

One strike you're out!

mr. A.B. Vissers en mr. L.E.F. Pietersen¹

1. Inleiding

De eerste munten stammen uit de 7e eeuw voor Christus.² In de 10e eeuw kwam daar het gebruik van bankbiljetten bij. Alhoewel deze 'vormen' eeuwenlang de handel hebben gedomineerd, lijkt het afscheid van deze fysieke vormen van 'geld' definitief in gang gezet.³ Vandaag de dag wordt 'cash geld' al snel in verband gebracht met criminele activiteiten. In Nederland wordt getracht het uitgeven van contant geld te beperken met het instellen van een 'cashmaximum' van € 3.000 en door het afschaffen van het € 500 biljet.⁴ Tevens wordt er gelobbyd voor een maximering van contante uitgaven binnen de Europese Unie van € 5.000.⁵

Deze tendens maakt dat aan het belang van het kunnen openen en aanhouden van een bankrekening in deze tijd veel meer gewicht toekomt voor zowel natuurlijke personen als rechtspersonen. Wie deze mogelijkheid wordt ontzegd, wordt feitelijk van deelname aan het betalingsverkeer uitgesloten. Daarmee is de dienstverlening van banken in wezen verworpen tot 'nutsvoorziening'. Dit maatschappelijk belang van het kunnen beschikken over een betaalrekening heeft zich verwezenlijkt in de Europese Betaalrekeningenrichtlijn in 2014.⁶ Met de implementatie hiervan in nationale wetgeving heeft vervolgens het recht voor consumenten op een basisbankrekening een wettelijke grondslag gekregen.⁷ Een basisbankrekening omvat diensten waarmee de consument onder meer een betaalrekening kan openen en gebruiken, stortingen kan verrichten of contant kan opnemen en betalingstransacties en overmakingen kan uitvoeren.⁸ Rechtspersonen vallen niet onder deze richtlijn en kunnen zich aldus niet op dit recht beroepen. Het belang dat zij hebben bij het kunnen aanhouden van een bankrekening komt desalniettemin overeen met dat van de consument: toegang tot het betalingsverkeer c.q. deelname aan het economisch ver-

keer. Het drijven van een onderneming is tenslotte simpelweg niet mogelijk wanneer niet kan worden beschikt over een bankrekening. Rechtspersonen zouden derhalve tevens baat hebben bij een dergelijk recht op een bankrekening.

Een andere maatschappelijke ontwikkeling die zich de afgelopen jaren heeft voltrokken is de aanscherping van de wetgeving en het handhavingsbeleid met betrekking tot witwassen en terrorismefinanciering. Met de implementatie van de verschillende anti-witwasrichtlijnen is – naast de bestaande strafvorderlijke bevoegdheden van opsporingsinstanties – een verplichting voor financiële instellingen zoals accountants, belastingadviseurs en banken gecreëerd tot handhaving van de in deze wetgeving vervatte doelen.⁹ Deze instellingen worden – gelet op hun functie – gezien als poortwachters van het financiële systeem en kunnen hierdoor bijdragen aan het opsporen van strafbare feiten. Gelet op de recente hoge transacties van ING en ABN AMRO wegens witwasverdenkingen van respectievelijk € 775 en € 480 miljoen, is het begrijpelijk dat banken een tandje bijzetten in het naleven van hun Wwft-verplichtingen.¹⁰ In de praktijk lijkt dit te hebben geresulteerd in het regelmatig opzeggen of niet aangaan van bankrelaties door banken, vanwege het niet (voldoende) kunnen verrichten van cliëntenonderzoek.¹¹

De problematiek van deze twee geschetste ontwikkelingen is gelegen in de discrepantie daartussen. Enerzijds is het beschikken over een bankrekening in de huidige maatschappij vrijwel essentieel om te kunnen participeren in het maatschappelijk verkeer, anderzijds wordt door banken steeds vaker toegang tot het bancaire systeem aan (rechts)personen geweigerd. Uit onze praktijk blijkt namelijk dat cliënten die worden verdacht (of zijn veroordeeld) voor fraude, witwassen en/of valsheid in geschrifte, op grote schaal worden geweerd door banken.

1. Annabel Vissers en Laura Pietersen zijn beiden werkzaam bij De Bont Advocaten te Amsterdam.
2. <https://historianet.nl/maatschappij/handel/geschiedenis-van-het-geld-van-schelpen-tot-de-euro>.
3. D. Ballegeer, 'De toekomst van cash is digitaal', *Financieel Dagblad* 8 november 2021.
4. <https://nos.nl/artikel/2291432-kabinet-wil-contante-betalingen-boven-3000-euro-verbieden>.
5. <https://nos.nl/artikel/2398511-nederland-pleit-voor-cash-limiet-van-5000-euro-in-eu>.
6. Richtlijn (EU) 2014/92/EU van 23 juli 2014.
7. *Stb.* 2016, 386.
8. Art. 4:71f lid 3 Wft jo. art. 17 lid 1 van Richtlijn 2014/92/EU.

9. Meest recentelijk is de implementatie van de zesde anti-witwasrichtlijn op 24 november 2020, *Stb.* 2020, 481.
10. Zie hiervoor respectievelijk de persberichten van het Openbaar Ministerie <https://www.om.nl/actueel/nieuws/2018/09/04/ing-betaalt-775-miljoen-vanwege-ernstige-nalatigheden-bij-voorkomen-witwassen>; <https://www.om.nl/actueel/nieuws/2021/04/19/abn-amro-betaalt-480-miljoen-euro-vanwege-ernstige-tekortkomingen-bij-het-bestrijden-van-witwassen>.
11. Zie S.A. Eckhardt & A.B. Vissers, 'Opzegging van bankrekening dient het doel van toezichtswetgeving juist niet', *Financieel Dagblad* 12 augustus 2020, p. 24.

In dit artikel wordt nader ingegaan op deze discrepantie. Allereerst worden de verplichtingen van de bank voortkomend uit de civiele bijzondere zorgplicht uiteengezet alsmede de verplichtingen die volgen uit de Wet ter voorkoming van witwassen en terrorismefinanciering (hierna: Wwft). Dit betreft de verplichting tot het verrichten van cliëntenonderzoek en de meldingsplicht (paragraaf 2). Vervolgens wordt ingegaan op de problematiek die in dit artikel centraal staat. Meer specifiek stellen wij ons op het standpunt dat sprake is van de uitholling van het recht op een bankrekening en dat de basisbankrekening niet altijd een oplossing biedt (paragraaf 3). De thans heersende tendens in de rechtspraak ten aanzien van het opzeggen van bankrelaties wordt voorts besproken (paragraaf 4), waarna enkele potentiële gevolgen van deze geschetste praktijk aan bod komen (paragraaf 5). Tot slot wordt tot een afsluiting en aanbeveling gekomen (paragraaf 6).

2. Bancaire verplichtingen

De hiervoor beschreven discrepantie kan (met name) worden herleid naar de wet- en regelgeving die is vastgelegd in het civiele recht enerzijds en het bestuurs- en strafrecht, meer specifiek de Wwft anderzijds. Uit deze rechtsgebieden kunnen twee type verplichtingen worden gedestilleerd met betrekking tot banken. Deze verplichtingen worden hierna één voor één nader toegelicht.

2.1. Bijzondere zorgplicht

In de civiele rechtspraak bestond reeds de algemene zorgplicht ex art. 7:401 BW.¹² Ten aanzien van banken heeft zich een afgeleide variant ontwikkeld: de bijzondere zorgplicht.¹³ Deze is tevens opgenomen in art. 2 lid 1 Algemene Bankvoorwaarden (ABV). Het bijzondere karakter vloeit daarbij ten eerste voort uit de professionaliteit van de bank ten opzichte van de particuliere klant met wie een verbintenis wordt aangegaan.¹⁴ Hierdoor is in feite geen sprake meer van gelijke partijen, waardoor het civiele recht met de bijzondere zorgplicht in

een mechanisme van ongelijkheidscompensatie voorziet. In dat kader heeft de Hoge Raad geoordeeld dat deze zorgplicht reeds voortvloeit uit de eisen van redelijkheid en billijkheid ex art. 6:248 lid 1 BW, die de contractuele verhouding tussen de bank en de klant beheersen.¹⁵ Ten tweede vloeit de bijzondere zorgplicht voort uit de maatschappelijke functie van de bank.¹⁶ Banken spelen immers een hoofdrol in ons betalingsverkeer – mede omdat zij de laatste jaren naast klassieke banktaken ook financiële diensten zijn gaan aanbieden – waardoor het van belang is dat er voldoende maatschappelijk vertrouwen in banken is.¹⁷ De bijzondere zorgplicht dient derhalve ter waarborging van dit vertrouwen. De omvang van de bijzondere zorgplicht is verder afhankelijk van de omstandigheden van het geval.¹⁸ Daarbij verdient opmerking dat banken zowel in de contractuele als precontractuele fase hun zorgplicht in acht dienen te nemen. Zoals reeds vermeld vloeit deze in de contractuele fase voort uit de eisen van redelijkheid en billijkheid. De bank dient in dat geval de belangen van de klant voorop te stellen.¹⁹ Het ontbreken van een contractuele relatie betekent echter niet dat de bank hieraan voorbij kan gaan. In de precontractuele fase wordt namelijk art. 6:162 lid 2 BW als grondslag van de bijzondere zorgplicht gebruikt. Deze volgt dan uit *'hetgeen financiële instellingen volgens ongeschreven recht in het maatschappelijk verkeer betaamt'*.²⁰ Wanneer de bank nalaat haar bijzondere zorgplicht in acht te nemen of deze schendt, kan dit uiteindelijk resulteren in civiele aansprakelijkheid.²¹

Binnen het verbintenissenrecht geldt verder het beginsel van contractvrijheid uit hoofde van art. 6:217 BW. Dit houdt in dat een ieder vrij is zelf te

12. Binnen het Nederlandse contractenrecht dient de ene partij zich onder andere door het belang van de andere partij te laten leiden, zie HR 15 november 1957, ECLI:NL:PHR:1957:AG2023, NJ 1958, 67 (*Baris/Riezenkamp*).

13. HR 23 mei 1997, ECLI:NL:HR:1997:AG7238, NJ 1998, 192 (*Rabobank/Everaars*).

14. Zie o.a. L. Timmerman, 'Situatiele gelijkheid in het (privaat)recht', in: *Gelijkheid in een pluriforme samenleving*, Amsterdam: KNAW Press 2008; A.C.W. Pijls, 'De bijzondere zorgplicht van de financiële dienstverlener', in: F.G.M. Smeele en M.A. Verbrugh (red.), *Opgelegde bescherming in het bedrijfsrecht. Ratio, methodiek en dynamiek van dwingendrechtelijke bescherming van kwetsbare belangen in het bedrijfsrecht*, Den Haag: BJU 2010, p. 1-2; F.M.A. 't Hart, *Zorgplicht bij financiële dienstverlening* (diss. UvA), Deventer: Den Hollander 2017, p. 224.

15. HR 23 mei 1997, ECLI:NL:HR:1997:AG7238, NJ 1998, 192, r.o. 3.3 (*Rabobank/Everaars*).

16. O.O. Cherednychenko, 'De bijzondere zorgplicht van de bank in het spanningsveld tussen het publiek en privaatrecht', *NTBR* 2010 (11); F.M.A. 't Hart, *Zorgplicht bij financiële dienstverlening* (diss. UvA), Deventer: Den Hollander 2017, p. 224.

17. D. Busch, 'De toekomst van de bijzondere zorgplicht in de financiële sector', *NJB* 2020/424, p. 452.

18. HR 9 januari 1998, ECLI:NL:HR:1998:ZC2536, NJ 1999, 285 (*Mees/Pierson*); HR 23 mei 1997, ECLI:NL:HR:1997:AG7238, NJ 1998, 192 (*Rabobank/Everaars*); HR 26 juni 1998, ECLI:NL:HR:1998:ZC2686, NJ 1998, 660 (*Van der Klundert/Rabobank*); HR 23 maart 2007, ECLI:NL:HR:2007:AZ7619, NJ 2007, 333 (*ABN AMRO/Van Velzen*); HR 5 juni 2009, ECLI:NL:HR:2009:BH2815, NJ 2012, 182 (*De Treek/Dexia*).

19. Zie A.C.W. Pijls, 'De bijzondere zorgplicht van de financiële dienstverlener', in: F.G.M. Smeele en M.A. Verbrugh (red.), *Opgelegde bescherming in het bedrijfsrecht. Ratio, methodiek en dynamiek van dwingendrechtelijke bescherming van kwetsbare belangen in het bedrijfsrecht*, Den Haag: BJU 2010, p. 1-2 en W.H.F.M. Cortenraad, 'Hoe bijzonder is de bijzondere zorgplicht?', *Ondernemingsrecht* 2012/128.

20. Zie HR 9 januari 1998, ECLI:NL:HR:1998:ZC2536, NJ 1999, 285 (*Mees/Pierson*); HR 23 december 2005, ECLI:NL:HR:2005:AU3713, NJ 2006, 289 (*Safe Haven*).

21. Mits aan de voorwaarden is voldaan van het civiele leerstuk waar de benadeelde zich op beroept.

beslissen met wie hij of zij een overeenkomst sluit, wat eveneens van toepassing is op banken bij het aangaan van een nieuwe bankrelatie. De bijzondere zorgplicht is echter een beperking van deze contractvrijheid. Dienaangaande oordeelde de Amsterdamse voorzieningenrechter onlangs:

*'Het belangrijkste verweer van Rabobank is dat zij gezien de contractsvrijheid niet verplicht kan worden tot het openen van een (zakelijke) bankrekening. Hierin wordt Rabobank niet zonder meer gevolgd. De contractsvrijheid is voor banken gezien hun bijzondere zorgplicht niet onbegrensd.'*²²

Indien de bank besluit over te gaan tot opzegging van de bankrelatie, dient zij ingevolge art. 35 ABV haar zorgplicht in acht te nemen. Banken dienen daarom een afweging te maken tussen hun eigen belangen en die van de (toekomstige) klant. Dit zal veelal neerkomen op een afweging tussen het belang dat de bank dient om over te gaan tot opzegging of het niet aangaan van een relatie en het belang van de klant tot het kunnen (blijven) aanhouden van een bankrekening.²³ Wil de bank diens gevolge met inachtneming van haar zorgplicht tot opzegging van de bankrelatie kunnen overgaan, dan dient haar belang te prevaleren boven het recht – dan wel grote belang – van de respectievelijk natuurlijk en rechtspersoon.²⁴

2.2. Wwft-verplichtingen

Ingevolge art. 1 lid 1 juncto 1a lid 1 Wwft kwalificeert een bank als instelling in de zin van deze wet en zijn de verplichtingen zoals die voortvloeien uit de Wwft op haar van toepassing. De hoofdverplichtingen voor banken die voortvloeien uit de Wwft zijn vervolgens op grond van art. 2a lid 1 Wwft het verrichten van cliëntenonderzoek en het melden van ongebruikelijke transacties.²⁵ Daarbij verdient opmerking dat deze verplichtingen – omwille van de *risk and principle based* benadering van de Wwft

– resultaatsverplichtingen behelzen.²⁶ Dit houdt in dat de bank een bepaalde vrijheid toekomt bij het bepalen op welke manier invulling wordt gegeven aan deze verplichtingen, omdat de wettelijke verplichting slechts ziet op het te behalen resultaat.

De verplichting tot het verrichten van cliëntenonderzoek (ook bekend als *Know Your Customer of Client Due Diligence*) is neergelegd in art. 3 Wwft. Dit cliëntenonderzoek is niet beperkt tot het moment van aangaan van de relatie,²⁷ maar moet ook 'gemonitord' worden.²⁸ De verplichting is bovendien veel ruimer dan het vaststellen van de identiteit van de cliënt en de UBO. Hieronder valt tevens het vaststellen van het doel van de relatie en het houden van een voortdurende controle op de relatie en de transacties die worden verricht. Het cliëntenonderzoek dient voor transparantie in het financiële stelsel te zorgen, waardoor het bijdraagt aan de herkenning en beheersing van risico's die bepaalde klanten met zich kunnen brengen.²⁹ Gelet op de poortwachtersfunctie van banken kunnen zij op deze manier ondermijning en criminele activiteiten binnen het financiële stelsel helpen voorkomen dan wel opsporen.³⁰

Ingeval de bank er niet in slaagt het cliëntenonderzoek in de zin van art. 3 Wwft (voldoende) te verrichten, mag geen relatie met de betreffende klant worden aangegaan.³¹ Met het oog op de verplichting om op periodieke wijze controle uit te oefenen op reeds bestaande bankrelaties, dient het niet (voldoende) kunnen verrichten van cliëntenonderzoek er daarnaast toe te leiden dat de bankrelatie wordt beëindigd.³² Aan het cliëntenonderzoek wordt doorgaans invulling gegeven door (uitgebreide) vragenbrieven aan klanten te zenden of deze klanten telefonisch te benaderen. Zo dient bij het aangaan van de relatie naast de identificatie en verificatie van de betreffende cliënt of de UBO, onder andere ook inzicht te worden verkregen in diens eigendoms- en zeggenschapsstructuur en het doel en de aard van de bankrelatie.³³ Bij reeds bestaande bankrelaties kunnen de vragen onder meer betrekking hebben op verrichte transacties, de herkomst van het vermogen op de bankrekening en de middelen die hiervoor zijn aangewend. Deze vragen worden vervolgens naar de betreffende klant gestuurd, waarbij een (korte) termijn wordt gegeven voor de beantwoording ervan. Bovendien dient in veel gevallen deze beantwoording gestaafd te worden met onderbouwende bescheiden zoals onderliggende

22. Rb. Amsterdam 29 juni 2021, ECLI:NL:RBAMS:2021:3337, r.o. 4.2. Zie ook Rb. Amsterdam 4 november 2019, ECLI:NL:RBAMS:2019:8144, r.o. 4.4; Rb. Amsterdam 2 februari 2021, ECLI:NL:RBAMS:2021:358, r.o. 4.6.

23. I.S.J. Houben, 'Contractvrijheid voor de bank? Opzegging van een betaalrekening', *MvV* 2020, nr. 7/8, p. 291. Wanneer de klant op het moment van opzegging nog een bankrekening bij een andere bank heeft, kan dit ertoe leiden dat het belang van de bank prevaleert, zie o.a. Hof Leeuwarden 15 september 2009, ECLI:NL:GH-LEE:2009:BJ7971, r.o. 13.

24. Met de invoering van art. 4:71 Wft heeft ten aanzien van consumenten namelijk het recht op een basisbankrekening wettelijke grondslag gekregen. In de rechtspraak wordt een dergelijk recht tevens onderkend voor rechtspersonen. Zie hiervoor paragraaf 3 e.v. van dit artikel.

25. Gelet op de beperkte omvang van deze bijdrage wordt niet nader ingegaan op de meldingsplicht van de bank.

26. T.J. Kodrzycki & J.G. Geertsma, 'Sanctieregelgeving en Wwft: same same but different!', *TBSH* 2019, nr. 4, p. 233 en F.M.A. 't Hart, 'De bancaire strijd', *AA* 2020, nr. 6, p. 540.

27. Art. 4 lid 1 Wwft.

28. Art. 3 lid 2, sub d Wwft.

29. *Kamerstukken II* 2007/08, 31238, 3, p. 2-3.

30. B. Snijder-Kuipers & A.T.A. Tilleman, *Handboek WWFT (Onderneming en recht nr. 111)*, Deventer: Wolters Kluwer 2019, p. 34-35.

31. Art. 5 lid 1 Wwft.

32. Art. 5 lid 3 Wwft.

33. Art. 3 lid 2 Wwft.

contracten, (zelf op te stellen) overzichten en andere bewijsstukken. Hoe ver dit onderzoek kan gaan zullen wij illustreren aan de hand van enkele praktijkvoorbeelden.

Aan een cliënt die ten aanzien van bepaalde betalingen had aangegeven te handelen in exclusieve horloges werd verzocht om de hoeveelheid, herkomst, wijze van financiering en rendementsverwachting van de horloges door te geven. Er werd onder meer verzocht om het overleggen van foto's, onderliggende facturen en hyperlinks van verschillende websites waaruit bleek dat handel in exclusieve horloges tegenwoordig wel degelijk als een gangbare manier van investeren wordt gezien. Ook het maandelijks contant storten van de huur resulteerde in vragen, waarbij (onder meer) de huurovereenkomst en/of kwitanties moesten worden overgelegd. Sommige hypotheekverstrekkers vragen bovendien ingeval van een extra aflossing op een hypotheek om bewijs van de herkomst van het betreffende vermogen.³⁴ Er moet dan aan de hand van bankafschriften en/of onderliggende stukken worden aangetoond dat het geld een legitieme bron heeft (bijvoorbeeld spaargeld, een erfenis of extra inkomsten).

Ook trekken banken fiscalisten aan voor hun compliance teams die (vergaande) fiscale analyses maken ten aanzien van betalingen. Naar aanleiding van een informatieverzoek met betrekking tot een verstrekte lening door een vennootschap aan een klant van een bank – welke brief wij in onze praktijk onder ogen kregen – was de onderliggende leningsovereenkomst aan de bank verstrekt. Uit die overeenkomst bleek dat sprake was van een lening die renteloos werd doorgeleend. Dit leidde tot de volgende reactie van de betreffende bank:

"Wij hebben dit gegeven besproken met onze collega's gespecialiseerd in fiscale vraagstukken, waaruit het volgende is geconstateerd wat wij graag bij u zouden willen voorleggen:

Gezien het feit dat de lening zonder rente is verstrekt, kan de Belastingdienst het standpunt innemen dat de lening onder onzakelijke voorwaarden is verstrekt. Het bedrag van de zakelijke rente (...%) vermenigvuldigd met het geleende bedrag (€...) kan dan door de Belastingdienst als schenking van u aan x worden aangemerkt.

Onze vraag aan u is, of u zich hier van bewust bent en/of rekening mee heeft gehouden."

Met name aan deze laatste vraag valt op dat deze gericht lijkt te zijn op de bewustheid ten aanzien van mogelijk laakbaar handelen aan de zijde van de klant. Banken stellen zich in de praktijk aldus

op als ware opsporingsinstanties. De vraag die zou kunnen worden gesteld is of dergelijke vragen onder de noemer 'cliëntenonderzoek' onverkort zouden moeten worden toegestaan. Vanwege de *principle based* insteek van de Wwft komt de bank evenwel een grote mate van vrijheid toe. Onder de noemer van het verkrijgen van inzicht in de relatie en in de transacties kunnen veel vragen als 'relevant' worden aangemerkt.

De informatieplicht is uiteraard niet onbeperkt en deze lijkt te worden begrensd door het recht op privacy zoals bijvoorbeeld vervat in art. 8 EVRM. Wat de begrenzing van dit kader echter bemoeilijkt, is het ontbreken van de mogelijkheid om de door de bank gestelde vragen (vooraf) te toetsen op rechtmatigheid. In een procedure ten aanzien van bijvoorbeeld de opzegging van de cliëntrelatie door de bank, kan de reikwijdte van de informatieplicht – en in het verlengde daarvan de vraag of de bankrekening op grond van het niet voldoen aan die verplichting mocht worden opgezegd – aan de orde worden gesteld. Hierdoor blijft in een eerder stadium onduidelijkheid bestaan omtrent het kader ter zake van de (reikwijdte) van te stellen vragen en kan de klant in een lastige positie komen te verkeren: wanneer de bank het cliëntenonderzoek niet kan voltooien vanwege het onbeantwoord blijven van vragen, kan dit immers leiden tot opzegging van de bankrelatie op grond van art. 35 ABV, (mede) vanwege de verplichting tot het verrichten van adequaat cliëntenonderzoek zoals volgt uit art. 5 lid 3 Wwft. In principe heeft de bank in dat geval dus een opzeggingsbevoegdheid. Over het algemeen zullen klanten het niet snel aandurven het daar op aan te laten komen en zijn zij dus geneigd aan de vergaande en uitgebreide informatieverzoeken te voldoen.

3. Het probleem

De regelgeving, de *principle based*-benadering van de Wwft en de recente sancties die zijn opgelegd aan banken wegens het niet en onvoldoende nakomen van daaruit voortvloeiende verplichtingen, hebben tot gevolg dat banken op grote schaal trachten de relaties met klanten met een potentieel hoger risicoprofiel op te zeggen. Een hoger risico betekent per slot van rekening meer compliance (en dus meer kosten) en (aanzienlijke) integriteitsrisico's. Uit onze praktijk volgt dat verdachten en veroordeelden van fraude en/of witwassen worden bestookt met vragen en vaak (uiteindelijk) door banken worden geweerd.³⁵ Ook personen die zelf niet in een strafzaak betrokken zijn, maar die bijvoorbeeld regelmatig contante stortingen doen, werkzaam zijn in een risicovolle branche of een fa-

34. Zie bijvoorbeeld expliciet Aegon in welk geval het gaat om een verzekeraar <https://www.aegon.nl/particulier/klantenservice/veelgestelde-vragen/waarom-vragen-wij-soms-de-herkomst-van-je-geld-op-als-wij-een-betaling-op-je-hypotheek-ontvangen>.

35. Daarbij dient de kanttekening te worden gemaakt dat wij – gelet op onze praktijk – slechts zicht hebben op personen wiens bankrelatie is opgezegd en die tevens onderworpen zijn (geweest) aan een (strafrechtelijke) procedure.

milielid zijn van iemand die van witwassen wordt verdacht worden hieraan blootgesteld.

De problematiek die hieruit voortvloeit ziet enerzijds op het feit dat (i) het recht op een basisbankrekening bij een veroordeling van witwassen of valsheid in geschrifte wordt beperkt en anderzijds (ii) een basisbankrekening geen oplossing biedt voor zakelijke rekeningen, kredieten of beleggingsdiensten.

(i) Uitholling van het 'recht' op een bankrekening?

Met de implementatie van de betaalrekeningenrichtlijn heeft het recht op een basisbankrekening een wettelijke grondslag gekregen in art. 4:71f Wet op het financieel toezicht (hierna: Wft).³⁶ Desalniettemin heeft de wetgever in art. 4:71g Wft een limitatieve opsomming gegeven van gronden op basis waarvan de bank het openen van een basisbankrekening mag weigeren. Een grond voor weigering is ingevolge art. 4:71g lid 1 Wft, indien de bank bij het openen van de basisbankrekening niet kan voldoen aan haar Wwft-verplichtingen. Verder mag de bank het openen van een basisbankrekening ex art. 4:71g lid 2, sub c Wft weigeren ingeval de aanvrager minder dan acht jaar geleden onherroepelijk is veroordeeld voor een misdrijf zoals beschreven in art. 225, 227a, 326, 341, 420bis of 420ter Sr. In art. 4:71i Wft is vervolgens eveneens een limitatieve opsomming gegeven van gronden op basis waarvan de bank over mag gaan tot eenzijdige opzegging van de basisbankrekening. Ook dit is onder meer mogelijk in het geval sprake is van een onherroepelijke veroordeling voor de hiervoor genoemde delicten en wanneer de basisbankrekening opzettelijk is gebruikt ten behoeve van het plegen van strafbare feiten. Opvallend is dat het criterium dat wordt gehanteerd in art. 4:71g lid 2, sub c Wft van het 'minder dan acht jaar geleden' onherroepelijk veroordeeld zijn, wordt losgelaten in art. 4:71i lid 1, sub d Wft. Voor het opzeggen van de basisbankrekening door de bank lijkt aldus bijvoorbeeld een onherroepelijke veroordeling van twintig jaar geleden voor witwassen voldoende.

Juist ingeval van fraude mag ook het 'recht' op een basisbankrekening derhalve worden beperkt. Deze beperking wordt in de Memorie van Toelichting als volgt onderbouwd:

"Deze misdrijven zijn dermate ernstig dat het wenselijk is dat toegang tot een betaalrekening voor langere tijd kan worden ontzegd."³⁷

Een ieder die werkzaam is binnen het bijzonder strafrecht weet dat in de meeste fraudezaken ook de delicten valsheid in geschrifte en/of witwassen al gauw aan de orde zijn. Een veroordeling voor één van deze feiten rechtvaardigt klaarblijkelijk een algehele uitsluiting van het girale betalingsverkeer.

Deze redenering is onzes inziens onbegrijpelijk en levert bovendien strijd op met de gedachte achter alle compliance wet- en regelgeving. Juist door middel van het gebruik van bankrekeningen kan namelijk toezicht worden gehouden op het betalingsverkeer. Door deze categorieën uit te sluiten zullen de (rechts)personen die hieronder kunnen worden geschaard, genoodzaakt zijn uit te wijken naar 'ondergronds bankieren' of transacties te verrichten via bankrekeningen van derden. Juist daardoor wordt het toezicht ondermijnd.

Uiteraard dient de wetgeving *as such* het gerechtvaardigd doel om 'criminele gelden' te weren. Daarop ziet onze kritiek ook niet. Het gaat juist om de gevallen waarin geen sprake is van een 'klassieke witwasser',³⁸ maar bijvoorbeeld om de directeur van een vennootschap die veroordeeld wordt voor het schenden van exportwetgeving en vervolgens – tien jaar later – privé door de bank wordt geweerd. Of een DGA die privé facturen op naam van zijn vennootschap liet zetten. Zelfs na het aanpassen van het volledige financiële toezicht binnen de onderneming werden de kredieten van deze vennootschap toch opgezegd en de bankrekeningen gesloten. Nog een voorbeeld; de directeur van een Nederlandse vennootschap binnen een structuur waarin één van de Amerikaanse aandeelhouders veroordeeld werd voor grootschalige fraude en de U.S. Department of Justice beslag legde. De directeur van de Nederlandse vennootschap had daar geen betrokkenheid bij, hij wist daar ook niks van en is nooit als verdachte aangemerkt. Maar, zo luidt de redenering van de bank, hij heeft ooit wel betalingen (loon) ontvangen dat mogelijk uit misdrijf afkomstig zou zijn.

Ook het gedrag van voornoemde personen kan kritisch worden gezien, maar waar het om gaat is dat het weren van deze personen bij de bank naar alle waarschijnlijkheid niet wezenlijk bijdraagt aan het doel dat aan de toezichtwetgeving ten grondslag ligt. De directeur van de onderneming die de exportwetgeving schond is al lang met pensioen. De DGA die facturen op naam van de vennootschap stelde, is niet langer verantwoordelijk voor de financiën binnen de onderneming. Daarnaast is er inmiddels een SFO aangesteld met een zware delegatie interne en externe controllers die toezicht houden op de financiën. De bestuurder van de Nederlandse vennootschap wordt feitelijk bestraft voor iets dat hij niet wist en ook niet kon weten. Het zijn deze gevallen die wij in onze praktijk wekelijks voorbij zien komen en waarvoor – onzes inziens – geen rechtvaardiging bestaat voor het 'voor langere tijd uitsluiten van toegang tot een betaalrekening'.

(ii) Basisbankrekening is niet altijd een daadwerkelijke oplossing

Ook in de gevallen dat – naar de letter van de wet – wel een basisbankrekening kan worden aange-

36. In de wet wordt de definitie 'basisbankrekening' gebruikt, maar in de literatuur wordt tevens van een 'basisbetaalrekening' gesproken.

37. *Kamerstukken II 2015/2016, 34480, 3, p. 9.*

38. Daarmee wordt in het kader van dit artikel bedoeld op personen die structureel zwart geld witwassen.

houden, worden daarmee niet alle problemen of beperkingen weggenomen.

De basisbankrekening is immers uitsluitend bedoeld voor particulieren en kan niet worden gebruikt door rechtspersonen. De gevolgen voor rechtspersonen zijn daarom zo mogelijk nog groter dan voor particulieren. Het opzeggen van bankrekeningen voor ondernemingen zal vrijwel altijd het einde van de onderneming betekenen en daarmee in potentie het verlies van banen (voor derden). Veel kosten of diensten die de meeste ondernemingen noodzakelijkerwijs moeten maken, dienen tenslotte uitsluitend op girale wijze te worden verricht. Als voorbeeld geldt bijvoorbeeld al het betalen van de Belastingdienst.

Daarnaast biedt de 'basisbankrekening' – zoals de naam al doet vermoeden – een pakket aan 'basis' diensten. Dit komt neer op het kunnen aanhouden van een bankrekening, het (digitaal) toegang hebben tot de rekening, het verrichten en ontvangen van overboekingen en het kunnen beschikken over een betaalpas.³⁹ Ook in dat opzicht is sprake van een beperkt recht.⁴⁰

4. De lijn in de rechtspraak

Tegen een beslissing om een bankrekening op te zeggen kan een klacht worden ingediend bij het Klachteninstituut Financiële Dienstverlening (Kifid)⁴¹ of kan via een civiel kort geding worden opgekomen. Aan het wettelijk kader is inmiddels verder invulling gegeven in de jurisprudentie. De vraag of de bank tot opzegging van de bankrelatie mocht overgaan, wordt getoetst aan de door de Hoge Raad ontwikkelde maatstaf of de opzegging van de rekening 'naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is'.⁴² Over het algemeen doorstaat in de meeste zaken de beslissing tot opzegging van de bankrelatie deze civiele toets.⁴³ Aan dit oordeel worden diverse feiten en omstandighe-

den ten grondslag gelegd. Denk bijvoorbeeld aan situaties waarin de bank serieuze witwasverdenkingen stelt,⁴⁴ de klant onvoldoende informatie of medewerking verleent aan het KYC-onderzoek⁴⁵ of wanneer de voortzetting van de bankrelatie gevaar voor de integriteit voor de individuele bank of het gehele financiële stelsel met zich kan brengen.⁴⁶

In sommige gevallen kan de opzegging van een bankrelatie ertoe leiden dat de klant daarmee de toegang tot het bancaire systeem wordt ontzegd. Voor consumenten kan dit in strijd komen met het recht op het kunnen aanhouden van een basisbankrekening. Banken dienen dit recht te respecteren, maar zijn – zoals uiteengezet – verplicht de aanvraag om een basisbankrekening af te wijzen indien zij bij het openen van de rekening niet aan hun Wwft-verplichtingen kunnen voldoen.⁴⁷ Hier lijkt het systeem zichzelf enigszins in eigen staart te bijten. Uit verschillende uitspraken volgt dat de opzegging van de bankrelatie niet 'naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar' werd geacht, omdat de betreffende natuurlijk persoon nog de mogelijkheid had om een basisbankrekening te openen.⁴⁸ Zoals we evenwel eerder uiteengezet hebben, kan ook die basisbankrekening onder omstandigheden worden geweigerd en betreft dit bovendien een 'beperkt recht'.

De problematiek voor rechtspersonen wordt ook in de jurisprudentie onderkend. Daarin komt tot uitdrukking dat de belangen van een rechtspersoon om te kunnen deelnemen aan het betalingsverkeer in de weg kunnen staan aan de contractuele vrijheid van de bank om de bankrekening op te zeggen. Zo werd ten aanzien van een stichting van wie de bankrekening werd opgezegd door het Hof Amsterdam op 22 december 2015 overwogen:

*'Verder is een feit van algemene bekendheid dat zonder een betaalrekening het praktisch onmogelijk is aan het maatschappelijk verkeer deel te nemen. Van een zwaarwegende grond voor de bank om tot opzegging over te gaan is niet gebleken gelet op hetgeen het hof hiervoor heeft overwogen.'*⁴⁹

Meer expliciet werd door de Amsterdamse voorzieningenrechter in een uitspraak van 4 november

39. Zie het Convenant inzake een pakket primaire betaal-diensten ('Convenant basisbankrekening') van de Betaalvereniging Nederland.

40. Het is bijvoorbeeld niet mogelijk om de basisbankrekening aan te wenden voor zakelijk gebruik of ten behoeve van beleggingen.

41. Financiële dienstverleners kunnen zowel bindend als niet-bindend zijn aangesloten bij het Kifid. Wanneer het Kifid een oordeel geeft in een geschil met een financiële dienstverlener die zich heeft verbonden aan het Kifid, dient de consument, ondernemer of de financiële dienstverlener zich aan dit oordeel te houden. Bij een niet-bindende uitspraak hoeven partijen zich hier niet aan te houden.

42. Zie HR 10 oktober 2014, ECLI:NL:HR:2014:2929, (ING/Keijzer). Gelet op de beperkte omvang van deze bijdrage wordt niet nader ingegaan op de vele rechtspraak op dit punt. Zie hiervoor o.a.: R.I.V.F. Bertrams en T. Hekman, 'Betaalrekeningen en Wwft-issues: van opzegging tot contracteerplicht', *TFZI* 2020, nr. 7.

43. Zo concludeerden Bertmans en Hekman in hun artikel 'Betaalrekeningen en Wwft-issues: van opzegging tot contracteerplicht', *TFZI* 2020, nr. 7.

44. Zie Rb. Overijssel 5 februari 2020, ECLI:NL:RBOVE:2020:526 en Rb. Amsterdam 18 februari 2020, ECLI:NL:RBAMS:2020:1089.

45. Rb. Amsterdam 7 mei 2019, ECLI:NL:RBAMS:2019:3352; Hof Amsterdam 7 juli 2021, ECLI:NL:GHAMS:2021:2316.

46. Hof Amsterdam 21 april 2020, ECLI:NL:GHAMS:2020:1200.

47. Art. 4:71 g lid 1 Wft. Op grond van art. 4:71 lid 2 Wft is weigering tevens mogelijk.

48. Rb. Midden-Nederland 23 december 2020, ECLI:NL:RBMNE:2020:5647; Rb. Amsterdam 1 april 2021, ECLI:NL:RBAMS:2021:4083; Hof Amsterdam 27 juli 2021, ECLI:NL:GHAMS:2021:2316.

49. Hof Amsterdam 22 december 2015, ECLI:NL:GHAMS:2015:5323, r.o. 3.6.

2019 het belang van toegang tot het bancaire systeem voor rechtspersonen onderkend:

'Deze [contract, invoeging door AV/LP]vrijheid bestaat echter niet in volle omvang voor handelsbanken. De reden daarvan is dat het hebben van een bankrekening in onze tegenwoordige maatschappij noodzakelijk is om in volle omvang aan het maatschappelijk verkeer te kunnen deelnemen. Dit geldt zowel voor natuurlijke personen als voor rechtspersonen. (...)

*Project C is een derde in de hier bedoelde zin. Zij is geen natuurlijke persoon, maar een rechtspersoon. Een rechtspersoon staat echter wat het vermogensrecht betreft gelijk met een natuurlijke persoon, tenzij uit de wet het tegendeel voortvloeit (artikel 2:5 BW). En geen wettelijke bepaling brengt mee dat in dit opzicht (de mogelijkheid om te kunnen deelnemen aan het bancaire betalingsverkeer) onderscheid moet worden gemaakt tussen een rechtspersoon en een natuurlijke persoon.'*⁵⁰

De voorzieningenrechter geeft hier dus een ruime invulling aan 'het recht op een bankrekening' en acht in dit verband een onderscheid tussen natuurlijk personen en rechtspersonen niet gerechtvaardigd. In diezelfde lijn concludeerde A-G Hartlief dit jaar.⁵¹ Het betreft de zaak van een bekende saunaclub. Na aanleiding van een mediabericht over een inval door de politie, gelegde derdenbeslagen en contante stortingen, werd de bankrekening van die saunaclub opgezegd. Na verschillende procedures over het voortzetten van de bankrelatie werd in een vijfde kortgedingprocedure gevorderd dat de bank (ING) opnieuw een relatie met de saunaclub zou moeten aangaan. Daarbij speelde onder meer een rol dat de onderneming al bij verschillende banken was geweigerd. Het Hof oordeelde uiteindelijk dat de bank de saunaclub in staat moest stellen om een bankrekening te kunnen aanhouden.⁵² De bank ging tegen dat oordeel in cassatie. In de conclusie die naar aanleiding daarvan werd genomen wordt expliciet ingegaan op het belang van het kunnen aanhouden van een bankrekening:

'Het aldus gecreëerde recht op een basisbetaalrekening geldt alleen voor consumenten en derhalve niet voor rechtspersonen (zoals Yin Yang c.s.). De ratio achter het verplicht verstrekken van een basisbetaalrekening aan consumenten gaat echter (in elk geval in belangrijke mate) ook op voor rechtspersonen. Net zoals het voor consumenten noodzakelijk is om over een betaalrekening te beschikken om aan het maatschappelijk verkeer te kunnen deelnemen, is het

*voor het (voort)bestaan van een rechtspersoon van eminent belang om in elk geval met een betaalrekening toegang tot het bancaire systeem te hebben. Rechtspersonen zullen immers doorgaans als doel hebben om aan het economisch verkeer deel te nemen.'*⁵³

De A-G concludeert dat het op basis van de bijzondere zorgplicht van banken alsook het 'machtson-evenwicht' van de bank ten opzichte van de partij die afhankelijk is van een bankrekening, niet uitgesloten is dat een bank – onder bijzondere omstandigheden - kan worden verplicht om (opnieuw) een contractuele relatie aan te gaan. De A-G wil echter niet zover gaan dat ook voor rechtspersonen het 'recht' op een bankrekening zou moeten gelden:

'Dit standpunt heeft mijn sympathie, zeker als het – zoals in deze zaak – gaat om een (zakelijke) betaalrekening zonder faciliteit voor het storten van contant geld. Het ligt wat mij betreft echter niet voor de hand om, zonder een daartoe strekkende wettelijke regeling, voor banken ook ten behoeve van rechtspersonen eenzelfde beginselplicht tot het aanbieden van een (zakelijke) betaalrekening aan te nemen als voor consumenten aan de orde is. De huidige wettelijke regeling ten faveure van consumenten is er niet voor niets: zij moet de vergaande inbreuk op de contractvrijheid van banken rechtvaardigen. Zolang een dergelijke wettelijke basis ontbreekt waar het gaat om niet-consumenten, staat de contractvrijheid nog voorop en kan een bank slechts onder bepaalde (bijzondere) omstandigheden worden verplicht een betaalrekening aan een niet-consument te verschaffen.'

De Hoge Raad heeft ten aanzien hiervan zeer recent als volgt geoordeeld.⁵⁴

*'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 Wvft). 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. De onderdelen 1.1-1.3 falen daarom.'*⁵⁵

In dit geval werd de bank verplicht om een bankrekening te openen voor de saunaclub en heeft de Hoge Raad het belang van het hebben van een bankrekening zowel voor consumenten als rechtspersonen onderkend. Volgens de Hoge Raad kan aldus op banken de verplichting rusten een betaalrekening

50. Rb. Amsterdam 4 november 2019, ECLI:NL:RBAMS:2019:8144, r.o. 4.4 en 4.6.

51. CAG T. Hartlief 12 maart 2021, ECLI:NL:PHR:2021:239.

52. Hof Amsterdam 21 januari 2020, ECLI:NL:GHAMS:2020:121.

53. CAG T. Hartlief 12 maart 2021, ECLI:NL:PHR:2021:239, punt 3.14.

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

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

aan te bieden aan rechtspersonen. Wij onderschrijven dit arrest van de Hoge Raad, waarmee het oordeel van het Hof – dat er geen rechtvaardiging bestaat voor een onderscheid tussen particulieren en ondernemingen – wordt bevestigd. Alhoewel dit belang thans in de jurisprudentie wordt erkend, kan hieruit nog geen daadwerkelijk recht op het aanhouden van een bankrekening door een onderneming worden afgeleid. Wat ons betreft, verdient het op dat punt nog steeds aanbeveling dat de wetgever in actie komt om ook aan ondernemingen minimumrechten toe te kennen op dit vlak. Tot het moment dat de wet daadwerkelijk op dit punt is gewijzigd, geeft deze rechtspraak ondernemingen in de praktijk wel enige handvatten om het aangaan van een bankrekening onder bijzondere omstandigheden af te kunnen dwingen. Het voorgaande laat onverlet dat de feitenrechter ook vaak hoge eisen stelt aan doorkruising van de contractvrijheid. Een voorbeeld hiervan is een kort geding waarin de privé en zakelijke rekening van een coffeeshouder waren opgezegd door ING.⁵⁶ De voorzieningenrechter benadrukt in diens oordeel allereerst de noodzakelijkheid van de zakelijke rekening, des te meer nu dit een coffeeshouder betrof. Het verweer van ING dat sprake zou zijn van een link tussen de coffeeshop en criminaliteit, wordt vervolgens tevens niet gerechtvaardigd geacht en evenmin het verweer aangaande het gestelde verloren vertrouwen in de cliënt. ING had de bankrelatie echter volgens de voorzieningenrechter gerechtvaardigd opgezegd vanwege het leveren van onvoldoende inspanningen door de coffeeshouder. Naar diens oordeel had de coffeeshouder niet slechts een verzoek tot het openen van een zakelijke rekening aan ABN AMRO moeten sturen, maar naar alle systeembanken (te weten Rabobank en SNS Bank):

*'Immers, als de banken die deze cruciale positie in onze samenleving innemen allemaal een bankrelatie weigeren, heeft [eiser] voldoende aannemelijk gemaakt dat hij geen mogelijkheid heeft om met een andere bank een bankrelatie aan te gaan. Voorshands is dus niet aannemelijk dat [eiser] zich in dit verband voldoende heeft ingespannen.'*⁵⁷

In een andere recente uitspraak loopt het aanzienlijk beter af voor degene die een bankrekening wilde openen. Uit die uitspraak volgt dat de formulering van de afwijzing ook een grote rol kan spelen bij de beoordeling. Rabobank had in deze zaak de aanvraag tot het openen van de bankrekeningen afgewezen, omdat betreffende rechtspersonen gerelateerd waren aan de coffeeshopsector. Een dergelijke categorale uitsluiting is desalniettemin volgens de voorzieningenrechter niet toegestaan.⁵⁸ Ten

aanzien van het verweer van de bank dat andere banken tevens hadden geweigerd om aan deze persoon een zakelijke bankrekening te verstrekken en van Rabobank derhalve niet kon worden verwacht dit wel te doen, oordeelde de rechtbank:

*'Dat andere banken (de banken waar [naam 1] en [naam 2] een privérekening aanhouden) een zakelijke bankrekening hebben geweigerd, geeft Rabobank nog niet het recht dit ook te doen.'*⁵⁹

Dat de bank met het verstrekken van een zakelijke rekening in strijd zou handelen met haar verplichting tot het verrichten van cliëntenonderzoek omdat dit nog niet afgerond zou zijn, werd tot slot eveneens van tafel geveegd.⁶⁰ Volgens de voorzieningenrechter had Rabobank de betreffende klanten namelijk 'aan het lijntje' gehouden en zelf geen moeite gedaan om te starten met het cliëntenonderzoek. Dit kwam daarom voor rekening van de bank.

5. Gevolgen

Zoals reeds kort aan bod kwam is het de vraag of het compliancebeleid zijn doel niet (ver) voorbij is gestreefd. Toezicht op de financiële sector is vanzelfsprekend van belang en kan bijdragen aan de integriteit van het financiële stelsel. Compliance bij de banken is op zich een goede ontwikkeling. Door de compliance-lat bij de banken echter zeer hoog te leggen en de niet-naleving daarvan zwaar te bestraffen, is een systeem ontstaan waarin (i) klanten met vragen worden bestookt, (ii) hoog risico-klanten voor banken eigenlijk niet meer rendabel zijn of niet in het compliancebeleid passen en (iii) (rechts) personen met 'een kruisje' achter hun naam worden uitgesloten van het bancaire systeem. Voor een sector die een dienst verricht die vandaag de dag feitelijk als nutsvoorziening moet worden aangemerkt, is dit een zeer verstrekkende ontwikkeling. Daarbij is bovendien van belang dat veel van deze zaken uiteindelijk niet voor de rechter komen. Daardoor wordt de legitimiteit van de opzeggingen slechts sporadisch getoetst en komt de ontwikkeling in de jurisprudentie – en dus ook de beantwoording van de vraag waar de grenzen liggen voor de banken – traag op gang. De reden om zaken niet voor de rechter te brengen is vaak gelegen in het feit dat personen al een (lang) traject van rechtszaken achter de rug hebben of niet op de publiciteit zitten te wachten. Soms zijn er mogelijkheden bij een andere bank, maar vaker wordt uitgeweken naar online alternatieven.

56. Rb. Amsterdam 2 februari 2021, ECLI:NL:RBAMS:2021:358.

57. Rb. Amsterdam 2 februari 2021, ECLI:NL:RBAMS:2021:358, r.o. 4.17.

58. Rb. Amsterdam 29 juni 2021, ECLI:NL:RBAMS:2021:

3337, r.o. 4.3.

59. Rb. Amsterdam 29 juni 2021, ECLI:NL:RBAMS:2021:3337, r.o. 4.3.

60. Rb. Amsterdam 29 juni 2021, ECLI:NL:RBAMS:2021:3337, r.o. 4.4.

Een alternatief voor een bankrekening bij een systeembank wordt geboden door de opkomst van 'internetbanken'. Onder andere Fidor, Loot, N26, Revolut en Transferwise zijn van origine buitenlandse betaaldienstverleners zonder fysieke bankkantoren. Alles gebeurt bij deze banken online: van het openen van een rekening tot het regelen van bankzaken.⁶¹ Vooral banken zoals de Britse Loot en Revolut lijken een vereenvoudigde procedure te hanteren bij het openen van een bankrekening. Bij Revolut volstaat bijvoorbeeld het uploaden van een identiteitsbewijs en het uploaden van een 'selfie'.⁶² Personen wiens bankrelatie bij een systeembank is beëindigd lijken dus (voorlopig) nog te kunnen uitwijken naar een online bank.

Voor zover kan worden en wordt uitgeweken naar dergelijke online banken, wordt het compliancestelsel doorkruist. In plaats van meer zicht krijgen de autoriteiten dan immers minder zicht op de betreffende geldstromen. Hetzelfde effect heeft het – wegens gebrek aan een bankrekening – uitwijken naar contanten, ondergronds bankieren, of bankieren op rekeningen op naam van een ander. Zelfs wanneer klanten vanwege aanhoudende vragen overstappen naar een andere bank, beperkt dit de mogelijkheid van toezicht. Sommige 'afwijkende patronen' worden per slot van rekening juist bij langer gebruik van een bankrekening zichtbaar.

Inmiddels kunnen banken er tevens toe besluiten om voorafgaand aan de opzegging van de bankrelatie of erna, over te gaan tot opname in het intern (IVR) of extern verwijzingsregister (EVR). In deze verwijzingsregisters worden incidenten van (rechts)personen vastgelegd.⁶³ Het IVR kan slechts geraadpleegd worden door medewerkers van de betreffende bank. Het EVR kan daarentegen ook door andere financiële instellingen worden geraadpleegd. Voor opname in het EVR dient te zijn voldaan aan drie voorwaarden: (i) de gedraging moet een bedreiging (kunnen) vormen voor de financiële

belangen van klanten en/of medewerkers van een financiële instelling, de financiële instelling zelf of de continuïteit en/of integriteit van de financiële sector, (ii) in voldoende mate moet vaststaan dat de betreffende (rechts)persoon betrokken is bij de voornoemde gedraging en tot slot (iii) moet het proportionaliteitsbeginsel in acht worden genomen.⁶⁴ Het EVR bevat voorts uitsluitend verwijzingsgegevens (en dus niet het 'incident' zelf). Hieronder wordt verstaan de NAW-gegevens van de (rechts)persoon en geboortedatum (of KvK-nummer).⁶⁵ Mede gelet op de registratietermijn van 8 jaar, kunnen de gevolgen van een opname in het EVR verstrekkend zijn. Financiële instellingen kunnen – alvorens een relatie aan te gaan – het EVR raadplegen. Een EVR-registratie van een (rechts)persoon zal doorgaans tot vragen leiden. Dit kan vervolgens weer resulteren in weigering van de betreffende klant.

De opzegging van de bancaire relatie kan voorts met de inwerkingtreding van het nieuwe art. 9a Wwft vergelijkbare gevolgen krijgen als een EVR-registratie.⁶⁶ Dit artikel verplicht banken ertoe om in geval van verscherpt onderzoek te onderzoeken of de betreffende cliënt eerder om dienstverlening bij een andere bank heeft verzocht. Wanneer dit het geval is dient de bank navraag te doen naar eventuele gebleken integriteitsrisico's. Dit kan ertoe leiden dat op basis van door een andere bank verstrekte gegevens wordt besloten geen bankrelatie aan te gaan met de klant, of om de bestaande bankrelatie te beëindigen.⁶⁷

Deze ontwikkelingen zullen naar verwachting bijdragen aan het structureel uitsluiten van (categorieën) personen van het bancaire systeem. Met name (rechts)personen die worden verdacht van witwassen en zeker die reeds zijn veroordeeld voor witwassen, zullen weinig kans maken om via de juridische weg een rekening af te kunnen dwingen. Noodgedwongen zullen zij hun toevlucht moeten nemen tot de geschetste alternatieven.

6. Afsluiting en aanbeveling

Met het verdwijnen van het contante geld neemt het belang van het kunnen aanhouden van een bankrekening in belang toe. Alhoewel in de jurisprudentie een lans lijkt te worden gebroken voor het niet te gemakkelijk opzeggen van bankrelaties, blijven de wet en de contractuele vrijheid van banken een mogelijkheid bieden om personen van het bancaire systeem uit te sluiten. Gelet op hetgeen de wetgever aanvankelijk heeft beoogd met de aanpak

61. In tegenstelling tot Bunq, beschikken veel van deze banken niet over een vergunning van DNB. Een dergelijke vergunning is vereist voor een bank met een zetel in Nederland. Aangezien deze internetbanken zich vaak juist onderscheiden door geen fysieke kantoren te hebben, kunnen zij volstaan met een vergunning van de Europese Centrale Bank (ECB) en kunnen daarmee actief zijn in Nederland als bank. Zie hierover <https://www.dnb.nl/voor-de-sector/open-boek-toezicht-sectoren/banken/vergunning-aanvraag-banken/>.

62. Zie <https://www.businessinsider.nl/bunq-revolut-n26-fintech-banken-rekening-openen/>.

63. Onder 'incidenten' wordt verstaan: 'een gebeurtenis die als gevolg heeft, zou kunnen hebben of heeft gehad dat de belangen, integriteit of veiligheid van de cliënten of medewerkers van een Financiële Instelling, de Financiële Instelling zelf of de financiële sector als geheel in het geding zijn of kunnen zijn, zoals het falsificeren van nota's, identiteitsfraude, skimming, verduistering in dienstbetrekking, phishing en opzettelijke misleiding'. Zie Protocol Incidentenwaarschuwingssysteem Financiële Instellingen (PIFI), p. 11.

64. Protocol Incidentenwaarschuwingssysteem Financiële Instellingen (PIFI), overweging 5.2.1, p. 20.

65. Protocol Incidentenwaarschuwingssysteem Financiële Instellingen (PIFI), p. 11.

66. Zie de ter consultatie gestelde Memorie van Toelichting van het Plan van aanpak witwassen, onderdeel G.

67. Plan van aanpak witwassen (MvT), onderdeel G.

van witwassen en terrorismefinanciering – in het bijzonder met het monitoringsbeleid – moet worden voorkomen dat de huidige KYC-praktijk van banken een averechts effect krijgt.

In plaats van (rechts)personen uit te sluiten zouden de relaties met banken ook kunnen worden gebruikt voor het doel dat met alle toezichtswetgeving juist werd beoogd: daadwerkelijk toezicht. Oftewel juist klantrelaties behouden zodat financiële bewegingen effectief kunnen worden gemonitord, in plaats van dat deze – door (rechts)personen uit te sluiten – zich naar het ‘ondergrondse circuit’ verplaatsen. Door het in stand houden van de relaties kunnen onregelmatigheden door banken worden geregistreerd en gemeld en zodoende door de overheid worden onderzocht. Dat betekent wel dat banken ook ‘hoog risico-klanten’ zullen moeten behouden en daarvoor wellicht meer compliancekosten moeten maken. Daar staat echter voor de overheid daadwerkelijk toezicht door systeembanken tegenover.

Als de overheid meent dat een deel van haar (publieke) toezichtstaken moet worden verplaatst naar banken in de (semi)private sector dan dient ook te worden nagedacht over de daarmee samenhangende kosten. Als daarvoor geen publieke verantwoordelijkheid wordt genomen bestaat het risico dat deze (semi)private sector zijn eigen beleid zal gaan hanteren, waardoor klanten in een bepaalde sector of klanten die ooit met justitie in aanraking zijn geweest van het bancaire systeem worden uitgesloten: one strike you're out!