

Tijdschrift voor
**FINANCIËEL
RECHT**

JAARGANG 27 - JANUARI 2024

1/2

prof. mr. E.J. van Praag

Voorwoord: de kwetsbare consument in de digitale transitie

Mr. T. Hutten en S.R.F. Aarts

**Algemene fraudepreventie vanwege een bijzondere bancaire
zorgplicht?**

prof. dr. A.J.C.C.M. Loonen LL.M. en prof. mr. dr. B. Snijder-Kuipers

Nieuwe beleidsuiting van DNB voor naleving van de Wwft

Tijdschrift voor FINANCIIEEL RECHT

Nieuws- en Jurisprudentieoverzicht

Het nieuwe platform Selectie en Essentie FR met
wekelijkse jurisprudentie (attenderingen en
commentaar) en nieuws is onderdeel van uw
abonnement. Voor meer informatie zie:
www.denhollander.info of sene.denhollander.info

Uitgeverij Den Hollander BV

Postbus 325, 7400 AH Deventer
tel. 0570 - 751225
e-mail: info@denhollander.info
www.denhollander.info

Hoofdredacteur

mr. A.J.A.D. van den Hurk (ASR Nederland)

Redactieleden

prof. mr. D. Busch (Radboud Universiteit Nijmegen)
mr. drs. C.J. Groffen (De Brauw Blackstone
Westbroek N.V.)
dr. mr. F.M.A. 't Hart (Hart advocaten N.V.)
mr. G.W. Kastelein (A&O Shearman)
mr. R.E. Labeur (Finnius)
mr. drs. N. Lemmers (Flow Traders)
Marije Louisse (De Nederlandsche Bank N.V.)
mr. drs. S.M.C. Nuijten (NautaDutilh N.V.)
mr. R.K. Pijpers (Gerechtshof Den Haag)
prof. mr. E.J. van Praag (Erasmus Universiteit
Rotterdam & Kennedy Van der Laan NV)

Redactiesecretaris

mr. P.M. van Vliet (A&O Shearman)
M. Troost (A&O Shearman)

Contactadres redactie

mr. P.M. van Vliet (Allen & Overy LLP)
E: Pien.vanvliet@allenoverly.com
tel. 020 - 674 1475

Abonnementsprijs

Een persoonlijk online abonnement 2024: € 1033
Prijzen zijn exclusief btw

Nieuwe abonnementen

Abonnementen kunnen worden gestart per 1 januari
van een kalenderjaar. Valt de aanvraag van een
abonnement niet samen met het begin van een
kalenderjaar, dan wordt op aanvraag het tarief voor
het lopende jaar naar rato berekend indien het
abonnement ook in het jaar daaropvolgend wordt
afgenomen.

Adreswijziging

Bij adreswijziging wordt u verzocht deze zo spoedig
mogelijk en bij voorkeur schriftelijk (per email) door te
geven aan de uitgeverij onder vermelding van:
adreswijziging Tijdschrift voor Financieel Recht.

Beëindiging abonnement

Abonnementen kunnen uitsluitend schriftelijk (per
email), tot 1 december van het lopende
abonnementsjaar worden opgezegd. Bij niet-tijdige
opzegging wordt het abonnement automatisch voor
een kalenderjaar verlengd.

© Uitgeverij Den Hollander B.V.

Alle rechten voorbehouden. Behoudens de in de
auteurswet opgenomen uitzonderingen mag niets uit
deze uitgave worden vervoelvoudigd (waaronder het
opslaan in een geautomatiseerd gegevensbestand) of
openbaar gemaakt, ongeacht op welke wijze, zonder
voorafgaande schriftelijke toestemming van de
uitgever.

Citeerwijze

FR 2024, nr. 1/2
ISSN: 1574-7913

JAARGANG 27 - JANUARI 2024 - NUMMER 1/2

3	<i>prof. mr. E.J. van Praag</i> Voorwoord: de kwetsbare consument in de digitale transitie
6	<i>Mr. T. Hutten en S.R.F. Aarts</i> Algemene fraudepreventie vanwege een bijzondere bancaire zorgplicht?
16	<i>prof. dr. A.J.C.C.M. Loonen LL.M. en prof. mr. dr. B. Snijder-Kuipers</i> Nieuwe beleidsuiting van DNB voor naleving van de Wwft

Voorwoord: de kwetsbare consument in de digitale transitie

prof. mr. E.J. van Praag

Het speerpunt van de Europese Commissie (EC) is de *twin transition*: de digitalisering én verduurzaming van de economie.¹ Zoals bij elke transitie zijn er niet alleen winnaars maar ook verliezers voor wie de transitie nadelen met zich brengt. Het is belangrijk juist voor die mensen een extra stap te zetten, zodat ook zij mee kunnen komen. Naar mijn mening is dit niet alleen het moreel juiste om te doen, maar ook verstandig. Transitie kunnen immers alleen succesvol plaatsvinden als ze voldoende maatschappelijk draagvlak hebben en houden.

De Europese wetgever besteedt in bestaande en diverse initiatieven voor wetgeving aandacht aan 'de kwetsbare consument' die door de voortgaande digitalisering van financiële dienstverlening verder op achterstand dreigt te raken. Ik laat een paar wetgevingsvoorstellen de revue passeren.

Ten eerste is er de Richtlijn betreffende de toegankelijkheidsvoorschriften voor producten en diensten (de accessibility act).² De accessibility act heeft als doel personen met een handicap volledig en effectief te laten participeren in de samenleving. Het begrip 'personen met een handicap' is gedefinieerd als '*personen met langdurige fysieke, mentale, intellectuele of zintuiglijke beperkingen die in hun interactie te kampen hebben met diverse drempels die hen kunnen beletten volledig, effectief en op voet van gelijkheid met anderen te participeren in de samenleving*'. Deze richtlijn besteedt specifiek aandacht aan de toegankelijkheid van '*bankdiensten voor consumenten*'. Hoewel het woord bank misschien anders doet vermoeden, kunnen ook andere partijen dan kredietinstellingen deze bankdiensten verlenen. Onder bankdiensten vallen alle betaal-, beleggings-, elektronischgeld- en kredietdienstverlening aan consumenten. Dit omvat dus ook een beleggingsdienst verleend door een online broker met een vergunning als beleggingsonderneming of een hypotheekkrediet van een regiepartij of verzekeraar. Daarnaast is de accessibility act van toepassing op e-handelsdiensten, waarmee alle overige financiële diensten, voor zover deze online worden afgenomen binnen de reikwijdte van deze regelgeving zijn gebracht. Dit betreft onder meer online afgesloten verzekeringen en overeenkomsten inzake crowdfunding en crypto-activadiensten. Al deze dienstverleners moeten hun dienstverlening zo inrichten, dat ook personen met een handicap ervan gebruik kunnen maken. De richtlijn geeft hiervoor gedetailleerde regels ten aanzien van onder meer de technische inrichting van websites en apps en de te verstrekken informatie.³ Een bijzondere eis voor de bankdiensten is dat de informatie moet worden verstrekt op taalniveau B2.⁴ Het Nederlandse implementatiewetsvoorstel is inmiddels ingediend en als alles volgens plan verloopt zal de AFM vanaf juni 2025 op de naleving van de nieuwe regels binnen de Nederlandse financiële sector toezicht gaan houden.⁵

Als tweede noem ik de concept Verordening inzake eurobankbiljetten en -munten als wettig betaalmiddel.⁶ In de preambules besteedt de Europese wetgever specifiek aandacht aan het belang van cashgeld voor kwetsbare groepen, waaronder ouderen, personen met een handicap en mensen met beperkte digitale vaardigheden. Ook wordt specifiek aandacht besteed aan mensen met een lager inkomen en aan financieel uitgesloten personen, zoals personen zonder bankrekening, asielzoekers en migranten.⁷ De verordening vereist onder meer

-
1. Zie over de digitalisering Mededeling van de Commissie aan het Europees Parlement, de Raad, het Europees Economisch en Sociaal Comité en het Comité van de Regio's over een EU-strategie voor het digitale geldwezen, 24 september 2020, COM(2020) 591 final.
 2. Richtlijn (EU) 2019/882 van het Europees Parlement en de Raad van 17 april 2019 betreffende de toegankelijkheidsvoorschriften voor producten en diensten. Zie uitvoerig J.H.J. Stormink, De Europese toegankelijkheidsrichtlijn, Op weg naar een meer toegankelijke bancaire dienstverlening, MvV 2023, nummer 10.
 3. Zie onder meer accessibility act bijlage 1 afdeling III.
 4. Zie onder meer accessibility act bijlage 1 afdeling IV e.
 5. Wijziging van diverse wetten ter implementatie van Richtlijn (EU) 2019/882 van het Europees Parlement en de Raad van 17 april 2019 betreffende de toegankelijkheidsvoorschriften voor producten en diensten, Tweede Kamer, vergaderjaar 2022–2023, 36 380, nr. 2 (Implementatiewet toegankelijkheidsvoorschriften producten en diensten).
 6. Voorstel voor een Verordening van het Europees Parlement en de Raad inzake eurobankbiljetten en -munten als wettig betaalmiddel, 28 juni 2023, COM(2023), 364 final, 2023/0208(COD).
 7. Voorstel voor een Verordening van het Europees Parlement en de Raad inzake eurobankbiljetten en -munten als wettig betaalmiddel, preambule 14.

dat lidstaten erop toezien dat cash voldoende beschikbaar is voor deze kwetsbare groepen in het hele grondgebied van de lidstaat en dat zij ingrijpen indien deze beschikbaarheid in gevaar komt.⁸ Nederland loopt voorop bij digitaal betalen en daarmee de afname van het gebruik van cash. Daarom wacht Nederland deze verordening niet af. Blijkens de kamerbrief van 31 mei 2023 was minister Kaag voornemens in de wet vast te leggen dat de grootbanken voldoende geldautomaten en voldoende plekken om cash af te storten beschikbaar moeten houden en in welke mate en op welke wijze zij voor deze cashdienstverlening kosten mogen rekenen.⁹

Ook in de voorstellen voor de Financial Data Access Verordening (de FIDA Verordening) wordt specifiek gedacht aan de kwetsbare consument.¹⁰ Zo wordt in de preambule overwogen:¹¹ *'De praktijken van gegevensgebruikers om nieuwe en traditionele bronnen van cliëntgegevens binnen het toepassingsgebied van deze verordening te combineren, moeten evenredig zijn om te voorkomen dat zij het risico van financiële uitsluiting voor cliënten met zich meebrengen. Praktijken die leiden tot een geavanceerdere of uitgebreidere analyse van bepaalde kwetsbare consumentensegmenten, zoals personen met een laag inkomen, kunnen het risico van oneerlijke voorwaarden of prijsdifferentiatie, zoals het in rekening brengen van gedifferentieerde premies, verhogen.'* In het concept van de EC is daarom opgenomen dat EBA en EIOPA in richtsnoeren moeten vastleggen welke gegevens mogen worden gebruikt voor *credit scoring* van consumenten respectievelijk het bepalen van risico's en prijsstelling bij verzekeringen.¹² Inmiddels wordt in het voorstel van de rapporteur (de Nederlandse JA21 politicus Michiel Hoogeveen) gesuggereerd dat dit niet moet gebeuren in EBA en EIOPA richtsnoeren, maar in *regulatory technical standards* (RTS) die in tegenstelling tot richtsnoeren formeel bindend zijn.¹³ Met betrekking tot verzekeringen maakt de rapporteur expliciet dat deze RTS ook zouden moeten voorkomen dat de solidariteit (*the 'risk sharing' principle*) van de verzekeringsmarkt wordt ondermijnd doordat de risicoanalyses te precies (*granular*) worden. In het voorstel van de rapporteur wordt het financiële instellingen ook verboden om consumenten die geen data willen delen of dit niet kunnen - omdat zij onvoldoende digitaal vaardig zijn - te weigeren.¹⁴

Het voorstel voor PSD3 (de Payment Services Regulation, ofwel PSR) wijst op de bijzondere risico's voor kwetsbare consumenten om slachtoffer te worden van fraude. Fraudemonitoring en voorlichting door betaaldienstverleners moet daarom in het bijzonder hen beschermen.¹⁵ Bovendien moeten ook personen met een handicap, ouderen, personen met lage digitale vaardigheden en personen die geen toegang hebben tot digitale apparaten zoals smartphones, gebruik kunnen maken van de beveiligingsmiddelen voor betaaldiensten (*strong customer authentication*).¹⁶ Ditzelfde geldt voor de digitale euro.¹⁷ Ook deze moet voldoen aan de eisen van de accessibility act en moet gebruiks- en servicefuncties hebben die eenvoudig en gemakkelijk te hanteren zijn voor personen met een handicap, functionele beperkingen of beperkte digitale vaardigheden, en ouderen. Bovendien wordt betaaldienstverleners opgedragen steun te verlenen voor digitale inclusie aan deze personen. Deze steun omvat specifieke hulp bij het openen van een rekening in digitale euro's en bij het gebruik van alle basisdiensten in digitale euro's.¹⁸

Ik noem tot slot de concept AI Act. Het politieke compromis hierover is inmiddels bereikt.¹⁹ In het bijzonder belangrijk voor de financiële sector is dat AI-systemen die aan *social scoring* doen of kunnen leiden tot de benadeling (*exploitation*) van kwetsbare consumenten, verboden zijn. Hoogrisicosystemen die bijzondere aandacht

8. Voorstel voor een Verordening van het Europees Parlement en de Raad inzake eurobankbiljetten en -munten als wettig betaalmiddel, art. 8.
9. <https://open.overheid.nl/documenten/57856d4d-0a9f-4ac6-bd65-a5b6db8d51ab/file>. Uiteraard is het de vraag wat het nieuwe kabinet hiermee gaat doen.
10. Voorstel voor een Verordening van het Europees Parlement en de Raad betreffende een kader voor toegang tot financiële gegevens, 28 juni 2023, COM(2023) 360 final, 2023/0205(COD). Zie voor de FIDA uitvoerig mijn artikel in nummer 11 van 2023 van dit tijdschrift.
11. FIDA Verordening, preambule 18.
12. FIDA Verordening, art. 7.
13. Draft Report on the proposal for a regulation of the European Parliament and of the Council on a framework for Financial Data Access and amending Regulations (EU) No 1093/2010, (EU) No 1094/2010, (EU) No 1095/2010 and (EU) 2022/2554 (COM(2023)0360 – C9-0215/2023 – 2023/0205(COD)) Committee on Economic and Monetary Affairs Rapporteur: Michiel Hoogeveen, 13 December 2023.
14. Draft Report on the proposal for a regulation of the European Parliament and of the Council on a framework for Financial Data Access and amending Regulations (EU) No 1093/2010, (EU) No 1094/2010, (EU) No 1095/2010 and (EU) 2022/2554 (COM(2023)0360 – C9-0215/2023 – 2023/0205(COD)) Committee on Economic and Monetary Affairs Rapporteur: Michiel Hoogeveen, 13 December 2023, art. 7.
15. Voorstel voor een Verordening van het Europees Parlement en de Raad betreffende betalingsdiensten in de interne markt, 28 juni 2023, COM(2023) 367 final, 2023/0210(COD), art 84 en preambule 100.
16. PSR, art. 88 en preambule 110.
17. Voorstel voor een Verordening van het Europees Parlement en de Raad betreffende de vaststelling van de digitale euro, 28 juni 2023, COM(2023) 369 final, 2023/0212(COD), art. 22 en preambule 54.
18. Voorstel voor een Verordening van het Europees Parlement en de Raad betreffende de vaststelling van de digitale euro, 28 juni 2023, COM(2023) 369 final, 2023/0212(COD), art. 14.
19. Zie de Q&A van de EC https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/qanda_21_1683

behoeven voordat zij mogen worden ingezet zijn systemen die dienen voor credit scoring van natuurlijke personen en risicobeoordeling met betrekking tot ziektekosten en levensverzekeringen. Dit wederom vanwege de specifieke risico's voor kwetsbare groepen.

Veel van de hiervoor genoemde regelgeving heeft als gevolg dat financiële ondernemingen kosten moeten maken om aanpassingen door te voeren. Voor kleinere of innovatieve ondernemingen geldt soms dat deze regels proportioneel kunnen worden toegepast.²⁰ Voor grotere ondernemingen ligt proportionele toepassing niet voor de hand.²¹

Mijn voorspelling voor 2024 is dat voor financiële ondernemingen het rekening (moeten) houden met de belangen van kwetsbare klanten een belangrijk thema zal zijn. Gelukkig staat dit al enigszins op de radar van de financiële sector. Zo luidde het thema van het op 15 november 2023 gehouden jaarcongres van de Betaalvereniging Nederland 'Tijd voor toegankelijkheid'.²² Ook het Verbond van Verzekeraars werkt aan een ronde tafel over 'Solidariteit in verzekeringsland'. Meer bewustzijn is echter mijns inziens nodig en wenselijk. Een digitale samenleving is alleen een menselijke samenleving als deze voor iedereen een prettig plek is.

Ik wens iedereen een voorspoedig 2024.

Emanuel van Praag²³

-
20. Zie bijv. accessibility act, art. 4 lid 5 en art. 14. En de Sandbox in de AI Act https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/qanda_21_1683
21. Zie bijv. College voor de Rechten van de Mens **2018-46 waar Knab tevergeefs aanvoerde dat een aanpassing te kostbaar was.**
22. www.betalvereniging.nl/actueel/jaarcongres-2023/
23. Emanuel van Praag is redacteur van dit tijdschrift, advocaat bij Kennedy Van der Laan en Hoogleraar Financiële Technologie en Recht aan de Erasmus Universiteit Rotterdam.

Algemene fraudepreventie vanwege een bijzondere bancaire zorgplicht?

Mr. T. Hutten en S.R.F. Aarts¹

Een bank heeft een bijzondere zorgplicht tegenover derden bij fraude. Volgens de Hoge Raad is een bank aansprakelijk tegenover door fraude gedupeerde derden als zij wist van ongebruikelijke activiteiten op een bankrekening en daaraan verbonden gevaar voor derden en desondanks nalaat te handelen. Slachtoffers van fraude stellen zich in de praktijk regelmatig op het standpunt dat deze bijzondere bancaire zorgplicht verder reikt dan gevallen waarin de bank wist van het gevaar. In twee recente zaken is overwogen dat een bank als onderdeel van haar 'bijzondere' zorgplicht (voorzorgs-)maatregelen moet treffen om fraude te voorkomen of haar monitoringsystemen zo moet afstellen dat deze fraude eerder opspoot. In dit artikel betogen wij dat de grondslag en rechtvaardiging voor een veralgemenisering van de bijzondere zorgplicht ontbreekt, en dat de bijzondere zorgplicht tegenover derden beperkt is tot bijzondere gevallen waarin een bank daadwerkelijk wetenschap heeft van fraudegevaar.

1. Bancaire zorgtaken tegenover derden

Een bank moet op basis van haar bijzondere zorgplicht onderzoek doen als zij zich daadwerkelijk bewust is van ongebruikelijke activiteiten op een bankrekening en daaraan verbonden 'gevaar' voor derden. Laten banken dat na, dan kunnen ze aansprakelijk zijn voor schade die derden leiden door fraude die via de betreffende bankrekening is gepleegd, zo volgt uit vaste jurisprudentie van de Hoge Raad.²

Slachtoffers van fraude kunnen hun schade vaak onvoldoende verhalen op de fraudeur. Zij zoeken daarom regelmatig verhaal bij de bank van de fraudeur. De bank is niet schuldig aan het ontstaan van de fraude, maar kan mogelijk (en hooguit) worden verweten onvoldoende adequaat te hebben ingegrepen uit hoofde van haar bijzondere zorgplicht. In de lagere rechtspraak zien wij een beweging waarin de bijzondere zorgplicht van banken tegenover derden stukje bij beetje wordt uitgebreid. De reikwijdte van de bijzondere zorgplicht lijkt op te schuiven naar gevallen waarin de bank weliswaar niet op de hoogte was van de gepleegde fraude, maar wel op de hoogte had *behoren* te zijn. Uit recente uitspraken leiden wij af dat (lagere) rechters van oordeel zijn dat banken een wettelijke taak hebben om fraude te voorkomen en in dat kader hun 'fraudemonitoringsysteem' zodanig moeten afstellen om onder verdachte omstandigheden (eerder) *alerts* te genereren zodat fraude eerder aan het licht komt. Deze veralgemenisering van de bijzondere zorgplicht staat volgens ons op gespannen voet met de oorsprong en grondslag ervan.

De bijzondere zorgplicht van een bank vindt haar oorsprong in contractuele context en in verhouding

tot klanten van de bank die onder bepaalde omstandigheden aan (grote) financiële risico's worden blootgesteld die zij zelf niet altijd overzien. De bijzondere zorgplicht van de bank hangt in die gevallen samen met haar deskundigheid op financieel gebied en haar functie in de samenleving. Een bank dient haar klanten te behoeden voor het risico van hun eigen onkunde en inzicht of van hun lichtvaardigheid. Daarbij geldt dat de zorgplicht geen eenduidig begrip is, maar een verzameling van verplichtingen om in bepaalde situaties en onder bepaalde voorwaarden een bepaald type gedrag te laten zien (bijvoorbeeld iets nader onderzoeken, iemand inlichten of waarschuwen, of zelfs weigeren een opdracht uit te voeren). Waar de bancaire zorgplicht toe verplicht, hangt steeds af van de omstandigheden van het geval, en financiële toezichtwetgeving speelt bij de invulling ervan een rol.

Al geruime tijd is duidelijk dat de bijzondere zorgplicht van een bank niet beperkt is tot haar contractuele relaties. Afhankelijk van de omstandigheden kan de bijzondere zorgplicht ook betrekking hebben op derden, zoals potentiële klanten (bijvoorbeeld bij effectenlease), quasi-klanten (zoals in Mees Pierson/Ten Bos³), of tegenpartijen van klanten (zoals in Safe Haven⁴). Sinds het Safe Haven-arrest staat vast dat de kring van personen tegenover wie een bank een bijzondere zorgplicht in acht moet nemen, zich kan uitstrekken tot derden die niet in een bijzondere betrekking tot de bank staan. Op basis van dat arrest en het daaropvolgende Van den Berg-arrest wordt aangenomen dat banken slechts in specifieke en concrete gevallen waarin sprake is van gevaarsbewustzijn zich rekenschap hoeven te geven van de belan-

1. Mr. S.R.F. Aarts en mr. T. Hutten zijn beide advocaat bij Allen & Overy te Amsterdam (simon.aarts@allenoverly.com en tom.hutten@allenoverly.com).

2. Zie HR 23 december 2005, ECLI:NL:HR:2005:AU3713 (*Safe Haven*) en HR 27 november 2015, ECLI:NL:HR:2015:3399 (*Van den Berg*).

3. HR 9 januari 1998, ECLI:NL:HR:1998:ZC2536 (*Mees Pierson/Ten Bos*).

4. HR 23 december 2005, ECLI:NL:HR:2005:AU3713 (*Safe Haven*).

gen van *bepaalde* derden en die gevaren moeten onderzoeken en eventueel wegnemen.

In dit artikel bespreken wij enkele uitspraken waarin de bijzondere zorgplicht van een bank tegenover derden lijkt te worden uitgebreid, onder meer tot situaties waarin zij niet daadwerkelijk wetenschap had van het gevaar voor derden (par. 2), lichten wij toe dat een bank geen algemene wettelijke taak heeft bij de bestrijding van alle soorten fraude (par. 3), plaatsen wij vraagtekens bij de grondslag en rechtvaardiging van een algemene fraudepreventieplicht op basis van de bijzondere zorgplicht (par. 4) en leggen wij ten slotte uit waarom de bijzondere zorgplicht beperkt is en moet blijven tot gevallen waarin de bank zich bewust is van het gevaar voor derden (par. 5).

2. Uitbreiding van soort fraude en de benodigde kennis daarvan

2.1. Van fraude bij beleggen naar fraude in het algemeen

Fraude is een verzamelnaam voor allerlei soorten criminaliteit. Zo kan bijvoorbeeld een onderscheid worden gemaakt tussen beleggingsfraude,⁵ bankfraude⁶, factuurfraude⁷ en werknemersfraude.⁸ In de zaken Safe Haven en de Van den Berg was er sprake van onregelmatigheden bij het aanbieden van beleggingsdiensten. In die zaken werden beleggingsdiensten aangeboden via een privérekening zonder dat de rekeninghouder daarvoor een vergunning had. In beide gevallen *wist* de bank van ongebruikelijk betalingsverkeer en had zij zich moeten realiseren dat in strijd met toezichtwetgeving werd gehandeld met mogelijk gevaar voor derden.⁹ Het onzorgvuldig handelen van de bank was erin gelegen dat de bank niet handelde hoewel zij zich realiseerde dat derden mogelijk gevaar liepen. Omdat de bank had nagelaten onderzoek te doen naar een mogelijke overtreding van toezichtwetgeving, werden de derde-beleggers ten onrechte blootgesteld aan een gevaar dat door handelen van de bank (eerder) had kunnen worden voorkomen.

In recente rechtspraak is de door de Hoge Raad geformuleerde rechtsregel doorgetrokken tot andere vormen van fraude en lijkt deze ook inhoudelijk te worden verruimd. Een eerste stap in deze uitwikkeling is het Foot Locker-arrest uit 2019.¹⁰ In die zaak had een 25-jarige fraudeur Foot Locker ertoe weten te bewegen (zeer) grote bedragen te betalen op een onlangs door hem geopende zakelijke rekening. Foot Locker dacht daarbij ten onrechte facturen van haar contractspartij UPS te betalen, terwijl zij in feite betaalde aan een eenmanszaak genaamd Ups. Zij stelde ING aansprakelijk, de bank waar de fraudeur zijn bankrekening aanhield. Een vergelijkbaar geval speelde in de zaak T.O.M./ING uit 2022. Daarin ging het ook om factuurfraude, maar dan gepleegd door een werknemer van het bedrijf zelf. Een 'manager finance' van T.O.M. boekte onrechtmatig geld over naar zijn privérekening bij ING.

In beide zaken wees ING aansprakelijkheid van de hand. Dat de bank wetenschap had van onregelmatigheden op de betreffende bankrekening stond in beide zaken niet echt ter discussie. Het belangrijkste twistpunt was of ING wist van het (*fraude*)gevaar voor respectievelijk Foot Locker en T.O.M. In beide zaken werd geoordeeld dat ING aansprakelijk was, omdat – kort gezegd – bij de bank bewustzijn van het (*fraude*)gevaar werd aangenomen dan wel verondersteld.¹¹ Deze oordelen worden gemotiveerd met verwijzingen naar specifieke omstandigheden die worden geplaatst tegen de achtergrond van een "wettelijke taak bij de bestrijding van financieel-economische criminaliteit",¹² de specifieke positie en deskundigheid van een bank op het terrein van financiële criminaliteit,¹³ en de *maatschappelijke functie* van een bank.¹⁴ Opvallend is dat verwezen wordt naar een algemene wettelijke taak van de bank tot fraudebestrijding zonder dat deze nader wordt toegelicht of onderbouwd. Wij denken dat zo'n wettelijke taak of plicht tot fraudebestrijding niet bestaat (zie hierna).

5. Het aanbieden of verkopen van financiële producten of diensten die niet bestaan, niet geregistreerd, niet rendabel of illegaal zijn, of het verstrekken van valse of misleidende informatie over de risico's, kosten, opbrengsten of garanties van een belegging.

6. Het onrechtmatig verkrijgen of overmaken van geld of waardepapieren van of naar een bankrekening, bijvoorbeeld door middel van valse cheques, valse overschrijvingen, valse machtigingen, *skimming*, *phishing* of *hacking*.

7. Factuurfraude is een vorm van oplichting waarbij een fraudeur een valse of vervalste factuur stuurt naar een bedrijf of een particulier, met de bedoeling om een betaling te ontvangen die niet verschuldigd is.

8. Het opzettelijk misbruiken of verduisteren van middelen van een werkgever, bijvoorbeeld door diefstal, verduistering of valsheid in geschrifte.

9. Welke wetenschap van de bank overigens al dan niet op basis van een processueel voorhands oordeel of vermoeden werd verondersteld of toegerekend.

10. Zie hierover ook A.G.F. Ancery, 'Bancaire zorgplicht jegens derden', *Tijdschrift voor Financieel recht in de praktijk* 2020-1/281.

11. Gerechtshof Amsterdam 14 mei 2019, ECLI:NL:GHAMS:2019:1611, ro. 2.9 (*Foot Locker/ING Bank*); Rechtbank Amsterdam 1 april 2020, ECLI:NL:RBAMS:2020:2083, ro. 4.11 (*T.O.M./ING Bank*). Zie over deze vorm van kennis K.J.O. Jansen, 'Kennispresumptie in het verbintenissenrecht: tussen weten en behoren te weten', *NTBR* 2016/31.

12. Gerechtshof Amsterdam 14 mei 2019, ECLI:NL:GHAMS:2019:1611, ro. 2.6-2.7, 2.14 en 2.18 (*Foot Locker/ING Bank*); Rechtbank Amsterdam 1 april 2020, ECLI:NL:RBAMS:2020:2083, ro. 4.5 (*T.O.M./ING Bank*).

13. Gerechtshof Amsterdam 14 mei 2019, ECLI:NL:GHAMS:2019:1611, ro. 2.9 (*Foot Locker/ING Bank*); Rechtbank Amsterdam 1 april 2020, ECLI:NL:RBAMS:2020:2083, ro. 4.9 en 4.11 (*T.O.M./ING Bank*). Vgl. Rechtbank Amsterdam 26 april 2023, ECLI:NL:RBAMS:2023:2986, ro 4.3 (*Participatiebedrijf Kempenplus/ABN AMRO Bank*).

14. Gerechtshof Amsterdam 14 mei 2019, ECLI:NL:GHAMS:2019:1611, ro. 2.9 (*Foot Locker/ING Bank*).

2.2. De zaken United Gulf Trading Company en Kempenplus

In de zaken United Gulf Trading Company (2022/23)¹⁵ en Kempenplus (2023) lijkt de rechtbank nog een stap verder te gaan.¹⁶ In de United Gulf Trading Company-zaak wist een oplichter het bedrijf over te halen om onder valse voorwendselen geld over te maken. In een korte periode werd in totaal ongeveer EUR 86.000,- bijgeschreven op een privébankrekening van de fraudeur waar voorheen slechts een aantal onbeduidende transacties op hadden plaatsgevonden. De fraudeopbrengst werd vervolgens gedurende een week contant opgenomen. United Gulf Trading Company kwam er pas laat achter dat zij slachtoffer was van fraude¹⁷ en stelde ING, de bank van de fraudeur, aansprakelijk voor de door haar geleden schade wegens vermeende schending van haar zorgplicht tegenover United Gulf Trading Company.

In de Kempenplus-zaak fraudeerde een werknemer door meer dan twaalf jaar chartaal en giraal geld van zijn werkgever Kempenplus op zijn privérekening te laten bijschrijven. De fraude viel lange tijd niet op bij Kempenplus en evenmin bij de bank waar de fraudeur een privérekening aanhield, ondanks de vele transacties op de privérekening met een zakelijk karakter. Na ontdekking van de fraude stelde Kempenplus de bank van de fraudeur aansprakelijk uit hoofde van schending van haar bijzondere zorgplicht tegenover Kempenplus.

2.3. Van (geacht worden te) weten naar behoren te weten?

Anders dan in de Foot Locker- en T.O.M.-zaken, waren er in het geval van United Gulf Trading Company en Kempenplus (lange tijd) geen omstandigheden die – volgens de banken – wezen op onregelmatigheden op de bankrekeningen in kwestie. De banken stelden zich daarom in beide procedures op het standpunt niet bewust te zijn geweest van het (fraude)gevaar voor derden, en dat zij dus niet aansprakelijk waren. In beide uitspraken lijkt de rechtbank echter te oordelen dat een gebrek aan (subjectieve) wetenschap van (fraude)gevaar niet in de weg hoeft te staan aan aansprakelijkheid. Ook wanneer een bank behoort te weten van de fraude, zou zij aansprakelijk kunnen zijn tegenover derden. De rechtbank in de United Gulf Trading Company-zaak overweegt in haar tussenvonnis:

“De rechtbank kan uit deze overweging [SRFA & TH: uit het Van der Berg-arrest] niet een al-

gemene regel afleiden dat een bank jegens derden die slachtoffer worden van betaalrekening-fraude uitsluitend een zorgplicht kan hebben vanaf het moment dat zij op de hoogte raken van een betaling waar mogelijk iets mis mee is. Banken doen mede aan post transaction monitoring om het risico op fraude met betaalrekeningen te beperken (hiervoor onder 4.10). De bedoeling van de monitoring is juist dat ze daarvoor op de hoogte raken van betalingen waar mogelijk iets mis mee is. Tot het moment dat een slachtoffer van betaalrekeningfraude daar achter komt en actie onderneemt, is de bank van de partij die de betaling ontvangt de enige die schade kan voorkomen of beperken – door via monitoring betalingen te selecteren waar mogelijk iets mis mee is en die te onderzoeken. Dat geeft banken een bijzondere positie, die voortvloeit uit hun – in de woorden van de Hoge Raad in hetzelfde arrest – centrale rol in het betalingsverkeer. Het komt de rechtbank niet logisch voor dat die bijzondere positie geen enkele verantwoordelijkheid kan meebrengen, en aansprakelijkheid van banken jegens derden in verband met de inrichting van hun post transaction monitoring systeem categorisch zou zijn uitgesloten. De rechtbank gaat daar dan ook niet van uit.”¹⁸

In de Kempenplus-zaak overweegt de rechtbank:

“Banken hebben de verplichting om integriteitsrisico's te beheersen, ook ten opzichte van derden. Daaronder valt ook het beheersen van risico's op fraude die via een bankrekening van de bank wordt gepleegd. Daarom moet de bank aan cliëntonderzoek en transactiemonitoring doen. De leidraad Wwft en Sw van De Nederlandsche Bank (2022) bepaalt hieromtrent: (...). Banken zoals ABN AMRO Bank nemen een bijzondere en unieke positie in op dit gebied, vanwege de omvang van het betalingsverkeer die via de bij haar aangehouden bankrekeningen plaatsvindt en de expertise en capaciteit die zij (moeten) hebben om ongebruikelijke transacties te detecteren. Dat rechtvaardigt dat de bijzondere zorgplicht van de bank ten opzichte van Kempenplus ook strekt ter voorkoming van schade zoals Kempenplus die heeft geleden. Het treffen van (voorzorgs)maatregelen door banken om fraude te voorkomen kan daarom ook onderdeel uitmaken van de bijzondere zorgplicht van banken tegenover derden.”¹⁹

Zaakspecifieke omstandigheden en de procesopstel-

15. Rechtbank Amsterdam 3 augustus 2022, ECLI:NL:RBAMS:2022:5898 en Rechtbank Amsterdam 19 juli 2023, ECLI:NL:RBAMS:2023:4597 (United Gulf Trading Company/ING Bank).
16. Rechtbank Amsterdam 26 april 2023, ECLI:NL:RBAMS:2023:2986, ro 4.3 (Participatiebedrijf Kempenplus/ABN AMRO Bank).
17. Toen een betaling door UGTC terugkwam omdat de ontvangstrekening was geblokkeerd, heeft zij nog betaald op

een andere rekening die de fraudeur bij een andere bank aanhield.
18. Rechtbank Amsterdam 3 augustus 2022, ECLI:NL:RBAMS:2022:5898 ro. 4.14 (United Gulf Trading Company/ING Bank).
19. Rechtbank Amsterdam 26 april 2023, ECLI:NL:RBAMS:2023:2986, ro 4.12 (Participatiebedrijf Kempenplus/ABN AMRO Bank).

ling van partijen kunnen mede aanleiding zijn geweest voor deze ruime uitleg van de bijzondere zorgplicht. Zo overweegt de rechtbank in de United Gulf Trading Company-zaak dat de bank zelf heeft gesteld dat zij aan fraudemonitoring doet om "het risico te beperken dat derden slachtoffer van fraude door haar klanten worden".²⁰ Bij het Kempenplus-ordeel was tussen partijen niet echt in geschil dat de bank vanaf enig moment wist van de ongebruikelijke activiteiten op de rekening. Kempenplus stelde echter dat de bank al veel eerder had moeten weten van de ongebruikelijk activiteiten, waarna de discussie zich kennelijk heeft geconcentreerd op door de bank te nemen 'voorzorgsmaatregelen' om fraude te voorkomen. In dat kader kader is vervolgens kennelijk vooral over de afstelling van de transactiemonitoringsystemen gesproken. De rechtbank lijkt daarbij kritisch dat deze systemen geen alert hebben gegeven, terwijl het transactiepatroon op de betreffende privérekening volgens de rechtbank eveneens zou kunnen duiden op witwassen of terrorismefinanciering.²¹ Hoewel de rechtbank steeds spreekt over het treffen van "voldoende voorzorgsmaatregelen" ter voorkoming van schade, lijkt de rechtbank vooral van oordeel dat de bank de fraude eerder had behoren te signaleren (objectieve wetenschap).

Niettemin wordt in beide vonnissen aangestuurd op een belangrijke uitbreiding van de bijzondere zorgplicht: de rechtbank lijkt van oordeel dat van een bank mag worden gevergd dat zij maatregelen treft ter detectie en voorkoming van enige vorm van fraude waarvan derden het slachtoffer kunnen worden. Daarbij verwijst de rechtbank naar de deskundigheid van een bank en haar bijzondere positie in het betalingsverkeer.²² In de Kempenplus zaak wordt daarbij ook de wettelijke taak van een bank betrokken – net zoals het hof deed in de Foot Locker-zaak en de rechtbank in de T.O.M.-zaak.²³ In het vervolg van dit artikel gaan wij hierop in en plaatsen wij vraagtekens bij de opvatting dat een bank tegenover derden gehouden is om voorzorgsmaatregelen te treffen om dergelijke deze vorm van fraude te voorkomen.

3. Een wettelijke taak tot fraudebestrijding?

We constateerden dat de bijzondere zorgplicht van banken regelmatig in één adem wordt genoemd met

hun 'wettelijke plicht' en verantwoordelijkheid om financieel-economische criminaliteit te bestrijden.²⁴ Daarbij wordt geen onderscheid meer gemaakt tussen verschillende vormen van financieel-economische criminaliteit, als gevolg waarvan onder die brede noemer niet alleen witwassen en terrorismefinanciering, maar blijkbaar ook factuurfraude en bedrijfsfraude worden verstaan. Dat is onjuist, zoals wij hierna laten zien.

Weliswaar vervullen banken in algemene zin een rol als poortwachter vanwege hun centrale positie in het betalingsverkeer, maar die rol houdt geen algemene wettelijke taak in tot bestrijding van alle vormen van fraude. Deze poortwachtersrol houdt in dat een bank moet voorkomen dat haar diensten worden misbruikt voor witwassen, terrorismefinanciering of andere vormen van financieel-economische criminaliteit die de integriteit van het financiële stelsel bedreigt. Ook moeten banken hun klanten beschermen tegen misbruik van hun bankrekeningen, waaronder niet-geautoriseerde betalingen (door banken doorgaans omschreven als 'bancaire fraude'). Onder beschrijving van de aard en doelstellingen van deze wettelijke taken, laten we hierna zien dat geen van deze taken ertoe strekt derden te beschermen tegen fraude.

3.1. Witwassen en terrorismefinanciering

Sinds de jaren '90 bestaat er (internationale) anti-witwaswetgeving op grond waarvan financiële instellingen informatie moeten verstrekken over ongebruikelijke transacties aan een speciaal meldpunt.²⁵ Het doel daarvan is om witwassen te bestrijden en zo de integriteit van het financiële stelsel te handhaven. Witwassen kan immers het publieke vertrouwen in het financiële stelsel ernstig schaden en het functioneren ervan verstoren.²⁶ Dit blijkt ook uit andere bronnen die de witwaswetgeving in deze context plaatsen.²⁷ In 2008 introduceerde de Wet ter voorkoming van witwassen en financieren van terrorisme (Wwft) een risico-gebaseerde benadering. Instellingen moeten op basis van de Wwft zelf een inschatting maken van de relevante risico's van een cliënt en daar vervolgens voldoende mitigerende maatregelen tegenover zetten. Een essentieel onderdeel in deze benadering is het cliëntenonderzoek, dat in alle gevallen verplicht is. Het cliëntenonderzoek houdt

20. Rechtbank Amsterdam 3 augustus 2022, ECLI:NL:RBAMS:2022:5898 ro. 4.10 en 4.15. Zie hierover ook Rechtbank Amsterdam 19 juli 2023, ECLI:NL:RBAMS:2023:4597 (*United Gulf Trading Company/ING Bank*) r.o. 3.2.
21. Rechtbank Amsterdam 26 april 2023, ECLI:NL:RBAMS:2023:2986, ro. 4.17 (*Participatiebedrijf Kempenplus/ABN AMRO Bank*).
22. Rechtbank Amsterdam 26 april 2023, ECLI:NL:RBAMS:2023:2986, ro. 4.12 (*Participatiebedrijf Kempenplus/ABN AMRO Bank*); Rechtbank 3 augustus 2022, ECLI:NL:RBAMS:2022:5898, ro. 4.14 (*United Gulf Trading Company/ING Bank*).
23. Rechtbank Amsterdam 26 april 2023, ECLI:NL:RBAMS:2023:2986, ro. 4.12 (*Participatiebedrijf Kempenplus/ABN AMRO Bank*).

24. Gerechtshof Amsterdam 14 mei 2019, ECLI:NL:GHAMS:2019:1611, ro. 2.7 en 2.18 (*Foot Locker/ING Bank*); Rechtbank Amsterdam 1 april 2020, ECLI:NL:RBAMS:2020:2083, ro. 4.5 en 4.16 (*T.O.M./ING Bank*).
25. Met de introductie van Richtlijn 91/308/EEG van de Raad van 10 juni 1991 tot voorkoming van het gebruik van het financiële stelsel voor het witwassen van geld (ofwel, Anti-Money Laundering Directive 1). In Nederland treedt de Wet melding ongebruikelijk transacties in werking op 16 december 1993.
26. *Kamerstukken II* 1992/93, 23009, 3, p. 2 (MvT).
27. Nota n.a.v. Verslag, *Kamerstukken II* 1997/98, 25406, 5, p. 3; Vgl. Nota Integriteit financiële sector, aangeboden aan de Kamer op 19 december 1997, zie *Kamerstukken II* 1997/98, 25830, 2, p. 10-11.

in dat instellingen de identiteit en de achtergrond van de cliënt moeten verifiëren en (voorgenomen) transacties moeten controleren. De diepgang van het klantonderzoek kan worden afgestemd op het risico dat een cliënt, relatie, product of transactie inhoudt.²⁸ Elke ongebruikelijke transactie moet worden gemeld aan de Financial Intelligence Unit Nederland (FIU Nederland). De Wwft richt zich op het bestrijden van witwassen en terrorismefinanciering. Een bank hoeft niet alle transacties doorlopend te controleren of fraude te ontdekken, maar een risico-gebaseerd toezicht houden ter voorkoming van witwassen en terrorismefinanciering. Ook na de invoering van de verplichting tot voortdurende transactiemonitoring ter voorkoming van witwassen terrorismefinanciering in 2013,²⁹ is het doel hetzelfde gebleven: witwassen en terrorismefinanciering voorkomen – niet fraude opsporen.

De implementatie van de vierde anti-witwasrichtlijn³⁰ in 2018 heeft de verplichtingen verder aangescherpt. De Wwft dwingt banken sindsdien om aan strenge eisen te voldoen op het gebied van cliëntonderzoek en transactiemonitoring, maar mogen daarbij nog steeds een risico-gebaseerde benadering hanteren.³¹ Dit betekent dat een bank nog altijd de verantwoordelijkheid en de vrijheid heeft om een passend beleid te ontwikkelen voor de risicoclassificatie en de transactiemonitoring, en om de geschiktste methodes en systemen te kiezen en te implementeren.³² Deze maatregelen gelden nog steeds (uitsluitend) ter voorkoming dat bancaire systemen worden misbruikt voor witwassen of terrorismefinanciering. Een zogenaamd *post-event transactiemonitoringssysteem* dat banken uit hoofde van de Wwft moeten hanteren is daarom enkel gericht op het detecteren van witwassen en terrorismefinanciering, en niet op het detecteren van fraude.³³

3.2. Een integere bedrijfsvoering

Ook de begrippen 'integriteit' en 'integriteitsrisico's', die regelmatig aan bod komen in rechtspraak over de bijzondere zorgplicht, vinden hun oorsprong in de jaren '90. Vanaf dat moment hebben banken te maken gekregen met regels die hen dwingen om

strafbare feiten, handelingen of cliënten te weren die het vertrouwen in de financiële sector ondermijnen.³⁴ Deze regels beogen maatschappelijk verantwoord bankieren te bevorderen. Sinds 2003 is 'integriteit' een expliciete toezichtdoelstelling.³⁵ Integriteit in deze context omvat zowel de persoonlijke, organisatorische, relationele als marktgerelateerde aspecten van de financiële instelling, en beoogt steeds de bescherming van het financiële stelsel als geheel of de financiële instelling.³⁶ Deze toezichtwetgeving richt zich dus niet (mede) op fraudebestrijding of -preventie, of op de bescherming van derden tegen fraude, althans in ieder geval niet voor zover die fraude geen consequenties heeft voor de integriteit van het financiële stelsel of de dienstverlening door de financiële instelling.³⁷

De Wet op het financieel toezicht (Wft) uit 2007 verplicht banken om hun bedrijfsvoering beheerst en integer te houden. ³⁸ Dit betekent dat banken onder meer: een cliëntonderzoek moeten doen voordat ze een relatie aangaan, ³⁹ hun cliënten, producten en diensten moeten indelen naar risico, ⁴⁰ afwijkende transactiepatronen moeten opsporen en melden, ⁴¹ en periodiek moeten controleren of de cliënt nog past bij het profiel dat bij de start van de relatie is vastgesteld.⁴² De periodieke controle is erop gericht afwijkend gedrag en navenante risico's vast te stellen, waarbij de frequentie en diepgang van de controle afhangen van de risicosituatie van de cliënt. Al deze maatregelen dienen ter bescherming van het vertrouwen in de financiële onderneming, de financiële markten en het bancaire bedrijf. ⁴³ De bedoeling van deze bepalingen is (opnieuw) te voorkomen dat het bancaire systeem als geheel schade lijdt. Deze regelgeving, met inbegrip van de verwijzing naar integriteit of een integere bedrijfsvoering, heeft dan ook niet tot doel om (individuele) fraude te ontdekken die toevallig ook via een bankrekening plaatsvindt.

3.3. Bancaire fraude

Met de introductie in 2019 van de Payment Services Directive II (PSD2) en de gedelegeerde verordening (EU) 2018/389 (de Gedelegeerde Verordening) zijn er

28. Vgl. artikel 3 lid 6 Wwft.

29. Artikel 3 lid 2 sub d Wwft.

30. Richtlijn (EU) 2015/849 van het Europees Parlement en de Raad van 20 mei 2015 inzake de voorkoming van het gebruik van het financiële stelsel voor het witwassen van geld of terrorismefinanciering, tot wijziging van Verordening (EU) nr. 648/2012 van het Europees Parlement en de Raad en tot intrekking van Richtlijn 2005/60/EG van het Europees Parlement en de Raad en Richtlijn 2006/70/EG van de Commissie.

31. Artikel 3 lid 2 sub d Wwft.

32. Zie Leidraad Wwft en Sw gepubliceerd door De Nederlandsche Bank, versie december 2020, p. 55.

33. Vgl. de stelling van ING in de UTGC-zaak Rechtbank Amsterdam 19 juli 2023, ECLI:NL:RBAMS:2023:4597 (*United Gulf Trading Company/ING Bank*) r.o. 3.2.

34. Artikel 3 van het Besluit integere bedrijfsvoering kredietinstellingen en verzekeraars.

35. Via de Wet actualisering en harmonisatie financiële toezichtswetten. Deze wet voegt onder meer een nieuwe paragraaf toe aan de Wet toezicht kredietwezen 1992 over een integere bedrijfsvoering.

36. *Kamerstukken II* 2001/02, 28373, 3, p. 11 (MvT).

37. Ter illustratie: factuurfraude of bedrijfsdiefstal, zoals in de recente vonnissen van de rechtbank Amsterdam inzake United Gulf Trading Company en Kempenplus, zijn vormen van criminaliteit die geen afbreuk doen aan de integriteit van het financiële stelsel of de dienstverlening van de bank.

38. Artikel 3:10 jo. 3:17 Wft.

39. Artikel 3:17 lid 2 sub b onder 3 Wft, jo. artikel 14 lid 2 Besluit prudentiële regels Wft.

40. Artikel 3:17 lid 2 sub b onder 3 Wft, jo. artikel 14 lid 3 Besluit prudentiële regels Wft.

41. Artikel 3:17 lid 2 sub b onder 3 Wft, jo. artikel 14 lid 4 Besluit prudentiële regels Wft.

42. Staatsblad 2006, nr. 519.

43. Staatsblad 2006, nr. 519, p. 107.

strengere regels voor betaaldienstverleners gaan gelden om fraude bij elektronische betalingen te voorkomen. Deze regelgeving strekt ertoe bancaire klanten te beschermen tegen bancaire fraude: ongeautoriseerde of frauduleuze betalingen. Betaaldienstverleners zijn verplicht om transacties te monitoren op verdachte of valse opdrachten en zo ongeoorloofde of frauduleuze betalingstransacties te voorkomen of te stoppen.⁴⁴ Het gaat hierbij om betalingstransacties die zonder toestemming of door manipulatie van de cliënt zijn uitgevoerd.⁴⁵ Transacties die de cliënt bevoegd en zonder manipulatie heeft gedaan, ook al zijn ze frauduleus, vallen buiten het bereik van deze regelgeving. Ook inkomende transacties van derden zijn irrelevant. Het doel van deze regelgeving is om de bancaire klant van de betaaldienstverlener te beschermen en de integriteit van het banksysteem te waarborgen. Het is niet de bedoeling om cliënten op te sporen die zelf fraude plegen die daarbij gebruikmaken van een bankrekening. De huidige voorstellen voor de Payment Services Directive III (PSD3) en de Payment Services Regulation (PSR) beogen hierin geen verandering te brengen en introduceren dan ook geen algemene fraudepreventieplicht, wat impliceert dat de (Europese) wetgever zo'n verplichting op dit moment niet nodig acht.

De voorgaande verplichting onder PSD2 moet worden gezien in samenhang met de andere verplichtingen die een bank heeft als betaaldienstverlener. Een bank moet bijvoorbeeld op grond van artikel 7:533 lid 4 BW de betaalopdrachten van de cliënt correct en tijdig uitvoeren. Klanten van een bank moeten erop kunnen vertrouwen dat een bank betalingstransacties naar behoren uitvoert. Uitgangspunt is dat een bank een correct gegeven betaalopdracht uitvoert indien zij geen overeengekomen of wettelijke grond voor het *niet* uitvoeren van de betalingstransactie kan aanvoeren. Een bank mag een transactie bijvoorbeeld wel weigeren als er onvoldoende saldo is, als de betaalopdracht onvolledig, onjuist of onduidelijk is, als er een vermoeden is van fraude, misbruik of onregelmatigheden of als er beslag is gelegd op de betaalrekening.⁴⁶

3.4. Tussenconclusie

Uit het voorgaande blijkt dat banken (vooral nog) geen algemene wettelijke taak hebben op het gebied van fraudebestrijding. Banken hebben slechts een wettelijke taak bij het voorkomen van witwassen of terrorismefinanciering en bij financieel-economische criminaliteit die de integriteit van het bancaire stelsel als geheel bedreigt. Ook hebben zij een taak als klanten slachtoffer worden van bancaire fraude. Derden die slachtoffer worden van werknemersfraude of factuurfraude (vormen van 'niet-bancaire

fraude') kunnen zich volgens ons dan ook niet met succes beroepen op de Wft of Wwft en aanpalende regelgeving noch op de PSD2, nu deze regelingen er niet toe strekken hen te beschermen.⁴⁷ Bij de invulling van de bijzondere bancaire zorgplicht bij vormen van fraude die buiten het bancaire domein liggen, zoals factuurfraude en werknemersfraude, kan de wettelijke taak van een bank volgens ons dan ook geen gewicht in de schaal leggen.

4. De rechtvaardiging voor een zorgplicht op ongeschreven normen

4.1. Kennis en deskundigheid?

De vraag rijst of een bank op grond van ongeschreven normen verplicht kan zijn om derden te beschermen tegen (alle vormen van) fraude, mede gezien het ontbreken van een *wettelijke* taak daartoe. Een belangrijk gezichtspunt hierbij is de mate van deskundigheid van een bank en wat zij wist van het gevaar in het concrete geval.

Deskundigheid en wetenschap gaan hand in hand.⁴⁸ In de Mees Pierson/Ten Bosch-zaak werd de bank geacht specifieke deskundigheid en kennis te hebben ten aanzien van 'sterk speculatieve' beleggingen en daaraan verbonden risico's. Bij de Safe Haven en Van den Berg-zaken werden (frauduleuze) beleggingsdiensten verleend zonder de benodigde vergunningen, waarbij de bank specifieke deskundigheid werd toegedicht op het terrein van toezichtwetgeving en de eis een vergunning te hebben bij het verrichten van specifieke transacties. In deze gevallen was de deskundigheid van de bank een relevante omstandigheid om tot kennis van het dreigende gevaar te komen.

Dat een bank wordt geacht deskundig te zijn bij onderwerpen die samenhangen met haar bancaire bedrijf, zoals bij beleggen, vinden wij begrijpelijk. Het doortrekken van deze deskundigheidspresumptie naar financieel-economische criminaliteit in het algemeen vinden wij echter onterecht. Een bank is niet specifiek deskundig op het gebied van bijvoorbeeld factuur- of werknemersfraude. Het is mede tegen deze achtergrond problematisch wanneer de bijzondere zorgplicht van een bank tegenover derden wordt uitgebreid tot gevallen waarin zij niet *wist* van het (fraude)gevaar voor derden. Juist als specifieke deskundigheid van een bank niet voor de hand ligt, is het nodig om extra kritisch te kijken of het bewustzijn van onregelmatigheden wel aanwezig is, om een

44. Artikel 2 lid 1 en artikel 21 van de gedelegeerde verordening (EU) 2018/389.

45. EBA final report on fraud reporting guidelines under PSD2 (EBA/GL/2018/05) 18 juli 2018, p. 16.

46. Kamerstukken II 2008/09, 31 892, nr. 3, p. 40 (MvT Implementatiewet PSD1).

47. Zie ten aanzien van de Wwft ook Hof Arnhem-Leeuwarden 22 augustus 2023, ECLI:NL:GHARL:2023:7051, r.o. 3.10.

48. Zie over de verhouding B.M. Katan, *Toerekening van kennis aan rechtspersonen* (diss. Nijmegen), Deventer: Wolters Kluwer 2017, nr. 44, die het kennisniveau liever achtergrondkennis noemt.

bijzondere zorgplicht tegenover derden te rechtvaardigen.⁴⁹

Een onjuiste want te ongenueanceerde redenering, vinden wij dat een bank deskundig is of kennis zou moeten hebben enkel vanwege de omstandigheid dat banken aan transactiemonitoring doen of de opbrengst van fraude loopt via een bankrekening. Bij het beoordelen van de deskundigheid van een bank en de kennis die zij van (fraude)gevaar heeft (of geacht wordt te hebben) zouden volgens ons de aard van de fraude, het doel van de transactiemonitoring en de taak van een bank mee moeten wegen. Banken monitoren immers niet alle vormen van financieel-economische criminaliteit en zijn daartoe, zoals beschreven, ook niet wettelijk verplicht. Terecht werd daarom in het eindvonnis in de United Gulf Trading Company-zaak overwogen dat de fraudemonitoring van de bank in kwestie alleen was gericht op het voorkomen van *bancaire* fraude: deze monitoring beoogde te voorkomen en beperken dat *eigen* rekeninghouders het slachtoffer worden van fraude.⁵⁰

Wanneer een bancaire monitoringssysteem een melding genereert, betekent dat niet dat een bank door die melding vervolgens ook steeds andere vormen van mogelijke fraude kan detecteren of het gevaar daarop behoort te onderzoeken. Dat zou in praktijk immers neerkomen op een verplichting om steeds vervolgonderzoek in te stellen naar andere vormen van financieel-economische criminaliteit, terwijl specifieke deskundigheid niet zonder meer aan de orde is. Bovendien zou dat indruisen tegen de terecht in de rechtspraak omarmde opvatting dat banken geen algemene monitoringverplichting van alle bancaire transacties hebben.⁵¹

4.2. Bijzondere zorgrelatie of maatschappelijk functie?

In de zaken Safe Haven en Van den Berg waren de risico's waaraan de derde-beleggers werden blootgesteld, niet door de bank in het leven geroepen, maar door de rekeninghouder van de bank. De bijzondere zorgplicht van een bank is daarmee een secundaire aansprakelijkheid die niet is gebaseerd op gevaarzet-

ting door de bank, maar op de plicht tot handelen bij bewustzijn van door anderen gecreëerd gevaar voor derden. Deze rechtsregel is terug te voeren op het standaardarrest Heddema/De Coninck (ook wel genoemd: de struikelende broodbezorger), waarin de Hoge Raad overwoog:

“dat echter van een rechtsplicht om een waargenomen gevaarssituatie voor het ontstaan waarvan men niet verantwoordelijk is, op te heffen of anderen daarvoor te waarschuwen, in het algemeen ook voor volwassenen alleen sprake kan zijn, wanneer de ernst van het gevaar dat die situatie voor anderen meebrengt tot het bewustzijn van de waarnemer is doorgedrongen, zulks behoudens het bestaan van bijzondere verplichtingen tot zorg en oplettendheid zoals kunnen voortvloeien uit een speciale relatie met het slachtoffer of met de plaats waar de gevaarssituatie zich voordoet”⁵²

Uit deze rechtsregel volgt dat van verwijtbare nalatigheid pas sprake is als (de ernst van) het gevaar tot het bewustzijn van de waarnemer is doorgedrongen. Dat wordt pas anders als er bijzondere verplichtingen (en dus géén bijzondere omstandigheden) rusten op de waarnemer vanwege diens speciale relatie met een slachtoffer of vanwege de plaats waar de gevaarlijke situatie plaatsvindt.

Wij zijn van mening dat de bank en niet-betrokken derden geen bijzondere zorgrelatie hebben in de zin van het arrest Heddema/De Coninck.⁵³ Voor het aannemen van een bijzondere zorgrelatie is – kort gezegd – vereist dat er ofwel een wettelijke grondslag is (zoals de relatie tussen ouder en kind), ofwel een contractuele band is (zoals de relatie arts-patiënt) ofwel een feitelijke omstandigheid is (zoals de relatie tussen een blinde en een voorbijganger die de blinde helpt met oversteken). Aan deze relaties is steeds gemeen dat er een relevant onderscheid is tussen een 'beschermmer' en een 'beschermd'.⁵⁴ Ander gezegd: er moet concreet gewekt vertrouwen of normvertrouwen zijn dat de 'beschermd' aanspraak kan maken op aanvullende zorg van de 'beschermmer'.⁵⁵ Dat onderscheid ontbreekt volgens ons in de relatie tussen

49. Vgl. A.G.F. Ancery, 'Bancaire zorgplicht jegens derden', *Tijdschrift voor Financieel recht in de praktijk* 2020-1/281, p. 51 die de redenering 'vergaand' noemt en betoogt dat aansprakelijkheid niet lichtvaardig moet worden aanvaard; Vgl. annotatie F.P.C. Strijbos in *JOR* 2019/162 rn. 6 bij Gerechtshof Amsterdam, 14 mei 2019, ECLI:NL:GHAMS:2019:1611.

50. Rechtbank Amsterdam 19 juli 2023, ECLI:NL:RBAMS:2023:4597 (*United Gulf Trading Company/ING Bank*) r.o. 3.6.

51. Zie Rechtbank Amsterdam 19 juli 2023, ECLI:NL:RBAMS:2023:4597 (*United Gulf Trading Company/ING Bank*) r.o. 3.3; , onder verdere verwijzing naar de volgende uitspraken: ECLI:NL:RBAMS:2015:9493, ECLI:NL:RBAMS:2018:2984, ECLI:NL:RBAMS:2018:2985, ECLI:NL:RBAMS:2018:4656, ECLI:NL:RBAMS:2019:29, ECLI:NL:GHAMS:2019:1611, ECLI:NL:RBAMS:2020:2083, ECLI:NL:RBAMS:2021:1805, ECLI:NL:RBAMS:2021:2909, ECLI:NL:RBAMS:2022:1142, ECLI:NL:RBAMS:2022:4066, ECLI:NL:RBAMS:2022:4357, ECLI:NL:RBAMS:2022:5397.

52. HR 22 november 1974, ECLI:NL:HR:1974:AC5503 (*Struikelende broodbakker*).

53. Zie ook A. Knigge & P.S. Bakker, Grenzen aan de bancaire zorgplicht jegens derden, *TvC* 2011, afl. 1/2, p. 58. Anders K.J.O. Jansen, die aanneemt dat de bijzondere zorgplicht van een bank juist meebrengt dat de bank een bijzondere verplichting heeft tot zorg en oplettendheid en de bank dus, op die grond, een actieve zorgplicht heeft om zo nodig onderzoek te doen naar dreigende gevaren. K.J.O. Jansen, 'Kennispresumptie in het verbintenissenrecht: tussen weten en behoren te weten', *Nederlands Tijdschrift voor Burgerlijk Recht* 2016/31.

54. Zie ook K.L. Maes, *Secundaire aansprakelijkheid. Een rechtsvergelijkend onderzoek naar de reikwijdte van de zorgplicht van beheerders van private ruimten* (diss. Utrecht), Den Haag: Boom juridisch 2020, par. 3.2.4.

55. Zie hierover uitvoerig C.E. Du Perron, *Overeenkomst en derden* (diss. Amsterdam UvA), Deventer: Kluwer 1999, p. 263.

een bank en een in beginsel onbepaalde groep van niet-betrokken derden, omdat deze derden er niet op (mogen) vertrouwen dat elke bank hun financiële belangen behartigt.

Evenmin kan het bancaire verkeer in zijn algemeenheid worden aangemerkt als een 'bijzondere plaats' in de zin van Heddema/De Coninck.⁵⁶ In algemene zin kan immers niet van banken worden verlangd om iedere vorm van gevaarsituaties door fraude, gepleegd door anderen, te voorkomen. Dat de opbrengst van fraude loopt via een bankrekening is volgens ons onvoldoende. Banken hebben immers geen (algemene) wettelijke taak om derden te beschermen tegen alle soorten fraude die (mede) via bankrekeningen worden gepleegd. Het clientonderzoek dat een bank moet verrichten alvorens een bankrekening te verstrekken, sterkt ook niet ter bescherming van derden.⁵⁷ Een bank is niet verantwoordelijk voor de (veiligheids-)belangen van anderen en derden mogen er ook niet op vertrouwen dat banken alle vormen van fraude voorkomen die (mede) via bankrekeningen loopt.⁵⁸

Er wordt nog wel eens geopperd dat een bank aangesproken kan worden voor *gevaarstelling*, bijvoorbeeld als zij haar monitoringsystemen niet goed afstelt.⁵⁹ Een toepassing van de Kelderluik-factoren bij fraudegevallen zoals in dit artikel behandeld, is echter wat ons betreft dogmatisch onjuist. De bank is immers niet de primaire veroorzaker van de schade en evenmin kan zij – zoals in gevallen een toezichthouder –⁶⁰ worden gezien als zijdelingse laedens voor deze schade nu een wettelijke taak voor een bank op dit gebied ontbreekt. De regelgeving op grond waarvan banken betalingsverkeer moeten monitoren strekt immers niet ter bescherming van derden en relativiteit staat eraan in de weg dat een 'verkeerde' afstelling van die transactiemonitoringsystemen – wat dat ook moge zijn⁶¹ – door een derde aan de bank wordt tegengeworpen.

4.3. Onvoldoende grondslag en rechtvaardiging

Volgens ons ontbreekt er, mede gelet op het voorgaande, een toereikende grondslag en rechtvaardiging voor de uitbreiding van de bijzondere bancaire zorgplicht tegenover derden tot gevallen waarin geen bewustzijn is van (fraude)gevaar. Niet goed valt daarom in te zien op welke grond banken verplicht kunnen worden om algemene preventieve maatregelen te treffen op terreinen waar publiekrechtelijk geen taak voor haar is weggelegd.⁶² Slechts als gevolg van een concreet besef, een feitelijk weten van een dreigend gevaar, heeft een bank volgens ons een rechtsplicht tot handelen.⁶³ In die gevallen is immers sprake van een breed gedragen opvatting dat een bank moet handelen,⁶⁴ welk draagvlak volgen ons ontbreekt in gevallen waarin de bank geen gevaarsbewustzijn heeft. En vanuit dogmatisch oogpunt bezien, zou van onzorgvuldig handelen ook pas sprake zijn indien de kosten verbonden aan de preventie van de schade lager zijn dan de omvang van de schade vermenigvuldigd met de waarschijnlijkheid van de schade.⁶⁵ Dat valt in het geval van een algemene fraudepreventie door banken te bezien, nu de preventiekosten waarschijnlijk hoog zullen zijn, terwijl de voorzienbaarheid van schade als gevolg van fraude laag lijkt over de gehele breedte van het bancaire stelsel. Terecht wordt er in andere (eerdere) rechtspraak en in de literatuur geoordeeld dat op banken geen zorgplicht tegenover derden rust om steeds actief onderzoek te doen en gevaren zoals fraude te voorkomen, anders dan die gevallen wanneer de bank op enig moment daadwerkelijk aanwijzingen heeft van een concreet gevaar voor derden.⁶⁶

Gelet op het voorgaande kunnen wij ons niet vinden in de opvatting dat banken een zorgplicht hebben tegenover derden om hun transactiemonitoringsystemen zo in te richten dat financieel-economische criminaliteit in algemene zin zo veel mogelijk wordt voorkomen. Voor zo'n algemene en actieve preventieplicht bestaat volgens ons onvoldoende grondslag en rechtvaardiging, mede gelet op de rechtspraak van de Hoge Raad. Daaruit volgt immers dat

56. Een voorbeeld van een zaak waarin er een speciale relatie tot een plaats bestond, is het Jetblast-arrest: HR 28 mei 2004, ECLI:NL:HR:2004:AO4224 (*Jetblast*).
 57. Zie ook Hof Arnhem-Leeuwarden 22 augustus 2023, ECLI:NL:GHARL:2023:7051, r.o. 3.6.
 58. Vgl. C.E. Du Perron, *Overeenkomst en derden* (diss. Amsterdam UvA), Deventer: Kluwer 1999, p. 263.
 59. Vgl. annotatie T. Hekman in *JIN* 2023/45 bij Hof Den Haag, 8 november 2022, ECLI:NL:GHDHA:2022:2274.
 60. Vgl. HR 13 oktober 2006, ECLI:NL:HR:2006:AW2080 (*Vie d'Or*).
 61. Daarover is op zichzelf nog een uitvoerig debat te voeren, evenals over de vraag welke 'voorzorgsmaatregelen' een bank zou moeten treffen en wanneer die afdoende zijn. Bij gebrek aan wettelijke regelingen of industriestandaarden ontbreekt immers het noodzakelijke houvast welke afstelling voldoende is om aansprakelijkheid te voorkomen. Wij laten dit punt hier verder rusten.
 62. Vgl. A.G.F. Ancery, 'Bancaire zorgplicht jegens derden', *Tijdschrift voor Financieel recht in de praktijk* 2020-1/281, p. 50.

63. In gelijke zin A. Knigge & P.S. Bakker, Grenzen aan de bancaire zorgplicht jegens derden, *TvC* 2011, afl. 1/2, p. 58 onder verwijzing naar C.C. van Dam, *Aansprakelijkheid voor nalaten*, Preadvises Nederlandse vereniging voor rechtsvergelijking, Deventer 1995, p. 94-100. Vgl. annotatie Frielink in *JOR* 2007/19 bij HR 26 november 2006, ECLI:NL:HR:2006:AY9222 (X/F. Van Lanschot Bankiers).
 64. Vgl. T. Hartlief, 'Kennen wij het ongeschreven recht', *Nederlands Juristenblad* 2011/1711, afl. 24.
 65. Vgl. J.H. Nieuwenhuis, 'Ieder het zijne', *Rechtsgeleerd Magazijn Themis* 1988, p. 80.
 66. Zie bijv. Rb Arnhem 10 september 2008, ECLI:NL:RBARN:2008:BF0279, r.o. 4.9 (*Arcanist/Rabobank*); Rb. Arnhem 26 september 2012, ECLI:NL:RBARN:2012:BX9293, r.o. 4.4 (*Gemeente Winterswijk/Rabobank De Liemers*); F.R.H. van der Leeuw & A.E.E. Verspyck Mijnsen, 'Zorgplicht van banken tegenover derden', in: D. Busch e.a. (red) *Aansprakelijkheid in de financiële sector*, Deventer: Kluwer 2013, p. 618, 635-637; Vgl. annotatie F.P.C. Strijbos in *JOR* 2019/162 bij Gerechtshof Amsterdam, 14 mei 2019, ECLI:NL:GHAMS:2019:1611; A.G.F. Ancery, 'Bancaire zorgplicht jegens derden', *Tijdschrift voor Financieel recht in de praktijk* 2020-1/281, p. 50-51.

de bancaire zorgplicht tegenover derden geen algemene gelding heeft en afhangt van de omstandigheden van het geval.⁶⁷ Daarbij wegen de wettelijke taak, de maatschappelijke rol, de kennis en de deskundigheid van de bank mee.

5. Gevolgen van een zorgplicht buiten specifieke, bijzondere gevallen

De bijzondere zorgplicht is op basis van de arresten van de Hoge Raad beperkt tot gevallen waarin subjectief bewustzijn van gevaar een noodzakelijke en beslissende factor was. In lagere rechtspraak lijkt de reikwijdte van de bijzondere zorgplicht evenwel steeds verder te worden opgerekt. Wij hebben bevestigd dat dat ten onrechte is. Bovendien is van belang om de (praktische) implicaties van een eventuele uitbreiding onder ogen te zien.

Een van de vragen waarvoor banken worden gesteld, is hoe zij bij het inrichten van een fraudepreventiebeleid een balans moeten vinden tussen de belangen van de klant, die van derden en die van de maatschappij in het algemeen.⁶⁸ Tegenover de eerste twee heeft zij (onder omstandigheden) een zorgplicht, tegenover de laatste een verantwoordelijkheid. Het vinden van een juiste balans daarbij is bepaald geen sinecure, omdat er tegenstrijdige belangen zullen zijn. Een klant zal tijd willen krijgen om te reageren op vragen over haar rekeninggebruik en activiteiten, terwijl een derde juist belang kan hebben bij een snelle blokkade van een rekening. Een bank die achteraf onterecht of te snel een rekening blokkeert, kan tegenover haar klant schadeplichtig zijn.⁶⁹ En een andere belangrijke vraag in dit kader is hoe het 'tipping off' verbod uit de Wwft (art. 23 lid 1 Wwft) zich verhoudt tot het stellen van vragen aan een rekeninghouder over ongebruikelijke transacties?⁷⁰ Wij hebben ervaring met gevallen waarin een bank vanwege de geheimhouding omtrent Wwft-meldingen niet kan vermelden waarom onderzoek wordt gedaan of waarom de rekening wordt geblokkeerd. Daarnaast rijst de vraag of, en in welke mate, een bank in een aansprakelijkheidsprocedure inkijk hoort te geven in de inrichting en afstelling van haar bancaire preventiesystemen. Dit zijn slechts enkele onderwerpen die aantonen dat een bank niet verplicht moet worden om algemene maatregelen te treffen ter voorkoming van gewone

risico's van een derde. Juist hier is het belangrijk dat een wetgever de specifieke verplichtingen van een bank en de rechten van een rekeninghouder goed afbakt.⁷¹

Een juridisch-systematische implicatie van de veruiming van de bancaire zorgplicht tegenover derden is dat de positie van een bank in het aansprakelijkheidsrecht (nog) verder afdrijft van die van andere professionele partijen, zonder dat daarvoor op dit moment een rechtvaardiging bestaat. Wanneer de daadwerkelijke deskundigheid en kennis van een bank niet wordt gewogen in concrete gevallen, en wanneer er bij redeneringen zonder de nodige precisie wordt verwezen naar de wettelijke en maatschappelijke taken van een bank, dan worden in wezen gelijkwaardige rechtsverhoudingen steeds ongelijker behandeld. Dat doet afbreuk aan het stelsel van het burgerlijke (aansprakelijkheids-)recht en zo uiteindelijk aan de voorspelbaarheid en billijkheid ervan. Het verband tussen de bijzondere bancaire zorgplicht en het algemene buitencontractuele aansprakelijkheidskader loopt dan steeds verder uiteen.

Tot slot heeft verdere uitbreiding van de bijzondere zorgplicht ook belangrijke maatschappelijke implicaties. Onze verwachting is dat klanten negatieve gevolgen zullen ondervinden van het introduceren van een verdergaande zorgplicht. Nu al wordt er door consumenten en bedrijven veelvuldig geklaagd over de 'bemoeizucht'⁷² van banken en de al maar stijgende kosten van betaalrekeningen.⁷³ Hoewel wij geen precieze inschatting kunnen maken op dit punt, is duidelijk dat bij het veralgemeniseren van de zorgplicht van banken in het kader van criminaliteitsbestrijding deze problemen eerder zullen toe- dan afnemen. Eerder en vaker zullen klanten dan verantwoording moeten afleggen over hun rekeninggebruik. Hoewel dat de fraudebestrijding mogelijk ten goede komt, levert het ontegenzeggelijk een belasting op voor zowel de klant als de bank. Maatschappelijk gezien lijkt de bank zo steeds meer een soort burgerwacht te worden.⁷⁴ Of dat een wenselijke ontwikkeling is die ook door de maatschappij op prijs wordt gesteld, vergt een bredere discussie. Tegen de achtergrond van het ontbreken van een wettelijke algemene fraudepreventieplicht voor banken, is het dan ook belangrijk om de bijzondere zorgplicht van banken naar derden niet zonder duide-

67. HR 27 november 2015, ECLI:NL:HR:2015:3399, r.o. 5.1 (ABN AMRO/Stichting belangenbehartiging gedupeerde beleggers VDB).

68. T. Hartlief, 'Banken onder druk van geschreven en ongeschreven recht', *Nederlands Juristenblad* 2023/2630; A.G.F. Ancery, 'Bancaire zorgplicht jegens derden', *Tijdschrift voor Financieel recht in de praktijk* 2020-1/281, p. 52.

69. Vgl. F.R.H. van der Leeuw & A.E.E. Verspyck Mijnsen, 'Zorgplicht van banken tegenover derden', in: D. Busch e.a. (red.) *Aansprakelijkheid in de financiële sector*, Deventer: Kluwer 2013, p. 604.

70. Vgl. annotatie E.P.C. Strijbos in *JOR* 2019/162, rn. 11 bij Gerechtshof Amsterdam, 14 mei 2019, ECLI:NL:GHAMS:2019:1611.

71. Vgl. V.P.G. de Serière, *Asser 2-IV Effectenrecht*. Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Bur-

gerlijk Recht. 2. Rechtspersonenrecht. Deel IV. Effectenrecht, Deventer: Wolters Kluwer 2018, nr. 737. Zie ook T. Hartlief 2023, 'Banken onder druk van geschreven en ongeschreven recht', *Nederlands Juristenblad* 2023-36, p. 2133 die wijst op de rechtszekerheid en de stapeling van verplichtingen die onderling 'tegenstijdig' kunnen zijn.

72. Uitzending Radar 27 november 2023: agressieve energiebemiddelaars en witwascontrole door banken, radar.avrotros.nl, 27 november 2023; De banken en hun risicoklanten: een zaak voor de rechter, www.vpro.nl, 29 april 2023.

73. 'Betaalrekeningen gemiddeld 42% duurder in 5 jaar', ww.w.consumentenbond.nl, 21 februari 2022.

74. Vgl. T. Hartlief 2023, 'Banken onder druk van geschreven en ongeschreven recht', *Nederlands Juristenblad* 2023-36, p. 2133.

lijke grondslag en rechtvaardiging te veralgemeniseren.

Nieuwe beleidsuiting van DNB voor naleving van de Wwft

prof. dr. A.J.C.C.M. Loonen LL.M. en prof. mr. dr. B. Snijder-Kuipers¹

DNB is een belangrijke toezichthouder op de naleving van de Wet ter voorkoming van witwassen en financieren van terrorisme (Wwft). In een recente consultatie van de nieuwe beleidsuiting 'Questions & Answers' en 'Good Practices Wwft' zet DNB een nieuwe stap in het risicogebaseerd voldoen aan de Wwft door ondertoezichtstaande instellingen. Voor financiële instellingen is bestudering van deze uiting, met een aantal nieuwe standpunten, van belang voor de dagelijkse praktijk en voor het verder vormen van beleid.

1. Inleiding

Een belangrijk onderdeel van het toezicht door De Nederlandsche Bank (DNB) is toezicht op de naleving van de Wet ter voorkoming van witwassen en financieren van terrorisme (Wwft) en handhaving bij overtreding daarvan. Deze handhaving heeft de gemeederen in de financiële sector aardig beziggehouden. Met enkele leidraden heeft DNB in het recente verleden *guidance* gegeven aan de financiële sector wat zij een goede invulling van de verplichtingen uit hoofde van de Wwft vindt.

In een recente consultatie van de nieuwe beleidsuiting 'Q&As' en 'Good Practices Wwft' zet DNB een nieuwe stap in het risicogebaseerd voldoen aan de Wwft door ondertoezichtstaande instellingen. In dit artikel geven wij op onderdelen onze visie op deze beleidsuiting. DNB neemt een aantal nieuwe standpunten in. Bestudering hiervan is voor financiële instellingen van groot belang.

Anti-witwaswetgeving is in een relatief kort tijdsbestek een actueel en relevant onderwerp geworden voor de zogenaamde 'poortwachters'. Sterker, vele duizenden medewerkers zijn dagelijks bezig om ervoor te zorgen dat deze poortwachters aan de Wwft (blijven) voldoen. Een leek kan denken dat het voldoen aan de Wwft een verplichting is die relatief recent is opgelegd. Niets is minder waar. Toch is de aandacht van de toezichthouder voor naleving van deze wet nooit zo groot geweest als de laatste jaren. De Wwft is gebaseerd op de aanbevelingen van de Financial Action Task Force (FATF). De FATF is een internationale intergouvernementele organisatie, die in 1989 is opgericht en ten doel heeft om witwassen en terrorismefinanciering tegen te gaan door richtlijnen op te stellen voor nationale wetgevers. De Europese anti-witwasrichtlijnen zijn in belangrijke

mate hierop gebaseerd. In 1991 werd de eerste Europese anti-witwasrichtlijn van kracht. De eerste Nederlandse wetgeving werd in 1993 in Nederland geïntroduceerd met de Wet identificatie bij dienstverlening (WID) en de Wet melding ongebruikelijke transacties (MOT). De WID en de MOT werden in 2008 samengevoegd in de Wwft. Inmiddels is de vijfde anti-witwasrichtlijn van kracht en is de Wwft een fors aantal malen gewijzigd. De wijzigingen worden gekenmerkt door een breder toepassingsbereik van de wet en meer gedetailleerde wetgeving.² De aandacht van de toezichthouders blijkt uit het toenemend aantal procedures op dit gebied en de schikkingen die zijn getroffen met betrekking tot niet-naleving van de Wwft.

Bij het naleven van (complexe) wet- en regelgeving door de financiële sector is het niet ongebruikelijk dat toezichthouders, zoals de Autoriteit Financiële Markten (AFM) en DNB een leidraad uitgeven. Dit is vooral gebruikelijk in die gevallen waar de maatschappelijke impact van niet-naleving groot wordt gedacht. DNB heeft al in 2011 de eerste leidraad over Wwft en Sw opgesteld. Met deze leidraad gaf DNB vervolg aan de aanbevelingen van het Internationaal Monetair Fonds (IMF), dat Nederland in 2010 evalueerde op naleving van de aanbevelingen van de Financial Action Task Force (FATF). In 2011, 2015, 2019 en 2020 werd een aangepaste leidraad gepubliceerd.³ Een aanpassing liet echter nu niet zo lang op zich wachten. Allereerst dwongen ontwikkelingen op het gebied van het naleven van de Wwft DNB ertoe om het rapport 'Van herstel naar balans' in september 2022 te publiceren. Dit rapport geeft een toelichting op een meer risicogebaseerde aanpak voor banken om te voldoen aan de Wwft. Na publicatie van dit rapport hebben banken en DNB in verschillende bijeenkomsten overlegd over de invulling hier-

1. Tom Loonen is hoogleraar financieel recht & integriteit aan de VU, raad in de Ondernemingskamer en special counsel bij advocatenkantoor PinsentMasons. Birgit Snijder-Kuipers is hoogleraar Corporate Compliance and Anti-Money Laundering Radboud Universiteit Nijmegen en kandidaat-notaris De Brauw Blackstone Westbroek

2. Zie verder B. Snijder-Kuipers en A.T.A. Tilleman, 'Inleiding - FATF tot vijfde anti-witwasrichtlijn' in: B. Snijder-Kuipers & A.T.A. Tilleman (red.), *Handboek WWFT, (Onderneming & Recht nr. 111)*, Deventer: Wolters Kluwer 2019, p. 1-9.

3. Leidraad Wwft en Sw, versie december 2020, Leidraad Wwft en Sw versie december 2020 (dnb.nl) (geraadpleegd 27 december 2023).

van De Nederlandse Vereniging van Banken (NVB) heeft mede op basis van deze gesprekken standaarden gepubliceerd waarin voorbeelden worden gegeven hoe banken specifieke Wwft-bepalingen kunnen invullen.⁴ In oktober 2023 heeft DNB een voorstel voor vervanging van de leidraad 'Wwft en Sw' ter consultatie voorgelegd aan de markt. Tot 30 november 2023 was er de mogelijkheid te reageren op dit document.

In het nieuwe voorstel komt de term 'leidraad' niet meer terug en spreekt DNB van 'beleidsuiting' (hierna: "Beleidsuiting"). DNB noemt de beleidsuiting overigens 'DNB Wwft Q&As and Good Practices'. Zo wil DNB het handreikingskarakter onderstrepen en voorkomen dat dit nieuwe document als 'pseudoregelgeving' wordt beschouwd. Terwijl een leidraad niets meer of minder is dan een interpretatie van wettelijke normen door een toezichthouder. Wwft-instellingen kunnen hiervan afwijken en desondanks aan de wet- en regelgeving voldoen. DNB geeft aan⁵ dat instellingen ook op andere wijze aan de regelgeving kunnen voldoen maar moet dat dan wel gemotiveerd aangeven. Dat lijkt op het 'comply-or-explain'-beginsel zoals we dat kennen uit de Corporate Governance Code.

Voorts heeft DNB ervoor gekozen een splitsing aan te brengen tussen de Wwft en de Sanctiewet (Sw). De consultatie had betrekking op de Wwft. Er volgt later nog een apart document met betrekking tot de Sanctiewet. Op het moment van publicatie van de Beleidsuiting, wordt de huidige leidraad (versie december 2020) ingetrokken. Het deel dat betrekking heeft op de Sanctiewet wordt dan opnieuw gepubliceerd (en op een later moment aangepast).

DNB heeft vier specifieke vragen ter consultatie voorgelegd. Deze vragen hebben betrekking op:

1. Een risicogeorïënteerde benadering. Staat deze beleidsuiting een risicogebaseerde invulling in de weg zonder dat dit wettelijk noodzakelijk is?
2. De behandelde thema's in deze beleidsuiting zijn gebaseerd op vragen die DNB tegenkomt in de praktijk. Zijn er onderwerpen die niet of onvoldoende behandeld zijn?
3. In de beleidsuiting gebruikt DNB stroomschema's. Zijn er verbeterpunten betreffende de structuur van het document en de stroomschema's?
4. DNB wil nader beleid gaan bepalen op het gebied van de intragroepuitbesteding van transactiemonitoring. Zien de instellingen relevante factoren of omstandigheden die DNB kan meenemen in het bepalen van dit beleid?

2. Status en opbouw van de beleidsuiting

De opbouw van de beleidsuiting heeft een fundamentele wijziging ondergaan. De huidige leidraad is een doorlopend document met een thematische opbouw. De thematische opbouw is in de beleidsuiting gehandhaafd maar vormgegeven aan de hand van concrete vragen rondom de thema's wettelijk kader en cliëntenonderzoek (cliëntacceptatie en voortdurende controle).

De Beleidsuiting bestaat uit twee onderdelen: de Q&A en Good Practices. Daarbij geeft de Q&A inzicht in de beleidspraktijk van DNB door middel van de interpretatie van wettelijke toezichtregels. Het bevat geen zelfstandige toezichtnormen maar is gebaseerd op het wettelijk kader en is een interpretatie van wettelijke normen. De Good Practices (GP) zijn concrete voorbeelden die naar het oordeel van DNB een juiste toepassing geven aan wet- en regelgeving.⁶

De Beleidsuiting is aangevuld met een tweede document, een 'vraag en antwoord' document waarin antwoord wordt gegeven op een aantal specifieke vragen omtrent de consultatie. Dit richt zich op financiële instellingen waarop (bepaalde) EBA Guidelines van toepassing zijn. De Beleidsuiting moet worden gelezen in samenhang met de toepasselijke EBA Guidelines. Hoewel de beleidsuiting geschreven is voor de financiële instellingen die voor wat betreft de Wwft onder toezicht staan van DNB, is het ook lezenswaardig voor financiële instellingen die onder toezicht van de AFM staan en voor niet-financiële instellingen, zoals advocaten, notarissen en belastingadviseurs.

Wel vinden wij de rol van de cliënt als belangrijke stakeholder onderbelicht. In het bijzonder de communicatie naar de cliënt en het belang van het verkrijgen van medewerking van de cliënt had nadrukkelijker aan bod kunnen komen.

3. Risico's cliënten inschatten

3.1. Uitvoeren van cliëntenonderzoek

Als het gaat om het uitvoeren van cliëntenonderzoek bestaat er in de praktijk geregeld onduidelijkheid over de wijze waarop dit onderzoek uitgevoerd moet worden, vooral als het gaat om de bron van middelen die bij de transactie of zakelijke relatie worden gebruikt.⁷ Mag de instelling bijvoorbeeld volstaan

4. Conform de opdracht die de wetgever al bij introductie van de Wwft had gegeven aan brancheorganisaties: "Rekening houdend met de genoemde verschillen zouden overkoepelende beroepsorganisaties de instellingen kunnen bijstaan bij het inrichten van het cliëntenonderzoek.", zie *Kamerstukken II*, 2007–2008, 31 238, nr. 3, p. 7.

5. Zie antwoord op vraag 6 ('Welke 'status' hebben de Q&A's en good practices in dit document?' in 'vraag en antwoord over de consultatie' van DNB, 18 oktober 2023).
6. Ten behoeve van de gebruikers verdient het aanbeveling een paginanummering in het document aan te brengen.
7. Artikel 3 lid 2 Wwft. Herkomst middelen moet onderscheiden worden van onderzoek naar herkomst van het vermogen bij verscherpt cliëntenonderzoek (artikel 8 en 9 Wwft).

met een cliënt die aanvinkt waar de middelen vandaan komen? Of dient de instelling daadwerkelijk actief onderzoek verrichten door (bijvoorbeeld) documenten op te vragen bij de cliënt of andere bronnen te raadplegen? Zie in dit verband een recente uitspraak⁸ waarin een notaris terecht had geweigerd een akte van verkoop van een onroerende zaak te verlijden aangezien hij van oordeel was dat de cliënt te weinig medewerking bood bij het onderzoek naar de herkomst van de betrokken gelden bij de transactie. De mededeling dat de aankoopssom 'gespaard geld' betrof, was onvoldoende in dit geval.

In de Beleidsuiting, maar ook in de Wwft lijken de begrippen 'onderzoeken', 'verzamelen' en 'vaststellen' door elkaar gehanteerd te worden. Zo wordt in artikel 3 lid 2 onder d Wwft verwezen naar '[...] zo nodig een onderzoek (onderstreping auteurs) naar de bron van de middelen die bij de zakelijke relatie of de transactie gebruikt worden'. Terwijl in het geval van verscherpt cliëntenonderzoek er conform artikel 8 lid 5 onder b Wwft gesteld wordt: 'bron van het vermogen en van de middelen die bij deze zakelijke relatie of deze transactie gebruikt worden, vast te stellen' (onderstreping auteurs). Om vervolgens in artikel 9 lid 2 onder a Wwft weer gesproken wordt van 'verzamelen (onderstreping auteurs) van aanvullende informatie'.

Ook de vierde anti-witwasrichtlijn (AMLD4)⁹ biedt niet veel duidelijkheid op dit punt. In artikel 13 lid 1 sub d AMLD4 wordt gesteld dat er een doorlopende monitoring moet plaatsvinden, waarbij de controle op de verrichte transacties dient te stroken met de kennis die de instelling heeft van de cliënt. Onduidelijk is hoe deze informatie verkregen moet worden.

In de Beleidsuiting stelt [ND5] DNB de vraag QA3.28 'Moet een instelling in alle gevallen de bron van de middelen vaststellen?'. Het antwoord hierop is 'Nee. De instelling verricht zo nodig een onderzoek naar de bron van de middelen die bij de zakelijke relatie of de tijdens de duur van deze relatie verrichte transactie gebruikt worden'. Dit lijkt dus te impliceren dat er alleen onderzoek hoeft te worden verricht naar de bron van de middelen indien sprake is van verhoogd risico.¹⁰ In datzelfde antwoord wordt echter gesteld: "Instellingen verzamelen (onderstreping auteurs) in zulke gevallen informatie over de herkomst van de fondsen die bij de zakelijke relatie of transactie worden gebruikt en de bron van het vermogen van cliënten en UBO's'.

Wij zijn van mening dat het van toegevoegde waarde is als de beleidsuiting duidelijkheid biedt op dit onderwerp. Wat betekenen de woorden 'onderzoeken',

'vaststellen' en 'verzamelen' in de praktijk en hoe dienen deze in de praktijk gehanteerd te worden?

3.2. Transactieprofiel

Aan het opstellen van een transactieprofiel wordt in de Beleidsuiting meer aandacht gegeven. Uit het antwoord op vraag QA4.6: 'In hoeverre is het opstellen van een transactieprofiel op basis van de verwachte transacties verplicht?' blijkt dat er een transactieprofiel volgens DNB een goed hulpmiddel is voor het opstellen van het risicoprofiel¹¹ van de cliënt. Over waar een dergelijk transactieprofiel uit moet bestaan stelt DNB: "Een transactieprofiel op basis van de verwachte transacties of het verwachte ook gebruik van de rekening van een cliënt (*expected transaction profile*, ETP) kan in verband daarmee een goed hulpmiddel zijn om ongebruikelijke transacties te detecteren". Ondanks dat DNB met het antwoord op QA3.54 enige nadere informatie verstrekt over een dergelijk transactieprofiel, zien wij het als een gemiste kans dat dit onderdeel (transactieprofiel) niet nader omschreven is.

Daarbij nemen wij de DNB leidraad 'Post-event transactiemonitoringsproces bij betaaldienstverleners' van 2019 in ogenschouw. Hier wordt gedetailleerd weergegeven waar volgens DNB een transactieprofiel uit dient te bestaan. Op p.19 is te lezen: "*Om het verwachte transactiegedrag te bepalen, kunt u als betaaldienstverlener tijdens periodieke monitoring (lees: periodieke CDD-review) van uw cliënt onder meer informatie inwinnen over: Bij de bepaling van de CDD-risicoclassificatie (laag, midden, hoog) van de cliënt betreft de betaaldienstverlener het verwachte transactiegedrag van de cliënt. (verwachte) inkomende (en uitgaande) geldstromen, inclusief volumes; de landen waar de klanten van de cliënt zich bevinden en waar de transacties dus in grote mate vandaan zullen komen; soorten transacties en de mate waarin deze zullen voorkomen (creditcard, girale overboekingen, stortingen, vreemde valuta, et cetera); de tijdsintervallen tussen de aankoop en de uitbetaling, refunds of charge backs. Met het verwachte transactieprofiel van een cliënt kunt u vervolgens zien of de daadwerkelijke transacties overeenkomen met dat profiel*".

De DNB Q&A's en Good Practices Wwft vervangt de verschillende Good practice documenten over post-event transactiemonitoring, met uitzondering van de Good Practices Transactiemonitoring voor Trustkantoren.¹²

8. Hof Arnhem-Leeuwarden 19 december 2023, ECLI:NL:GHARL:2023:10778.
9. Richtlijn (EU) 2015/849 van het Europees Parlement en de Raad van 20 mei 2015 inzake de voorkoming van het gebruik van het financiële stelsel voor het witwassen van geld of terrorismefinanciering, tot wijziging van Verordening (EU) nr. 648/2012 van het Europees Parlement en de Raad en tot intrekking van Richtlijn 2005/60/EG van het Europees Parlement en de Raad en Richtlijn 2006/70/EG

van de Commissie, EUR-Lex - 32015L0849 - EN - EUR-Lex (europa.eu).
10. In de *Kamerstukken II* 2011-2012, 33 238, nr. 3, p. 12 lezen wij echter dat een onderzoek naar de bron van het vermogen altijd dient te plaats te vinden; de intensiteit mag variëren.
11. Artikel 3 lid 2 onder d Wwft.
12. Zie antwoord 5 op 'vraag en antwoord over de consultatie' van DNB, 18 oktober 2023.

3.3. Gebruik van referentiegroepen

Een actueel thema in het kader van de Wwft is het gebruik van referentiegroepen. Een onderwerp dat in de huidige leidraad overigens nog niet voorkomt. Het is ontegenzeggelijk de uitspraak¹³ van 18 oktober 2022 van het College van Beroep voor het bedrijfsleven (CBB) in de zaak bunq tegen DNB die daar een belangrijk nieuw gezichtspunt heeft opgeleverd. Deze zaak heeft betrekking op door DNB gegeven aanwijzingen wegens niet of onvoldoende naleving Wwft door bunq. In de praktijk blijkt bunq een particulier die zich als cliënt meldt, een standaard gebruikersprofiel toe te wijzen. Dit gebruikersprofiel is tot stand gekomen aan de hand van data-analyse en kunstmatige intelligentie. Dit profiel zou een laag risico op witwassen hebben. In dit profiel is bijvoorbeeld het bedrag dat op de rekening mag staan en het aantal maandelijks betalingen begrensd. DNB vindt dat bunq met deze methode onvoldoende specifieke informatie over de nieuwe klant inwint om de risico's goed te kunnen inschatten. Het CBB oordeelt dat DNB niet heeft bewezen dat deze manier van screenen in strijd is met de wet. De wet kent open normen en schrijft niet exact voor op welke wijze banken hun klanten moeten screenen. Dit heeft tot gevolg dat DNB ook niet heeft bewezen dat in dit geval bunq tekort is geschoten bij het monitoren van particuliere klanten aan de hand van het standaard gebruikersprofiel.

In de Beleidsuiting lijkt DNB aansluiting te vinden bij de nu geaccepteerde praktijk in de financiële sector dat er standaard cliëntenprofielen (mogen) worden opgesteld met gebruikmaking van referentiegroepen. Wel tracht DNB condities te stellen waaraan een dergelijk gebruik van referentiegroepen zou moeten voldoen. Zo wordt op vraag QA4.7: 'In hoeverre kan er gebruik worden gemaakt van referentiegroepen?' door DNB geantwoord: *"Het is niet altijd mogelijk om voor iedere individuele relatie op voorhand een individueel (maatwerk) risicoprofiel op te stellen, gelet op de omvangrijke aantallen relaties voor bepaalde cliëntsegmenten, bijvoorbeeld bancaire dienstverlening aan particulieren of klein MKB. Om dit praktisch te kunnen doen, kan een instelling haar zakelijke relaties indelen naar bijvoorbeeld referentiegroepen (peer groups), en het individuele risicoprofiel hierop baseren. Daarbij definieert de instelling haar referentiegroepen aan de hand van een aantal cliëntkenmerken, bijvoorbeeld sectoren, rechtsvormen, leeftijden, natuurlijke personen, transactiegedrag, inkomen, landen, et cetera."*

Een ETP (Expected Transaction Profile, auteurs) kan ook voor een referentiegroep worden opgesteld. Wel is het van belang dat de referentiegroepen voldoende homogeen zijn qua cliëntgedrag, zodat het ETP voldoende nauwkeurig kan worden bepaald."

Willen risico's inderdaad dusdanig vergelijkbaar zijn dat er ook met referentiegroepen gewerkt kan wor-

den, dan zal het gedrag van de cliënten op belangrijke thema's vergelijkbaar moeten zijn. DNB hanteert een aantal voorbeelden van thema's voor het definiëren van referentiegroepen die prima hanteerbaar zijn.

3.4. Reviewcyclus cliënten

Cliëntenonderzoek moet worden uitgevoerd voor zowel nieuwe als bestaande cliënten. Met behulp van een review kan de Wwft-instelling vaststellen of het vastgestelde risicoprofiel nog voldoet. Het vaststellen van een risicoprofiel per cliënt is geen statisch gegeven. Er kan aanleiding zijn om een risicoprofiel te verhogen of te verlagen. Het is binnen de financiële sector een terugkerend discussiepunt wat de frequentie van review zou moeten zijn. Er is daarbij consensus dat dit afhankelijk is van het risicoprofiel van de cliënt. Naarmate de cliënt een hoger risicoprofiel heeft, zal de frequentie van review toenemen.

In de huidige Leidraad¹⁴ wordt aangegeven dat een instelling wordt geacht een review van het cliëntenonderzoek uit te voeren om vast te stellen of de cliënt nog steeds aan het vastgestelde risicoprofiel voldoet. De instelling kan de frequentie en intensiteit van reviews afstemmen op de risicoclassificatie van de cliënt.¹⁵ Ter illustratie wordt in de Leidraad een suggestie gedaan met betrekking tot de frequentie. Voor laag risico cliënten zou de frequentie van de review drie tot vijf jaar kunnen zijn, voor normaal risico cliënten elke twee tot drie jaar en hoog risico cliënten jaarlijks.¹⁶ De AFM hanteert vergelijkbare termijnen: laag risico binnen vijf jaar, midden risico minstens een keer per twee jaar en hoog risico minstens één keer per jaar.¹⁷

In GP4.40 over 'periodiciteit' stelt DNB: *"Voor lagere risico's hanteert de instelling een systeem van event-driven review, dat wil zeggen dat de instelling in die gevallen alleen overgaat tot een review als er signalen zijn (vanuit externe bronnen, interne bronnen/transacties of vanuit informatie uit klantcontact) dat het risicoprofiel is gewijzigd dan wel dat de cliëntgegevens niet actueel zijn. Voor hoge risico's hanteert de instelling ten minste een periodieke review, naast een event driven review in het geval er signalen zijn"*.

Het aangeven van een concrete frequentie voor review wordt in de Beleidsuiting losgelaten. In de Beleidsuiting wordt zelfs gesproken over het achterwege laten van een periodieke review voor laagrisico cliënten. Op de vraag QA4.35: 'Wanneer is een review van belang?' wordt als antwoord gegeven: *"Een review is met name van belang als er sprake is van een hoger risico of als er signalen zijn dat het risicoprofiel van de cliënt is gewijzigd"*.

Dit is opmerkelijk temeer in de toekomstige Euro-

13. ECLI:NL:CBB:2022:707.

14. Leidraad, p. 34.

15. Leidraad, p. 55.

16. Leidraad, p. 22

17. Leidraad Wwft en Sanctiewet van AFM, 19 oktober 2020, p. 22.

pese anti-witwasverordening een minimale periodieke screening van eens in de vijf jaar opgelegd¹⁸ wordt naast het vereiste om ervoor te zorgen dat de gegevens informatie bevatten en relevante documenten gerelateerd aan de klant up-to-date blijven.¹⁹ Het had voor de hand gelegen dat in de Beleidsuiting aansluiting zou worden gezocht bij deze (toekomstig) wettelijke termijn.

3.5. Hoog risico

Elke Wwft-instelling moet inzicht verwerven in de eigendoms- en zeggenschapsstructuur van de cliënt.²⁰ Als sprake is van een complexe structuur, moet verplicht verscherpt cliëntenonderzoek worden gedaan.²¹ Het is aan de Wwft-instelling om te bepalen wanneer daarvan sprake is. De naleving van deze bepaling moet risicogebaseerd plaatsvinden. Dat moet worden beoordeeld met inachtneming van het cliëntprofiel.²² In de praktijk is een factor die meegewogen wordt bij het beoordelen of sprake is van een complexe structuur, het aantal lagen in de gehele structuur. In GP3.42 wordt aangegeven dat entiteiten met een structuur met meer dan twee lagen, een verhoogd risico tot gevolg hebben. Een dergelijke grens heeft tot gevolg dat elke structuur die meer behelst dan een natuurlijk persoon die met een personal holding deelneemt in het rechtsverkeer, onder verhoogd risico valt. Dat lijkt ons in het algemeen een lage grens. Wij stellen voor het aantal lagen in algemene zin uit te breiden naar minimaal vier lagen en daarnaast meer te differentiëren naar bijvoorbeeld betrokken jurisdicties. Indien er meer dan twee jurisdicties in de structuur betrokken zijn, zou dat bijvoorbeeld tot hoog risico kunnen leiden.

In GP4.41 is aangegeven dat een Wwft-instelling contractueel vastlegt dat de cliënt wisselingen in het bestuur en in de aandeelhouders direct meldt aan de instelling. Het is ook aan te raden andere wijzigingen in de overgelegde gegevens aan dit overzicht toe te voegen, bijvoorbeeld wijzigingen met betrekking tot UBO's.

4. Ultimate beneficial owner

De uiteindelijk belanghebbende (ultimate beneficial owner, of UBO), is een centrale definitie in de antiwitwaswetgeving. Een UBO is altijd een natuurlijk persoon. Elke rechtspersoon, personenvennootschap of andere entiteit heeft, sinds AMLD4, altijd tenminste één UBO.

DNB besteedt dan ook terecht bij het onderdeel 'cliëntenonderzoek'²³ aandacht aan de UBO. DNB geeft aan (QA3.14) dat van iedere juridische entiteit een

UBO wordt vastgesteld. Daarbij lijkt te worden gesuggereerd dat ook een natuurlijk persoon een UBO kan hebben. Het begrip 'UBO' speelt in onze optiek alleen een rol bij juridische entiteiten en niet bij natuurlijke personen. Als een natuurlijk persoon een transactie laat verrichten door een ander natuurlijk persoon, is sprake van optreden ten behoeve van een ander (als bedoeld in artikel 3 lid 2 sub f Wwft). Dat blijkt ook uit de tekst van AMD4 waar de definitie van een UBO gekoppeld is aan de diverse rechtsvormen (vennootschapsrechtelijke entiteiten, trusts en entiteiten die vergelijkbaar zijn met trusts). De Wwft had niet de intentie af te wijken van AMLD4.²⁴

In Nederland is de definitie van UBO niet in de wet uitgewerkt maar in artikel 3 van het Uitvoeringsbesluit Wwft 2028 waarbij het uitgangspunt geldt dat een natuurlijk persoon met een belang van meer dan 25% (stemrecht en/of economisch belang/eigendomsbelang) of feitelijke zeggenschap UBO is. De kwalificatie van een UBO is verder uitgewerkt in QA3.16. Daar wordt aangegeven dat de 25%-regel indicatief is bedoeld. Ook een natuurlijk persoon met een lager percentage kan als UBO worden aangemerkt. Wij menen dat een lager percentage inderdaad ook kan leiden tot een UBO maar de grondslag daarvoor is dan 'feitelijke zeggenschap'.

Een UBO wordt vastgesteld op basis van verschillende criteria. De meer dan 25%-regel is een hard, kwantitatief criterium terwijl het criterium 'feitelijke zeggenschap' een open norm is. De persoon met 'feitelijke zeggenschap' kan deze zeggenschap hebben verworven op grond van de feitelijke implementatie van een juridische structuur. In GP3.10 is aangegeven dat als een aandeelhouder het recht heeft om belangrijke beslissingen te blokkeren, deze persoon UBO is. Dit lijkt niet in lijn met AMLD4.²⁵ Het hebben van zeggenschap moet juridisch onderscheiden worden van het blokkeren van een besluit. Zeggenschap vereist een actieve positie van bijvoorbeeld een aandeelhouder waarbij alle omstandigheden een rol moeten spelen (zoals beperking tot een aantal besluiten). Een UBO is altijd een natuurlijk persoon. In GP3.10 wordt gesproken over een grote financier als UBO. Meestal is de grote financier een bank en niet een natuurlijk persoon. Onduidelijk is hoe dit dan zou uitwerken. Zou dat dan betekenen dat de UBO's van een bank UBO's worden van de vennootschap (cliënt) aan wie de financiering wordt verstrekt? Dat lijkt niet de bedoeling te zijn.

In de praktijk wordt de 'meer dan 25%-regel' onder andere toegepast om invulling te geven aan de terugmeldplicht zoals die van toepassing is op het UBO-register voor rechtspersonen en ondernemingen.²⁶ Een discrepantie tussen het eigen onderzoek van de

18. Artikel 21(2) par. 2 Europese anti-witwasverordening, EUR-Lex - 52021PC0420 - EN - EUR-Lex (europa.eu) (geraadpleegd op 27 december 2023).

19. Artikel 3 lid 11 Wwft.

20. Artikel 3 lid 2 sub b Wwft.

21. Artikel 8 lid 3 Wwft.

22. Kamerstukken II 2017/18, 34 808, nr. 3, p. 54.

23. Hoofdstuk 3.

24. Kamerstukken II 2017/18, 34 808, nr. 3, p. 3.

25. Zie considerans 13 van AMLD4.

26. Artikel 10c Wwft.

Wwft-instelling en het UBO-register moet gemeld worden aan de Kamer van Koophandel.²⁷ Een dergelijke terugmeldplicht is alleen werkbaar als sprake is van een uniforme UBO-definitie.²⁸ Deze terugmelding moet ook worden gedaan als de juiste persoon als UBO is opgegeven maar niet op de juiste grondslag (bijv. stemrecht in plaats van aandelen) of de juiste bandbreedte (bijv. meer dan 25% in plaats van meer dan 50%). Daarbij moet ook onderscheid gemaakt worden tussen het onderzoek door de Wwft-instelling en de registratie in het UBO-register. Een voorbeeld: een enig aandeelhouder is UBO op grond van aandelen, stemrecht, economisch belang en zeggenschap maar wordt geregistreerd in het UBO-register op de eerstgenoemde grondslag, in dit geval aandelen.

In GP3.15 wordt een voorbeeld gegeven van drie aandeelhouders die elk indirect meer dan 25% van de aandelen houden. Als een natuurlijk persoon meer dan 25% van de aandelen houdt, is deze UBO op grond van aandelen in het UBO-register (en niet op grond van stemrecht of feitelijke zeggenschap). In GP3.11 is aangegeven dat de cliënt bij een laag risico kan bevestigen dat de inschrijving in het UBO-register correct is. De vraag kan gesteld worden of dit voldoende is voor het UBO-onderzoek, gelet op de achterliggende gedachte dat het register niet uitsluitend gesteund moet worden op zelfrapportage door de vennootschappen en andere juridische entiteiten en om ervoor te zorgen dat de informatie in het register zo toereikend, accuraat en actueel mogelijk is.²⁹ Het lijkt ook bij laag risico aan te raden aan te vangen met onderzoek bij het handelsregister (en bij cliënt) en daarna het UBO-register te raadplegen.

Onderdeel van het cliëntenonderzoek is 'redelijke maatregelen te nemen om inzicht te verwerven in de eigendoms- en zeggenschapsstructuur van de cliënt'.³⁰ De vraag is hoe invulling gegeven kan worden aan deze verplichting. In GP3.8 is opgenomen dat de cliënt ook een juridische en/of fiscale opinie over de werking van de structuur verstrekt. Probleem hierbij is dat een jurist of fiscalist niet onverkort kan aftekenen op een structuur maar slechts een opinie kan afgeven op basis waarvan nauwkeurig aangegeven wordt welke uitlatingen gedaan kunnen worden op bepaalde, met name genoemde, documenten. In de praktijk wordt dan ook de vraag gesteld of de notaris of accountant wil 'aftekenen op de juistheid van de structuur'. Het 'aftekenen' leidt tot een 'tick-the-box'-exercitie die onvoldoende recht doet aan de onderzoekspllicht. Een adviseur kan in onze ogen niet

ongeclausuleerd aftekenen op een structuur. Alleen de juridische entiteit kan daarvoor de verantwoordelijkheid dragen. Een notaris of accountant (of andere adviseur) kan uitsluitend een zogenaamde 'opinie' afgeven die gebaseerd is op specifiek genoemde documenten. Dat een dergelijke opinie niet altijd noodzakelijk is, volgt uit GP3.17. Bij complexe structuren kan een opinie worden verzocht ten aanzien van de juridische vastlegging van een structuur. Het is aan de instelling om in beleid vast te leggen voor welke structuren een opinie gevraagd moet worden.

5. Politiek prominente personen

5.1. Huidige en toekomstige wetgeving

De Wwft geeft situaties aan die altijd als hoog risico moeten worden beschouwd en waarin verscherpt cliëntenonderzoek moet worden toegepast.³¹ Een voorbeeld daarvan is de politiek prominent persoon (PEP). Indien de (UBO van een) cliënt een PEP is, moet altijd verscherpt cliëntenonderzoek worden toegepast. Bij de invulling van dat onderzoek kan uiteraard rekening gehouden worden met de functie op grond waarvan een natuurlijk persoon als PEP wordt aangemerkt. Zo worden ook bepaalde familieleden van een PEP als PEP aangemerkt, maar deze personen zullen een lagere risicofactor vormen dan de PEP zelf.³²

GP3.22 geeft dat inherente hoog risico bij PEP's ook aan. Het antwoord op vraag QA3.32 lijkt tegenstrijdig. Bij het antwoord op de vraag of alle PEP's een hoog risico vormen, luidt het antwoord 'nee' onder verwijzing naar de aanbevelingen van de FATF. In deze aanbevelingen wordt een onderscheid gemaakt tussen binnenlandse en buitenlandse PEP's en wordt aangegeven dat verscherpt onderzoek vereist is bij buitenlandse PEP's.³³ De Europese anti-witwaswetgeving sloot aanvankelijk bij dit onderscheid aan maar dit is intussen vervallen in de Europese anti-witwasrichtlijn³⁴ en de Wwft. Bedoeld zal zijn dat uitgangspunt hoog risico is maar dat de intensiteit van het onderzoek af kan hangen van de vraag om wat voor PEP het gaat.

De nieuwe Europese wetgeving beoogt geen wijziging op dit punt aan te brengen.³⁵ Dat heeft tot gevolg dat alle PEP's als hoog risico moeten worden aangemerkt maar dat de mate van hoog risico afhan-

27. Tenzij melding is gedaan van een ongebruikelijke transactie. In dat geval is terugmelding aan het UBO-register verboden, artikel 10c lid 3 Wwft.
28. Overigens kan een lager percentage ook praktisch niet geregistreerd worden in het UBO-register nu de laagste categorie voor aandelen, stemrecht en economisch belang aanvangt bij 'meer dan 25%'.
29. *Kamerstukken II* 2018/19, 35 179, nr. 3, p. 23 en 43-44 en *Kamerstukken II* 2020/21, 35 819, p. 60. Zie ook artikel 3 lid 15 Wwft.
30. Artikel 3 lid 2 sub b Wwft, opgenomen als onderdeel van het UBO-onderzoek.
31. Vastgelegd in artikel 8 Wwft.

32. B. Snijder-Kuipers, 'Navigating the Anti-Money Laundering Landscape – The Role Companies Play in Protecting the Financial System', *Finance and Capital Markets*, Vol.24, no.4, 19 December 2023.
33. FATF aanbeveling 12, versie november 2023, FATF Recommendations 2012.pdf.coredownload.inline.pdf (fatf-gafi.org) (geraadpleegd op 27 december 2023).
34. Artikel 3 lid 9 AMLD4.
35. Toelichting onder 5 en artikel 2 onder 25 voorstel nieuwe Europese verordening, eur-lex.europa.eu/legal-content/NL/TXT/HTML/?uri=CELEX (geraadpleegd 27 december 2023).

kelijk kan zijn van andere factoren.³⁶ Het tweede deel van het antwoord op vraag QA3.32 lijkt hierbij aan te sluiten.

5.2. Toestemming bij verscherpt cliëntenonderzoek

De Wwft schrijft voor dat aanvullend onderzoek vereist is bij transacties met PEPs.³⁷ Daarbij is van belang op te merken dat als een (UBO van een) cliënt gedurende de relatie een PEP wordt, vanaf dat moment in elk geval verscherpt cliëntenonderzoek gedaan moet worden. Daarnaast is voor het voorzetten van (naast: het aangaan van) de relatie toestemming van het hoger leidinggevend personeel vereist.³⁸ Toestemming is zowel vereist voor het voorzetten van de zakelijke relatie als voor het voortzetten van de incidentele transactie.³⁹

Bij de beantwoording van vraag QA3.41 zou hierover verwarring kunnen ontstaan nu niet duidelijk is aangegeven of het antwoord op deze vraag betrekking heeft op een transactie of zakelijke relatie op grond van art. 8 lid 5 sub b Wwft of een zakelijke relatie (geen: transactie) die gerelateerd is aan een hoog risicoland (artikel 9 lid 1 sub e Wwft). Wij menen dat deze zin gelezen moet worden in samenhang met de goedkeuring voor het voortzetten van een zakelijke relatie. In dat geval is goedkeuring voor elke individuele transactie niet nodig. Dat neemt niet weg dat voor een incidentele transactie die geen onderdeel uitmaakt van een zakelijke relatie, goedkeuring van het hoger leidinggevend personeel wel vereist kan zijn op grond van art. 8 lid 5 sub b Wwft.

6. Offboorden van cliënten

De Beleidsuiting geeft veel aandacht aan het onboorden van cliënten. Opvallend is dat weinig aandacht wordt besteed aan het beëindigen van een cliëntrelatie terwijl er intensief geprocedeerd wordt over het opheffen van een bankrekening. Daarnaast is in de huidige leidraad geen aandacht besteed aan het weigeren van cliënten. Het is toe te juichen dat in de Beleidsuiting hier nu wel aandacht voor is, zij het dat de aandacht beperkt is en zeer algemeen van aard.⁴⁰

Over het weigeren van een cliënt bij aanvang van de dienstverlening is een vraag opgenomen (GP3.50) maar het verdient aanbeveling ook guidance te geven over het beëindigen van een bestaande relatie. Dat zou aan de hand van de huidige stand van de jurisprudentie kunnen plaatsvinden waarbij het voor de hand ligt onderscheid te maken tussen een particuliere betaalrekening en een zakelijke betaalrekening. Het ligt voor de hand daarbij aandachtspunten te geven voor onder meer (de hoogte van acceptabele) contante betalingen en ontvangsten in contanten en het aantal transacties (met andere landen, zowel binnen als buiten de EU of met hoog risico-landen).

7. Uitbesteding

Uitbesteding⁴¹ is een actueel en belangrijk onderwerp, zeker in het kader van de vereisten in de Wwft. De Wwft maakt onderscheid tussen het uitvoeren van cliëntenonderzoek door bepaalde andere Wwft-instellingen⁴² en uitbesteding aan een niet-Wwft instelling⁴³. De Wwft laat uitbesteding beperkt toe.⁴⁴

Onderdelen van het cliëntenonderzoek die uitbestede kunnen worden, zijn (i) het vaststellen van het doel en de aard van de relatie en (ii) de identificatie en -verificatie van cliënt, vertegenwoordiger en van de uiteindelijke belanghebbenden (UBO's) en vaststellen of de cliënt ten behoeve van een derde optreedt.⁴⁵

Het monitoren van de cliëntrelatie, waaronder begrepen het onderzoek naar de herkomst van de middelen, mag niet worden uitbesteed.⁴⁶ De Wwft-instelling blijft zelf altijd verantwoordelijk voor de juiste naleving van de Wwft, ook bij uitbesteding.⁴⁷ Bij structurele uitbesteding moet de opdracht schriftelijk worden vastgelegd.⁴⁸ Daarnaast moet periodiek gecontroleerd worden of de instelling op correcte wijze de uitbestede werkzaamheden verricht.⁴⁹

In het kader van de behandeling van het wetsvoorstel Wet plan van aanpak witwassen⁵⁰ is discussie gevoerd over de mogelijkheid tot uitbesteding van monitoring door banken.⁵¹ Transactie Monitoring Nederland (TMNL)⁵² heeft ten doel om betalingstransacties van de banken in samenhang te monitoren op

36. Artikel 8 lid 5 sub a Wwft jo. artikel 2 Uitvoeringsbesluit Wwft 2018.

37. Artikel 8 lid 5 Wwft.

38. Artikel 8 lid 5 sub b onder 2 Wwft.

39. De tekst van artikel 8 lid 5 sub b Wwft spreekt over 'voorzetten van een zakelijke relatie met of het verrichten van een transactie voor een politiek prominent persoon.' Dat volgt ook uit de Leidraad, p. 50.

40. QA3.62 en GP3.51.

41. Artikel 10 Wwft.

42. Artikel 5 lid 1 sub a Wwft.

43. Artikel 10 lid 1 Wwft.

44. Artikel 10 Wwft.

45. Artikel 10 lid 1 jo. artikel 3 lid 2 sub a, b, c, e en f Wwft.

46. Artikel 10 lid 2 jo. artikel 3 lid 2 sub d Wwft.

47. Kamerstukken II 2017/18, 34 808, nr. 3, p. 57-58.

48. Artikel 10 lid 2 Wwft.

49. Kamerstukken II 2017/18, 34 808, 3, p. 57-58. Zie ook EBA Richtsnoeren inzake interne governance (versie 2 juli 2021), nr. 92 (uitbestedingsbeleid).

50. Wijziging van de Wet ter voorkoming van witwassen en financieren van terrorisme in verband met het verbod op contante betalingen voor goederen vanaf 3.000 euro en het uitbreiden van de mogelijkheden voor informatie-uitwisseling ten behoeve van de poortwachtersfunctie (Wet plan van aanpak witwassen) | Tweede Kamer der Staten-Generaal.

51. Door een specifieke uitzondering op te nemen in artikel 10 lid 2 Wwft.

52. Een initiatief van ABN AMRO, ING, Rabobank, Triodos Bank en de Volksbank, zie 'Samen financiële criminaliteit bestrijden, TMNL (geraadpleegd op 26 december 2026).

signalen die mogelijk kunnen duiden op witwassen en terrorismefinanciering.⁵³ De Autoriteit Persoonsgegevens (AP) heeft forse kritiek geuit⁵⁴ op dit wetsvoorstel vanwege de (ongerechtvaardigde) inbreuk op de privacy.⁵⁵ Dit wetsvoorstel is controversieel verklaard. Onduidelijk is of en wanneer een vervolg gegeven zal worden aan dit wetsvoorstel.⁵⁶

In de huidige leidraad is een paragraaf aan uitbesteding gewijd.⁵⁷ Daarin wordt ingegaan op de onderdelen van het cliëntenonderzoek die uitbesteed mogen worden. Vervolgens is aangegeven: *'Het monitoren van de zakelijke relatie kan alleen de instelling zelf uitvoeren'*. In een voetnoot⁵⁸ bij deze zin is het volgende opgenomen:

"Artikelen 3, lid 2, onderdeel d, van de Wwft wordt namelijk niet genoemd in artikel 10, lid 1, Wwft. Voor instellingen die onder de Wft vallen en waarbij de uitvoerende partij behoort tot dezelfde groep, kan deze voortdurende controle door deze partij binnen de groep worden uitgevoerd."

Voor al de tweede zin is relevant. Dat heeft namelijk tot gevolg dat binnen een concern monitoring wel uitbesteed mag worden. In de Beleidsuiting komt deze toelichting niet meer voor.⁵⁹ Op vraag QA.2.17 (Voor welke onderdelen van het cliëntenonderzoek is uitbesteding niet toegestaan?) stelt DNB:

"De instelling mag de voortdurende controle op de zakelijke relatie en transacties niet uitbesteden. De instelling dient zelf de zakelijke relatie te monitoren."

Dit lijkt tot gevolg te hebben dat uitbesteding van monitoring binnen de groep in de toekomst niet meer wordt toegestaan.

De aanvullende vraag die DNB over uitbesteding stelt in haar consultatie, is de volgende: *'De Wwft staat uitbesteding van onderdelen van het cliëntenonderzoek aan derden toe. De voortdurende controle op de zakelijke relatie en de verrichte transacties (transactiemonitoring) wordt daarbij niet genoemd. DNB ziet in de praktijk instellingen die transactiemonitoring onderbrengen of wensen onder te brengen binnen één entiteit van hun groep (intra-groepuitbesteding). Tegelijkertijd ziet DNB dat er ontwikkelingen zijn op het gebied van de anti-witwaswetgeving, in het bijzonder de aankomende herziening van de Europese anti-witwasregelgeving, ten aanzien van het kader voor uitbesteding. Daarom zal DNB nader beleid gaan bepalen op het gebied van de intragroepuitbesteding van transactiemonitoring. Zien de instellingen relevante factoren of omstandigheden die*

DNB kan meenemen in het bepalen van dit beleid?'

DNB verwijst hier naar de nieuwe Europese witwaswetgeving die op 1 januari 2026 van kracht zal worden. In de nieuwe Europese Verordening⁶⁰ (die de huidige Europese anti-witwasrichtlijn gaat vervangen) is artikel 40 aan uitbesteding gewijd. Daaruit volgt dat uitbesteding, ook van monitoring, is toegestaan. Voor uitbesteding aan derden zal de AML Authority (AMLA, de nieuwe Europese toezichthouder) richtsnoeren opstellen. In lijn met de nieuwe Europese wetgeving is het aan te raden de huidige leidraad op dit punt te handhaven en monitoring binnen de groep toe te staan. Uiteraard met inachtneming van de overige vereisten, waaronder de verantwoordelijkheid van de Wwft-instelling.

De vraag kan gesteld worden in hoeverre Nederland de bevoegdheid heeft strengere vereisten op te leggen dan de nieuwe Europese Verordening en de daarop gebaseerde richtsnoeren van AMLA voorschrijven. Het lijkt verstandig die richtsnoeren af te wachten ook om eventuele 'nationale koppen' in Nederlandse wetgeving te voorkomen.

Indien besloten wordt tot (tijdelijke) wijziging van het beleid op dit punt, dan lijkt het goed om in elk geval een overgangperiode aan Wwft-instellingen te geven om hun Wwft-beleid en praktijk in overeenstemming te brengen met nieuwe Europese wetgeving. De Wwft-instellingen die reeds gebruik maken van deze groepsvoorziening, is aan te raden (tijdelijke) alternatieven te bestuderen, zoals het volledig zelf uitvoeren van de monitoring of het inlenen van werknemers binnen de groep.

8. Melden

8.1. Anoniem meldreglement

In artikel 20a Wwft is de regeling voor een anoniem meldreglement opgenomen. Dit artikel heeft tot doel te bevorderen dat niet-naleving van de Wwft kan worden gemeld, niet alleen bij de toezichthoudende autoriteiten maar ook bij de Wwft-instelling zelf.⁶¹ Vraag QA2.20 luidt als volgt: *"Bij welke omvang moet een instelling een interne meldprocedure inrichten voor het omgaan met het melden van misstanden binnen de organisatie?"* In het antwoord is terecht aangegeven dat een dergelijk anoniem meldreglement onderscheiden moet worden van een klokkenluidersregeling.

Geen antwoord wordt gegeven op de vraag wanneer een Wwft-instelling een anoniem meldregle-

53. AMLD4 laat ruimte voor deze vorm van uitbesteding en stelt alleen regels over het kunnen afgaan op cliëntenonderzoeken die zijn verricht door een derde, *Kamerstukken II 2022/23, 36 228, nr. 3, p. 12.*
54. 'Nieuwe wet opent deur naar ongekende massasurveillance door banken', Autoriteit Persoonsgegevens. (geraadpleegd op 26 december 2023).
55. Het wetsvoorstel doorstaat niet de toets van proportionaliteit en subsidiariteit.
56. Nummer 36 228.
57. Par. 4.10, p. 53.
58. Noot 66, p. 54.
59. QA.2.17.
60. EUR-Lex - 52021PC0420 - EN - EUR-Lex (europa.eu/geraadpleegd op 27 december 2023).
61. *Kamerstukken II 2019/20, 35 440, nr. 3, p. 15-16.*

ment moet instellen. Het lijkt logisch aansluiting te zoeken bij de aard en de omvang van de instelling. Dat is de grondslag die de wetgever ook gebruikt bij het instellen van een compliance officer en auditor. De woorden 'voor zover passend bij de aard en omvang van de instelling' wordt gehanteerd bij de vraag of een Wwft-instelling een compliance officer en auditor moet instellen.⁶² DNB lijkt in het vervolg uit te gaan van het gegeven dat elke Wwft-instelling onder haar toezicht over een compliance functie en audit-functie beschikt.⁶³

8.2. Melden ongebruikelijke transacties

Een vraag die de gemoederen bezighoudt, is wat er gebeurt na een melding van een ongebruikelijke transactie bij FIU-Nederland.⁶⁴ DNB geeft aan dat een melding onderzocht wordt door FIU en eventueel 'verdacht' wordt verklaard. Aangegeven is dat de Wwft-instelling die de melding gedaan heeft, 'over het algemeen' bericht hiervan krijgt. Deze tekst lijkt te suggereren dat de Wwft-instelling niet altijd hiervan bericht ontvangt. Op de website van FIU-Nederland is onder de veel gestelde vragen aangegeven dat een Wwft-instelling altijd bericht ontvangt als een transactie verdacht wordt verklaard.⁶⁵

Het komt de meldbereidheid ten goede als hierover duidelijkheid bestaat. Wij kunnen ons voorstellen dat bijzondere situaties denkbaar zijn, bijvoorbeeld als de nationale veiligheid in gedrang komt, dat een verdachte verklaring niet aan de meldende Wwft-instelling wordt gecommuniceerd.

9. Artificial intelligence

Het is goed te zien dat DNB aandacht schenkt aan het gebruik van artificial intelligence (AI) bij de naleving van de Wwft. Op Europees niveau is de Artificial Intelligence Act in voorbereiding.⁶⁶ Deze verordening moet ervoor zorgen dat de grondrechten, de democratie, de rechtsstaat en de milieuduurzaamheid worden beschermd tegen AI met een hoog risico, terwijl tegelijkertijd innovatie wordt gestimuleerd en van Europa een koploper op dit gebied wordt gemaakt. De regels stellen verplichtingen voor AI vast op basis van de potentiële risico's en de mate van impact. Het is interessant te onderzoeken hoe de Artificial Intelligence Act zich verhoudt tot de nieuwe Europese anti-witwasverordening en de Wwft. In het bijzonder is dit van belang bij het monitoren van transacties.

DNB betreft AI vooral op de (on)mogelijkheden bij transactiemonitoring. Aangegeven wordt dat ge-

bruikt gemaakt wordt van AI door Wwft-instellingen bij onder andere het monitoren.⁶⁷ In het vervolg (GP4.15) wordt aangegeven dat er verschillende methoden van 'alert generatie' zijn. Daar wordt gebruik van gemaakt om ongebruikelijke patronen en ongebruikelijke transacties te detecteren en nader te onderzoeken. Het meest concreet is de verwijzing naar voorspellende data-analyse (*predictive analytics*) als het gaat om transactiepatronen.⁶⁸ Door het gebruik van dergelijke data kan de Wwft-instelling geautomatiseerd en standaard bredere transactiepatronen in kaart brengen. Het gebruik van AI dient evenwel zorgvuldig en beheerst te gebeuren. Het is dan ook te verwachten dat naast de Artificial Intelligence Act eveneens goed gekeken zal moeten worden of de AMLA richtsnoeren op dit gebied zal vaststellen. Het waarborgen van de privacy is hierbij een belangrijk thema. Het is van belang deze ontwikkeling goed in de gaten te houden en wellicht in een volgende versie van de Beleidsuiting de guidance op dit gebied verder te ontwikkelen.

10. Cryptocurrency

In de Beleidsuiting is weinig aandacht voor cryptocurrency. In GP4.7 wordt kort verwezen naar grenswaarden bij onder meer cryptobetalingen als het gaat om het vaststellen van de *risk appetite* van de Wwft-instelling. Bij het onderzoek naar de herkomst van de middelen of herkomst van het vermogen komt nogal eens de vraag op hoe met cryptocurrency moet worden omgegaan, zowel bij het onderzoek als bij de vastlegging daarvan. Het Bureau Financieel Toezicht (BFT), de toezichthouder van onder meer notarissen, heeft over dit onderwerp een notitie gepubliceerd die ter inspiratie kan dienen.⁶⁹

11. Opleidingsplicht en doorlichtplicht

In de *good practice* over training (GP4.21) wordt genoemd dat een (jaarlijks) trainingsprogramma beschikbaar is. Dat trainingsprogramma is gericht op de eerste (business), tweede (compliance) en derde (audit) lijn. De opleiding is afgestemd op de risico's, aard en omvang van de Wwft-instelling. Dat is om ervoor te zorgen dat werknemers, en dat geldt ook voor beleidsbepalers, over voldoende kennis en vaardigheden beschikken om ervoor te zorgen dat de instelling waar zij werkzaam zijn de Wwft naleeft.⁷⁰

Er wordt verder gesproken van het trainen van de medewerkers. Niet uit het oog moet worden verloren dat ook de dagelijks beleidsbepalers verplicht opgeleid moeten worden.⁷¹ Het artikel over de oplei-

62. Artikel 2d leden 2 en 4 Wwft.

63. Zie GP2.4 en GP2.5.

64. Op grond van artikel 16 Wwft.

65. Veelgestelde vragen - FIU-Nederland (geraadpleegd op 27 december 2023).

66. Artificial Intelligence Act: deal on comprehensive rules for trustworthy AI | News | European Parliament (europa.eu).

67. GP4.1.

68. GP4.18.

69. Notitie cryptovaluta BFT d.d. 20 juni 2022, Memo-cryptovaluta-20-06-2022.pdf (geraadpleegd op 27 december 2023).

70. Kamerstukken II 2017/18, 34 808, nr. 3, p. 83.

71. Artikel 35 Wwft.

dingsplicht geeft immers expliciet aan dat de werknemers én de dagelijks beleidsbepalers, voor zover relevant voor de uitoefening van hun taken, een opleiding moeten volgen.

Naast een opleidingsplicht geldt ook een doorlichtplicht⁷² voor deze werknemers en de dagelijks beleidsbepalers. Bij de doorlichtplicht gaat het om het doorlichten van de medewerkers en beleidsbepalers van de Wwft-instelling en dus niet om de doorlichting van de cliënten van de Wwft-instelling. In de parlementaire geschiedenis wordt benadrukt dat de doorlichting alleen verband houdt met het risico dat de Wwft-instelling wordt gebruikt voor witwassen of het financieren van terrorisme.⁷³

12. Afsluiting

De Beleidsuiting van DNB is, ten opzichte van de huidige leidraad, op diverse punten aangepast. Daarbij heeft DNB aansluiting proberen te zoeken bij de dagelijkse praktijk. Ofschoon wij denken dat de Beleidsuiting op een aantal belangrijke onderdelen nog verduidelijkt kan worden, zijn wij grosso modo van mening dat DNB geslaagd is in haar opzet. Belangrijk blijft evenwel dat er aansluiting gevonden wordt met de nieuwe Europese anti-witwaswetgeving. Het zou de financiële sector helpen als DNB bij de vaststelling van de Beleidsuiting een overzicht van wijzigingen zou toevoegen met een toelichting op de wijziging.

72. Ingevoerd in de Wwft op 15 oktober 2020, *Stb.* 2020, 380.

73. *Kamerstukken II* 2019/20, 35 440, nr. 3, p. 17-18.

