

JOR 2024/11 - Zorgplicht van bank jegens derden

Gegevens

Publicatie

JOR 2024/11

Instantie

Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden

Datum uitspraak

22 augustus 2023

Datum publicatie

16 januari 2024

Annotator

dr. mr. F.M.A. 't Hart
advocaat te Amsterdam

ECLI

[ECLI:NL:GHARL:2023:7051](#)

Zaaknummer

200.316.609/01

Relevante informatie

[BW art. 6:162](#), [Wwft art. 3](#)

Noot

1. Het “allerarmste gehucht in het allerarmste gebied van Noordoost-Groningen” zo wordt de vestigingsplaats van de Stichting Innodome door de curator van deze gefailleerde stichting omschreven. Het gaat om het plaatsje Appingedam. Daarmee wordt het stadje enigszins tekortgedaan. Het stadje kent een rijke historie en is daarnaast de geboorteplaats van bekende juristen als Cleveringa (emeritus hoogleraar en voormalig lid van de Raad van State), Scheltens (emeritus hoogleraar RUL), Boltjes (oud-vicepresident van de Hoge Raad), De Savornin Lohman (oud-president van de Hoge Raad) en De Blécourt (emeritus hoogleraar RUL).

2. Uit het vijftiende faillissementsverslag van 10 januari 2023 is op te maken dat leveranciers van bouwmaterialen niet door deze stichting betaald werden. Volgens de curator is de met de bouwmaterialen gegenereerde omzet volledig in contanten door de enig bestuurder van deze stichting opgenomen. Ook zou sprake zijn geweest van onbehoorlijk bestuur en zou niet zijn voldaan aan de wettelijke boekhoudplicht. De curator van de Stichting Innodome houdt ING Bank aansprakelijk onder andere wegens schending van haar zorgplicht jegens zowel de stichting als de (gezamenlijke) crediteuren van de stichting. In eerste instantie heeft de Rechtbank Noord-Nederland de vorderingen van de curator afgewezen (Rb. Noord-Nederland 8 juni 2022, [«JOR» 2023/107](#), m.nt. Kerstens).

3. Het leerstuk van de zorgplicht die op banken rust jegens derden, laat in de rechtspraak inmiddels een tweedeling zien als het gaat om de reden waarom een bank bedacht moet zijn op eventuele onregelmatigheden van haar rekeninghouder. Tot de eerste categorie aan redenen behoort de in acht te nemen zorgplicht die eruit bestaat dat de bank in kwestie had moeten vermoeden dat haar rekeninghouder in strijd met het financieel toezichtsrecht (denk aan de markttoetredingsregels zoals de vergunningplicht maar ook de prospectusplicht) diensten verleent met gebruikmaking van de bij de bank aangehouden betaalrekening. Standaardarresten die op deze categorie aan redenen betrekking hebben, zijn onder andere HR 23 december 2005, [«JOR» 2006/20](#) (*Safe Haven*) en HR 27 november 2015, [«JOR» 2016/34](#), m.nt. 't Hart (*Van den Berg*).

4. Tot de tweede categorie behoort de in acht te nemen zorgplicht die eruit bestaat dat de bank in het verlengde van haar verplichtingen uit hoofde van anti-witwasregelgeving, had moeten vermoeden dat mogelijk sprake was van benadeling van crediteuren van de rekeninghouder, ongeacht of die crediteuren zelf cliënt zijn van de bank. Deze categorie aan redenen houdt veelal verband met mogelijke "fraude" gepleegd door de rekeninghouder zelf.

5. Voor het aannemen van een zorgplicht jegens derden is subjectieve en niet objectieve wetenschap van de bank vereist (zie ook HR 27 november 2015, [«JOR» 2016/34](#), m.nt. 't Hart en Rb. Amsterdam 1 april 2020, [ECLI:NL:RBAMS:2020:2083](#)). Het gaat erom wat de bank wist en niet wat de bank behoorde te weten. Maar wat de bank wist, is vaak niet bekend anders dan aan de bank zelf. Dit verklaart mede waarom in voorkomend geval in rechte wordt gevorderd dat de bank inzage verstrekt in de interne communicatie en/of de intern gegenereerde alerts en in het geval van de tweede hiervoor bedoelde categorie, de criteria op basis waarvan gemonitord wordt of betaaltransacties aangemerkt moeten worden als een ongebruikelijke transactie waarvoor een meldplicht geldt ingevolge [art. 16 Wwft](#). De wetenschap die een bank heeft, is immers bepalend voor het antwoord op de vraag of de bank in kwestie nader onderzoek had moeten verrichten en vervolgens had moeten ingrijpen door derden te waarschuwen en/of om de betaalrekening te blokkeren (het opschorten van de nakoming van de contractuele verplichtingen uit hoofde van de betaaldienstverlening met als gevolg dat de rekeninghouder niet meer over het saldo op de betaalrekening kan beschikken).

6. Het is immers aan de eisende partij om te voldoen aan de op haar rustende stel- en bewijsplicht dat de bank in kwestie wetenschap had van bepaalde (concrete) feiten en omstandigheden die aanleiding hadden moeten zijn om onderzoek in te stellen, nog afgezien van de vraag welke uitkomst dat onderzoek zou hebben gehad en welke (eventuele) daaruit voortvloeiende zorgplicht op de bank gerust zou hebben. Daarbij moet onderscheid gemaakt worden tussen de onderzoeksplicht van een bank voorafgaand en de onderzoeksplicht van de bank gedurende de bancaire relatie. In deze zaak verwijt de curator ING Bank haar zorgplicht te hebben geschonden door onvoldoende onderzoek te doen zowel voorafgaand als tijdens de relatie.

7. De curator stelt dat er diverse *red flags* waren die de bank had moeten opmerken en de bank hadden moeten bewegen tot het doen van onderzoek, voorafgaand aan de opening van de betaalrekening. Tot die omstandigheden behoort het jarenlange slapende bestaan van de stichting gevolgd door een aanvraag voor een betaalrekening, ingediend door de enige bestuurder die onder bewind was gesteld en kort daarvoor was veroordeeld wegens fraude. Ook de omstandigheid dat de

activiteiten werden verricht vanuit een sociale huurwoning uit een arm gehucht terwijl de bestuurder aangaf een verwachte jaarmet tot € 1 miljoen te behalen, had aanleiding moeten zijn voor nader onderzoek, hetgeen de bank niet heeft gedaan.

8. Het Hof Arnhem-Leeuwarden overweegt in deze zaak dat de bank op grond van de Wwft het UBO-register en het Extern Verwijzingsregister (EVR) had moeten raadplegen en dat ook heeft gedaan. De bank was echter – aldus het hof – niet verplicht om ook het centraal curatele- en bewindregister te raadplegen en om navraag te doen naar het eventuele strafrechtelijke verleden van de bestuurder. Evenmin had de bank zich moeten realiseren dat de opgegeven activiteiten in strijd waren met de statutaire doelomschrijving. Het huisadres noch de verwachte jaarlijkse omzet hadden de bank moeten alarmeren. Aldus komt het hof tot het oordeel dat de bank niet haar zorgplicht jegens de crediteuren van de Stichting heeft geschonden door voorafgaand aan de relatie onvoldoende onderzoek te verrichten.

9. Terecht stelt het hof grenzen aan de onderzoeksplicht die op de bank rust. Deze onderzoeksplicht wordt mijns inziens primair ingegeven door het wettelijk kader, bestaande uit de concrete onderzoeksverplichtingen uit hoofde van het in [art. 3 Wwft](#) voorgeschreven cliëntenonderzoek. Deze wettelijke verplichtingen sluiten niet ieder ander onderzoek bij voorbaat uit, maar het is dan aan de eisende partij om te stellen op grond van welke concrete omstandigheden de bank ander of verdergaand onderzoek had moeten verrichten. Een bank is immers niet gehouden om uit eigen initiatief “spontaan” onderzoek te doen naar (mogelijke) andere omstandigheden. In lijn met deze opvatting oordeelde het Hof Den Haag dat een bank niet gehouden is om voorafgaand aan haar betaaldienstverlening na te gaan of de desbetreffende rekeninghouder in staat van faillissement verkeert door onderzoek te doen bij het Centraal Faillissementsregister (zie Hof Den Haag 8 november 2022, [«JOR» 2023/74](#), m.nt. Kruijt). Kortom: de onderzoeksplicht bij het aangaan van de betaalrekening wordt begrensd door het wettelijk kader en niet op voorhand medebepaald door een zorgplicht jegens derden. De uitkomst van dit wettelijk voorgeschreven onderzoek of het feit dat de bank reeds over bepaalde kennis beschikt, kan wel aanleiding zijn tot nader onderzoek.

10. Dan de onderzoeksplicht van de bank gedurende de bancaire relatie. De curator stelt dat de bank op basis van haar post-monitoringsverplichting uit hoofde van de Wwft had moeten vermoeden dat sprake was van fraude of andere onregelmatigheden en dus had moeten ingrijpen door betaalopdrachten (vooralsnog) niet meer uit te voeren. Dit vermoeden had de bank moeten hebben vanwege de contante opnames (voor een totaalbedrag van € 162.570) die plaatsvonden vlak na iedere bijschrijving op de betaalrekening. De curator stelt dat het transactiemonitoringsstelsel van de bank waarschijnlijk en terecht een aantal alerts heeft afgegeven. De curator vordert daarom dat de bank informatie verstrekt waaruit blijkt op welke momenten door haar transactiemonitoringsstelsel alerts of meldingen zijn gegenereerd en welke dat zijn.

11. Vooropstaat dat een bank niet zonder meer gehouden is om openheid van zaken te geven omtrent het bestaan van interne alerts of om informatie te geven ten aanzien van de criteria aan de hand waarvan mogelijke ongebruikelijke transacties worden gedetecteerd. Zo oordeelde de voorzieningenrechter Rechtbank Amsterdam in een andere zaak dat de desbetreffende bank niet gehouden was tot afgifte van de interne correspondentie omtrent het al dan niet ingrijpen en dat de bank gewichtige redenen had om geen inzage te geven in de gehanteerde criteria of de toetsingsmaatstaf aan de hand waarvan betaaltransacties geselecteerd worden als mogelijke ongebruikelijke transacties (Rb. Amsterdam 20 december 2021, KG ZA 21-923). Afgifte of inzage verlenen zou betekenen dat het publiek wetenschap heeft van de desbetreffende criteria en dat zou afbreuk kunnen doen aan de effectiviteit waarmee mogelijke witwastransacties opgespoord kunnen worden.

De Rechtbank Amsterdam refereert in een recent vonnis aan het onderscheid tussen post-transactiemonitoring uit hoofde van de Wwft enerzijds en fraudemonitoring anderzijds (Rb. Amsterdam 19 juli 2023, [ECLI:NL:RBAMS:2023:4597](#)). In dit

vonnis bevestigt de rechtbank haar uitgangspunt dat een bank niet gehouden is alle transacties te monitoren met het oog op diverse (denkbare) onregelmatigheden (onder verwijzing naar haar eerdere vonnissen onder ECLI-nummers van de Rechtbank Amsterdam: 2015:9493, 2018:2984, 2018:2985, 2018:4656, 2019:29, 2020:2083, 2021:1805, 2021:2909, 2022:1142, 2022:4066, 2022:4357, 2022:5397 maar ook het Hof Amsterdam: 2019:1611). Zo overweegt de Rechtbank Amsterdam in dit vonnis *“Als een derde, die slachtoffer is geworden van fraude waar een klant van een bank aan heeft meegedaan, gemotiveerd stelt dat het fraudemonitoring systeem van de bank een alert had moeten opleveren, en vast staat dat dit niet is gebeurd, zal de bank moeten toelichten waarom het systeem geen alert gaf. Daarbij mag niet teveel van een bank gevraagd worden. Naar zijn aard draagt het openbaar maken van de instellingen van fraudemonitoring-systemen het risico in zich dat fraudeurs daar hun voordeel mee doen voor de toekomst. De bank heeft ter zitting verder toegelicht dat haar fraudemonitoring-systemen ook voortdurend worden aangepast en verfijnd en dat De Nederlandsche Bank hierop toezicht houdt.”* Dit oordeel omtrent de stelplicht brengt ons bij de vraag met welk doel de monitoring geschiedt en daarmee het relativiteitsvereiste, welke vereiste mede bepalend is voor de grenzen van de op de bank rustende onderzoeksplicht.

12. Het Hof Arnhem-Leeuwarden overweegt in dit arrest dat – kort gezegd – de Wwft niet de belangen van de rekeninghouder of diens crediteuren beoogt te beschermen. Dat betekent dat een eventuele schending van de onderzoeksplicht uit hoofde van het door de Wwft voorgeschreven cliëntenonderzoek, niet zonder meer een schending van de zorgplicht jegens derden met zich brengt. Er zijn verschillende stappen te nemen alvorens sprake is van een zorgplichtschending van de bank jegens derden, *in casu* de crediteuren van haar rekeninghouder.

13. Is eenmaal vastgesteld dat binnen de bank alerts zijn gegenereerd en welke dat zijn geweest, dan is de vraag of de bank voortvarend (tijdig dus) en voldoende diepgaand onderzoek heeft verricht. Dat onderzoek van de bank zal zich in eerste instantie richten op de vraag of mogelijk sprake is van een ongebruikelijke transactie. Zo kan het zijn dat transacties die buiten het verwachte transactiepatroon vallen (welk patroon de bank bij aanvang van de relatie moet vaststellen op grond van [art. 8 lid 3 Wwft](#)), aan een nader onderzoek worden onderworpen. De uitkomst van dat onderzoek kan zijn dat sprake is van een ongebruikelijke transactie. In dat geval zal de transactie gemeld moeten worden bij FIU-Nederland, maar niet iedere ongebruikelijke transactie – een vermoeden van witwassen of terrorismefinanciering – geeft aanleiding om te veronderstellen dat de rekeninghouder mogelijk onrechtmatig handelt jegens derden. Het College van Beroep voor het bedrijfsleven legt immers de lat voor het aannemen van een ongebruikelijke transactie relatief laag (zie CbB 17 oktober 2023, [ECLI:NL:CBB:2023:596](#), CbB 17 januari 2017 [ECLI:NL:CBB:2018:6](#) en CbB 5 november 2015, [ECLI:NL:CBB:2015:363](#)) hetgeen betekent dat dit vermoeden kennelijk niet al te gesubstantieerd dient te zijn. Overigens hoeft een vermoeden van witwassen of terrorismefinanciering geen voorwaarde te zijn voor nader onderzoek naar eventuele onregelmatigheden bij het gebruik van de betaalrekening.

14. De Hoge Raad kende in het Van den Berg-arrest, en het Hof Amsterdam in het Foot Locker-arrest, betekenis toe aan de (specifieke) deskundigheid van de bank. Zo was de deskundigheid van de bank ten aanzien van de regulering van financiële dienstverlening voor de Hoge Raad aanleiding om een onderzoeksplicht aan te nemen. En in het Foot Locker-arrest betrof die deskundigheid de bestrijding van financiële criminaliteit: *“Gelet op haar specifieke positie en deskundigheid op het terrein van financiële criminaliteit mede in samenhang met de drie interne meldingen van ongebruikelijke transacties en de inhoud van de eerste alert van 25 januari 2015, moet worden aangenomen dat ING zich bewust was van het daaraan verbonden ‘gevaar’ voor derden die grote bedragen naar die rekening overboeken, die vervolgens in vele deelbetalingen naar een buitenlandse rekening worden overgeboekt”*.

De subjectieve wetenschap vanwege gegenereerde alerts in combinatie met deze deskundigheid deed een onderzoekplicht ontstaan. En aan die onderzoeksplicht worden eisen gesteld. Zo overwoog het Hof Amsterdam in het Foot Locker-arrest dat de omstandigheden van het geval – waaronder de aard van de alerts – met zich brengen dat voortvarend onderzoek gedaan had moeten worden en dat niet kon worden volstaan met vrijblijvend uitvragen nu de schade van mogelijk onrechtmatig

handelen snel kon oplopen (Hof Amsterdam 14 mei 2019, «JOR» 2019/162, m.nt. Strijbos). Ook hier gold dat voldoende is dat de bank zich bewust was of diende te zijn van het mogelijke risico voor derden: *“Het faciliteren ervan behoort tot haar maatschappelijke functie en van haar kan verlangd worden dat zij onder de geschetste omstandigheden bedacht is op het gevaar dat ten koste van Foot Locker met de betaalrekening wordt gefraudeerd. Niet noodzakelijk is derhalve dat de bank daadwerkelijk wist van de fraude”*.

15. Het relativiteitsvereiste staat dus niet eraan in de weg dat de bank rekening houdt met de belangen van derden. Dat een bank met de belangen van derden rekening moet houden, is vanwege haar maatschappelijke positie. De mate waarin een bank bedacht moet zijn op het feit dat belangen van derden in het gedrang komen, hangt af van haar wetenschap, waaronder haar deskundigheid.

16. In deze zaak had de bank onderzoek gedaan en had de bank tot de conclusie mogen komen dat ingrijpen niet geboden was. Tot dit oordeel komt het hof nu de bank had geverifieerd of de opgegeven bedrijfsactiviteiten daadwerkelijk werden verricht en dat het geval bleek te zijn.

Zoals vaker in dergelijke zaken, kan de eisende partij niet volstaan met de stelling dat de rekeninghouder jegens derden onrechtmatig heeft gehandeld, maar dient de eisende partij vooral concreet aan te duiden op grond waarvan de bank een onderzoek had moeten initiëren naar mogelijke onregelmatigheden en op welk moment. De vraag of en hoe de bank had dienen in te grijpen is afhankelijk van de uitkomst van dit onderzoek. Dat is in deze zaak niet anders.

dr. mr. F.M.A. 't Hart

advocaat te Amsterdam