

Contracteerplicht en afscheidsplicht

dr. mr. F.M.A. 't Hart¹

De vraag wie en onder welke omstandigheden toegang heeft tot financiële dienstverlening en meer in het bijzonder betaalrekeningen is een maatschappelijk vraagstuk. De beantwoording van deze vraag mag niet uitsluitend aan financiële ondernemingen overgelaten worden, niet alleen vanwege de impasse waarin financiële ondernemingen terecht zijn gekomen maar ook vanwege de diversiteit van de betrokken - en soms tegengestelde - maatschappelijke belangen. Enkele belangen die financiële ondernemingen moeten afwegen zijn: (i) een wettelijke - en ongeschreven contracteerplicht, (ii) in het verlengde daarvan ook het belang van het in stand houden van een in beginsel voor een ieder toegankelijke en betaalbare financiële dienstverlening, (iii) het belang van een integere financiële sector mede gewaarborgd door een wettelijke weigerings- en beëindigingsplicht, (iv) hun zorgplicht jegens derden welke zorgplicht is ontleend aan hun maatschappelijke positie en ten slotte (v) het eigen belang bestaande uit het waarborgen van een duurzaam verdienmodel en de bescherming van de eigen reputatie. De Wwft weerspiegelt slechts het derde belang, te weten een wettelijke weigerings- en beëindigingsplicht met het oog op het voorkomen van - kort gezegd - witwassen.

1. Wwft

1.1. Doelstellingen

De belangrijkste doelstelling van de Wet ter voorkoming van witwassen en financieren van terrorisme (Wwft) is - in abstracto - het waarborgen van de integriteit van het financiële stelsel en meer in het bijzonder het voorkomen van witwassen en terrorismefinanciering. In de memorie van toelichting is de doelstelling als volgt beschreven:

*"Het gebruik van het financiële stelsel voor het witwassen van uit criminele activiteiten verkregen opbrengsten kan de integriteit, stabiliteit en reputatie van het financiële stelsel schaden en een gevaar betekenen voor de ontwikkeling van dit stelsel en de interne markt. Hetzelfde geldt voor het gebruik van de financiële sector voor het aanwenden van geld voor terroristische doeleinden. Witwassen en terrorisme vormen daarnaast een ernstige bedreiging voor de samenleving. De vierde anti-witwasrichtlijn beoogt door middel van **het voorschrijven van preventieve maatregelen** het witwassen van uit criminaliteit verkregen geld of het aanwenden van gelden of voorwerpen voor terroristische doeleinden, met gebruikmaking van het financieel stelsel, aan te pakken"²*

Vanuit het perspectief van een financiële onderneming kan de Wwft niet los gezien worden van de

Sanctiewet 1977 (SW) alsmede de door de Wft voorgeschreven customer due diligence (CDD) regelgeving.³ De SW beoogt - als reactie op schendingen van internationaal recht - het treffen van sanctiemaatregelen die gericht zijn op het limiteren van de handelingscapaciteit van specifieke aangewezen (rechts-)personen.⁴

De CDD regelgeving ingevolge de Wft beoogt de reputationele integriteit van de financiële onderneming te beschermen.⁵ De CDD regelgeving kent een belangrijke overlap en samenloop met de Wwft en die overlap is gelegen in de verplichting om een clientacceptatiebeleid op te stellen.⁶ Het clientacceptatiebeleid weerspiegelt aan welke cliënten en onder welke voorwaarden een financiële onderneming bereid is haar financiële producten -en diensten aan te bieden.

De reikwijdte van het acceptatiebeleid bepaalt mede de aard en de intensiteit van de beheersmaatregelen die van een financiële onderneming verlangd mag worden. Een financiële onderneming die uitsluitend laag risico cliënten woonachtig of gevestigd in Nederland accepteert heeft minder verstrekkende maatregelen te nemen dan de financiële onderneming die ook hoog risico cliënten van buiten de EU accepteert.

Naar mate (boven-)wettelijke eisen strenger worden en aansprakelijkheden groter, des te eerder zal een financiële onderneming besluiten om de reikwijdte van haar clientacceptatiebeleid te beperken. Het

1. Frank 't Hart is advocaat te Amsterdam en redacteur van dit tijdschrift.
2. Kamerstukken II 2017/18, 34808, nr. 3.

3. Zie bijdrage Simone Peek.
4. Zie leidraad financiële sanctieregelgeving, Ministerie van Financiën 12 augustus 2020, pag. 4.
5. Zie artikel 3:10 lid 1 onderdeel c Wft, artikel 14 Bpr Wft.
6. Artikel 14 Bpr Wft.

eigen verdienmodel (worden de kosten van de te treffen maatregelen wel terugverdiend?) maar ook de concrete consequenties van ontoereikende naleving (denk aan civielrechtelijke aansprakelijkheden, een gepubliceerd boetebesluit met bijbehorende reputatieschade of de toezichtsantecedenten voor de betrokken beleidsbepalers) zullen van invloed zijn op de uitkomst van de te maken afweging ten aanzien van de reikwijdte van het eigen clientacceptatiebeleid.⁷ Beperking van het clientacceptatiebeleid belemmert de toegang tot financiële producten -en diensten voor de 'uitgesloten cliënten'. En naar mate de toegang tot financiële producten -en diensten wordt beperkt, wordt het publieke belang groter om een voor ieder toegankelijk financiële dienstverlening te waarborgen.

Een andere vraag is of het beperken van de toegang tot financiële dienstverlening een beoogd effect is van de Wwft. De doelstelling van de Wwft is het voorkomen van witwassen (middels het detecteren van ongebruikelijke transacties en het melden daarvan)⁸ en niet het opleggen van een plicht aan financiële ondernemingen (of andere Wwft instellingen) om gelden te weigeren die (mogelijk) uit criminele activiteiten verkregen zijn.⁹

Met het oog op de opsporing is immers het wenselijker dat 'crimineel gelden' gedetecteerd en gemeld (kunnen) worden dan dat deze gelden middels alternatieve circuits toegang verkrijgen tot de bovenwereld of in de onderwereld blijven en daarmee buiten het zicht van de toezichthouder vallen. Het Hawala bankieren – het zonder vergunning van DNB verrichten van betaaldiensten - is van dit laatste een goed voorbeeld.¹⁰

1.2. Systematiek

De Wwft verlangt van financiële ondernemingen een risico georiënteerde benadering.¹¹ Die risico georiënteerde benadering behelst onder andere een inspanningsverplichting door proportionele maatregelen te treffen ter naleving van de Wwft.

-
7. AFM Boetebesluit inzake Robeco datum 31 maart april 2022, gepubliceerd op 8 april 2022.
 8. Zie de meldplicht van art. 16 Wwft.
 9. Overigens heeft een financiële onderneming wel belang – zelfs indien de Wwft niet zou hebben bestaan – om maatregelen te treffen teneinde witwassen te voorkomen om het risico op schuldwitwassen te mitigeren. Zie de Houston schikking van ING Bank met het Openbaar Ministerie d.d. 4 september 2018 (feitenrelaas OM, pag. 20) en Hoge Raad 13 april 2021, ECLI:NL:HR:2021:569 (verschil tussen eenvoudig en gewoon schuldwitwassen).
 10. Hoge Raad 10 november 2020, ECLI:NL:HR:2020:1753. De Hoge Raad heeft in dit arrest bepaald dat voor het verrichten van een betaaldienst in de vorm van een geldtransfer niet vereist is dat het geldmiddel op enig moment giraal wordt overgemaakt.
 11. In deze bijdrage zal gemakshalve worden gerefereerd aan 'financiële ondernemingen' aangezien deze bijdrage zich beperkt tot financiële ondernemingen. Uiteraard vallen ook andere gecategoriseerde personen onder de reikwijdte van de Wwft.

De implementatie van de vierde anti-witwasrichtlijn heeft echter een resultaatsverplichting in het leven geroepen ten aanzien van de identificatieplicht en verificatieplicht. Indien deze beide onderdelen van het cliëntenonderzoek niet (volledig) geschieden dan moet een potentiële client worden geweigerd:

"Net als de derde anti-witwasrichtlijn kent de vierde anti-witwasrichtlijn een risicogebaseerde benadering, waaruit volgt dat instellingen de verplichtingen om de maatregelen die zij in het kader van het cliëntenonderzoek dienen te nemen dienen af te stemmen op de risico's van de aard en omvang van de eigen onderneming en de dienstverlening, alsmede op de risico's van een concrete zakelijke relatie of transactie.

Naast een risicogebaseerde invulling van het cliëntenonderzoek dat in standaard gevallen dient plaats te vinden, kan op basis van een risicobeoordeling in een concreet geval ook aanleiding blijken te bestaan voor het verrichten van een vereenvoudigd of verscherpt cliëntenonderzoek.

Daarbij laat de vierde anti-witwasrichtlijn nog slechts ruimte voor het variëren in de intensiteit van de maatregelen die in het kader van het cliëntenonderzoek worden genomen. Het cliëntenonderzoek kan in gevallen van laag risico in beginsel niet meer achterwege worden gelaten, zoals nog mogelijk was onder de derde richtlijn."¹²

De implementatie van de vierde anti-witwasrichtlijn betekende niet alleen een aanscherping van de wettelijke bepalingen ten aanzien van het cliëntenonderzoek maar ook de introductie van een aantal nieuwe verplichtingen. Een voorbeeld daarvan is de verplichting om te komen tot een risicobeoordeling:

"Nieuw ten opzichte van de derde richtlijn is de verplichting voor instellingen om een beoordeling van de risico's op witwassen en financieren van terrorisme op te stellen en vast te leggen teneinde hun gedragslijnen en procedures ter beperking van deze risico's op deze beoordeling te kunnen afstemmen en de beoordeling op verzoek aan de toezichthoudende autoriteit te kunnen verstrekken. Bij de beoordeling van de risico's dient de instelling onder meer rekening te houden met haar cliënten, de landen en geografische regio's waar de instelling werkzaam is en haar producten en diensten."¹³

En:

"De Wwft schrijft naar huidig recht reeds een risicogebaseerde aanpak voor, die met de implementatie van de vierde anti-witwasrichtlijn

12. Kamerstukken II 2017/18, 34808, nr. 3.

13. Kamerstukken II 2017/18, 34808, nr. 3.

wordt bestendig. De eerder genoemde wijzigingen in de richtlijn hebben echter wel tot gevolg dat de risicogebaseerde benadering op verschillende terreinen wordt geëxpliciteerd, dan wel uitgebreid. Zo worden de instellingen verplicht de identificatie en beoordeling van hun risico's op witwassen en financieren van terrorisme vast te leggen, actueel te houden en op verzoek aan de toezichthoudende autoriteit te verstrekken. De instelling dient deze risicobeoordeling ten grondslag te leggen aan de ontwikkeling van haar beleid, bestaande uit procedures en maatregelen, om de geïdentificeerde risico's te beperken en effectief te beheersen.

*Naast de uitvoering van het cliëntenonderzoek en het monitoren van transacties, kan hierbij gedacht worden aan de ontwikkeling van opleidingen voor medewerkers en aanvullende beheersmaatregelen. De risicobeoordeling kan er ook toe leiden dat een instelling tot de conclusie komt dat onvoldoende beheersmaatregelen mogelijk zijn en dat daarom bepaalde risico's in het geheel moeten worden vermeden.*¹⁴

Financiële ondernemingen die ingevolge artikel 10 lid 1 Bpr Wft verplicht zijn een systematische integriteitsrisicoanalyse op te stellen mogen de door de Wwft verplicht gestelde risicobeoordeling hierin integreren. Niet alleen de wetgeving heeft in de loop der tijd strengere eisen gesteld aan financiële ondernemingen maar ook is het toezicht op de naleving en de handhaving van de Wwft (en Sw) geïntensiveerd.

1.3. Intensiever toezicht en handhaving

Sinds de implementatie in 2018 van de vierde Europese anti-witwasrichtlijn in de Wwft, is het toezicht in Nederland door DNB en de AFM geïntensiveerd. Het onderzoek dat de AFM bij Robeco heeft uitgevoerd en heeft geleid tot het opleggen van een bestuurlijke boete, vangt niet zonder reden aan in juli 2018.¹⁵ De intensivering van het toezicht en de toename aan handhaving past bij de prioritering van de toezichtsagenda's van DNB en AFM. Zowel DNB als AFM hebben immers in de afgelopen jaren de bestrijding van financieel economische criminaliteit als speerpunten benoemd in hun toezichtsagenda's. DNB verwoordde het als volgt:

"Toezicht op het voorkomen van financieel-economische criminaliteit heeft bij DNB onverminderd prioriteit. Veel aandacht gaat uit naar de rol van banken. Hoewel veel banken hun inzet de afgelopen jaren hebben verhoogd, ziet DNB dat ook in 2021 nog onvoldoende invulling is

*gegeven aan hun poortwachtersrol. DNB verwacht verbetering op dit vlak door een slimmere aanpak*¹⁶

En als volgt voor 2022:

*"Banken werken aan een structurele verbetering van hun Wwft-poortwachtersfunctie. DNB zal in 2022 de implementatie van met banken gemaakte afspraken over herstel en verbetering blijven volgen. Ook het integriteitstoezicht op betaal- en elektronisch geld instellingen is een belangrijk aandachtspunt. DNB zal er op toezien of de beheersmaatregelen van de betaalinstellingen de integriteitsrisico's in voldoende mate afdekken.*¹⁷

De handhaving is sinds juli 2018 toegenomen. Veel financiële ondernemingen – waaronder de grootbanken – zijn aangespoord (al dan niet middels oplegging van een aanwijzing) om herstel -of verbetermaatregelen te nemen ter waarborging van de naleving van de Wwft en Sw. Illustratief voor de intensivering van het toezicht en de toename aan handhaving is het jaarverslag van de AFM over 2021:

"In 2021 hebben we 155 onderzoeken uitgevoerd in het kader van de Wwft en Sw.

De toename ten opzichte van vorig jaar (85 onderzoeken) is voor een groot deel te verklaren doordat wij in 2021 onderzoeken hebben ingesteld naar aanleiding van de jaarlijkse Wwft- en Sw-vragenlijst. Hierbij werden ondernemingen bijvoorbeeld (via een schriftelijk informatieverzoek) gevraagd waarom zij hadden aangegeven geen Wwft- en Sw-beleid te hebben. Ook hebben wij weer risicogebaseerde onderzoeken uitgevoerd, waarbij we onder meer (digitaal) gesprekken hebben gevoerd met het bestuur van ondernemingen, (transactiemonitoring)systemen hebben bekeken en cliëntendossiers hebben ingezien. Als er sprake was van overtredingen hebben we actie ondernomen.

*We hebben in dit verslagjaar diverse – formele en informele – maatregelen opgelegd: 1 last onder dwangsom (wegens het niet invullen van de Wwft- en Sw-vragenlijst) en 3 voornemens tot het opleggen van een last onder dwangsom (eveneens wegens het niet invullen van de Wwft- en Sw-vragenlijst), 4 voornemens tot het opleggen van een aanwijzing en 3 aanwijzingen. Er zijn 3 boetevoornemens verstuurd en 1 boete opgelegd. Verder hebben we 19 waarschuwingsbrieven en 5 normoverdragende brieven verstuurd. Daarnaast hebben we 2 normoverdragende gesprekken gevoerd.*¹⁸

14. Kamerstukken II 2017/18, 34808, nr. 3.

15. AFM Boetebesluit inzake Robeco datum 31 maart april 2022, gepubliceerd op 8 april 2022.

16. DNB "Toezicht in beeld" december 2021 te vinden op ww.dnb.nl.

17. DNB "Toezicht in beeld" december 2021 te vinden op ww.dnb.nl.

18. Jaarverslag AFM 2021, p. 23.

1.4. Tussenconclusie

De introductie van nieuwe wettelijke verplichtingen, de aanscherping van bestaande wettelijke verplichtingen, de intensivering van het toezicht en stringenter handhaving hebben eraan bijgedragen dat financiële ondernemingen hun clientacceptatiebeleid hebben heroverwogen en (verder) hebben beperkt.

De onder- en bovengrens van de reikwijdte van ieder clientacceptatiebeleid wordt uiteraard bepaald door de wettelijke weigeringsplicht en de wettelijke- en ongeschreven contracteerplicht. Op deze plichten ga ik in de volgende paragraaf nader in.

2. Weigeringsplicht

2.1. Cliëntenonderzoek

Artikel 3 lid 2 sub a Wwft verplicht financiële ondernemingen om een potentiële cliënt te identificeren en diens identiteit te verifiëren. Het begrip 'identificeren' betekent dat aan de potentiële cliënt moet worden verzocht om opgave van zijn identiteit. Het verifiëren van de identiteit betekent dat de financiële onderneming aan de hand van een wettelijk voorgeschreven identiteitsbewijs – bijvoorbeeld een paspoort – de opgegeven identiteit controleert.¹⁹

Enkele andere belangrijke verplichtingen die ingevolge de Wwft voorafgaand aan de relatie moeten worden nageleefd is het vaststellen van de aard en het doel van de relatie, de UBO's alsmede de herkomst van het vermogen.²⁰

2.1.1. Weigeringsplicht

Artikel 5 lid 3 Wwft bepaalt dat indien een instelling met betrekking tot een zakelijke relatie niet kan voldoen aan artikel 3, eerste tot en met vierde en veertiende lid, onderdeel a Wwft, de instelling die zakelijke relatie beëindigt.

Voor de praktijk is van belang dat deze bepaling niet alleen een weigeringsplicht inhoudt indien niet aan de Wwft kan worden voldaan voorafgaand aan de relatie maar ook een beëindigingsplicht gedurende de relatie. Deze beëindigingsplicht hangt samen met de monitoringsplicht die voortvloeit uit artikel 3 lid 2 sub d Wwft:

"een voortdurende controle op de zakelijke relatie en de tijdens de duur van deze relatie verrichte transacties uit te oefenen, teneinde te verzekeren dat deze overeenkomsten met de kennis die de instelling heeft van de cliënt en diens risicoprofiel, met zo nodig een onderzoek naar de bron van de middelen die bij de zakelijke relatie of de transactie gebruikt worden"

DNB over de beëindigingsplicht:

"Het zal voorkomen dat een instelling op basis van het cliëntenonderzoek concludeert dat een bestaande of voorgenomen cliënt een te hoog risico op betrokkenheid bij witwassen of terrorismefinanciering met zich brengt. Daarnaast kan het voorkomen dat het cliëntenonderzoek niet volledig uitgevoerd kan worden, bijvoorbeeld door het ontbreken van noodzakelijke cliëntinformatie, en de instelling dus niet kan vaststellen wie haar cliënt precies is en/of welk doel de voorgenomen zakelijke relatie heeft. In beide gevallen gaat de instelling geen zakelijke relatie aan met de cliënt, verbreekt zij de zakelijke relatie en voert zij geen transacties uit."²¹

De bovenstaande bewoordingen impliceren dat DNB verwacht dat financiële ondernemingen hun diensten en producten niet aanbieden aan (te) hoog risico cliënten, dus ongeacht of in het concrete geval sprake is van een gesubstantieerd vermoeden dat de middelen van de client afkomstig zijn uit criminele activiteiten. De verwachting van DNB kan niet op de Wwft gebaseerd zijn. Het doel van de Wwft is namelijk niet om aan (te) hoog risico cliënten waarbij zich geen geconcretiseerd witwasrisico voordoet financiële diensten te onthouden maar om maatregelen voor te schrijven ter voorkoming van witwassen en terrorismefinanciering. Een weigerings- of beëindigingsplicht ontstaat pas op het moment dat geen (volledig) cliënten onderzoek kan worden verricht.

DNB verlangt verder van financiële ondernemingen dat een exit-beleid wordt opgesteld ter waarborging van de weigeringsplicht dan wel beëindigingsplicht:

"Om te waarborgen dat aan al deze verplichtingen wordt voldaan en op een adequate manier afscheid kan worden genomen van bestaande cliënten, stelt de instelling een cliënt-exitbeleid op. Hierin geeft zij aan onder welke omstandigheden en volgens welke procedure de relatie met de cliënt wordt beëindigd. Indien de instelling de zakelijke relatie niet (onmiddellijk) kan beëindigen, neemt de instelling (verdere) adequate maatregelen om alsnog het cliëntenonderzoek te verrichten en stelt een plan op waarbij de relatie zo spoedig mogelijk wordt beëindigd. Instellingen kunnen denken aan het 'ringfencen' van de dienstverlening en het toepassen van verscherpte monitoring totdat beëindiging wel mogelijk is. Voorop staat dat de instelling zich

19. DNB Leidraad Wwft en SW, versie december 2020, pag. 27: "Bij het identificeren verstrekt de cliënt gegevens over zijn identiteit. Dit is vormvrij, dit kan bijvoorbeeld door het invullen van een (web) formulier. Bij het verifiëren van de identiteit gaat het om het vaststellen dat de opgegeven identiteit overeenkomt met de werkelijke identiteit. Aan de hand van documenten, gegevens of inlichtingen uit betrouwbare en onafhankelijke bron controleert de instelling de juistheid van de door de cliënt opgegeven identiteit".

20. Hoofdstuk 2 van de Wwft bevat de regulering van het cliëntenonderzoek dat verricht dient te worden.

21. DNB Leidraad Wwft en SW versie december 2020, p. 35.

*maximaal inspant om de relatie te beëindigen en deze inspanning zorgvuldig vastlegt.*²²

Overigens dient bedacht te worden dat het beëindigen van een eenmaal aangegane relatie niet per definitie een eenvoudige kwestie is. In het geval van een levensverzekeraar geldt zelfs dat beëindiging van een reeds afgesloten levensverzekering wettelijk verboden is.²³

2.2. Contracteerplicht

2.2.1. Wettelijke contracteerplicht

Op banken rust een wettelijke plicht om aan consumenten een basisbetaalrekening aan te bieden, hetgeen een acceptatie- en contracteerplicht inhoudt.²⁴ De aan deze contracteerplicht ten grondslag liggende gedachte is dat consumenten niet goed kunnen deelnemen aan het maatschappelijk verkeer indien zij niet over een (basis)betaalrekening kunnen beschikken. Wie niet giraal geld kan overboeken of kan ontvangen, is economisch gezien 'buiten de stadsmuren' geplaatst.

2.2.2. Ongeschreven contracteerplicht

In de (Nederlandse) rechtspraak wordt 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 om aan een cannabisteler een betaalrekening aan te bieden ondanks dat deze teler geen consument was.²⁵ Eind juni 2021 gebood de rechtbank Amsterdam een andere bank om zakelijke betaalrekeningen te openen voor twee aandeelhouders van een coffeeshop.²⁶

De Hoge Raad heeft in het Yin Yang arrest uit november 2021 ten principale bepaald dat op banken op grond van hun maatschappelijke positie de verplichting kan rusten een betaalrekening aan te bieden aan niet-consumenten.²⁷ 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:

"Het hof heeft terecht tot uitgangspunt genomen dat op banken op grond van hun maatschappelijke positie ook ten aanzien van niet-consumenten, de verplichting kan rusten een betaalrekening aan te bieden (vgl. voor consumenten art.

4:71f Wft).

*Het heeft daarbij eveneens terecht zwaar laten wegen dat het zonder betaalrekening vrijwel onmogelijk is om deel te nemen aan het maatschappelijk verkeer en om een bedrijf te exploiteren.*²⁸

En:

"Anders dan onderdeel 1.4 aanvoert, heeft het hof niet miskend dat banken een gerechtvaardigd belang kunnen hebben om cliënten te weigeren vanwege toezichtrechtelijke eisen of integriteitsrisico's, en dat dit belang eraan in de weg kan staan een bank te verplichten een betaalrekening aan te bieden. Het hof heeft het belang van ING in dit opzicht onderzocht en afgewogen tegen het belang van Yin Yang c.s.

*Het is tot de conclusie gekomen dat tussen deze belangen onevenredigheid bestaat, en dat het belang van ING in de omstandigheden van dit geval niet in de weg staat aan een verplichting tot het aanbieden van een betaalrekening (zie rov. 3.12-3.14), maar wel aan een verplichting tot het faciliteren van het storten van contant geld (rov. 3.8). Dat oordeel is niet onbegrijpelijk of onvolgende gemotiveerd.*²⁹

Dit arrest van de Hoge Raad illustreert treffend het belang van toegang tot betaalrekeningen en conceptueel zou de Hoge Raad eenzelfde oordeel kunnen geven ten aanzien van andere financiële producten en diensten indien zonder die producten of diensten deelname aan het maatschappelijk verkeer feitelijk onmogelijk of buitengewoon lastig is.³⁰

De belangenafweging kan derhalve per financiële product verschillend uitpakken. In dit specifieke geval woog het belang van de bank wel op tegen het belang van Yin Yang om contanten te kunnen storten (kortom, wel recht op een betaalrekening maar geen recht om contanten te storten).

De ontwikkelingen in wetgeving en in de rechtspraak hebben tot gevolg dat financiële ondernemingen steeds vaker de betrokken belangen nauwgezet dienen af te wegen en een beslissing dienen te nemen omtrent het weigeren of juist het verlenen van toegang tot financiële dienstverlening.³¹ Hoe dienen deze belangen afgewogen te worden?

22. DNB Leidraad Wwft en SW versie december 2020, p. 35.

23. Zie artikel 7:977 BW.

24. Artikel 4:71f Wft.

25. Rb Amsterdam 4 november 2019, ECLI:NL:RBAMS:2019:8144.

26. Rb Amsterdam 29 juni 2021, ECLI:NL:RBAMS:2021:3337.

27. HR 5 november 2021, ECLI:NL:HR:2021:1652.

28. HR 5 november 2021, ECLI:NL:HR:2021:1652, r.o. 3.2.

29. HR 5 november 2021, ECLI:NL:HR:2021:1652, r.o. 3.3.

30. Zie ook D. Busch "Anti-witwasregels, Freikörperkultur en de grenzen van de bancaire contractsvrijheid, Ars Aequi februari 2022, pag. 139-146.

31. R.I.V.F. Bertrams & T. Hekman, Betaalrekeningen en Wwft-issues: van opzegging tot contracteerplicht, FIP 2020/314.

2.3. Belangenafweging

2.3.1. Uitgangspunt: bevoegdheid tot beëindiging

In de praktijk zal iedere bank op grond van de desbetreffende overeenkomst of op grond van de toepasselijke algemene bankvoorwaarden, de bevoegdheid hebben om de relatie te beëindigen.

De algemene bankvoorwaarden conform het model van de NVB kennen in artikel 35 een generieke beëindigingsbevoegdheid.³² Daarmee is niet gezegd dat een bank naar geheel eigen inzicht de relatie op ieder moment mag beëindigen.

2.3.2. Redelijkheid en billijkheid

De uitoefening van de contractuele beëindigingsbevoegdheid kan naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zijn.³³ De meeste rechtspraak heeft betrekking op de vraag of de bank deze bevoegdheid mocht uitoefenen (en niet of de bank deze bevoegdheid überhaupt had).

In het Hap Foods arrest overwoog het Hof Amsterdam dat het aan de opgezegde partij (en niet de bank) is om te bewijzen dat de uitoefening van de opzeggingsbevoegdheid naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is:

*"Uitgangspunt is daarbij dat ING gebruik mag maken van haar contractueel bedongen opzeggingsrecht zoals neergelegd in artikel 35 ABV, tenzij dit naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is. Hap Foods zal daarbij die onaanvaardbaarheid aannemelijk moeten maken."*³⁴

De vraag of de redelijkheid en billijkheid zich tegen de uitoefening van de beëindigingsbevoegdheid verzet is om voor de hand liggende redenen niet aan de orde indien op de bank een wettelijke weigerings- of beëindigingsplicht rust. Dat geldt zelfs in geval van een basisbetaalrekening. Artikel 4:71g eerste tot en met derde lid Wft bepaalt dat de basisbetaalrekening onder andere moet worden geweigerd indien (i) de bank bij het openen daarvan niet kan voldoen aan de bij of krachtens de Wvft gestelde eisen, (ii) de aanvrager niet kan aantonen een werkelijk belang te hebben bij het openen van een basisbetaalrekening in Nederland, (iii) de aanvrager bij een in Nederland gevestigde bank een aanvraag voor een basisbetaalrekening heeft lopen of reeds een betaalrekening aanhoudt bij een andere in Nederland gevestigde bank.

32. De algemene bankvoorwaarden 2017 (model NVB) zijn te vinden op: <https://www.nvb.nl/publicaties/protocol-len-regelingen-richtlijnen/algemene-bankvoorwaarden-abv/>

33. F.M.A. 't Hart, 'Afscheid nemen doet pijn' in "CDD, Wvft en SW voor de financiële sector" hoofdstuk 7, Zutphen: Uitgeverij Paris 2021.

34. Hof Amsterdam 29 oktober 2019, ECLI:NL:GHAMS:2019:3898, r.o. 3.5.

2.3.3. Ongewenste klanten?

Een belangenafweging is aan de orde indien geen sprake is van een wettelijke weigerings- of beëindigingsplicht dan wel een wettelijke contracteerplicht. In dat geval kunnen andere redenen ten grondslag liggen aan het besluit van een bank om een bepaalde client te weigeren of om de (of bepaalde) dienstverlening te beëindigen. Hierna ga ik in op enkele in de praktijk belangrijke redenen om een client te weigeren of om de dienstverlening te beëindigen. Wanneer kunnen cliënten ongewenst zijn?

Beleidswijziging

Een belangrijke reden kan gelegen zijn in (een wijziging van) het beleid van de bank. Een bank kan haar doelgroep wijzigen en de aanleiding daartoe kan divers zijn. Dit kan gelegen zijn in een commerciële heroverweging van de doelgroep (denk aan Deutsche Bank die zich in Nederland niet langer ging richten op MKB ondernemingen) maar ook in wet -en regelgeving. Een sprekend voorbeeld daarvan is het besluit van veel banken om niet langer US ingezetenen te bedienen teneinde de toepasselijkheid van wetgeving uit de Verenigde Staten te vermijden. De minister van Financiën kondigt een onderzoek van de AFM aan vanwege het niet (aantoonbaar) kunnen voldoen aan zogenaamde FATCA-vereiste.³⁵

*"De vraag is daarom of DeGiro, naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid, de cliënt-overeenkomst heeft mogen beëindigen op de grond dat de consument mogelijk US Person is. Naar het oordeel van de commissie is dat in deze zaak het geval. Hierbij is van belang dat een instelling zoals DeGiro, om aan de voorschriften op grond van FATCA te voldoen, een kostbare en tijdrovende aanpassing in haar werkproces moet doorvoeren en bovendien met aanzienlijke sancties te maken kan krijgen als zij voorschriften in de FATCA-regelgeving blijkt te hebben overtreden (vgl. de uitspraak van de commissie met nummer 2021-1077, overweging 3.9). In dit geval bestaat een risico op zulke sancties zolang het niet uitgesloten is dat de consument als US Person kwalificeert. Bij deze afweging van de belangen van de consument en DeGiro is verder van belang dat het hier geen betaalrekening betreft – die voor een rekeninghouder onmisbaar kan zijn om aan het betalingsverkeer te kunnen deelnemen – maar een effectenrekening. Verder heeft de commissie geen aanleiding om aan te nemen dat het voor de consument niet mogelijk is een effectenrekening te openen bij een andere broker die in Nederland gevestigde US Persons wel als klant accepteert."*³⁶

35. Aanhangsel Handelingen II, vergaderjaar 2020–2021, nr. 1074

36. GFD 2022-0387 d.d. 12 mei 2022.

De beëindiging van een relatie op grond van een beleidswijziging heeft in de regel geen betrekking op individuele omstandigheden van een specifieke cliënt. In de rechtspraak wordt als uitgangspunt aangenomen dat een bank de vrijheid heeft om haar beleid te wijzigen en om vervolgens over te gaan tot beëindiging van de relatie op grond van het gewijzigde beleid. Dat betekent echter niet dat het nieuwe beleid voor iedere bestaande client consequenties mag hebben. Zo overwoog het Hof Leeuwarden:

"Ter zitting heeft De Vliegende Hollander echter desgevraagd medegedeeld dat de ING Bank nog geen concrete stappen heeft ondernomen om deze relatie te beëindigen. Het enkele feit dat de ING Bank al wel beleid heeft ontwikkeld om coffeshops uit haar cliëntenbestand te stoten, leidt vooralsnog niet tot nadelige gevolgen voor De Vliegende Hollander, omdat het hof er vanuit gaat dat de ING Bank dit beleid ten opzichte van haar niet ten uitvoer kan brengen.

Immers, in dat geval zou De Vliegende Hollander - na de beëindiging van haar relatie met de SNS Bank - wel van bancaire diensten verstoken raken, hetgeen aan beëindiging van de bancaire relatie door de ING Bank op grond van de thans door het hof aangegeven maatstaf in de weg staat.³⁷

Kortom, bepaalde cliënten of clientgroepen mogen beleidsmatig geweigerd worden zolang als die cliënten niet verstoken blijven van een betaalrekening (die moeten of elders terecht kunnen of dienen client te blijven).

Reputatie -en integriteitsrisico's

Een andere belangrijke reden om over te gaan tot beëindiging van de relatie kan juist wel gelegen zijn in individuele omstandigheden van een specifieke cliënt. In de regel gaat het daarbij om (de vrees voor) reputatie -en integriteitsrisico's.³⁸ De algemene 'les' die gehaald kan worden uit de rechtspraak ten aanzien van beëindiging op grond van reputatie -en integriteitsrisico's, is dat de beëindiging in strijd kan zijn met de redelijkheid en billijkheid indien de bank niet voldoende kan aangeven welke concrete reputatie -en integriteitsrisico's bij de desbetreffende cliënt zich tegen continuering van de relatie verzetten. Zo overwoog het Hof Den Bosch:

"Het hof deelt het oordeel van de voorzieningenrechter dat Rabobank de gronden waarom zij meent tot beëindiging van de financiële relatie met Rours te moeten overgaan, onvoldoende heeft onderbouwd.

Dat geldt zowel voor de stellingen ten aanzien van frauduleuze handelingen – die onvoldoende met stukken zijn gestaafd – als voor het beroep op het feit dat Rours onbevoegd de kluis van zijn overleden vader wilde openen. Nu Rabobank haar belang bij de door haar gewenste beëindiging van de relatie met Rours onvoldoende heeft gemotiveerd, is er gelet op het belang van Rours bij continuering, onvoldoende grond die relatie te beëindigen, ook niet als dat op termijn gebeurt. Daarvoor geldt in beginsel hetzelfde als voor de opzegging zelf, en daarvan heeft het hof geoordeeld dat hetgeen door Rabobank is aangevoerd onvoldoende is."³⁹

Daarentegen overwoog de Voorzieningenrechter Amsterdam dat de bank in kwestie de relatie mocht beëindigen omdat concrete risico's zich voordeden, te weten dat de bank de herkomst van het geld van de cliënt niet kon worden vastgesteld:

"Gelet op de verplichtingen uit de Wwft is aan ING onderzoek naar de bron van de zakelijke gelden opgedragen en indien zij onaanvaardbare risico's ziet is zij volgens artikel 5 lid 3 Wwft verplicht om de bankrelatie te beëindigen. ING heeft inzichtelijk gemaakt dat de geldstromen achter [handelsnaam] door ING onvoldoende op betrouwbaarheid kunnen worden getoetst.

De enkele rentebetalingen die [eiser] heeft aangetoond en de geringe aflossingen die hij stelt te hebben gedaan in de afgelopen 8 jaar, de wisseling van personen van wie de verklaringen afkomstig zijn, als ook de uitsluitend contante betalingen roepen terecht vragen op. Daarnaast is het onduidelijk waarom [eiser] in 2013 weer € 30.000,- zou hebben geleend, terwijl hij een goede omzet maakte. De toelichting ter zitting heeft ook niet meer licht geworpen op het – legale - vermogen van de personen van wie [eiser] geld zou hebben geleend. Aannemelijk is dat het voortzetten van de bankrelatie met [eiser] schadelijk kan zijn voor de reputatie van ING en dat voortzetting van de bankrelatie de werking en de betrouwbaarheid van het financiële stelsel zou kunnen schaden."⁴⁰

37. Hof Leeuwarden 15 september 2009, ECLI:NL:GHLEE:2009:BJ7971, JOR 2009/292 m. nt. Van Emden, r.o. 12.

38. In deze bijdrage buiten beschouwing gelaten, maar niet onbelangrijk voor de praktijk is dat banken maar ook trustkantoren dienen te voldoen aan regelgeving ter voorkoming en beheersing van fiscale integriteitsrisico's. DNB publiceerde in 2019 Good Practices 'fiscale integriteitsrisico's bij cliënten van banken'. Zie meer hierover in: S. Van Norden, M. Ruigrok en R.T. van Ginneken, *De impact op de relatie tussen een bank en haar cliënt van DNB's 'Good Practices' ten aanzien van fiscale integriteitsrisico's*, MvV 2019, nr 12, pag 432-438.

Ook de vestigingsplaats (land met een verhoogd risico) in combinatie met een vermoeden van witwassen kan een rechtsgeldige reden zijn om de relatie

39. Hof Den Bosch 22 februari 2011, ECLI:NL:GHSHE:2011:BR4991, JOR 2011/254.

40. Rb Amsterdam 18 februari 2020, ECLI:NL:RBAMS:2020:1089, r.o. 4.4.

te beëindigen. Zo overwoog de Voorzieningenrechter Amsterdam dat de bank in kwestie vanwege concrete en reële integriteitsrisico's voldoende gronden had voor de opzegging:

*"De voorzieningenrechter is met ABN AMRO van oordeel dat Surichange Bank in de categorie 'hoger risico' in de zin van de Wwft valt, alleen al vanwege de correspondentrelatie en haar vestigingsplaats (Suriname is een land met verhoogd risico). Dit betekent dat ABN AMRO naast het gebruikelijke voortdurende cliëntenonderzoek van artikel 3 Wwft verscherpt cliëntenonderzoek moet doen"*⁴¹

En:

"Zo vormt de voeding van het nostro-account en het atypische gebruik ervan een risico op witwassen. De bijschrijvingen zijn niet van Surichange Bank zelf afkomstig maar van B.V. Suri-Change en haar (Nederlandse) klanten. Het gaat veelal om door de klanten bij B.V. Suri-Change gestorte contante bedragen. Dat de rekening mogelijk al vanaf 2011 in belangrijke mate wordt gevoed door B.V. Suri-Change en dat ABN AMRO dit wist of kon weten, zoals door Surichange Bank is gesteld maar door ABN AMRO is betwist, doet er niet aan af dat deze praktijk (inmiddels) voor ABN AMRO een onacceptabel risico kan vormen.

Voorts is niet betwist dat Surichange Bank soms verkeerde SWIFT-codes heeft ingevuld, waardoor de aard van de transacties en de daarbij betrokken partijen verborgen bleven. Daardoor kon ABN AMRO niet voldoen aan haar plicht om transacties goed te monitoren op witwassen en terrorismefinanciering. Weliswaar heeft Surichange Bank aangevoerd dat het om slechts enkele gevallen ging, maar ABN AMRO heeft onbetwist gesteld dat het om meer gevallen ging dan de door haar aangehaalde voorbeelden.

*Daarnaast heeft ABN AMRO enkele voorbeelden gegeven van ongebruikelijke transacties via de nostro-rekening.*⁴²

De voorzieningenrechter van de rechtbank Amsterdam overwoog begin dit jaar dat ING Bank de relatie met het trustkantoor Maprima Management diende te continueren vanwege een beperkt eigen belang bij beëindiging terwijl een bankrekening voor het trustkantoor essentieel is om haar bedrijf te kunnen voortzetten:

"Dit leidt tot de volgende belangenafweging. Uit 4.7 volgt dat het besluit om afscheid te nemen van Maprima een beleidsmatige keuze was. Op zichzelf staat het een bank vrij haar beleid met betrekking tot het accepteren en behouden van cliënten te wijzigen, maar bij de wijze waarop daaraan in een concreet geval uitvoering wordt gegeven, geldt wel de maatstaf zoals weergegeven onder 4.2. De wens van ING om de genoemde risico's uit te sluiten is legitiem, maar moet afgewogen worden tegen de belangen van Maprima. De rechtbank is van oordeel dat bij de huidige stand van zaken het belang van Maprima bij voortzetting van de bankrelatie zwaarder dient te wegen dan het belang van ING bij beëindiging daarvan.

*Beëindiging van de relatie zal er immers toe leiden dat de kans groot is dat Maprima haar onderneming niet meer kan voortzetten, **terwijl er geen concrete aanwijzingen bestaan dat juist Maprima een integriteitsrisico vormt voor ING** en/of dat ING daardoor voor onevenredig hoge kosten wordt geplaagd. Het belang van ING bij beëindiging van de bankrelatie is op dit moment dan ook relatief beperkt. Dit neemt niet weg dat de concrete omstandigheden in de toekomst, mogelijk ook door maatschappelijk en/of politieke ontwikkelingen, anders kunnen komen te liggen en het belang van ING tot beëindiging van de bankrelatie zwaarder kan komen te wegen dan het belang van Maprima bij voortzetting daarvan. Daarom kan de rechtbank aan de voortzetting van de bankrelatie geen termijn verbinden zoals door Maprima gevorderd en zal zij de vordering tot voortzetting van de bankrelatie toewijzen zoals hieronder in het dictum is vermeld.*⁴³

De omstandigheid dat banken (dienen te) overwegen hun relatie met andere onder toezicht staande financiële ondernemingen te beëindigen is een teken des tijds.

Overigens wordt het eigen belang van financiële onderneming mede ingegeven door het risico dat indien geen adequate maatregelen worden getroffen ter voorkoming dat haar financiële diensten worden afgenomen met het oog op witwassen, gelegen is om het risico van schuldwitwassen zo veel mogelijk te minimaliseren.⁴⁴

41. Rb Amsterdam 13 maart 2020, ECLI:NL:RBAMS:2020:1722, r.o. 4.6.

42. Rb Amsterdam 13 maart 2020, ECLI:NL:RBAMS:2020:1722, r.o. 4.7, 4.8 en 4.9.

43. Rb Amsterdam 5 januari 2022, ECLI:NL:RBAMS:2022:42, JOR 2022/97 m. n.t. Wijnstekers, r.o. 4.8 en 4.9.

44. Een van de strafrechtelijke verwijten die aan ING Bank werden gemaakt en die terug te lezen zijn in de schikking die het Openbaar Ministerie met ING Bank is aangegaan, betreft het 'schuldwitwassen'. Zie ook: Mr. A.B. Vissers en mr. L.E.F. Pietersen, 'One strike you're out!', *Tijdschrift voor Sanctierecht & Onderneming* 6 december, p. 235-244.

Bijzondere zorgplicht jegens derden

Een andere reden om over te gaan tot beëindiging kan gelegen zijn in de zorgplicht die op een bank kan rusten jegens derden die (mogelijk) schade ondervinden van bepaalde gedragingen van een rekeninghouder. De welbekende arresten Safe Haven en van de Berg zijn daarvan een sprekend voorbeeld.⁴⁵ In deze arresten werd de zorgplicht jegens derden mede gebaseerd op de maatschappelijke positie van banken.

Relevant in het kader van deze bijdrage is dat het Hof Amsterdam in het Foot Locker arrest overwoog dat het relativiteitsvereiste niet eraan in de weg staat dat een ontoereikende naleving van de Wwft kan leiden tot civielrechtelijke aansprakelijkheid jegens derden:

"Onder die omstandigheden is op ING de plicht komen te rusten onderzoek te doen naar de ongebruikelijke transacties en zo nodig maatregelen te nemen, mede ter bescherming van de belangen van derden die betrokken waren bij de ongebruikelijke transacties die via de rekening van Ups verliepen, in het bijzonder het belang van Foot Locker die grote bedragen naar de rekening van Ups overboekte, die in deelbetalingen naar een onbekende buitenlandse rekeninghouder werden doorgeboekt."⁴⁶

Kortom: een toereikende naleving van de Wwft kan leiden tot civielrechtelijke aansprakelijkheden jegens derden.

2.3.4. Medewerkingsplicht cliënten

Cliënten mogen echter niet zonder meer stil zitten en kunnen onder omstandigheden gehouden zijn om maatregelen in hun eigen bedrijfsvoering te nemen wil een bank gehouden zijn om de dienstverlening te continueren. Deze 'gehoudenheid' bestaat eruit dat de client dusdanige maatregelen neemt dat de belangenafweging in haar voordeel wordt beslecht.

De medewerkingsplicht van cliënten bestaat kort gezegd uit (i) de plicht om - gedocumenteerde - informatie aan de bank te verschaffen ten einde de bank in staat te stellen om aan haar wettelijke verplichtingen (zoals het te verrichten cliëntenonderzoek te voldoen) en om haar oordeel te kunnen vormen ten aanzien van eventuele reputatie -en integriteitsrisico's en (ii) het nemen van maatregelen ten einde binnen haar bedrijfsvoering het risico op witwassen te mitigeren.

Een bank is in belangrijke mate afhankelijk van de cliënt teneinde informatie te verkrijgen om te kunnen voldoen aan de Wwft. Denk bijvoorbeeld aan

het verkrijgen van informatie omtrent de herkomst van het vermogen dat bij de bank wordt aangehouden. Of informatie omtrent de activiteiten van de client:

"De commissie concludeert dat de bank de bankrelatie met de consument mocht beëindigen op grond van artikel 5 lid 3 Wwft, omdat het cliëntenonderzoek niet kon worden afgerond. De commissie is van oordeel dat de bank de consument voldoende gelegenheid heeft geboden om de informatie te verschaffen die nodig was en haar voldoende heeft gewaarschuwd voor de gevolgen bij het niet nakomen van de verzoeken in het kader van het cliëntenonderzoek. Nu de consument de bank nog steeds onvoldoende onderbouwing heeft verstrekt over de contante stortingen tussen april 2019 en oktober 2020, is de commissie eveneens van oordeel dat de bank niet gehouden is de bankrelatie met de consument te herstellen"⁴⁷

De medewerkingsplicht van de cliënt kan niet alleen bestaan uit het beantwoorden van vragen of het aanleveren van gedocumenteerde informatie maar ook uit het nemen van risicomitigerende maatregelen. Illustratief voor deze (tweede) vorm van medewerking die van een cliënt mag worden verlangd is de overweging van de Hoge Raad in het Yin Yang arrest dat de desbetreffende cliënt mitigerende maatregelen had genomen ter beperking van het integriteitsrisico van ING Bank. Zo werden contante betalingen middels bankbiljetten van € 500 en € 200 niet meer geaccepteerd van de eigen cliëntèle, werden girale betalingen gestimuleerd door kortingen aan de eigen cliëntèle aan te bieden en werden medewerkers intern getraind op het gebied van de Wwft.⁴⁸

Het nemen van maatregelen in de bedrijfsvoering kan de uitkomst van de belangenafweging beïnvloeden die de bank zal moeten maken en dus de besluitvorming door de bank, nog daargelaten dat het genomen besluit onderworpen kan worden aan een rechterlijke toetsing.

3. Maatschappelijke afwegingen

Zoals gezegd, hebben strengere wetgeving, intensiever toezicht alsmede het opleggen van herstel -en punitieve maatregelen door toezichthouders mede tot gevolg dat banken en andere financiële ondernemingen de reikwijdte van hun clientacceptatiebeleid hebben beperkt.

Er bestaan in beginsel geen ongewenste cliënten. Banken en andere financiële ondernemingen streven naar een duurzaam verdienmodel en het acquireren van cliëntèle is daarvan een onlosmakelijk onderdeel. Reden om cliënten die op zich gewenst zijn

45. HR 23 december 2005 in JOR 2006/ 20 (Safe Haven) en HR 27 november 2015 in JOR 2016/34 m. nt. 't Hart (Van den Berg).

46. Hof Amsterdam 14 mei 2019, ECLI:NL:GHAMS:2019:1611, JOR 2019/162 m. nt. Strijbos, r.o. 2.7.

47. GFH 2022-0347 d.d. 26 april 2022.

48. HR 5 november 2021, ECLI:NL:HR:2021:1652, onder 2.1.

te weigeren zijn gelegen in de wens om de risico's van ontoereikende naleving van de Wwft zoveel mogelijk uit te sluiten.

Deze reden om cliënten niet te wensen kan onderdeel worden in een aantal onderliggende redenen. De eerste reden is gelegen in de sanctionering bij ontoereikende naleving. De stringente handhaving voorziet bovendien in de publicatie van handhavingsmaatregelen hetgeen de reputatie van de financiële onderneming niet ten goede komt. Inmiddels heeft de AFM in haar wetgevingsbrief gepleit voor een publicatieregime voor handhavingsmaatregelen vanwege ontoereikende naleving van de Sw.⁴⁹ De tweede reden is gelegen in de mogelijke gevolgen voor de betrokken leidinggevenden. Artikel 2d lid 1 Wwft verplicht tot aanwijzing van een bestuurder die verantwoordelijk is voor de naleving van de Wwft.

Het opleggen van een handhavingsmaatregel leidt tot een toezichtsantecedent voor de dagelijkse beleidsbepalers maar kan voor het verantwoordelijk bestuurslid ook leiden tot een hertoetsing van diens geschiktheid of betrouwbaarheid en in het meest verstrekkend geval tot strafrechtelijke vervolging. Zo besliste het Hof Den Haag dat het Openbaar Ministerie de (voormalig) voorzitter van ING Bank strafrechtelijk dient te vervolgen.⁵⁰ De derde reden is gelegen in de mogelijke civielrechtelijke aansprakelijkheden. Wetenschap is immers zorgplicht en het is vaste jurisprudentie dat wetenschap omtrent bepaalde transacties kan leiden tot een zorgplicht jegens derden.

Dit zijn belangrijke redenen waarom het voorheen door voornamelijk commerciële overwegingen vorm en inhoud gegeven clientacceptatiebeleid, nu in belangrijke mate wordt bepaald door compliance overwegingen. Hoe coulanter het cliëntenacceptatiebeleid hoe meer eisen gesteld dienen te worden aan de te treffen beheersmaatregelen.

Dat brengt mij bij de vierde reden; te weten de kosten/baten analyse per potentiële cliënt of cliëntgroep: de opbrengsten van het accepteren van compliance intensieve cliënten dienen immers op te wegen tegen de kosten van naleving van de Wwft en aanverwante wetgeving alsmede risico's indien die naleving niet toereikend is.

Het FD berichtte eind 2021 dat Europese banken € 151 miljard uitgeven aan witwascontroles en cliëntonderzoek, vier keer meer dan de € 27,5 miljard

die Amerikaanse banken daaraan kwijt zijn.⁵¹ 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.⁵²

De toename aan kosten kan leiden tot het categorisch uitsluiten van bepaalde branches of beroepsgroepen of het kan leiden tot het differentiëren van de kosten voor het verlenen van financiële diensten, bijvoorbeeld de betaalrekening.⁵³

De Minister van Financiën sprake zich begin september 2021 als volgt uit over het categorisch uitsluiten:

"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".⁵⁴

Dit citaat geeft goed weer dat de afweging van maatschappelijke belangen in eerste instantie bij banken (en andere financiële) ondernemingen is komen te liggen door van hen een balanceeract te verlangen.⁵⁵

Behalve categorisch uitsluiten is het differentiëren in de kosten die per cliëntgroep in rekening worden gebracht, een ander gevolg van de toename aan wetgeving en handhaving. ABN AMRO Bank brengt hogere kosten in rekening voor het verlenen van betaaldiensten aan hoog risicocliënten. Dergelijke cliënten brengen vergen meer compliance aandacht.

Bijvoorbeeld: uit de DNB leidraad volgt dat het risicoprofiel van hoog risicocliënten onderworpen dient te zijn aan een jaarlijkse review, in plaats van een drie of vijfjaarlijkse review voor midden respectievelijk laag risico cliënten.

Kortom, hoe bewerkelijker de cliënt met het oog op de Wwft, hoe hoger de kosten van de dienstverlening of hoe groter de kans op uitsluiting. ABN AMRO

49. Brief van AFM aan de Minister van Financiën d.d. 28 maart 2022, paragraaf 1.3 op pag. 4: "De AFM ziet graag dat deze maatregelen openbaar worden gemaakt en acht dit ook passend bij het streven naar een meer transparante overheid. Van openbaarmaking gaat bovendien een belangrijke waarschuwendende functie uit ten aanzien van de instelling die deze wet overtreedt".

50. Hof Den Haag 9 december 2020, ECLI:NL:GHDHA:2020:2347.

51. Het Financieele Dagblad 'ABN Amro gaat witwascontroles in rekening brengen bij risicoklanten', 28 oktober 2021.

52. Zie www.rtlnieuws.nl "Opgevoerde jacht op criminele klanten kost banken miljard euro per jaar", 11 juni 2021.

53. F.M.A. 't Hart, 'Categorisch uitsluiten, FR 2021/12.

54. TK Brief Minister van Financiën 8 september 2021.

55. Van der Beek & Van den Heuvel, 'Tussen poortwachtersfunctie en toegang tot een nutsvoorziening: over de zake-lijke betaalrekening in het Koninkrijk', FRP 2020/1297, p.61.

Bank rekent op dit moment (mei 2022) voor het aanhouden van een betaalrekening per maand € 3 in geval dat de rekeninghouder een vereniging of stichting is, € 6,50 in geval van een besloten vennootschap en € 10 in geval van een naamloze vennootschap, dit om enkele voorbeelden te noemen.

Banken en andere financiële ondernemingen dienen te laveren tussen maatschappelijke belangen als het waarborgen van de toegang tot de financiële dienstverlening – een groot goed – en het bestrijden van financieel economisch criminaliteit – in beginsel een overheidstaak – maar voelen zich meer speelbal dan marktmeester.⁵⁶

D66 kamerlid Hammelburg en de Minister van Financiën voerden op 2 november 2021 een schouwspel op dat het bovenstaande kleurrijk weergeeft. Overigens hebben parlementariërs of landelijke bestuurders geen antwoord op de vraag hoe deze belangen af te wegen of te prioriteren:

Hammelburg:

"Vorige week vrijdag kwam Het Financieele Dagblad met het bericht naar buiten dat ABN AMRO de kosten voor coffeeshouwers fors gaat verhogen, met wel 1.000%. Dit is een voorbeeld van weer een doorberekening door een Nederlandse bank naar een bepaalde sector van de kosten die de bank maakt om criminaliteit en terrorisme aan te pakken.

Dat is niet de eerste keer. We hebben het eerder gezien met kleine autohandelaren, die gewoon geen bankrekening meer kunnen openen of voor wie de kosten gigantisch omhoog zijn gegaan. We zien stelselmatige discriminatie van coffeshops. We zien het ook stelselmatig gebeuren bij sekswerkers, die bepaalde vormen betalingsverkeer niet meer kunnen gebruiken en die allerlei foefjes moeten uithalen om nog gewoon hun werk te kunnen doen. Voorzitter. Nederlanders die zich aan de wet houden — of het een coffee-shopeigenaar is, een sekswerker of een autohandelaar — mogen erop rekenen dat zij niet door banken worden gediscrimineerd. Ze moeten niet worden uitgesloten van het betalingsverkeer. Ze mogen niet tegen veel hogere kosten aanlopen dan anderen."

En het antwoord van de Minister:

"Het is misschien goed om het tweede dilemma hier nog eens te schetsen. Met alle maatregelen die wij als politiek vragen van de banken betekent de ene klant natuurlijk wel degelijk aanzienlijk hogere kosten dan de andere klant. Dat is überhaupt ongemakkelijk voor de banken,

maar we weten ook allemaal wie vervolgens opdraaien voor de meerkosten in bepaalde categorieën. Dat zijn namelijk de andere klanten van de bank. Dat betekent dat de extra kosten die gaan zitten in bijvoorbeeld de hoogrisicocategorie van de coffeshops, worden omgeslagen over de bakker, de slager en andere ondernemers. Dat is gewoon een van de dilemma's. Daarmee hebben we nog geen oplossing te pakken, maar het is wel belangrijk om dat te benoemen."⁵⁷

In gewone mensentaal: men weet zelf niet wat het antwoord dient te zijn.

Fintell Alliance is een relatief recent initiatief om te komen tot een privaat publieke samenwerking in de strijd tegen witwassen van criminele gelden. FIU-Nederland, ABN AMRO Bank, ING Bank, Rabobank en Volksbank zijn de samenwerkende partners. Een initiatief dat mede gericht is op een efficiëntere en een meer doeltreffende bestrijding van financieel economische criminaliteit.⁵⁸ Zonder afbreuk te willen doen aan dit initiatief kan mijns inziens niet worden verwacht dat welke privaat publieke samenwerking dan ook het antwoord gaat geven op de vraag hoe – in zijn algemeenheid – de in deze bijdrage gesignaleerde belangen afgewogen moeten worden. Een dergelijke samenwerking is immers primair gericht op een specifiek belang te wettten 'bestrijding van witwassen'. Ik doe een aanzet ter beantwoording.

Behoudens het niet kunnen vaststellen van de identiteit van de client en de verificatie daarvan, dient het belang van toegang tot financiële dienstverlening in beginsel te prevaleren. Het laten prevaleren van dit belang maakt deelname aan het maatschappelijk verkeer (beter) mogelijk, maakt het mogelijk om gelden van cliënten en cliënten te monitoren en het voorkomt dat de toevlucht wordt genomen naar ondergronds bankieren of andere niet gereguleerde diensten, ook door cliënten die niet witwassen maar om andere redenen geen (feitelijke) toegang hebben tot de gereguleerde financiële dienstverlening. Waar gaan dan nu de contanten gelden van Yin Yang als deze niet bij een bank gestort kunnen worden?⁵⁹

Bedacht moet worden dat de Wwft in belangrijke mate verlangt dat financiële ondernemingen een overheidstaak vervullen. Daarmee is niet gezegd dat van financiële ondernemingen geen bijdrage mag worden verlangd in de bestrijding van financieel economische criminaliteit maar deze bijdrage driegt nu disproportioneel te worden terwijl de gevolgen van een ontoereikende bijdrage verstrekkend zijn. De

57. Tweede Kamer, 2 november 2021, vragenuur Minister van Financiën.

58. Persbericht FIU-Nederland "FIU-Nederland treedt samen met de grootbanken op tegen witwassen en terrorismefinanciering" d.d. 11 februari 2021.

59. S.A. Eckhardt & A.B. Vissers, 'Opzegging van bankrekening dient het doel van toezichtswetgeving juist niet', *Financieel Dagblad* 12 augustus 2020, p. 24.

56. F.M.A. 't Hart, 'De bancaire strijd', AA 2020/6.

consequenties van de steeds grotere inspanning die van financiële ondernemingen wordt verlangd leiden tot maatschappelijke ongewenste uitkomsten. Anders gezegd: er zijn in beginsel geen ongewenste cliënten maar wel ongewenste consequenties.

Het is kiezen of delen: of het belang van toegankelijke financiële dienstverlening prevaleert of het belang van de bestrijding van financieel economische criminaliteit en in dat laatste geval moet maatschappelijk geaccepteerd worden dat niet iedereen financiële diensten kan afnemen (met alle gevolgen van dien) en dat cliënten dienen bij te dragen aan de kosten van deze bestrijding.