

Rotte peren

Op 1 juli jl. kopte het FD: “Rabobank sluit kleine autodealers uit vanwege risico op witwassen.” Omdat de bank het risico op witwassen en andere criminele activiteiten te groot acht, wil deze bank autobedrijven met minder dan €50 mln omzet op jaarbasis uitsluiten van het openen van een bankrekening. De bank doet dit omdat wel duidelijk is dat indien nieuwe en bestaande rekeninghouders niet voldoende op criminele geldstromen worden gecontroleerd, het goed mis kan gaan. De torenhoge schikkingen van de ING en de ABN Amro bank in zaken waar het draaide om witwas-verwijten, hebben de angst bij de Rabobank waarschijnlijk in belangrijke mate gevoed.

Op basis van de Wwft moeten de banken risico-inschattingen maken. De vraag rijst echter of het in dat kader mogelijk zou moeten kunnen zijn om een hele branche uit te sluiten. Deze vraag werd voorgelegd aan de demissionair-Minister van Financiën. Hij laat in zijn brief van 8 september 2021 weten dat het enerzijds zo is dat een bank zelf de strategie mag bepalen en in dat licht ook mag bepalen met welke cliënten zij een zakelijke relatie aangaat of voortzet. Maar anderzijds merkt hij op dat de maatregelen van banken wel proportioneel moeten blijven en burgers en ondernemers niet onnodig in de problemen mogen brengen. Een verhoogd risico bij een bepaalde branche betekent volgens de Minister niet dat je de hele branche kunt weigeren een bankrekening te ‘geven’. Er dient sprake te zijn van een individuele risico beoordeling waarbij bijvoorbeeld wel in overleg kan worden getreden met de branche om risico’s te signaleren en te mitigeren. Vervolgens kunnen er meer specifieke afspraken worden gemaakt en eventuele maatregelen worden getroffen. Natuurlijk is het voor banken makkelijk om een hele branche aan te merken als rot en dus uit te sluiten, maar dit is proportioneel noch zorgvuldig.

De verplichtingen in het kader van de Wwft gaan ver en zijn ingrijpend en de compliance afdelingen van (o.a.) banken draaien overuren (hetgeen uiteraard ook erg kostbaar is voor een bank), maar individuele beoordelingen blijven nodig. Branchegenoten kunnen niet per definitie allemaal over een en dezelfde kam worden geschoren en dat lijkt terecht.

Zo oordeelde Rechtbank Amsterdam op 29 juni 2021 (ECLI:NL:RBAMS:2021:3337) ook dat categorale uitsluiting niet is toegestaan. Het ging om de aanvraag voor bankrekeningen voor twee vennootschappen die gerelateerd waren aan een vennootschap die een coffeeshop drijft. Alleen al daarom wilde de Rabobank geen bankrelatie met de twee vennootschappen aangaan. De Rechtbank stak hier een stokje voor. De zakelijke rekeningen dien(d)en – binnen twee weken na die uitspraak – te worden geopend.

Dat banken niet zitten te wachten op ‘gedoe’ in het kader van het risico betrokken te geraken in witwaspraktijken van cliënten of andere frauduleuze activiteiten is logisch. En dat zij er ook niet op zitten te wachten alles tot achter de komma te controleren omdat zij anders zélf in de problemen kunnen raken, is ook logisch. Niet alleen kan een strafrechtelijk onderzoek tegen de bank worden opgestart, ook een andere partij kan de bank immers aanspreken op de (bijzondere) zorgplicht. Zo verweet een derde partij die een betaling deed op een ING-bankrekening in de casus die ten grondslag ligt aan de uitspraak van Rechtbank Amsterdam van 12 mei 2021 (ECLI:NL:RBAMS:2021:1805) de ING bank onrechtmatig te hebben gehandeld door in strijd met haar Wwft-verplichtingen geen passend cliëntenonderzoek te hebben verricht naar de identiteit en activiteit van de betreffende rekeninghouder. Deze rechtbank overweegt echter dat van de bank in dit soort gevallen waar het gaat om een derde partij (die de betaling deed), buiten de gevallen van wetenschap of serieuze aanwijzingen voor onregelmatigheden, in principe niet kan worden verlangd dat zij (nader) onderzoek doet naar mogelijke fraude. Het moet gaan om ‘subjectieve wetenschap’ bij de bank van ongebruikelijke activiteiten en van het daaraan verbonden gevaar (vgl. Hoge Raad 27 november 2015, ECLI:NL:HR:2015:3399).

Op een bank rust in het algemeen niet de verplichting om alle betaalrekeningen die bij haar worden aangehouden doorlopend te controleren om ervoor te waken dat derden niet worden gedupeerd door

het gebruik van deze rekeningen. Gelet op de rechtspraak van de Hoge Raad ontstaat er pas een verplichting tot nader onderzoek als daarvoor een concrete aanleiding bestaat. Dit zou de banken toch ook enigszins gerust moeten stellen. De verplichtingen gaan ver, maar wellicht iets minder ver dan de banken vrezen.

De demissionair-Minister van Financiën is overigens voornemens op korte termijn in de Leidraad ter voorkoming van witwassen en financieren van terrorisme vast te (laten) leggen dat het feit dat bepaalde typen cliënten of producten een inherent verhoogd risico met zich brengen geen reden kan zijn om dit type cliënten categoriaal te weigeren.

Om de banken en andere financiële instellingen nog verder te 'helpen' heeft de demissionair-Minister van Financiën ook laten weten zich in internationaal en EU-verband in te zetten om de verhouding tussen de toegang tot het betalingsverkeer en anti-witwasregelgeving te verduidelijken alsook zal hij in de onderhandelingen voor het nieuwe anti-witwaspakket van de Europese Commissie voorstellen dat er richtlijnen worden gesteld voor effectieve en proportionele maatregelen waar financiële instellingen en toezichthouders gebruik van kunnen maken.

Het zal al met al duidelijk(er) moeten worden hoe ver een bankinstelling mag gaan in de bestrijding van het (betrokken raken bij het) risico op witwas-activiteiten en welke rotte peren daarbij wel en niet uit het mandje gegooid mogen worden.