

Categorisch uitsluiten

dr. mr. F.M.A. 't Hart

Banken en andere financiële instellingen verkeren in een spanningsveld tussen twee maatschappelijk relevante 'doelstellingen', die soms conflicteren. Aan de ene kant de doelstelling om financiële criminaliteit zo veel mogelijk te voorkomen en te bestrijden en aan de andere kant de doelstelling om de toegang tot (essentiële) financiële dienstverlening te waarborgen.

De beheersplicht

De doelstelling om financiële criminaliteit en in het bijzonder witwassen te voorkomen en te bestrijden staat als zodanig niet ter discussie. Banken en andere financiële instellingen worden in deze 'strijd' wel geconfronteerd met verschillende factoren en deelbelangen. Ten eerste, de strenger geworden wetgeving (de implementatie van zowel de vierde als vijfde anti-witwasrichtlijn in de Wwft). Ten tweede, de toename aan onderzoeken van toezichthouders en ten derde de toename aan (informele en formele) handhavingsmaatregelen door toezichthouders. In een enkel geval wordt een normschending niet administratiefrechtelijk maar strafrechtelijk afgewikkeld. Daarnaast is ook een tuchtrechtelijke afwikkeling mogelijk. Vrijblijvend is de naleving van de anti-witwasregelgeving dus al lang niet meer. Naleving van de Wwft en ook van de publiekrechtelijke voorschriften ten aanzien van een beheerste en integere bedrijfsvoering, zijn een prioriteit voor financiële instellingen geworden.

Dat brengt ons bij de vierde factor. De wettelijke voorschriften worden door toezichthouders veelal vanwege de daarin opgenomen open normen aangewend om *soft law* uit te vaardigen. Zo heeft DNB op de voet van art. 3:10 Wft *good practices* uitgevaardigd omtrent de fiscale integriteitsrisico's van cliënten van banken. Het uitvaardigen van deze *good practices* gevolgd door het doen van onderzoek naar de naleving daarvan, leidt ertoe dat deze *soft law* in de praktijk hetzelfde effect sorteert als wetgeving. Deze *soft law* bevat ook verplichtingen die niet (direct) op wettelijke normen gebaseerd zijn, bijvoorbeeld de verplichting om bij cliënten onderzoek te doen naar niet alleen belastingontduiking maar ook belastingontwijking (zie o.a. F.M.A. 't Hart 'Verboden legaliteit' FR 2019, nr. 9, D. Busch 'Hoe 'hard' is *soft law*'?, FR 2021, nr. 11 en R.K. Pijpers 'Zomerzothed', FR 2019, nr. 9).

Al deze factoren leiden ertoe dat banken en andere instellingen steeds vaker het adagium volgen *'better far more than safe than a little bit sorry'*. In de praktijk betekent dit dat soms meer wordt gedaan dan uit de wet of uit een (verder dan de wet gaande) guidance van een toezichthouder volgt. Een concreet voorbeeld. In de Wwft en Sw leidraad van DNB staat: *'bij cliënten die hun vermogen spreiden, is het voor de instelling ook nodig om kennis te hebben van het verdere vermogen teneinde een correct risicoprofiel te kunnen opstellen'*. De wettelijke verplichting is om 'zo nodig' de herkomst van het vermogen te achterhalen waarop de dienstverlening betrekking heeft (art. 3 lid 2 sub d Wwft) zoals bijvoorbeeld het vermogen dat middels tussenkomst van de bank wordt belegd. Desalniettemin is een enkele instelling ertoe overgegaan om de herkomst van het gehele vermogen van de cliënt vast te stellen. Onderzoek hiernaar vergt serieuze inspanningen, zeker bij (bepaalde) zakelijke klanten.

Dan de vijfde factor. Het is vaste jurisprudentie dat de relatie met een bestaande client niet zonder meer beëindigd kan worden omdat de redelijkheid en billijkheid daaraan in de weg kan staan (zie o.a. Hof Amsterdam 29 oktober 2019, JONDR 2020/251). Dat laatste doet zich onder andere voor indien de beëindiging geschiedt op gronden waarmee de bank bij aanvang van de relatie bekend was of kon zijn terwijl de cliënt geen overstap naar een andere bank kan maken. In het licht van deze jurisprudentie is het verstandiger om voorafgaand aan de relatie grondig onderzoek te doen en om bij twijfel niet te contracteren (F.M.A. 't Hart 'Afscheid nemen doet pijn' in 'CCD, Wwft en Sw voor de financiële sector' FJR nr. 19).

Tot slot factor nummer zes. Naleving van antiwitwaswetgeving is ook van belang met het oog op de zorgplicht die op banken jegens derden kan rusten. Het niet opmerken van 'ongebruikelijke of opmerkelijke betalingspatronen' of onvoldoende acteren op interne signaleringen kan leiden tot civielrechtelijke aansprakelijkheid jegens crediteuren van de desbetreffende rekeninghouder (zie o.a. het Footlocker arrest van het Hof Amsterdam 14 mei 2019 in JOR 2019/162).

Al deze factoren betekenen dat op banken en andere financiële instellingen een zware beheersplicht rust: de plicht om financiële criminaliteit en in het bijzonder witwassen te voorkomen, te bestrijden en de risico's daarop te beheersen. Het is dan ook niet verwonderlijk dat banken en andere financiële instellingen duide-

lijke keuzes maken in hun cliëntacceptatiebeleid en terughoudend zijn geworden om eenieder als cliënt te accepteren. Cliënten met een hoog risicoprofiel of met een complexe organisatie vergen nu eenmaal meer tijd en aandacht. Tijd en aandacht die nodig is om de wettelijke normen na te leven wetende dat schending van die normen kan leiden tot handhavingsmaatregelen van de toezichthouder, civielrechtelijke aansprakelijkheden jegens derden, strafrechtelijke en tuchtrechtelijke vervolging en ten slotte reputatieschade.

Het accepteren van cliënten is hierdoor steeds meer een belangenafweging geworden en niet louter een commercieel doel op zich: de kosten en risico's verbonden aan de acceptatie van een cliënt en van de monitoring van de cliënt en diens transacties gedurende de relatie dienen immers op te wegen tegen de verdiensten. Het FD berichtte onlangs dat Europese banken € 151 miljard uitgeven aan witwascontroles en cliëntonderzoek, vier keer meer dan de € 27,5 miljard die Amerikaanse banken daaraan kwijt zijn (FD 'ABN Amro gaat witwascontroles in rekening brengen bij risicoklanten', 28 oktober 2021). ABN AMRO Bank zou de afgelopen drie jaar meer dan € 1 miljard hebben uitgegeven aan het voorkomen van financiële criminaliteit. Bijna 20% van de interne capaciteit van deze bank zou zich bezighouden met de bestrijding van financiële criminaliteit. Soortgelijke bedragen en percentages lijken ook voor andere Nederlandse banken te gelden (ww.rtlnieusw.nl "Opgevoerde jacht op criminele klanten kost banken miljard euro per jaar", 11 juni 2021).

Categorisch uitsluiten

De gedachte om cliënten uit of werkzaam in branches met een te hoog of zelfs onaanvaardbaar risico niet langer als client te accepteren past in de gedachte dat de risico's op financiële criminaliteit die een bank wel accepteert, beheerst moeten kunnen worden en dat de kosten daarvoor terug te verdienen zijn.

De praktijk om bepaalde branches of ondernemingen categorisch uit te sluiten bracht de Minister van Financiën begin september 2021 ertoe uit te spreken dat: *"In het licht van de toegenomen aandacht voor de bestrijding van witwassen is het begrijpelijk dat banken bestaande en nieuwe klanten kritisch tegen het licht houden, zeker bij klanten actief in een branche waarvan risico's bekend zijn. Dat is ook wat ik van de banken verwacht. Anderzijds vind ik het belangrijk dat dit proces zorgvuldig gebeurt en met oog voor de klant. De maatregelen die banken nemen moeten proportioneel blijven en burgers en ondernemers niet onnodig in de problemen brengen"* (TK Brief Minister van Financiën 8 september 2021).

Contracteerplicht

De uitsluiting van bepaalde cliënten – categorisch of niet categorisch – brengt ons bij de andere kant van het spanningsveld waarin banken en andere financiële instellingen verkeren. Formele of feitelijke uitsluiting van bepaalde (categorieën) van cliënten kan maatschappelijk ongewenst zijn. Het onthouden van financiële diensten aan (rechts-) personen die legale of gedoogde activiteiten ontplooiën betekent dat deze personen of niet aan het maatschappelijk verkeer kunnen deelnemen of anderszins moeten voorzien in hun financiële behoefte met het risico dat zij zich daardoor aan toezicht onttrekken en mogelijk vervallen in criminaliteit. Het belang om aan het maatschappelijk verkeer te kunnen deelnemen is door de Europese wetgever onderkend. PSD2 voorziet in de wettelijke plicht voor banken om aan consumenten een basisbetaalrekening aan te bieden (art. 4:71f Wft). Een acceptatie- en daarmee een contracteerplicht.

In Nederland wordt inmiddels in de rechtspraak aangenomen dat banken op grond van een buitenwettelijke zorgplicht gehouden kunnen zijn om ook aan zakelijke cliënten (niet-consumenten) een betaalrekening aan te bieden. Eind november 2019 gebood de rechtbank Amsterdam een bank aan een cannabisteler een betaalrekening aan te bieden ondanks dat deze teler geen consument was (Rb Amsterdam 4 november JONDR 2020/2193) en eind juni 2021 gebood de rechtbank Amsterdam een andere bank om zakelijke betaalrekeningen te openen voor twee aandeelhouders van een coffeeshop (Rb Amsterdam 29 juni 2021 RF 2021/64). De Hoge Raad heeft in november 2021 in het Yin Yang arrest ten principale bepaald dat op banken op grond van hun maatschappelijke positie ook ten aanzien van niet-consumenten, de verplichting kan rusten een betaalrekening aan te bieden (HR 5 november 2021, ECLI:NL:HR:2021:1652). Ook voor niet-consument kan immers gelden dat deze zonder betaalrekening geen deel kunnen nemen aan het maatschappelijke verkeer of dat de belangen van de bank niet opwegen tegen de belangen van de niet-consument.

ABN AMRO Bank kondigde onlangs aan dat de kosten voor de naleving van de anti-witwasregelgeving in rekening zullen worden gebracht aan cliënten met een hoog risico (zie voormeld artikel uit het FD). Het differentiëren van de in rekening te brengen kosten voor het kunnen aanhouden van een betaalrekening past in de balanceeract van banken tussen enerzijds 'beheersen' en anderzijds 'contracteren'. De gedachte achter kostendifferentiëring is in essentie dat de omvang van de kosten voor een betaalrekening mede afhankelijk zijn van de werkzaamheden die de bank voor de desbetreffende client moet verrichten. Cliënten waarmee de bank op zich wel een relatie wil aangaan maar die de bank - vanwege de te hoge kosten - nu weigert, kunnen met de introductie van kostendifferentiëring alsnog geaccepteerd worden. Een betaalrekening van een kleine Nederlandse mkb onderneming waarin nauwelijks cash geld in omloop gaat vraagt nu eenmaal minder aandacht dan een rekening van een buitenlandse klant uit een hoog risico land.

Leon de Jager van Wladimiroff advocaten plaatste - naar aanleiding van de aankondiging van ABN AMRO -

een bericht op LinkedIn met de vraag 'Is het niet gewoon een andere vorm van wegpesten nu sectorale uitsluiting niet mag?' Indien de kosten niet 'kennelijk onredelijk' zijn dan dient deze vraag ontkennend te worden beantwoord. Bovendien moet worden bedacht dat cliënten soms zelf in eigen hand hebben hoe hoog hun risico is. Van cliënten mag verwacht worden dat deze mitigerende maatregelen nemen om het witwasrisico te reduceren (zie voormeld Yin Yang arrest).

Het spanningsveld

Het spanningsveld waarin banken en andere financiële instellingen verkeren vraagt niet om populistische uitspraken maar om een genuanceerde benadering en concrete oplossingen. Toegang tot elementaire financiële diensten is niet louter een bancaire kwestie maar een onderwerp van maatschappelijke importantie. De daaromtrent de maken afwegingen zijn nu bij banken komt te liggen.

Het daardoor ontstane spanningsveld moet tot bedaren komen. Twee aspecten zijn daarvoor van belang. Ten eerste, dat maatschappelijk aanvaard wordt dat banken en andere financiële instellingen hun diensten ook verlenen aan 'minder nette mensen'. Acceptatie van minder nette mensen zegt niets over de reputatie of het gedrag van de bank in kwestie. Alsof gesteld kan worden dat Ahold zich misdraagt indien deze kruidenier toelaat dat criminelen brood in zijn winkel kopen ('Kruidenier voedt criminelen' i.p.v. 'bank faciliteert witwassen'). Ten tweede, dat banken en andere financiële instellingen hun vergoedingen mogen differentiëren indien dat redelijkerwijs nodig is voor de dienstverlening en mits de omvang van de vergoeding niet kennelijk onredelijk is.