

ANNOTATIE

# **Hawala-bankieren; bedrijf van betaaldienstverlener (artikel 2:3a Wft). Commentaar bij Hoge Raad 10 november 2020, ECLI:NL:HR:2020:1753.**

***mr. J.H.J. Verbaan***

*Annotatie bij Hoge Raad, 10-11-2020, ECLI:NL:HR:2020:1753 (SR-2020-0354)*

De verdediging klaagt namens verdachte, ten aanzien van wie deelneming aan een organisatie die tot oogmerk heeft het plegen van misdrijven, medeplegen gewoontewitwassen en medeplegen overtreding van een voorschrift, gesteld bij artikel 2:3a lid 1 Wft, terwijl dit feit opzettelijk wordt begaan, meermalen gepleegd is bewezen verklaard, onder meer over het oordeel van het hof dat sprake is geweest van het uitoefenen van het 'bedrijf van betaaldienstverlener', als bedoeld in artikel 2:3a lid 1 Wft, doordat 'geldtransfers' als bedoeld in artikel 4 Richtlijn 2007/64/EG werden uitgevoerd.

Het hof heeft overwogen dat naar zijn oordeel in de onderhavige zaak sprake is van het verrichten van geldtransacties buiten het formele geldcircuit. Het op deze manier overdragen van (grote) geldbedragen in grensoverschrijdend verband wordt ook wel aangeduid met de term 'ondergronds bankieren' of 'hawala-bankieren'. Hawala-bankieren is een informele vorm van het verrichten van geldtransacties die berust op het principe van verrekening, binnen een vaak grensoverschrijdende kring van vertrouwenspersonen, die allen hun eigen rol vervullen. Kort gezegd komt het systeem erop neer dat tegen verrekening van de overeengekomen wisselkoers, zonder gebruik te maken van een betaalrekening, door een 'bankier' en met behulp van een of meer tussenpersonen een geldbedrag betaalbaar wordt gesteld, dat op een eerder moment elders is ingebracht. De hierdoor ontstane schuld bij de uitkerende bankier

wordt voldaan door (latere) onderlinge verrekening tussen de bankiers. Het systeem minimaliseert de noodzaak van de fysieke verplaatsing van geld, maar uiteindelijk wordt bij de daadwerkelijke uitbetaling wel vaak gebruikgemaakt van geldkoeriers.

De verdachte is cumulatief ten laste gelegd de overtreding van artikel 3 lid 1 Wet inzake de geldtransactiekantoren en artikel 2:3a lid 1 Wft. Het hof stelt voorop dat onder beide strafbepalingen de feitelijke gedragingen die de verdachte (in medepleegvorm) zijn ten laste gelegd kunnen worden bewezen. Dat volgt reeds uit de bewezenverklaring van de ten laste gelegde feiten onder feiten 1 en 2.

De raadvrouw heeft betoogd dat geen sprake is van een overtreding van het verbod van artikel 2:3a lid 1 Wft reeds omdat de verdachte geen 'betaaldienstverlener' is in de zin van die bepaling. Het hof overweegt dat artikel 2:3a Wft de implementatie van artikel 29 van de betalingsrichtlijn 2007/64/EG is. De definitie van een betaaldienst in de zin van de richtlijn wordt volgens artikel 4 van de richtlijn bepaald door de bijlage van die richtlijn. In die bijlage wordt onder 6 een 'geldtransfer' omschreven als 'een betalingsdienst waarbij, zonder opening van betaalrekeningen op naam van de betaler of de begunstigde, van een betaler geldmiddelen worden ontvangen met als enig doel het daarmee corresponderende bedrag over te maken (ond. Hof) aan een begunstigde of aan een andere, voor rekening van de begunstigde handelende betalingsdienstaanbieder en/of waarbij de geldmiddelen voor rekening van de begunstigde worden ontvangen en aan de begunstigde beschikbaar worden gesteld'.

Volgens de verdediging is in dit geval niet gebleken van het overmaken van geldbedragen of het ten behoeve van een begunstigde in ontvangst nemen van gelden. Er is eerder sprake van een complex systeem waarbij geldbedragen in ontvangst worden genomen en via meerdere (verreken)schijven uiteindelijk bij een begunstigde terechtkomen. Het gaat ook om het in ontvangst nemen van bedragen van/voor andere bankiers, het ontvangen van A en uiteindelijk (via diverse verrekeningen) uitbetalen aan B, die in geen enkele relatie staat tot A.

De advocaat-generaal heeft vrijspraak gevorderd voor dit feit omdat de gedragingen niet kunnen worden gekwalificeerd als het verrichten van een betaaldienst in de zin van de Wft omdat niet bewezen kan worden dat de ontvangen geldbedragen rechtstreeks worden overgemaakt naar een begunstigde. Voor de dienst verricht door de verdachte was geen vergunning nodig en niet is gebleken van een girale component.

De vraag die voorligt is of hetgeen is bewezen verklaard tevens een strafbaar feit (in de zin van artikel 2:3a van de Wft) is. Die vraag wordt door het hof bevestigend beantwoord. Daartoe wordt overwogen dat de term 'overmaken' in de zin van de richtlijn een bredere betekenis heeft dan het enkel giraal overmaken van geldbedragen. Dit volgt reeds uit de nadere

overweging 7 in de richtlijn waar wordt opgemerkt:

‘(7) Een geldtransfer is een eenvoudige betalingsdienst, doorgaans op basis van contanten welke door een betaler worden verstrekt aan een betalingsdienstaanbieder die het overeenkomstige bedrag, bijvoorbeeld via een communicatienetwerk, overmaakt aan een begunstigde of aan een andere, voor rekening van de begunstigde handelende betalingsdienstaanbieder. Deze diensten voor het betalen van rekeningen moeten worden behandeld als de in deze richtlijn omschreven geldtransferdiensten, tenzij de bevoegde autoriteiten oordelen dat de activiteit onder een andere in de bijlage genoemde betalingsdienst valt.’

Het overmaken van contanten via een communicatienetwerk moet naar het oordeel van het hof aldus worden begrepen dat ook de aan de verdachte verweten gedragingen daaronder vallen. De contanten die elders aan een betalingsdienstaanbieder zijn verstrekt worden hier te lande door een andere betalingsdienstaanbieder verstrekt aan een begunstigde. Aldus worden geldbedragen overgemaakt in de zin van verplaatsing van A naar B. Het hof hecht er voor de uitleg van artikel 2:3a Wft belang aan dat de toezichthouder van de Wft, te weten: DNB, uitdrukkelijk het ‘overmaken van geld naar begunstigden in het buitenland, met name naar landen met een minder ontwikkeld banksysteem en waar het gebruik van bankrekeningen minder voorkomen’, rekent tot dienst 6 van de bijlage bij voornoemde richtlijn. Dat het hier gaat om een complex systeem waarbij sprake is van meerdere (verreken)schijven zoals de raadvrouw betoogt doet daar niet aan af. Uit het voorgaande volgt dat de richtlijn voor het ‘overmaken’ van gelden niet de eis stelt van een girale component zoals betoogd door de advocaat-generaal. Uit het dossier volgt evenmin dat verdachte een registratie had.

De Hoge Raad overweegt dat voor de beoordeling van de klacht van belang zijn: artikel 1:1 (oud) Wft, zoals dat luidde ten tijde van het onder 3 bewezen verklaarde feit en artikel 2:3a lid 1 Wft, artikel 4 onderdeel 3 Richtlijn 2007/64/EG van het Europees Parlement en de Raad van 13 november 2007 betreffende betalingsdiensten in de interne markt tot wijziging van de Richtlijnen 97/7/EG, 2002/65/EG, 2005/60/EG en 2006/48/EG, en tot intrekking van Richtlijn 97/5/EG, *PbEU* 2007, L 319/1 (hierna: Richtlijn 2007/64/EG), artikel 4 punt 3 van de bijlage bij de Richtlijn 2007/64/EG, artikel 4 onderdeel 13 Richtlijn 2007/64/EG en artikel 29 Richtlijn 2007/64/EG.

De Hoge Raad overweegt dat de tenlastelegging toegesneden is op artikel 2:3a lid 1 Wft in verbinding met artikel 1:1 (oud) Wft. Het in de tenlastelegging en bewezenverklaring voorkomende begrip ‘het uitoefenen van het bedrijf van betaaldienstverlener’ moet daarom geacht worden daar te zijn gebruikt in dezelfde betekenis als daaraan toekomt in die bepalingen in verbinding met de krachtens artikel 1:1 (oud) Wft toepasselijke Richtlijn

2007/64/EG. Uit het samenstel van genoemde bepalingen vloeit voort dat onder meer sprake is van 'het uitoefenen van het bedrijf van betaaldienstverlener', als bedoeld in artikel 2:3a lid 1 Wft, als de verdachte zijn bedrijf maakt van het verlenen van betaaldiensten bestaande uit het uitvoeren van geldtransfers waarbij geldbedragen worden overgemaakt en/of geldmiddelen worden ontvangen en beschikbaar gesteld, zoals bedoeld in artikel 4 van de Richtlijn 2007/64/EG.

De Hoge Raad oordeelt dat het hof terecht tot uitgangspunt heeft genomen dat voor het verrichten van een betaaldienst in de vorm van een geldtransfer als bedoeld in artikel 4 onderdeel 13 Richtlijn 2007/64/EG niet is vereist dat het desbetreffende geldmiddel op enig moment giraal wordt overgemaakt. De Hoge Raad oordeelt dat voor zover de klacht van een andere opvatting uitgaat, het daarom niet tot cassatie kan leiden. De Hoge Raad overweegt dat blijkens de bewijsvoering het hof een handelwijze heeft vastgesteld – door het hof getypeerd als ondergronds of hawala-bankieren – waarbij buiten het 'formele geldcircuit' in grensoverschrijdend verband zonder gebruikmaking van betaalrekeningen, door derden ingebrachte geldbedragen elders contant betaalbaar werden gesteld aan door die derden beoogde begunstigden. Op basis van onder meer deze vaststellingen heeft het hof geoordeeld dat de desbetreffende handelwijze kan worden aangemerkt als het uitvoeren van geldtransfers in de zin van de Richtlijn 2007/64/EG en dat aldus sprake is geweest van het uitoefenen van het 'bedrijf van betaaldienstverlener', als bedoeld in artikel 2:3a lid 1 Wft. De Hoge Raad oordeelt dat die oordelen geen blijk geven van een onjuiste rechtsopvatting en niet onbegrijpelijk zijn.