

ECLI:NL:PHR:2021:922

Instantie	Parket bij de Hoge Raad
Datum conclusie	05-10-2021
Datum publicatie	12-10-2021
Zaaknummer	20/01725
Formele relaties	Arrest gerechtshof: ECLI:NL:GHAMS:2020:1459 Arrest Hoge Raad: ECLI:NL:HR:2021:1701
Rechtsgebieden	Strafrecht
Bijzondere kenmerken	-
Inhoudsindicatie	Conclusie AG. Bedrieglijke bankbreuk (art. 343 (oud) Sr en art. 344a Sr) en opzettelijk zonder vergunning optreden als betaaldienstverlener, terwijl hiervan een gewoonte is gemaakt (art. 2:3a.1 Wft). Klachten over bewezenverklaring van opzet op bedrieglijke bankbreuk en van 'het een gewoonte maken van het uitoefenen van het bedrijf van betaaldienstverlener'. Daarnaast een klacht inzake veranderde wetgeving en een kwalificatieklacht betreffende het bestanddeel 'met zetel in Nederland'. De conclusie strekt tot verwerping van het beroep.
Vindplaatsen	Rechtspraak.nl

Conclusie

PROCUREUR-GENERAAL
BIJ DE
HOGE RAAD DER NEDERLANDEN

Nummer 20/01725
Zitting 5 oktober 2021

CONCLUSIE

E.J. Hofstee

In de zaak [verdachte] ,
geboren te [geboorteplaats] op [geboortedatum] 1985, hierna: de verdachte.

Inleiding

1. De verdachte is bij arrest van 2 juni 2020 door het gerechtshof Amsterdam veroordeeld tot een gevangenisstraf voor de duur van tien maanden, met aftrek van het voorarrest, wegens 1 primair "als bestuurder van een rechtspersoon welke in staat van faillissement is verklaard, ter bedrieglijke verkorting van de rechten der schuldeisers van de rechtspersoon enig goed aan de boedel onttrokken hebben, meermalen gepleegd en niet voldoen aan de op hem rustende verplichtingen ten opzichte van het voeren van een administratie ingevolge de in artikel 10, eerste lid, van Boek 2 van het Burgerlijk Wetboek en artikel 15i, eerste lid, van Boek 3 van het Burgerlijk Wetboek en het bewaren van boeken, bescheiden en andere gegevensdragers in die artikelen bedoeld", 2 "overtreding van een voorschrift, gesteld bij artikel 2:3a, eerste lid, van de Wet op het financieel toezicht, opzettelijk begaan, terwijl van het plegen van het misdrijf een gewoonte wordt gemaakt", 3 "overtreding van een voorschrift, gesteld bij artikel 3, eerste lid, van de Wet ter voorkoming van witwassen en financieren van terrorisme, opzettelijk begaan, terwijl van het plegen van het misdrijf

een gewoonte wordt gemaakt” en 4 “overtreding van een voorschrift, gesteld bij artikel 16 van de Wet ter voorkoming van witwassen en financieren terrorisme, opzettelijk begaan, terwijl van het plegen van het misdrijf een gewoonte wordt gemaakt”. Voorts heeft het hof de verdachte ontzet van het recht tot uitoefening van het beroep van bestuurder van een rechtspersoon voor de duur van drie jaren. Daarnaast is de teruggave gelast van een aantal in beslag genomen, nog niet teruggegeven voorwerpen, een en ander zoals nader in het arrest en de lijst met in beslag genomen voorwerpen is beschreven. Het hof heeft de vordering van de benadeelde partij gedeeltelijk toegekend.

2. Namens de verdachte hebben mr. R.J. Baumgardt, P. van Dongen en S. van den Akker, allen advocaat te Rotterdam, drie middelen van cassatie voorgesteld.

II. Het eerste middel

3. Het eerste middel klaagt met betrekking tot het onder 1 bewezenverklaarde, dat het oordeel van het hof dat sprake is van vol opzet (in plaats van voorwaardelijk opzet) op de verkorting van de rechten van de schuldeisers niet uit de bewijsmiddelen blijkt, zodat de bewezenverklaring onvoldoende met redenen is omkleed.

Bewezenverklaring, bewijsvoering en verweer van de verdediging

4. Ten laste van de verdachte heeft het hof onder 1 bewezenverklaard dat:

“hij in de periode van 18 september 2014 tot en met 8 december 2015 te Amsterdam als bestuurder van een rechtspersoon, genaamd [G] , welke B.V. bij vonnis van de Rechtbank Amsterdam op 8 december 2015 in staat van faillissement is verklaard, ter bedrieglijke verkorting van de rechten van de schuldeisers van [G] , goederen heeft onttrokken aan de boedel, immers heeft hij, verdachte, geldbedragen van in totaal een bedrag van 208.641,38 euro (te weten het totaal van de contante opnames en onttrekkingen via de rekening van eenmanszaak [G] , minus contant uitbetaalde personeelskosten) onttrokken aan de boedel en niet voldaan aan de op hem rustende verplichtingen ten opzichte van het voeren van een administratie ingevolge artikel 10, eerste lid, van Boek 2 van het Burgerlijk Wetboek en artikel 15i, eerste lid, van boek 3 van het Burgerlijk Wetboek en het bewaren van boeken, bescheiden en andere gegevensdragers in die artikelen bedoeld, immers heeft hij geen (volledige) administratie van [G] opgemaakt en bijgehouden.”

5. Deze bewezenverklaring steunt op de inhoud van de volgende bewijsmiddelen:

“Ten aanzien van feit 1

1. Een proces-verbaal van bevindingen van 19 juni 2017, met documentcode AMB-004, in de wettelijke vorm opgemaakt door de daartoe bevoegde opsporingsambtenaar [verbalisant 1] (pagina 038 tot en met 040).

Dit proces-verbaal houdt in, voor zover van belang en zakelijk weergegeven, als mededeling van de opsporingsambtenaar:

Aanleiding

Op 8 december 2015 is [G] door de rechtbank Amsterdam in staat van faillissement verklaard. Enig aandeelhouder en algemeen bestuurder die zelfstandig bevoegd is namens [G] is [verdachte] .

Bankrekening

Om een beeld te krijgen hoe de geldstromen op bankrekeningnummer [007] ten name van [G] lopen, heb ik, verbalisant, in kaart gebracht wat er op deze rekening heeft plaatsgevonden. Opmerkelijk is de hoeveelheid aan pinopnames. Totaal zijn er 120 pinopnames geweest met een totaalbedrag van € 176.190,00. De pinopnames bedroegen veelal bedragen van € 2.000,00.

Betaalpas

De ABN AMRO betaalpas met rekeningnummer [007] en pasnummer [...] was op verzoek van de curator verstrekt door [verdachte] aan de curator op 2 februari 2016. Op de betaalpas staat: [betrokkene 3] . [G]

Over de naam [betrokkene 3] heeft [betrokkene 4] , gemachtigde namens de curator, het volgende verklaard:

We zagen dat op zijn rijbewijs de naam [familienaam] stond.

De contante stortingen, pinbetalingen- en opnames werden gedaan met behulp van de bankpas met pasnummer [...] .

2. Een proces-verbaal van bevindingen van 7 juli 2017, met documentcode AMB-011, in de wettelijke vorm opgemaakt door de daartoe bevoegde opsporingsambtenaar [verbalisant 1] (pagina 077 tot en met 083).

Dit proces-verbaal houdt in, voor zover van belang en zakelijk weergegeven, als mededeling van de opsporingsambtenaar:

Aanleiding:

Over de naam [familienaam] heeft verdachte, [verdachte] , het volgende verklaard:

[familienaam] zijn familienamen die ik in Nederland heb laten vallen.

In deze ambtshandeling staat beschreven welke geldstromen er hebben plaatsgevonden op het bankrekeningnummer [008] op naam van [betrokkene 3] h/o [G] over de periode van 1 januari 2014 tot en met 23 april 2016.

Opbrengsten

Het bedrag van de opbrengsten van € 234.271,46 die per bank waren ontvangen, was voornamelijk afkomstig van horecagelegenheden, aangezien op de bankafschriften veelal omschrijvingen stonden zoals 'restaurant', 'café', 'horeca'. Daarnaast stond doorgaans in de omschrijving 'factnr' of 'factuurnummer' en/of 'schoonmaakkosten'. De ontvangsten van deze horecabedrijven liepen door tot 6 augustus 2015, terwijl de eenmanszaak [G] reeds op 2 oktober 2014 is opgeheven, zoals staat in het uittreksel van de Kamer van Koophandel. Vanaf 2 oktober 2014 tot en met 6 augustus 2015 is door diverse horecabedrijven op het bankrekeningnummer van de eenmanszaak nog € 107.027,42 bijgeschreven.

Pinopname

Van januari 2014 tot en met april 2016 zijn er 164 pinopnames geweest met een totaalbedrag van

€ 174.813,49. Opmerkelijk is het aantal geldopnames van € 2.000,00 (totaal 58 keer). Opmerkelijker is dat deze opnames van € 2.000,00 stevast plaatsvinden op het moment dat een ontvangst binnenkomt van een horecagelegenheid.

3. Een proces-verbaal van bevindingen van 10 juli 2017, met documentcode AMB-036, in de wettelijke vorm opgemaakt door de daartoe bevoegde opsporingsambtenaar [verbalisant 2] (pagina 181 tot en met 186).

Dit proces-verbaal houdt in, voor zover van belang en zakelijk weergegeven, als mededeling van de opsporingsambtenaar:

Aanleiding

Op 18 september 2014 werd [verdachte] de bestuurder en enig aandeelhouder van [G] Voorheen dreef [verdachte] het schoonmaakbedrijf [G] als eenmanszaak. De activiteiten van de eenmanszaak zouden per 2 oktober 2014 zijn gestaakt. Op bankrekeningnummer [008] op naam van de eenmanszaak [G] komen vanaf 2 oktober 2014 nog betalingen binnen van klanten. In de inbeslaggenomen stukken van Object A zijn facturen van [G] aangetroffen die, gezien de factuurnummers en factuurbedragen, vermoedelijk behoren bij deze betalingen.

Datum:	Omschrijving op afschrift:	Bedrag bij:	Factuur
29-10-2014	SEPA OverboekingIBAN: NL46RABO0168729466BIC: RABONL2U Naam: CAFE MODERN B.V. Omschrijving: 14.10.09 Kenmerk: 385706402	€ 3.091,30	DOC-078
24-11-2014	SEPA OverboekingIBAN: NL76INGB0007775724BIC: INGBNL2A Naam: INDONESISCH RESTAURANT DJAGO Omschrijving: 14-007 / 14.10.8 Kenmerk: NOTPROVIDED	€ 2.923,38	DOC-079
09-12-2014	SEPA OverboekingIBAN: NL01RABO0148582435BIC: RABONL2U Naam: HETEPEPER B.V. Omschrijving: Factuurnummer: 14.10.05 September 2014 Kenmerk: 436675609	€ 3.133,84	DOC-080

15-12-2014	SEPA OverboekingIBAN: NL59ABNA0435672282BIC: ABNANL2A Naam: KLEINGROOT B V Omschrijving: Factnr. 14.10.04RAZ	€ 1.940,84	DOC-082
29-12-2014	SEPA OverboekingIBAN: NL91RABO0148582435BIC: RABONL2U Naam: HETEPEPER B.V. Omschrijving: Factuurnummer: 14.10.05 Kenmerk: 454819157	€ 3.086,71	DOC-081
31-12-2014	SEPA OverboekingIBAN: NL59ABNA0435672282BIC: ABNANL2A Naam: KLEINGROOT B V Omschrijving: Factnr. 16.10.16RAZ	€ 900,00	DOC-083
05-01-2015	SEPA OverboekingIBAN: NL59ABNA0435672282BIC: ABNANL2A Naam: KLEINGROOT B V Omschrijving: Factnr. 16.10.16RAZ	€ 399,94	DOC-083
28-01-2015	SEPA OverboekingIBAN: NL75ABNA0584232926BIC: ABNANL2A Naam: HOTEL V NESPLEIN B V Omschrijving: fact 14.11.01	€ 3.887,73	DOC-087
09-02-2015	SEPA OverboekingIBAN: NL59ABNA0435672282BIC: ABNANL2A Naam: KLEINGROOT B V Omschrijving: Factnr. 14.10.08 RAZ	€ 1.210,67	DOC-084
20-02-2015	SEPA OverboekingIBAN: NL19ABNA0565717022BIC: ABNANL2A Naam: RESTAURANT HET BOSCH BV Omschrijving: 14.10.09 DECEM	€ 3.459,39	DOC-091
25-02-2015	SEPA OverboekingIBAN: NL75ABNA0584232926BIC: ABNANL2A Naam: HOTEL V NESPLEIN B V Omschrijving: fact 14.11.3 deb 14-001 januari 2015	€ 6.451,72	DOC-088
06-03-2015	SEPA OverboekingIBAN: NL59ABNA0435672282BIC: ABNANL2A Naam: KLEINGROOT B V Omschrijving: Factnr. 14.10.08RAZ	€ 1.000,00	DOC-084
23-03-2015	SEPA OverboekingIBAN: NL19ABNA0565717022BIC: ABNANL2A Naam: RESTAURANT HET BOSCH BV Omschrijving: 14-006 - 1.1.15	€ 3.021,37	DOC-092
07-04-2015	SEPA OverboekingIBAN: NL59ABNA0435672282BIC: ABNANL2A Naam: KLEINGROOT B V Omschrijving: Factnr. 12.20.01RAZ	€ 1.608,09	DOC-085
15-04-2015	SEPA OverboekingIBAN: NL75ABNA0584232926BIC: ABNANL2A Naam: HOTEL V NESPLEIN B V Omschrijving: fact 15.12.04	€ 6.876,43	DOC-089
18-04-2015	SEPA OverboekingIBAN: NL19ABNA0565717022BIC: ABNANL2A Naam: RESTAURANT HET BOSCH BV Omschrijving: 14-006 / 7.3.2015/ 2.1.05	€ 3.645,73	DOC-093
29-04-2015	SEPA OverboekingIBAN: NL59ABNA0435672282BIC: ABNANL2A Naam: KLEINGROOT B V Omschrijving: Factnr. 14.07.09 RAZ	€ 2.346,19	DOC-086
21-06-2015	SEPA OverboekingIBAN: NL19ABNA0565717022BIC: ABNANL2A Naam: RESTAURANT HET BOSCH BV Omschrijving: 13.11.11	€ 3.822,39	DOC-094
12-07-2015	SEPA OverboekingIBAN: NL19ABNA0565717022BIC: ABNANL2A Naam:	€ 4.017,20	DOC-095

	12.20.80 F Omschrijving:		
05-08-2015	SEPA OverboekingIBAN: 006 F Naam: 14.17.08 Omschrijving:	€ 6.346,45	DOC-096
06-08-2015	SEPA OverboekingIBAN: 005 E Naam: juni fact 12.33.37	€ 5.194,53	DOC-090
Totaal		€ 68.333,48	

De op de bankrekening van de eenmanszaak [G] ontvangen factuurbedragen bestemd voor [G] B.V. zij niet via de bank overgemaakt naar [G] B.V.

4. Een proces-verbaal van bevindingen van 12 juli 2017, met documentcode AMB-038, in de wettelijke vorm opgemaakt door de daartoe bevoegde opsporingsambtenaar [verbalisant 2] (pagina 190 tot en met 192).

Dit proces-verbaal houdt in, voor zover van belang en zakelijk weergegeven, als mededeling van de opsporingsambtenaar:

Aanleiding

Verdachte [verdachte] heeft verklaard dat hij personeel contant heeft betaald met geld opgenomen van de bankrekening van [G] Zijn eigen salaris van zo'n € 2.000,00 per maand nam hij ook contant op. In deze ambtshandeling staat een berekening van het netto salaris dat [G]

B.V. vermoedelijk heeft uitbetaald aan de werknemers van [G] , zijnde:

- [betrokkene 1] ;
- [betrokkene 2] ;
- [verdachte] .

In totaal over de jaren 2014 en 2015 is het door [G] uitbetaalde salaris vermoedelijk € 59.923,00. Hiervan is in totaal € 24.040,90 aan salaris via de bank uitbetaald en vermoedelijk € 35.882,10 contant.

Netto loon werknemers [G] 2014

In het belastingdienstsysteem Klantbeeld staan de volgende loongegevens van [G] over het jaar 2014:

Totale loonsom		€	23.631,00
Ingehouden LB/	PV	€	4.844,00
Premies		€	1.706,00
ZVW		€	1.516,00
Totaal te betalen aan de Belastingdienst		€	8.066,00
Netto loon na aftrek LB en premies		€ 15.565,00	

Gelet op deze bedragen heeft [G] over het jaar 2014 in totaal vermoedelijk € 15.565,00 betaald aan zijn medewerkers.

In het belastingdienstsysteem Klantbeeld staat dat het te betalen bedrag aan de Belastingdienst oninbaar is gebleken. Dat houdt in dat [G] geen loonbelasting en premies heeft afgedragen aan de Belastingdienst.

Netto loon werknemers [G] 2015

In het belastingdienstsysteem Klantbeeld staan de volgende loongegevens van [G] over het jaar 2015:

Totale loonsom	€	67.810,00
Ingehouden LB/PV	€	14.432,00
Premies	€	4.996,00
ZVW	€	4.024,00
Totaal te betalen aan Belastingdienst	€	23.452,00
Netto loon na aftrek LB en premies	€ 44.358,00	

Gelet op deze bedragen heeft [G] over het jaar 2015 in totaal vermoedelijk € 44.358,00 betaald aan zijn medewerkers.

In het belastingdienstsysteem Klantbeeld staat dat het te betalen bedrag aan de Belastingdienst oninbaar is gebleken. Dat houdt in dat [G] geen loonbelasting en premies heeft afgedragen aan de Belastingdienst.

Per bank betaald salaris Vanaf de bankrekening van [G] met nummer [007] is salaris betaald aan medewerkers [betrokkene 1] , [betrokkene 2] en [betrokkene 3] , laatstgenoemde zijnde verdachte [verdachte] . Over de jaren 2014 en 2015 zijn de volgende bedragen aan salaris betaald:

Datum:	Omschrijving op afschrift:	Bedrag af:
27-11-2014	betrokkene 1 Omschrijving: salaris van september	€ 1.200,00
28-11-2014	betrokkene 3 salaris VAN SEPTEMBER	€ 2.000,00
1-12-2014	betrokkene 1 Omschrijving: salaris van oktober	€ 1.200,00
10-12-2014	betrokkene 3 salaris oktober	€ 2.000,00
29-12-2014	betrokkene 1 Omschrijving: salaris van november	€ 1.311,95
29-12-2014	betrokkene 3 Omschrijving: salaris van november	€ 2.000,00
27-1-2015	betrokkene 3 Omschrijving: s december	€ 2.000,00
4-2-2015	betrokkene 1 Omschrijving: December s	€ 1.300,15
19-3-2015	betrokkene 1 Omschrijving: van januari	€ 1.300,00
19-3-2015	betrokkene 1 Omschrijving: van februari	€ 1.300,20
15-4-2015	betrokkene 1 Omschrijving: van maart	€ 1.311,00
29-5-2015	betrokkene 1 Omschrijving: maand 5	€ 1.350,00
30-7-2015	betrokkene 1 Omschrijving: Salaris van juni	€ 1.453,75
24-8-2015	betrokkene 2 Omschrijving: salaris van juli	€ 1.372,54
24-8-2015	betrokkene 1 Omschrijving: van juli	€ 1.472,64
18-10-2015	betrokkene 1 Omschrijving: Salaris Jaar-Periode 2015-8	€ 1.468,67
	Totaal	€ 24.040,90

Contant betaald salaris

Volgens de hiervoor gemaakte berekening is het totale salaris dat [G] moet betalen aan de medewerkers € 15.565,00 + € 44.358,00 = € 59.923,00. In totaal is hiervan € 24.040,90 via de bank uitbetaald, dus vermoedelijk is € 35.882,10 aan salaris contant betaald.

5. Een proces-verbaal van bevindingen van 19 juli 2017, met documentcode AMB-042, in de wettelijke vorm opgemaakt door de daartoe bevoegde opsporingsambtenaar [verbalisant 2] (pagina 201 tot en met 203).

Dit proces-verbaal houdt in, voor zover van belang en zakelijk weergegeven, als mededeling van de opsporingsambtenaar:

Aanleiding

In deze ambtshandeling staat beschreven dat vrijwel geen administratie is verstrekt aan de curator, terwijl er wel administratie van [G] was, zoals facturen, urenbriefjes en salarisspecificaties. Deze administratie is echter aangetroffen op diverse locaties en is niet geordend.

Aan de curator verstrekte administratie van [G] De curator die betrokken was bij het faillissement van [G] heeft verklaard dat er nauwelijks administratie van [G] is overgelegd. Op 8 maart 2016 is namens [verdachte] administratie van [G] bij de receptie van [benadeelde] afgegeven. [verdachte] heeft tegen de curator gezegd dat de rest van de administratie bij zijn boekhouder is en dat een debiteurenadministratie niet bestaat.

De administratie die op 8 maart 2015 aan de curator is overhandigd bestond uit:

- Arbeidsovereenkomsten [betrokkene 1] en [betrokkene 2] van 1 september 2014;
- Salarisspecificaties van april tot en met juli 2015 van [betrokkene 1] en [betrokkene 2] ;
- Salarisspecificatie van juni en juli 2015 van [betrokkene 3] ;
- Correspondentie Belastingdienst over naheffingsaanslag toonheffing, aanmaning, dwangbevel en beslag;
- Correspondentie RAS pensioenfonds over incasso.

De curator miste onder andere de overige salarisspecificaties, administratie met gewerkte uren, verstuurde facturen en de ontvangen betaling hiervan (debiteurenadministratie), inkomende facturen en de betaling hiervan (crediteurenadministratie), kasadministratie en de balans en winst- en verliesrekening. Over het bewaren van de administratie verklaarde [verdachte] dat hij vaak is verhuisd en geen vaste plek had.

Administratie [G] niet bij [I] De boekhouder van [G] , [betrokkene 18] van [I] heeft verklaard dat hij [verdachte] kent als [G] . Hij verklaarde kort en zakelijk weergegeven over de administratie van [G] dat:

- [G] ten tijde van de eenmanszaak en de VOF wel periodiek administratie aanleverde, maar dat hij tijdens de B.V. geen stukken heeft gehad;
- Vanaf september 2014 de activiteiten van de VOF over zouden gaan naar de BV;
- [G] pas weer contact met hem opnam toen hij ambtshalve aanslagen voor de OB van de Belastingdienst kreeg;
- Hij voor de B.V. wel de loonadministratie heeft gedaan, maar de OB-aangiften en VPB niet;
- Hij de uren per medewerker van [G] kreeg;
- Hij de aangifte OB over de eerste drie kwartalen 2014 niet heeft gedaan;
- Hij de aangifte over het 4e kwartaal 2014 en 1e kwartaal 2015 op 28 april 2015 heeft ingediend en de aangifte over het 2e kwartaal op 30 juli 2015;
- Hij niet meer weet waarop hij de aangiften heeft gebaseerd, maar gezien de bedragen op basis van de verkoopfacturen;
- [G] deze facturen waarschijnlijk aan hem heeft verstrekt en weer meegenomen;
- Hij geen administratie in hun systeem ziet staan;
- Zijn laatste contact met [G] dateert uit de tijd dat de curator achter hem aan zat, maar dat hij pas wat voor hem kon doen als hij zijn administratie en bankafschriften zou brengen.

De enige administratie van [G] die [betrokkene 18] aan de FIOD heeft overhandigd betreffen de aangifte omzetbelasting over het 4e kwartaal 2014 en het 1e en 2e kwartaal 2015.

Aangetroffen administratie van [G]

In de inbeslagname is administratie van [G] aangetroffen, zoals facturen, urenbriefjes, salarisspecificatie en uitdraaien van transactiedetails en bijschrijvingen van klanten op de bank. Deze administratie is niet netjes geordend of in ordners aangetroffen, maar als losse administratie. Er is losse administratie op diverse locaties aangetroffen.

6. Een geschrift, zijnde een standaardformulier Melding Faillissementsfraude, met documentcode DOC-002 (pagina 874 tot en met 878).

Dit geschrift houdt in, voor zover van belang en zakelijk weergegeven:

Gegevens failliet

- Naam rechtspersoon: [G]

- KvK nummer: [009]

- Datum faillissement: 8 december 2015

- Naam bestuurder: Sinds 18-09-2014 [familienaam] ,

Geboren [geboortedatum] 1985 te [geboorteplaats] . Tevens geregistreerd als [verdachte] .

Zich tevens uitgevend als [betrokkene 3] .

- Naam enig aandeelhouder: Sinds 18-09-2014 - zie hierboven.

Gegevens vermoedelijke vormen van faillissementsfraude Er zijn slechts een paar onsamenvattende documenten aan de curator gegeven, waaronder enkele ongetekende overeenkomsten. Uit deze stukken kunnen de rechten en de verplichtingen van de failliet niet worden afgeleid. De administratie is niet aangeleverd. Er zijn bovendien slechts ontwijkende antwoorden gegeven op de vragen van de curator, voornamelijk met betrekking tot de pinopnames, die gespreid over ruim een jaar in totaal € 174.635,00 bedragen.

Het betreft o.a. pinopnames die (ook) hebben plaatsgevonden na de faillissementsaanvraag op 8 september 2015. De curator kan niet controleren wie de pinopnames heeft verricht. Wat opvalt is dat [verdachte] niet of nauwelijks in staat is inhoudelijk te reageren op vragen aangaande de onderneming. Volgens informatie bij de Kamer van Koophandel is de jaarrekening over 2012 gedeponneerd op 6 december 2013. Na deze datum zijn geen jaarrekeningen meer gedeponneerd. Per faillissementsdatum diende de Belastingdienst de op naam van [G] openstaande aanslagen bij de curator in. Daaruit valt op te maken dat [G] vanaf september 2014 en alle daaropvolgende maanden, de aanslagen loonheffing onbetaald heeft gelaten. Ook de omzetbelasting die kennelijk per kwartaal verschuldigd was, werd niet betaald.

Vanaf de aanvang van het faillissement heeft de curator bij diverse gelegenheden de bestuurder gevraagd om de volledige administratie, boeken, bescheiden en andere gegevensdragers ten aanzien van [G] te overhandigen. Hieraan is niet voldaan.

7. Een geschrift, zijnde een geprinte e-mail van [e-mailadres 1] @hotmail.com ([verdachte]) van 21 maart 2016 aan [betrokkene 19] , met documentcode DOC-003 (pagina 879 - 880).

Ik heb geen crediteurenadministratie. Ik heb ook geen overeenkomsten die ik heb gesloten met derden en ook geen contracten tussen [G] B.V. en derden afgesloten om (schoonmaak)werkzaamheden te verrichten. Van de kas-opnames heb ik geen administraties gehouden, daardoor kan ik geen stukken hierover leveren. Ik beschik niet over een balans en winst- en verliesrekening.

Op naam van [G] B. V. staat een bankrekening ([007]). [G] B. V. heeft geen andere bankrekeningen.

8. Een geschrift, zijnde een kopie van de ABN AMRO betaalpas met rekeningnummer [007] en pasnummer [...] t.n.v. [betrokkene 3] en [G] met documentcode DOC-008 (pagina 930).

9. Een geschrift, zijnde een uittreksel van de Kamer van Koophandel van 10 februari 2017 betreffende [G] met documentcode DOC-009 (pagina 931 tot en met 932).

Vestiging	008
Vestigingsnummer	G
Handelsnaam	a-straat 1 , plaats
Bezoekadres	postbus 1 , plaats
Postadres curator	
Telefoonnummer	telefoonnummer 1
Datum vestiging	17-03-2009
Activiteiten	SB-code: 9129 - Overige reiniging; Het (doen) exploiteren van een schoonmaakbedrijf.
Werkzame personen	1

Enig aandeelhouder	
Naam	verdachte
Geboortedatum en -plaats	geb.datum, geb.plaats
Adres	a-straat 1, plaats
Enig aandeelhouder sedert	19-09-2014 (datum registratie: 19-09-2014)

Bestuurder	
Naam	verdachte
Geboortedatum en -plaats	geb.datum, geb.plaats
Adres	a-straat 1, plaats
Datum in functie	18-09-2014 (datum registratie: 19-09-2014)
Titel	Algemeen directeur
Bevoegdheid	Alleen/zelfstandig bevoegd

10. Een geschrift, zijnde een uittreksel van de Kamer van Koophandel van 6 maart 2017 betreffende Vof [G] , met documentcode DOC-010 (pagina 933).

.....
 * Op 01-12-2011 is geregistreerd dat de onderneming is overgedragen met *
 * ingang van 25-11-2011.
 * Laatste stond ingeschreven:

Vennootschap:
 Rechtsvorm : Vennootschap onder firma
 Naam : G
 Oprichting : 03-05-2011
 Duur : Onbepaald
 Ontbinding : 25-11-2011

Onderneming:
 Handelsna(a)m(en) : G
 Vestigingsnummer : 009
 Adres : b-sstraat 1-2, plaats
 Telefoonnummer(s) : telefoon 1/ tel 2
 E-mailadres :@hotmail.com
 Datum vestiging : 03-05-2011
 Bedrijfsomschrijving : Schoonmaakbedrijf
 Werkzame personen : 2

Venno(o)t(en):
 Rechten t.o.v. derden : De vennoten zijn onbeperkt bevoegd.

Naam : verdachte
 Geboortedatum en -plaats : geb.datum, geb.plaats
 Adres : a-sstraat 1, plaats
 Toetreding tot vennootschap : 03-05-2011
 Bevoegdheid : Onbeperkt bevoegd

Naam : betrokkene 4
 Geboortedatum en -plaats : geb.datum, geb.plaats
 Adres :
 Toetreding tot vennootschap : 03-05-2011 c-sstraat 1
 Bevoegdheid : Onbeperkt bevoegd

11. Een geschrift, zijnde een uittreksel van de Kamer van Koophandel van 10 februari 2017 betreffende eenmanszaak [G] , met documentcode DOC-011 (pagina 934).

.....
 * Op 02-10-2014 is geregistreerd dat de activiteiten zijn gestaakt met
 * ingang van 02-10-2014.
 * Laatste stond ingeschreven:

Onderneming:
 Handelsna(a)m(en) : G
 Rechtsvorm : Eenmanszaak
 Vestigingsnummer : 009
 Adres : d-sstraat 1, plaats
 Telefoonnummer(s) : telefoon1
 E-mailadres :@hotmail.com
 Datum vestiging : 25-11-2011
 De huidige eigenaar drijft :
 de onderneming sinds : 25-11-2011
 Bedrijfsomschrijving : Schoonmaakbedrijf
 Werkzame personen : 3

De onderneming wordt gedreven voor rekening van:

Naam : verdachte
 Geboortedatum en -plaats : geb.datum, geb.plaats
 Adres : a-sstraat 1

12. Het vonnis van de rechtbank Amsterdam van 8 december 2015 betreffende de faillietverklaring van [G] , met documentcode DOC-012 (pagina 935 - 936).

Dit vonnis houdt in, voor zover van belang en zakelijk weergegeven:

De beslissing

De rechtbank:

- verklaart [G] voornoemd in staat van faillissement

- Dit vonnis is gewezen door M.J.E. Geradts en in het openbaar uitgesproken op 8 december 2015 te 13.20 uur.

13. Een geschrift, zijnde een overzicht van bankmutaties op bankrekeningnummer [007] t.n.v. [G] van 26 oktober 2014 tot en met 31 december 2015, met documentcode DOC-013 (pagina 937).

Bankmutaties op bankrekeningnummer 007 t.n.v. G					
van 26 oktober 2014 tot en met 31 december 2015					
Rubriek	Betaald	Aantal mutaties	Ontvangen	Aantal mutaties	
5	€ 4.100,00	4			
6	€ 875,00	2			
7	€ 100,00	1			
8	€ 1.600,00	3			
H	€ 24.100,00	2			
Belastingdienst	€ 397,00	2			
CJIB	€ 1.311,00	3			
Correctie geldopname			€ 2.000,00	1	
I	€ 6.000,00	2	€ 2.010,00	2	
I Derdengelden	€ 5.000,00	1			
J	€ 200,00	1			
K Geldopname	€ 178.190,00	120			
L	€ 59.430,00	14			
G	€ 4.300,00	3	€ 1.300,00	1	
Kamer van Koophandel	€ 92,00	3			
Lenen	€ 4.000,00	5	€ 10,00	1	
9	€ 300,00	1			
10	€ 3.600,00	2	€ 727,00	2	
11	€ 25,40	1	€ 25.379,76	1	
L	€ 3.606,40	16			
Omzet			€ 276.279,87	116	
Overige transacties	€ 2.869,37	80			
Parkeerkosten	€ 153,99	37			
M Reizen	€ 2.494,00	11			
N	€ 500,00	1			
Salaris	€ 24.479,68	17			
N Storting	€ 512,30	1			
12	€ 6.300,00	4	€ 39.530,00	8	
Telefoonkosten	€ 947,00	6	€ 10,00	1	
O	€ 1.131,49	3			
P	€ 305,06	2			
Eindtotaal	€ 338.919,69	348	€ 347.246,63	133	

14. Een geschrift, zijnde een brief van [betrokkene 20] van 16 maart 2016 aan [G] B.V. t.a.v. [verdachte] , met documentcode DOC-034 (pagina 982 tot en met 984).

Dit geschrift houdt in, voor zover van belang en zakelijk weergegeven:

De volledige administratie diende uiterlijk 8 maart 2016 te 12.00 uur hier op kantoor te worden afgeleverd. Op deze datum leverde u mij bijgaande losse stukken aan, waarvan sommige salarisspecificaties dubbel of viervoudig zijn aangeleverd. De door u aangeleverde, stukken kunnen niet als volledige administratie worden aangemerkt.

De volgende stukken zijn niet aangeleverd:

- Corporate file;
- Personeelsdossier/salarisadministratie;
- Debiteurenadministratie;
- Crediteurenadministratie;
- Overeenkomsten;
- Belastingdossier;
- Bankafschriften;
- Kas-opnames;
- Leningen;

- Balans en Winst- en verliesrekening.

15. Een geschrift, zijnde een overzicht van bankmutaties op bankrekeningnummer [008] t.n.v. [betrokkene 3] h/o [G] van 1 januari 2014 tot en met 29 april 2016, met documentcode DOC-036 (pagina 1020).

Bankmutaties op bankrekeningnummer 008		t.n.v. betrokkene 3 h/o		
G van 1 januari 2014 tot en met 29 april 2016				
Rijlabels	Betaald	Aantal mutaties	Ontvangen	Aantal mutaties
betr 5	€ 4.100,00	5		
13	€ 4.725,74	14		
6	€ 1.491,00	3	€ 8.675,00	9
08	€ 700,00	1		
R	€ 1.650,00	3		
	€ 50.000,00	2		
Belastingdienst	€ 6.566,00	9		
Beltegoed.nl	€ 199,95	12		
RR	€ 1.475,00	2		
S	€ 100.000,00	6	€ 4.000,00	2
T	€ 19.800,00	2		
geldeninzake beslag	€ 11.861,15	1		
ü	€ 471.560,00	100		
uu	€ 245.950,00	12		
v w G bett.:14	€ 24.400,00	7	€ 6.700,00	5
G	€ 35,00	1		
Kosten ABN AMRO	€ 1.310,00	2	€ 4.300,00	3
15 16	€ 3.047,64	28	€ 50,00	1
3	€ 4.000,00	2	€ 8.485,00	4
L	€ 21.400,00	2		
	€ 3.000,00	2	€ 4.000,00	2
Opbrengsten	€ 1.103,24	5		
Overige transacties			€ 234.271,46	101
Parkeren	€ 5.230,73	96	€ 1.587,42	4
Pinopname	€ 176,67	52		
X	€ 174.813,49	164		
reis- en verblijfkosten	€ 6.321,92	1		
V	€ 4.399,50	10		
z AA	€ 1.150,00	2		
	€ 3.461,00	1	€ 3.461,00	1
Startina			€ 1.934,06	1
17			€ 895.000,00	162
12			€ 2.900,00	1
	€ 6.800,00	5		
tefort	€ 207,00	9		
-Mobile	€ 3.204,74	18		
zekeringen	€ 467,89	17		
dtotaal	€ 1.184.707,66	596	€ 575,34	5
			€ 1.175.939,28	301

16. Een proces-verbaal van verhoor verdachte van 4 juni 2017, in de wettelijke vorm opgemaakt door de daartoe bevoegde opsporingsambtenaren, [verbalisant 3] en [verbalisant 1], beiden opsporingsambtenaar en rechercheur, werkzaam bij de Belastingdienst/FIOD, met documentcode V-001-003 (pagina 651 tot en met 667).

Dit proces-verbaal houdt onder meer in de verklaring van de verdachte (A), voor zover van belang en zakelijk weergegeven:

V: Wij tonen gehoorde een e-mail afkomstig van [e-mailadres 1] die op maandag 21 maart 2016 is verstuurd aan [e-mailadres 2]: Wat in deze e-mail staat dat klopt en daar ben ik het mee eens.

V: Wij tonen gehoorde een kopie van de ABN AMRO betaalpas die op naam staat van [betrokkene 3] en [G]. Het betreft de betaalpas met pasnummer [...] met betrekking tot rekeningnummer [007]. Van wie is deze bankpas? A: Die bankpas is van mij. Ik ben die [betrokkene 3].

V: Wij tonen gehoorde een totaaloverzicht van de bankmutaties over de periode 26 september 2014 tot en met 31 december 2015 van de bankrekening op naam van [G]. We zien dat er op deze rekening een bedrag van € 176.190,- contant is opgenomen. A: Het kan salaris van mij zijn. Het kan ook salaris van andere medewerkers zijn."

6. De aanvullende bewijsoverweging van het hof houdt, voor zover hier van belang, het volgende in:
"Bedrieglijke bankbreuk (faillissementsfraude)

De raadsman van de verdachte heeft ter terechtzitting in hoger beroep bepleit dat de verdachte van het onder 1 ten laste gelegde dient te worden vrijgesproken, aangezien de verdachte niet het voorwaardelijk opzet heeft gehad op het bedrieglijk tekort doen van de schuldeisers.

Het hof overweegt als volgt.

De verdachte wordt onder het eerste ten laste gelegde feit verweten dat hij zich in de periode van 18 september 2014 tot en met 8 december 2015 heeft schuldig gemaakt aan faillissementsfraude (benadeling van de rechten van schuldeisers). Deze faillissementsfraude zou zijn gepleegd door - kort gezegd - enerzijds goederen (geldbedragen) aan de boedel van de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid [G] , waarvan de verdachte bestuurder was, te onttrekken en anderzijds door geen deugdelijke administratie bij te houden. Daarnaast zou de verdachte de administratie niet in haar geheel aan de curator in het faillissement van [G] B.V. hebben overhandigd.

Het hof stelt voorop (Hoge Raad 9 februari 2010, ECLI:NL:HR:2010:BI4691) dat de bewoordingen 'ter bedrieglijke verkorting van de rechten van zijn schuldeisers' in artikel 343 van het Wetboek van Strafrecht tot uitdrukking brengen dat de verdachte het opzet moet hebben gehad op de verkorting van de rechten van de schuldeisers, dat voorwaardelijk opzet in dat verband voldoende is en dat derhalve voor het bewijs van het opzet ten minste is vereist dat de handeling van de verdachte de aanmerkelijke kans op verkorting van de rechten van de schuldeisers heeft doen ontstaan. De eis dat de rechten van de schuldeisers ook daadwerkelijk zijn verkort als gevolg van het handelen van de verdachte, wordt niet gesteld. Daarbij geldt echter ook (Hoge Raad 7 februari 2017, ECLI:NL:HR:2017:166) dat het niet of onvoldoende voeren van een administratie niet zonder meer de aanmerkelijke kans op verkorting van de rechten van schuldeisers doet ontstaan.

Het hof verenigt zich met hetgeen de rechtbank met betrekking tot het bewijs heeft overwogen in paragraaf 3.1.2. tot en met paragraaf 3.1.4 en paragraaf 3.1.6. van het vonnis en neemt deze overwegingen over. Het hof vervangt paragraaf 3.1.5. door het navolgende:

Anders dan de rechtbank acht het hof bewezen, op grond van de feiten en omstandigheden die in de bewijsmiddelen zijn vervat, dat de verdachte heeft gehandeld met vol opzet in plaats van voorwaardelijk opzet. Uit de bewijsmiddelen volgt dat het vanaf de aanvang van [G] voor de verdachte duidelijk was dat deze B.V. op een faillissement afstevende en ook dat het opzet van de verdachte daarop gericht was. De verdachte heeft vanaf het begin nagelaten pensioenpremies af te dragen en omzetbelasting of aanslagen loonheffing te betalen. Daar komt bij dat de verdachte van aanvang aan bewust de verplichting tot het voeren van een deugdelijke administratie niet is nagekomen. Voorts heeft de verdachte een aanzienlijk bedrag aan de boedel onttrokken. De inkomsten van de B.V. werden contant opgenomen en sommige klanten maakten het geld niet naar de rekening van de B.V. over, maar - op verzoek van de verdachte - naar de rekening van de vroegere eenmanszaak van de verdachte. De verdachte was enig bestuurder en aandeelhouder van de B.V. en heeft zich vanaf de aanvang niets aangetrokken van de verplichtingen die het besturen van een B.V. meebrengt. Gelet op de bewijsmiddelen in hun onderlinge verband beziend is het hof van oordeel dat de verdachte willens en wetens de rechten van de schuldeisers heeft verkort.

Het verweer van de verdachte dat hij de hiervoor omschreven opzet niet had, maar dat hij zich niet had verdiept in de regels die gelden voor het runnen van een onderneming en dat hij niet wist dat onder andere contante betalingen vastgelegd dienen te worden en geen benul had van wat een winst- en verliesrekening is, treft gelet op het vorenstaande geen doel."

7. De overwegingen in het vonnis van de rechtbank van 7 december 2018 waarnaar het hof verwijst, zijn de volgende:

“3.1.2. Uit het dossier blijkt onder meer het volgende. Verdachte heeft samen met een vriend een schoonmaakbedrijf opgestart en op 3 mei 2011 hebben zij dat bedrijf, een vennootschap onder firma (vof), genaamd [G] , bij de Kamer van Koophandel ingeschreven. Nadat de vennoten uit elkaar waren gegaan, is de vof omgezet naar een eenmanszaak. Mede omdat verdachte met zijn eenmanszaak geen offertes kon indienen bij scholen waar hij met zijn bedrijf schoonmaakwerkzaamheden wilde gaan uitvoeren, heeft hij op 18 september 2014 een bv overgenomen en ingeschreven in het Handelsregister. Deze bv heeft hij [G] genoemd. Verdachte was enig aandeelhouder en enig bestuurder van deze bv. Op 9 september 2015 heeft de rechtbank Amsterdam een faillissementsaanvraag ter zake van [G] ontvangen en op 8 december 2015 heeft zij het faillissement uitgesproken. Er is toen ook een curator benoemd. Laatstgenoemde heeft een melding van faillissementsfraude gedaan.

3.1.3. Uit onderzoek is gebleken dat verdachte zich als bestuurder van [G] van meet af aan niet aan zijn verplichtingen heeft gehouden. Hij heeft vanaf het begin de aanslagen loonheffing onbetaald gelaten, geen omzetbelasting betaald en geen pensioenpremies afgedragen. Verdachte heeft ook zijn administratieve verplichtingen verzaakt. Hij heeft geen deugdelijke boekhouding bijgehouden of laten bijhouden; er was bijvoorbeeld geen winst- en verliesrekening en ook geen crediteuren- en debiteurenadministratie. Hierdoor was het voor de curator niet mogelijk de rechten en verplichtingen van de bv vast te stellen.

3.1.4. Uit onderzoek is gebleken dat in de periode van 31 oktober 2014 tot en met 6 december 2015 door middel van 120 geldopnames in totaal € 176.190,- is opgenomen van de bankrekening van [G] met de ABN AMRO-betaalpas die op naam stond van [betrokkene 3] (alias van verdachte) en [G] Het personeel van de bv heeft in totaal € 35.882,10 contant aan salarissen betaald gekregen. Wat er met de rest van de contante opnames is gebeurd, is niet duidelijk of niet verantwoord. In de periode van 29 oktober 2014 tot en met 6 augustus 2015 is door klanten van [G] in totaal € 68.333,48 overgemaakt naar de bankrekening van de eenmanszaak [G] . Dat bedrag is dus niet op de rekening van de bv terechtgekomen terwijl dat wel had moeten.

3.1.5. [deze paragraaf is door het hof vervangen, zie randnummer 6, A-G]

3.1.6. Hoewel de curator heeft gemeld dat verdachte bij diverse gelegenheden is gevraagd de volledige administratie, boeken, bescheiden en gegevensdragers van zijn bv te overhandigen en hij daaraan niet heeft voldaan, kan niet worden bewezen dat hij, zoals is ten laste gelegd, in de periode van 18 september 2014 tot en met 8 december 2015 de administratie van [G] B.V. niet (geheel) heeft overhandigd aan de curator in het faillissement, omdat de curator pas vanaf 8 december 2015 in beeld is gekomen.”

8. Blijkens het proces-verbaal van de terechtzitting in hoger beroep van 19 mei 2020 heeft de verdachte aldaar het volgende verklaard:

“U houdt mij voor dat ik op 18 september 2014 begonnen ben als algemeen aandeelhouder en directeur van [G] B.V en dat ik daarvoor een VOF en een eenmanszaak had, genaamd [G] . Dat is juist. Het klopt dat ik ook wel [G] genoemd word. Op advies van mijn accountant ben ik overgegaan op een B.V. Ik heb met mijn accountant besproken wat ik daar allemaal voor moest doen. Ik weet niet meer wat wij toen hebben besproken en of wij hebben besproken welke verplichtingen daarbij komen kijken. Dat is heel lang geleden. Ik wist dat ik een boekhouding moest bijhouden toen ik begon met de B.V. Ik had een accountant. U deelt mee dat de boekhouding niet op orde was, dat het faillissement is uitgesproken, mr. Jonckers als curator is aangewezen en dat mr. Jonckers heeft geconstateerd dat er onder andere geen salarisspecificaties, crediteurenadministratie en balans- en verliesrekening aanwezig waren. [betrokkene 5] was verantwoordelijk voor de boekhouding, omdat ik in [plaats] was. Ik weet niet meer precies wanneer ik daar was. Ik ben een jaar in [plaats] gebleven.

U houdt mij de bevindingen van de FIOD voor, waaruit blijkt dat ik op 14 september 2015 een oproep heb gekregen om naar de rechtbank te komen in verband met het aankomende faillissement van [G] en dat ik vier dagen later een ticket heb gekocht naar [plaats] . U deelt mee dat ik toen in Nederland was en verantwoordelijk was voor de boekhouding. Ik wil geen verkeerde dagen noemen. Ik heb een periode in [plaats] verbleven en in die periode was [betrokkene 5] verantwoordelijk voor de boekhouding. U deelt mee dat niet uit de stukken blijkt dat ik in die periode naar [plaats] ben geweest en dat de boekhouder heeft verklaard dat hij mij op verschillende moment heeft gezegd dat de boekhouding in orde moest komen, maar dat dat niet gebeurde en dat hij geen [betrokkene 5] kende. Ik spreek niet goed Nederlands. [betrokkene 5] heeft altijd het contact onderhouden met de accountant, via e-mail of telefonisch. Er was dus wel contact tussen [betrokkene 5] en de accountant. U deelt mee dat de accountant, [betrokkene 18] , niets heeft verklaard over [betrokkene 5] en dat hij heeft verklaard dat hij enkel met mij heeft gesproken. U deelt mee dat ik uiteindelijk verantwoordelijk was voor de boekhouding. Ik heb deze vragen reeds bij de FIOD beantwoord. Ik heb bij de FIOD naar waarheid verklaard. Ik ging ervan uit dat de accountant de boekhouding bij zou houden. In de periode dat ik in [plaats] was, heeft [betrokkene 5] deze taak van mij overgenomen. Na terugkomst uit [plaats] heb ik stukken gevonden en aan de curator gegeven.

Mijn bedrijf zag op het verrichten van schoonmaakwerkzaamheden voor horecabedrijven. U merkt op dat zodra de horecabedrijven betaalden, de betalingen door middel van pinopnames steeds werden opgenomen. Ik heb veel gepind om mijn werknemers te betalen. U geeft aan dat de salarissen van de werknemers ongeveer € 35.000,00 bedroegen, terwijl ruim € 170.000,00 is opgenomen. Op het moment dat ik in Nederland was, werd er gewerkt. Die € 35.000,00 heb ik opgenomen om salarissen te betalen. De rest was mijn salaris. Ik heb € 10.000,00 aan pensioenpremie betaald. Ik heb met [betrokkene 18] over veel dingen gesproken, zoals over belastingen. Ik ging ervan uit dat het betaald was door [betrokkene 5] . Mijn probleem was dat ik veel vertrouwen in hem had. Dat komt omdat ik hem, zijn vrouw en zijn familie in [plaats] ken. Hij woont al 20 jaar in Europa en in Nederland. Hij verstaat de Nederlandse taal erg goed. Ik ging ervan uit dat hij zulke zaken goed kon managen. Volgens hem had hij ook kennis van boekhouding, pensioenafdrachten en dat soort dingen. U merkt op dat de raadsheer-commissaris hem niet heeft kunnen vinden. Hij zit in de gevangenis in [plaats] . Ik ging naar hem op zoek in [plaats] , omdat hij mij deze ellende heeft bezorgd. Hij weigerde mij te ontmoeten.

U vraagt mij waarom gelden die aan de B.V. toekwamen zijn gestort op de bankrekening van de eenmanszaak. Ik weet niet meer waarom dat is gebeurd. Dat is al zo lang geleden. Dat is fout gegaan, maar dat is niet op mijn verzoek gebeurd. De restauranteigenaar heeft toevallig naar de verkeerde rekening overgemaakt. De eenmanszaak en B.V. lijken op elkaar. Het is verkeerd ingeboekt in hun administratie en de oude bankrekening is gebruikt in plaats van die van de B.V. U vraagt mij waarom ik die gelden niet ogenblikkelijk over heb gemaakt naar de bankrekening van de B.V. Ik hield mij bezig met schoonmaken en afwassen. De boekhouding heb ik aan [betrokkene 5] overgelaten. Hij had het bedrag onmiddellijk naar de bankrekening van de B.V. moeten storten, maar dat heeft hij niet gedaan. [betrokkene 5] verzorgde niet de boekhouding van de eenmanszaak. Ik kreeg toen wel advies van hem. U vraagt mij hoe [betrokkene 5] dan kon weten dat er een bedrag op de bankrekening van de eenmanszaak was gestort. Beide bankpasjes waren in het bezit van [betrokkene 5] , omdat ik in [plaats] was. Mijn moeder was ziek.

U vraagt mij waarom de bankpas op naam van [familienaam] staat. Ik had een volledige naamreeks toen ik in Nederland kwam, namelijk [familienaam] . Bij mijn naturalisatie is mijn naam verkort en heb ik gekozen voor [verdachte] .”

9. Op diezelfde terechtzitting heeft de advocaat van de verdachte het woord gevoerd ter verdediging. De pleitnota – gehecht aan het proces-verbaal van de terechtzitting van 19 mei 2020 – houdt voor zover hier van belang in (de voetnoten laat ik weg, A-G)¹:

7. Wat moet worden vastgesteld is dat een ontoereikende administratie werd gevoerd, dat verdachte zich daarvan bewust was, dat dit alles uiteindelijk ook is gepaard gegaan met het invoegend besef dat de aanmerkelijke kans bestond dat de schuldeisers door het ontbreken van een voldoende administratie uiteindelijk benadeeld zouden worden, en dat een faillissement is gevolgd.

Ondeugdelijke boekhouding

8. De eerste stap kan snel genomen worden. Dat de boekhouding een bende was wordt niet betwist. Echter levert dit nog niet zonder meer de aanmerkelijke kans op verkorting van de rechten van schuldeisers op.

Wetenschap ondeugdelijke boekhouding

9. Het niet correct voeren van een administratie kán nadelig zijn voor schuldeisers. Dat in het algemeen te voorzien is dat het niet voeren van een administratie de belangen van schuldeisers kan schaden, maakt nog niet dat ook is gehandeld ter bedrieglijke verkorting van schuldeisers. Cliënt verklaarde:

Die stress is begonnen toen mijn bedrijf, [G] , failliet is verklaard. Ik was op dat moment in [plaats] . Een maand later kwam ik weer terug in Nederland en toen heb ik gelijk contact opgenomen met de curator. Ik heb toen mijn administratie bij de boekhouder opgehaald en aan de curator gegeven. De curator zei dat er dingen niet goed waren. Maar ik was daarvan niet op de hoogte. Toen ik in [plaats] zat, nam iemand anders mijn zaken weer. De persoon die de zaken voor

10. Cliënt verklaarde ook:

wordt uitbetaald. Ik had wel altijd loonstroken voor het personeel. Maar die mevrouw die voor mij werkte, werd contant betaald. Dat weet ik honderd procent zeker uit mijn hoofd. Mijn eigen salaris nam ik ook altijd contant op. Ik maakte dat niet over naar mijn bankrekening. U vraagt mij wat mijn salaris was. Dat weet ik niet precies. Ik dacht 1.900 of 2.000 euro per maand. U zegt mij dat contante betalingen vastgelegd moeten worden. Hoezo moet dat? Ik weet toch dat ik die mevrouw contant heb uitbetaald. Ik weet nog dat ik dat deed omdat zij tegen mij had gezegd dat haar

En ook:

Antwoord gehoorde:

Ik begrijp deze hele zin niet, Wat is Balans en Winst- en verliesrekening. U legt mij uit wat dit betekend. Maar ik begrijp het niet. Had ik een papier moeten geven met daarop de winst en de verlies? Dat doe je toch aan het einde van het jaar? Dat zijn de jaarcijfers? Ik heb één keer jaarcijfers gemaakt voor mijn bedrijf. Dat heeft [betrokkene 18] voor mij gedaan. Ik weet niet meer of die jaarcijfers waren opgemaakt voor mijn eenmanszaak of mijn bv. Ik weet alleen dat het één keer is.

Wetenschap mogelijk faillissement

11. Wetenschap dat het faillissement niet kan worden voorkomen is niet ook wetenschap dat het faillissement zal volgen. Cliënt dacht het faillissement nog te kunnen voorkomen en heeft dit, tot na zijn terugkeer uit [plaats] , niet zien aankomen:

van plan een zaak aan te spannen tegen het pensioenfonds dat het faillissement van [G] B.V. heeft uitgesproken. Ik was het hier niet mee eens. Maar de curator zei tegen mij dat mijn bedrijf al failliet verklaard was. Dat het over en uit was. Dit terwijl ik die schuld bij de Belastingdienst gewoon had kunnen aflossen met behulp van een regeling. Met de Belastingdienst kun je tenminste praten over een oplossing. Bent u het ook niet met mij eens dat het een hele foute beslissing van het pensioenfonds is om mijn bedrijf failliet te laten verklaren?

Opzet verdachte op verkorting schuldeisers

12. Cliënt heeft geen opzet gehad om eventuele schuldeisers bedrieglijk te verkorten. Cliënt heeft het bedrijf naar eer en geweten gevoerd en heeft hierbij de verkeerde mensen vertrouwd.”

Juridisch kader

10. De tenlastelegging onder feit 1 primair is toegesneden op art. 343, aanhef en onder 1° en 4°, (oud) Sr. De in de bewezenverklaring voorkomende bewoordingen “ter bedrieglijke verkorting van de rechten van de schuldeiser(s)” van de genoemde rechtspersoon moeten worden geacht daarin te zijn gebezigd in de betekenis die deze woorden hebben in die bepaling.

11. Art. 343 (oud) Sr luidde tot 1 juli 2016, voor zover hier relevant:

“De bestuurder of commissaris van een rechtspersoon welke in staat van faillissement is verklaard, wordt gestraft met gevangenisstraf van ten hoogste zes jaren of geldboete van de vijfde categorie, indien hij ter bedrieglijke verkorting van de rechten der schuldeisers van de rechtspersoon:

1°. hetzij lasten verdicht heeft of verdicht, hetzij baten niet verantwoord heeft of niet verantwoordt, hetzij enig goed aan de boedel onttrokken heeft of onttrekt;

(...)

4°. niet voldaan heeft of niet voldoet aan de op hem rustende verplichtingen ten opzichte van het voeren van een administratie ingevolge artikel 10, eerste lid, van Boek 2 van het Burgerlijk Wetboek, artikel 15i, eerste lid, van Boek 3 van het Burgerlijk Wetboek of artikel 5, eerste lid, van de Wet op de formeel buitenlandse vennootschappen in samenhang met artikel 10, eerste lid, van boek 2 van het Burgerlijk Wetboek, en het bewaren en te voorschijn brengen van boeken, bescheiden en andere gegevensdragers in die artikelen bedoeld.”

12. Bij de beoordeling van het middel moet worden vooropgesteld – zoals ook door het hof in het arrest is gedaan – dat de zinsnede (in de aanhef) “ter bedrieglijke verkorting van de rechten van de schuldeisers van de rechtspersoon” tot uitdrukking brengt dat de verdachte het opzet moet hebben gehad op de verkorting van de rechten van deze schuldeisers. Opzet kan worden aangenomen wanneer het niet anders kan dan dat de verdachte iets ‘moet hebben geweten’, waarbij algemene ervaringsregels, de aard van de gedraging en de omstandigheden waaronder deze is verricht van betekenis zijn.² Voorwaardelijk opzet is in dit verband voldoende. Daarom is voor het bewijs van dit opzet ten minste vereist dat de handeling van de verdachte de aanmerkelijke kans op verkorting van de rechten van de schuldeisers van de rechtspersoon heeft doen ontstaan.³ Niet hoeft komen vast te staan dat de rechten van de schuldeisers ten gevolge van het handelen van de verdachte daadwerkelijk zijn verkort.⁴ Daarnaast doet het niet of onvoldoende voeren van een administratie niet zonder meer de aanmerkelijke kans op verkorting van de rechten van schuldeisers ontstaan. Indien op basis van de bewijsvoering kan worden vastgesteld dat van een dergelijke aanmerkelijke kans wel sprake zou zijn geweest, volgt daaruit nog niet dat de verdachte die aanmerkelijke kans bewust heeft aanvaard.⁵

Bespreking van het middel

13. Anders dan de rechtbank – die tot een bewezenverklaring van voorwaardelijk opzet kwam – heeft het hof met zoveel woorden geoordeeld dat de verdachte vol opzet op de bedrieglijke

verkorting van de rechten van de schuldeisers heeft gehad. Het middel keert zich met een bewijsklacht tegen dat oordeel.

14. Het hof heeft onder meer het volgende vastgesteld. De verdachte wordt verbonden aan twee schoonmaakbedrijven: de eenmanszaak [G] en [G] (verder de B.V.). De eenmanszaak is op 2 oktober 2014 opgeheven. Van de B.V. was de verdachte enig aandeelhouder en algemeen bestuurder vanaf 18 september 2014. Op 8 september 2015 heeft de curator het faillissement van de B.V. aangevraagd en op 8 december 2015 heeft de rechtbank Amsterdam de B.V. in staat van faillissement verklaard. Daarnaast is vastgesteld dat er een bedrag van in totaal € 208.641,38 aan de boedel van de B.V. is onttrokken. Dat bedrag is als volgt opgebouwd. Verspreid over 120 pinopnames is in totaal € 176,190,00 van de rekening van de B.V. opgenomen. Een bedrag van in totaal € 68,333,48 is door klanten (horecagelegenheden) overgemaakt op de rekening van de eerder opgeheven eenmanszaak van de verdachte, terwijl dat bedrag blijkens verschillende facturen ten bate van de B.V. had moeten komen. Van dit totaal (€ 244,523,48) is een bedrag van (in totaal) € 35,882,10 aan contant betaalde salarissen door de verdachte afgetrokken; dit is van alle contant opgenomen bedragen het enige bedrag waarvoor een bestemming uit de beschikbare administratie kan worden afgeleid. Ook heeft het hof vastgesteld dat er geen premies en belastingen zijn afgedragen aan de Belastingdienst gedurende de periode dat de verdachte enig aandeelhouder en bestuurder van de B.V. was. Dit een en ander betekent, zo stelt het hof niet onbegrijpelijk vast, dat een aanzienlijk bedrag door de verdachte aan de boedel is onttrokken. Verder heeft het hof vastgesteld dat de administratie niet op orde was en dat een groot aantal stukken ontbrak. Eén van de bewijsmiddelen betreft een e- mailbericht waarin de verdachte met betrekking tot de B.V. erkent geen (deugdelijke) administratie te hebben bijgehouden (bewijsmiddel 7). Voor de eenmanszaak was dit kennelijk anders.

15. Het hof baseert het oordeel dat de verdachte vol (dus onvoorwaardelijk) opzet op de bedrieglijke verkorting van de rechten van de schuldeisers heeft gehad onder meer op de constatering dat het van de aanvang af voor de verdachte duidelijk was dat zijn B.V. op een faillissement afstevende en dat het opzet van de verdachte op dat faillissement gericht was. Daarin ligt als oordeel van het hof besloten, dat het gelet op de aard van verdachtes gedragingen (de uiterlijke verschijningsvorm ervan) en de omstandigheden waaronder deze zijn verricht, niet anders kan dan dat verdachte in dit verband 'moet hebben geweten' dat de schuldeisers daardoor mogelijk in hun rechten werden verkort. Dat oordeel is niet onbegrijpelijk, noch onvoldoende gemotiveerd. Daarbij wijst ik vooral op de vaststelling dat verplichte belastingen en premies nooit zijn afgedragen aan de Belastingdienst, en dat de bankrekening van de opgeheven eenmanszaak kennelijk bleef voortbestaan om daarop gelden te ontvangen die eigenlijk voor de B.V. waren bestemd. De verdachte heeft bovendien grote sommen geld van de bankrekening van de B.V. gepind zonder dat daarvan is vast te stellen waarvoor het bestemd was. Op vragen daarover heeft de verdachte geen concrete en verifieerbare antwoorden gegeven. Ook nadat het faillissement van de B.V. was aangevraagd, werden bedragen op die wijze aan de boedel van de B.V. onttrokken. Het niet voeren van een deugdelijke administratie hangt met deze omstandigheden nauw samen, nu daarmee klaarblijkelijk werd beoogd het zicht op de financiële kant van de zaak te verbergen

of vertroebelen. Doordat een deugdelijke administratie niet kon worden overgelegd, werd het terughalen van de geldbedragen bemoeilijkt en konden schuldeisers worden benadeeld.⁶ Het door het hof vastgestelde en door de stellers van het middel bestreden 'vol opzet' blijkt genoegzaam uit de inhoud van de gebezigde bewijsmiddelen.

16. Het eerste middel faalt.

III. Het tweede middel

17. Het tweede middel, gezien in samenhang met de toelichting daarop, klaagt met betrekking tot het onder 1 primair bewezenverklarde, voor zover zulks betrekking heeft op de bewaar- en

administratieplicht van de verdachte, dat het hof de verdachte heeft veroordeeld op grond van art. 343 (oud) Sr en het ten onrechte geen toepassing heeft gegeven aan het bepaalde in art. 344a Sr (op 1 juli 2016 in werking getreden), zodat, nu het hof heeft verzuimd bij de strafoplegging het ten gunste van de verdachte gewijzigde sanctierecht toe te passen, de strafoplegging ontoereikend is gemotiveerd.

Wettelijk kader

18. De bewezenverklaring is hiervoor opgenomen onder randnummer 4. Zoals hierboven in randnummer 10 reeds opgemerkt, is de tenlastelegging onder feit 1 primair toegesneden op art. 343, aanhef en onder 1° en 4°, (oud) Sr. In randnummer 11 is de inhoud van dit artikel, voor zover relevant, weergegeven. Ik verwijs daarnaar en herhaal hier slechts dat de maximumstraf in art. 343 (oud) Sr was bepaald op zes jaar gevangenisstraf of een geldboete van de vijfde categorie.

19. Op 1 juli 2016 is de Wet van 8 april 2016 (herziening strafbaarstelling faillissementsfraude) in werking getreden.⁷ Met die wetswijziging zijn de in art. 343, aanhef en onder 4°, (oud) Sr strafbaar gestelde gedragingen – die kort gezegd inhouden het opzettelijk niet-voldoen aan de administratie-, bewaar- en/of afgifteplicht – ondergebracht in het nieuwe art. 344a Sr. De artikelen 343 en 344a Sr luiden sindsdien, voor zover hier van belang:

Artikel 343 Sr

“Met gevangenisstraf van ten hoogste zes jaren of geldboete van de vijfde categorie wordt gestraft de bestuurder of commissaris van een rechtspersoon die wetende dat hierdoor een of meer schuldeisers van de rechtspersoon in hun verhaalsmogelijkheden worden benadeeld:

1°. voor de intrede van het faillissement, indien dit is gevolgd, of tijdens het faillissement enig goed aan de boedel heeft onttrokken of onttrekt;

2°. voor de intrede van het faillissement, indien dit is gevolgd, buitensporig middelen van de rechtspersoon heeft verbruikt, uitgegeven of vervreemd, dan wel hieraan heeft meegewerkt of daarvoor zijn toestemming heeft gegeven;

3°. voor de intrede van het faillissement, indien dit is gevolgd, of tijdens het faillissement een van de schuldeisers van de rechtspersoon op enige wijze wederrechtelijk heeft bevoordeeld of bevoordeelt.”

Artikel 344a Sr

“1. Hij die in staat van faillissement is verklaard, wordt gestraft met gevangenisstraf van ten hoogste vier jaren of geldboete van de vijfde categorie:

[...]

2. Met dezelfde straf wordt gestraft de bestuurder of commissaris van een rechtspersoon, indien: 1°. hij tijdens het faillissement van de rechtspersoon desgevraagd opzettelijk niet terstond, overeenkomstig de op hem rustende wettelijke verplichtingen ter zake, een ingevolge de wettelijke verplichtingen gevoerde en bewaarde administratie en de daartoe behorende boeken, bescheiden en andere gegevensdragers in ongeschonden vorm, zo nodig met de hulpmiddelen om de inhoud binnen redelijke termijn leesbaar te maken, aan de curator verstrekt;

2°. hij tijdens het faillissement van de rechtspersoon, of voor het faillissement indien dit is gevolgd, opzettelijk niet heeft voldaan aan of heeft bewerkstelligd dat werd voldaan aan de wettelijke verplichtingen tot het voeren van een administratie en het bewaren van de daartoe behorende boeken, bescheiden en andere gegevensdragers, ten gevolge waarvan de afhandeling wordt bemoeilijkt.”

20. De betreffende memorie van toelichting houdt over deze wijziging, voor zover hier van belang, het volgende in:⁸

“3. Algemene uitgangspunten

Dit wetsvoorstel ziet op verbetering van de faillissementsbepalingen in het Wetboek van Strafrecht. In 1886 zijn de faillissementsdelicten opgenomen in het wetboek als bijzondere vorm van bedrog. Het aspect van benadeling van schuldeisers stond hierbij voorop. Nauw verwant hieraan was de bescherming van kredietverlening, die van essentieel belang werd geacht voor een gezonde economie. De bankbreukbepalingen zijn opgenomen in een aparte titel, gewijd aan benadeling van schuldeisers of rechthebbenden. Een uitzondering hierop vormt de schending van de inlichtingenplicht die strafbaar is gesteld als misdrijf tegen het openbaar gezag

[...]

De voorgestelde modernisering van de bepalingen krijgt vorm over de hele linie van Titel XXVI van Boek 2. Bijna alle bepalingen worden aangepast met het oog op verbetering van de bruikbaarheid (in de zin van leesbaarheid, eenvoudigere toepassing) en effectiviteit. Het kabinet zet evenwel niet in op een volledig nieuw strafrechtelijk faillissementsrecht. Er wordt, voor zover niet uitdrukkelijk anders vermeld, geen breuk geforceerd met bestaande rechtspraak en indien mogelijk wordt de wettelijke terminologie gehandhaafd. Dit betekent dat ten aanzien van de in het voorstel gehandhaafde en onbesproken bestanddelen van de strafbepalingen inzake faillissementsfraude ook in het vervolg de uitleg zal gelden die daaraan bij invoering of sindsdien door wijziging of als gevolg van verduidelijking in de rechtspraak is gegeven.

[...]

4. De inlichtingenplicht en de administratieve verplichtingen

4.1 Inleiding

Het is voor de afwikkeling van een faillissement van groot belang dat de curator kan beschikken over de volledige administratie van de failliet. Ook dienen de failliet en andere direct betrokkenen beschikbaar te zijn om vragen van de curator en andere betrokkenen (bij de verificatievergadering) te beantwoorden. Deze medewerking is essentieel voor de mogelijkheden tot vereffening: zonder adequate informatie en medewerking kan de boedel van de failliet niet worden verdeeld en worden schuldeisers benadeeld. De curator zal immers niet kunnen vaststellen welke activa de onderneming nog bezit, of er vorderingen uitstaan etc.

[...]

4.3 De sleutelpositie van de administratie-, bewaar- en afgifteplicht bij bestrijding van faillissementsfraude

De handhaving van de administratie-, bewaar- en afgifteplicht is thans verspreid over verschillende delictomschrijvingen, de artikelen 340 tot en met 343 Sr. De huidige bepalingen – in het bijzonder de artikelen 341, onderdeel a, onder 4°, en 343, onderdeel 4°, Sr – laten te wensen over, vooral omdat deze bepalingen alleen gedragingen strafbaar stellen indien het vooruitzicht op het intreden van het faillissement, en in het verlengde daarvan opzet op de benadeling van schuldeisers, kan worden

bewezen. Buiten die omstandigheden is de instandhouding van een onvolkomen administratie, en daarmee ook bewuste onwetendheid, straffeloos. Dit wetsvoorstel wil hierin verandering brengen vanuit de gedachte dat een onvolledige administratie vrijwel altijd nadelige gevolgen voor de rechten van schuldeisers kan hebben. Belangrijk is voorts dat hierdoor vaak zowel in praktische als formele zin geen aanknopingspunten te vinden zijn om verder te rechercheren: door de lacuneuze boekhouding ontbreekt niet zelden cruciale informatie die bijvoorbeeld zou kunnen wijzen op strafbare onttrekking van goederen aan de boedel. Dit leidt in de praktijk tot het risico dat fraudeurs niet kunnen worden aangepakt.

Een strafbaarstelling van het niet naleven van de administratieve verplichtingen vervult in dit opzicht een sleutelpositie bij de bestrijding van faillissementsfraude. Het voorschrift gaat laakbaar handelen tegen dat een adequate afhandeling van het faillissement frustreert en biedt daarnaast een aangrijpingspunt om de gang van zaken rond een faillissement te kunnen onderzoeken en mogelijke fraudepraktijken bloot te leggen. Voorgesteld wordt de aangescherpte strafbaarstelling gewijd aan de administratie-, bewaar- en afgifteplicht op te nemen in nieuwe artikelen 344a en 344b Sr. Deze strafbepalingen worden in artikel 67, eerste lid, Sv aangemerkt als misdrijf waarvoor voorlopige hechtenis kan worden toegepast, waardoor adequate bevoegdheden tot opsporing voorhanden zijn.

In de voorgestelde nieuwe delictsomschrijvingen wordt gesproken van de «wettelijke verplichtingen tot het voeren van een administratie en het bewaren van de daartoe behorende boeken, bescheiden en andere gegevensdragers». Hiermee wordt bedoeld op de civielrechtelijke normen die ter zake zijn neergelegd in de artikelen 2:10 en 3:15i BW, alsmede artikel 5, eerste lid, juncto artikel 1, tweede lid, van de Wet op de formeel buitenlandse vennootschappen, die thans alle afzonderlijk worden genoemd in de artikelen 340 tot en met 343 Sr.

[...]

4.5 De administratieplicht en bewaarplicht

In de huidige artikelen 341, onderdeel a, onder 4°, en 343, onderdeel 4°, Sr is handhaving van de administratieplicht en bewaarplicht strafbaar gesteld als bedrieglijke bankbreuk. Voor deze misdrijven geldt het vereiste dat de dader opzet moet hebben gehad, in die zin dat hij met de gedraging bewust tenminste de aanmerkelijke kans heeft aanvaard op benadeling van schuldeisers. Dit betekent dat ten tijde van de strafbaar gestelde gedraging – het niet voeren of bewaren van de administratie – het vooruitzicht van een faillissement moet bestaan (vgl. Hoge Raad 5 april 2011, LJN:BP4391; Hoge Raad 16 februari 2010, LJN:BK4797). Dit laatste zal niet altijd gemakkelijk zijn te bewijzen, terwijl die omstandigheid voor de verwijtbaarheid van het nalatig gedrag minder van betekenis is. Prof. Hilverda heeft daarom het voorstel gedaan om overtreding van de boekhoud- en bewaarplicht zonder het opzet op het intreden van het faillissement strafbaar te stellen (Hilverda 2012, p. 25-43). In het voorgestelde artikel 344a Sr is het beschermde belang van het waarborgen van een betrouwbare basis voor afwikkeling van het faillissement vooropgesteld. Dit komt tot uitdrukking door het gevolg in de delictsomschrijving een plaats te geven. Opzet op het benadelen van de schuldeisers is niet langer vereist. Ten aanzien van het gevolg zal een eenvoudig bericht van de curator volstaan dat hij wordt gehinderd in zijn werkzaamheden.

Het centraal stellen van het gevolg laat ook de ruimte om overtredingen van de administratie- en bewaarplicht (anders dan de afgifteplicht) die weinig tot geen schade opleveren voor de afwikkeling van het faillissement buiten beschouwing te laten. In meerdere adviezen werd bepleit dat kleine overtredingen van de administratieplicht niet strafrechtelijk zouden moeten worden vervolgd. Verder kan, indien dit is aangewezen wegens afwezigheid van kwade bedoelingen, van strafrechtelijke vervolging van kleine en iets grotere onzorgvuldigheden worden afgezien op grond van het opportuniteitsbeginsel. Dat kan het geval zijn in het door de NVB genoemde voorbeeld, waarin door nijpend geldgebrek een laatste update door een boekhouder of controller niet meer heeft plaatsgevonden.

[...]

Artikel 343

De strafbepaling van artikel 343 Sr wordt eveneens gewijzigd. De bepaling die thans bestaat uit vier onderdelen, wordt gereduceerd tot drie onderdelen die zich concentreren op gedragingen van bestuurders en commissaris verricht met (voorwaardelijk) opzet op benadeling van schuldeisers van de rechtspersoon.

In het eerste onderdeel van artikel 343-nieuw Sr wordt het onttrekken van enig goed aan de boedel strafbaar gesteld. Omdat onder dit begrip ook zowel het verdichten van lasten als het niet verantwoorden van baten (thans naast het onttrekken als gedraging opgenomen in onderdeel 1^o) als het om niet of klaarblijkelijk beneden de waarde vervreemden (thans opgenomen in onderdeel 2^o) worden geschaard – zie de toelichting op artikel 341 Sr in paragraaf 5 –, komen laatstgenoemde onderdelen niet meer terug in de nieuwe delictsomschrijving.

In artikel 343 Sr zijn verder wijzigingen doorgevoerd op het punt van tot uitdrukking brengen van het vereiste aanvullend opzet. Dit geschiedt wederom door opnemng van het bestanddeel

«wetende dat hierdoor een of meer schuldeisers (van de rechtspersoon) in hun verhaalsmogelijkheden worden benadeeld». Ook is in de nieuwe delictsomschrijving expliciet aangegeven dat het gaat om handelingen die kunnen plaatsvinden tijdens het faillissement of vóór het faillissement, zoals die eerder in deze toelichting zijn besproken in het kader van het gewijzigde artikel 341 Sr. Naast de wijzigingen die in dat verband worden voorgesteld, worden de strafbare handelingen in artikel 343 Sr meer gericht op de specifieke situatie en context van de rechtspersoon. Daartoe wordt in een nieuw onderdeel 2^o het opzettelijk «buitensporig verbruiken, uitgeven of vervreemden van middelen van de rechtspersoon» strafbaar gesteld. Het gaat om een gedraging die identiek is aan het hierboven besproken artikel 342-nieuw Sr, en waaraan dezelfde uitleg toekomt, zij het dat het hier gaat om een strafbaarstelling waarbij de bestuurder bij zijn handelen het opzet moet hebben gehad op de benadeling van schuldeisers van de rechtspersoon in hun verhaalsmogelijkheden.”

21. Voorts dient het volgende te worden vooropgesteld. Ingeval na het begaan van het feit de delictsomschrijving is gewijzigd in voor de verdachte gunstige zin, is art. 1, tweede lid, Sr toepasselijk indien die wetswijziging voortvloeit uit een verandering van inzicht van de wetgever omtrent de strafwaardigheid van het vóór de wetswijziging begane strafbare feit. Hieronder moeten onder meer worden begrepen veranderingen in de bestanddelen van de delictsomschrijving en het vervallen van strafbaarstellingen. Voor regels van sanctierecht, die zowel het specifieke strafmaximum als meer algemene regels met betrekking tot de sanctieoplegging kunnen betreffen, geldt dat een sinds het plegen van het delict opgetreden verandering door de rechter met onmiddellijke ingang moet worden toegepast indien en voor zover die verandering in de voorliggende zaak ten gunste van de verdachte werkt.⁹ Dat betekent dat niet hoeft te worden getoetst aan de maatstaf van het gewijzigd inzicht van de strafwetgever omtrent de strafwaardigheid van de vóór de wetswijziging begane strafbare feiten. Ook eventueel door de wetgever geformuleerde bijzondere overgangsbepalingen zullen moeten passen binnen art. 7 EVRM, art. 15, eerste lid, en – voor zover van toepassing

– art. 49, eerste lid, Handvest van de Grondrechten van de Europese Unie. Indien dat laatste niet het geval is, zal de rechter deze bepalingen buiten toepassing moeten laten.¹⁰

22. Met de invoering van art. 344a Sr per 1 juli 2016 is zowel de daarop betrekking hebbende delictsomschrijving bijgesteld, alsook het op de aldaar strafbaar gestelde gedragingen gestelde strafmaximum aangepast. Uit de memorie van toelichting blijkt dat met de zelfstandige strafbaarstelling van de administratie- en bewaarplicht in het nieuwe art. 344a Sr is beoogd het belang van het waarborgen van een betrouwbare basis voor afwikkeling van het faillissement voorop te stellen. Daarbij is opzet op het benadelen van de schuldeisers niet langer vereist. Dit heeft een lagere bewijslast voor het openbaar ministerie tot gevolg, en zal voor de verdachte in de regel nadeliger zijn. Tegen die achtergrond is het maximum van de gevangenisstraf van zes jaren verlaagd naar vier jaren en dus naar een milder sanctieregime.

Bespreking van het middel

23. In het bestreden arrest valt onder het kopje "Toepasselijke wettelijke voorschriften" het volgende te lezen:

"De op te leggen straffen zijn gegrond op de artikelen 57, 343 en 349 van het Wetboek van Strafrecht, de artikelen 1, 2 en 6 van de Wet op de economische delicten, artikel 2:3a van de Wet op het financieel toezicht en de artikelen 2a, 3 en 16 van de Wet ter voorkoming van witwassen en financieren terrorisme.

Deze wettelijke voorschriften worden toegepast zoals geldend ten tijde van het bewezen verklaarde."

24. Het hof heeft de strafoplegging als volgt gemotiveerd:

"Oplegging van straffen

De rechtbank Amsterdam heeft de verdachte voor het in eerste aanleg onder 1 primair, 2, 3 en 4 bewezen verklaarde veroordeeld tot een gevangenisstraf voor de duur van 1 80 dagen, waarvan 75 dagen voorwaardelijk met een proeftijd van 2 jaar. Daarnaast heeft de rechtbank een taakstraf opgelegd van 150 uren, subsidiair 75 dagen hechtenis. Voorts heeft de rechtbank de verdachte ten aanzien van het onder 1 primair bewezen verklaarde ontzet van de uitoefening van het beroep van bestuurder van een rechtspersoon voor de duur van 3 jaren.

De advocaat-generaal heeft gevorderd dat de verdachte voor het onder 1 primair, 2, 3 en 4 ten laste gelegde zal worden veroordeeld tot een gevangenisstraf voor de duur van 270 dagen, waarvan 165 dagen voorwaardelijk met een proeftijd van 2 jaren en een taakstraf voor de duur van 240 uren, subsidiair 120 dagen hechtenis. Voorts heeft zij gevorderd dat de verdachte zal worden ontzet van de uitoefening van het beroep van bestuurder van een rechtspersoon voor de duur van 3 jaren.

De raadsman heeft verzocht om de verdachte bij een bewezenverklaring van ook feit 1 een straf op te leggen gelijk aan hetgeen de rechtbank heeft opgelegd en heeft daartoe aangevoerd dat de verdachte zijn lesje wel geleerd heeft.

Het hof heeft in hoger beroep de op te leggen straffen bepaald op grond van de ernst van de feiten en de omstandigheden waaronder deze zijn begaan en gelet op de persoon van de verdachte. Het hof heeft daarbij in het bijzonder het volgende in beschouwing genomen.

De verdachte heeft zich schuldig gemaakt aan faillissementsfraude. Hij heeft aanzienlijke geldbedragen onttrokken aan de boedel. Voorts heeft de verdachte zijn administratieve verplichtingen ernstig verzaakt en aldus kwam er voor de curator onvoldoende zicht op de boedel om de belangen van crediteuren te kunnen behartigen. De verdachte heeft op doelbewuste en frauduleuze wijze een jaar lang uit de opbrengsten van de B.V. zichzelf verrijkt. Daarbij heeft hij niet alleen instanties benadeeld, maar ook zijn eigen werknemers.

Anders dan de raadsman is het hof van oordeel dat de verdachte op geen enkele wijze zijn verantwoordelijkheid genomen heeft of berouw heeft getoond. Daar komt nog bij dat de verdachte voor bank heeft gespeeld en zich ook van de daarbij behorende regels niets heeft aangetrokken. De verdachte lijkt de mening te zijn toegedaan dat de door de overheid gestelde regelgeving niet voor hem geldt. Het hof acht de handelwijze van de verdachte dermate ernstig dat de door de rechtbank opgelegde straf geen recht doet aan de ernst van de feiten. Het hof ziet voorts in de persoonlijke omstandigheden van de verdachte geen strafverminderende factoren.

Het hof heeft acht geslagen op de straffen die in soortgelijke gevallen plegen te worden opgelegd en die hun weerslag hebben gevonden in de Oriëntatiepunten van het Landelijk Overleg Vakinhoud Strafrecht (LOVS). Daarin wordt bij een benadelingsbedrag zoals thans aan de orde een onvoorwaardelijke gevangenisstraf van 9-12 maanden genoemd. Dit geldt voor een first offender, hetgeen de verdachte blijktens het hem betreffende Uittreksel Justitiële Documentatie van 15 mei 2020 is.

Gelet op het vorenstaande ziet het hof geen enkele aanleiding van de oriëntatiepunten in het voordeel van de verdachte af te wijken en acht het hof een onvoorwaardelijke gevangenisstraf van 10 maanden passend en geboden. Voorts acht het hof de ontzetting van de verdachte van de uitoefening van het beroep van bestuurder van een rechtspersoon noodzakelijk voor na te noemen duur.”

25. Ik meen dat het hof ten onrechte aan de hiervoor genoemde wetswijziging is voorbijgegaan. Aangaande het onder 1 primair bewezenverklaarde had het hof in elk geval ook art. 344a Sr ten grondslag moeten leggen.¹¹ Omdat per 1 juli 2016 de regels van het sanctierecht ten gunste van de verdachte zijn veranderd, had het hof wat betreft (kort gezegd) de administratie- en bewaarplicht er blijk van moeten geven van het uit art. 344a Sr voortvloeiende mildere sanctieregime met een strafmaximum van vier jaren gevangenisstraf te zijn uitgegaan en had het dit artikel dus bij de toepasselijke wettelijke voorschriften moeten vermelden.¹²

26. Tot cassatie hoeft dit verzuim in het onderhavige geval evenwel niet te leiden. Naast het niet voldoen aan de administratie- en bewaarplicht die op de verdachte rustte, is immers bewezenverklaard dat de verdachte ter bedrieglijke verkorting van de rechten van de schuldeisers grote geldbedragen aan de boedel heeft onttrokken. Op dit onderdeel van de bewezenverklaring zijn de pijlen van het middel (uiteraard) niet gericht. En hoewel ook ten aanzien van dat onderdeel in art. 343 Sr enkele wijzigingen zijn aangebracht met de invoering van de Wet herziening strafbaarstelling faillissementsfraude, zijn die mijns inziens slechts van taalkundige aard. Géén verandering is aangebracht in het strafmaximum dat geldt voor dit strafbaar onttrekken van goederen aan de boedel terwijl (in de bewoordingen van de nieuwe bepaling) de bestuurder of commissaris van een rechtspersoon weet dat hierdoor een of meer schuldeisers van de rechtspersoon in hun verhaalsmogelijkheden wordt of worden benadeeld. De strafbedreiging betreft te dien aanzien nog altijd zes jaren gevangenisstraf.¹³

27. Het tweede middel faalt.

IV. Het derde middel

28. Het derde middel komt met twee deelklachten op tegen het oordeel van het hof dat de verdachte een gewoonte heeft gemaakt van het uitoefenen van het bedrijf van betaaldienstverlener; de bewezenverklaringen en/of kwalificatiebeslissingen van de feiten 2, 3 en 4 zouden onvoldoende met redenen zijn omkleed.

Tenlastelegging, bewezenverklaring, bewijsvoering en kwalificatie

29. Aan de verdachte is respectievelijk onder 2, 3 en 4 tenlastegelegd:

“2. hij, in of omstreeks de periode van 28 april 2015 tot en met 29 april 2016 te Amsterdam en/of (elders) in Nederland meermalen,

althans eenmaal, (telkens)

tezamen en in vereniging met een ander of anderen, althans alleen,

opzettelijk, zonder vergunning van De Nederlandsche Bank het bedrijf van betaaldienstverlener heeft uitgeoefend,

immers heeft/hebben hij, verdachte en/of zijn mededader(s)

bedrijfsmatig betaaldiensten verricht, door (o.a.) (telkens) opzettelijk,

op verzoek van en/of ten behoeve van

- Alnhua Agricultural Company en/of een groot aantal onbekend gebleven [...] boeren/personen en/of een of meer anderen, in elk geval een of meer betaler(s) en/of

- Hi Tech Seeds en/of Bayer Crop Science en/of Detia Degesch, in elk geval een of meer begunstigde(n),

- een groot aantal geldbedrag(en) (in contanten) in ontvangst genomen, (in totaal ongeveer 934.540,- euro) en/of

- (vervolgens) die/een groot aantal geldbedrag(en) gestort op de bankrekening van [G]

B.V. en/of de bankrekening van [verdachte] h/o [G] eenmanszaak en/of

- (vervolgens) die/een groot aantal geldbedrag(en) (in totaal ongeveer 926.940,- euro) overgemaakt naar de bankrekeningen) van Hi Tech Seeds en/of Bayer Crop Science en/of Detia Degesch,

althans (telkens) een of meergeldtransfers, uitgevoerd,

van welk misdrijf verdachte en/of zijn mededader(s) een gewoonte heeft/hebben gemaakt.

[...]

3. hij, in of omstreeks de periode van 28 april 2015 tot en met 29 april 2016 te Amsterdam en/of (elders) in Nederland, meermalen/althans eenmaal, (telkens) tezamen en in vereniging met een ander of anderen, althans alleen, als instelling, te weten als betaaldienstverlener,

opzettelijk, in strijd met de verplichting geformuleerd in artikel 3 van de Wet ter voorkoming van witwassen en financieren van terrorisme, geen dan wel onvolledig, cliëntenonderzoek heeft verricht,

immers heeft/hebben hij, verdachte en/of zijn mededader(s) opzettelijk geen identiteit vastgesteld en/of gecontroleerd en/of geen uittreksel van de kamer van koophandel aangevraagd en/of gecontroleerd ten aanzien van een of meer (verrichte) transacties, althans in elk geval ten aanzien van twee contante stortingen/betalingen op 11 augustus 2015 met een gezamenlijke waarde van

15.000 euro, van welk misdrijf verdachte en/of zijn mededader(s) een gewoonte heeft/hebben gemaakt;

4. hij, in of omstreeks de periode van 28 april 2015 tot en met 29 april 2016 te Amsterdam en/of (elders) in Nederland,

meermalen, althans eenmaal, (telkens)

tezamen en in vereniging met een ander of anderen, althans alleen,

als instelling, te weten als betaaldienstverlener,

opzettelijk, in strijd met de verplichting, geformuleerd in artikel 16 Wet ter voorkoming van witwassen en financieren van terrorisme,

een of meer (verrichte) ongebruikelijke transactie(s) niet onverwijld nadat het ongebruikelijke karakter van deze transactie(s) bekend is geworden heeft gemeld aan het meldpunt/de Financiële Inlichtingen eenheid, immers heeft/hebben hij en/of zijn mededader(s) opzettelijk geen melding gedaan van een groot

aantal geldtransfers voor een bedrag van 2000,- euro of meer,

van welk misdrijf verdachte en/of zijn mededader(s) een gewoonte heeft/hebben gemaakt.”

30. Daarvan is ten laste van de verdachte onder 2, 3 en 4 bewezenverklaard dat:

“2. hij in de periode van 28 april 2015 tot en met 29 april 2016 te Amsterdam opzettelijk, zonder vergunning van De Nederlandsche Bank, het bedrijf van betaaldienstverlener heeft uitgeoefend, immers heeft hij, verdachte bedrijfsmatig betaaldiensten verricht, door telkens opzettelijk, op verzoek van en/of ten behoeve van Alnhua Agricultural Company en/of onbekend gebleven [...] boeren en Hi Tech Seeds en/of Bayer Crop Science en/of Detia Degesch, een groot aantal geldbedragen in contanten in ontvangst genomen, (in totaal ongeveer 934.540,- euro) en vervolgens die geldbedragen gestort op de bankrekening van [G] of de bankrekening van [verdachte] h/o [G] eenmanszaak en vervolgens een groot aantal geldbedragen (in totaal ongeveer 926.940,- euro) overgemaakt naar de bankrekeningen van Hi Tech Seeds en Bayer Crop Science en Detia Degesch, van welk misdrijf verdachte een gewoonte heeft gemaakt;

3. hij in de periode van 28 april 2015 tot en met 29 april 2016 te Amsterdam meermalen als instelling, te weten als betaaldienstverlener, opzettelijk, in strijd met de verplichting geformuleerd in artikel 3 van de Wet ter voorkoming van witwassen en financieren van terrorisme, geen dan wel onvolledig, cliëntenonderzoek heeft verricht, immers heeft hij, verdachte, opzettelijk geen identiteit vastgesteld en gecontroleerd en geen uittreksel van de Kamer van Koophandel aangevraagd en gecontroleerd ten aanzien van een of meer (verrichte) transacties, van welk misdrijf verdachte een gewoonte heeft gemaakt;

4. hij in de periode van 28 april 2015 tot en met 29 april 2016 te Amsterdam meermalen, telkens als instelling, te weten als betaaldienstverlener, opzettelijk, in strijd met de verplichting geformuleerd in artikel 16 Wet ter voorkoming van witwassen en financieren van terrorisme, (verrichte) ongebruikelijke transacties niet onverwijld nadat het ongebruikelijke karakter van deze transacties bekend is geworden, heeft gemeld aan het meldpunt/de Financiële Inlichtingen eenheid, immers heeft hij opzettelijk geen melding gedaan van een groot aantal geldtransfers voor een bedrag van 2000,- euro of meer, van welk misdrijf verdachte een gewoonte heeft/hebben gemaakt.”

31. Deze bewezenverklaringen steunen op de inhoud van de volgende bewijsmiddelen:

“1. Een proces-verbaal van bevindingen betreffende analyse bankrekeningen Hi Tech Seeds B.V. van 28 juni 2017, in de wettelijke vorm opgemaakt door de daartoe bevoegde opsporingsambtenaar [verbalisant 4] , werkzaam bij de Belastingdienst/FIOD, met documentcode AMB-027 (pagina 131 tot en met 132):

Aanleiding

Op 8 december 2015 is [G] door de Rechtbank Amsterdam in staat van faillissement verklaard. Hierbij is mr. TD.J. Oosterink als curator benoemd. Enig aandeelhouder en algemeen bestuurder die zelfstandig bevoegd is namens [G] is [verdachte] . Zowel de statutaire- als de handelsnaam van de onderneming is [G] die als activiteit heeft 'Het (doen) exploiteren van een schoonmaakbedrijf'.

Bij de analyse van de ABNAMRO bankrekening, [007] , op naam van [G] alsmede de ABNAMRO bankrekening, [008] , van [betrokkene 3] h/o [G] hebben wij betalingen aangetroffen aan Hi Tech Seeds B.V.. Volgens de Kamer van Koophandel is Hi Tech Seeds BV. een onderneming die gespecialiseerd is in de handel van zaden.

2. Een proces-verbaal van bevindingen betreffende transacties Western Union Bank van 24 juli 2017, in de wettelijke vorm opgemaakt door de daartoe bevoegde opsporingsambtenaar [verbalisant 1] , werkzaam bij de Belastingdienst/FIOD, met documentcode AMB-029 (pagina 137 tot en met 139):

De transacties hebben betrekking op de periode 22 februari 2012 tot en met 18 juni 2016. Het onderzoek loopt vanaf 1 januari 2014 tot en met heden.

Van 25 april 2015 (de eerste mutatie die valt in de onderzoeksperiode) tot en met 19 augustus 2015 is er middels acht transacties in totaal € 2.317,71 aan geld verzonden naar diverse personen in het buitenland.

Over de periode van 24 maart 2016 tot en met 18 juni 2016 is er in totaal, verdeeld over vijf verschillende transacties, € 9.549,- verzonden.

Uit de transacties van de opgevraagde bankrekeningen van verdachte, [verdachte] , komt naar voren dat er veelvuldig pinopnames plaatsvonden op de desbetreffende bankrekeningen. Echter deze pinopnames met bedragen vanaf € 1.500 zien op de periode tot 19 januari 2016. Vanaf 19 januari 2016 tot en met 17 maart 2016 werd er nog totaal € 1.600,- opgenomen verdeeld over elf verschillende mutaties.

Via de Western Union Bank is er over de periode maart 2016 tot en met juni 2016 € 9.549 verzonden naar diverse personen, terwijl verdachte [verdachte] over deze periode geen pinopnames heeft gedaan van de bankrekeningen waarover hij de beschikking had.

3. Een geschrift, zijnde een brief van De Nederlandsche Bank van 30 oktober 2017 aan [verbalisant 1] , met documentcode DOC-136b (pagina 1360 tot en met 1361).

Geachte [verbalisant 1] ,

In verband met een lopend strafzaak heeft u DNB op 15 september 2017 verzocht om u te informeren of, en in hoeverre, het de navolgende (rechts)personen toegestaan is om betaaldiensten (i.h.b. geldtransfers) te verrichten in of vanuit Nederland gedurende 1 januari 2014 tot op heden:

Van de natuurlijke persoon,

Naam: [verdachte]

Voornaam: [verdachte]

Geboortedatum: [geboortedatum] 1985

Geboorteplaats: [geboorteplaats]

Adres: [a-straat 1]

Postcode: [plaats]

en, Handelsnaam:		[G]		Stars
Rechtsvorm: Vestingsplaats: Adres:	[b-straat , 1]		[postcode]	Eenmanszaak Amsterdam [postcode]
Nr.		Handelsregister:		[011]

Ondernemer: [verdachte]

van de rechtspersoon, Statutaire naam: [G] BV. Rechtsvorm: Besloten Vennootschap Vestigingsplaats: Amsterdam

Adres: [a-straat 1] , [postcode] Statutaire zetel: [plaats]

Nr. Handelsregister: [009]

Bestuurder: [verdachte]

Conclusie DNB:

Ik kan u melden dat alle hierboven genoemde (rechts)personen tenminste gedurende 1 januari 2014 tot dagtekening van dit bericht niet beschikten over een vergunning als betaalinstelling.

Uit de ons ter beschikking staande informatie blijkt verder niet dat het deze Datum (rechts)personen op enig moment in of vanuit Nederland toegestaan was om 30 oktober 2017 zonder vergunning betaaldiensten, in het bijzonder geldtransfers, te verrichten

4. Een geschrift, zijnde een verzoek verstrekking gegevens uit Databestand Ongebruikelijke Transacties van [betrokkene 21] , met documentcode DOC-137a (pagina 1362 tot en met 1365):

In de periode van 28 april 2015 tot en met 9 maart 2016 in totaal een bedrag van € 894.480,- contant geld is gestort middels 161 stortingen.

5. Een geschrift, zijnde een antwoordformulier van de Financial Intelligence Unit - Nederland van 26 oktober 2017, opgemaakt door [betrokkene 22] , hoofd FIU-Nederland, met documentcode DOC-137b (pagina 1366):

1) Genoemde entiteiten

- [verdachte] [geboortedatum] 1985
- [familienaam] [geboortedatum] 1985
- [G] KvK [009]
- [G] KvK [010]

staan niet als melder geregistreerd

2) Er zijn door hen geen transacties gemeld

6. Een proces-verbaal van verhoor van getuige [betrokkene 23] van 13 december 2017 bij de rechter-commissaris, belast met de behandeling van strafzaken in de rechtbank Amsterdam.

Ik ken [verdachte] sinds 2012. Sinds 2012, toen ik voor [verdachte] werkte, heb ik hem veel gezien.

U vraagt naar de bankpas. De FIOD heeft mij verteld dat er 800.000,00 euro op de rekening is gestort. Ik heb geld op die rekening gestort. [verdachte] belde mij. Hij vroeg of ik langs kon komen. Hij zei dat hij veel vergaderingen had in [plaats] en hier. Hij had het druk. Hij zei dat hij geen andere persoon had die hij vertrouwde en dat hij soms mijn hulp nodig had. Ik ging geld voor hem storten. Ik haalde de bankpas bij [verdachte] en het geld zat erbij. Daarna gaf ik de pas terug. Het pasje haalde ik op bij de winkel bij het Mercatorplein. Ook wel op andere plaatsen. Als ik klaar was, deed ik de bankpas in een laatje in de winkel of in een envelop in de brievenbus bij de [b-straat] . Soms zei [verdachte] ook dat iemand geld zou brengen en dat de pas in het laatje in de winkel lag.

U vraagt naar de zaden en de Belgische meneer over wie ik verklaard heb. Die Belgische meneer zocht iemand voor een kennis in [plaats] . Die man in [plaats] wilde geld overmaken naar een

bedrijf hier. Ik zei tegen [verdachte] : "Misschien kan je iets betekenen voor die persoon." Ik heb het nummer van [verdachte] aan de Belgische meneer gegeven en het nummer van de Belg aan [verdachte] . Zij hebben contact gehad. [verdachte] heeft dat verteld. Ik heb [verdachte] gezegd dat hij iemand hier werk had tussen [plaats] en Nederland en ik vroeg of hij misschien kon helpen met samenwerken. Wat dat was? Hij had facturen om te betalen; [verdachte] ging akkoord en ik heb [verdachte] en de Belg elkaars nummer gegeven.

Dat [verdachte] mij dat vroeg ging op verschillende manieren. Soms belde hij. Soms gaf hij zelf het pasje en het geld. Soms kwam iemand anders met het geld en de pas. Soms kreeg ik geld van iemand die zei: [verdachte] gaat je bellen en je vertellen wat je moet doen. De stortingen waren in heel Amsterdam, Ik werkte als pizzabezorger. Overal waar ik een order bezorgde, stortte ik geld. Ik herinner mij ook dat ik in Schiedam en in Nieuwegein heb gestort. U vraagt om hoeveel geld het steeds ging. Het ging om grote bedrag/es, tussen 5 en 12 duizend euro.

U vraagt hoe vaak ik geld heb overgemaakt. Waarheen het is overgemaakt? Ik herinner het mij niet, ik denk AI-Nuha of zoiets. High Tech Seeds? Ja die ook. Hoe vaak? Ik kan het niet schatten, meer dan een keer. Ik heb nooit contact gehad met iemand van HTS en ook niet van Al Nuha. U vraagt of [verdachte] erbij was als er werd overgeboekt. Nee, niet altijd. Als hij er niet bij was, gaf hij aan dat ik het moest doen. Vaak ging dat telefonisch maar soms stuurde hij iemand. Het kwam ook voor dat hij zei dat ik het geld dat de komende tien dagen zou komen, moest storten en gelijk overmaken. Ik maakte het over via internetbankieren. Dat deed ik in internetcafés, maar ook thuis. Soms maakte ik het over op een computer bij de bank meteen als ik het gestort had. Het was trouwens niet een bepaald internetcafé maar overal. Ik herinner mij dat HTS en Al Nuha in het adresboek stonden. Ik hoefde dat alleen maar aan te klikken, het bedrag in te vullen en te verzenden. Als ik thuis was deed ik dat met mijn eigen telefoon of op de laptop van iemand anders in huis. U vraagt of ik betaald kreeg voor het overboeken van geld.

Wie die mensen waren die geld gaven? Dat heb ik toch al verteld. Mensen uit [plaats] die voor een kort bezoek hier waren en belden dat zij geld voor [verdachte] hadden. Het is niet zo ingewikkeld. Het kwam ook voor dat ik het op mijn eigen rekening stortte als ik bijvoorbeeld geen geld op mijn rekening had

staan. Ik stortte het dan en ik maakte het meteen over. Hoe groot die bedragen waren? 5.000 euro, zo iets. [verdachte] is absoluut en zeker weten op de hoogte geweest van alle gebeurtenissen met zijn bankpas.

7. De verklaring van de verdachte afgelegd ter terechtzitting van de rechtbank Amsterdam van 23 november 2018, zakelijk weergegeven en voor zover hier van belang:

U vraagt mij of ik of mijn bv een vergunning had voor het verlenen van betalingsdiensten. Nee.

8. Een proces-verbaal van verhoor inhoudende de verklaring van de verdachte (V-001-03):

Wat is Hi Tech Seeds? Wat betekent Seeds? U vertelt mij dat Seeds een Engels woord is voor zaden. Dan gaat dit over een aankoop van zaden van aardappelen, tomaten en zaden voor een soort van komkommer die groeit in tropische landen. Deze zaden worden gebruikt in [plaats] . Boeren mogen in [plaats] wel euro's opnemen, maar zij mogen vanuit [plaats] geen banktransacties doen naar Nederland. Dus wat die boeren dan doen, is dat ze naar Nederland komen. Maar die zaden-bedrijven nemen geen contant geld aan. Dus wat ze dan doen, is dat ze mij het geld geven en dat ik dan het geld overmaak naar het zaden-bedrijf. U vraagt mij hoe ze mij dat geld geven. Dat geld krijg ik contant en misschien is dat ook wel dat contante geld dat is gestort waar we het net over hadden.

U vraagt mij of ik ook contacten met Hi Tech Seeds heb. Ik heb geen contacten met Hi Tech Seeds. Ik heb contacten met een tussenpersoon. Zijn voornaam is [betrokkene 24] (FON) en zijn achternaam is [betrokkene 24] (FON). Hij woont in Beverwijk samen mijn vrouw. Hij heeft de contacten met mij, met Hi Tech Seeds en met de boeren in [plaats] . Ik heb bewijsstukken, facturen van Hi Tech Seeds en opnamebewijzen van het geld in [plaats] . Die facturen liggen bij [betrokkene 24] . Zo'n opnamebewijs is een papier dat de bank in [plaats] afgeeft en waarop staat hoeveel geld er is opgenomen en waarvoor ze dat geld gaan gebruiken. Die opnamebewijzen nemen die personen met het geld mee naar Nederland."

32. Het hof heeft de bewijsoverwegingen van de rechtbank ten aanzien van deze feiten bevestigd. Deze houden, voor zover hier van belang, in:

"3.2. Bedrijfsmatig zonder vergunning van de Nederlandse Bank verlenen van betaaldiensten.

3.2.1. Verdachte wordt onder 2 in de kern verweten dat hij zonder vergunning bedrijfsmatig betaaldiensten (geldtransfers) heeft verricht door op verzoek van Alnhua Agricultural Company en/of [...] boeren contante geldbedragen in ontvangst te nemen, en die geldbedragen op de bankrekening van [G] of de bankrekening van [verdachte] h/o [G] eenmanszaak te storten en vervolgens geld over te maken naar de bankrekeningen van Hi Tech Seeds, Bayer Crop Science en/of Detia Degesch.

3.2.2. Uit het dossier blijkt dat in de periode van 28 april 2015 tot en met 22 april 2016 door middel van 162 stortingen in totaal € 895.000,- op de bankrekening van [betrokkene 3] h/o [G] is bijgeschreven en dat vervolgens kort na elke storting geld werd overgemaakt naar Hi Tech Seeds, Bayer Crop Science of Detia Degesch. In de periode van 21 tot en met 23 september 2015 werd in totaal € 39.500,- aan contante bedragen gestort op de rekening die op naam van [verdachte] en/of [G] stond. Op de dag dat er geldbedragen werden gestort, werd door middel van verschillende overboekingen in totaal een soortgelijk bedrag (€ 39.550,-) overgemaakt naar Hi Tech Seeds telkens met omschrijving: Alnhua Agricultural Company.

3.2.3. Verdachte heeft in zijn derde verhoor bij de FIOD verklaard dat het voor boeren in [plaats] niet mogelijk is om in Nederland zaden te kopen. De boeren mogen wel euro's opnemen, maar zij kunnen vanuit [plaats] geen banktransacties doen naar Nederland. De zadenbedrijven nemen echter geen contant geld aan, aldus verdachte. Hij heeft verder verklaard dat de boeren hem contant geld hebben gegeven dat hij vervolgens op een van zijn rekeningen stortte en dat hij ten slotte betalingen overmaakte naar de zadenbedrijven.

3.2.4. Artikel 2:3a lid 1 van de Wet op het financieel toezicht (hierna: Wft) verbiedt het zonder vergunning van de Nederlandsche Bank uitoefenen van het bedrijf van betaaldienstverlener. Een betaaldienstverlener is degene die zijn bedrijf maakt van het verlenen van betaaldiensten (art. 1:1 Wft). Wat betaaldiensten zijn, wordt nader gespecificeerd in de bijlage van de Richtlijn 2007/64/EG van het Europees Parlement en de Raad van 13 november 2007. Tot de betaaldiensten die deze bijlage noemt, behoren 'geldtransfers'. De definitie van een 'geldtransfer' luidt: "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 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" (artikel 4 lid 13 van de Richtlijn 2007/64/EG).

3.2.5. Gelet op het voorgaande is de rechtbank van oordeel dat verdachte kan worden aangemerkt als betaaldienstverlener als bedoeld in artikel 1:1 Wft. Verdachte beschikte niet over een vergunning van de Nederlandsche Bank om betalingsdiensten te mogen verlenen. De rechtbank is dan ook van oordeel dat het onder 2 ten laste gelegde - het zonder vergunning bedrijfsmatig verrichten van betaaldiensten - kan worden bewezen. Verdachte heeft toegegeven dat hij contant geld ontving, dat op een van zijn rekeningen stortte en vervolgens overmaakte naar het bedrijf waarvoor het geld was bestemd. Zijn verklaring wordt ondersteund door die van [betrokkene 23]. Gezien de omvang, de duur en de frequentie is de rechtbank tevens van oordeel dat verdachte daarvan een gewoonte heeft gemaakt.

3.3. Opzettelijke overtredingen van de Wet ter voorkoming van witwassen en financieren van terrorisme

3.3.1. Verdachte wordt samengevat onder 3 verweten als betaaldienstverlener opzettelijk geen cliëntenonderzoek te hebben verrichten en onder 4 dat hij als betaaldienstverlener opzettelijk geen melding heeft gedaan bij de Financiële inlichtingen eenheid van een groot aantal ongebruikelijke transacties (geldtransfers van 2000,- euro of meer). Hem wordt tevens verweten dat hij van die misdrijven een gewoonte heeft gemaakt.

3.3.2. Uit artikel 1, lid 1, onderdeel a, sub 20° van de Wet ter voorkoming van witwassen en financieren van terrorisme (hierna: Wwft) zoals dat luidde ten tijde van het ten laste gelegde volgt dat onder 'instelling' onder meer wordt verstaan een betaaldienstverlener als bedoeld in artikel 1:1 van de Wet op het financieel toezicht.

3.2.3. Zoals onder 3.2. is overwogen is de rechtbank van oordeel dat verdachte kan worden aangemerkt als een betaaldienstverlener. Verdachte heeft erkend dat hij de (ongebruikelijke) transacties, zoals ten laste gelegd, heeft verricht. De rechtbank ziet geen aanleiding om verdachte niet aan zijn (bekenkende) verklaring te houden, mede omdat die verklaring wordt ondersteund door de verklaring van [betrokkene 23]. Verdachte heeft echter geen cliëntenonderzoek verricht en de ongebruikelijke transacties niet gemeld bij het meldpunt, hoewel hij daartoe verplicht was. Hij kan zich er niet op beroepen dat hij niet wist dat hij dat moest doen. De voorschriften van de Wwft betreffen orderingsrecht. In het orderingsrecht is niet vereist dat het opzet van verdachte ook is gericht op het niet naleven van de op de verdachte rustende wettelijke verplichting zoals het melden van ongebruikelijke transacties te melden aan het meldpunt. Het gaat om zogenoemd kleurloos opzet. Er hoeft met andere

woorden niet te worden bewezen dat er wetenschap was van het feit dat sprake was van een ongebruikelijke transactie (Hoge Raad 24 april 2007, ECLI:NL:HR:2007:AZ8783 en HR 21 april 2009, ECLI:NL:HR:2009:BH2684). De rechtbank is ten slotte van oordeel dat verdachte, gezien de duur (een jaar lang) en de hoeveelheid (gelijksoortige) transacties, er een gewoonte van heeft gemaakt geen cliëntenonderzoek te doen en ongebruikelijke transacties niet te melden.”

33. Het hof heeft het onder 2, 3 en 4 bewezenverklaarde gekwalificeerd als:

“2. Overtreding van een voorschrift, gesteld bij artikel 2:3a, eerste lid, van de Wet op het financieel toezicht, opzettelijk begaan, terwijl van het plegen van het misdrijf een gewoonte wordt gemaakt.

3. Overtreding van een voorschrift, gesteld bij artikel 3, eerste lid, van de Wet ter voorkoming van witwassen en financieren van terrorisme, opzettelijk begaan, terwijl van het plegen van het misdrijf een gewoonte wordt gemaakt.

4. Overtreding van een voorschrift, gesteld bij artikel 16 van de Wet ter voorkoming van witwassen en financieren van terrorisme, opzettelijk begaan, terwijl van het plegen van het misdrijf een gewoonte wordt gemaakt.”

Wettelijk kader

34. Voor de beoordeling van het cassatiemiddel zijn de volgende bepalingen relevant:

Wet op het financieel toezicht (Wft):

Artikel 1:1 (voor zover hier van belang):

“In deze wet en de daarop berustende bepalingen wordt, voorzover niet anders is bepaald, verstaan onder:

[...]

betaaldienst: bedrijfswerkzaamheid als bedoeld in de bijlage bij de richtlijn betaaldiensten;

[...]

betaaldienstverlener: degene die zijn bedrijf maakt van het verlenen van betaaldiensten;

[...]

zetel: de plaats waar een onderneming volgens haar statuten of reglementen is gevestigd of, indien

zij geen rechtspersoon is, de plaats waar die onderneming haar hoofdvestiging heeft.”

Artikel 2:3a, eerste lid:

“Het is een ieder met zetel in Nederland verboden zonder een daartoe door de Nederlandsche Bank verleende vergunning het bedrijf uit te oefenen van betaaldienstverlener.”

Wet ter voorkoming van witwassen en financieren van terrorisme (Wwft):

Artikel 1, eerste lid onder a (oud):

“1. In deze wet en de daarop berustende bepalingen wordt verstaan onder:

a. instelling: [...]

20°. betaaldienstverlener als bedoeld in artikel 1:1 van de Wet op het financieel toezicht;”

Artikel 3, eerste lid:

"1. Een instelling verricht ter voorkoming van witwassen en financieren van terrorisme cliëntenonderzoek."

Artikel 16, eerste lid:

"1. Een instelling meldt een verrichte of voorgenomen ongebruikelijke transactie onverwijld nadat het ongebruikelijke karakter van de transactie bekend is geworden, aan de Financiële inlichtingen eenheid."

Wet op de economische delicten (WED):

Artikel 1:

"Economische delicten zijn:

[...]

2° overtredingen van voorschriften, gesteld bij of krachtens:

[...]

de Wet op het financieel toezicht, de artikelen [...] 2:3a, eerste lid [...] de Wet ter voorkoming van witwassen en financieren van terrorisme, de artikelen [...] 3, eerste lid, [...] 16 [...]."

Artikel 2, eerste lid:

"De economische delicten, bedoeld in artikel 1, onder 1° en 2°, en artikel 1a, onder 1° en 2°, zijn misdrijven, voor zover zij opzettelijk zijn begaan; voor zover deze economische delicten geen misdrijven zijn, zijn zij overtredingen."

Artikel 6, eerste lid:

"Hij, die een economisch delict begaat, wordt gestraft:

1° in geval van misdrijf, voor zover het betreft een economisch delict, bedoeld in artikel 1, onder 1°, of in artikel 1a, onder 1°, met gevangenisstraf van ten hoogste zes jaren, taakstraf of geldboete van de vijfde categorie;

2° in geval van een ander misdrijf met gevangenisstraf van ten hoogste twee jaren, taakstraf of geldboete van de vierde categorie;

3° indien hij van het plegen van het misdrijf als bedoeld onder 2° een gewoonte heeft gemaakt, met gevangenisstraf van ten hoogste vier jaren, taakstraf of geldboete van de vijfde categorie; [...]."

35. Artikel 1:1 Wft is ingevoerd bij de Wet van 28 september 2006, houdende regels met betrekking tot de financiële markten en het toezicht daarop (*Stb.* 2006, 475). De vierde nota van wijziging bij het wetsvoorstel dat tot deze wet heeft geleid, houdt onder meer het volgende in:

"Het element «in de uitoefening van een beroep of bedrijf» maakt duidelijk dat de betreffende activiteit alleen onder het bereik van dit voorstel valt voorzover het plaatsvindt in de uitoefening van een beroep of bedrijf. In het merendeel van de gevallen zal eenvoudig vast te stellen zijn dat sprake is van de uitoefening van een beroep of bedrijf, bijvoorbeeld bij een onderneming die de financiële dienstverlening tot doel heeft. In andere gevallen zullen de specifieke omstandigheden van belang zijn bij de vaststelling of sprake is van professionele dienstverlening.

Aanknopingspunten kunnen onder andere zijn de wijze waarop degene die een financiële dienst verleent zich aan de buitenwereld presenteert, de omstandigheid dat verlening van financiële diensten niet slechts incidenteel plaatsvindt of het feit dat degene die de financiële dienst verleent een beloning ontvangt voor zijn diensten, van de cliënt zelf of van een derde (bijvoorbeeld in de vorm van provisie). Een financiële dienst die op incidentele basis wordt verleend in het kader van een andere beroepswerkzaamheid van de dienstverlener, valt niet onder het bereik van dit voorstel."

(Kamerstukken II 2005/06, 29 708, nr. 19, p. 356-357)

36. Art. 2:3a, eerste lid, Wft richt het verbod tot een ieder met een 'zetel' in Nederland. Art. 1:1 Wft verstaat, voor zover niet anders is bepaald, onder 'zetel' de plaats waar een

onderneming volgens haar statuten of reglementen is gevestigd of, indien zij geen rechtspersoon is, de plaats waar die onderneming haar hoofdvestiging heeft.

37. In de memorie van toelichting bij de Wft is het begrip 'zetel' in deze bepaling als volgt toegelicht:

"De financiële toezichtrichtlijnen verschillen als het gaat om de rechtsvorm die kan worden voorgeschreven om gereguleerde activiteiten te mogen uitoefenen. Zo dient op grond van de verzekeringsrichtlijnen een verzekeraar met zetel in Nederland de rechtsvorm N.V. of onderlinge waarborgmaatschappij te hebben. Andere financiële toezichtrichtlijnen staan toe dat ook niet-rechtspersonen (dus: natuurlijke personen en personenvennootschappen) gereguleerde activiteiten mogen uitoefenen. Daarom worden in de diverse richtlijnen en sectorale wetten de termen «vestiging», «gevestigd» en «zetel» verschillend gebruikt. Dit onderdeel beoogt te bewerkstelligen dat in het wetsvoorstel voor alle gevallen met de term zetel kan worden volstaan. Het onderdeel geeft aan dat een rechtspersoon zijn zetel daar heeft waar deze volgens zijn statuten of reglementen is gevestigd. Het is – voor zover het om EU-ondernemingen gaat – van belang in welke lidstaat de zetel zich bevindt, omdat de lidstaat van de zetel toezicht moet houden op bepaalde activiteiten die de rechtspersoon binnen de Unie verricht. Een rechtspersoon kan immers slechts één zetel hebben, maar wel meer vestigingen.

Eenzelfde duidelijkheid moet bestaan ten aanzien van de activiteiten verricht door niet-rechtspersonen. Zij zullen veelal geen zetel hebben.

Toch moet ook in zo'n geval eenduidig worden vastgesteld welke lidstaat toezicht moet houden op de activiteiten. Daarom is bij niet-rechtspersonen bepalend de plaats waar de financiële onderneming haar hoofdvestiging heeft. Dit zal kunnen blijken uit het handelsregister. Dit sluit aan bij artikel 3, tweede lid, van de zgn. BCCI-richtlijn waar is bepaald dat het hoofdbestuur van andere kredietinstellingen zich bevindt in de lidstaat waar de vergunning is afgegeven en waar zij feitelijk werkzaam zijn». Een financiële onderneming zal immers in één lidstaat vergunning aanvragen en bij latere uitbereiding van de werkzaamheden door middel van een bijkantoor in een andere lidstaat zal de eerstbedoelde lidstaat toezicht houden. Omdat een natuurlijke persoon meer woonplaatsen kan hebben, zou het gebruik van woonplaats als criterium tot onduidelijkheid leiden. Door aan te sluiten bij de plaats waar de onderneming haar hoofdvestiging heeft, wordt dit voorkomen. Onder hoofdvestiging valt in voorkomende gevallen: hoofdkantoor."14

38. Het 'gewoonte maken' als bedoeld in art. 6, eerste lid aanhef en onder 3°, WED – in de memorie van toelichting (bij de 'Wet verruiming mogelijkheden bestrijding financieel-economische criminaliteit') ook wel aangeduid als het "stelselmatig plegen van economische delicten" – is aangemerkt als een strafverzwarende omstandigheid, omdat daardoor "de strafwaardigheid van dergelijk handelen, de omvang van de wetsovertreding en de kwalijke gevolgen daarvan, beter tot uitdrukking [worden] gebracht."15

Bespreking van het derde middel: de eerste deelklacht

39. De eerste deelklacht houdt in dat het oordeel van het hof dat de verdachte het bedrijf van betaaldienstverlener heeft uitgeoefend, van welk misdrijf de verdachte een gewoonte heeft gemaakt, onvoldoende met redenen is omkleed, nu uit de bewijsmiddelen niet (zonder meer) kan volgen dat van het bedrijf van betaaldienstverlener een gewoonte is gemaakt aangezien uit het uitoefenen van een bedrijf reeds volgt dat de verdachte meermalen de bewezenverklaarde handelingen heeft verricht.

40. De stellers van het middel richten deze deelklacht tegen respectievelijk het onder 2, 3 en 4 bewezenverklaarde. Voor die laatste twee feiten geldt dat krachtens art. 1, eerste lid onder a sub 20°, (oud) Wft onder instelling ook de betaaldienstverlener (degene die zijn bedrijf maakt van het verlenen van betaaldiensten) valt als bedoeld in art. 1:1 Wft. Het is daarom niet nodig om

hier op elk van deze feiten afzonderlijk in te gaan.

41. In het arrest van HR 1 december 2020, ECLI:NL:HR:2020:1906, *NJ* 2021/48 (Hawalabankieren), m.nt. Vellinga kwam het cassatiemiddel in de eerste plaats op tegen de bewezenverklaring van het onder 3 tenlastegelegde voor zover inhoudend dat van het plegen van (hawala)bankieren zonder vergunning "een gewoonte" was gemaakt doordat "meermalen" het bedrijf van betaaldienstverlener was uitgeoefend. Aan deze bewezenverklaring had het hof blijkens zijn bewijsoverwegingen kennelijk ten grondslag gelegd dat de verdachte in de tenlastegelegde periode van drie maanden "om de twee à drie dagen" contante geldbedragen betaalbaar had gesteld. Het hof had het bewezenverklaarde vervolgens gekwalificeerd als "medeplegen van overtreding van een voorschrift gesteld bij artikel 2:3a, eerste lid, van de Wet op het financieel toezicht, opzettelijk begaan terwijl hiervan een gewoonte is gemaakt". Dit leverde (en levert) een economisch delict op (art. 1, aanhef en onder 2°, WED). Het middel was gegrond. De Hoge Raad overwoog dat uit de betreffende wetsgeschiedenis 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. De enkele omstandigheid dat de verdachte in deze periode meermalen betaaldiensten had verleend en zich aldus schuldig had gemaakt aan het uitoefenen van het bedrijf van betaaldienstverlener, volstaat niet voor het oordeel dat de verdachte van de uitoefening van dat bedrijf ook een gewoonte had gemaakt, aldus de Hoge Raad. De bewezenverklaring was daarom ontoereikend gemotiveerd.¹⁶

42. Met de in die zaak geformuleerde vooropstelling van de Hoge Raad blijft de zelfstandige betekenis van de strafverzwarringsgrond in art. 6, eerste lid aanhef en onder 3°, WED ('een gewoonte hebben gemaakt') in tact, met behoud van het onderscheid tussen bedrijfsuitoefening en het daarvan een gewoonte maken. Richtsnoeren voor toepassing van de strafverzwarringsgrond in verband met het bedrijfsmatig uitoefenen van betaaldiensten worden in het arrest van 1 december 2020 evenwel niet gegeven. Het zal dan ook van de omstandigheden van het concrete geval afhangen of van die combinatie sprake is, zoals uit het hiernavolgende zal blijken.

43. Eerst kort iets over de gewoonte. In Noyon/Langemeijer/Remmelink valt in aantekening 7 op art. 250 Sr, met aanhaling van Hazewinkel-Suringa/Remmelink,¹⁷ te lezen: "Onder gewoonte pleegt men te verstaan een pluraliteit van feiten die niet slechts toevallig op elkaar volgen, maar onderling in zeker verband staan en wel (objectief) wat de aard van de feiten betreft, en (subjectief) wat de psychische gerichtheid van de dader aangaat: de neiging om telkens weer zo'n feit te begaan". Daarmee overeen komt de omschrijving van gewoonte in *Handelingen II* 2000/01, 27 159, p. 59-4236: "Een herhaling van feiten waaruit de subjectieve neiging van de dader blijkt het feit steeds te begaan". Toenmalig A-G Bleichrodt meent in zijn conclusie van 28 november 2017, ECLI:NL:PHR:2017:1469 dat aan het bewijs van 'gewoonte' geen zware eisen lijken te worden gesteld. Tot adstructie haalt hij *Handelingen II* 1927/28, 60, nr. 1, p. 4 aan, waarin minister van Justitie Donner bij de introductie van de

strafbaarstelling van flessentrekkerij benadrukt dat "gewoonlijk de gelijksoortigheid van meerdere handelingen, gedurende een betrekkelijk kort tijdsverloop verricht, het bestaan van een gewoonte voldoende aanwijst".¹⁸ Bleichrodt vervolgt, ik citeer: "De omstandigheid dat binnen een bepaald tijdsbestek meermalen hetzelfde strafbare feit is begaan, kan voldoende zijn voor het bewijs van de gewoonte. Er is geen minimumduur waarbinnen het desbetreffende strafbare feit moet zijn begaan. Evenmin lijkt er een groot aantal ten laste gelegde handelingen te zijn vereist om van een gewoonte te kunnen spreken, al zal het om minimaal twee handelingen moeten gaan." Eerder was advocaat-generaal Aben al begripmatig op het delictsbestanddeel 'gewoonte' ingegaan. Mijn voormalige ambtgenoot Vellinga haalt in zijn conclusie van 1 november 2016, ECLI:NL:PHR:2016:1244 met instemming het volgende uit de conclusie van Aben d.d. 11 juni 2013, ECLI:NL:PHR:2013:793 aan: "Bij een herhaling van delicten die door een herhaling van feitelijke handelingen tot stand komt, en waarbij telkens de intentie of de neiging het desbetreffende delict te plegen tot uitdrukking wordt gebracht, kan die herhaling onder omstandigheden worden aangemerkt als 'het maken van een gewoonte' van het

plegen van de bedoelde delicten. Wat betreft de vereiste duur van de periode waarin deze herhalingen optreden is niet zonder meer een ondergrens gegeven. Een gewoonte kan zich zelfs hebben gemanifesteerd indien de betreffende handelingen hebben plaatsgehad binnen een tijdsbestek van twee weken. Een hoge frequentie in een korte periode kan eventueel een gewoonte opleveren, terwijl een lage frequentie in een lange periode wellicht nog niet kan worden geduid als een gewoonte. De vastgestelde omstandigheden zijn telkens doorslaggevend.”¹⁹

44. De vraag wanneer (bewijsrechtelijk) wel en wanneer niet van ‘gewoonte’ sprake is, laat zich niet met voldoende nauwkeurigheid in zijn algemeenheid beantwoorden, maar is afhankelijk van de concrete feiten en omstandigheden van het voorliggende geval. In dat verband is de aard van het delict een relevante factor. Zo kan van belang zijn of (in de economische sfeer) bedrijfsmatig is gehandeld. In het economisch strafrecht levert het strafbaar ‘uitoefenen van een bedrijf’ op zich geen strafverzwarende omstandigheid op, maar als gezegd wel het daarvan ‘een gewoonte hebben gemaakt’ (art. 6, eerste lid aanhef en onder 3°, WED). Voor de beoordeling of al dan niet sprake is van een ‘gewoonte’ zijn naar mijn inzicht naast de aard van het delict de volgende factoren relevant: de frequentie van de handelingen, de intentie van de verdachte en de duur van de periode waarin de handelingen zijn te situeren. Als de rechter aan de hand van deze beoordelingsfactoren gemotiveerd heeft vastgesteld dat binnen een bepaald tijdsbestek meermalen, bij herhaling dus, (naar hun aard) gelijksoortige handelingen zijn begaan, is dat mijns inziens in de regel voldoende om het oordeel te kunnen dragen dat sprake is van een gewoonte.²⁰

45. Daarmee zijn we er echter nog niet. Het gaat ook nog om de bedrijfsmatige uitoefening. Daarop toegespitst is de meer specifieke vraag wanneer wel en wanneer niet van een ‘gewoonte hebben gemaakt’ van het uitoefenen van een bedrijf als hier bedoeld kan worden gesproken. Kernachtig schrijft Vellinga in zijn noot onder het hierboven aangehaalde arrest van HR 1 december 2020, ECLI:NL:HR:2020:1906, *NJ* 2021/48 (Hawalabankieren):

“15. [...]. Het gewoonte maken van een economisch delict is een strafverzwarende omstandigheid (art. 6 lid 1 onder 3° WED). Bedrijfsmatig uitoefenen is daarvoor niet voldoende. Zou het meermalen verlenen van betaaldiensten voor het bewijs van het gewoonte maken van het bedrijfsmatig uitoefenen van betaaldiensten voldoende zijn, dan zou het bedrijfsmatig uitoefenen van betaaldiensten betekenen dat daarvan ook in de zin van de strafverzwarende omstandigheid een gewoonte wordt gemaakt. Dan zou de aanwezigheid van die strafverzwarende omstandigheid samenvallen met het bedrijfsmatig uitoefenen van betaaldiensten. De strafverzwaringsgrond zou dan zelfstandige betekenis missen.”

46. In het ‘Hawalabankieren-arrest’ van 1 december 2020 leverde het gedurende een periode van drie maanden om de twee of drie dagen geldbedragen betaalbaar stellen nog niet een gewoonte op van het bedrijfsmatig uitoefenen van een betaaldienst. De memorie van toelichting bij de ‘Wet verruiming mogelijkheden bestrijding financieel-economische criminaliteit’ over de strafverzwarende omstandigheid ‘een gewoonte hebben gemaakt’ in de zin van art. 6, eerste lid aanhef en onder 3°, WED verschaft geen helderheid, of het zou moeten zijn dat daarin als synoniem voor ‘gewoonte maken’ het “stelselmatig plegen” van economische delicten wordt gebruikt. Voor het maken van een *beroep* is volgens De Graaf, in navolging van Machielse,²¹ bepalend vooral het oogmerk van de verdachte om het strafbare feit te herhalen om zich op die manier een bron van inkomsten te verschaffen.²² Dat laat ruimte voor zowel incidenteel als niet-incidenteel handelen. De intentie van de verdachte wordt in de overwegingen van het meergenoemde arrest van 1 december 2020 niet genoemd. De Hoge Raad refereert overwegend aan de betreffende wetsgeschiedenis. Vellinga lijkt in zijn noot onder dit arrest ook in een geval als het onderhavige evenwel enig oog te hebben voor de intentie van de verdachte:

“20. Zoals De Graaf schrijft (Meervoudige aansprakelijkstelling, diss. VU 2018, p. 122) moet voor het bewijs van het begaan van een strafbaar feit als gewoonte vaststaan dat het betreffende feit meermalen is begaan. De onderhavige zaak laat zien dat voor gewoonte maken van uitoefenen van een bedrijf in de regel meer nodig zal zijn. Zo zou daarvoor aan verdachtes intentie een

aanwijzing kunnen worden ontleend als ook aan zijn gedrag in het economisch verkeer. Heeft hij gedurende een aantal jaren meermalen in bepaalde perioden een hawala-bank gedreven dan ligt daarin een sterke aanwijzing besloten voor het gewoonte maken van het bedrijfsmatig uitoefenen van betaaldienstverlening.”

47. Op het voorgaande voortbouwend stel ik mij voor dat van die ‘intentie’ van de verdachte om een gewoonte te maken van het uitoefenen van het bedrijf van betaaldienstverlener zonder meer sprake is als hij over een bepaalde periode meermalen (aaneengesloten of op verschillende momenten) het bedrijf van betaaldienstverlener heeft uitgevoerd. Daarvan zal in de regel sprake zijn, lijkt mij, als daarvoor meerdere bedrijven zijn ingezet die elk meermalen betaaldiensten hebben verleend. Maar ik acht dus geenszins uitgesloten, dat ook het met tussenpozen (herhaaldelijk) meermalen verlenen van betaaldiensten door één bedrijf kan leiden tot een bewezenverklaring van het gewoonte maken van de uitoefening van het bedrijf van betaaldienstverlener. Het hangt af van de omstandigheden van het geval, met dien verstande dat wel telkens de ‘meervoudigheid’ van zowel het ‘gewoonte maken van iets’ als van het handelen ‘in de uitoefening van een bedrijf’ moet kunnen worden vastgesteld.

48. Tot slot wijs ik in deze aanloop op HR 28 september 2021, ECLI:NL:HR:2021:1398. Voor zover ik dit kan beoordelen, lijkt in de overwegingen van de Hoge Raad in dat arrest (rov. 3.4) toch ook iets aangaande de intentie van de verdachte door te klinken. De Hoge Raad overweegt namelijk:

“3.1 Het cassatiemiddel klaagt in de eerste plaats dat het hof het bewezenverklaarde ten onrechte heeft gekwalificeerd als meermalen te zijn gepleegd.

3.3 Artikel 343, aanhef en onder 4°, (oud) van het Wetboek van Strafrecht (hierna: Sr) luidde ten tijde van het bewezenverklaarde feit:

“[...]

3.4 Het hof heeft bewezenverklaard dat de verdachte (kort gezegd) in de periode van 28 juli 2014 tot en met 1 juni 2016 geen deugdelijke administratie heeft gevoerd of doen voeren en niet alle administratie, in elk geval niet de voorraadadministratie en/of de crediteurenadministratie, aan de curatoren heeft afgegeven. Uit de bewijsvoering blijkt dat in die periode van bijna twee jaar, meerdere voor de bewezenverklaring relevante strafbare gedragingen van de verdachte op uiteenliggende tijdstippen kunnen worden onderscheiden die de delictsomschrijving zelfstandig vervullen. Zo blijkt uit de bewijsmiddelen onder meer dat voorafgaand aan het faillissement van [A] BV geen crediteuren- en geen voorraadadministratie is bijgehouden en dat de administratie in 2014 ondoorzichtig is gemaakt door een stelselwijziging ten opzichte van 2013 waarbij per 2014 geen omzet per vestiging meer werd verantwoord, en dat na het faillissement van die BV de verdachte bij de curator als de administratie van de BV een grote hoeveelheid dozen met los gestorte ordners en papieren heeft ingeleverd, terwijl dit niet de gehele administratie van [A] BV betrof en dat de verdachte – nadat hij de vragen van de curatoren over de ontbrekende administratie niet afdoende had beantwoord – geen gebruik heeft gemaakt van de hem geboden gelegenheid om zijn administratie op orde te brengen. Gelet op een en ander getuigt het oordeel van het hof dat het bewezenverklaarde meermalen is gepleegd niet van een onjuiste rechtsopvatting en is het niet onbegrijpelijk.

3.5

Het cassatiemiddel faalt in zoverre.”

49. Ik keer terug naar de eerste deklacht. De rechtbank heeft bij het oordeel dat de verdachte van het in de uitoefening van een bedrijf verlenen van betaaldiensten zonder vergunning van de Nederlandse Bank ‘een gewoonte’ heeft gemaakt, de omvang, de duur en de frequentie als factoren betrokken. Wat deze omvang, duur en frequentie concreet inhouden, blijkt uit haar vonnis onder 3.2.2. Ik herhaal voor de leesbaarheid:

“3.2.2. Uit het dossier blijkt dat in de periode van 28 april 2015 tot en met 22 april 2016 door middel van 162 stortingen in totaal € 895.000,- op de bankrekening van [betrokkene 3] h/o [G] is bijgeschreven en dat vervolgens kort na elke storting geld werd overgemaakt naar Hi Tech Seeds,

Bayer Crop Science of Detia Degesch. In de periode van 21 tot en met 23 september 2015 werd in totaal € 39.500,- aan contante bedragen gestort op de rekening die op naam van [verdachte] en/of [G] stond. Op de dag dat er geldbedragen werden gestort, werd door middel van verschillende overboekingen in totaal een soortgelijk bedrag (€ 39.550,-) overgemaakt naar Hi Tech Seeds telkens met omschrijving: Alnhua Agricultural Company.”

50. Dit door het hof bevestigde oordeel is voldoende gemotiveerd. De verdachte heeft gedurende een relatief lange periode meermalen betaaldiensten verricht en daarbij gebruik gemaakt van de bankrekeningen van zowel de eenmanszaak als van de B.V. op de wijze als onder 2, 3 en 4 is bewezenverklaard. Hij heeft aldus de betaaldiensten verricht in de uitoefening van een bedrijf, dan wel als instelling/betaaldienstverlener. Met name de frequentie en de omstandigheid dat de transacties verspreid over twee bedrijven plaatsvonden, leiden tot de slotsom dat de verdachte daarvan telkens een gewoonte heeft gemaakt.

51. De eerste deelklacht mist dan ook doel. De bewezenverklaringen en kwalificatiebeslissingen zijn met betrekking tot de feiten 2, 3 en 4 naar de eisen van de wet voldoende met redenen omkleed.

Bespreking van het derde middel: de tweede deelklacht

52. Volgens de tweede deelklacht ontbreekt in de bewezenverklaring van feit 2 het bestanddeel ‘zetel in Nederland’, terwijl dit bestanddeel ook niet kan worden ingelezen in de tenlastelegging en bewezenverklaring, en heeft het hof de verdachte te dier zake ten onrechte niet van alle rechtsvervolgung ontslagen en/of de kwalificatiebeslissing onvoldoende met redenen omkleed.

53. In de voorliggende zaak is het bestanddeel ‘met een zetel in Nederland’ inderdaad niet in de tenlastelegging en de bewezenverklaring opgenomen. Ook heeft het hof in zijn arrest daaraan niet afzonderlijk aandacht besteed. Kennelijk heeft het hof de tenlastelegging aldus begrepen dat daarin het in art. 2:3a. eerste lid, Wft genoemde bestanddeel ‘met zetel in Nederland’ voldoende duidelijk tot uitdrukking is gebracht doordat in de tenlastelegging is vermeld dat de verdachte “te Amsterdam en/of (elders) in Nederland” het feit heeft gepleegd. In dit verband verdient opmerking dat de uitleg van de tenlastelegging is voorbehouden aan de feitenrechter en in cassatie moet worden geëerbiedigd zolang die uitleg niet onverenigbaar is met de bewoordingen ervan.²³

54. De betaaldiensten werden door de verdachte verleend via zowel zijn B.V. – zijnde een rechtspersoon – als via de eenmanszaak. Voor zover het middel beoogt te klagen over de zetel van de B.V, heeft de klacht al direct geen kans van slagen. De rechtspersoon heeft immers zijn zetel daar waar deze volgens zijn statuten of reglementen is gevestigd. Uit het (weliswaar voor het bewijs van feit 1 gebruikte) uittreksel van de Kamer van Koophandel van 10 februari 2017 (bewijsmiddel 9) volgt dat de B.V. toentertijd was gevestigd in Amsterdam.

55. Wat betreft de eenmanszaak geldt dat blijkens het (eveneens voor het bewijs van feit 1 gebruikte) uittreksel van de Kamer van Koophandel van 10 februari 2017 (bewijsmiddel 11) voldoende duidelijk is dat Nederland de plaats was waar de onderneming haar hoofdvestiging, en daarmee haar zetel, had. Daaruit volgt dat de vestigingsplaats van deze eenmanszaak Amsterdam was. Omdat een eenmanszaak geen rechtspersoon is, zal wel ook moeten vaststaan dat de plaats van hoofdvestiging samenvalt met de plaats waar de feitelijke werkzaamheden die als bedrijfsmatige betaaldienstverlening worden aangemerkt, in overwegende mate worden uitgeoefend en aangestuurd.²⁴ Welnu, uit de bewijsmiddelen ten aanzien van de feiten 2, 3 en 4 (zie randnummer 31) kan worden afgeleid dat de feitelijke werkzaamheden overwegend werden verricht in Amsterdam. Dat het geld contant zou zijn aangeleverd door [...] boeren met het verzoek dit per bank over te boeken, doet daaraan niet af. Dat zijn immers geen opdrachten die betrekking hebben op de uitoefening of aansturing van de betaaldienstverlening.²⁵

56. De tweede deelklacht treft evenmin doel.

57. Het derde middel faalt in beide onderdelen.

Slotsom

58. Het eerste, het tweede en het derde middel falen. Het eerste en het tweede middel kunnen met de aan art. 81, eerste lid, RO ontleende motivering worden afgedaan.
59. Gronden waarop de Hoge Raad gebruik zou moeten maken van zijn bevoegdheid de bestreden uitspraak ambtshalve te vernietigen, heb ik niet aangetroffen.
60. Deze conclusie strekt tot verwerping van het beroep.

De Procureur-Generaal

bij de Hoge Raad der Nederlanden AG

1 De advocaat heeft enkele citaten van de verdachte opgenomen die klaarblijkelijk zijn afgeleid bij eerdere verhoren. Kennelijk zijn citaten geknipt en in de pleitnota geplakt, als gevolg waarvan enkele zinnen zijn afgebroken. Die heb ik zo laten staan.

2 De Hoge Raad refereert ook wel aan de 'uiterlijke verschijningsvorm' waaruit het opzet kan worden afgeleid. Zie Noyon/Langemeijer/Remmelink, Het Wetboek van Strafrecht, Inleiding, aant. 5.4. bij Opzet (bewerkt door prof. mr. A.J. Machielse; bijgewerkt t/m 15 augustus 2018). Zie ook J. de Hullu, Materieel strafrecht, Kluwer: Deventer 2021, p. 222. De Hullu merkt in zijn voetnoot 130, waarin naar relevante rechtspraak van de Hoge Raad wordt verwezen, op: "Het spreekt ook uit de rechtspraak over de aanmerkelijke kans uit de voorwaardelijk opzetformule [...] waarin werd overwogen: 'bepaalde gedragingen kunnen naar hun uiterlijke verschijningsvorm worden aangemerkt als zo zeer gericht op een bepaald gevolg dat het – behoudens contra-indicaties – niet anders kan zijn dan dat de verdachte de aanmerkelijke kans op het desbetreffende gevolg heeft aanvaard'."

3 Zie o.a. HR 9 februari 2010, ECLI:NL:HR:2010:BI4691, NJ 2010/104; HR 16 februari 2010, ECLI:NL:HR:2010:BK4797, NJ 2010/119; HR 9 april 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY5446; HR 14 januari 2014, ECLI:NL:HR:2014:54, NJ 2014/80; HR 7 februari 2017, ECLI:NL:HR:2017:166, NJ 2017/376, m.nt. Keulen; HR 14 maart 2017, ECLI:NL:HR:2017:430, NJ 2017/150; HR 15 december 2020, ECLI:NL:HR:2020:2019; HR 21 september 2021, ECLI:NL:HR:2021:1261.

4 HR 9 februari 2010, ECLI:NL:HR:2010:BI4691, NJ 2010/104.

5 HR 14 januari 2014, ECLI:NL:HR:2014:54, NJ 2014/80; HR 7 februari 2017, ECLI:NL:HR:2017:166, NJ 2017/376, m.nt. Keulen; HR 21 september 2021, ECLI:NL:HR:2021:1261.

6 Vgl. ook HR 14 maart 2017, ECLI:NL:HR:2017:430, NJ 2017/150 en (de conclusie van de voormalige A-G Knigge voorafgaand aan) HR 16 februari 2010, ECLI:NL:HR:2010:BK4797, NJ 2010/119.

7 Voluit: Wet van 8 april 2016 tot wijziging van het Wetboek van Strafrecht, het Wetboek van Strafvordering en de Wet op de economische delicten met het oog op het verbeteren van de mogelijkheden tot opsporing en vervolging, alsmede het voorkomen van faillissementsfraude (herziening strafbaarstelling faillissementsfraude), Stb. 2016/154.

8 Kamerstukken II 2013/14, 33 994, nr. 3, p. 4-11 en 17.

9 Zie ook HR 28 september 2021, ECLI:NL:HR:2021:1398: "3.7 Nu uit het in de conclusie van de advocaat-generaal onder 20 tot en met 23 genoemde wettelijk kader blijkt dat de regels van het sanctierecht ten gunste van de verdachte zijn veranderd ten aanzien van de ten laste van hem bewezenverklarde gedragingen, die tot 1 juli 2016 strafbaar waren op grond van artikel 343 (oud) Sr en sindsdien op grond van artikel 344a Sr, had het hof het uit artikel 344a Sr voortvloeiende mildere sanctieregime met een strafmaximum van vier jaren gevangenisstraf behoren toe te passen in plaats van dat uit artikel 343 (oud) Sr met een strafmaximum van zes jaren gevangenisstraf (vgl. HR 11 oktober 2011, ECLI:NL:HR:2011:BQ8193, rechtsoverweging 2.8). Gelet hierop is het cassatiemiddel in zoverre terecht voorgesteld."

10 Vgl.: HR 12 juli 2011, ECLI:NL:HR:2011:BP6878, NJ 2012/78, m.nt. Keijzer; HR 26 mei 2020, ECLI:NL:HR:2020:914, NJ 2020/409, m.nt. Ten Voorde; en HR 29 juni 2021, ECLI:NL:HR:2021:845.

11 Er zijn geen aanknopingspunten die doen veronderstellen dat het hof aanhaling van art. 343 (oud) Sr én art. 344a Sr per abuis achterwege heeft gelaten.

12 Vgl. HR 18 september 2018, ECLI:NL:HR:2018:1683. Zie ook HR 12 juli 2011, ECLI:NL:HR:2011:BP6878, NJ 2012/78, m.nt. Keijzer, rov. 3.6.1; HR 29 november 2016, ECLI:NL:HR:2016:2716, NJ 2017/104, m.nt. Wolswijk (onder NJ 2017/105), rov. 2.4.1; en HR 26 mei 2020, ECLI:NL:HR:2020:914, NJ 2020/409, m.nt. Ten Voorde, rov. 4.3.

13 Daarom hoeft aan de verwerping van het middel niet de overweging ten grondslag te worden gelegd dat de door het hof opgelegde gevangenisstraf van tien maanden nog ver ligt onder het sinds 1 juli 2016 bestaande strafmaximum van vier jaren gevangenisstraf in art. 344a Sr en de verdachte in zoverre onvoldoende belang zou hebben bij vernietiging van de bestreden uitspraak op dit punt (vgl. HR 28 september 2021, ECLI:NL:HR:2021:1398). Terzijde zij erop gewezen dat blijkens 's hofs strafmotivering vooral de hoogte van het benadelingsbedrag, naast de zucht naar zelfverrijking en het gebrek aan berouw en verantwoordelijkheid, maatgevend is geweest voor de in deze zaak opgelegde straf. Vgl. HR 7 juni 2016, ECLI:NL:HR:2016:1005, NJ 2016/430, m.nt. Van Kempen, rov. 2.5.1 en 2.5.2, en HR 27 januari 2015, ECLI:NL:HR:2015:133.

14 Kamerstukken II 2004/05, 29 708, nr. 3, p. 27-28.

15 Kamerstukken II 2012/13, 33 685, nr. 3, p. 8.

16 Zie voor 'het uitoefenen van het bedrijf van betaaldienstverlener' als bedoeld in art. 2:3a, eerste lid, Wft ook: HR 10 november 2020, ECLI:NL:HR:2020:1753, NJ 2021/47, m.nt. Vellinga. Zie voorts het proefschrift van F.C.W. de Graaf, Meervoudige aansprakelijkstelling, Den Haag: Boom Juridisch 2018, p. 122.

17 D. Hazewinkel-Suringa, Inleiding tot de studie van het Nederlandse strafrecht, 15e druk, bewerkt door J. Remmelink, Deventer: Gouda Quint 1996, p. 122-123.

18 Zie ook De Graaf, a.w., p. 127.

19 Vgl. ook De Graaf, a.w., p. 126: "Er is niet een bepaalde minimumduur waarbinnen of frequentie waarmee de strafbare feiten moeten zijn begaan. Een terugkerend actief handelen van de verdachte is niet vereist. Gewoontewitwassen kan aldus plaatsvinden door gedurende een bepaalde periode herhaaldelijk uit misdrijf afkomstige gelden voorhanden te hebben. Het is ook mogelijk dat verschillende soorten handelingen, die elk een geval van witwassen opleveren, gezamenlijk een gewoonte vormen."

20 Ik wijs daarvoor ook op HR 5 december 1989, ECLI:NL:HR:1989:ZC8351, NJ 1990/316 (gewoonteheling; art. 417 Sr): "Immers, van een 'gewoonte' in voormelde zin kan ook sprake zijn indien het in evenvermeld artikel bedoelde 'kopen' herhaaldelijk geschiedt binnen een tijdsbestek van niet meer dan twee weken (zoals te dezen is bewezen verklaard) en van een persoon als verkoper (zoals uit de gebezigde bewijsmiddelen volgt)". En op HR 6 januari 1998, ECLI:NL:HR:1998:ZD0898, NJ 1998/423 (flessentrekkerij; art. 326a Sr): "Door aldus te oordelen heeft het Hof geen blijk gegeven van miskenning van het woord 'gewoonte', dat in de telastelegging kennelijk is gebezigd in de zin, die daaraan toekomt in art. 326a Sr. Het Hof heeft hetgeen is telastegelegd en bewezenverklaard klaarblijkelijk aldus verstaan en ook kunnen verstaan dat dit een pluraliteit van handelingen inhoudt die als een gewoonte in de zin van art. 326a Sr is te kwalificeren".

21 Noyon/Langemeijer/Remmelink, Het Wetboek van Strafrecht, aant. 7 bij art. 250 (bewerkt door prof. mr. A.J. Machielse; bijgewerkt t/m 1 februari 2005).

22 Er bestaat volgens De Graaf in haar proefschrift (p. 122) een verschil tussen het maken van een beroep en het maken van een gewoonte van het begaan van strafbare feiten. Zij wijst erop dat om van het begaan van een strafbaar feit een beroep te maken, de verdachte het oogmerk dient te hebben om het strafbare feit te herhalen, om zich op die manier een bron van inkomsten te verschaffen. Voor het bewijs van dat oogmerk kan één daad voldoende zijn, zolang deze daad wijst op het voornemen hetzelfde feit uit winstbejag nogmaals te begaan. Voor het bewijs van het begaan van een strafbaar feit als gewoonte moet vaststaan dat het desbetreffende feit meermalen is begaan, aldus De Graaf in

haar analyse.

23 HR 27 juni 1995, ECLI:NL:HR:1995:ZD0095, NJ 1996/126 (rov. 6.2.2); HR 8 november 2016, ECLI:NL:HR:2016:2526; HR 27 september 2016, ECLI:NL:HR:2016:2187, NJ 2016/436; en HR 31 mei 2016, ECLI:NL:HR:2016:1015. Vgl. A.J.A. van Dorst, *Cassatie in strafzaken*, Deventer: Wolters Kluwer 2018, p. 206.

24 Zie HR 1 december 2020, ECLI:NL:HR:2020:1906, NJ 2021/48, m.nt. Vellinga:

“2.8.1 Ingevolge artikel 2:3a lid 1 Wft is bestanddeel van het desbetreffende delict dat “met zetel in Nederland” het bedrijf van betaaldienstverlener is uitgeoefend. In aanmerking genomen dat de tenlastelegging en de bewezenverklaring niet het bestanddeel “met zetel in Nederland” bevatten, heeft het hof het bewezenverklaarde ten onrechte gekwalificeerd als “medeplegen van overtreding van een voorschrift gesteld bij artikel 2:3a lid 1 Wft, opzettelijk begaan terwijl hiervan een gewoonte is gemaakt.

2.8.2 De Hoge Raad neemt daarbij het volgende in aanmerking. Ingevolge artikel 1:1 Wft kan onder de “zetel” mede worden verstaan “de plaats waar die onderneming haar hoofdvestiging heeft”. In gevallen zoals het onderhavige, waarin geen sprake is van een rechtspersoon, dient deze bepaling aldus te worden uitgelegd dat die hoofdvestiging doorgaans samenvalt met de plaats waar de feitelijke werkzaamheden die als bedrijfsmatige betaaldienstverlening worden aangemerkt, in overwegende mate worden uitgeoefend en aangestuurd. Zonder nadere vaststellingen hieromtrent volstaat echter de enkele omstandigheid dat de bewezenverklaring inhoudt dat daarin genoemde gedragingen van de verdachte en zijn mededaders op verschillende plaatsen in Nederland hebben plaatsgevonden, niet om een zetel in Nederland te kunnen aannemen, in aanmerking genomen 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”.

25 Vgl. HR 10 november 2020, ECLI:NL:HR:2020:1753, NJ 2021/47, m.nt. Vellinga.