

Artikel

Ondergronds bankieren; stand van de rechtspraak

mr. D.J. (Dorine) Stahlie en mr. L.M. (Lisette) de Zeeuw*

NTS 2021/44

1. Inleiding

Criminelen willen hun illegaal verkregen opbrengsten graag ongezien verplaatsen, het liefst ook nog eens over de landsgrenzen heen. Zij doen dat bij voorkeur niet via het reguliere financiële systeem, zeker niet nu poortwachters hun rol steeds effectiever vervullen. Het financiële systeem kan op verschillende manieren worden omzeild, bijvoorbeeld door het fysiek vervoeren van cashgeld van land A naar land B. Ook kan er gebruik worden gemaakt van *Trade Based Money Laundering* waarbij goederen in land A worden aangekocht met illegaal vermogen, vervolgens naar land B worden verplaatst via het reguliere handelsverkeer en daar weer worden verkocht. Op die manier wordt het internationale handelsverkeer gebruikt om waarde te verplaatsen en een schijnbaar legitieme herkomst voor de criminele waarde te creëren. Gezien de beperkingen als gevolg van COVID-19 is het momenteel veel lastiger om cashgeld fysiek over de landsgrenzen te vervoeren, net zoals het moeilijker is geworden om gebruik te maken van internationale handelsstromen. Een mooi alternatief voor de crimineel is het gebruik van een ondergrondse bankier die vorderingen verrekent met ondergrondse

bankiers uit zijn netwerk. Hierdoor hoeft geld juist niet fysiek van land A naar land B te worden verplaatst. Onze verwachting is dan ook dat het gebruik van ondergronds bankieren het afgelopen jaar (fors) is toegenomen. Dit terwijl ondergronds bankieren vóór COVID-19 al als een serieuze witwasdreiging werd beoordeeld in het National Risk Assessment 2019.¹

Het staat buiten kijf dat het systeem van ondergronds bankieren criminelen faciliteert. De crimineel betaalt voor anonimiteit en kan zo het reguliere financiële systeem, opgetuigd met allerlei waarborgen om witwassen tegen te gaan, omzeilen. Opsporingsdiensten en het openbaar ministerie zijn er dan ook op gebrand om het ondergronds bankieren met crimineel geld aan te pakken. Dit wordt veelal gedaan via de witwasartikelen in het Wetboek van Strafrecht (art. 420bis e.v. Sr).

De witwasjurisprudentie over ondergronds bankieren heeft door de jaren heen tot frustratie bij opsporings- en vervolgingsinstanties geleid. Een belangrijke bron van die frustratie waren (of zijn) de in de rechtspraak gestelde bijkomende eisen om tot een witwasvermoeden te kunnen komen. Die bijkomende omstandigheden worden gesteld wanneer omstandigheden die normaal gesproken een duidelijke indicatie voor een criminele herkomst van het geld opleveren, ook wel de ‘witwastypologieën’ genoemd (denk aan het vervoer van een aanzienlijke hoeveelheid contant geld in plastic tassen), evengoed een verschijningsvorm zijn van ondergronds bankieren met *legaal* geld (hetgeen géén witwassen oplevert). Die gedachte is op zich begrijpelijk, maar over de exacte toepassing ervan verschilden de meningen.² Opsporings- en vervolgingsinstanties leken de stap

* Mr. D.J. Stahlie is coördinator kennis & expertise bij het Anti Money Laundering Centre. Mr. L.M. de Zeeuw is beleidsmedewerker witwassen bij het Functioneel Parket van het openbaar ministerie.

1. H.C.J. van der Veen en L.F. Heuts, *National Risk Assessment Witwassen* (Cahier-2020-11), Den Haag: WODC 2019.
2. Getuige de vrijspraken in onder meer: Hof Den Haag 10 februari 2016, ECLI:NL:GHDHA:2016:596; Hof Den Haag 7 juni 2016,

‘onlogisch dus een witwasvermoeden’ sneller te nemen dan de rechtspraak acceptabel achtte.

Gezien de door ons verwachte toename van ondergronds bankieren in combinatie met het belang van een effectieve aanpak van de facilitators van witwassen, vinden wij het van belang de recente jurisprudentie hierover nader te onderzoeken en voor de rechtspraak te duiden. Welke eisen worden in recente jurisprudentie gesteld aan een bewezenverklaring van witwassen door middel van ondergronds bankieren; wat is voldoende voor een witwasvermoeden, en wanneer zijn er bijkomende omstandigheden nodig? Voor een bredere kijk op dit onderwerp wordt ook de recente jurisprudentie over onder meer het bankieren zonder vergunning in deze bijdrage meegenomen. Het optreden tegen deze ongewenste vorm van facilitering kan immers op verschillende manieren gestalte krijgen, zodat het van belang is om het gehele palet aan handhavingsopties te schetsen.

In paragraaf 2 zullen wij allereerst ingaan op de gebruikte terminologie. Paragraaf 3 ziet op de strafrechtelijke aanpak van ondergronds bankieren via de witwasartikelen, waarbij in paragraaf 3.1 allereerst het wettelijk kader wordt geschetst en wordt ingegaan op de stappen aanpak in witwaszaken. In paragraaf 3.2 behandelen wij de relevante witwasjurisprudentie, te beginnen met de arresten van de Hoge Raad. Daarna kijken wij naar diverse recente uitspraken waarin het jurisprudentiële kader van de Hoge Raad nader wordt ingevuld, daterend vanaf het laatste arrest van de Hoge Raad (juni 2019) tot eind 2020. Daarbij wordt ingezoomd op de vraag welke feiten en omstandigheden wel of niet tot bewezenverklaring van het delictselement ‘van misdrijf afkomstig’ hebben geleid. Omdat de overwegingen rond de wetenschap (opzet/schuld) veelal in het verlengde hiervan liggen, worden die ook meegenomen. In twee tussenconclusies worden de belangrijkste leerpunten op een rij gezet en wordt een link gelegd naar de typologieën ondergronds bankieren die door de Financial Intelligence Unit - Nederland³ (hierna: FIU-Nederland) zijn vastgesteld. Na de witasaanpak volgt in paragraaf 4 een beschrijving van diverse alternatieve mogelijkheden om ondergrondse bankiers aan te pakken. Ten eerste de aanpak via de Wet op het financieel toezicht (Wft), op grond waarvan het verboden is om zonder vergunning bedrijfsmatig betaaldiensten te verlenen⁴ (par. 4.1). Vervolgens via het witwassen van de provisie die de ondergrondse bankier opstrijkt (par. 4.2, wij bespreken dit onderwerp bewust apart van het witwassen van het geld waarmee wordt gebankierd). Wij staan kort stil bij de Wet ter voorkoming van witwassen en financieren van terrorisme (Wwft) op grond waarvan bankiers, ook

als zij geen vergunning hebben, verplichtingen hebben zoals het doen van cliëntonderzoek (par. 4.3). Tot slot wordt in paragraaf 4.4 nog op de (minder bekende) fiscale aanpak gewezen. In paragraaf 5 wordt afgesloten met een conclusie.

2. Terminologie

Met ondergronds bankieren wordt bedoeld op het verrichten van financiële transacties buiten de gereuleerde financiële instellingen om.⁵ ‘Ondergronds’ verwijst dus naar de onttrekking aan het toezicht van de overheid en niet naar de herkomst van het geld waarmee gebankierd wordt. Ondergronds bankieren kan worden gebruikt om geld te verplaatsen van het ene naar het andere land, zónder dat er cashgeld fysiek de grens over wordt vervoerd. Daarbij kan meteen een valutawisseling plaatsvinden. Een veel gebruikte methode voor ondergronds bankieren is het systeem dat ook wel wordt aangeduid als *hawala*.⁶ Dit systeem is ooit ontstaan om migrantengeld te verplaatsen tussen partijen die geen gebruik konden maken van een goed werkend gereuleerd bankensysteem en is grotendeels gebaseerd op onderling vertrouwen. Het werkt als volgt. Contant geld wordt in land A bij een bankier ingeleverd met als doel om het geld in land B in andere valuta aan de begunstigde te laten uitkeren. De bankiers verrekenen het bedrag onderling door uitbetalingen tegen elkaar weg te strepen. Voor hun diensten ontvangen zij een commissie. In dit proces kan gebruik worden gemaakt van meerdere tussenpersonen. Het idee is dat er zo weinig mogelijk met cashgeld hoeft te worden gesleept. Maar er zal veelal wel een (kleine) afstand tussen de uitbetalende bankier en de begunstigde overbrugd moeten worden. Daarvoor wordt vaak gebruik gemaakt van geldkoeriers die het contante geld transporteren in opdracht van de bankiers naar de begunstigde.

In dit proces kan worden gebruik gemaakt van een zogenoemd token. Een betaling gaat dan als volgt. De begunstigde heeft een bankbiljet van kleine valuta, bijvoorbeeld van 5 euro. Hij zorgt ervoor dat het unieke serienummer van het biljet (ook wel ‘token’ genoemd) bij de bankier terecht komt. Dit nummer wordt, samen met een telefoonnummer en het geldbedrag dat de begunstigde moet ontvangen, doorgegeven aan de geldkoerier. Vervolgens wordt er een afspraak gemaakt en de begunstigde ‘legitimeert’ zich met het bankbiljet. De geldkoerier vergelijkt het nummer op het bankbiljet met het nummer dat hij heeft ontvangen van de bankier. Als dat klopt, geeft de geldkoerier het contante geld af en ont-

ECLI:NL:GHDHA:2016:1923; Rb. Midden-Nederland 26 april 2017, ECLI:NL:RBMNE:2017:2146.

3. FIU-Nederland is de organisatie waar meldplichtige instellingen zoals banken ongebruikelijke transacties moeten melden. De transacties die verdacht worden verklaard, komen ter beschikking van diverse handavings- en opsporingsdiensten. Zie verder over de taakstelling van FIU-Nederland art. 13 Wwft en <https://www.fiu-nederland.nl/>.

4. Art. 2:3a Wft.

5. Zie ook M.J. Borgers, ‘Regulering en bestrijding van ondergronds bankieren’, in: H. van de Bunt & D. Siegel (red.), *Ondergronds bankieren in Nederland* (Onderzoekschool Maatschappelijke Veiligheid; nr. 21), Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2009, p. 161-188.

6. Hawala is een term die met name wordt gebruikt voor ondergronds bankieren in relatie tot de Indiase, Afghaanse en Pakistaanse gemeenschap, zie M.R.J. Soudijn en E.M. Groen, ‘De criminele levensloop van hawaladars, een verkennend onderzoek’, *Justitiële Verkenningen* 2015/01.

vangt het bankbiljet als afgiftebewijs. Het voordeel van deze werkwijze is dat de betrokkenen anoniem kunnen blijven (men legitimeert zich niet met reguliere legitimatiebewijzen maar met het token) en dat, wanneer het onderling vertrouwen misschien toch niet zo groot is, de koerier en bankier kunnen bewijzen dat het geld aan de begunstigde is afgegeven.

Naast hawala (overigens een uit India afkomstig begrip voor ‘bewijsstuk’) zijn er meer ondergrondse systemen voor waardeoverdracht, die net weer anders werken en een andere etnische herkomst hebben, zoals *hundi* (Pakistaans voor ‘vertrouwen’) en *fei ch’ien* (Chinees voor ‘vliegend geld’).⁷ Om die reden hanteren wij de verzamelterm ondergronds bankieren.

3. Witwassen

3.1 Wettelijk kader en het stappenplan

De ondergrondse bankier en de tussenpersonen/koeriers die worden gebruikt voor de verplaatsing van crimineel geld maken zich schuldig aan witwassen in de zin van artikel 420bis e.v. Sr als zij geld voorhanden hebben of overdragen waarvan zij weten (minstens in de zin van willens en wetens de aanmerkelijke kans aanvaarden; opzetwitwassen) of redelijkerwijs moeten vermoeden (schuldwitwassen) dat het geld uit enig misdrijf afkomstig is.⁸ Los van de wetenschap dat het om crimineel geld gaat, zit de juridische angel vooral in het bestanddeel ‘van enig misdrijf afkomstig’. Voorop moet worden gesteld dat vermogensbestanddelen volgens de Hoge Raad slechts als ‘van enig misdrijf afkomstig’ kunnen worden aangemerkt, indien zij afkomstig zijn van een misdrijf gepleegd *voorafgaand* aan de witwashandelingen.⁹ Dus eerst het gronddelict, dan pas witwassen. Dat betekent dat geld dat met ondergrondse bankieren wordt verplaatst niet ‘afkomstig’ is van het misdrijf bankieren zonder vergunning; het misdrijf gaat dan immers niet vooraf aan de witwashandeling, maar vindt tegelijkertijd met die handeling plaats. Hierover heeft de Hoge Raad recent meerdere arresten gewezen.

Ondergronds bankieren wordt vaak in verband gebracht met witwassen, maar dit als automatisme veronderstellen gaat volgens de rechtspraak een stap te ver. Als de herkomst van het geld niet op voorhand vaststaat, maar er wel aanwijzingen zijn dat er crimineel geld in het spel is en het onbekend is van welk misdrijf dat geld afkomstig is (onbekend gronddelict), dan moet het zogenoemde stappenplan worden toegepast. Hiermee wordt nagegaan of het ‘niet anders kan’ dan dat het geld van mis-

drijf afkomstig is.¹⁰ Dit stappenplan luidt als volgt: Allereerst moet worden vastgesteld of de feiten en omstandigheden überhaupt een vermoeden van witwassen rechtvaardigen. Hierbij kan gebruik worden gemaakt van typologieën.¹¹ Hierbij gaat het om min of meer objectieve kenmerken die, naar de ervaring leert, duiden op het witwassen van opbrengsten van misdrijven. In Nederland worden deze witwastypologieën geformuleerd door FIU-Nederland. Wanneer er een vermoeden van witwassen is, mag van de verdachte worden verlangd dat er een verklaring wordt gegeven over de herkomst van dat geldbedrag. Deze verklaring moet concreet, min of meer verifieerbaar en niet op voorhand hoogst onwaarschijnlijk zijn. Als de verklaring van de verdachte aan voornoemde eisen voldoet, is het aan het openbaar ministerie om nader onderzoek te doen naar de, uit de verklaringen van de verdachte blijken, alternatieve herkomst van het geld en/of de goederen. Uit de resultaten van het onderzoek van het openbaar ministerie zal uiteindelijk moeten blijken dat met voldoende mate van zekerheid kan worden uitgesloten dat de geldbedragen een legale herkomst hebben. Als dat zo is, kan worden geconcludeerd dat het ‘niet anders kan’ dan dat het geld van enig misdrijf afkomstig is.

Vanwege het aantal cassaties en vrijspraken, zou het beeld kunnen ontstaan dat het lastig is om bij ondergronds bankieren een veroordeling wegens witwassen te realiseren. Wij menen dat die veronderstelling onjuist is en dat de jurisprudentie van de Hoge Raad daarvoor nog steeds voldoende mogelijkheden biedt, mits het stappenplan juist wordt toegepast en het witwasvermoeden goed wordt onderbouwd. De recente jurisprudentie biedt daarvoor ook een aantal mooie bouwstenen die wij graag willen belichten.

3.2 Recente jurisprudentiële ontwikkelingen

3.2.1 Jurisprudentie van de Hoge Raad

- De causaliteitseis

In het delictsbestanddeel ‘afkomstig uit enig misdrijf’ ligt een causaliteitseis besloten; er moet oorzakelijk verband bestaan tussen het gepleegde misdrijf en het witwasvoorwerp.¹² Het voorwerp moet uit het misdrijf voortvloeien. In diverse arresten heeft de Hoge Raad deze causaliteitseis nader ingevuld.

In twee gerelateerde zaken die leidden tot de arresten van 28 oktober 2014¹³ constateerde het hof dat een

7. B.M. Slot, ‘Is ondergronds bankieren een reëel gevaar?’, *Justitiële verkenningen* 2006/02.

8. Het eenvoudig witwassen (art. 402bis.1 Sr) laten wij buiten beschouwing omdat deze variant buiten de focus van deze bijdrage valt.

9. HR 28 oktober 2014, ECLI:NL:HR:2014:3046, NJ 2015/324 m.nt. M.J. Borgers. Zie ook HR 28 oktober 2014, ECLI:NL:HR:2014:3044 en HR 25 november 2014, ECLI:NL:HR:2014:3380.

10. De Hoge Raad heeft geoordeeld dat bij het delictselement ‘afkomstig uit enig misdrijf’ niet bewezen hoeft te worden door wie, wanneer en waar dit misdrijf is begaan (HR 28 september 2004, ECLI:NL:HR:2004:AP2124). Het hof Amsterdam heeft het toetsingskader voor witwassen zonder bekend gronddelict samengevat in een stappenplanpak (Hof Amsterdam 11 januari 2013, ECLI:NL:GHAMS:2013:BY8481), voortbordurend op toetsingselementen die al geformuleerd waren in het bekende Air Holland-arrest (Hof Den Haag 12 maart 2008, ECLI:NL:GHSGR:2008:BC6523).

11. *Kamerstukken II 1999/2000, 27159*, nr. 3, p. 9 (MvT).

12. F. Diepenmaat, *De Nederlandse strafbaarstelling van witwassen. Een onderzoek naar de reikwijdte en de toepassing van artikel 420bis Sr* (diss. RU Nijmegen), Deventer: Wolters Kluwer 2016, p. 152.

13. HR 28 oktober 2014, ECLI:NL:HR:2014:3046, NJ 2015/324 m.nt. M.J. Borgers en HR 28 oktober 2014, ECLI:NL:HR:2014:3044.

groep van personen rondom een wasserette stelselmatig grote contante geldbedragen leverde aan derden zonder dat daarvoor tegenprestaties werden verricht. Samen met hun partners in het buitenland werden zij daarop aangemerkt als ondergrondse bankiers. In die hoedanigheid hebben deze verdachten opzettelijk zonder vergunning het bedrijf van betaaldienstverlener uitgeoefend, hetgeen een misdrijf oplevert.¹⁴ De geldbedragen die de verdachten in dit kader hebben verworven en/of voorhanden hebben gehad en/of hebben overgedragen, zijn daarmee volgens het hof van misdrijf afkomstig, waarna het hof tot een veroordeling voor gewoontewitwassen komt. De Hoge Raad ziet dat anders en benadrukt dat het bestanddeel ‘van misdrijf afkomstig’ slechts kan worden aangenomen indien de vermogensbestanddelen afkomstig zijn van een misdrijf gepleegd *voorafgaand* aan de witwashandelingen. In dit geval moet dat dus een ander gronddelict zijn dan het zonder vergunning uitoefenen van het bedrijf betaaldienstverlener dat juist gelijktijdig met de witwashandeling plaatsvindt.

In een arrest van november 2014 stond dezelfde vraag wederom ter discussie.¹⁵ Hier was het hof bovendien van mening dat door aanzienlijke geldbedragen in ontvangst te nemen en te storten op een rekening waarvoor de verdachte per keer een commissie ontving, gelet op de schijn van illegaliteit, bij de verdachte redelijkerwijs het vermoeden had moeten ontstaan dat de herkomst van de gelden niet in orde was. Het hof komt op basis daarvan tot een veroordeling wegens schuldwitwassen. A-G Vellinga verwijst in zijn conclusie naar een van de hiervoor besproken arresten van 28 oktober 2014 en stelt dat er sprake moet zijn van een gepleegd misdrijf voorafgaand aan de witwashandelingen; het enkel zonder vergunning uitoefenen van betaaldiensten volstaat daarvoor niet. De causaliteitseis wordt ingevuld met een temporeel verband¹⁶ (eerst gronddelict, dan witwassen), maar Vellinga benadrukt dat alleen een temporeel verband nog geen causaal verband is. Het redeneerschema moet zijn: *eerst* gronddelict, *daardoor* komt iemand over een bepaald voorwerp te beschikken (oorzakelijk verband) en ten aanzien van *dat* voorwerp moeten de witwashandelingen zijn gepleegd. De Hoge Raad volgt deze conclusie. In een later arrest uit maart 2018 over de import van Venezolaans goud – wederom zonder vergunning – scherpt de Hoge Raad de hier geformuleerde eis nog iets aan door in aanvulling op het voorgaande te overwegen dat ‘voorwerpen met betrekking tot welke een misdrijf is begaan (...) [in de door ons besproken gevallen: het bankieren zonder vergunning, DS/LZ] niet reeds daardoor “afkomstig” uit enig misdrijf zijn.’¹⁷ De beschikking over het witwasvoorwerp (goud) was niet *veroorzaakt door* import zonder vergunning en gebruik van vervalste geschriften. Aldus zijn er bij

14. Art. 2:3a Wft jo art. 6 WED.

15. HR 25 november 2014, ECLI:NL:HR:2014:3380.

16. Zie hierover nader A.C.M. Klaasse & J.N. de Boer, ‘Een onvervalst causaal verband?’, *DD* 2020/52.

17. HR 13 maart 2018, ECLI:NL:HR:2018:327, *NJ* 2019/7 m.nt. H.D. Wolswijk.

witwassen meerdere benodigde causale verbanden te identificeren die dicht in elkaars verlengde kunnen liggen, maar niettemin duidelijk van elkaar moeten worden onderscheiden. Allereerst moet er, zoals volgt uit bovenstaande jurisprudentie, sprake zijn van een witwas*voorwerp* dat in oorzakelijke zin voortvloeit uit een eerder begaan misdrijf. Vervolgens moet met betrekking tot dat voorwerp weer een witwashandeling zijn verricht, zodat het uiteindelijke (beoogde) witwassen weer het gevolg is van de witwashandeling.

- Indicaties voor een criminele herkomst

In een arrest van 6 februari 2018¹⁸ was de vraag aan de orde of het hof voldoende heeft gemotiveerd dat kan worden bewezen dat het bij de verdachte aangetroffen geldbedrag van € 150.000 afkomstig is uit enig misdrijf en dat de verdachte dat wist. De verdachte had met iemand afgesproken om elkaar op straat te ontmoeten en dat de onbekende persoon ‘spullen’ zou komen brengen. Bij die ontmoeting is een plastic tas met € 150.000 in contanten overgedragen. De verdachte verklaart: ‘Het ging om Hawala-bankieren. Ik weet niet waar het geld vandaan kwam.’ Het hof constateert dat verschillende witwastypologieën rechtstreeks op onderhavige zaak van toepassing zijn, bijvoorbeeld:

- De wijze waarop het geld wordt vervoerd en/of aangeboden; in casu contant in een plastic tas, welke weer in een extra plastic tas zit.
- Het is een feit van algemene bekendheid dat diverse vormen van criminaliteit gepaard gaan met grote hoeveelheden contant geld in diverse valuta; in casu gaat het om een aanzienlijk geldbedrag in een groot aantal verschillende kleine(re) biljetten.
- Het fysiek vervoeren van grote bedragen in contanten brengt een aanzienlijk veiligheidsrisico met zich; in casu wordt het contante geldbedrag in de plastic tas vervoerd door de verdachte in zijn auto, terwijl de plastic tas gewoon op de vloer aan de passagierszijde ligt.
- Het geld ongeteld aanleveren; in casu is de overdracht van het geld van de onbekende persoon aan de verdachte in een dusdanig korte tijd gebeurd dat een dergelijk groot bedrag onmogelijk kan zijn (na)geteld.’

Het hof stelt vast dat er náást deze typologieën ook bijkomende feiten en omstandigheden zijn ‘die niet direct inherent zijn aan/kenmerkend zijn voor het Hawala-bankieren en die wel (kunnen) duiden op de aanwezigheid van crimineel geld’. Die bijkomende feiten en omstandigheden zijn volgens het hof:

- er is sprake van versluierd taalgebruik bij het maken van de afspraak tot overdracht van het geld (te weten het niet noemen van namen of expliciet benoemen wat er gebracht gaat worden);

18. HR 6 februari 2018, ECLI:NL:HR:2018:165.

- het contante geldbedrag is in uitzonderlijk korte tijd overgedragen;
- het geldbedrag bestaat uit voornamelijk kleine coupures;
- het geldbedrag is op de openbare weg overgedragen, op een (relatief) rustige plek;
- de verdachte sloeg op de vlucht voor de politie toen zij hem probeerden staande te houden;
- na de aanhouding en de inbeslagname van het geldbedrag is de rechthebbende het geldbedrag niet op komen eisen.⁷

Het hof komt hiermee tot een witwasvermoeden. Op grond van dezelfde feiten en omstandigheden neemt het hof de wetenschap van de verdachte van de criminele herkomst van het geld aan. A-G Vegter wijst er in zijn conclusie¹⁹ op dat het hof kennelijk heeft geoordeeld dat de omstandigheden waaronder hawala-bankieren met legaal geld dan wel crimineel geld plaatsvinden wezenlijk van elkaar verschillen. Daarbij heeft het hof kennelijk de volgende verschillen voor ogen gehad:

‘De overdracht van “legaal” geld vindt doorgaans plaats op vaste locaties (vaak kleine bedrijven) waarmee de klant de bankier identificeert, terwijl crimineel geld vaak wordt overdragen in openbare, anonieme gelegenheden teneinde te voorkomen dat de criminele klant de bankier kan identificeren.

Ook de omvang van de over te dragen geldbedragen verschilt van elkaar. Bij traditionele geldstromen gaat het om tientallen tot maximaal enkele duizenden euro’s, maar bij de overdracht van crimineel geld gaat het vaak om tienduizenden tot honderdduizenden euro’s per keer.

In het geval dat “legaal” geld wordt overgedragen middels hawala-bankieren vindt geen communicatie via de telefoon plaats; klanten gaan naar de vaste locatie. De overdracht van crimineel geld daarentegen gaat gepaard met communicatie in versluierd taalgebruik.

Naast de vermelde verschillen heeft het Hof bovendien betekenis toegekend aan het vluchten en het nadien niet opeisen van het geld.⁷

Wij zien in de overwegingen van het hof dat de korte tijd van overdracht en de kleine coupures zowel bij het ‘legale’ als het ‘illegale’ rijtje worden genoemd. Wel bij het ‘legale’ maar niet bij het ‘illegale’ rijtje worden genoemd: het grote geldbedrag en de wijze van vervoer in een plastic tas op de vloer van een auto. In deze twee factoren ziet het hof dus geen aanwijzingen voor een criminele herkomst. Opvallend is dat A-G Vegter een element toevoegt aan het ‘illegale’ rijtje, namelijk dat de verdachte niet beschikte over enig (legaal) inkomen of noemenswaardige spaargelden op zijn bankrekening. Een ondergrondse bankier vervoert geld van een ander, dus waarom zouden de legale inkomsten van de bankier

zelf relevant zijn? Vegter lijkt bij de beoordeling van het witwasvermoeden als het ware ‘objectief’ naar mogelijke witwastypologieën te kijken, zonder de omstandigheid van ondergronds bankieren daarop van invloed te laten zijn. Opvallend, omdat deze benadering niet lijkt samen te gaan met de benadering waarnaar wij in de inleiding refereerden, namelijk die waarin bepaalde witwastypologieën als nietszeggend worden ‘weggestreept’ omdat het zich aandienen hiervan eveneens kan worden verklaard uit de specifieke werkwijze van ondergronds bankieren. In die benadering wordt dus niet objectief maar vanuit een ‘ondergrondsbankierenbril’ naar de witwastypologieën gekeken. De Hoge Raad laat het oordeel van het hof in stand, zonder nadere motivering.

- Wetenschap van de criminele herkomst (opzet)

Alle voornoemde omstandigheden, die stuk voor stuk indicaties voor witwassen kunnen zijn, roepen de vraag op wanneer de rechter daaraan de gevolgtrekking kan en mag verbinden dat het niet anders kon dan dat de verdachte wist dat het om crimineel geld ging, of dat er een aanmerkelijke kans bestond dat daar sprake van was. Deze vraag ziet dus op het bewijs van opzet. In de zaak die aanleiding vormde voor een arrest van 23 april 2019²⁰ was de vraag aan de orde of het hof de bewezenverklaring van verdachtes wetenschap dat de geldbedragen van misdrijf afkomstig zijn voldoende had gemotiveerd. De verdachte is veroordeeld voor witwassen en ondergronds bankieren. Het hof is er daarbij van uitgegaan dat de verdachte als min of meer zelfstandig opererend onderdeel van een hawala-netwerk onder meer veelvuldig grote contante geldbedragen ophaalde en afleverde. Uit de conclusie van A-G Bleichrodt blijkt dat het hof op grond van de volgende feiten en omstandigheden tot een bewezenverklaring van het voorwaardelijk opzet komt. De verdachte heeft verklaard dat hij meermalen grote contante geldbedragen van de hawala-bankier heeft ontvangen en vervolgens heeft vervoerd en aan anonieme personen heeft overhandigd. Daarnaast is aannemelijk dat de verdachte ook van andere personen geldbedragen heeft ontvangen. Voorts is gebleken dat de verdachte in codetaal over de geldbedragen heeft gesproken en dat gebruik is gemaakt van zogenoemde ‘tokens’ om de identiteit van de betrokken personen te verhullen. Daarnaast is door het hof vastgesteld dat het aannemelijk is dat de verdachte bij al dit geldverkeer een grotere rol had dan die van louter geldkoerier. De verdachte heeft omtrent de anonieme personen van wie het geld afkomstig was dan wel voor wie het bestemd was en over hun activiteiten niet willen verklaren. Evenmin heeft hij verklaard dat hij naar deze personen en/of de herkomst van het geld op enig moment ook maar enig onderzoek heeft ingesteld. De verdachte heeft evenmin een verklaring gegeven waaruit zou kunnen blijken dat hij een legale herkomst van het

19. Concl. A-G Vegter 12 december 2017, ECLI:NL:PHR:2017:1513, bij HR 6 februari 2018, ECLI:NL:HR:2018:165.

20. HR 23 april 2019, ECLI:NL:HR:2019:654. De Hoge Raad doet de zaak af met art. 81 lid 1 Wet RO. De uitspraak van het hof is niet gepubliceerd. De overwegingen van het hof zijn ontleend aan de bijbehorende conclusie (Concl. A-G Bleichrodt 12 maart 2019, ECLI:NL:PHR:2019:213).

geld kende dan wel vermoedde. Uit het voorgaande volgt naar het oordeel van het hof dat de verdachte wist van de criminele herkomst van het geld, dan wel dit vermoedde, maar ervoor koos daar verder geen navraag naar te doen. Gezien deze feiten en omstandigheden is het hof van oordeel dat de verdachte zich willens en wetens heeft blootgesteld aan de aanmerkelijke kans dat het geld van misdrijf afkomstig was.

De Hoge Raad laat het oordeel van het hof in stand. Het cassatieberoep zag alleen op bewezenverklaring van de wetenschap, niet op de criminele herkomst. De Hoge Raad heeft zich daar dus ook niet over uitgelaten. Wij noemen nog wel de omstandigheden op grond waarvan het hof het witwasvermoeden heeft aangenomen (en vervolgens concludeerde dat het niet anders kan dan dat het geld uit enig misdrijf afkomstig is, nu verdachte geen verklaring gaf over de herkomst van het geld):

- De verdachte heeft meermalen grote geldbedragen ontvangen, vervoerd en afgegeven aan anderen, welke bedragen overwegend bestonden uit kleine coupures.
- De geldbedragen werden vervoerd in een schoendoos, pakketten of plastic tassen. Deze wijze van vervoer van dergelijke grote geldbedragen is hoogst ongebruikelijk en gaat gepaard met aanzienlijke veiligheidsrisico's.
- De bedragen heeft de verdachte vervolgens afgeleverd aan voor hem anonieme personen, die zich bedienden van aliassen.
- In het telefoonverkeer tussen de verdachte en een betrokkene over de geldbedragen, werd in versluierde taal over deze geldbedragen gesproken.
- Daarnaast werden de geldbedragen niet afgehaald bij een officiële bancaire instelling, maar bij een persoon in een woning, zodoende onttrokken aan het voor dit soort geldtransacties gebruikelijke overheidstoezicht.

Opvallend is dat door het hof expliciet wordt meegewogen bij de totstandkoming van het witwasvermoeden dat er gebruik wordt gemaakt van een ondergrondse bankier (laatste gedachtestreepje).²¹ Met andere woorden: dat iemand gebruik wil maken van een ondergrondse bankier is hier een aanwijzing voor een criminele herkomst van zijn geld.

De vraag naar opzet was ook aan de orde in een arrest van 18 juni 2019.²² In deze casus heeft de verdachte als hawala-bankier grote contante geldbedragen ontvangen die bestemd waren voor Engeland. Op basis van een verklaring van een betrokkene is al vastgesteld dat het geld afkomstig is uit een door een ander begaan misdrijf. Hier draait het dan ook niet om het in paragraaf 3.1 besproken stappenplan, maar sec om de wetenschap van de verdachte. Een van de ingestelde cassatiemiddelen

richt zich tegen de motivering van het oordeel van het hof dat de verdachte bewust de aanmerkelijke kans heeft aanvaard dat de contante geldbedragen van misdrijf afkomstig waren. De verdachte stelt dat hem altijd is verteld dat het geld verband hield met de legale handel. Hij is van Pakistaanse afkomst en voor hem zou het normaal zijn om op deze manier geldstromen te faciliteren.

Wat is er over het opzet gezegd? Het arrest van het hof is niet gepubliceerd, maar uit de conclusie van A-G Spronken²³ blijkt dat het oordeel van het hof dat de verdachte bewust de aanmerkelijke kans heeft aanvaard dat de geldbedragen van misdrijf afkomstig zijn, is gebaseerd op de omstandigheden dat het om omvangrijke contante geldbedragen ging die werden vervoerd in plastic tassen met alle risico's van dien, en dat hawala-bankieren geen evidente voordelen biedt ten opzichte van gewone bankoverschrijvingen. Het ging om geldbedragen afkomstig uit Nederland en bestemd voor Engeland. Beide landen hebben een veilig en betaalbaar bancaire systeem. Bovendien is uit onderzoek naar de werking van het betalingsverkeer gebleken dat hawala-bankieren niet goedkoper en sneller is en aldus geen grote (legale) voordelen heeft ten opzichte van het reguliere (en gereguleerde) systeem.

A-G Spronken concludeert dat dit oordeel niet begrijpelijk is.

‘Dat het ging om (aanzienlijke) contante geldsommen is immers inherent aan het Hawala-bankieren. Dat Hawala-bankieren geen evidente voordelen biedt ten opzichte van giraal bankieren, zegt nog niets over de wetenschap van de verdachte met betrekking tot de herkomst van het geld dat is overgedragen.’

De Hoge Raad oordeelt vervolgens:

‘De omstandigheid dat voor de verplaatsing van die geldbedragen naar Engeland het zogenoemde Hawala-bankieren wat betreft kosten en snelheid geen evidente voordelen zijn gebleken ten opzichte van gewone bankoverschrijvingen, heeft het Hof kennelijk niet betrokken bij de beoordeling van de vraag of het *vermerven, voorhanden hebben en/of overdragen* van de geldbedragen verband houdt met Hawala-bankieren. Wel heeft het Hof in het bijzonder betekenis toegekend aan die omstandigheid voor de vaststelling van het *opzet* – in de vorm van voorwaardelijk opzet – van de verdachte met betrekking tot het van misdrijf afkomstig zijn van de geldbedragen. Uit die omstandigheid volgt echter niet zonder meer dat de verdachte bewust de aanmerkelijke kans heeft aanvaard dat de in de bewezenverklaring genoemde geldbedragen – onmiddellijk of middellijk – afkomstig waren uit enig misdrijf. Nu dat (voorwaardelijk) opzet ook overigens niet uit de bewijsvoering volgt, is de bewezenverklaring in zoverre niet toereikend gemotiveerd.’ (cursivering DS/LZ)

23. Concl. A-G Spronken 23 april 2019, ECLI:NL:PHR:2019:402 bij HR 18 juni 2019, ECLI:NL:HR:2019:984.

21. Zie ook Rb. Amsterdam 8 december 2017, ECLI:NL:RBAMS:2017:9091: ‘Het verzenden via ondergronds bankieren, zoals hiervoor al ter sprake gekomen, is een belangrijke aanwijzing dat het om geld met een criminele herkomst gaat.’

22. HR 18 juni 2019, ECLI:NL:HR:2019:984, NJ 2019/266.

De Hoge Raad oordeelt dus dat het ontbreken van evident economisch voordeel het bewijs van *opzet* van de hawala-bankier niet kan dragen. De Hoge Raad sluit hiermee evenwel niet uit dat het ontbreken van evident economisch voordeel wel degelijk een rol kan spelen in de *gehele bewijsconstructie*. Des te meer indien er in plaats van ‘geen evident voordeel’ wordt vastgesteld dat er ‘evident nadeel’ aan de transactie kleeft. Bijvoorbeeld als de commissie die aan de hawala-bankier moet worden betaald veel hoger is dan de kosten die voor een reguliere bankoverschrijving worden betaald. Dit zou een nog sterkere indicatie zijn van crimineel gebruik. Wij willen hier een parallel trekken met de bitcoinhandelaar. Bij het omwisselen van virtuele valuta naar regulier geld zien wij ook dat criminelen betalen om anoniem te blijven; zij maken gebruik van illegale bitcoinhandelaars die in cash uitbetalen in plaats van reguliere exchanges die de opbrengst van hun virtuele valuta naar hun bankrekening zouden overmaken. Hier zien wij relatief hoge commissies. Criminelen betalen dus (vermoedelijk) voor anonimiteit. Dat dit een indicatie voor witwassen is, is onder meer vastgesteld door het hof Arnhem-Leeuwarden in een arrest van 3 december 2020.²⁴ In deze zaak heeft de verdachte op meerdere momenten grote hoeveelheden bitcoins bij een handelaar gewisseld tegen aanzienlijke contante geldbedragen. De handelaar vroeg bij de inkoop van deze bitcoins een veel hogere commissie (8%) dan de reguliere bitcoinexchange (maximaal 1,5%), bij wie de uitbetaling plaatsvindt via een bankrekening in plaats van in contanten. De transacties met de handelaar vonden plaats in openbare gelegenheden, onder meer in cafés. Die feiten en omstandigheden rechtvaardigen naar het oordeel van het hof een vermoeden van witwassen. Ook in een arrest van hetzelfde hof van 3 juli 2020²⁵ speelde de hoge commissie een rol, zowel bij de vaststelling van de illegale herkomst als bij de wetenschap van de bitcoinhandelaar. Het hof overwoog:

‘Voor klanten ontbreekt een legaal economisch motief voor het verkopen van bitcoins tegen een marge als door verdachte gehanteerd. De enige logische verklaring daarvoor is dat de klanten van verdachte anoniem wilden blijven.’

Het als klant accepteren van evident economisch nadeel is een indicatie voor een criminele herkomst van het geld en zou naar onze mening bij ondergronds bankieren moeten meewegen bij het witwasvermoeden.

• Resumé

In de inleiding refereerden wij aan in de jurisprudentie vereiste bijkomende omstandigheden om tot een witwasvermoeden te komen. In het arrest van de Hoge Raad van 6 februari 2018 komen deze voorbij. Er was sprake van omstandigheden die samenhangen met ondergronds bankieren maar *niet* direct duiden op cri-

mineel geld (aanzienlijk geldbedrag in een plastic tas die gewoon op de vloer in de auto ligt), en er was sprake van *bijkomende omstandigheden* die samenhangen met ondergronds bankieren en *wél* (kunnen) duiden op crimineel geld. Die bijkomende omstandigheden waren: een geldbedrag dat voornamelijk bestaat uit kleine coupures, het hanteren van versluierd taalgebruik, de korte tijd van overdracht, een overdracht die plaatsvindt op de openbare weg op een (relatief) rustige/afgelegen plek, het vluchten voor de politie en het uitblijven van een zichzelf meldende rechthebbende na inbeslagname van het geldbedrag. Het arrest van 23 april 2019 ziet op het voorwaardelijk opzet, maar voor deze bijdrage is vooral interessant dat het hof in die zaak het gebruik maken van een niet-officiële bancaire instelling meewoog in het witwasvermoeden. Daarnaast wogen mee: grote geldbedragen, kleine coupures, wijze van vervoer (o.a. in plastic tassen), anonimiteit (aliassen) en versluierd taalgebruik. In het laatst besproken arrest van 18 juni 2019 oordeelde de Hoge Raad dat uit het ontbreken van evidente voordelen van hawala-bankieren niet direct kan worden geconcludeerd dat de hawala-bankier moet hebben geweten dat hij crimineel geld verplaatste. Dat laat onverlet dat evident economisch nadeel in onze optiek een aanwijzing kan zijn voor een criminele geldstroom.

3.2.2 Duiding van de feitenrechtspraak

In deze paragraaf onderzoeken wij hoe de feitenrechter invulling geeft aan de door ons besproken jurisprudentie van de Hoge Raad. Wij bespreken de relevante feitenrechtspraak vanaf het laatste arrest van de Hoge Raad (juni 2019) tot eind 2020. Is er nog ruimte om tot een witwasvermoeden te komen? Welke omstandigheden spelen hierbij een rol? Omdat de overwegingen rondom de wetenschap vaak in het verlengde hiervan liggen, worden die ook meegenomen.

Een in onze optiek te strenge beoordeling is terug te zien in twee uitspraken van de rechtbank Rotterdam waarin twee medeverdachten worden vrijgesproken van witwassen, maar wel veroordeeld voor bankieren zonder vergunning.²⁶ De verdachten hadden allebei meerdere ontmoetingen met anderen waarbij contante geldbedragen in ontvangst werden genomen, dan wel overgedragen. Het ging om een periode van enkele maanden en om bedragen van tienduizenden tot honderdduizenden euro's. De officier van justitie vond dat de volgende feiten en omstandigheden duiden op een criminele herkomst van het geld:

- het ging steeds om grote contante geldbedragen;
- men maakte geen gebruik van een normale bank;
- het geld werd overgedragen in plastic tassen en sporttassen;
- het geld werd overgedragen op anonieme en openbare plaatsen;²⁷

26. Rb. Rotterdam 14 oktober 2019, ECLI:NL:RBROT:2019:8111 en 8112.

27. Zie voor een toelichting op het begrip ‘anonieme plaats’ Concl. A-G Vegter 12 december 2017, ECLI:NL:PHR:2017:1513: ‘De overdracht van “legaal” geld vindt doorgaans plaats op vaste locaties (vaak kleine

24. Hof Arnhem-Leeuwarden 3 december 2020, ECLI:NL:GHARL:2020:10092.

25. Hof Arnhem-Leeuwarden 3 juli 2020, ECLI:NL:GHARL:2020:5393.

- in de telefoongesprekken werd in versluierde taal over de bedragen gesproken.

De rechtbank meende dat de door de officier van justitie genoemde omstandigheden wél een witwasvermoeden opleverden, maar nog geen wettig en overtuigend bewijs. De omstandigheden passen ook bij het overboeken van legaal verkregen gelden tussen personen in migratielanden en personen in het land van herkomst. Voor het bewijs dat de gelden uit misdrijf afkomstig zijn, zijn volgens de rechtbank dus extra omstandigheden nodig. Die zijn er niet. De verdachten worden daarom vrijgesproken voor witwassen, maar wel veroordeeld voor ondergronds bankieren.

Hier wordt het stappenplan naar onze mening onjuist toegepast. De rechtbank zegt dat er sprake is van een witwasvermoeden. Dan zou de bal normaliter bij de verdachten gelegd moeten worden voor een eventuele verklaring over een legale herkomst, zodat vervolgens die legale herkomst kan worden vastgesteld of uitgesloten. Hier stelt de rechtbank ná het aannemen van het witwasvermoeden nog de eis van bijkomende omstandigheden. Ook die eis is naar onze mening niet begrijpelijk als de omstandigheden in deze zaak worden vergeleken met die in de zaak waarin de Hoge Raad op 23 april 2019²⁸ arrest wees en waarin het hof géén bijkomende omstandigheden eiste. Immers vrijwel alle omstandigheden komen overeen. Het enige verschil is dat in die zaak het gebruik van aliases expliciet werd benoemd, dat is hier niet het geval. Hier wordt echter weer wel gesproken van een geldoverdracht op anonieme en openbare plaatsen, wat logischerwijze wordt gedaan om niet traceerbaar te zijn en dus hetzelfde doel dient als het gebruik van een alias.

Een uitspraak die volgens ons meer recht doet aan de mogelijkheden die de jurisprudentie van de Hoge Raad biedt, is er een van dezelfde rechtbank van 14 november 2019.²⁹ Hier ging het om een zaak waarbij een door de politie geobserveerde geldoverdracht plaatsvond in een Ikea. De verdachte (met een Aziatisch uiterlijk) gaf een papiertje aan een andere man, die het papiertje bestudeerde en weer teruggaf. De verdachte pakte daarop de tas die bij de voeten van de andere man stond, en liep weg. Hierna is hij aangehouden, waarna bij hem in de tas een geldbedrag van € 68.800 in diverse coupures werd aangetroffen. Op de telefoon van de verdachte zijn gesprekken aangetroffen over de afspraak bij de Ikea en uitwisseling van een serienummer. Bij de verdachte is een bankbiljet van € 5 aangetroffen met dat exacte serienummer.

De rechtbank benadrukt dat er sprake is van:

- een groot geldbedrag;
- overdracht op een openbare locatie;

bedrijven) waarmee de klant de bankier identificeert, terwijl crimineel geld vaak wordt overdragen in openbare, anonieme gelegenheden teneinde te voorkomen dat de criminele klant de bankier kan identificeren.'

28. HR 23 april 2019, ECLI:NL:HR:2019:654, zie verder voetnoot 21.

29. Rb. Rotterdam 14 november 2019, ECLI:NL:RBR0T:2019:10734.

- gebruik van een token;
- in chats en telefoongesprekken is gebruik gemaakt van versluierd taalgebruik;
- de overdracht vond plaats in 2016 en op het moment van berechting (drie jaar later) heeft zich nog steeds geen rechthebbende gemeld van het aangetroffen geldbedrag.

De rechtbank overweegt dat er geen direct bewijs voor een criminele herkomst van het tenlastegelegde geldbedrag is gevonden, past het stappenplan toe, en komt op basis van bovengenoemde feiten en omstandigheden tot een witwasvermoeden. Dan ligt de bal bij de verdachte; van hem mag worden verwacht dat hij een verklaring geeft over de herkomst van het geld. Die geeft hij: het zou gaan om een (aan)betaling voor de verkoop van 1000 pakken babymelkpoeder en 150 potten gezichtscrème. De politie heeft onderzoek gedaan naar zijn verklaring en de verdachte geconfronteerd met de inconsistenties in zijn verklaring. Vervolgens heeft de verdachte zich op zijn zwijgrecht beroepen. Daar komt bij dat in de tagesprekken die vooraf zijn gegaan aan de overdracht van het geld, en de chats zoals aangetroffen op de telefoon van de verdachte, geen enkele bevestiging te vinden is voor het feit dat het om de handel in babymelkpoeder zou gaan. De gesprekken geven eerder de indruk dat het om ondergronds bankieren gaat. Bovendien is het geldbedrag dat de verdachte in de Ikea in ontvangst heeft genomen vele malen hoger dan het bedrag dat hij volgens zijn verklaring zou ontvangen voor de verkoop van babymelkpoeder en potten gezichtscrème. Een geloofwaardige verklaring voor het grote verschil heeft de verdachte niet gegeven. De rechtbank concludeert dat het niet anders kan zijn dan dat het geldbedrag uit misdrijf afkomstig is en dat verdachte dit wist. Verdere overwegingen over die wetenschap ontbreken. De verdachte wordt veroordeeld wegens witwassen.

Een wellicht wat te streng, maar zonder consequenties blijvend oordeel is terug te vinden in een uitspraak van de rechtbank Overijssel van 25 februari 2020.³⁰ In deze zaak heeft de verdachte erkend dat hij hawala-bankier was. Hij bankierde in grote hoeveelheden contante Engelse ponden en euro's; meerdere bedragen tussen de € 35.000 en £ 185.000. De rechtbank constateerde dat:

- die zeer grote geldbedragen in contanten en (deels) kleine coupures werden opgehaald en afgegeven;
- deze contanten ondanks de daarmee gepaard gaande veiligheidsrisico's werden vervoerd in (boodschappen)tassen en in kleding;
- er gebruik werd gemaakt van versluierde en gecodeerde taal;
- er gebruik werd gemaakt van tokens.

Die omstandigheden zouden normaal gesproken onmiskenbaar op witwassen duiden. Maar nu niet, 'omdat de aanwezigheid van deze witwastypologieën deels kan worden verklaard uit de specifieke werkwijze van Hawala-bankieren. Er zullen dus bijkomende feiten en

30. Rb. Overijssel 25 februari 2020, ECLI:NL:RBOVE:2020:1679.

omstandigheden moeten zijn die duiden op een criminele herkomst van het geld', aldus de rechtbank. Die waren er in casu volgens de rechtbank:

- Bij de verdachte is geen kasboek of administratie van de geldtransacties aangetroffen, hetgeen kan worden verklaard door het willen verhullen van de herkomst van het geld en de identiteit van de gevende en ontvangende partij.
- De verdachte was in het bezit van een PGP-telefoon, en het is een feit van algemene bekendheid dat dergelijke telefoons veelvuldig in het criminele circuit worden gebruikt.
- De verdachte wordt in verband gebracht met drugs-handel. Uit tagesprekken blijkt niet alleen dat de verdachte zelf betrokken is bij drugshandel, maar ook dat hij wist dat hij betrokken was bij geldtransacties van hennepopbrengsten.

De rechtbank is van oordeel dat deze feiten en omstandigheden voldoende zijn om een vermoeden van witwassen te rechtvaardigen. Dat betekent dat van verdachte mag worden verlangd dat hij een verklaring geeft voor de herkomst van het geld. Die verklaring heeft verdachte niet gegeven. Gelet hierop is de rechtbank van oordeel dat het niet anders kan zijn dan dat de betreffende geldbedragen uit misdrijf afkomstig zijn. De rechtbank is daarnaast gelet op alle hierboven weergegeven feiten en omstandigheden van mening dat de verdachte op zijn minst genomen voorwaardelijk opzet heeft gehad op het overdragen van geldbedragen die van misdrijf afkomstig waren.

De eis dat er bijkomende omstandigheden nodig zijn is naar onze mening niet begrijpelijk als de omstandigheden in deze zaak worden vergeleken met die in de zaak waarin de Hoge Raad op 23 april 2019³¹ arrest wees en waarin het hof die bijkomende omstandigheden niet eiste. Immers het enige verschil is dat het hof het gebruik van aliassen expliciet benoemde, dat is hier niet het geval. Hier wordt daarentegen weer gesproken van het gebruik van tokens, wat logischerwijze wordt gedaan om de identiteit van de betrokkenen te verhullen³² en dus hetzelfde doel dient als het gebruik van een alias.

Tot slot wijzen wij graag op een uitspraak van de rechtbank Rotterdam van 6 november 2020.³³ Ook hier heeft de verdachte verklaard geldkoerier te zijn. Hij reed als rijder met zijn broer in een auto, die op een gegeven moment door de politie werd achtervolgd. Nadat het voertuig door de politie tot stoppen was gedwongen, werd er een zogenoemde bigshopper uit het raam aan de rijderszijde van het voertuig gegooid. Achter de

bestuurdersstoel werd een identieke bigshopper aangetroffen. In deze tassen bleek in totaal een bedrag van € 1.000.000 te zitten, verpakt in plastic. De verdachte heeft verklaard dat hij de tassen met geld heeft opgehaald in Breda en moest vervoeren naar Amsterdam. Hiervoor kreeg hij een vergoeding.

De verdediging stelt dat, nu de verdachte als koerier een geldtransport heeft verricht voor een hawala-banktransactie, er geen sprake is van witwassen. De rechtbank gaat inderdaad uit van een rol als geldkoerier, maar oordeelt dat de volgende feiten en omstandigheden zonder meer een vermoeden van witwassen opleveren:

- Het grote contante geldbedrag (€ 1.000.000).
- Het geldbedrag kan niet worden verklaard uit geregistreerde legale inkomsten.
- De wijze van vervoer, namelijk diverse bundels biljetten in plastic tassen in bigshoppers.
- De verdachte heeft verklaard dat hij eerder was benaderd om geld te vervoeren en dat dit de derde keer is dat hij geld heeft vervoerd tegen een vergoeding. De verdachte heeft voordat hij de tassen aannam in de tassen gekeken. Hij schrok van de grote hoeveelheid geld die hij nu moest vervoeren.
- De verdachte heeft zijn broertje de opdracht gegeven om te vluchten voor de politie en heeft een bigshopper uit het raam van de auto gegooid toen de politie in beeld kwam.

Nu er sprake is van een witwasvermoeden moet worden getoetst of de verklaring die de verdachte geeft voor de herkomst van het geld concreet, min of meer verifieerbaar en niet op voorhand hoogst onwaarschijnlijk is. De verdachte geeft als verklaring dat er sprake is van een hawala-banktransactie (kennelijk wordt hier bedoeld: met geld dat niet van misdrijf afkomstig is). Daar is echter geen begin van aannemelijkheid voor aangevoerd en er zijn geen verdere aanknopingspunten door de verdediging ingebracht. Dit alles maakt dat de verdachte er volgens de rechtbank niet in is geslaagd het vermoeden van witwassen te ontkrachten. De rechtbank oordeelt daarom dat het niet anders kan zijn dan dat het geld van misdrijf afkomstig is, en de verdachte dit op zijn minst heeft moeten vermoeden. Hij wordt dan ook veroordeeld voor schuldwitwassen.

- Feitenrechtspraak in relatie tot de besproken arresten en typologieën voor ondergrondse bankieren

Wat leert deze recente feitenrechtspraak ons? Eerder zagen wij dat in elk geval kleine coupures, het hanteren van versluierd taalgebruik, de korte tijd van overdracht, factoren die gericht zijn op anonimiteit (zoals een overdracht op de openbare weg, gebruik van aliassen), het gebruik van een ondergrondse bankier, het vluchten voor de politie en het uitblijven van een zichzelf meldende rechthebbende na inbeslagname van het geldbedrag elementen zijn die (kunnen) duiden op crimineel geld (zie de aangehaalde arresten van de Hoge Raad). In de lagere rechtspraak valt op dat hier nog aan kan worden toegevoegd: het gebruik van een token, het

31. HR 23 april 2019, ECLI:NL:HR:2019:654, zie verder voetnoot 21.

32. 'Voorts is gebruik gemaakt van zogenoemde 'tokens' om de anonimiteit van de betrokken personen te verhullen' (Concl. A-G Bleichrodt 12 maart 2019, ECLI:NL:PHR:2019:213 bij HR 23 april 2019, ECLI:NL:HR:2019:654) (hier zal worden bedoeld 'de identiteit van de betrokken personen te verhullen', DS/LZ) en 'Een token wordt bij het ondergronds bankieren gebruikt om te zorgen dat het geld aan de juiste persoon wordt overgedragen' (Rb. Rotterdam 14 november 2019, ECLI:NL:RBROT:2019:10734).

33. Rb. Rotterdam 6 november 2020, ECLI:NL:RBROT:2020:10585.

gebruik van een PGP-telefoon, geld weggooiën als de politie nadert en het ontbreken van een administratie. In alle zaken werd een witwasvermoeden aangenomen. Wel werden door de rechtbank Rotterdam³⁴ en de rechtbank Overijssel³⁵ bijkomende feiten en omstandigheden vereist, wat naar onze mening niet in lijn is met de besproken hogere rechtspraak. Aan de wetenschap zijn in de door ons aangetroffen uitspraken geen relevante overwegingen gewijd.

Overigens wijzen wij hier graag nog op de typologieën die FIU-Nederland in 2016 voor ondergronds bankieren heeft vastgesteld op basis van ervaringen uit Nederlandse opsporingsonderzoeken.³⁶ Deze luiden als volgt:

1. Geldbedragen die zijn gebundeld met kleine elastieken in pakketten van 100 stuks bankbiljetten, waarbij een aantal bundels van 100 stuks weer bij elkaar worden gebundeld, is een typisch kenmerk van de bundeling van crimineel geld.
2. De volgende kenmerken of een combinatie van deze kenmerken duiden op criminele geldstromen:
 - de overdracht van gelden vindt plaats op een openbare plek in plaats van een vaste locatie;
 - er wordt gebruik gemaakt van een nummer/token bij de overdracht van gelden, identiteiten zijn niet bekend;
 - geldoverdracht vindt plaats tussen verschillende nationaliteiten in plaats van binnen dezelfde etnische groep;
 - er is sprake van taalbarrières;
 - er is sprake van grote bedragen die worden overgedragen;
 - er is communicatie door middel van versluierd taalgebruik;
 - er is geen of slechts summiere administratie waarin namen ontbreken;
 - de overdracht van de gelden vindt plaats met behulp van geldkoeriers in plaats van op locatie;
 - de klanten hebben veelal criminele anteceden-ten.

Als wij de jurisprudentie en de typologieën naast elkaar leggen, dan kan worden vastgesteld dat de FIU-typologieën al brede toepassing vinden. Alleen de wijze van bundeling van bankbiljetten en de verschillende nationaliteiten en bijbehorende taalbarrières speelden geen uitdrukkelijke rol in de besproken zaken. De indicatie met betrekking tot etniciteit is voor zover wij kunnen achterhalen afgeleid uit analyse van opsporingsonderzoeken die laten zien dat (1) bij transacties met crimineel geld de meeste klanten een andere etniciteit hadden dan de bankier en (2) waar zicht was op trans-

acties met geld met een legale herkomst de klant dezelfde etniciteit had als de bankier.³⁷

Wij zagen in paragraaf 2 dat verschillende etnische groepen van oudsher eigen varianten van ondergronds bankieren hebben, en dat vertrouwen een grote rol speelt bij ondergronds bankieren. Wij kunnen ons dan ook voorstellen dat, mocht verplaatsing van migrantengeld via ondergrondse bankiers plaatsvinden, zeker in kleinere migrantengemeenschappen een bankier uit eigen etnische kring wordt gekozen. Maar we zagen ook dat het ontbreken van blind vertrouwen ondergronds bankieren niet in de weg staat; er kan bijvoorbeeld gebruik worden gemaakt van een token. Wij kunnen ons dan ook voorstellen dat verschil in nationaliteit/eticiteit in de rechtspraak als indicatie voor crimineel geld een ondergeschikte rol speelt. In de praktijk zou wellicht wel meer gebruik gemaakt kunnen worden van de indicatie met betrekking tot de wijze van bundeling van bankbiljetten. Zo nodig kan nog worden verwezen naar de eisen die de Nederlandse (groot)banken stellen aan bundeling en verpakking van cashgeld.

4. Alternatieve routes

Het optreden tegen ondergrondse bankiers kan op verschillende manieren gestalte krijgen. In de volgende paragrafen worden de handhavingsopties geschetst die mogelijk zijn naast of in plaats van strafrechtelijk vervolgen voor witwassen van het geld dat de ondergrondse bankier verplaatst.

4.1 Bankieren zonder vergunning

Op grond van artikel 2:3a Wft is het eenieder met zetel in Nederland verboden het bedrijf uit te oefenen van betaaldienstverlener zonder een daartoe door De Nederlandsche Bank verleende vergunning. Een betaaldienstverlener is volgens artikel 1:1 Wft degene die zijn bedrijf maakt van het verlenen van betaaldiensten. Betaaldiensten zijn volgens datzelfde artikel bedrijfswerkzaamheden als bedoeld in de bijlage bij de Richtlijn betaaldiensten. Dit zijn onder andere geldtransfers. Overtreding van artikel 2:3a Wft is strafbaar gesteld in de Wet op de economische delicten (WED).

Wanneer de ondergrondse bankier verweten wordt dat hij geen vergunning heeft, dan moet dus worden aangetoond dat hij (1) betaaldienstverlener is, (2) bedrijf uitoefent én (3) zetel in Nederland heeft. Twee recente arresten van de Hoge Raad kleuren deze begrippen nader in.

Is een ondergrondse bankier die geen gebruik maakt van betaalrekeningen wel een betaaldienstverlener? Die vraag was aan de orde in het arrest van de Hoge Raad

34. Rb. Rotterdam 14 oktober 2019, ECLI:NL:RBROT:2019:8111 en 8112.

35. Rb. Overijssel 25 februari 2020, ECLI:NL:RBOVE:2020:1679.

36. Zie ook de witwastypologieën in het kader van ondergronds bankieren zoals vastgesteld door FIU-NL: <https://www.fiu-nederland.nl/nl/wetgeving/witwastypologieen/ondergronds-bankieren>.

37. M.R.J. Soudijn, 'Hawala and Money Laundering: Potential Use of Red Flags for Persons Offering Hawala Services', *European Journal on Criminal Policy and Research* 2015, 21 (2), p. 13.

van 10 november 2020.³⁸ In deze zaak ging het om een wasserette in Amsterdam waar niet alleen was in en uit ging. Door het hof werd vastgesteld dat buiten het formele geldcircuit zonder gebruikmaking van betaalrekeningen internationale betalingen werden gedaan. Dus waren hier geldtransfers als bedoeld in Richtlijn 2007/64/EG (waarop artikel 2:3a Wft is gebaseerd) uitgevoerd en was sprake van het uitoefenen van het ‘bedrijf van betaaldienstverlener’, waarvoor een vergunning nodig was. Hiervoor is volgens het hof niet nodig dat er giraal geld wordt overgeboekt. De verdediging ging op dit punt in cassatie: nu het geld niet werd *overgemaakt* en er aldus geen sprake was van een girale component, zou het handelen van de bankier niet onder de bijlage van de richtlijn en dus niet onder artikel 2:3a Wft vallen. Het openbaar ministerie was het op dit punt met de verdediging eens. De Hoge Raad bevestigde echter het oordeel van het hof. Het feit dat een ondergrondse bankier geen gebruik maakt van betaalrekeningen staat dus niet in de weg aan de vergunningsverplichting.

In een arrest van 1 december 2020 wordt nader ingegaan op het bestanddeel ‘uitoefenen van bedrijf’ in verhouding tot de strafverzwaringgrond ‘gewoonte maken’.³⁹ In casu nam de verdachte als ondergrondse bankier geld in ontvangst, bewaarde het, betaalde uit, en hield een administratie bij. Die uitbetalingen vonden in de tenlastegelegde periode van drie maanden om de twee of drie dagen plaats. Het hof meende op grond hiervan dat de verdachte een gewoonte had gemaakt van het uitoefenen van het bedrijf van betaaldienstverlener. Het gewoonte maken is een strafverzwarende omstandigheid, te vinden in artikel 6 lid 1 WED. In cassatie werd onder meer geklaagd over de motivering van die strafverzwarende omstandigheid. Hoe verhoudt ‘gewoonte maken’ zich tot het delictsbestanddeel ‘uitoefenen van bedrijf’? De Hoge Raad stelt eerst vast dat het criterium voor het delictsbestanddeel ‘uitoefenen van bedrijf’ is dat de betaaldiensten niet slechts incidenteel zijn verleend. Daaraan was hier voldaan. Echter de enkele omstandigheid dat de verdachte in een periode meermalen betaaldiensten heeft verleend en zich aldus heeft schuldig gemaakt aan het uitoefenen van het bedrijf van betaaldienstverlener, volstaat niet zonder meer voor het oordeel dat de verdachte van de uitoefening van dat bedrijf ook een gewoonte heeft gemaakt, aldus de Hoge Raad. Vellinga wijst er in zijn noot bij dit arrest op dat voorkomen moet worden dat het gewoonte maken samenvalt met het uitoefenen van bedrijf; dan zou immers de strafverzwarende omstandigheid altijd van toepassing zijn. Wanneer is dan wel sprake van gewoonte maken? Te denken valt aan het gedurende een aantal jaren meermalen in bepaalde perioden een hawala-bank drijven, aldus Vellinga.

38. HR 10 november 2020, ECLI:NL:HR:2020:1753, *NJ* 2021/47 m.nt. W.H. Vellinga.

39. HR 1 december 2020, ECLI:NL:HR:2020:1906, *NJ* 2021/48 m.nt. W.H. Vellinga.

In hetzelfde arrest gaat de Hoge Raad in op de vraag wanneer een ondergrondse bankier een ‘zetel in Nederland’ en aldus een vergunning nodig heeft. De Hoge Raad neemt in aanmerking dat ex artikel 1:1 Wft onder ‘zetel’ mede kan worden verstaan ‘de plaats waar die onderneming haar hoofdvestiging heeft’. Als geen sprake is van een rechtspersoon, dan valt de hoofdvestiging doorgaans samen met de plaats waar de feitelijke werkzaamheden in overwegende mate worden uitgeoefend en aangestuurd. De enkele omstandigheid dat de gedragingen van de verdachte en zijn mededaders op verschillende plaatsen in Nederland hebben plaatsgevonden, is niet toereikend om te kunnen aannemen dat het bedrijf is uitgeoefend met een zetel in Nederland. Daarbij neemt de Hoge Raad in aanmerking dat uit de bewijsvoering blijkt dat de verdachte opdrachten ontving van verschillende ‘bankiers in het buitenland’ en sprake is van een ‘grote baas in Marokko’. Die omstandigheden wijzen erop dat de feitelijke werkzaamheden die als bedrijfsmatige betaaldienstverlening zijn aangemerkt vooral vanuit het buitenland werden uitgeoefend en aangestuurd. De Hoge Raad sluit hiermee gevallen waarin Nederland niet de plaats is waar de dienstverlening in overwegende mate wordt uitgeoefend en aangestuurd kennelijk uit van het verbod op ondergronds bankieren zonder vergunning. Vellinga wijst er in zijn noot onder het arrest op dat de reden dat het verbod is beperkt tot bankiers met een zetel in Nederland is gelegen in het uitgangspunt binnen de Europese Unie dat ondernemingen in hun eigen lidstaat een vergunning aanvragen. Met die vergunning mogen zij hun diensten ook in andere lidstaten aanbieden. Was het verbod in de Wft niet beperkt tot bankiers met zetel in Nederland, dan zouden bankiers uit andere EU-landen óók in Nederland vergunning moeten aanvragen. Het is terecht dat Vellinga hierop wijst, omdat hier naar onze mening uit geconcludeerd kan worden dat het nooit de bedoeling van de wetgever is geweest om ondergrondse bankiers die in Nederland actief zijn maar vanuit (bijvoorbeeld) Marokko aangestuurd worden ongestoord hun gang te laten gaan.

Het bestanddeel ‘zetel in Nederland’ staat veelal niet in de tenlastelegging en dus evenmin in de bewezenverklaring. Over het algemeen staat dat een kwalificatie niet in de weg, maar er is wel eens ontslag van alle rechtsvervolgung uitgesproken omdat geoordeeld werd dat het bestanddeel niet in de tenlastelegging en bewezenverklaring kon worden ingelezen.⁴⁰ Ook in het eerder aange-

40. Het gaat om Rb. Rotterdam 20 december 2018, ECLI:NL:RBROT:2018:10937. De rechtbank Rotterdam overweegt: ‘De Richtlijn betaaldiensten heeft, kort gezegd, tot doel harmonisatie van de betaaldienstverlening binnen de Europese Unie (hierna: EU). Vestiging in een van lidstaten geeft enerzijds toegang tot de interne markt van de EU en belast anderzijds de staat van vestiging met toezicht en handhaving. Heeft een bedrijf zijn zetel in een ander land van de EU, dan is het verlenen van betaaldiensten in Nederland toegestaan onder de voorwaarden van artikel 2:3e Wft. Heeft een bedrijf zijn zetel buiten de EU, dan is het verlenen van betaaldiensten binnen de EU verboden op grond van artikel 2:3f Wft. Tegen bovenstaande achtergrond kent het delict van artikel 2:3a Wft het bestanddeel “zetel in Nederland”. Dit bestanddeel ontbreekt in de tenlastelegging. Voor zover bij de rechtbank

haalde arrest van de Hoge Raad van 10 november 2020 werd dit punt in cassatie aangevoerd. A-G Bleichrodt neemt het standpunt in dat het hof de tenlastelegging en bewezenverklaring zo heeft kunnen uitleggen dat daarin het bestanddeel ‘zetel in Nederland’ voldoende is omschreven, nu deze inhouden dat de verdachte het feit heeft gepleegd te Amsterdam (al dan niet vanuit de wasserette aan de A-straat). Bovendien houden de bewijsmiddelen in dat de wasserette, een vennootschap onder firma, op het adres A-straat te Amsterdam stond ingeschreven bij de Kamer van Koophandel, de verdachte in dienst was van die vennootschap, die vennootschap onder firma in het verleden onder een andere naam als bedrijf had het verrichten van geldtransacties en naam en bedrijfsomschrijving later waren gewijzigd. De Hoge Raad neemt dit standpunt over. Daarmee lijkt het niet in de tenlastelegging opnemen van dit bestanddeel dus niet per definitie problematisch.

• *Witwassen en/of bankieren zonder vergunning?*

Bankieren zonder vergunning en witwassen kunnen cumulatief ten laste worden gelegd. Ook als tijd en plaats samenvallen is er onzes inziens geen sprake van eendaadse samenloop.⁴¹ Witwassen is strafbaar gesteld om de *integriteit* van het financiële en economische systeem te beschermen; het is onwenselijk dat criminele buit ongemerkt deel gaat uitmaken van de legale economie.⁴² Het financiële toezicht zoals geregeld in de Wft, en dus ook het verbod op bankieren zonder vergunning,

waarborgt de *stabiliteit* van het financiële systeem, zorgt ervoor dat de financiële markten efficiënt werken, en beschermt consumenten.⁴³ De strafbepalingen dienen dus een ander doel. Er lijkt ook verschil in strafmaat te zijn. De eerder besproken uitspraken van de rechtbank Rotterdam van 14 oktober 2019⁴⁴ waarin de verdachten worden vrijgesproken voor witwassen en veroordeeld voor ondergronds bankieren geven een mooi inkijkje in de strafmaat(overwegingen) bij bankieren zonder vergunning. In die zaken is vastgesteld dat de verdachten veelvuldig grote contante geldbedragen buiten het formele geldcircuit hadden ontvangen, verplaatst en overgedragen. Bij de verdachte in zaak 8112 gaat het om een periode van ruim 2,5 maand en zo'n € 370.000. Hij heeft geen strafblad. Er is rekening gehouden met overschrijding van de redelijke termijn. Gezien de aard van het feit vindt de rechtbank in beginsel een geldboete de op te leggen straf. Omdat echter voldoende is gebleken dat de draagkracht van de verdachte beperkt is, wordt een geldboete niet passend geacht. Een taakstraf is evenmin op z'n plaats vanwege de fysieke klachten die de verdachte op dit moment ondervindt. De rechtbank gaat daarom over tot het opleggen van een gevangenisstraf voor de duur van één maand. Bij de verdachte in zaak 8111 gaat het niet om een periode van 2,5 maand maar vijf maanden, en niet om € 370.000 maar zo'n € 1.370.000. Ook hier geen strafblad, maar wel overschrijding van de redelijke termijn.

‘Gezien de ernst van de feiten, die vooral samenhangt met de duur van de periode en de omvang van de bedragen, kan niet anders worden gereageerd dan met het opleggen van een gevangenisstraf. Bij de bepaling van de duur daarvan heeft de rechtbank gekeken naar straffen die in min of meer vergelijkbare zaken plegen te worden opgelegd.’

De verdachte wordt veroordeeld tot een gevangenisstraf voor de duur van 102 dagen. Ter vergelijking de strafmaat voor witwassen in de besproken jurisprudentie van de feitenrechter: rechtbank Rotterdam 14 november 2019 (Ikea; eenmalige geldoverdracht ongeveer € 70.000) drie maanden gevangenisstraf,⁴⁵ rechtbank Overijssel 25 februari 2020 (PGP-telefoon; dagelijks en op grote schaal) 37 maanden gevangenisstraf⁴⁶ en rechtbank Rotterdam 6 november 2020 (tas met geld uit het autoraam; schuldwitwassen € 1.000.000 eenmalig) achtien maanden gevangenisstraf.⁴⁷

naar de reikwijdte en de toepassing van artikel 420bis Sr (diss. RU Nijmegen), Deventer: Wolters Kluwer 2016, p. 64.

43. <https://www.rijksoverheid.nl/onderwerpen/financiele-sector/wet-op-het-financieel-toezicht-wft>.

44. Rb. Rotterdam 14 oktober 2019, ECLI:NL:RBROT:2019:8111 en 8112.

45. Geen strafblad, overschrijding redelijke termijn. Rb. Rotterdam 14 november 2019, ECLI:NL:RBROT:2019:10734.

46. Aansluitend bij LOVS-oriëntatiepunten fraude, geen strafblad, overschrijding redelijke termijn. Rb. Overijssel 25 februari 2020, ECLI:NL:RBOVE:2020:1679.

47. Geen strafblad, gevaarlijke politie-achtervolging. Rb. Rotterdam 6 november 2020, ECLI:NL:RBROT:2020:10585.

bekend, is in geen van de gepubliceerde strafzaken over artikel 2:3a Wft dit bestanddeel expliciet ten laste gelegd. Toch heeft het ontbreken van dit bestanddeel er in geen van die zaken toe geleid dat een bewezenverklaring niet werd gekwalificeerd. De rechtbank is, na ampel beraad, desalniettemin van oordeel dat dit bestanddeel niet in de tenlastelegging en bewezenverklaring kan worden ingelezen. De conclusie is dat de verdachte wat dit feit betreft dient te worden ontslagen van alle rechtsvervolging.’ Op dezelfde dag is dit oordeel ook uitgesproken in Rb. Rotterdam 20 december 2018, ECLI:NL:RBROT:2018:10978, ECLI:NL:RBROT:2018:10860 en ECLI:NL:RBROT:2018:10943.

41. Zie over eendaadse samenloop HR 20 juni 2017, ECLI:NL:HR:2017:1111 tot en met ECLI:NL:HR:2017:1115 waarin wordt benadrukt dat een enigszins uiteenlopen van de strekking van de desbetreffende strafbepalingen niet in de weg staat aan het aannemen van eendaadse samenloop. ‘Voor eendaadse samenloop komt het vooral aan op de vraag of de bewezenverklaarde gedragingen in die mate een samenhangend, zich min of meer op dezelfde tijd en plaats afspelend feitencomplex opleveren dat de verdachte daarvan (in wezen) één verwijt wordt gemaakt.’ Het bankieren zonder vergunning kan op een ruimer feitencomplex zien dan het witwassen. Daarnaast is een belangrijk bestanddeel van art. 2:3a Wft dat geen vergunning van DNB is aangevraagd/verkregen. Dit bestanddeel speelt in de strafbepaling van witwassen geen enkele rol. Het complex van relevante feiten valt dus niet (min of meer) samen, ook niet als het om dezelfde transacties zou gaan. Tot slot loopt de strekking van de betreffende strafbepalingen niet *enigszins* maar behoorlijk uiteen. Wij vonden veroordelingen voor zowel bankieren zonder vergunning als witwassen waarbij niet over eendaadse samenloop werd gerept, zoals Rb. Rotterdam 20 december 2018, ECLI:NL:RBROT:2018:10978; Hof Amsterdam 5 juli 2018, ECLI:NL:GHAMS:2018:4068 en Rb. Den Haag 20 februari 2020, ECLI:NL:RBDHA:2020:1324. Anders: Rb. Overijssel 25 februari 2020, ECLI:NL:RBOVE:2020:1679, zie noot in RF 2020/99 waarin wordt geconcludeerd dat de rechtbank hier kennelijk tot eendaadse samenloop komt omdat buiten de witwastransacties geen transacties met legaal geld gefaciliteerd werden, en wordt gesteld dat de rechtbank dit oordeel beter nader had kunnen motiveren.

42. *Kamerstukken II 1999/2000, 27159*, nr. 3, p. 9 (MvT) en F. Diepenmaat, *De Nederlandse strafbaarstelling van witwassen. Een onderzoek*

4.2 Witwassen van provisie

Het geldt dat een ondergrondse bankier verplaatst is, zoals in het voorgaande uiteen is gezet, niet per definitie van misdrijf afkomstig. De provisie die de bankier opstrijkt is daarentegen afkomstig uit het misdrijf bankieren zonder vergunning. De bankier kan dus in elk geval het witwassen van de provisie worden verweten. Dit was het geval in een uitspraak van de rechtbank Den Haag van 20 februari 2020.⁴⁸

‘Uit de (...) verklaring van de verdachte leidt de rechtbank af dat hij voor de door hem verrichtte Hawala-transacties vanuit Nederland provisie rekende om (...) zelf iets over te houden als vergoeding voor zijn geleverde diensten. Volgens zijn ter terechtzitting afgelegde verklaring gebruikte de verdachte die vergoeding als aanvulling op zijn uitkering om makkelijker te kunnen rondkomen. Hiermee heeft de verdachte geldbedragen verworven, voorhanden gehad en van die geldbedragen gebruik gemaakt, terwijl hij wist dat die bedragen afkomstig waren uit een door hem gepleegd misdrijf, te weten het Hawalabankieren.’

Let op: als er geen sprake is van het gebruik maken van de geldbedragen, maar alleen van verwerven en voorhanden hebben van de provisie zonder dat er sprake is van gedragingen die zien op het verhullen of verbergen van de criminele herkomst, dan is (hoogstens) sprake van eenvoudig witwassen (art. 420bis.1 Sr).⁴⁹

4.3 Wwft

In de Wet ter voorkoming van witwassen en financieren van terrorisme, die in de praktijk een grote rol speelt maar in deze bijdrage slechts beperkt wordt besproken, worden verplichtingen opgelegd aan de poortwachters van het financiële systeem, zoals banken. Poortwachters moeten onder meer hun klanten kennen en ongebruikelijke transacties melden. Doen zij dat niet, dan is strafrechtelijke vervolging mogelijk op grond van artikel 1 onder 2° WED jo. artikel 2 lid 1 WED.⁵⁰ Artikel 1a Wwft somt op wie aan die verplichtingen moeten voldoen. In lid 3 onder b wordt genoemd: degenen die, geen bank zijnde, in hoofdzaak hun bedrijf maken van het verrichten van betaaldiensten als bedoeld in bijlage I bij de Richtlijn betaaldiensten.⁵¹ Hier valt onzes inziens ook de bankier zonder vergunning onder. In theorie zou een ondergrondse bankier die betrokken is bij witwassen dus ook kunnen worden vervolgd voor het niet-voldoen aan verplichtingen om witwassen te voorkomen.⁵²

48. Rb. Den Haag 20 februari 2020, ECLI:NL:RBDHA:2020:1324.

49. Zie voor verdere uitleg: <https://www.amlc.nl/wp-content/uploads/2018/07/kwalificatieuitsluitingsgrond-versie-juni-2017.pdf>.

50. In de WED wordt kleurloos opzet gehanteerd. Dat betekent dat het opzet van de dader gericht moet zijn op de verboden gedraging. Het is niet nodig dat de dader zich ook bewust is dat zijn daad strafbaar is. HR 18 maart 1952, NJ 1952, 314; HR 24 april 2007, ECLI:NL:HR:2007:AZ8783 en HR 21 april 2009, ECLI:NL:HR:2009:BH2684.

51. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/NL/TXT/PDF/?uri=CELEX:32015L2366&from=NL>.

52. Voorbeeld van een ondergrondse bankier die aangemerkt is als financiële dienstverlener in de zin van de in Aruba geldende Landsverorde-

4.4 Aanpak via de fiscus

Na een veroordeling voor witwassen en/of bankieren zonder vergunning kan er een ontneming volgen. Het wederrechtelijk verkregen voordeel kan bijvoorbeeld worden berekend uit het gemiddelde commissiepercentage en de gemaakte kosten.⁵³ Bovendien kan ook de fiscus nog aan de slag. De rechtbank Noord-Holland boog zich in een uitspraak van 9 november 2020⁵⁴ over een belastingrechtzaak waarbij een ondergrondse bankier zijn inkomsten niet bij de fiscus had opgegeven. De bankier in kwestie was strafrechtelijk veroordeeld voor het leidinggeven aan een criminele organisatie die tot doel had gewoontewitwassen en ondergronds bankieren met geld van criminele herkomst. Het ging in totaal om zo'n € 18.000.000. De rechtbank oordeelde dat er meerdere navorderingsaanslagen en vergrijpboetes betaald moesten worden (navorderingsaanslagen gebaseerd op een verzamelinkomen van zo'n € 900.000 per jaar en vergrijpboetes van zo'n € 200.000 per jaar). Voor wat betreft de inkomsten baseerde de rechtbank zich op het kasboek waaruit kon worden afgeleid dat er 8,75% commissie werd berekend. Dit kwam overeen met tagesprekken waaruit kon worden geconcludeerd dat 8% een gangbare vergoeding is voor ondergronds bankieren. Er is keurig rekening gehouden met gemaakte kosten (koeriers, 0,5%) en er wordt van uitgegaan dat de bankier in kwestie als leidinggevende gerechtigd was tot het geschatte resultaat van werkzaamheden.

In deze kwestie was de bankier dus al strafrechtelijk veroordeeld. Er is geen sprake van een dubbele bestraffing of ongeoorloofde samenloop van de fiscale boetes en de strafrechtelijke veroordeling nu witwassen en bankieren zonder vergunning andere delicten zijn dan het veroorzaken dat de belastingaanslag tot een te laag bedrag wordt vastgesteld. Maar ook een strafrechtelijke vrijpraak hoeft een fiscale aanpak niet in de weg te staan, gezien het verschil in bewijsleer. De fiscus moet immers *aannemelijk maken* dat er inkomsten uit ondergronds bankieren zijn genoten.⁵⁵

5. Conclusie

Het staat buiten kijf dat het systeem van ondergronds bankieren criminelen faciliteert. De crimineel betaalt voor anonimiteit en kan zo het reguliere financiële sys-

ning voorkoming en bestrijding witwassen en terrorismefinanciering (LWFT) en veroordeeld is voor het niet verrichten van cliëntonderzoek in Aruba: GEA Aruba 6 maart 2018, ECLI:NL:OGEEA:2018:128.

53. Bijvoorbeeld Hof Amsterdam 29 januari 2020, ECLI:NL:GHAMS:2020:407; Rb. Amsterdam 19 december 2019, ECLI:NL:RBAMS:2019:9707; Rb. Rotterdam 5 oktober 2017, ECLI:NL:RBROT:2017:7949; HR 9 mei 2017, ECLI:NL:HR:2017:834, NJ 2017/209 (zie voor commissie Concl. A-G Vegter 12 december 2017, ECLI:NL:PHR:2017:319).

54. Rb. Noord-Holland 9 november 2020, ECLI:NL:RBNHO:2020:9695.

55. Een fiscale aanpak kan wel beperkt worden door een strafrechtelijke vrijpraak, in zoverre dat het niet zo kan zijn dat een latere fiscale procedure twijfel doet ontstaan over de juistheid van de gronden waarop de strafrechter heeft beslist, zie HR 2 juni 2017, ECLI:NL:HR:2017:958, BNB 2017/181 m.nt. G.J.M.E. de Bont.

teem, opgetuigd met allerlei waarborgen om witwassen tegen te gaan, omzeilen. Opsporingsdiensten en het openbaar ministerie zijn erop gebrand om deze *facilitators* aan te pakken. Dit kan door het vervolgen voor witwassen, maar ook voor bankieren zonder vergunning en eventueel zelfs het niet-voldoen aan de Wwft-verplichtingen. Ondergrondse bankiers kunnen bovendien financieel geraakt worden door het ontnemen van wederrechtelijk verkregen voordeel, maar ook door het opleggen van fiscale naheffingen en vergrijpboetes.

In het verleden viel in de witwasjurisprudentie bij ondergrondse bankiers regelmatig op dat feiten en omstandigheden die normaal gesproken onmiskenbaar op witwassen duiden als niet voldoende werden beschouwd om tot een witwasvermoeden te komen. De aanwezigheid van die typologieën zou immers ook kunnen worden verklaard uit de werkwijze van ondergronds bankieren met legaal geld. In deze bijdrage hebben wij gekeken naar de eisen die in recente jurisprudentie worden gesteld aan een bewezenverklaring van witwassen door middel van ondergronds bankieren; wat is voldoende voor een witwasvermoeden, en wanneer zijn er bijkomende omstandigheden nodig?

Uit het arrest van de Hoge Raad van 6 februari 2018 komt naar voren dat er wezenlijk verschil is in de omstandigheden waaronder ondergronds bankieren met legaal geld en met crimineel geld plaatsvindt. De overdracht van 'legaal' geld vindt doorgaans plaats op vaste locaties (vaak kleine bedrijven) waarmee de klant de bankier identificeert, terwijl crimineel geld vaak wordt overdragen in openbare, anonieme gelegenheden teneinde te voorkomen dat de criminele klant de bankier kan identificeren. Ook de omvang van de over te dragen geldbedragen verschilt van elkaar. Bij traditionele geldstromen gaat het om tientallen tot maximaal enkele duizenden euro's, maar bij de overdracht van crimineel geld gaat het vaak om tienduizenden tot honderdduizenden euro's per keer. In het geval dat 'legaal' geld wordt overgedragen middels hawala-bankieren vindt geen communicatie via de telefoon plaats; klanten gaan naar de vaste locatie. De overdracht van crimineel geld daarentegen gaat gepaard met communicatie in versluierd taalgebruik.⁵⁶ In diezelfde zaak kwam naar voren dat een aanzienlijk geldbedrag in een plastic tas op de vloer in een auto nog niet zo veel zegt. Maar de bijkomende omstandigheden – kleine coupures, versluierd taalgebruik, een snelle geldoverdracht, een overdracht op de openbare weg, het vluchten voor de politie en het niet komen opeisen van het inbeslaggenomen geldbedrag – zijn omstandigheden die (kunnen) duiden op crimineel geld. In de lagere rechtspraak zien wij ook dat omstandigheden zoals het gebruik van aliaten, tokens en PGP-telefoons als indicatie van een criminele geldstroom worden gezien. Wij zagen twee uitspraken waarin bijkomende omstandigheden werden vereist, terwijl in die zaken vrijwel alle omstandigheden van toepassing waren

die in een arrest van het hof Den Haag (7 juni 2016)⁵⁷ al wél tot een witwasvermoeden hadden geleid: grote geldbedragen, kleine coupures, wijze van vervoer (o.a. plastic tassen), anonimiteit/gebruik van aliaten, versluierd taalgebruik en het gebruik van een niet-officiële bancaire instelling. De eis van bijkomende omstandigheden is hiermee naar onze mening onterecht gesteld. Overigens in een van de zaken ook nog nadat het witwasvermoeden al was aangenomen.

Wanneer wordt vastgesteld dat het inschakelen van een ondergrondse bankier evident economisch nadeel voor de gebruiker meebrengt, bijvoorbeeld door hoge provisie, zou dit moeten meewegen in het witwasvermoeden. Wij zagen dat in de jurisprudentie over ondergronds bankieren nog niet terug, maar hier valt een parallel te trekken met (de jurisprudentie over) de illegale bitcoin-handelaar.

Laten wij na het terugblikken op recente jurisprudentie ons ook op de toekomst richten. De ontwikkelingen in de financiële sector staan niet stil: gereguleerde geldtransactiemethoden worden overal ter wereld steeds beter, sneller en goedkoper. Hierdoor zal er voor migranten die geld naar het thuisfront willen sturen de komende jaren steeds minder noodzaak zijn om (vanuit Nederland) een informeel bankensysteem te gebruiken. Voor criminelen blijft het systeem echter (zeer) aantrekkelijk. Logisch gevolg is dat ondergrondse bankiers een steeds groter percentage criminelen als klant hebben. Dit gegeven zou onzes inziens in de toekomst door moeten werken in het aannemen van een witwasvermoeden.

56. Concl. A-G Vegter 12 december 2017, ECLI:NL:PHR:2017:1513 (punt 11 e.v.) bij HR 6 februari 2018, ECLI:NL:HR:2018:165.

57. Weergegeven in Concl. A-G Bleichrodt 12 maart 2019, ECLI:NL:PHR:2019:213 bij HR 23 april 2019, ECLI:NL:HR:2019:654.