "uitoefenen van het bedrijf van betaaldienstverlener", zoals bedoeld in art. 2:3a lid 1 Wft, indien de betaaldienst slechts incidenteel wordt verleend.³ Om aldus te bepalen of er sprake is van een professionele dienstverlening zal eerst vast moeten komen te staan dat de betaaldiensten meermalen zijn verleend. Als dat het geval is moet men vervolgens onderzoeken of inderdaad uit zojuist genoemde specifieke omstandigheden kan volgen dat er sprake is van een professionele dienstverlening. Hierbij is niet uitgesloten dat enkel het meermaals verlenen van betaaldiensten al de conclusie rechtvaardigt dat er sprake is van bedrijfsuitoefening.

3. "Gewoonte"

De tweede vraag die de Hoge Raad in het onderhavige arrest beantwoordt is wanneer er gesproken kan worden over een "gewoonte" in de zin van art. 6 lid 1, onder 3, WED.

Het "gewoonte maken" in de zin van dat artikel wordt door de wetgever ook wel aangeduid als het "stelselmatig plegen van economische delicten".⁴ De wetgever acht een strafverzwaring in dergelijke gevallen aangewezen gelet op "de strafwaardigheid van dergelijk handelen, de omvang van de wetsovertreding en de kwalijke gevolgen daarvan".⁵ Hij laat echter in het midden wanneer er sprake is van een "gewoonte".

In het eerder aangehaalde arrest van de Hoge Raad uit 2020 was het gerechtshof tot de conclusie gekomen dat er sprake was van een "gewoonte" aangezien de verdachte de betaaldienst "meermalen" had gepleegd. De Hoge Raad casseerde in dat arrest, omdat het enkele feit dat de verdachte een betaaldienst meermalen heeft verricht onvoldoende is om aan te nemen dat hij hier ook een "gewoonte" van heeft gemaakt. De enkele omstandigheid dat de verdachte in een periode van drie maanden "om de twee á drie

dagen" contante geldbedragen betaalbaar heeft gesteld (meermalen betaaldiensten heeft verleend) en zich aldus heeft schuldig gemaakt aan het uitoefenen van het bedrijf van betaaldienstverlener, volstaat volgens de Hoge Raad niet voor het oordeel dat de verdachte van de uitoefening van dat bedrijf ook een "gewoonte" heeft gemaakt. Kort samengevat is daarvoor meer vereist dan het alleen meermaals verlenen van betaaldiensten. Dit lijkt ons evident, immers: anders zou altijd automatisch sprake zijn van een strafverzwarende omstandigheid op het moment dat het bestanddeel "uitoefenen van het bedrijf van betaaldienstverlener" vervuld zou zijn. Er is dus meer nodig.

De vraag wanneer er wel of niet sprake is van een gewoonte is niet met voldoende nauwkeurigheid in zijn algemeenheid te beantwoorden. Of een meervoud aan gedragingen kan worden gekwalificeerd als het maken van een "gewoonte" hangt volgens de Hoge Raad af van de concrete omstandigheden van het geval. Daarbij kan onder meer betekenis toekomen aan de aard van de gedragingen en de omstandigheden waaronder deze zijn verricht, alsmede aan het aantal gedragingen en het tijdsbestek waarbinnen deze zich hebben afgespeeld. Hierbij is niet vereist dat vastgesteld wordt dat de verdachte "de neiging" had om telkens weer zich schuldig te maken aan het misdrijf.⁶ Het is dus aan de rechter om aan de hand van deze beoordelingsfactoren gemotiveerd vast te stellen dat binnen een bepaald tijdsbestek een gewoonte is gemaakt van deze handeling.

In onderhavige zaak heeft de verdachte, volgens het gerechtshof, niet alleen meer dan incidenteel betaaldiensten verricht, maar, gelet op het aantal transacties, het tijdsbestek waarbinnen en de frequentie waarmee deze werden verricht, een "gewoonte" gemaakt van het "uitoefenen van het bedrijf van betaaldienstverlener". Volgens de Hoge Raad getuigt dit niet van een onjuiste rechtsopvatting en is het voldoende gemotiveerd.

4. Conclusie

In onderhavige arrest bevestigt de Hoge Raad dat slechts sprake kan zijn van "uitoefening van het bedrijf van betaaldienstverlener" indien de financiële dienst meer dan incidenteel wordt verleend. Het meer dan incidenteel verrichten van een gedraging betekent echter nog niet dat hiervan een "gewoonte" in de zin van art. 6 lid 1, onder 3, WED is gemaakt. Dit zou de strafverzwarende omstandigheid immers automatisch vervullen. Steeds moet het "maken van een gewoonte" tenlastegelegd en bewezenverklaard worden. Of er sprake is van een "gewoonte" kan op voorhand moeilijk gezegd worden. Het onderhavige arrest biedt inzicht in de reikwijdte van het bestanddeel, waarmee de praktijk vermoedelijk meerdere kanten op kan, nu moet worden aangeknoopt bij de omstandigheden van het geval.

3. Hoge Raad 1 december 2020, ECLI:NL:HR:2020:1906. In dat arrest haalt de Hoge Raad dezelfde wetsgeschiedenis aan en concludeert dat daaruit naar voren komt dat voor het bewijs van het "uitoefenen van het bedrijf van betaaldienstverlener" in ieder geval is vereist dat de desbetreffende betaaldiensten "niet slechts incidenteel" zijn verleend en dat het verlenen van betaaldiensten dus meermalen heeft plaatsgevonden. Zie nader: JOR 2022/36 met annotatie van Voerman, J.A.

4. *Kamerstukken II 2012/13*, 33685, nr. 3, p 8.

5. *Kamerstukken II 2012/13*, 33685, nr. 3, p 8.

6. Hoge Raad 18 mei 2021, ECLI:NL:HR:2021:734.

Kijkend naar de omstandigheden van het geval in het genoemde arrest van de Hoge Raad van 1 december 2020, dan houdt de bewezenverklaring van het Hof, dat van plegen van bankieren zonder vergunning "een gewoonte" is gemaakt doordat "meermalen" bedrijf van betaaldienstverlener is uitgeoefend, geen stand omdat het Hof daaraan blijkens zijn bewijsoverwegingen kennelijk ten grondslag heeft gelegd dat verdachte in de ten laste gelegde periode van drie maanden "om de twee a drie dagen" contante geldbedragen betaalbaar heeft gesteld. De omstandigheden van het geval in het onderhavige arrest betrof het een ten laste gelegde periode van een jaar (van 28 april 2015 tot en met 22 april 2016) door middel van 162 stortingen in totaal € 895.000 heeft verricht. Daarbij zijn enkel bruikbare coördinaten gegeven voor de praktijk.