

# 314. Betaalrekeningen en Wwft-issues: van opzegging tot contracteerplicht

MR. DR. R.I.V.F. BERTRAMS EN MR. T. HEKMAN

Opzegging van zakelijke betaalrekeningen op grond van Wwft-issues is een nieuw fenomeen. Deze bijdrage geeft een overzicht van de rechtspraak met betrekking tot dergelijke opzeggingen, gevolgd door een evaluatie van het inmiddels gevormde juridisch kader. De nieuwste loot aan deze boom is de ogenschijnlijk tegenovergestelde contracteerplicht van de bank op dit gebied. De bijdrage rondt af met enige slotoverpeinzingen en vermelding van enige nieuwe initiatieven van DNB en van enige banken gezamenlijk.

## 1. Inleiding

Opzegging van betaalrekeningen is een fenomeen dat tot voor enige jaren eigenlijk niet bestond. Maar daarin is een verandering gekomen. Aangespoord door torenhoge boetes en indringende onderzoeken door het Openbaar Ministerie en De Nederlandsche Bank (DNB) zijn banken tegenwoordig druk doende met vergaande maatregelen inzake *know your customer* (KYC) en *client due diligence*-onderzoek (CDD) en zulks in het bijzonder gericht op het tegengaan van witwassen. Een ultieme maatregel kan zijn het opzeggen van betaalrekeningen van ondernemingen die verdacht worden van witwassen of die onvoldoende informatie of medewerking aan het onderzoek van de bank verlenen. Dat heeft ook tot diverse procedures geleid. Dit artikel gaat in op het juridisch kader voor de rechtmatigheid van deze opzegging en biedt daarbij een overzicht en analyse van recente rechtspraak. De meest recente ontwikkeling daarbij is het tegendeel van opzegging; de plicht van de bank om onder omstandigheden een betaalrekening open te stellen.

## 2. Algemeen juridisch kader bij opzegging van bancaire relaties, Hoge Raad 2014, ING/De Keijzer

In het afgelopen decennium is in het kader van opzegging van kredietovereenkomsten, en in het bijzonder rekening-courantkredieten, een juridisch kader ontstaan dat kan gelden als een algemeen kader voor opzegging van bancaire relaties, waaronder de betaalrekening. Het is daarom nuttig een korte schets van die eerdere ontwikkeling te geven.

In deze rechtspraak gaat het dan om gevallen waarbij de bank op grond van haar eigen algemene productvoorwaarden en/of de algemene bankvoorwaarden (ABV) zoals die door alle bij de Nederlandse Vereniging van Banken (NVB)

aangesloten banken gehanteerd worden, de bevoegdheid heeft de relatie te beëindigen, veelal met onmiddellijke ingang.<sup>1</sup>

In de rechtspraak is van meet af aan onderkend dat wegens de ingrijpende gevolgen van een dergelijke opzegging, namelijk een vrijwel niet af te wenden spoedig faillissement, een rechtmatigheidstoets geboden was.<sup>2</sup> Een eerste stroming in de rechtspraak staat bekend onder de naam *Rabobank/Aarding* van Hof Arnhem 18 februari 2003.<sup>3</sup> Volgens dit arrest, en daarna breed gevolgd, dient de uitoefening van de contractuele bevoegdheid tot (onmiddellijke) opzegging getoetst te worden aan de eisen van redelijkheid en billijkheid – in welk verband soms gerefereerd werd aan art. 6:248 lid 1 BW (aanvullende werking) – die in ieder geval vereisen dat er een voldoende zwaarwegende grond voor opzegging bestaat. Tevens werd gewezen op de (bijzondere) zorgplicht van banken, zoals onder meer neergelegd in art. 2 lid 1 ABV. Als invulling van dit juridisch toetsingskader noemde het hof een tiental concrete factoren.

Een weinig hiervan verschillende stroming stelde de contractuele bevoegdheid tot (onmiddellijke) opzegging voorop, maar dit uitgangspunt werd in feite ondergesneeuwd door de beperking dat deze bevoegdheid niet in strijd mag komen met de redelijkheid of billijkheid, en door een afweging van belangen. Voor beide stromingen geldt dat de rechtspraak zich in hoofdzaak richtte op een toetsing van het concrete geval aan de hand van de diverse, reeds ontwikkelde en zich ontwikkelende relevante factoren, met weinig bekommernis omtrent het dogmatisch juiste kader.

1 Zie bijvoorbeeld art. 35 ABV.

2 Zie voor een overzicht van de diverse stromingen in de rechtspraak vóór en na het *ING/De Keijzer*-arrest R.I.V.F. Bertrams, 'Opzegging van kredietovereenkomsten na Hoge Raad *ING/De Keijzer*', *FIP* 2015/224.

3 Naar het arrest met die naam van Hof Arnhem 18 februari 2003, «JOR» 2003/267.

Dat kader nu is uiteindelijk in 2014 gegeven in het *ING/De Keijzer*-arrest.<sup>4</sup> In dit arrest oordeelde de Hoge Raad 'dat, indien een kredietverlener gebruikmaakt van een overeengekomen bevoegdheid tot beëindiging van de kredietovereenkomst, de rechtsgeldigheid daarvan beoordeeld moet worden aan de hand van de overeenkomst en de maatstaf van art. 6:248 lid 2 BW. Dat laatste brengt mee dat de beëindiging door de kredietverlener op grond van die bevoegdheid niet rechtsgeldig is indien gebruikmaking van die bevoegdheid, gelet op de omstandigheden van het geval, naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is.' Kortom, de contractuele bevoegdheid tot (onmiddellijke) opzegging staat voorop en die wordt 'slechts' beperkt door de strenge onaanvaardbaarheidstoets van lid 2 van art. 6:248 BW. Binnen die toets kan gewicht worden toegekend aan de in art. 2 lid 1 ABV neergelegde zorgplicht van de bank, aldus de Hoge Raad.

**In het *ING/De Keijzer*-arrest heeft de Hoge Raad de maatstaf geformuleerd met betrekking tot de uitoefening van de contractuele bevoegdheid tot opzegging. Abstract geformuleerde maatstaven zeggen echter niet zoveel; het blijft gaan om de concrete invulling daarvan**

In de rechtspraak daarna is echter niet gebleken van een meer dan bijzondere gestrengheid, grotere terughoudendheid of slechts marginale toetsing van de bevoegdheid van de bank. In het overgrote deel van de rechtspraak, ook na het arrest, concentreert de rechter zich breeduit en zonder terughoudendheid op de diverse relevante criteria, gezichtspunten en factoren, zoals die zich reeds voordien ontwikkeld hadden, in het licht van de omstandigheden van het geval, om dan uiteindelijk, keurig in lijn met *ING/De Keijzer*, af te ronden met de conclusie dat de beëindiging naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid wel/niet onaanvaardbaar is. Ook de verwijzing naar de zorgplicht van de bank op grond van art. 2 lid 1 ABV als onderdeel van die maatstaf en de afweging van belangen gaan onverkort voort. Opgemerkt dient te worden dat zowel vóór als ná het *ING/De Keijzer*-arrest de opzegging van kredietovereenkomsten in het overgrote deel van de gevallen rechtmatig is geacht. De zogeheten strenge toets van art. 6:248 lid 2 BW heeft niet geresulteerd in inhoudelijk andere uitkomsten.<sup>5</sup> Abstract

geformuleerde maatstaven zeggen dus niet zoveel; het blijft gaan om de concrete invulling daarvan.

### 3. Juridisch kader bij opzegging van een betaalrekening in verband met Wwft-issues

Bij opzegging van een bankrekening in verband met Wwft-kwesties vormt de maatstaf en de concrete invulling daarvan zoals hierboven beschreven in par. 2 het algemeen juridisch kader. Maar daar komen nu enige andere dimensies bij. Het kunnen aanhouden van een betaalrekening wordt voor een individueel persoon maar met name voor een onderneming wel gezien als een soort grondrecht: zonder betaalrekening kan een onderneming niet of nauwelijks functioneren in het maatschappelijk verkeer. Dat heeft natuurlijk gevolgen bij de toepassing van de onaanvaardbaarheidstoets van art. 6:248 lid 2 BW en voor de inhoud en reikwijdte van de zorgplicht van de bank krachtens lid 1 van art. 2 ABV, alsmede voor de afweging van belangen.

**Het kunnen aanhouden van een betaalrekening wordt gezien als een soort grondrecht. Dat heeft gevolgen voor de onaanvaardbaarheidstoets van art. 6:248 lid 2 BW, de zorgplicht van de bank ex lid 1 van art. 2 ABV en de afweging van belangen**

Daar staat tegenover dat de klant van de bank ook zijn bijzondere verplichtingen heeft. Art. 2 lid 2 ABV bepaalt dat de klant gehouden is de bank de nodige informatie te verschaffen en dat hij het product, in dit geval de betaalrekening, zorgvuldig dient te gebruiken. In het bijzonder dient de klant de bank in staat te stellen om haar wettelijke en contractuele verplichtingen na te komen en hij mag geen oneigenlijk of onrechtmatig gebruik (laten) maken van het product (betaalrekening), waaronder mede begrepen gebruik dat strijdig is met wet- en regelgeving, dienstbaar is aan strafbare feiten of schadelijk is voor de bank of haar reputatie of voor de integriteit van het financiële stelsel.<sup>6</sup> Deze aspecten zijn van bijzonder belang bij het onderzoek dat de bank dient te doen krachtens de bepalingen van de Wwft inzake het tegengaan van witwassen en de mogelijke beëindiging van de relatie met de klant als *ultimum remedium*. Wij beperken ons tot opzegging van zakelijke bankrekeningen.<sup>7</sup>

4 HR 10 oktober 2014, ECLI:NL:HR:2014:2929, NJ 2015/70, m.nt. Tjong Tjin Tai, «JOR» 2015/8, m.nt. Bertrams.

5 Zie voor de ontwikkeling in de rechtspraak na het *ING/De Keijzer*-arrest R.I.V.F. Bertrams, 'Opzegging van kredietovereenkomsten na Hoge Raad *ING/De Keijzer*', *FIP* 2015/224 en voorts S.C.M. van Thiel, 'De opzegging van kredietovereenkomsten getoetst', *FIP* 2016/336. Frappant is ook dat het arrest a quo van Hof Amsterdam van 12 februari 2013, waarin de zogeheten 'strengere' norm van lid 2 is toegepast, een van de zeer weinige beslissingen is waarin de opzegging onrechtmatig is geoordeeld.

6 Ook art. 3 en 7 ABV bevatten enige specifieke informatieverplichtingen van de klant. Deze spelen geen rol in de rechtspraak.

7 Particulieren hebben ex art. 4:71(f) Wft een wettelijk recht op een basisbetaalrekening. Zie daarover, onder meer, I.S.J. Houben, 'Contracteervrijheid voor de bank? Opzegging van een betaalrekening', *MvV* 2020/7/8, par. 2.

#### 4. Juridisch kader poortwachtersfunctie banken

De poortwachtersrol van banken is onder meer vastgelegd in art. 3:10 en 3:17 Wft. Een bank is verplicht om adequaat beleid te voeren dat een integere uitoefening van haar bedrijf waarborgt. Dit beleid moet vertaald worden in een daarbij passende inrichting van de bedrijfsvoering. De voorschriften van art. 3:10 en 3:17 Wft worden uitgewerkt in art. 10 t/m 16 Bpr (Besluit prudentiële regels Wft). Voor het cliëntenonderzoek is met name art. 14 Bpr van belang. Naast de verplichtingen op grond van de Wft, dient een bank ook – of wellicht met name – rekening te houden met haar verplichtingen onder de Wwft.<sup>8</sup> Een centraal begrip in de Wwft is risicomanagement. De verplichtingen uit de Wwft zouden ertoe moeten leiden dat de bank een adequaat beleid heeft om risico's op witwassen of financieren van terrorisme te beheersen. Op grond van art. 2a Wwft is elke bank daarom ook verplicht een Wwft-beleid te hebben en na te leven. DNB heeft voor door haar te controleren instellingen zoals banken een speciale leidraad opgesteld waarin uiteengezet is hoe een adequaat Wwft-beleid eruit zou moeten zien.

Alvorens stil te staan bij de invulling van dit Wwft-beleid en de gevolgen die dat beleid kan hebben op een opzegging door de bank van een betaalrekening, staan wij onszelf een kort intermezzo toe. De Wwft heeft tot doel 'witwassen' en 'financieren van terrorisme' te voorkomen en te bestrijden. Bij financieren van terrorisme hebben wij onmiddellijk een beeld. Bij de term witwassen hadden wij dit niet onmiddellijk. Het strafrecht omschrijft witwassen in art. 420bis lid 1 Sr:<sup>9</sup>

'a. hij die van een voorwerp de werkelijke aard, de herkomst, de vindplaats, de vervreemding of de verplaatsing verbergt of verhult, dan wel verbergt of verhult wie de rechthebbende op een voorwerp is of het voorhanden heeft, terwijl hij weet dat het voorwerp – onmiddellijk of middellijk – afkomstig is uit enig misdrijf;

b. hij die een voorwerp verwerft, voorhanden heeft, overdraagt of omzet of van een voorwerp gebruik maakt, terwijl hij weet dat het voorwerp – onmiddellijk of middellijk – afkomstig is uit enig misdrijf.'

In de memorie van toelichting wordt over de definitie van witwassen het volgende opgemerkt: 'Zoals het woord al zegt gaat het bij het witwassen van opbrengsten van misdrijven om het verbergen of verhullen van de illegale herkomst van gelden of voorwerpen. Doel hiervan is om die opbrengsten aan het zicht van politie en justitie te onttrekken, zodat confiscatie wordt voorkomen. Witwassen kent vele verschijningsvormen en verschillende stadia.

*Een betrekkelijk eenvoudige vorm betreft het geval dat een koerier grote hoeveelheden ('sporttassen vol') buitenlandse valuta, vaak in kleine coupures, bij een wisselkantoor inwisselt tegen Nederlands geld. Dit geld kan vervolgens bij een bank op een rekening worden gezet en door overmakingen naar andere rekeningen de hele wereld worden overgestuurd. Daarnaast bestaan meer 'gedistingeerde' en ingewikkelder constructies, waarbij bijvoorbeeld gewerkt wordt met dekmantelorganisaties. Dit zijn nepbedrijven die in de door de witwasser gegeven (valse) voorstelling van zaken grote omzetten genereren, leningen aangaan, schulden voldoen enzovoort. Dergelijke constructies dienen ertoe een legale verklaring te bieden voor de aanwezigheid van grote hoeveelheden geld, dat in werkelijkheid van misdrijf afkomstig is. Soms houden de bedrijven die worden gebruikt voor het witwassen, zich daarnaast ook met legale economische activiteiten bezig. Dit bemoeilijkt het zicht op het illegale deel van hun activiteiten uiteraard nog meer.'*<sup>10</sup>

Onder de noemer 'witwassen' kunnen dus een scala aan transacties worden gevat. Juist omdat elke transactie in theorie een witwasrisico met zich kan brengen, is meteen duidelijk dat de verplichtingen onder de Wwft voor banken een aanzienlijke druk met zich brengen.

Terug naar het Wwft-beleid dat banken moeten hebben. Concreet zal een bank, om haar kwetsbaarheden te kunnen onderkennen, te accepteren (binnen de 'risk appetite') of juist te vermijden, een systematische analyse van de integriteitrisico's (SIRA) dienen op te stellen en deze periodiek te herzien. Banken waren hiertoe al verplicht op grond van de Wft, maar deze verplichting is ook opgenomen in art. 2b Wwft. Het analyseren van de integriteitrisico's kent vier stappen:

1. risico-identificatie: het identificeren van die gebieden van de dienstverlening die kwetsbaar zijn voor integriteitrisico's, zoals witwassen en terrorismefinanciering;
2. risicoanalyse: het uitvoeren van een risicoanalyse om de kans en impact van integriteitrisico's, zoals witwassen en terrorismefinanciering, te beoordelen;
3. risicobeheersing: het opstellen en vormgeven van de risicobeheersing; en
4. risicomonitoring en herziening: het monitoren van de risico's en herzien van de risicoanalyse.

Factoren die een integriteitrisico met zich kunnen meebrengen hebben betrekking op: cliënten, diensten, producten, transacties, leveringskanalen en land- of geografie. Deze risicofactoren zijn het uitgangspunt voor de identificatie en beoordeling van integriteitrisico's.<sup>11</sup> In de leidraad van DNB worden enige voorbeelden genoemd. Bedrijven met een hoge mate van inkomend cashgeld, waarvan de herkomst inherent minder makkelijk te bepalen is, vormen een groter risico dan bedrijven die alleen met girale of pinbetalingen werken. Hetzelfde geldt voor nieuwe betaalmethoden, zoals crypto's. Ook grensoverschrijdende transacties en dan met name wanneer hierbij ook landen betrokken

<sup>8</sup> Er bestaat in belangrijke mate overlap tussen de verplichtingen ten aanzien van cliëntenonderzoek onder de Wft en de verplichtingen onder de Wwft.

<sup>9</sup> Lid 2 bepaalt dat onder voorwerpen alle zaken en alle vermogensrechten worden verstaan.

<sup>10</sup> Kamerstukken II 1999/00, 27159, nr. 3, p. 2.

<sup>11</sup> Voor uitgewerkte risicofactoren wordt verwezen naar 'Risk Factors Guidelines' van de European Supervisory Authorities (EBA, ESMA en EIOPA).

zijn met minder goed toezicht, zijn een risico. DNB wijst verder op complexe internationale bedrijfsstructuren die een verhoogd (fiscaal) risico met zich brengen. Een laatste voorbeeld dat DNB noemt zijn zakelijke vastgoedactiviteiten, omdat deze naar hun aard een hoger risico op fraude en witwassen met zich meebrengen vanwege de relatief hoge waarde van vastgoedobjecten, de vaak ondoorzichtige prijsvorming en complexiteit van de transacties. Dit zijn slechts voorbeelden. Banken dienen zelf constant in de gaten te houden welke risicofactoren voor hun bedrijfsvoering relevant zijn en deze risicofactoren zijn niet statisch. De volgende stap van het Wwft-beleid is het cliëntenonderzoek. Banken dienen alle maatregelen van het cliëntenonderzoek op elke klant toe te passen, maar de intensiteit kan worden afgestemd op het risico dat een bepaald type klant, relatie, product of transactie oplevert. Dit wordt ook wel de ‘risicogebaseerde’ aanpak genoemd; als de risico’s op witwassen of financieren van terrorisme door de bank hoger worden ingeschat, dient de bank extra maatregelen te nemen. Een bank zal bij het aangaan van een relatie altijd klantonderzoek moeten uitvoeren, maar een bank kan volstaan met een vereenvoudigd cliëntenonderzoek indien een zakelijke relatie of transactie naar haar aard een laag risico op witwassen of financieren van terrorisme met zich brengt (art. 6 Wwft). Uit het voorgaande volgt dat het Wwft-beleid zo moet zijn opgesteld dat de bank bij individueel cliëntenonderzoek op basis van haar Wwft-beleid en de daarbij geïdentificeerde risicofactoren, kan beoordelen welke mate van cliëntenonderzoek noodzakelijk is.

### De Wwft noopt banken tot een ‘risicogebaseerde’ aanpak bij het tegengaan van witwassen en het financieren van terrorisme. De verplichting daartoe is een ‘voortdurende’

Art. 3 lid 5 Wwft omschrijft de gevallen, naast bij het aangaan van de relatie, wanneer extra klantenonderzoek moet worden verricht. Dit is onder andere het geval indien er indicaties van betrokkenheid bij witwassen of financieren van terrorisme zijn en indien de bank twijfelt aan de betrouwbaarheid van eerder verkregen gegevens. De verplichting tot een ‘voortdurende controle’ zoals omschreven in art. 3 lid 2 Wwft impliceert ook een (periodiek) toetsingsmoment en het actueel houden van de informatie die beschikbaar is over de klant. Met andere woorden: klantenonderzoek houdt niet op nadat de klant door de bank is geaccepteerd. In art. 8 Wwft wordt voorgeschreven wanneer een bank in elk geval een verscherpt klantenonderzoek zal moeten verrichten.

Dan komen we aan het slot van deze paragraaf aan bij het voor ons artikel meest belangrijke onderdeel van het Wwft-beleid; ingevolge art. 5 Wwft is het een bank verboden een zakelijke relatie aan te gaan of een transactie uit te voeren voor een klant, tenzij er klantenonderzoek in de zin van art. 3 van de Wwft is verricht én dit tot de gewenste

uitkomst heeft geleid. Wanneer een bank met betrekking tot een bestaande zakelijke relatie niet kan voldoen aan het vereiste van klantenonderzoek, dient de bank deze relatie te beëindigen. Dit betekent dus dat een bank op grond van de Wwft verplicht is om de relatie te beëindigen – en dus de betaalrekening op te zeggen.

## 5. Overzicht rechtspraak opzegging betaalrekening in verband met Wwft-issues

De Wwft, althans de hier van belang zijnde bepalingen hiervan dateren van 2008. Ons is geen rechtspraak bekend betreffende opzeggingen van betaalrekeningen in verband met Wwft-kwesties daterend van vóór 2017.<sup>12</sup> Deze betrekkelijk lange tussentijd zal te maken hebben met de omstandigheid dat de urgentie van wettelijke verplicht onderzoek door de banken eerst mettertijd voldoende onder ogen is gezien en operationeel geïmplementeerd, en dat de handhaving en sanctionering door DNB en AFM pas gaandeweg intensiever en vooral strenger geworden is door inmiddels torenhoge boetes.<sup>13</sup> Hieronder volgt een overzicht van de rechtspraak betreffende opzegging verband houdend met (verdenkingen van) witwaspraktijken, voor zover mogelijk ingedeeld naar gevaltypen.<sup>14</sup> Tenzij anders vermeld gaat het steeds om gevallen waarbij de bank, onder soms meer, de overeenkomst betreffende de betaalrekening heeft opgezegd en de betrokken onderneming in kort geding voortzetting vordert.

### Bitcoins

De twee hier als eerste genoemde gevallen, Rb. Amsterdam 16 november 2017 (*ING Bank*)<sup>15</sup> en Rb. Amsterdam 4 juli 2018 (*Opentrader/Bunq BV*),<sup>16</sup> betreffen ondernemingen werkzaam in de handel en bemiddeling bij aankoop van bitcoins. Het juridisch kader bij beide beslissingen volgt vrijwel volledig het patroon zoals geschetst hierboven in de laatste alinea van par. 2 en 3, dus inclusief het uitgangspunt van de bevoegdheid tot opzegging, de beperking via art. 6:248 lid 2 BW, de onderzoeksverplichtingen van de bank krachtens de Wwft en de informatieverplichting van de onderneming op grond van art. 2 lid 2 ABV. Bij de concrete invulling van deze algemene normen en de belangenafweging had de rechter het in deze twee zaken betrekkelijk gemakkelijk: de handel en bemiddeling bij de aankoop van bitcoins geldt als een bijzonder risicovolle activiteit, de aankopen geschieden vrijwel uitsluitend door contante betalingen en de ondernemingen hadden nauwelijks onderzoek gedaan naar de herkomst van de gelden dan wel leverde zulks niet vertrouwenwekkende gegevens

12 De enige uitzondering is Hof Arnhem-Leeuwarden 16 mei 2017, ECLI:NL:GHARL:2017:4109 waar de opzegging geschiedde in januari 2013.

13 Meest in het oog springend is uiteraard de boete van € 775 miljoen van ING.

14 Wij zijn niet bekend met rechtspraak inzake opzegging wegens (verdenking van) terrorismefinanciering.

15 «JOR» 2018/43, m.nt. Wijnstekers.

16 «JOR» 2018/252, m.nt. Wijnstekers.

op zodat de aanwijzingen voor witwaspraktijken zeer overtuigend waren. In de tweede beslissing (*Opentrader/Bunq BV*) speelde ook nog een rol dat de bancaire relatie tussen de bank en de onderneming nog nauwelijks gestalte had gekregen. In beide gevallen oordeelde de rechter dan ook dat de opzegging niet naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar was.

Een eveneens betrekkelijk eenvoudig te beoordelen geval is Hof Arnhem-Leeuwarden 12 februari 2019.<sup>17</sup> Hier kocht een onderneming zeer grote hoeveelheden uit recycling verkregen euromunten van een verkoper gevestigd in Hong Kong die deze via door enige personen aangehouden particuliere betaalrekeningen bij de bank liet storten, waarop de bank zowel de rekeningen van de onderneming als die van de particulieren beëindigde. Wat betreft de particuliere betaalrekeningen oordeelde het hof dat zulks was toegestaan aangezien deze voor een zakelijk en oneigenlijk doel werden gebruikt hetgeen reeds in strijd was met de toepasselijke algemene voorwaarden. De opzegging van de betaalrekening van de ondernemer was evenmin onrechtmatig omdat deze onvoldoende informatie verstrekke omtrent de herkomst van de munten en de bank daardoor een onaanvaardbaar integriteitsrisico liep.

#### Verhoogd risico, (sterke) vermoedens van witwassen, onvoldoende informatie, integriteitsrisico

In de twee hiernavolgende zaken gaat om activiteiten die per definitie witwasgevoelig zijn en/of om betaalstromen die aanleiding geven tot (sterke) vermoedens van witwassen. De beslissing van Rb. Overijssel 5 februari 2020 bevat een zeer gedegen motivering en dit geheel op basis van het juridisch kader zoals samengevat in par. 3.<sup>18</sup> De opzegging van de betaalrekening was in hoofdzaak gebaseerd op de omstandigheid dat de onderneming bij het aanvragen van de faciliteiten verzwegen had te vermelden dat zij ook een GSH-shop (growshop, smartshop, headshop) dreef. Die omstandigheid was voor de bank van bijzonder belang, gelet op haar verplichtingen onder de Wwft, omdat dergelijke ondernemingen een inherent risico op witwassen kennen en dus als een verhoogd risico gelden. Daarbij kwam ook nog dat zij informatie die zou kunnen duiden op witwaspraktijken, een tijd lang uit het zicht van de bank had gehouden. De rechtbank oordeelde dat een en ander een manifeste schending van de informatieplicht van de onderneming zoals neergelegd in art. 2 lid 2 ABV was, juist ook omdat de onderneming, nu zij werkzaam was in een branche met een verhoogd integriteitsrisico, een actieve plicht had om ook uit eigen beweging voldoende opheldering te verschaffen. De opzegging was derhalve niet naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar, temeer daar de bank een opzegtermijn van drie maanden in acht had genomen. Ook de daaropvolgende belangenafweging viel in het voordeel van de bank uit, waarbij ook nog

een rol speelde dat de onderneming nog een betaalrekening bij een ander bank (KNAB) aanhield.

Rb. Amsterdam 18 februari 2020 volgt eveneens het eerder geschetste juridisch kader.<sup>19</sup> Het geval betreft een eenmans-opticienzaak die in de periode 2011-2019 gefinancierd werd door middel van leningen van familieleden uit Bangladesh. De bedragen hiervoor werden uit Londen of Bangladesh in contanten naar Nederland meegenomen en hier omgewisseld in euro's. De klant was niet in staat voldoende informatie te verschaffen omtrent de betrouwbaarheid van de geldstromen waarbij komt dat Bangladesh geldt als een land met verhoogd risico. De rechtbank oordeelt dat de opzegging met een beroep op art. 5 Wwft en art. 35 ABV niet naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar was. Het in het kader van art. 2 lid 1 ABV door de bank mee te wegen belang toegang te hebben tot het bancaire systeem vindt zijn weg in een verlenging van de opzegtermijn van drie maanden. Een soortgelijk vonnis is dat van Rb. Amsterdam 13 maart 2020 betreffende de opzegging van een *nostro*-rekening van een Surinaamse bank bij een Nederlandse bank op grond van ontoereikende informatie bij een verhoogd risico, zijnde de correspondentie-relatie, de vestigingsplaats (Suriname) en de storting van contante bedragen via een gelieerde onderneming.<sup>20</sup>

#### De Yin Yang-sage, met het 'voorbeeld'-arrest van Hof Amsterdam 19 januari 2018

Yin Yang c.s. exploiteert een aantal ontmoetings- en relaxcentra volgens het concept van Freikörperkultur waar stelselmatig grote bedragen aan contant geld omgaan. Omdat de herkomst van deze gelden onvoldoende betrouwbaar kon worden vastgesteld en relaxbedrijven een inherent verhoogd integriteitsrisico met zich mee brengen, heeft de bank de betaalrekeningen opgezegd. Yin Yang c.s. vorderde in kort geding voortzetting van de relatie. Een en ander heeft geleid tot vier kort gedingen tot in hoger beroep. Deze veelheid van procedures heeft – onder meer – te maken met de omstandigheid dat de gevraagde voorziening steeds werd geweigerd, met dien verstande dat wel een voortzetting voor een korte termijn werd bevolen na afloop waarvan Yin Yang weer een nieuwe poging in kort geding waagde, mede omdat zij in de loop der tijd enige maatregelen had genomen die het risico op witwassen zou verminderen.<sup>21</sup> Van deze procedures is die van Hof Amsterdam 19 januari 2018 (2<sup>e</sup> KG) het meest interessant doordat het uitgebreid in gaat op de aard en diepgang van het door de bank te verrichten onderzoek, zoals neergelegd in de Wwft en de Leidraad daarbij, en het juridisch kader in r.o. 3.2-3.4 (overeenkomend met de in par. 3 gegeven samenvatting)

17 Hof Arnhem-Leeuwarden 12 februari 2019, ECLI:NL:GHARL:2019:1327.

18 Rb. Overijssel 5 februari 2020, ECLI:NL:RBOVE:2020:526, zie met name r.o. 4.14 voor het juridisch kader.

19 Rb. Amsterdam 18 februari 2020, ECLI:NL:RBAMS:2020:1089, zie r.o. 4.1 en 4.2.

20 Rb. Amsterdam 13 maart 2020, ECLI:NL:RBAMS:2020:1722.

21 Hof Amsterdam 13 juli 2017, ECLI:NL:GHAMS:2017:2971 (1<sup>e</sup> KG); Hof Amsterdam 19 januari 2018, ECLI:NL:GHAMS:2018:281, «JOR» 2018/216, m.nt. Wijnstekers (2e KG); Hof Amsterdam 30 juli 2019, ECLI:NL:GHAMS:2019:2822, «JOR» 2020/63, m.nt. Wijnstekers (gevoegd 3e/4e KG). Een vijfde kort geding procedure wordt besproken in par. 7.

gedegen en voorbeeldig weergeeft. Het kan dan ook als standaard weergave gelden. Met name gaat het hof daarbij in op beide onderdelen van art. 2 ABV. In verband met de in lid 1 daarvan neergelegde plicht voor de bank de nodige zorgvuldigheid te betrachten benadrukt het hof dat de opzegging van een kredietovereenkomst verschilt van het opzeggen van een betaalrekening doordat het daarover kunnen beschikken een belangrijke voorwaarde vormt voor het deelnemen aan het maatschappelijk verkeer, en dat (doorgaans) het financieel belang van de bank minder in het geding is. Met betrekking tot lid 2 van art. ABV gaat het hof in op de verplichting van de klant eraan mee te werken dat de bank kan voldoen aan haar verplichtingen jegens toezichthouders en om geen misbruik van hun diensten te (laten) maken door middel van activiteiten die schadelijk zijn voor de reputatie van de bank en die de werking van de betrouwbaarheid van het financiële stelsel kunnen schaden. Na een vaststelling van de feiten oordeelt het hof dat gelet op de beleidsvrijheid die de bank bij de uitvoering van haar plichten onder de Wwft heeft, de concrete verdenkingen van witwassen en de eigen zorg- en informatieplicht van Yin Yang c.s. de opzegging naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid niet onaanvaardbaar was. Bijzonder interessant is dat in r.o. 3.13 daarop nog een soort nadere belangafweging plaatsvindt met het oog op de omstandigheid dat het voor Yin Yang c.s. nauwelijks mogelijk was elders in Nederland een betaalrekening te openen en de grote gevolgen daarvan voor de onderneming. Naar het oordeel van het hof prevaleert evenwel het gerechtvaardigde belang van de bank gelet op haar reputatie- en integriteitsrisico, met dien verstande dat het hof Yin Yang c.s. nog een periode van vier weken gunde om zich nader voor te bereiden op de beëindiging van de relatie.

In het 3<sup>e</sup>/4<sup>e</sup> kort geding van Hof Amsterdam 30 juli 2019 komt naar voren dat bij de beantwoording van de vraag of een opzegging van de betaalrekening naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is een *ex-tunc*-beoordeling (en dus niet een *ex-nunc*-beoordeling) van de feiten geldt, zodat geen rekening gehouden mag worden met omstandigheden na de opzegging.

#### Opzegging op grond van de Wwft en opzegging op grond van art. 35 ABV

In de zaak van Rb. Rotterdam 30 april 2019 geeft de klant aan dat de handel zou plaatsvinden in gebruikte auto-onderdelen, met een geschatte jaaronzet van € 300.000.<sup>22</sup> Na drie maanden blijkt reeds van een omzet van € 1 miljoen en dat de handel is verplaatst naar die in elektronica, een handel die volgens de bank een hoog risicoprofiel met het oog op witwassen in zich draagt. Mede in verband hiermee eist de bank dat de klant een ‘know your customer’-onderzoek doet naar haar toeleveranciers, hetgeen de klant weigert waarna de bank de relatie opzegt. De rechtbank schetst in r.o. 4.2 en 4.3 het juridisch kader dat overeenkomt met de weergave daarvan in het arrest van Hof Amsterdam 19 januari 2018 (het 2<sup>e</sup> Yin Yang KG), met evenwel nog een

ons inziens opmerkelijke toevoeging in r.o. 4.4. Naar het oordeel van de rechtbank ging het verzoek om informatie omtrent wie er achter de toeleveranciers van de klant zitten te ver en bestonden er ook onvoldoende concrete en reële aanwijzingen voor witwaspraktijken via de toeleveranciers van de klant op grond waarvan de bank krachtens de Wwft tot opzegging verplicht zou zijn. Daarna ging de rechtbank in r.o. 4.19-4.21 afzonderlijk in op de vraag of de bank op grond van zijn contractuele bevoegdheid ex art. 35 ABV tot opzegging mocht overgaan. In r.o. 4.4 had de rechtbank reeds vooropgesteld dat voor rechtspersonen toegang tot het bancaire systeem van groot belang is. De eisen van redelijkheid en billijkheid, in verband met de zorgplicht op grond van art. 2 lid 1 ABV, brengen, aldus die overweging, dan mee dat opzegging alleen mogelijk is indien daarvoor een voldoende zwaarwegend grond bestaat. Gegeven de omstandigheden van het geval bestond die zwaarwegende grond niet. Deze maatstaf doet denken aan die uit de in par. 2 hierboven besproken *Rabobank/Aarding*-periode en lijkt, formeel gesproken, niet te stroken met de *onaanvaardbaarheidstoets* zoals geïntroduceerd in het *ING/De Keijzer*-arrest van de Hoge Raad uit 2014. Overigens komt het ons voor dat de beslissing bij die zogenaamd strengere toets niet anders uitgevallen zou zijn nu er onvoldoende aanwijzingen van witwaspraktijken bestonden of schending van de informatieplicht. Anderzijds wijkt het oordeel van de rechtbank, dat het KYC-onderzoek in gevolge de Wwft beperkt is tot onderzoek van de desbetreffende klant en zich niet ook kan uitstreken tot belangrijke handelspartners van de klant, af van de overige rechtspraak en strookt het ook niet met de open normen van de verplichtingen van de bank onder de Wwft. Voor zover ons bekend is dit de enige finale beslissing waarin de bank veroordeeld is tot voortzetting van het gebruik van de betaalrekening.

Een soortgelijke tweeledige grondslag voor beëindiging deed zich voor in Hof Amsterdam 29 oktober 2019 (*Hap Foods*) met betrekking tot een onderneming actief in de internationale vleeshandel.<sup>23</sup> Volgens de bank had de klant, onder meer, van twee Afrikaanse afnemers grote hoeveelheden contante betalingen ontvangen, haar bankrekeningen aan afnemers beschikbaar gesteld voor ontvangsten en doorbetalingen zonder kennelijke economische en zakelijke grondslag en zonder adequate verantwoording in de boekhouding, en op verzoek van enige Afrikaanse afnemers namens deze doorbetalingen aan familieleden en Politically Exposed Persons (PEP) verricht, op grond waarvan de bank de betaalrekening opzegde. Het hof kwam echter tot het oordeel dat de bank onvoldoende aannemelijk heeft gemaakt dat in de gegeven omstandigheden sprake was van een onacceptabel risico op grond waarvan de bank in verband met art. 5 lid 3 Wwft gehouden zou zijn de relatie te beëindigen. Vervolgens ging het hof afzonderlijk in op de vraag of de bank op grond van haar contractuele bevoegdheid daartoe ex art. 35 ABV de relatie mocht opzeggen, welke vraag het hof met toepassing van de *ING/De Keijzer*-maatstaf bevestigend beantwoordde, nu de

22 «JOR» 2019/227, m.nt. Hekman.

23 Hof Amsterdam 29 oktober 2019, ECLI:NL:GHAMS:2019:3898.

bank voldoende aannemelijk had gemaakt dat de rekening voor oneigenlijke doeleinden gebruikt was. De opzegging bleef derhalve in stand, niet op grond van de bepalingen van de Wwft, maar op grond van de contractuele bevoegdheid daartoe waarbij kennelijk de ernstige schending van de voor de klant geldende verplichting volgens lid 2 van art. 2 ABV een doorslaggevende rol speelde. Ook de omstandigheid dat het voor de klant moeilijk zou zijn een andere bank te vinden legde het af tegen het belang van de bank om niet een bankrelatie in stand te moeten houden met een partij waarin zij geen vertrouwen meer had. Daarbij gaf het hof de bank wel in overweging de relatie feitelijk nog gedurende twee maanden na datum van het arrest te continueren, waardoor in feite tien maanden verlopen zouden zijn tussen opzegging en daadwerkelijke beëindiging.

#### Onvoldoende medewerking, dubieuze handelspraktijken

Hierna volgen enige beslissingen waarbij de opzegging uitsluitend is gebaseerd op onvoldoende medewerking van de klant aan het onderzoek van de bank zonder dat sprake was van concrete verdenkingen van witwaspraktijken. Meestal betrof het dan UBO (ultimate beneficial owner) gerelateerde kwesties dan wel dubieuze handelspraktijken die de reputatie en integriteit van de bank in gevaar konden brengen.

In Hof Amsterdam 21 april 2020 ging het om betaalrekeningen van een groep Nederlandse bv's werkzaam in de exploitatie van onroerend goed waarvan via zes Zwitserse vennootschappen, waaronder een trustkantoor, een persoon C de UBO zou zijn.<sup>24</sup> Zekere financieringen leidden echter tot twijfel of deze C wel de werkelijke UBO was waaromtrent de klant geen nadere informatie wilde of kon verschaffen. Het hof oordeelde dat zulks schending van art. 2 lid 2 ABV opleverde en dat de bank daardoor op grond van art. 5 lid 3 Wwft gehouden was de relatie te beëindigen, met als gevolg dat de opzegging ook niet in strijd kwam met art. 6:248 lid 2 BW. In Hof Arnhem-Leeuwarden 16 mei 2017 wordt nog eens benadrukt dat de gehoudenheid tot het doen van cliëntenonderzoek een voortdurende verplichting is zodat de klant zich er niet op kan beroepen dat de betrokken onderneming eerder steeds in orde bevonden was.<sup>25</sup> Ook hier was de opzegging gebaseerd op de onvoldoende informatieverstrekking in het kader van onderzoek naar de eigendomsverhoudingen, welke opzegging de toets van art. 6:248 lid 2 BW kon doorstaan. In het geval van Rb. Amsterdam 7 mei 2019 ging het om in de Franse krant *Le Monde* verschenen negatieve artikelen over een UBO van een belangrijke partner van de klant in verband met misleidende handelspraktijken hetgeen voor de bank reden was gedetailleerde vragen te stellen aan de klant die onvoldoende beantwoord werden.<sup>26</sup> De rechtbank oordeelde dat het ging om serieuze aantijgingen in een serieuze krant waarbij de klant de zorgen en twijfels van de bank onvoldoende hebben kunnen wegnemen.

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

25 Hof Arnhem-Leeuwarden 15 mei 2017, ECLI:NL:GHARL:2017:4109.

26 Rb. Amsterdam 7 mei 2019, ECLI:NL:RBAMS:2019:3352.

#### Trustkantoor en de door hen beheerde klanten

Rb. Amsterdam 28 mei 2020 betreft de opzegging met een termijn van honderdtwintig dagen van een bankrekening van een in Nederland gevestigd trustkantoor, met vergunning onder de Wtt, en die van een aantal door haar beheerde Nederlandse vennootschappen met buitenlandse UBO's.<sup>27</sup> De opzegging was het gevolg van een generieke beleidswijziging ten aanzien van trustkantoren en de door hen beheerde vennootschappen met het oog op potentiële reputatieschade en de verhoogde kosten van het KYC-onderzoek. Er bestonden geen (concrete) verdenkingen van witwassen en evenmin welk ander Wft- of Wwft-gerelateerd probleem dan ook. Nochtans oordeelde de rechtbank dat, omdat van de bank niet gevegd kan worden om de duurovereenkomsten na beleidswijziging oneindig voort te zetten, beëindiging toegestaan was, maar dan wel met een termijn van zes, dan wel twaalf maanden na datum vonnis voor de beheerde vennootschappen, en van twee jaar voor het trustkantoor.

## 6. Evaluatie van de rechtspraak

De talrijke beslissingen in zake opzeggingen van betaalrekeningen geven in het algemeen een gedegen juridische kader en volgen grotendeels het patroon met de diverse deelaspecten als geschetst in par. 3 hierboven. Daarbij kan het tweede *Yin Yang*-arrest van Hof Amsterdam 19 januari 2018 als standaard gelden. Het startpunt van het juridisch kader is meestal de overweging dat de contractueel overeengekomen bevoegdheid tot opzegging niet rechtmatig is indien deze naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is, conform de art. 6:248 lid 2 BW toets ingevolge het *ING/De Keijzer*-arrest. Het zwaartepunt ligt vervolgens in feite besloten in de bepaling omtrent de zorgplicht van de bank ex art. art. 2 lid 1 ABV, welke een bijzondere dimensie aanneemt door het grote belang van de klant bij een betaalrekening, en de bepalingen van de Wwft in relatie tot de informatie- en de medewerkingsplicht van de klant ex art. 2 lid 2 ABV. In de motiveringen wordt vervolgens uitgebreid ingegaan op de onder de Wwft verplichte en gedane onderzoeken door de bank, mede gelet op het relevante risicoprofiel van de klant, en de door de klant al of niet verstrekte informatie en medewerking. Wanneer dan blijkt dat er serieuze verdenkingen bestaan van witwaspraktijken, of onvoldoende informatie of medewerking van de klant is gegeven in het kader van het onderzoek naar de eigendomsstructuur (UBO), mede gelet op eventueel verhoogde risicoprofielen of andere verdachte omstandigheden, of wanneer anderszins de reputatie van de bank of de integriteit van het financiële stelsel in gevaar worden gebracht, dan luidt de slottournure dat de opzegging de toets van art. 6:248 lid 2 BW doorstaat. Zeker wanneer door de klant wordt aangevoerd dat hij, na de opzegging, voor een betaalrekening niet terecht kan bij een andere bank met uitsluiting van toegang tot het bancaire verkeer als gevolg, volgt dikwijls nog een afzonderlijke belangenafweging, welke toets niet

27 Rb. Amsterdam 28 mei 2020, ECLI:NL:RBAMS:2020:2733.

(expliciet) deel uitmaakt van de *ING/De Keijzer*-maatstaf. Deze afweging valt dan toch steeds uit in het voordeel van de bank waarbij soms nog wel een tijdelijke voortzetting wordt bevolen. Overigens komt het ons voor dat, indien de opzegging gebaseerd is op Wwft-gronden, in het bijzonder art. 5 lid 3 daarvan, in de zojuist genoemde gevallen, de conclusie dat de opzegging niet in strijd is met art. 6:248 lid 2 BW in feite onontkoombaar is. Dan is er niet zozeer sprake van een bevoegdheid, maar van een gehoudenheid tot opzegging.

### Het juridisch kader voor opzegging van betaalrekeningen is complex maar op zich wel helder

In de twee gevallen waarbij de opzegging niet gebaseerd kon worden op Wwft-gerelateerde gronden omdat onvoldoende was gebleken van in de vorige alinea genoemde omstandigheden, is afzonderlijk onderzocht of deze dan geoorloofd was op basis van de algemene bevoegdheid tot opzegging op grond van art. 35 ABV en/of een soortgelijke bepaling in de algemene productvoorwaarden van de bank, waarbij dan de art. 6:248 lid 2 BW-toets geldt. In de in par. 5 genoemde Hof Amsterdam 29 oktober 2019 (*Hap Foods*)-zaak kon de opzegging die toets inderdaad doorstaan aangezien de klant door zijn misbruik van de rekening zeer duidelijk zijn verplichtingen ingevolge lid 2 van art. 2 ABV had geschonden.<sup>28</sup> In die andere zaak, namelijk die van Rb. Rotterdam 30 april 2019 (zie par. 5), deed ook een dergelijke omstandigheid zich niet voor en is de opzegging voor onrechtmatig gehouden omdat een zwaarwegende grond ontbrak. Wij zouden inderdaad menen dat, indien de opzegging niet gebaseerd kan worden op Wwft-gerelateerde gronden en de klant ook overigens zijn verplichtingen op grond van lid 2 van art. 2 ABV niet geschonden heeft, deze naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is, cf. art. 6:248 lid 2 BW, indien een zwaarwegende grond daarvoor ontbreekt, zulks met name gelet op het grote belang van de klant om toegang te hebben tot het bancaire betalingsverkeer en de zorgplicht van de bank krachtens lid 1 van art. 2 ABV.

### In het algemeen blijkt niet van een voor banken welwillende en voor de klant wantrouwende houding van de rechter

In alle beslissingen op één na is de opzegging niet onrechtmatig bevonden.<sup>29</sup> Wijst dit wellicht op een voor banken

welwillende en een voor de klant wantrouwende houding van de rechterlijke instanties? Wij menen dat dit niet het geval is. Wat opvalt in de motiveringen van de beslissingen is dat zeer uitvoerig wordt ingegaan op de diverse omstandigheden aan zowel de zijde van de bank als die van de klant en dat het oordeel dat de opzegging niet onrechtmatig is, bepaald niet op lichtvaardige gronden wordt genomen, namelijk alleen indien sprake is van omstandigheden als genoemd in de eerste alinea.<sup>30</sup> In het vonnis van Rb. Amsterdam van 28 mei 2020, als laatste vermeld in par. 5, betreffende een trustkantoor en door haar beheerde bv's, lag dit ons inziens anders. Als dit vonnis vaste rechtspraak wordt, dan wordt het voor deze branche en de betrokken bv's op generiek niveau en zonder enige verdenkingen of Wtt- en Wwft-gerelateerde problemen zeer moeilijk om nog over een betaalrekening te kunnen beschikken. Het is overigens de vraag hoe dit vonnis zich verhoudt tot de beperkte contracteerplicht zoals aangenomen in het hierna in par. 7 te bespreken vijfde *Yin Yang*-arrest.

### 7. Beperkte contracteerplicht met betrekking tot de zakelijke betaalrekening

Uitgangspunt in het vijfde *Yin Yang*-arrest van Hof Amsterdam 21 januari 2020 was dat zowel de overeenkomst met betrekking tot 'verpakt afstoten' als die met betrekking tot de zakelijke betaalrekening waren beëindigd en dat *Yin Yang c.s.* in deze procedure vorderde dat de bank bevolen zou worden deze twee faciliteiten opnieuw aan te gaan. Terwijl in alle eerdere arresten *Yin Yang* in het ongelijk is gesteld, kan dit vijfde kortgedingarrest in deze sage opmerkelijk genoemd worden doordat daarin met betrekking tot een zakelijke betaalrekening een contracteerplicht voor de bank is aangenomen, zij het met een beperkte omvang.<sup>31</sup> Deze betrekkelijke ommezwaai kan ten dele verklaard worden doordat in de loop der tijd sinds de oorspronkelijke opzegging in 2017 en de datum van dit arrest van 2020 de omstandigheden bij *Yin Yang c.s.* verbeterd waren zodat de witwasgevoeligheid verminderde. Daarbij moet bedacht worden dat volgens het tweede *Yin Yang* kortgeding arrest van Hof Amsterdam 19 januari 2018 vorderingen met betrekking tot de rechtmatigheid van een gedane opzegging *ex tunc* beoordeeld dienen te worden. De vordering tot het aangaan van een nieuwe relatie geschiedt echter *ex nunc*, aldus het hof in r.o. 7 in dit vijfde arrest. De kernoverweging in r.o. 3.6 is helder en spreekt voor zich: *'Het beginsel van de contractsvrijheid brengt mee dat iedereen het recht heeft om niet te worden verplicht een contractuele relatie aan te gaan met een ander. Ook banken hebben dit recht. Dit recht is fundamenteel en zwaarwegend, maar het is niet onbegrensd. Bij de begrenzing van dit recht voor banken is onder meer van belang dat hun maatschappelijke func-*

28 Overigens zou het ons niet verbaasd hebben indien, gelet op de in het arrest opgesomde feiten, het hof de opzegging reeds op grond van de Wwft-bepalingen voor rechtmatig gehouden zou hebben.

29 De uitzondering is het zojuist genoemde vonnis van Rb. Rotterdam 30 april 2019, ECLI:NL:RBAMS:2019:3157, «JOR» 2019/227, m.nt. Hekman.

30 In zijn artikel 'Neveneffecten van de Wwft', *TFR* 2020/3, p. 93-98, vertolkt J. van Bekkum zijn op zijn ervaringen gebaseerd gevoel uit dat banken de neiging hebben zich van onwelgevallige klanten te willen ontdoen met de Wwft als stok om de hond te slaan. Opzegging op lichtvaardige gronden blijkt in ieder geval niet uit de door ons onderzochte rechtspraak.

31 «JOR» 2020/90, m.nt. Wijntekers.

tie een bijzondere zorgplicht meebrengt ten opzichte van derden met wier belangen zij rekening behoren te houden op grond van hetgeen volgens ongeschreven recht in het maatschappelijk verkeer betaamt. Ook is het feit van algemene bekendheid van belang dat het vrijwel onmogelijk is om deel te nemen aan het maatschappelijk verkeer, laat staan om een bedrijf te exploiteren, zonder te beschikken over een betaalrekening bij een bank. (...) Daarom kan een bank onder bijzondere omstandigheden worden verplicht een contractuele relatie aan te gaan met een rechtspersoon.' Vanuit dit uitgangspunt maakt het hof vervolgens onderscheid tussen de twee faciliteiten. Ten aanzien van de vordering tot het aangaan van een overeenkomst 'verpakt afstorten' of iets anders dat het storten van contant geld op een bankrekening faciliteert oordeelt het hof dat de bank daartoe niet kan worden verplicht. De motivering hiervoor is, enerzijds, dat de bank ten aanzien van dergelijke faciliteiten het risico op witwassen redelijkerwijs te groot kan achten, ook na de door Yin Yang c.s. genomen maatregelen, anderzijds dat het voor Yin Yang c.s. ook zonder deze faciliteiten mogelijk is om deel te nemen aan het maatschappelijk verkeer en een bedrijf te exploiteren, waarbij de omstandigheid dat de exploitatie volgens het concept van Yin Yang c.s. mogelijk minder rendabel is, voor diens rekening en risico komt. Over het aanhouden van een betaalrekening is het oordeel anders. Het hof stelt vast dat het voor Yin Yang c.s. in feite niet mogelijk is om bij een andere bank terecht te kunnen. Zij hebben daarom een groot belang om een betaalrekening bij de betrokken bank (ING Bank) te kunnen aanhouden. Het hof vervolgt dan met de overweging dat aan een betaalrekening zonder faciliteiten voor het storten van contant geld een minder groot risico op witwassen is verbonden, zodat het belang van de bank om het risico op witwassen te vermijden, minder wordt geraakt. Daarom bestaat er, aldus het hof, onevenredigheid tussen de belangen van Yin Yang c.s. enerzijds en die van de bank anderzijds. Aldus wordt de bank veroordeeld om Yin Yang c.s. in staat te stellen een betaalrekening bij de bank aan te houden, echter zonder gehoudenheid daaraan faciliteiten te verbinden voor het storten van contant geld.

## 8. Enige kanttekeningen bij het vijfde Yin Yang-arrest

Wij maken een aantal korte kanttekeningen bij het vijfde Yin Yang-arrest betreffende de contracteerplicht.

Wat opvalt is dat, terwijl het juridisch kader met betrekking tot de rechtmatigheid van beëindiging van een betaalrekening meerdere toetsstenen en onderverdelingen daarbij, alsmede meerdere wettelijke en contractuele bepalingen bevat,<sup>32</sup> de grondslag voor de beoordeling van de vordering tot het aangaan van een nieuwe overeenkomst verbluffend kort, helder en eenvoudig is. Het betreft namelijk slechts een afweging van belangen, zonder verwijzing

naar welke wettelijke bepaling dan ook. Naar ons gevoel is deze grondslag ook afdoende en zou het voor doeleinden van de rechtspraak ook weinig helpen te zoeken naar een nadere dogmatische grondering of abstract geformuleerde maatstaven.<sup>33</sup> Daarbij is van belang dat het hof ten behoeve van deze afweging vier kernelementen noemt: het ook voor banken geldende fundamentele en zwaarwegende beginsel van de contracteervrijheid, de maatschappelijke functie van banken, de al dan niet witwasgevoeligheid van het bancaire product en het zwaarwegende belang van de ondernemer om toegang te hebben tot het bancaire betalingsverkeer, in gevallen waarbij de klant niet bij een andere bank terecht kan.

### In het vijfde Yin Yang-arrest is een beperkte contracteerplicht voor de bank aangenomen

Men zou bij dit arrest van een doorbraak kunnen spreken, maar dat is er dan wel een van beperkte betekenis doordat de gehoudenheid tot het openstellen van een betaalrekening niet omvat de faciliteit voor het storten van contant geld. Dat beperkt in hoge mate het risico op witwassen doordat een dergelijke rekening alleen gevoerd kan worden middels girale overboekingen waarvan de herkomst gemakkelijker getraceerd en onderzocht kan worden. Overigens vertoont een dergelijke rekening ook overeenkomsten met de basisrekening waarop consumenten ex art. 4:71f Wft een wettelijk recht hebben. Het hof verwijst in r.o. 3.6. ook naar die voor consumenten geldende bepaling. Banken die in Nederland betaalrekeningen aanbieden aan consumenten zijn verplicht om ingezetenen van de Europese Unie een basisbetaalrekening aan te bieden op verzoek. Overigens bepaalt art. 4:91g Wft sinds 11 november 2016 dat een basisbetaalrekening moet worden geweigerd indien de bank bij het openen daarvan niet kan voldoen aan de bij of krachtens de Wwft gestelde eisen.

In deze procedure betrof het gebod tot het openen van een betaalrekening de huisbank (ING Bank) van de klant. Wij verwachten niet dat, in omstandigheden zoals die ten aanzien van Yin Yang c.s. gelden, een dergelijke gehoudenheid aangenomen zal worden voor enige bank met wie nog geen relatie bestond. Zo zulks al kan bestaan, zal een zorgplicht van een dergelijke bank toch van beduidend beperktere aard zijn dan die welke geldt voor een bank waarmee reeds een (langere) relatie bestaat. Zie in dit verband ook het in par. 5 besproken vonnis van Rb. Amsterdam 4 juli 2018 (*Opentrader/Bunq BV*) waarin als een van de redenen voor de rechtmatige opzegging gold dat de bancaire relatie nog nauwelijks gestalte had gekregen. Toegegeven, in het reeds eerder gewezen vonnis van Rb. Amsterdam 4 novem-

32 Zie bijvoorbeeld de samenvatting in par. 3 hierboven en de standaardoverweging in het tweede Yin Yang-arrest van Hof Amsterdam 19 januari 2018.

33 De aanvullende werking van de redelijkheid en billijkheid van art. 6:248 lid 1 BW en art. 6:2 lid 1 BW kunnen niet een grondslag vormen nu in deze situaties een contractuele dan wel schuldeiser-schuldenaar relatie ontbreekt.

ber 2019 is een bank (ABN AMRO) veroordeeld tot het openen van een betaalrekening ten behoeve van een onderneming met wie de bank nog geen relatie had. Ofschoon deze onderneming zich zou gaan bezighouden met de teelt van cannabis, een sector die normaal gesproken als risicovol geldt, was in het concrete geval aantoonbaar geen sprake van een daadwerkelijk risico van strafbare feiten of witwaspraktijken en behoefde een KYC-onderzoek evenmin enig probleem op te leveren.<sup>34</sup>

## 9. Slotopmerkingen

Zoals bekend zijn de vereiste inspanningen en kosten voor banken om hun poortwachtersfunctie krachtens de Wft en Wwft te vervullen zeer aanzienlijk. Sommige banken brengen nieuwe klanten die een betaalrekening willen openen (of andere faciliteiten wensen) daarvoor bij aanvang en vervolgens periodiek compliance fees in rekening, waarvan de hoogte vooral afhangt van het risicoprofiel van de klant. Wij zouden menen dat indien een bank, zoals in het Yin Yang c.s. geval, veroordeeld wordt tot het openstellen van een betaalrekening, dan wel gerechtigd is een bedrag in rekening te brengen dat zij normaal ook in rekening zouden brengen voor nieuwe klanten met een soortgelijk profiel.

De omstandigheid dat een bank verplicht kan worden tot het aanbieden van een betaalrekening laat natuurlijk onverlet dat zij gehouden blijft de diverse onderzoeken krachtens de Wwft te blijven verrichten. Daardoor kan een spanning ontstaan tussen beide verplichtingen. Wat te doen indien de klant vervolgens onvoldoende meewerkt of niet-toereikende informatie verschaft, of concrete en ernstige vermoedens bestaan van criminele activiteiten of witwaspraktijken buiten de betaalrekening om? Er kunnen dan schemersituaties ontstaan waarbij de bank tussen wal en schip dreigt te vallen. Betekent dit dan dat een eerder door de rechter opgelegde verplichting, eventueel in een nieuwe procedure, komt te vervallen, met als waarschijnlijk gevolg dat dergelijke ondernemingen ‘unbankable’ worden?

De enorme inspanningen en kosten voortvloeiend uit hun poortwachtersfunctie vormen niet alleen een geducht probleem voor de bank maar ook voor de (potentiële) klant. Banken zijn, begrijpelijk, nu reeds zeer terughoudend, zo niet zonder meer afhoudend met het faciliteren van een betaalrekening voor klanten die hun beheer hebben ondergebracht bij een trustkantoor, of voor nieuwe klanten wier enige ‘zonde’ bestaat uit het feit dat zij actief zijn in branches met een hoger risicoprofiel of deel uitmaken van

een meer complexe (internationale) structuur, maar waar in feite mogelijk niets mis mee is. Wat te denken van een onderneming waarvan de bank de rekening heeft beëindigd omdat er ‘enige vermoedens van mogelijke’ witwasstromen ergens in de keten bestonden dan wel ‘enige’ UBO vragen resteerden, maar waar in feite niets of nauwelijks iets aan de hand is? Dit is geen verwijt aan het adres van banken, maar veeleer het gevolg van de soms mission impossible die hen door de regelgever is toebedeeld. En zo zullen er vele grijze situaties zijn. Het gevolg kan en zal ondertussen wel zijn dat een groep van ondernemingen ontstaat die wellicht ten onrechte ‘unbankable’ wordt. Paradoxaal kan dit er ook toe leiden dat dergelijke ondernemingen in feite gedwongen worden om meer met contant geld te werken, en dus met de kans op zwart geld.

**De poortwachtersfunctie van de banken stelt hen voor enorme inspanningen en kosten. Tegelijkertijd is er het risico dat er een groep van ondernemingen ontstaat die wellicht ten onrechte ‘unbankable’ wordt**

Een basisrekening die beheerd wordt door DNB zou voor beide hiervoor geschetste problemen een oplossing zijn. Recent heeft DNB iets dergelijks aangekondigd.<sup>35</sup> De beweegredenen voor de proefballon van DNB zijn overigens niet gerelateerd aan de door ons geschetste problematiek, maar hangen samen met de wens van DNB om Nederlanders meer toegang te geven tot publiek geld (geld uitgegeven door de centrale bank). Een dergelijke basisrekening zou overigens alleen zien op digitaal geld. Kritiek is er ook, omdat hiermee uitvoering (het beheren van een bankrekening) in dezelfde hand komt te liggen als het toezicht. Wij denken dat een basisrekening voor iedereen, particulieren en bedrijven, bij DNB (of een staatsbank zoals de Volksbank nog steeds is) tegemoetkomt aan de wensen van de maatschappij. Zoals in de door ons besproken uitspraken meermaals wordt geconstateerd, is het hebben van een bankrekening essentieel om deel te kunnen nemen aan het handelsverkeer. Een dergelijke eerste levensbehoefte zou in theorie ook prima kunnen worden verzorgd door de overheid of een door de overheid gecontroleerde partij. Het toezicht op het betalingsverkeer kan dan ook worden uitgevoerd door de partij die daarvoor conform het maatschappelijk contract is aangewezen: de overheid. Als iedereen terecht kan bij een bankrekening van de overheid, kunnen banken strenger zijn in hun selectiebeleid. Wij realiseren ons dat het waarschijnlijk nog wel even zal duren voordat iedereen in Nederland bij zijn geboorte of oprich-

<sup>34</sup> Rb. Amsterdam 4 november 2011, ECLI:NL:RBAMS:2019:8144. De onderneming betreft een experiment voor de legale teelt van cannabis als uitvloeisel van een advies van de Adviescommissie Experiment gesloten cannabisketen. De motivering in dit vonnis vertoont gelijkenis met dat van het vijfde Yin Yang-arrest. Hof Den Haag 28 juli 2020, ECLI:NL:GHDHA:2020:1366, wees een vordering van een coffeeshop tot het openstellen van een bankrekening af, onder meer omdat de herkomst van een grote hoeveelheid contant geld niet kon worden vastgesteld. Overigens bevestigde het hof de regel dat een categorale weigering van coffeeshops niet is toegestaan. Zie voor de contracteerplicht ook I.S.J. Houben, ‘Contracteervrijheid voor de bank? Opzegging van een betaalrekening’, *MvV* 2020/7/8.

<sup>35</sup> De Nederlandsche Bank. Digitaal geld van centrale bank kan publieke belangen in geldstelsel beschermen, 7 mei 2020, <https://www.dnb.nl/nieuws/dnb-nieuwsbrieven/nieuwsbrief-betalingsverkeer/nieuwsbrief-betalingsverkeer-mei-2020/dnb388498.jsp#>.

ting naast een burgerservicenummer of een fiscaal nummer ook een bankrekening krijgt uitgereikt, maar vonden het de moeite waard om ook in het licht van de door ons besproken problematiek deze mogelijkheid aan te dragen.

Begin juli 2020 hebben vijf van de grootste banken in Nederland aangekondigd (nader) samen te werken in de strijd tegen witwassen en terrorismefinanciering.<sup>36</sup> Dit initiatief, dat de banken ‘Transactiemonitoring Nederland’ hebben gedoopt, richt zich op het vaststellen van ongebruikelijke patronen in het betalingsverkeer die banken individueel niet kunnen ontdekken. Wij sluiten niet uit dat dit initiatief, waarvan de verwachting immers is dat (veel) meer ongebruikelijke transacties kunnen worden opgespoord, zal

leiden tot meer opzeggingen van betaalrekeningen. Ongebruikelijke transacties kunnen immers aanleiding zijn voor aanvullend cliëntonderzoek, dat op zijn beurt weer opmaat kan zijn voor een latere opzegging.

*Dit artikel is afgesloten op 28 september 2020.*

**Over de auteurs**

**Mr. dr. R.I.V.F. (Roeland) Bertrams**

Of counsel bij AKD.

**Mr. T. (Thijs) Hekman**

Advocaat bij AKD.

<sup>36</sup> Nederlandse Vereniging van Banken. Transactie Monitoring Nederland unieke stap in strijd tegen witwassen en terrorismefinanciering, 8 juli 2020, <https://www.nvb.nl/nieuws/transactie-monitoring-nederland-unieke-stap-in-strijd-tegen-witwassen-en-terrorismefinanciering/>.