

Juridisch kader en ervaringen in andere landen

1. Wet ter voorkoming van witwassen en financieren van terrorisme

De Wwft wordt in de brief genoemd als een van de oorzaken waarom klanten of klantgroepen problemen hebben in de toegang tot betalingsverkeer. Hieronder wordt geschetst welke rol de Wwft hierin heeft.

De Wwft vereist dat banken individueel cliëntenonderzoek doen en, indien zij een witwasrisico constateren, mitigerende maatregelen nemen. Pas als het risico, ook met mitigerende maatregelen, nog steeds te groot is, moeten banken de dienstverlening weigeren. Weigering dient ook plaats te vinden als de banken het cliëntenonderzoek niet kan afronden. In die gevallen mag geen betaalrekening worden verstrekt, of dient deze te worden opgezegd. Banken dienen het cliëntenonderzoek risicogebaseerd, maar individueel uit te voeren. Dit betekent dat zij diepgaander onderzoek moeten doen bij grotere witwasrisico's en dat oppervlakkiger onderzoek volstaat bij lagere witwasrisico's. Banken passen de risicogebaseerde benadering nog niet altijd goed toe, aldus DNB, die Wwft-toezicht houdt op banken.¹ De risicogebaseerde benadering door banken is voor verbetering vatbaar. De NVB heeft, om banken te faciliteren in de individuele risicobeoordeling die de Wwft van hen vergt, 'standaarden' gepubliceerd die handvatten bieden aan banken om de Wwft meer risicogebaseerd toe te passen. Ook heeft de NVB in een aantal gevallen sectorstandaarden opgesteld, om banken te faciliteren bij het cliëntenonderzoek voor specifieke sectoren.² De NVB zal de werking van deze sectorstandaarden in de praktijk evalueren. De evaluatie van de eerste sectorstandaard voor NPO's loopt nu en zal na de zomer afgerond zijn. Deze evaluaties worden nauwlettend door het ministerie gevolgd. Ik vind het namelijk, net als mijn voorgangers, van groot belang dat banken de risicogebaseerde benadering die de Wwft van hen vraagt, correct toepassen.³ Dat betekent dat de risico-inschatting van een klant op individueel niveau dient plaats te vinden. Dat gebeurt nu nog onvoldoende, zoals eerder genoemd. Soms worden klantgroepen op basis van de Wwft categoriaal uitgesloten.⁴ Dit volgt niet uit de Wwft.⁵ Hierdoor kan ertoe leiden dat bonafide klanten geen toegang tot het betalingsverkeer hebben. De verwachting is dat met de implementatie van de standaarden van de NVB de problemen van een deel van de sectoren geadresseerd zullen zijn, maar gezien het feit dat een (zeer) substantieel deel (in 2021 82%) van de weigeringen een andere oorzaak heeft dan de Wwft, zal een deel van de sectoren problemen blijven ervaren. Voor die groepen is een vangnet wenselijk, om te garanderen dat ook zij toegang tot een zakelijke betaalrekening hebben.

De anti-witwasrichtlijn, waar de Wwft op gebaseerd is, noemt wel factoren en omstandigheden waarin er sprake kan zijn van een lager witwasrisico en daarmee oppervlakkiger onderzoek volstaat. Eén van deze factoren, die hier relevant is, is dat er sprake kan zijn van een lager risico bij financiële producten of diensten die op passende wijze bepaalde en beperkte diensten voor bepaalde soorten cliënten omvatten, om voor financiële inclusiedoeleinden de toegang te vergroten.⁶ Dit betekent dat een klant weliswaar een mogelijk witwasrisico oplevert, maar dat door

¹ Zie "Van herstel naar balans" (DNB, september 2022), te raadplegen via <https://www.dnb.nl/algemeen-nieuws/persbericht-2022/aanpak-van-witwassen-moet-gerichter>.

² Er zijn standaarden op verschillende onderwerpen, zoals de verificatie van de *ultimate beneficial owner* (UBO) en verdiepende onderzoeksmaatregelen voor derde landen met een hoog risico. Het is aan de bank zelf om de standaarden te implementeren.

³ Kamerstukken II 2023/24, Aansluiting nr. 1751.

⁴ Kamerstukken II 2021/22, 31477, nr. 62.

⁵ Zie DNB, Q&A's en Good Practices Wwft, <https://www.dnb.nl/nieuws-voor-de-sector/toezicht-2024/resultaten-consultatie-gas-en-good-practices-wwft> en Algemene leidraad Wwft van de ministeries van Financiën en Justitie en Veiligheid en Financiën, <https://www.rijksoverheid.nl/documenten/kamerstukken/2024/04/24/algemene-leidraad-wet-ter-voorkoming-van-witwassen-en-financierieren-van-terrorisme-wwft>.

⁶ Zie bijlage II van 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 (PbEU 2015, L 141). Deze bijlage bevat een niet-limitatieve lijst van factoren en soorten bewijs van potentieel lager risico als bedoeld in artikel 16 van de richtlijn. Het gaat hier om de risicofactor

het treffen van mitigerende maatregelen toch toegang verleend kan worden tot het betalingsverkeer, ten behoeve van financiële inclusie.

2. Toelichting bij juridisch kader

Voorzieningen voor particulieren/consumenten

Op grond van de Europese betaalrekeningenrichtlijn (*Payments Accounts Directive*, PAD)⁷ hebben particulieren het recht op een basisbetaalrekening. De basisbetaalrekening omvat een aantal basisfunctionaliteiten, zoals het opnemen en storten van contant geld, het uitvoeren en ontvangen van overboekingen, en het verrichten van pinbetalingen bij een toonbankinstelling. De basisbetaalrekening fungeert als vangnet voor particulieren die rechtmatig in de Europese Unie verblijven en voor wie het openen van een reguliere betaalrekening geen optie is. In Nederland is de richtlijn geïmplementeerd in de Wet op het financieel toezicht (Wft).⁸ Daarbij is ook een limitatief aantal weigerings- en opzeggingsgronden geformuleerd. Dat is bijvoorbeeld als de bank⁹ niet kan voldoen aan Wwft-eisen, als de aanvrager niet kan aantonen een werkelijk belang te hebben, of als er sprake is van een onherroepelijke veroordeling van de aanvrager of houder van de basisbetaalrekening wegens onder andere witwassen, fraude of valsheid in geschrifte. Bij weigering of opzegging door de bank kan de aanvrager of houder een klacht indienen bij de AFM en het Kifid.

Als ook de basisbetaalrekening geen optie is, omdat er van opzeggings- of weigeringsgronden sprake is, of als de consument baat heeft bij ondersteuning door een hulpverleningsinstantie, is er nog de basisbankrekening.¹⁰ Deze voorziening heeft een basis in het Convenant Basisbankrekening uit 2001. Een vijftal Nederlandse banken is hierbij aangesloten.¹¹ De overheid is hier geen partij bij. Om voor de basisbankrekening in aanmerking te komen, moet de aanvrager, onder meer, meerjarig zijn, in Nederland wonen en zich kunnen identificeren.

Zakelijke klanten: bancaire zorgplicht

Het wettelijke recht op een basisbetaalrekening geldt, zoals gezegd, alleen voor particulieren. Sinds de Hoge Raad in 2021 het *Yin Yang*-arrest wees¹² staat vast dat op grond van hun maatschappelijke positie, ook ten aanzien van zakelijke klanten, op banken de verplichting kan rusten een betaalrekening aan te bieden dan wel te continueren. Het recht op contractsvrijheid wordt in de jurisprudentie begrensd door de bijzondere zorgplicht die banken hebben jegens derden met wie zij rekening hebben te houden. Een bank kan een gerechtvaardigd belang hebben bij het weigeren of opzeggen van een contractuele relatie. Maar een betaalrekening is noodzakelijk om deel te nemen aan het maatschappelijk verkeer. Daarom kan een bank onder bijzondere omstandigheden, als er sprake is van een onevenredigheid tussen het belang van de bank en dat van de klant, worden verplicht een contractuele relatie aan te gaan met een derde, ook als dat een zakelijke klant is.

Uit het arrest en uitspraken van lagere rechters waarin dat arrest is toegepast¹³ komt naar voren dat de aanvrager van een zakelijke betaalrekening moet kunnen onderbouwen dat diens belang voldoende zwaarwegend is. Uit de rechtspraak volgt verder dat de Wwft prevaleert boven een eventuele contracteerplicht. Ook komt naar voren dat een contracteerplicht zich beperkt tot bancaire diensten die strikt noodzakelijk zijn om maatschappelijk te functioneren, zoals een

genoemd onder 2, onderdeel d.

7

Richtlijn nr. 2014/92/EU van het Europees Parlement en de Raad van 23 juli 2014 betreffende de vergelijkbaarheid van de in verband met betaalrekeningen aangerekende vergoedingen, het overstappen naar een andere betaalrekening en de toegang tot betaalrekeningen met basisfuncties (PbEU 2014, L 257).

⁸ Artikelen 4:71f-4:71j Wft.

⁹ Het gaat dan om banken die in Nederland betaalrekeningen aanbieden aan consumenten, zie artikel 4:71f, eerste lid, Wft.

¹⁰ Zie <https://www.basisbankrekening.nl>.

¹¹ Rabobank, ING, ABN AMRO, Triodos en SNS.

¹² Hoge Raad 5 november 2021, ECLI:NL:HR:2021:1652.

¹³ Een nuttig overzicht dat hier ook is gebruikt: J. Meijerhof, "De toepassing van het Yin Yang-arrest: lessen uit de lagere rechtspraak", *Bb* 2024/9.

betaalrekening. Van een dienst als verpakt storten via *sealbags* is het oordeel dat het belang van de bank om die dienst te weigeren, gelet op de daaraan verbonden witwasrisico's, prevaleert. Een laatste punt is dat een contracteerplicht kan zien op zowel het openen van een betaalrekening voor een nieuwe klant als het blijven aanbieden van een betaalrekening aan een bestaande klant, en dat rechter daarbij dezelfde belangenafweging toepast.

Het *Yin Yang*-arrest is van grote betekenis. Daarmee is een vangnet tot ontwikkeling gekomen voor zakelijke klanten die problemen ervaren bij de toegang tot het betalingsverkeer. Tegelijkertijd gaat het hier om vrij nieuwe jurisprudentie die niet nog uitgekristalliseerd is. Zo is er nog geen duidelijke lijn onder welke omstandigheden op een bank in ieder geval de verplichting rust om een zakelijke betaalrekening aan te bieden. De vraag is ook of die duidelijkheid er zal komen. De overwegingen van de rechter zullen immers afhangen van de specifieke omstandigheden van het geval, oftewel: de casus die voorligt. Dit brengt mee dat bepaalde zakelijke klanten steeds de gang naar de rechter moeten maken om hun recht te halen, met een bepaalde mate van onzekerheid over de afloop. Dit is een contrast met particuliere klanten, die zich kunnen beroepen op door de wetgever gestelde, algemene regels en daarmee een stevigere en duidelijkere rechtspositie hebben.

3. Ervaringen in andere landen

De problemen met de toegang tot de betaalrekening voor zakelijke klanten beperken zich niet tot Nederland, zo is gebleken uit het contact dat mijn ministerie heeft gezocht met een aantal andere landen, waaronder België, Duitsland, Denemarken, Zweden en het Verenigd Koninkrijk. Het doel van deze contacten was om beter inzicht te krijgen in de specifieke uitdagingen waar andere landen in dit kader mee geconfronteerd worden en welke oplossingen zij zien.

Uit de contacten komt naar voren dat de problemen in de toegang tot het betalingsverkeer in verschillende landen spelen. Redenen voor de problemen zijn anti-witwasregelgeving, evenals commerciële en in enkele gevallen ook maatschappelijk verantwoord ondernemen (MVO)-overwegingen van banken. De sectoren die vaak getroffen worden, variëren per land en omvatten onder andere cryptoactivadienstverleners, non-profit organisaties, bedrijven met veel contante omzet, of juist bedrijven met weinig transacties. Een vaker genoemd probleem is een gebrek aan inzicht en data, waardoor het niet altijd duidelijk is wat de oorzaken zijn van de problemen met toegang tot het betalingsverkeer. Om de problemen aan te pakken hanteren de landen veelal sectorspecifieke benaderingen. Dan gaat het bijvoorbeeld om het introduceren van een vergunningplicht voor bepaalde sectoren waarna klanten uit die sectoren wel een rekening kunnen openen, de uitgifte door de overheid van informatieve brochures, en het opzetten van een dialoog tussen bepaalde sectoren, de financiële sector en de overheid. In geen van de landen, België daargelaten, is er specifieke wetgeving om te borgen dat in beginsel alle zakelijke klanten over een betaalrekening, en deze wordt ook niet overwogen.

België: wettelijke basisbetaalrekening voor zakelijke klanten

Zoals genoemd neemt België een uitzonderingspositie in. Om de problemen met de toegang tot het betalingsverkeer te adresseren, is op basis van initiatiefwetgeving het recht op een basisbetaalrekening voor zakelijke klanten wettelijk verankerd.¹⁴ Met dit vangnet kunnen zakelijke klanten die geen toegang hebben tot een reguliere rekening, mits zij voldoen aan een aantal voorwaarden, alsnog beschikken over een betaalrekening met een aantal basisdiensten. De systeemrelevante banken, en dat zijn er op dit moment zes in België, zijn verplicht om de basisbetaalrekening, tegen gereguleerde tarieven¹⁵, aan te bieden.¹⁶ De procedure hierbij is, kort

¹⁴ Zie de wet van 8 november 2020, <https://www.ejustice.just.fgov.be/eli/wet/2020/11/08/2020043673/staatsblad>. Naar aanleiding van de ervaringen in de praktijk is de wet nadien enkele keren op onderdelen aangepast, recent bij wet van 9 februari 2024, <https://www.ejustice.just.fgov.be/eli/wet/2024/02/09/2024002118/staatsblad>, en bij wet van 3 mei 2024, <https://www.ejustice.just.fgov.be/eli/wet/2024/05/03/2024005080/staatsblad>. De wet heeft nadere uitwerking gekregen in het koninklijk besluit van 16 december 2022, <https://www.ejustice.just.fgov.be/eli/bsluit/2022/12/16/2022043113/staatsblad>, dat ook nadien op een onderdeel aangepast. Zie verder over de 'basisbankdienst' voor ondernemers: <https://economie.fgov.be/nl/themas/financiele-diensten/betalingsdiensten/basisbankdienst/basisbankdienst-voor-0>.

¹⁵ Er geldt een maximumtarief van € 420 per jaar (jaarlijks te indexeren).

¹⁶ De Belgische wetgeving kent ook een *vrijwillige* basisbetaalrekening. Elke bank mag die aanbieden, zonder tussenkomst van de kamer, en hierbij gelden ook (verplichte en facultatieve) weigerings- en opzeggingsgronden.

gezegd, als volgt: wanneer een zakelijke klant door drie verschillende banken is geweigerd (of als er sprake is van één opzegging en twee weigeringen), waarbij die weigering schriftelijk en voldoende gemotiveerd moet zijn en binnen tien werkdagen na ontvangst van de aanvraag dient te zijn ontvangen¹⁷, kan de klant zich wenden tot een onafhankelijke kamer. Deze kamer onderzoekt of de klant recht heeft op de basisbetaalrekening¹⁸ en wijst, als dat het geval is, de aanbieder van de basisbetaalrekening aan. Die aanbieder, een van de grote banken, heeft dan 45 kalenderdagen om de basisbetaalrekening te verlenen.¹⁹

In een aantal gevallen kan de bank na aanwijzing door de kamer de basisbetaalrekening weigeren. Dat kan te maken hebben met de naleving van de anti-witwasregelgeving, dan wel als bepaalde personen bij die onderneming veroordeeld zijn voor bepaalde misdrijven of als de onderneming na haar aanvraag een betaalrekening rekening heeft geopend in België of een andere lidstaat waarmee zij gebruik kan maken van de diensten die de basisbetaalrekening omvat. Over de toelaatbaarheid van weigeren op basis van commerciële of MVO-overwegingen zijn geen regels gesteld. De bank moet dan dus aanbieden. Naast weigeringsgronden bevat de wet ook opzeggingsgronden. Buiten de gronden die hiervoor zijn genoemd die de bank *mutatis mutandis* kan inroepen om de basisbetaalrekening te beëindigen, gaat het om het verstrekken van onjuiste informatie en het gedurende een bepaalde periode niet gebruiken van de basisbetaalrekening. Weigering of opzegging moet schriftelijk en gemotiveerd gedaan worden, tenzij dat – kort gezegd – strijdig is met anti-witwasregelgeving. Tot slot is voorzien in klachtrecht en rechtsbescherming.

Aanvragen voor de basisbetaalrekening kunnen sinds eind februari 2023 worden ingediend. Een jaar later waren er circa 330 aanvragen gedaan, waarvan er 200 door de kamer waren afgedaan, in 112 gevallen met een positieve beslissing.

Omdat de basisbetaalrekening in België van vrij recente datum is, en dat geldt zeker voor het operationeel zijn van de kamer, is nog onvoldoende duidelijk of hiermee de problematiek volledig is opgelost. De Belgische overheid geeft wel aan dat de klantengroepen die initieel problemen hadden in de toegang tot het betalingsverkeer, deze problemen nu niet meer of in mindere mate hebben. Zij kunnen nu, als ze aan de gestelde voorwaarden voldoen, wel beschikken over een betaalrekening.

¹⁷ De motiveringsplicht geldt niet als daarmee strijdigheid zou ontstaan met, kort gezegd, anti-witwasregelgeving. Sinds een recente wetwijziging wordt het stilzwijgen van een bank gedurende een periode van vijftien werkdagen als een weigering van een aanvraag beschouwd.

¹⁸ Na het ontvankelijk verklaren van de aanvraag door de kamer, deelt deze de aanvraag mee aan de Cel voor financiële informatieverwerking, oftewel de Belgische tegenhanger van FIU-Nederland. Tot onlangs bepaalde de wet dat de kamer een aanvraag voor advies aan de Cel voor financiële informatieverwerking voorlegde, maar dat is inmiddels aangepast.

¹⁹ Indien de aanbieder geen beslissing kan nemen binnen deze termijn omwille van de verplichtingen in het kader van de anti-witwasregelgeving of de controle van de bijkomende risicobeperkende maatregelen, dient hij de onderneming en de kamer schriftelijk op de hoogte te brengen van de bijkomende termijn die hij nodig heeft. Deze bijkomende termijn mag niet meer bedragen dan 30 kalenderdagen.