

Bancaire zorgplicht versus contractsvrijheid

Een korte verkenning van het spanningsveld naar aanleiding van Yin Yang B.V. c.s./ING Bank N.V. (HR 5 november 2021, ECLI:NL:HR:2021:1652)

*Mr. M. van der Beek en mr. drs. H.J.Th. Kolstee**

1 Inleiding

Het is de laatste jaren niet alleen lastig om een zakelijke betaalrekening te behouden, maar ook om die te krijgen. De reden daarvoor is de poortwachtersfunctie van banken die is neergelegd in diverse bepalingen in de Wet op het financieel toezicht (Wft) en de Wet ter voorkoming van witwassen en financieren van terrorisme (Wwft). Banken moeten als poortwachters voorkomen dat zij integriteitsrisico's lopen en onder andere tegengaan dat criminele gelden het financiële systeem binnenkomen. Onderdeel van deze functie is het uitvoeren van een cliëntenonderzoek.¹ Dit cliëntenonderzoek moet niet alleen bij aanvang van de relatie worden verricht, maar doorlopend. Kan het cliëntenonderzoek niet (meer) worden afgerond, of is het ontoereikend, dan mogen banken de relatie niet aangaan of moeten die opzeggen.² Leven banken deze toezichtregels niet na, dan kan dat tot hoge boetes leiden. Vanwege vrees voor die boetes, en de intensieve en veelal kostbare werkzaamheden die gepaard gaan met het naleven van de poortwachtersfunctie, lijken banken bepaalde sectoren het liefst buiten hun klantenbestand te willen houden.³ *De-risiken*, zoals dat heet, is echter niet toegestaan, omdat dit niet in lijn is met de hiervoor genoemde toezichtregelgeving.⁴ Die is *risk-based*, wat betekent dat banken iedere (potentiële) cliënt op basis van zijn of haar concrete risico's moeten beoordelen, en op basis van die risicoafweging moeten bepalen of zij al dan niet met deze cliënt willen en mogen (blijven) contracteren.⁵ Banken moeten daarom

steeds een inschatting maken van de relevante risico's en daar mitigerende maatregelen tegenover stellen. De risicocategorieën variëren van laag tot hoog en indeling vindt plaats op basis van objectieve en kenbare factoren. Hoe hoger de risico's, des te meer inspanningen banken moeten verrichten om die risico's te mitigeren.⁶

De-risiken is bovendien onwenselijk vanuit het belang van financiële inclusiviteit.⁷ Alleen ten aanzien van consumenten is echter een beginselplicht tot het aanbieden van een basisbetaalrekening opgenomen in de wet,⁸ terwijl het voor bedrijven net zo goed van belang is dat zij toegang hebben tot het betalingsverkeer. Een bedrijf is anders niet levensvatbaar. Ook in de (lagere) rechtspraak over het opzeggen en verkrijgen van een zakelijke betaalrekening is hier oog voor: het kunnen (blijven) deelnemen aan het maatschappelijk en economisch verkeer door bedrijven is steeds zwaarwegend bij de in dat kader uit te voeren belangenafweging.⁹ Tegelijkertijd mag, bij diezelfde belangenafweging, niet voorbij worden gegaan aan de poortwachtersfunctie, die meebrengt dat banken kritisch moeten zijn bij cliënten uit een branche met verhoogde integriteitsrisico's. Dat moet vanwege de eerdergenoemde risicobaseerde benadering wel steeds op individueel klantniveau en niet op basis van de sector.¹⁰ Banken moeten er door middel van een passend en risicogevoelig beleid voor zorgen dat hun aanpak bij *customer due diligence* (CDD) niet leidt tot het onnodig

* Mr. M. van der Beek is advocaat bij BarentsKrans U.A. in Den Haag. Mr. drs. H.J.Th. Kolstee is advocaat bij Clifford Chance LLP in Amsterdam. De auteurs bedanken mr. W.M. Schonewille en mr. dr. C. Spierings voor hun waardevolle commentaar op eerdere versies. Dit artikel is op persoonlijke titel geschreven.

1 Art. 2a lid 1 en art. 3 Wwft (cliëntenonderzoek), art. 6 Wwft (vereenvoudigd cliëntenonderzoek) en art. 8 Wwft (verscherpt cliëntenonderzoek).

2 Art. 5 lid 1 sub a-c en art. 5 lid 3 Wwft.

3 M. van der Beek & R.F. van den Heuvel, Tussen poortwachtersfunctie en toegang tot een nutsvoorziening: over de zakelijke betaalrekening in het Koninkrijk, FRP 2020, afl. 1297, p. 54-64. Zie over dit onderwerp recentelijk Rb. Amsterdam 2 maart 2022, ECLI:NL:RBAMS:2022:945. Dit betreft een van de weinige bodemprocedures.

4 DNB, Good Practice Document on Integrity Risk Appetite, p. 8.

5 DNB, Leidraad Wwft en Sw, 2020, p. 23.

6 DNB 2020, p. 14 en 26.

7 DNB, Visie op betalen, 2022-2025, p. 4 en EBA, The ML/TF Risk Factors Guidelines, maart 2021, p. 39-40. Zie hierover ook C.W.M. Lieverse, annotatie bij HR 5 november 2021, ECLI:NL:HR:2021:1652, Ondernemingsrecht 2022/21.

8 Art. 4:71f Wft.

9 Zie bijv. recentelijk Hof Amsterdam 26 april 2022, ECLI:NL:GHAMS:2022:1263, r.o. 4.13-4.14, Rb. Amsterdam 2 maart 2022, ECLI:NL:RBAMS:2022:945, r.o. 5.7, Rb. Amsterdam 20 april 2022, ECLI:NL:RBAMS:2022:2138, r.o. 4.3, Rb. Amsterdam 29 december 2021, ECLI:NL:RBAMS:2021:7844, Rb. Amsterdam 29 juni 2021, ECLI:NL:RBAMS:2021:3337 en Rb. Amsterdam 2 februari 2021, ECLI:NL:RBAMS:2021:358, r.o. 4.6. En ook langer geleden Hof 's-Hertogenbosch 10 mei 2011, ECLI:NL:GHSHE:2011:BQ4142, r.o. 4.7.

10 Brief Minister van Financiën van 14 april 2022, 2021-0000194453.

weigeren van legitieme klanten tot financiële diensten, aldus de European Banking Authority (EBA).¹¹

Verhoogde integriteitsrisico's doen zich bijvoorbeeld voor als veel contant geld wordt gehanteerd waarvan de herkomst niet of minder makkelijk te bepalen is.¹² Dat is ook wat er speelde in de kwestie tussen Yin Yang B.V. c.s. en ING Bank. Bezoekers van de door Yin Yang B.V. c.s. geëxploiteerde sauna- en relaxclub betaalden het entreegeld van € 60 voor 80% contant, en (voorheen) regelmatig in grote coupures van € 500 of € 200, zonder dat de persoonsgegevens van deze bezoekers werden geregistreerd.¹³ Bezoekers betaalden contant omdat zij, gelet op de gefaciliteerde activiteiten, die een hoog rooie-oortjesgehalte hebben, anoniem wilden blijven. Dat is met een girale betaling niet mogelijk. Persoonsgegevens registreerde Yin Yang B.V. c.s. alleen van bezoekers die werden geweigerd. Dit (betaal)gedrag was voor ING Bank juist weer risicovol, omdat niet kon worden uitgesloten dat de door Yin Yang B.V. c.s. ontvangen en bij ING Bank te storten contante gelden een criminele herkomst hadden. Mede door dit spanningsveld beëindigde ING Bank de bankrelatie; Yin Yang B.V. c.s. procedeerde vervolgens (meermaals, en uiteindelijk tevergeefs¹⁴) tegen deze opzegging. Parallel procedeerde Yin Yang B.V. c.s. over de verplichting van ING Bank om de bankrelatie te *herstellen*, wat uiteindelijk leidde tot een arrest van de Hoge Raad.¹⁵

Over die laatste procedure, en de naar onze mening weinig bevredigende uitkomst daarvan, gaat dit artikel. Een lang verhaal kort: ING Bank hoefde Yin Yang B.V. c.s. niet (opnieuw) in staat te stellen contant geld af te storten, maar moest wel de betaalrekening (opnieuw) openstellen. Aan de zakelijke betaalrekening zijn, in tegenstelling tot de facilititeit van het afstorten van contante gelden, weinig risico's verbonden en zonder betaalrekening zou Yin Yang B.V. c.s. haar deuren definitief moeten sluiten. In navolging van het hof komt de Hoge Raad tot dit oordeel op basis van de bancaire zorgplicht tegenover derden.¹⁶ Dit beoordelingskader roept bij ons een aantal vragen op, die wij hier zullen bespreken. Daarnaast zullen wij stilstaan bij de impact van het arrest voor de praktijk en of het hier, voor bedrijven die net zoals Yin Yang B.V. c.s. veel contant geld gebruiken, niet om een pyrrusoverwinning gaat. Zonder de mogelijkheid om contant geld in ontvangst te kunnen nemen en af te storten (zodat dit geld ook (giraal) als betaalmiddel kan worden aangewend) is het voor Yin Yang B.V. c.s.

hoogstwaarschijnlijk niet mogelijk om een rendabele onderneming te exploiteren. Slechts een vijfde van haar inkomende betalingen gaat immers giraal. Volgens het hof komt dit voor rekening en risico van Yin Yang B.V. c.s.¹⁷ en dit oordeel laat de Hoge Raad in stand. Omdat de bank überhaupt niet meer met Yin Yang B.V. c.s. wilde contracteren zal ook zij niet blij zijn met de uitkomst van de procedure, terwijl het tegelijkertijd dus de vraag is in hoeverre Yin Yang B.V. c.s. hier echt mee is geholpen. Wij zullen een en ander in het licht plaatsen van recente ontwikkelingen ten aanzien van contant geld. De Nederlandsche Bank (DNB) maakt zich sinds vorig jaar namelijk zorgen over het verdwijnen van contanten uit de maatschappij, terwijl deze toezichthouder op banken uit hoofde van de Wwft er tegelijkertijd op hamert dat banken klanten met contant geld zonder duidelijke herkomst als hoog risico moeten inschatten en extra maatregelen moeten nemen, waaronder het eisen van (meer) girale betalingen. Daardoor kan contant geld steeds minder worden gebruikt.¹⁸ De vrees voor het verdwijnen van contant geld heeft kortgeleden geleid tot een convenant waarbij de Nederlandse grootbanken betrokken zijn.¹⁹ Voordat we op deze onderdelen ingaan, zullen we eerst kort aandacht besteden aan de overwegingen van het hof en de Hoge Raad, voor zover die relevant zijn voor dit artikel.

2 Relevante feiten en procesverloop

Sinds 1994 bankiert Yin Yang B.V. c.s. bij ING Bank, alwaar zij ook een overeenkomst heeft waaronder zij contant geld kan afstorten op de zakelijke betaalrekening (hierna: afstortovereenkomst). De sauna van Yin Yang B.V. c.s. wordt druk bezocht door bezoekers met contant geld: in één jaar tijd wordt voor meer dan € 4,8 miljoen aan contanten afgestort, terwijl daarnaast voor slechts circa € 920.000 aan pintransacties plaatsvindt. Een fors aantal jaar later vindt een politiedoorzoeking bij Yin Yang B.V. c.s. plaats. De politie treft in het doorzochte pand en in de auto's van bezoekers drugs, wapens en (op zich weinig verbazingwekkend) veel contant geld aan. De doorzoeking genereert media-aandacht, waarna ING Bank een cliëntenonderzoek uitvoert. De uitkomsten daarvan bewegen ING Bank ertoe om de afstortovereenkomst per direct op te zeggen, aangezien zij een ernstig vermoeden heeft dat Yin Yang B.V. c.s. betrokken is bij witwassen en daarvoor de ING-rekeningen gebruikt.²⁰ Kort daarna wil ING Bank de bankrelatie met Yin Yang B.V. c.s. helemaal beëindigen en de zakelijke rekeningen met een termijn van drie maanden opheffen, aangezien er geen vertrouwen is dat de bankrelatie kan worden voortgezet. Volgens ING Bank heeft Yin Yang B.V. c.s. onvoldoende gegevens aangeleverd om de herkomst van de zeer grote hoeveelheid afgestort contant geld (zoals gezegd bijna € 5 miljoen in één jaar) te verklaren.

11 EBA 2021, p. 40.

12 Bijlage III bij AMLD-4 ((EU) 2015/849) – die is aangepast bij (EU) 2018/843 –, art. 15 sub a FATF Recommendations, EBA 2021, p. 69, art. 47 Basel Committee on Banking Supervision, Guidelines Sound Management of Risks Related to Money Laundering and Financing of Terrorism, DNB 2020, p. 23 en DNB, De integriteit-risicoanalyse: meer waar dat moet, minder waar dat kan, p. 9.

13 Concl. A-G Hartlief 12 maart 2021, ECLI:NL:PHR:2021:239, nr. 5.7.

14 HR 5 maart 2021, ECLI:NL:HR:2021:347 (81 RO).

15 HR 5 november 2021, ECLI:NL:HR:2021:1652, JOR 2022/35 m.nt. M. van Wingerden, AA20220139 m.nt. D. Busch, RF 2021/89.

16 Hof Amsterdam 21 januari 2020, ECLI:NL:GHAMS:2020:121, r.o. 3.6; HR 5 november 2021, ECLI:NL:HR:2021:1652, r.o. 3.2.

17 Hof Amsterdam 21 januari 2020, ECLI:NL:GHAMS:2020:121, r.o. 3.11.

18 DNB 2020, p. 23.

19 Zie www.dnb.nl/media/pu4h320c/convenant-contant-geld-april-2022.pdf.

20 Hof Amsterdam 21 januari 2020, ECLI:NL:GHAMS:2020:121, r.o. 2.4.

Yin Yang B.V. c.s. voert vervolgens diverse procedures in kort geding tegen ING Bank, waar zij – in hoofdlijnen – voortzetting van de bancaire relatie eist, en van de mogelijkheid om contant geld af te storten. Aangezien deze bijdrage niet gaat over de vraag of de bancaire relatie geldig is opgezegd,²¹ laten wij dit verder rusten. Wel merken we op dat de onduidelijkheid die blijft bestaan na een onderzoek naar de bron van de middelen²² met enige regelmaat reden voor de bank is om de zakelijke betaalrekening op te zeggen.²³ Voor dit artikel is van belang dat na de opzeggingen (a) Yin Yang B.V. c.s. vruchteloze pogingen heeft gedaan om rekeningen bij andere banken te openen,²⁴ (b) Yin Yang B.V. c.s. haar personeel een cursus laat volgen over de Wwft,²⁵ en (c) het Openbaar Ministerie ING Bank na de gedane opzeggingen schrijft dat uit het strafrechtelijk onderzoek naar Yin Yang B.V. c.s. niet is gebleken van feiten of omstandigheden die erop zouden kunnen wijzen dat er verwijtbaar gebruik is gemaakt van de betaalrekeningen van Yin Yang B.V. c.s.²⁶ Ondanks dit alles laat ING Bank Yin Yang B.V. c.s. per brief weten over te gaan tot afwikkeling van alle betrokken betaalrekeningen, aangezien de klantrelaties zijn beëindigd. Deze mededeling geeft aanleiding tot de verder te bespreken arresten van hof en Hoge Raad, waarin Yin Yang B.V. c.s. in kort geding continuering althans herstel van de bankrelatie én de afstortovereenkomst vordert. De voorzieningenrechter heeft de gevraagde voorzieningen in eerste aanleg geweigerd, waarna Yin Yang B.V. c.s. in hoger beroep gaat.²⁷

2.1 *Ex-nuncbeoordeling bij het aangaan van een nieuwe bankrelatie*

In hoger beroep stelt het hof voorop dat Yin Yang B.V. c.s. met gebruikmaking van het woord ‘herstel’ in het petitum, en met de daaraan voorafgaande onderbouwing die strekt tot een belangenafweging op basis van huidige feiten en omstandigheden, (subsidiar) een bevel aan ING Bank op het oog moet hebben gehad tot het aangaan van een *nieuwe* contractuele relatie. Het hof hoeft dus niet de rechtsgeldigheid van de opzegging naar de omstandigheden destijds te beoordelen, maar zal *ex nunc* toetsend nagaan of ING Bank verplicht moet worden een ‘nieuwe’ bankrelatie met Yin Yang B.V. c.s. aan te gaan.²⁸ Deze benadering van het hof (die in cassatie standhoudt)

maakt deze uitspraak bijzonder interessant; veel jurisprudentie met betrekking tot zakelijke betaalrekeningen gaat immers over de geldigheid van de opzegging naar de omstandigheden waaronder dat plaatsvond, *ex tunc* bezien dus.²⁹ Daarbij is geen ruimte voor feiten en omstandigheden van ná de opzegging, zoals in dit geval de seponering door het Openbaar Ministerie en de verbeterpunten die Yin Yang B.V. c.s. heeft doorgevoerd.

Indachtig dat wordt geoordeeld over de verplichting tot het herstellen/opnieuw aangaan van een bankrelatie met afstortovereenkomst, benadrukt het hof dat de contractsvrijheid – die ook voor banken geldt – fundamenteel, maar niet onbegrensd is. Volgens het hof ligt de begrenzing van dat recht bij de bijzondere zorgvuldigheidsnorm die banken tegenover derden met wier belangen zij rekening behoren te houden, in acht dienen te nemen (waarover wij hieronder uitgebreider komen te schrijven). Het hof weegt daarbij mee dat algemeen bekend is dat deelname aan het maatschappelijk verkeer zonder betaalrekening vrijwel onmogelijk is. In de norm van art. 4:71f Wvft, die banken verplicht consumenten een basisbetaalrekening aan te bieden, leest het hof niet dat de contractsvrijheid van banken ten opzichte van rechtspersonen in het geheel niet kan worden ingeperkt, en een natuurlijk persoon staat wat het vermogensrecht betreft gelijk aan een rechtspersoon, tenzij uit de wet het tegendeel voortvloeit (art. 2:5 BW).³⁰ Van dat laatste is dus geen sprake, aldus het hof.

Het hof wijst vervolgens de vordering tot het herstellen (of opnieuw aangaan) van een afstortovereenkomst af, aangezien (a) Yin Yang B.V. c.s. de identiteit van klanten niet controleert, (b) een groot deel van de betalingen contant is, en (c) Yin Yang B.V. c.s. opereert in een integriteitsgevoelige branche. Deze omstandigheden brengen met zich dat ING Bank redelijkerwijs het risico op witwassen te groot kan achten om het afstorten van contant geld mogelijk te maken.³¹ De vordering tot herstel (of opnieuw aangaan) van de betaalrekening wordt evenwel toegewezen, waarin het hof betreft (a) dat er géén afstortovereenkomst hoeft te worden aangegaan, (b) dat Yin Yang B.V. c.s. zich voldoende heeft ingespannen om bij andere banken een rekening te openen, (c) het grote belang dat Yin Yang B.V. c.s. heeft om een betaalrekening aan te houden bij ING Bank, (d) de hierboven aangestipte norm die ING Bank tegenover Yin Yang B.V. c.s. in acht dient te nemen en (e) de waarschijnlijkheid dat de bodemrechter tot hetzelfde oordeel zal komen.³²

21 Dat is hier overigens het geval, HR 5 maart 2021, ECLI:NL:HR:2021:347 (81 RO). Zie over de geldigheid van opzegging van bankrelaties HR 10 oktober 2014, ECLI:NL:HR:2014:2929, JOR 2015/8 m.nt. R.I.V.F. Bertrams (ING/De Keijzer).

22 Art. 3 lid 2 sub d Wwft.

23 Zie o.a. Hof Arnhem-Leeuwarden 12 februari 2019, ECLI:NL:GHARL:2019:1327, Rb. Amsterdam 28 januari 2021, ECLI:NL:RBAMS:2021:241, RF 2021/25, Rb. Amsterdam 24 september 2020, ECLI:NL:RBAMS:2020:4716 en Rb. Amsterdam 18 februari 2020, ECLI:NL:RBAMS:2020:1089.

24 Hof Amsterdam 21 januari 2020, ECLI:NL:GHAMS:2020:121, r.o. 2.4 en 2.8.

25 Hof Amsterdam 21 januari 2020, ECLI:NL:GHAMS:2020:121, r.o. 2.4 en 2.8.

26 Hof Amsterdam 21 januari 2020, ECLI:NL:GHAMS:2020:121, r.o. 2.11.

27 Concl. A-G Hartlief 12 maart 2021, ECLI:NL:PHR:2021:239, nr. 2.2.

28 Hof Amsterdam 21 januari 2020, ECLI:NL:GHAMS:2020:121, r.o. 3.5-3.7.

29 Uitgebreid hierover is I.S.J. Houben, *Contractsvrijheid voor de bank? Opzegging van een betaalrekening*, MvV 2020, afl. 7-8, p. 287 e.v.

30 Hof Amsterdam 21 januari 2020, ECLI:NL:GHAMS:2020:121, r.o. 3.6.

31 Hof Amsterdam 21 januari 2020, ECLI:NL:GHAMS:2020:121, r.o. 3.8.

32 Hof Amsterdam 21 januari 2020, ECLI:NL:GHAMS:2020:121, r.o. 3.6 en 3.12-3.13. Ons is overigens per datum schrijven over een bodemprocedure tussen deze partijen niets bekend.

2.2 Oordeel Hoge Raad

Zowel ING Bank als Yin Yang B.V. c.s. gaat in cassatie: ING Bank tegen het oordeel tot het beschikbaar moeten stellen van de zakelijke betaalrekening en Yin Yang B.V. c.s. tegen de afwijzing van het aangaan van de afstortovereenkomst. De Hoge Raad is kort en bondig. Hij oordeelt dat het hof terecht tot uitgangspunt heeft 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’.³³ De Hoge Raad acht verder het oordeel van het hof juist en begrijpelijk dat ‘het belang van ING in de omstandigheden van dit geval niet in de weg staat aan een verplichting tot het aanbieden van een betaalrekening (...) maar wel aan een verplichting tot het faciliteren van het storten van contant geld’.³⁴ In lijn met de richtsnoeren van de EBA oordeelt de Hoge Raad dus dat aan een basisproduct als de zakelijke betaalrekening minder risico’s kleven.³⁵ Aangezien de Hoge Raad geen nadere motivering verschaft, terwijl het in onze ogen niet zo’n voor de hand liggende benadering is om de contracteerplicht aan te nemen op basis van de bancaire zorgplicht tegenover derden, zoeken wij verheldering in (onder meer) de aan het arrest voorafgaande conclusie van A-G Hartlief.³⁶

3 Bancaire zorgplicht tegenover derden opgerecht

Zoals hierboven toegelicht, begreep het hof de vorderingen van Yin Yang B.V. c.s. als een bevel tot het herstellen van de bankrelatie, dan wel tot het aangaan van een nieuwe bankrelatie. Voor toewijzing van een dergelijk bevel is op grond van art. 3:296 en 3:303 BW noodzakelijk (a) een rechtsplicht van ING Bank tegenover Yin Yang B.V. c.s. en (b) voldoende belang van Yin Yang B.V. c.s. bij het voorkomen van een schending van die rechtsplicht. De rechtsplicht kan in de wet worden gevonden, maar óók in het ongeschreven recht, als maatschappelijke zorgvuldigheidsnorm.³⁷ Wat die zorgvuldigheidsnorm inhoudt, hangt (zoals zoveel in het recht) af van de specifieke feitelijke omstandigheden van een bepaald geval.³⁸ Het belang bij voorkoming van schending van die norm (het vereiste onder b) spreekt ons inziens verder voor zich. De omstandigheden van dit specifieke geval zijn hierboven uitvoerig aan bod gekomen: Yin Yang B.V. c.s. drijft een financieel kennelijk succesvolle onderneming, maar dreigt toegang tot een betaalrekening te verliezen. Yin Yang B.V. c.s. is ten opzichte van de bank een *derde*, omdat het hof vaststelt dat de bankrelatie vóór datum uitspraak is geëindigd, en de veroordeling strekt tot het ‘in staat (...) stellen een betaalrekening bij ING Bank aan te houden (...)’³⁹ en dus niet tot het voortzetten daarvan. De vraag is dus waartoe ING Bank tegenover Yin Yang B.V. c.s. in deze omstandigheden kan worden gehouden op grond van de door ING Bank tegenover Yin Yang B.V. c.s.

in acht te nemen zorgvuldigheid. Daartoe is het ons inziens zinvol om eerst kort stil te staan bij hoe banken zich volgens de jurisprudentie vanwege een op hen rustende zorgplicht moeten gedragen.

Banken hebben niet alleen tegenover consumenten, maar ook tegenover niet-particulieren met een ‘zorgbehoefte’ (zoals onder andere kleine en middelgrote ondernemingen) een zorgplicht.⁴⁰ De *contractuele* zorgplicht vloeit voort uit art. 2 lid 1 Algemene Bankvoorwaarden (ABV) of uit de wet, bijvoorbeeld art. 7:401 BW in het geval van een adviesrelatie. De maatschappelijke functie van de bank brengt daarnaast een *bijzondere* zorgplicht mee. Het gaat daarbij onder meer om onderzoeks-, advies-, informatie- en waarschuwingsplichten.⁴¹ De *reikwijdte* van deze bijzondere bancaire zorgplicht is steeds afhankelijk van de omstandigheden van het geval.⁴² De grondslag voor deze zorgplicht is terug te vinden in de aanvullende werking van de redelijkheid en billijkheid (art. 6:248 lid 1 BW) vanwege de disbalans tussen de professionaliteit van de bank en de klant.⁴³ Doel van deze bancaire zorgplicht is om de klant te beschermen tegen gevaar van eigen lichtvaardigheid en gebrek aan inzicht.⁴⁴

Omdat er bij een ‘aspirant’-klantrelatie geen sprake is van een contractuele relatie kan de zorgplicht van de bank niet in art. 2 ABV worden gevonden.⁴⁵ De grondslag van de zorgplicht is dan – bij ontstentenis van een wettelijke, contractuele of op de jurisprudentie gebaseerde grondslag – de maatschappelijke zorgvuldigheidsnorm, zoals hierboven aangestipt en inhoudende ‘hetgeen volgens ongeschreven recht in het maatschappelijk verkeer betaamt’.⁴⁶ De lat voor aansprakelijkheid van banken tegenover derden vanwege schending van de zorgplicht ligt hoog:⁴⁷ het zijn geen klanten van de bank en dus voor de bank in beginsel onbekenden. Bovendien gaat het volgens de Hoge Raad alleen om die gevallen waarin belangen van derden spelen waar de bank rekening mee *behoort* te houden.⁴⁸ Voorbeelden zijn, zeker uit arresten van de Hoge Raad, zeldzaam, en betreffen gevallen waarin de verhouding tussen de bank en de ondeskundige derde (economisch) gelijk te trekken was met de verhouding tussen de bank en haar klant, bij-

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

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

35 EBA 2021, p. 40.

36 Concl. A-G Hartlief 12 maart 2021, ECLI:NL:PHR:2021:239.

37 Vgl. Parl. Gesch. Boek 6 BW, p. 616.

38 Uit talloze bronnen: Asser/Sieburgh 6-IV 2019/57.

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

40 Zie o.m. HR 28 juni 2019, ECLI:NL:HR:2019:1046. Zie ook D. Busch, De toekomst van de bijzondere zorgplicht in de financiële sector, NJB 2020/424, onder 6.1.

41 HR 10 juli 2020, ECLI:NL:HR:2020:1276, NJ 2021/35 m.nt. Tjong Tjin Tai (Promontoria), r.o. 2.9.2.

42 HR 23 december 2005, ECLI:NL:HR:2005:AU3713, NJ 2006/289.

43 HR 23 mei 1997, ECLI:NL:HR:1997:AG7238, NJ 1998/192 m.nt. Van Zeven (Rabobank/Everaars).

44 HR 26 juni 1998, ECLI:NL:HR:1998:ZC2686, NJ 1998/660 m.nt. Van Zeven (Van de Klundert/Rabobank).

45 Van der Beek & Van den Heuvel 2020, p. 59.

46 Art. 6:162 lid 2 BW.

47 B. Bierens, Het waarheen en waarvoor van de bancaire zorgplicht, NTBR 2013, afl. 1, par. 8.3.

48 HR 9 januari 1998, ECLI:NL:HR:1998:ZC2536, JOR 1998/116 m.nt. S.C.J.J. Kortmann (Mees Pierson/Ten Bos), bevestigd in HR 23 december 2005, ECLI:NL:HR:2005:AU3713, NJ 2006/289 (Safe Haven). Zie ook A.G.F. Ancery, Bancaire zorgplicht jegens derden, FRP 2020/281, p. 50 en 53.

voorbeeld minderjarigen van wie het vermogen werd beheerd door een volwassene,⁴⁹ gevallen waarin de bank aansprakelijk was voor de schade van gedupeerde beleggers omdat de rekeninghouder in strijd handelde met toezichtregelgeving en de gelden werden betaald op een bankrekening bij de bank,⁵⁰ of waarbij sprake was van een Ponzi-zwendel en de gelden van beleggers eveneens over de betaalrekening van de bank liepen.⁵¹ Het zijn, zien wij het goed, nogal specifieke gevallen waarin de bank een bijzondere kennis- of deskundigheidsvoorsprong heeft op de betrokken derde(n) en er (ook) een toezichtrechtelijke bepaling werd geschonden door de klant van de bank.⁵² In dergelijke situaties is, net zoals bij de (bijzondere) zorgplicht van de bank tegenover haar klanten, steeds sprake van een kennisachterstand en/of zorgbehoefte bij de derden, waardoor op de bank onderzoeks- en/of waarschuwingsverplichtingen rusten.

Ook Hartlief wijst erop dat de door de Hoge Raad ontwikkelde bijzondere bancaire zorgplicht er mede toe strekt om 'de cliënt te beschermen tegen, zoals [de Hoge Raad] het vaak verwoordt, het gevaar van een gebrek aan kunde en inzicht of van eigen lichtvaardigheid'.⁵³ Ook dat duidt op het beschermen van ondeskundigen. Daarvan lijkt in de verhouding tussen Yin Yang B.V. c.s. en ING Bank op dit punt geen sprake: Yin Yang B.V. c.s. drijft al vele jaren een succesvolle onderneming, behaalt jaarlijks een miljoenenomzet en is kennelijk in staat om naast de procedures die zij tegen ING Bank voert, haar personeel Wwft-cursussen aan te bieden en haar compliance 'fors' te verbeteren.⁵⁴ ING Bank stelt in cassatie dat de bancaire zorgplicht ('slechts') van toepassing is bij risico's die financiële dienstverlening en financiële producten met zich meebrengen.⁵⁵ Tevergeefs: de Hoge Raad liet het oordeel van het hof over de bancaire zorgplicht in stand.

Concreet valt hier volgens ons uit af te leiden dat de Hoge Raad de bancaire zorgplicht tegenover derden in bepaalde gevallen uitbreidt met een contracteerplicht. Helemaal uniek is deze aantasting van de contractsvrijheid niet: de Hoge Raad oordeelde eerder dat op banken in bepaalde gevallen weigeringsplichten kunnen rusten,⁵⁶ wat ook valt te kwalificeren als inbreuk op de contractsvrijheid van de bank,⁵⁷ maar tot een

contracteerplicht met een derde zoals hier het geval kwam de Hoge Raad tot dit arrest, voor zover wij konden nagaan, nog niet.⁵⁸ Hartlief meent dat de bancaire zorgplicht tegenover derden (ook) bedoeld is voor situaties zoals die tussen ING Bank en Yin Yang B.V. c.s., omdat die voortvloeit uit de in art. 6:162 lid 2 BW neergelegde open zorgvuldigheidsnorm, die van tijd tot tijd verandert en niet op voorhand tot bepaalde situaties is beperkt.⁵⁹ Hoewel tussen ING Bank en Yin Yang B.V. c.s. als gezegd geen sprake is van een kennisachterstand, of een deskundigheidsasymmetrie, is volgens Hartlief wél sprake van een 'machtsonevenwicht', omdat banken de spil van het betalingsverkeer zijn en een zekere macht hebben om de betaalrekening te weigeren.⁶⁰ Omdat de Hoge Raad in eerdere arresten heeft geoordeeld dat de bancaire zorgplicht tegenover derden *mede* strekt ter bescherming van belangen van beleggers, en bescherming tegen lichtvaardigheid en gebrek aan kunde, is deze zorgplicht niet tot zulke situaties beperkt, aldus Hartlief.⁶¹

Volgens ons is dat een wat magere onderbouwing en kan dit een startschot zijn voor het nóg verder uitbreiden van de bancaire zorgplicht tegenover derden. Met andere woorden: als de Hoge Raad met het hier besproken arrest deze visie van Hartlief heeft willen onderschrijven, zou dit betekenen dat de bancaire zorgplicht tegenover derden óók tot allerlei doen of nalaten tegenover derden kan strekken waar nu nog geen zicht op bestaat; 'mede', zo redeneert Hartlief, houdt in dat de Hoge Raad deze zorgplicht kennelijk niet zou hebben willen begrenzen. Niet alleen staat niet vast om welk handelen het in de toekomst allemaal zou kunnen gaan, maar ook niet ten opzichte van welke derden. Uit dit arrest lijkt te volgen dat de Hoge Raad het begrip derden ruim heeft bedoeld, want het gaat niet alleen om particulieren of particuliere beleggers, maar ook om middelgrote ondernemingen zoals Yin Yang B.V. c.s. Dit terwijl de reikwijdte van de bijzondere zorgplicht tegenover niet-particuliere klanten, waar het een geldlening betreft, (juist) *beperkt* is volgens de Hoge Raad.⁶² Bovendien is de maatschappelijke betamelijkheid een dynamisch begrip dat inderdaad met de tijd verandert, waardoor ook om die reden op voorhand niet duidelijk is wat de bancaire zorgplicht tegenover derden, in een bepaalde feitelijke situatie, precies verlangt of in de toekomst zal verlangen. Hartlief besteedt in zijn conclusie onvoldoende aandacht aan de terughoudendheid die de Hoge Raad hanteert daar waar het om de bancaire zorgplicht tegenover derden gaat, namelijk dat het alleen om derden gaat

49 HR 9 januari 1998, ECLI:NL:HR:1998:ZC2536, JOR 1998/116 m.nt. S.C.J.J. Kortmann (Mees Pierson/Ten Bos).

50 HR 23 december 2005, ECLI:NL:HR:2005:AU3713, NJ 2006/289 (Safe Haven).

51 HR 27 november 2015, ECLI:NL:HR:2015:3399, NJ 2016/245 m.nt. Tjong Tjin Tai (ABN AMRO/Van den Berg).

52 HR 8 april 2011, ECLI:NL:HR:2011:BP4023, JOR 2011/188 m.nt. Grundmann-van de Krol (Befra).

53 Concl. A-G Hartlief 12 maart 2021, ECLI:NL:PHR:2021:239, nr. 3.3.

54 Aldus het Openbaar Ministerie in de brief aan ING Bank geciteerd in Hof Amsterdam 21 januari 2020, ECLI:NL:GHAMS:2020:121, r.o. 2.11.

55 Concl. A-G Hartlief 12 maart 2021, ECLI:NL:PHR:2021:239, nr. 4.4.

56 Zie daarover D. Busch, annotatie bij HR 5 november 2021, ECLI:NL:HR:2021:1652, AA20220139.

57 Vgl. subonderdeel 1.1 van ING Bank, kenbaar uit concl. A-G Hartlief 12 maart 2021, ECLI:NL:PHR:2021:239, nr. 4.4.

58 Wel oordeelde de lagere rechter al eerder dat de bank een zakelijke betaalrekening moest verstrekken, zie Rb. Amsterdam 4 november 2019, ECLI:NL:RBAMS:2019:8144, RF 2020/16. Zie ook GiEA Aruba 3 februari 2021, ECLI:NL:OGEEA:2021:33, RF 2021/29.

59 Concl. A-G Hartlief 12 maart 2021, ECLI:NL:PHR:2021:239, nr. 3.7-3.10.

60 Concl. A-G Hartlief 12 maart 2021, ECLI:NL:PHR:2021:239, nr. 3.10.

61 HR 23 december 2005, ECLI:NL:HR:2005:AU3713, NJ 2006/289 (Safe Haven) en HR 27 november 2015, ECLI:NL:HR:2015:3399, NJ 2016/245 m.nt. Tjong Tjin Tai (ABN AMRO/Van den Berg).

62 HR 10 juli 2020, ECLI:NL:HR:2020:1276, NJ 2021/35 m.nt. Tjong Tjin Tai (Promontoria), r.o. 2.9.2.

met wier belangen banken rekeningen *behoren* te houden. Deze terughoudendheid lijkt gelet op het arrest dat de aanleiding voor deze bijdrage vormt toch beperkter te zijn dan eerder werd aangenomen door onder anderen Busch.⁶³ Volgens Busch was het maar de vraag of eerdere uitbreidingen van de bancaire zorgplicht tegenover derden in de lagere rechtspraak, zoals in het geval van bijvoorbeeld Footlocker/ING,⁶⁴ wel passen in de terughoudende benadering van de Hoge Raad, en of dit überhaupt wel wenselijk was.⁶⁵ De Hoge Raad leek de bancaire zorgplicht tegenover derden te hebben gereserveerd voor banken die zich realiseren dat een rekeninghouder zich mogelijk schuldig maakt aan activiteiten in strijd met toezichtrechtelijke bepalingen, en niet hebben ingegrepen. Echter, doordat de Hoge Raad de overwegingen van het hof, mede in het licht van de conclusie van Hartlief, in stand laat, lijkt de bancaire zorgplicht tegenover derden nu dus toch steeds meer tentakels te krijgen, en onduidelijk is waar dit eindigt.

Wat de Hoge Raad, in zijn oordeel dat de maatschappelijke positie van banken met zich kan brengen dat zij ook niet-consumenten een betaalrekening aan moeten bieden, precies bedoelt met zijn verwijzing naar art. 4:71f Wft is onduidelijk.⁶⁶ Omdat art. 4:71f e.v. Wft een implementatie zijn van de richtlijn betaalrekeningen,⁶⁷ en daarin alleen de toegang van *consumenten* tot de basisbetaalrekening is opgenomen, kan daar wat ons betreft op zichzelf niet zo veel uit worden afgeleid. Van een reflexwerking⁶⁸ is ons inziens geen sprake, omdat een partij als Yin Yang B.V. c.s. materieel geen grote overeenstemming met een consument vertoont en de Hoge Raad, in navolging van het hof, dat ook niet overweegt. Hoogstens kan worden gezegd dat de achtergrond voor het invoeren van deze bepaling, die eigenlijk neerkomt op de financiële inclusiviteit die de EBA benoemt,⁶⁹ voor bedrijven net zo goed geldt als voor consumenten, en het nalaten te contracteren een onrechtmatige daad kan opleveren. In de considerans van voornoemde richtlijn is opgenomen dat de ontwikkeling van een moderne, sociaal inclusieve economie steeds meer afhankelijk is van de universele verlening van betalingsdiensten, en dat consumenten in staat moeten zijn essentiële betalingstransacties uit te voeren, zoals het ontvangen van gelden, het betalen van rekeningen of belastingen en het aankopen van goederen en diensten.⁷⁰ Dit kan worden doorgetrokken naar bedrijven. Kort en goed: de zorgplicht van de bank zit hem hier in de spilfunctie die de bank in het betalingsverkeer heeft en de noodzaak van een bedrijf om over een betaalrekening te beschikken. De contracteerplicht zou naar onze mening eigenlijk eerder kunnen worden gevonden in het argument dat het om een soort nuts-

voorziening gaat, zoals elektriciteit.⁷¹ Nut en noodzaak van een (zakelijke) betaalrekening, en het al dan niet verstoken blijven van deelname aan het betalingsverkeer, blijken ook steeds gewichtige omstandigheden in de belangenafweging die de rechter in dit soort zaken maakt.

Terecht stelde Hartlief – kort nadat hij de alhier becommentarieerde conclusie nam – de vraag of wij het ongeschreven recht wel kennen.⁷² Hij beantwoordt die vraag (in elk geval ten dele) bevestigend ten aanzien van ongeschreven zorgvuldigheidsnormen, ‘omdat ieder op zijn vingers kan natellen dat ze bestaan’.⁷³ Zo’n gezondverstandbenadering lijkt hier ook aan de orde, aangezien het maar de vraag is of een bedrijf anno 2022 levensvatbaar is zonder betaalrekening. Het is echter de vraag of deze gezondverstandbenadering in alle gevallen recht doet aan de omvangrijke en complexe publiekrechtelijke regelgeving waar banken zich aan moeten houden, en aan het spanningsveld waarin ze enerzijds als poortwachters van het financiële systeem en anderzijds als ondernemingen met winstoogmerk opereren. Bovendien gaat het hier nu juist om de omstandigheden van het individuele geval, en daarop is geen algemene gezondverstandbenadering passend. Elke situatie is weer anders en juist de specifieke omstandigheden brengen niet altijd mee dat de poortwachtersfunctie moet wijken voor toegang tot het betalingsverkeer. Een dergelijke aanpak ondermijnt ook de rechtszekerheid (Wiens/wier gezond verstand? Hoe is dat te toetsen?), en het is ons inziens ook een ongeschikte stoplap om een politiek juridisch probleem op te lossen (Hebben rechtspersonen net als consumenten *recht* op een basisbetaalrekening? Is dit aan de Nederlandse of aan de Europese wetgever?). Dit probleem speelt ten aanzien van bijvoorbeeld coffeeshops en andere integriteitsgevoelige branches al meer dan tien jaar en is nog steeds niet opgelost.⁷⁴ Hoewel de civielrechtelijke zorgplicht verder kán gaan dan de verplichtingen uit publiekrechtelijke bepalingen,⁷⁵ betekent het volgen van de redenering van Hartlief bovendien dat er een (groter) onderscheid ontstaat tussen de publiek- en de civielrechtelijke zorgplicht,⁷⁶ en dat komt de rechtszekerheid bepaald niet ten goede.

Een wettelijke bepaling voor het verkrijgen van een zakelijke betaalrekening zou vanwege de nutsfunctie het meest voor de hand liggen. Bovendien dient dit, gelet op het voorgaande, de

63 Busch 2020.

64 Hof Amsterdam 14 mei 2019, ECLI:NL:GHAMS:2019:1611.

65 Busch 2020, onder 6.4.

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

67 Richtlijn 2014/92/EU.

68 D. Busch, annotatie bij HR 5 november 2021, ECLI:NL:HR:2021:1652, AA20220139, p. 144.

69 EBA 2021, p. 39-40.

70 Zie considerans onder (3) en (44) bij de richtlijn betaalrekeningen.

71 Vgl. art. 23 Elektriciteitswet.

72 T. Hartlief, Kennen wij het ongeschreven recht?, NJB 2021/1711.

73 Hartlief 2021.

74 Kamerstukken II 2009/10, 27863, nr. 35.

75 HR 14 december 2018, ECLI:NL:HR:2018:2298, r.o. 3.4.2, HR 16 juni 2017, ECLI:NL:HR:2017:1107, r.o. 4.2.5 en HR 5 juni 2009, ECLI:NL:HR:2009:BH2815, r.o. 4.11.5.

76 V.P.G. de Serière, Het spanningsveld tussen het Europese toezichtrecht en het burgerlijk recht, WPNR 2021, afl. 7342, D. Busch, De invloed van het Europees financieel toezichtrecht op het Nederlands privaatrecht, WPNR 2017, afl. 7175, p. 1011-1019 en I.P.M.J. Janssen, De civielrechtelijke zorgplicht van de beleggingsdienstverlener (Onderneming en Recht nr. 101), Deventer: Wolters Kluwer 2017/4 e.v.

rechtszekerheid.⁷⁷ Het lost het probleem echter niet op, omdat banken de betaalrekening nog steeds *moeten* weigeren als de Wwft niet kan worden nageleefd,⁷⁸ of *mogen* weigeren als zij daar vanwege toezichtregelgeving of integriteitsrisico's een gerechtvaardigd belang bij hebben.⁷⁹ Het komt dus aan op een belangenafweging en het zal daarom waarschijnlijk onontkoombaar zijn dat de rechter eraan te pas moet komen als tussen bank en (potentiële) klant onenigheid bestaat over het al dan niet verkrijgen van een zakelijke betaalrekening en eventuele bijbehorende faciliteiten. Totdat sprake is van een wettelijke regeling geldt er volgens Hartlief, hoewel dit standpunt wel zijn sympathie heeft, geen beginselplicht om een zakelijke betaalrekening (zonder afstortfaciliteit) aan te bieden,⁸⁰ en blijft het dus een op de omstandigheden van het geval gebaseerde *mogelijke* verplichting die de rechter op zal leggen.

Het gaat dus steeds om (bijzondere) omstandigheden die maken dat het recht van de bank om zelf te bepalen met wie zij een contractuele relatie aangaat, moet wijken voor een groter belang van een derde.⁸¹ Daarmee signaleren wij direct nog een onbevredigend punt aan dit arrest: wat zijn nou de omstandigheden die ertoe leiden dat 'het belang van ING (...) niet in de weg staat aan een verplichting tot het aanbieden van een betaalrekening (...), maar wel aan een verplichting tot het faciliteren van het storten van contant geld?'⁸² De omstandigheden hebben wij hierboven al opgesomd, maar welke omstandigheid nou het zwaarst weegt, blijft koffiedik kijken. Lieveise meent dat de 'onmisbaarheid van een betaalrekening [...] het nodige gewicht' in de schaal legt,⁸³ wat wij beamen, maar veel dichterbij de door rechtzoekenden verlangde zekerheid brengt dit ons niet. Bovendien is het de vraag wanneer kan worden gesproken van die onmisbaarheid, dat wil zeggen: bij hoeveel banken moet een potentiële klant geweigerd zijn voordat hij in rechte met succes een bank kan aanspreken tot het moeten verstrekken van een betaalrekening, en welke van die banken kan dan met succes worden aangesproken? In de lagere rechtspraak wordt aangenomen dat in ieder geval aannemelijk moet worden gemaakt dat geen enkele systeembank een betaalrekening wil verstrekken,⁸⁴ maar dat beantwoordt de tweede vraag niet.

Ook is het niet helemaal duidelijk of er nu een andere toets geldt voor het aanvragen van een (nieuwe) zakelijke betaalrekening, of voor het behouden daarvan. Busch en Lieveise menen dat er geen andere toets geldt, en wij sluiten daar graag bij

aan.⁸⁵ Juridisch verschilt de toets met die voor opzegging van de betaalrekening: bij een opzegging op basis van een contractuele opzeggingsbevoegdheid ligt de vraag voor of die naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is in de zin van art. 6:248 lid 2 BW, en bij een contracteerplicht gaat het om de zorgplicht van de bank tegenover derden. Echter, in beide gevallen is sprake van een belangenafweging en wordt zeer groot gewicht toegekend aan het kunnen deelnemen aan het economisch en maatschappelijk verkeer door bedrijven. Tot slot heeft Hartlief het in zijn conclusie steeds over bijzondere omstandigheden die nopen tot een contracteerplicht. De kwestie met Yin Yang B.V. c.s. was natuurlijk heel specifiek, omdat ING Bank de relatie eerst rechtsgeldig had opgezegd, maar zij vervolgens niet bij een andere bank terecht kon. Uit het arrest van de Hoge Raad blijkt niet of hij Hartlief erin heeft willen volgen dat het om bijzondere omstandigheden moet gaan. Zelfs als dat zo zou zijn, is het de vraag of het verstoppen raken van het betalingssysteem an sich niet al een bijzondere omstandigheid is. Het lijkt ons, gelet op de rechtszekerheid, niet zo dat de contracteerplicht ten aanzien van de zakelijke betaalrekening alleen kan gelden als eerst rechtsgeldig is opgezegd. Ook bij nieuwe klanten, met wie niet al eerder een relatie bestond, kan dit het geval zijn.

4 Betekenis arrest voor cashintensieve bedrijven

Wat betreft de afstortfaciliteit leidt de belangenafweging tot een andere uitkomst. Voor Yin Yang B.V. c.s. weegt de getalmatige realiteit dat zij 80% van haar omzet in contanten genereert kennelijk niet op tegen het gepercipieerd hogere risico voor de bank van contant geld met onbekende herkomst, maar het hoe en waarom daarvan blijft beperkt tot de observatie dat de bank 'redelijkerwijs' het witwasrisico te hoog mag achten en mitigerende voorwaarden mag stellen.⁸⁶ Dit brengt ons dan ook tot het laatste thema van deze bijdrage: de vraag of bedrijven waarvan de onderneming voor een groot deel op contant geld drijft, door deze uitspraak uiteindelijk geholpen zijn.

Door de moeilijk te achterhalen herkomst is aan contant geld een risico op witwassen en onderliggende gronddelicten zoals corruptie en fraude gekoppeld. Ook is daardoor sprake van een inherent risico op terrorismefinanciering. Contant geld zonder duidelijke herkomst vereist daarom aangescherpte controle door banken. Tevergeefs is Yin Yang B.V. c.s. tegen het oordeel van het hof, dat witwasrisico's bij de afstortfaciliteit veel groter zijn dan bij de betaalrekening, in cassatie gegaan. Hoewel ook dit *ex nunc* werd getoetst, zijn de verbeterpunten die Yin Yang B.V. c.s. na de opzegging heeft doorgevoerd, waaronder het niet meer hanteren van coupures van € 500 (die op zichzelf al alarmbellen doen rinkelen omdat die ongebruikelijk zijn in het reguliere betalingsverkeer, maar wel vaak

77 Van der Beek & Van den Heuvel 2020, p. 63, D. Busch, annotatie bij HR 5 november 2021, ECLI:NL:HR:2021:1652, AA20220139, p. 144 en, zo leiden wij af, C.W.M. Lieveise, annotatie bij HR 5 november 2021, ECLI:NL:HR:2021:1652, Ondernemingsrecht 2022/21, slot.

78 Art. 4:71g Wft.

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

80 Concl. A-G Hartlief 12 maart 2021, ECLI:NL:PHR:2021:239, nr. 3.15.

81 Concl. A-G Hartlief 12 maart 2021, ECLI:NL:PHR:2021:239, nr. 4.13.

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

83 C.W.M. Lieveise, annotatie bij HR 5 november 2021, ECLI:NL:HR:2021:1652, Ondernemingsrecht 2022/21, onder 3.

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

85 D. Busch, annotatie bij HR 5 november 2021, ECLI:NL:HR:2021:1652, AA20220139 en C.W.M. Lieveise, annotatie bij HR 5 november 2021, ECLI:NL:HR:2021:1652, Ondernemingsrecht 2022/21, onder 3.

86 Concl. A-G Hartlief 12 maart 2021, ECLI:NL:PHR:2021:239, nr. 5.8.

worden gebruikt in het criminele circuit⁸⁷), niet voldoende om de belangenafweging in het voordeel van Yin Yang B.V. c.s. te laten uitvallen.⁸⁸ Yin Yang B.V. c.s. vergeleek zichzelf, met 80% aan contante betalingen, volgens Hartlief ten onrechte met winkels, horeca en supermarkten. Daar wordt echter voor maar 32% met contanten betaald, en de gemiddelde besteding is € 14,10 per transactie.⁸⁹ Bij branchegenoten van Yin Yang B.V. c.s. varieert het percentage contanten van 26,4% tot 59%.⁹⁰ Uit onderzoek blijkt bovendien dat in Nederland in 2019 bijna 70% met de betaalpas werd afgerekend, tegen 30% contant.⁹¹ De coronacrisis heeft deze digitalisering nog verder versneld: in 2022 zijn nog maar twee van de tien betalingen contant.⁹² De vergelijking van Yin Yang B.V. c.s. gaat dus mank.

Doordat banken bij integriteitsrisico's, zoals grote hoeveelheden contanten met onbekende herkomst, mitigerende maatregelen moeten nemen van DNB, bijvoorbeeld door de af te storten bedragen te beperken en girale betalingen van hun klanten te laten eisen,⁹³ is het voorstelbaar dat er de afgelopen jaren steeds minder contant geld in omloop is. Inmiddels luidt DNB evenwel al enige tijd de noodklok over het verdwijnen van contant geld, hetgeen niet de bedoeling is.⁹⁴ Contant geld heeft namelijk een aantal unieke kenmerken, waaronder het waarborgen van privacy, het geven van vrijheid (contant geld kan worden gehouden zonder tussenkomst van een derde zoals een bank), en het is snel, veilig en toegankelijk (voor bijvoorbeeld digibeten).⁹⁵ Het is bovendien een wettig betaalmiddel. Het gebruik van geldmiddelen die door centrale banken worden uitgegeven, zoals contanten (zogenaamd 'publiek geld'), is bovendien van belang voor het vertrouwen in het geldstelsel. Banktegoed (zogenaamd 'privaat geld') moet kunnen worden ingewisseld voor publiek geld. Het teruglopende gebruik van contant geld vormt voor dat vertrouwen een risico.⁹⁶ Contant geld heeft ook nog een zogeheten opvangfunctie: zorgen dat transacties kunnen blijven plaatsvinden als het girale betalingsverkeer eruit ligt.⁹⁷

Inmiddels is tussen onder andere de grootbanken, diverse vertegenwoordigers van toonbankinstellingen, zoals detailhandel en horeca, en consumentenorganisaties een convenant tot stand gekomen met als doel contant geld goed te laten functioneren als toonbankbetaalmiddel (hierna: Convenant). Uit dit Convenant volgt dat de maatregelen die banken vanuit

hun poortwachtersfunctie treffen effectief en proportioneel uit moeten werken, en het legitieme gebruik van contant geld niet nadelig mogen beïnvloeden.⁹⁸ Banken verbinden zich er door de ondertekening van dit Convenant toe de antiwitwas- en antiterrorismemaatregelen die het gebruik van contant geld kunnen beïnvloeden, proportioneel in te zetten en toe te spitsen op de specifieke risico's per cliënt, zodat het legitieme gebruik van contant geld niet wordt gehinderd.⁹⁹ Kort en goed: het naleven van de poortwachtersfunctie mag er dus niet toe leiden dat de toegankelijkheid tot het betalingsverkeer, zowel giraal als chartaal, onnodig wordt beperkt, aldus DNB.¹⁰⁰

Banken bevinden zich in een spanningsveld: de risico's verbonden aan (grote hoeveelheden) contant geld zonder bekende herkomst zijn reëel, maar tegelijkertijd dienen het belang van de (potentiële) klant én het maatschappelijk belang van contanten niet uit het oog te worden verloren. Het blijft daardoor onduidelijk welke acties banken nu precies moeten en kunnen nemen daar waar het cashintensieve bedrijven betreft. In het geval van Yin Yang B.V. c.s. mocht ING Bank de afstortfaciliteit weigeren, omdat Yin Yang B.V. c.s. (veel) meer dan gemiddelde hoeveelheden aan contanten ontving zonder duidelijke herkomst. Niet valt uit te sluiten dat de zorgplicht van banken tegenover een ander cashintensief bedrijf, dat minder cash en/of in kleinere coupures afstort of waarbij naar de herkomst minder hoeft te worden gegist, wél tot het (opnieuw) aanbieden van de afstortfaciliteit had geleid. In ieder geval moet dit steeds op individueel niveau worden bepaald, en dat leidt weer tot afnemende rechtszekerheid en de noodzaak tot rechterlijk ingrijpen als bank en klant er niet uit komen, met de bijbehorende (hoge) kosten van dien. Het is daarom maar de vraag wat voor betekenis dit Convenant uiteindelijk voor de praktijk zal hebben. Zo volgt uit een recente uitspraak nog dat de bank, ondanks het feit dat de herkomst van het contante geld herleidbaar was, vanwege bijkomende omstandigheden toch vragen aan de klant mocht stellen over opnames in contanten en de betaalrekening mocht opzeggen.¹⁰¹

Gelet op de grote belangen die hier spelen, kunnen wij ons voorstellen dat het voor zowel banken als hun klanten nuttig zou zijn als er vanuit DNB – of de op handen zijnde Europese toezichthouder: de Anti-Money Laundering Authority (AMLA) – meer richtsnoeren tot stand zouden komen over de mitigerende maatregelen die banken op dit punt redelijkerwijs kunnen en mogen nemen, zodat ook recht kan worden gedaan aan het blijven exploiteren van de onderneming en het belang van het blijven circuleren van contant geld. Dit soort richtsnoeren zijn weliswaar geen wetten, maar hebben onder de noemer van 'soft law' wel betekenis.¹⁰² Het zou in ieder geval recht doen aan het door DNB zelf veroorzaakte probleem

87 Zie bijv. Rb. Amsterdam 7 december 2021, ECLI:NL:RBAMS:2021:7272 en Rb. Amsterdam 28 januari 2021, ECLI:NL:RBAMS:2021:241, RF 2021/25.

88 Concl. A-G Hartlief 12 maart 2021, ECLI:NL:PHR:2021:239, nr. 5.14.

89 Concl. A-G Hartlief 12 maart 2021, ECLI:NL:PHR:2021:239, nr. 5.9.

90 Concl. A-G Hartlief 12 maart 2021, ECLI:NL:PHR:2021:239, nr. 5.17.

91 DNB, Visie op betalen, 2022-2025, p. 7.

92 DNB, Visie op betalen, 2022-2025, p. 7.

93 DNB 2020, p. 23.

94 Brief DNB van 30 juni 2021, kenmerk: T042-1000851934-1730.

95 Zie www.ecb.europa.eu/euro/cash_strategy/cash_role/html/index.nl.html.

96 DNB, Visie op betalen, 2022-2025, p. 15-16.

97 Ook onderzoekt de ECB om die reden een digitale euro.

98 Overwegingen onder s jo. onder q Convenant.

99 Art. 5 Convenant.

100 DNB, Visie op betalen, 2022-2025, p. 4.

101 Rb. Amsterdam 29 december 2021, ECLI:NL:RBAMS:2021:7844.

102 HvJ EU 15 juli 2021, C-911/19, ECLI:EU:C:2021:599, RF 2022/1; D. Busch, Hoe 'hard' is 'soft law?', TFR 2021, afl. 11, p. 365-366.

dat er te weinig contant geld in omloop is.¹⁰³ Tegelijkertijd begrijpen wij de problemen die daaraan verbonden zijn: omdat elk geval apart moet worden beoordeeld, kan en mag zich voor naleving van de regels uit de Wft of de Wwft ter voorkoming van integriteitsrisico's nooit een 'check the boxes'-situatie voordoen. Dat betekent dat deze richtsnoeren niet meer kunnen zijn dan aanbevelingen aan banken in bepaalde situaties. Vooral nog zal de rechter, als bank en klant onderling niet tot afspraken kunnen komen, moeten beslissen. Wat ons betreft is een oplossing voor dit probleem noodzakelijk: als het (vele) contante geld van bedrijven zoals Yin Yang B.V. c.s. alsnog – zij het op andere wijze – in de maatschappij terechtkomt, is er helemaal geen toezicht meer op. Dat is de wereld op z'n kop. Om nog maar niet te spreken over andere gevaren, zoals het risico op overvallen.

5 Slotsom

Een mogelijke afdrank van de discussie tussen Yin Yang B.V. c.s. en ING Bank is dat, waar het gaat om risicobeheersing en contractsvrijheid, de bank wat betreft de zakelijke betaalrekening aan het kortste eind trekt. Ondanks dat er geen uitdrukkelijke wettelijke basis voor is, wordt de aangesproken bank tot een nutsvoorzieningenleverancier gemaakt. Aangezien ING Bank rekening behoort te houden met de belangen van ex-klanten zoals Yin Yang B.V. c.s. of potentiële nieuwe klanten, zal zij – zo begrijpen wij de besproken uitspraak – die onderneming in beginsel in staat moeten stellen een betaalrekening aan te kunnen houden. Wat Yin Yang B.V. c.s. – en in breder verband iedere cashintensieve onderneming – daaraan heeft, is niet meteen duidelijk. Aan alleen een betaalrekening hebben zij immers niet genoeg. DNB lijkt zich inmiddels te realiseren dat het beleid rondom contant geld heeft geleid tot het minder circuleren daarvan. Nadat zij banken eerst steeds op de gevaren van veel contant geld zonder duidelijke herkomst heeft gewezen en heeft aangegeven dat banken daarop moeten acteren bij hun (potentiële) klanten, is DNB nu bang dat contant geld uit de omloop verdwijnt, met alle gevolgen van dien. Dat voelt als mosterd na de maaltijd en DNB maakt niet duidelijk hoe deze spagaat kan worden opgelost, anders dan proportionaliteit te eisen. Vanwege de risicogebaseerde benadering van de Wft en de Wwft is dat een sigaar uit eigen doos.

Ons inziens is de rechtsontwikkeling, maar ook de rechtspraktijk beperkt gebaat met weer een loot aan de stam van de bancaire zorgplicht, omdat steeds de omstandigheden van het geval bepalend zullen zijn voor de uitkomst. De contracteerplicht verhoudt zich naar onze mening lastig tot de bestaande kaders van de bancaire zorgplicht tegenover derden. Het had, zo menen wij, meer voor de hand gelegen dat de wetgever de zakelijke basisbetaalrekening wettelijk zou verankeren, of om de contracteerplicht te baseren op de nutsfunctie van de zakelijke betaalrekening (die teruggevonden kan worden in onder

meer de overwegingen van de EBA en in de toelichting op de invoering van art. 4:71f Wft). Zeker omdat de uitspraak noch voor de bank, noch voor de klant echt bevredigend zal zijn.

Wij verwachten dan ook dat deze uitspraak, die naar onze mening weinig aan de rechtszekerheid voor banken en hun (potentiële) klanten bijdraagt, eerder zal leiden tot meer dan tot minder procedures over deze kwesties. Banken en aspirant-klanten bevinden zich in een spanningsveld tussen poortwachtersfunctie, rechtszekerheid, de noodzaak van giraal betalingsverkeer, de levensvatbaarheid van hun onderneming en de contractsvrijheid. Er zijn bovendien nog veel onduidelikheden, en dat komt met name doordat het steeds om de omstandigheden van het geval gaat. Dit arrest heeft helaas noch die onduidelijkheid, noch die spanning weggenomen.

¹⁰³ Zie hierover ook W.M. Schonewille op www.mr-online.nl/de-keerzijde-van-stevig-optreden-door-financiele-toezichthouders/.