



Universiteit
Leiden
The Netherlands

Tussen contractdwang en beëindigingsplicht: de bank en haar contractvrijheid in het samenspel van publiek- en privaatrecht

Haentjens, M.

Citation

Haentjens, M. (2023). Tussen contractdwang en beëindigingsplicht: de bank en haar contractvrijheid in het samenspel van publiek- en privaatrecht. *Rechtsgeleerd Magazijn Themis*, 184(4), 225-233. Retrieved from <https://hdl.handle.net/1887/3721937>

Version: Publisher's Version
License: [Leiden University Non-exclusive license](#)
Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/3721937>

Note: To cite this publication please use the final published version (if applicable).

Tussen contractdwang en beëindigingsplicht

De bank en haar contractvrijheid in het samenspel van publiek- en privaatrecht

Prof. mr. drs. M. Haentjens*

1. Een bancaire worsteling

Vrijwel dagelijks worstelen Nederlandse banken met het samenspel tussen (publiekrechtelijke) geboden en verboden om klanten een betaalrekening aan te bieden, en de (privaatrechtelijke) contractvrijheid en bancaire zorgplicht. Deze worsteling doet zich voor ten aanzien van verschillende categorieën cliënten, met name omdat de reikwijdte van de publiekrechtelijke regels en de hardheid van de privaatrechtelijke leerstukken lang niet altijd duidelijk zijn.¹ Meer in het algemeen kan dan ook de vraag worden gesteld onder welke omstandigheden het banken is toegestaan, of wanneer zij zelfs verplicht zijn, om (potentiële) klanten te weigeren. Is het daarvoor bijvoorbeeld voldoende dat zij omstreden denkbeelden hebben? Kunnen sekswerkers, coffeeshops, casino's en cryptovalutahandelaren bij voorbaat worden geweerd als klant, ook als zij (nog) niet van een strafbaar feit worden verdacht?

Een concrete zaak waarin deze materie centraal stond was Yin Yang II.² In deze zaak draaide het om een saunaclub te Roermond, dat wil zeggen: om een 'ontmoetingscentrum volgens het concept van de *Freikörperkultur*'. De bezoekers ervan konden tegen betaling van een toegangsprijs 'gebruik maken van de in de club aanwezige voorzieningen en (tegen betaling) seks hebben met andere daarin geïnteresseerde bezoekers'.³ Na een inval door de politie en een (inmiddels geseponeerde) strafzaak heeft ING Bank N.V. (ING) een einde gemaakt aan de bankrelaties met de vennootschappen die de saunaclub dreven, te weten: Yin Yang Exploitatie B.V. en enkele andere vennootschappen (Yin Yang). Van die bankrelaties maakten deel uit: (i) een betaalrekening; en (ii) een overeenkomst voor het afstorten van contant geld. In een vijftal kortgedingprocedures vorderde Yin Yang eerst voortzetting van de bankrelaties en vervolgens (toen de beëindiging daarvan rechtmatig werd geacht) het opnieuw aangaan daarvan. De Hoge Raad bevestigde het oordeel van het hof dat ING wel gehouden was Yin Yang een betaalrekening aan te bieden, maar niet een overeenkomst voor het afstorten van contant geld. Behalve contractvrijheid speelden nog andere leerstukken een rol in deze zaak, zoals het recht op een basisbetaalrekening en de bijzondere zorgplicht van banken.

Deze bijdrage beoogt bij te dragen aan het debat over de implicaties van Yin Yang II voor de autonomie van banken en hun klanten, en zet daartoe de huidige stand van literatuur en jurisprudentie op een rijtje. Vanwege de veelzijdigheid van het onderwerp zou dat op verschillende wijzen kunnen worden georganiseerd. Hier is gekozen voor een bespreking waarin de contractvrijheid en de beperkingen daarvan het uitgangspunt zijn. Daartoe worden eerst enige algemene opmerkingen gemaakt over beperkingen van contractvrijheid, toegepast op de bancaire praktijk (paragraaf 3). Vervolgens wordt een tweetal beperkingen van contractvrijheid nader uitgewerkt: de bancaire poortwachtersfunctie (paragraaf 4) en het leerstuk van de bijzondere zorgplicht (paragraaf 5). Daarna worden deze beperkingen toegepast op het concrete geval waarin de bank verplicht is een betaalrekening aan te bieden (paragraaf 6), en de overeenkomst strekkende daartoe moet beëindigen (paragraaf 7). Afgesloten wordt met een bespreking van de afweging die moet worden gemaakt om het genoemde conflict tussen publiek- en privaatrecht op te lossen (paragraaf 8). Nu volgt echter eerst een korte, nadere analyse van dat conflict (paragraaf 2).

2. Conflicten op verschillende niveaus

Yin Yang II laat goed zien hoe op verschillende niveaus een conflict bestaat: ten eerste tussen de partijen, dat wil zeggen tussen ING enerzijds en Yin Yang anderzijds. Op dit niveau draait het om de vraag of de bank een klant dient te accepteren, of dat het haar vrijstaat haar relatie met een klant te beëindigen, althans niet opnieuw aan te gaan. Pikant in deze zaak was dat het ING weliswaar vrijstond haar relatie met Yin Yang te beëindigen, maar dat zij vervolgens toch werd verplicht Yin Yang een basisbetaalrekening aan te bieden. Op een tweede niveau betreft de zaak een conflict tussen regels van publiekrechtelijke aard, meer in het bijzonder tussen de verplichting van banken om potentiële cliënten een bankrekening aan te bieden enerzijds, en hun 'poortwachtersfunctie', dat wil zeggen hun verplichting om witwassen en het financieren van terrorisme te voorkomen en bestrijden anderzijds. Op een derde niveau betreft het een conflict tussen de reeds genoemde beginselen van burgerlijk recht, te

* Matthias Haentjens is hoogleraar burgerlijk recht aan de Universiteit Leiden en advocaat te Amsterdam. Dank is verschuldigd aan G. Wind voor zijn (student-)assistentie.

1. Zie NVB, 'Ongewenste effecten van de-risking voor klanten en banken', 2022, p. 5-6.

2. HR 5 november 2021, ECLI:NL:HR:2021:1652, NJ 2021/352 (*Yin Yang II*).

3. Hof Amsterdam 21 januari 2020, ECLI:NL:GHAMS:2020:121, r.o. 2.1 en Concl. A-G T. Hartlief, ECLI:NL:PHR:2021:239, par. 1.2, voor HR 5 november 2021, ECLI:NL:HR:2021:1652, NJ 2021/352 (*Yin Yang II*).

weten: de contractvrijheid, dat wil zeggen de vrijheid overeenkomsten aan te gaan en te beëindigen met wie men wil enerzijds, en de bancaire, bijzondere zorgplicht anderzijds.

Vanuit het perspectief van de bank kunnen de zojuist genoemde conflicten ook worden gezien als een tweetal conflicten, tussen publiekrecht enerzijds en privaatrecht anderzijds. Vanuit het bancaire perspectief betreft het immers ten eerste het conflict tussen het (publiekrechtelijke) *gebod* een betaalrekening aan te bieden enerzijds, en de (privaatrechtelijke) vrijheid rechtsrelaties te beëindigen anderzijds. Ten tweede betreft het een conflict tussen het (publiekrechtelijke) *verbod* om van zekere partijen de betalingen te faciliteren enerzijds, en de (privaatrechtelijke) vrijheid om rechtsrelaties aan te gaan met wie men wil anderzijds. Deze tweedeling tussen publiekrecht en privaatrecht is – zoals wel vaker – ook hier niet absoluut. Zo vertaalt het publiekrechtelijke gebod betaalrekeningen aan consumenten aan te bieden zich privaatrechtelijk in de zorgplicht om op grond van hetgeen volgens ongeschreven recht in het maatschappelijk verkeer betaamt, rekening te houden met de gerechtvaardigde belangen van derden. Ook op grond van de ‘maatschappelijke betamelijkheid’ kan een bank dus onder omstandigheden verplicht zijn potentiële cliënten een bankrekening aan te bieden, ook als die potentiële cliënten geen consumenten zijn.

3. Contractvrijheid: beginsel met beperkingen⁴

Vrijheid in privaatrechtelijke verhoudingen is een belangrijk element in het burgerlijk recht. Onder vrijheid versta ik hier ten eerste de vrijheid overeenkomsten te sluiten wanneer men dat wil, met wie men dat wil en naar eigen inzicht de inhoud daarvan te bepalen (contractvrijheid). ‘Zelfontplooiing door samenwerking met anderen; dat is de kern van het contractenrecht’, aldus Nieuwenhuis.⁵ Ten tweede versta ik hieronder de vrijheid naar eigen inzicht over eigen goederen te beschikken (goederenrechtelijke vrijheid).⁶

Beide vormen van vrijheid, zowel afzonderlijk als tezamen, zijn een fundamenteel beginsel van burgerlijk recht. Over contractvrijheid schreef Rutten bijvoorbeeld in zijn bewerking van de Asser-serie van 1954: ‘Dit beginsel is niet met zoveel woorden in de wet neergelegd, maar ons gehele privaatrecht is er op gebaseerd.’⁷ Dit geldt niet alleen voor het Nederlands privaatrecht. Voor alle rechtsstelsels van de Europese Unie maken de Principles of European Contract Law dit expliciet: ‘Freedom of Contract. (1) Parties are free to enter into a contract and to determine its contents, subject to the requirements of good faith and fair dealing, and the mandatory rules established by these Principles (2) (...)’.⁸

Ook voor banken geldt de contractvrijheid, zoals het hof in Yin Yang II overwoog (r.o. 3.6). Met juistheid voegde het hof onmiddellijk daaraan toe dat het recht (van banken) ‘om niet te worden verplicht een contractuele relatie aan te gaan met een ander (...) fundamenteel en zwaarwegend [is], maar (...) niet onbegrensd’. Beperkingen van de bancaire contractvrijheid hebben oude wortels. Sinds Deuteronomium 23:20 wordt de privaatrechtelijke vrijheid van bankiers *avant la lettre* immers reeds beperkt: ‘U mag geen rente vragen als u iets aan een volksgenoot leent, of het nu gaat om geld of voedsel of wat u ook maar tegen rente te leen kunt geven.’⁹ Sinds jaar en dag beperken rechter en wetgever de privaatrechtelijke vrijheid niet meer op Bijbels gezag, maar op gezag van de verdelende rechtvaardigheid (*iustitia distributiva*).¹⁰ Deze beperkingen kunnen in drie categorieën worden verdeeld.¹¹ Ik loop deze categorieën langs met voorbeelden uit de bancaire praktijk.

Ten eerste strekken beperkingen ertoe de economisch zwakkere (contractpartij) te beschermen. Ook in het huidige, Nederlands recht zijn hiervan vele voorbeelden te vinden. Zo mogen financiële dienstverleners volgens onze wetgever zich niet door hun cliënten laten betalen als die betaling ‘kennelijk onredelijk is gelet op de aard en reikwijdte van de dienstverlening’.¹² Sinds 1 januari 2013 is het financiële dienstverleners zelfs verboden enige provisie te ontvangen.¹³ In 2004 vond de Minister van

4. Deze paragraaf is gebaseerd op mijn Leidse oratie van 2014: M. Haentjens, *De autonomie van de alchemist, een beginsel van burgerlijk recht in het bankwezen*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2014, p. 13-14.
5. J.H. Nieuwenhuis, *Waartoe is het recht op aarde?*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2006, p. 92. Zo ook bijv. M.A. Loth, *Dwingend en aanvullend recht* (Mon. BW, nr. A19), Deventer: Kluwer 2009, p. 36.
6. J.H. Nieuwenhuis, *Uit de ban van hier en nu* (oratie Tilburg), Deventer: Kluwer 1980, p. 61-62 en T.H.D. Struycken, *De numerus clausus in het goederenrecht* (diss. Nijmegen), Deventer: Kluwer 2007, p. 581 en 575-578.
7. Asser-Rutten 1954, p. 28. Vgl. C.H. Sieburgh, *Tertium Datur. De niet uitgesloten derde in het burgerlijk recht* (oratie Nijmegen), Deventer: Kluwer 2004, p. 20 e.v. Zij lijkt zich te plaatsen in de lijn van Gierke en Von Jhering, waarin andere beginselen zoals het vertrouwensbeginsel op gelijke hoogte worden gesteld met het beginsel van de contractvrijheid. Zie ook Asser/Sieburgh 6-III 2022/40-64. Zie tevens hieronder, paragraaf 8. Anders bijvoorbeeld W.H. van Boom, *Privaatrecht en markt*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2020, p. 47-49. Volgens Van Boom is contractvrijheid wellicht het ‘ideaaltipe van sociale uitwisseling’, maar moet (volledige) vrijheid eerder als uitzondering dan als regel worden gezien.
8. Art. 1:102 PECL. W. Snijders, ‘Concursus creditorum en de verdelende rechtvaardigheid in het privaatrecht’, in: M.W. Hesselink, C.E. du Perron & A.F. Salomons (red.), *Privaatrecht tussen autonomie en solidariteit*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2003, p. 270 ziet dit beginsel ook uitgedrukt in art. 2-4 van het Verdrag betreffende de Europese Unie.
9. De Nieuwe Bijbelvertaling, 2007. Zie over deze passage ook J.H. Nieuwenhuis, *Het Vierspan: Eigendom, Contract, Persoon, Staat. De paardenkracht van het recht*, Zutphen: Uitgeverij Paris 2013, p. 157.
10. Vgl. Snijders 2003, p. 269.
11. Zie Loth 2009, p. 54-57.
12. Art. 86c lid 2 sub a BGfo jo. art. 4:25a Wft.
13. Art. 86c lid 1 BGfo.

Financiën een dergelijk algeheel verbod nog een ‘wel heel vergaande ingreep in de contractvrijheid’.¹⁴ De wetgever heeft thans echter gemeend dat genoemde ingrepen in de contractvrijheid noodzakelijk zijn om cliënten, over het algemeen de economisch zwakkere partij, te beschermen tegen te grote financiële risico’s en onevenredige beloningen. Om dezelfde reden gelden genoemde regels alleen als de cliënt een niet-professionele belegger is.¹⁵ De verplichting voor banken om consumenten een betaalrekening aan te bieden valt ook in deze categorie. Het ‘machtsonevenwicht’ dat tussen banken en (potentiële) particuliere cliënten bestaat, en dat wordt versterkt door de onmogelijkheid om zonder betaalrekening aan het maatschappelijk verkeer deel te nemen, dwingt banken derhalve ertoe hun een bankrekening aan te bieden.¹⁶

Ten tweede wordt de privaatrechtelijke vrijheid beperkt vanwege het algemeen belang. Het algemeen belang begrijp ik hier als het belang van de gemeenschap als geheel, ter onderscheiding van de bijzondere belangen van individuen of groepen.¹⁷ Aldus begrepen komt het algemeen belang in het privaatrecht in een veelheid aan vrijheidbeperkende bepalingen tot uitdrukking. Een sprekend voorbeeld van algemeen vermogensrecht vormt art. 3:40 lid 1 BW, op grond waarvan rechtshandelingen nietig zijn als zij in strijd zijn met ‘de goede zeden of de openbare orde’.¹⁸ Het verschil tussen deze twee laatste begrippen is niet heel precies te duiden, maar zonder twijfel vormen beide een vermogensrechtelijke vertaling van het algemeen belang.¹⁹ Als gezegd valt een heel scala aan gevallen in deze categorie: van beperkingen van de contractvrijheid wegens schending van fundamentele (menselijke) rechten, tot rechterlijke geboden wegens strijd met internationale klimaatverdragen.²⁰

Ook de categorie beperkingen vanwege het algemeen belang speelt in deze bijdrage een rol. De privaatrechtelijke vrijheid van banken wordt immers ook beperkt door de talrijke maatregelen die nationale en internationale regelgevers recentelijk hebben aangenomen ter bestrijding van witwassen en het financieren van terrorisme.²¹ Deze maatregelen kunnen banken dwingen tot het niet aangaan, of zelfs het beëindigen van overeenkomsten met het oog op het algemeen belang dat wordt gediend met de bestrijding van deze vormen van criminaliteit. Omgekeerd kan

het algemeen belang ook juist dwingen tot het aangaan van overeenkomsten. Zo overwoog de EU-wetgever ten aanzien van de verplichting tot het aanbieden van betaalrekeningen door banken: ‘De goede werking van de interne markt en de ontwikkeling van een moderne, sociaal inclusieve economie zijn steeds meer afhankelijk van de universele verlening van betalingsdiensten.’²²

Ten slotte is privaatrechtelijke vrijheid begrensd waar belangen van derden in het geding zijn.²³ Het goederenrecht bestaat daarom vooral uit dwingende regels en beperkt de vrijheid van partijen om rechten te creëren die aan derden kunnen worden tegengeworpen. Het Burgerlijk Wetboek schrijft dan ook limitatief voor welke (goederenrechtelijke) rechten kunnen worden gecreëerd (art. 3:81 lid 1 BW). Het aantal wettelijke goederenrechtelijke rechtsfiguren is bovendien beperkt. Hoewel Yin Yang in Yin Yang II stevast als ‘derde’ wordt aangeduid, speelt de categorie vrijheidbeperkingen ter bescherming van derden in mindere mate een rol in de gevallen die het onderwerp zijn van deze bijdrage. Yin Yang was immers slechts in technische zin een derde, te weten in de zin dat zij geen cliënt van ING *meer* was en dus in hun onderlinge verhouding als ‘derde’ moest worden aangemerkt. In deze bijdrage gaat het steeds over de verhouding tussen de bank en haar (potentiële) klant, en daarin spelen met name beperkingen vanwege het algemeen belang en ter bescherming van de economisch zwakkere (contractpartij) een rol. Beide categorieën komen samen in de zogeheten bancaire poortwachtersfunctie, het onderwerp van de volgende paragraaf.

4. Beperking van contractvrijheid 1: poortwachtersfunctie

Een goed voorbeeld van een beperking van de contractvrijheid van banken betreft de gevallen waarin een bank een potentiële klant een basisbetaalrekening moet aanbieden en de gevallen waarin zij dat juist niet mag. Zo bepaalt art. 4:71f van de Wet op het financieel toezicht (Wft): ‘Een bank die in Nederland betaalrekeningen aan consumenten aanbiedt, stelt consumenten die rechtmatig in de Europese Unie verblijven op verzoek in de gelegenheid een basisbetaalrekening in euro’s aan te vragen en te gebruiken, ongeacht de nationaliteit of woonplaats van de consument en ongeacht enige andere grond als bedoeld

14. *Handelingen II* 2004/05, nr. 100, p. 6387.

15. Art. 51 Vrijstellingsregeling Wft.

16. Zie I.S.J. Houben, *Contractdwang* (R&P, nr. 134) (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 2005, p. 328-331; Concl. A-G T. Hartlief, ECLI:NL:PHR:2021:239, par. 3.10, voor HR 5 november 2021, ECLI:NL:HR:2021:1652, *NJ* 2021/352 (*Yin Yang II*) en Considerans 3 Richtlijn 2014/92/EU, hieronder geciteerd. Paragraaf 6 gaat nader in op de verplichting voor banken om potentiële klanten een betaalrekening aan te bieden, welke verplichting soms (direct) uit de wet en het bestuursrecht, en soms (indirect) uit de rechtspraak en het privaatrecht voortvloeit.

17. Zie E.J. Dommering, *Algemene belangen in het burgerlijk recht* (Mon. BW, nr. A7), Deventer: Kluwer 1982, p. 2-6.

18. Vgl. Sieburgh 2004, p. 32-33. Volgens Sieburgh moet het algemeen belang als onderdeel van het contractenrecht worden gezien.

19. Zo ook Loth 2009, p. 60-62 en vgl. Asser/Sieburgh 6-III(2022)/345.

20. Vgl. Loth 2009, p. 45. Over beperking van de contractvrijheid op grond van menselijke waardigheid: Nieuwenhuis 2006, p. 27 e.v. Over de rol van het privaatrecht in de strijd tegen klimaatverandering, bijvoorbeeld A.G. Castermans, ‘Norm en sanctie bij aansprakelijkheid van ondernemingen voor toekomstige uitstoot van broeikasgassen’, *RMThemis* 2023, afl. 1 (themanummer klimaatrecht), p. 47-58.

21. Zie ook Concl. A-G T. Hartlief, ECLI:NL:PHR:2021:239, par. 3.12, voor HR 5 november 2021, ECLI:NL:HR:2021:1652, *NJ* 2021/352 (*Yin Yang II*).

22. Considerans 3 Richtlijn 2014/92/EU.

23. Asser-Rutten 1954, p. 36 identificeerde dit (nog) niet als afzonderlijke categorie: hij onderscheidde (slechts) beperking van de contractvrijheid ten gunste van bescherming van de economisch zwakkere en beperking van de contractvrijheid ten gunste van het algemeen belang.

in artikel 21 van het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie.’ Art. 4:71f Wft dwingt banken dus tot het aanbieden van een betaalrekening en daarmee roept het een verplichting tot het sluiten van een overeenkomst in het leven, hetgeen als afdwingbare verplichting in de zin van art. 3:296 lid 1 BW kan worden beschouwd.²⁴

Art. 4:71g lid 1 Wft verplicht banken om betaalrekeningen te weigeren als de desbetreffende potentiële cliënt niet kan voldoen aan haar verplichtingen uit de Wet ter voorkoming van witwassen en financieren van terrorisme (Wwft). Art. 4:71g Wft somt vervolgens een aantal omstandigheden op waaronder de bank: (i) *moet* weigeren een betaalrekening aan te bieden (lid 1); en (ii) *mag* weigeren een betaalrekening aan te bieden (lid 2). Al deze verplichtingen zijn een uitdrukking van wat de ‘poortwachtersfunctie’ van de bank is gaan heten. Zoals De Nederlandsche Bank (DNB) het formuleert: ‘Banken vervullen een spilfunctie in het financiële systeem. De wetgever heeft – in lijn met internationale verplichtingen – banken daarom als poortwachter een belangrijke rol toebedeeld in het voorkomen en bestrijden van witwassen en terrorismefinanciering.’²⁵

De bancaire poortwachtersfunctie vindt ook uitdrukking in art. 3 lid 1 Wwft, op grond waarvan een bank, kort gezegd, cliëntenonderzoek moet verrichten ter voorkoming van witwassen en financieren van terrorisme. Dat cliëntenonderzoek moet de bank in staat stellen om, kort gezegd, de cliënt te identificeren en diens identiteit te verifiëren (art. 3 lid 2 Wwft). Als dergelijke identificatie niet mogelijk is, is het een bank verboden ‘een zakelijke relatie aan te gaan met of een transactie uit te voeren voor een cliënt’ (art. 5 Wwft). De verplichting cliëntenonderzoek te verrichten is een doorlopende verplichting en moet een bank in staat stellen cliënten buiten de deur te houden van wie zij de identiteit niet kan vaststellen. Dit alles is samen te vatten als risicomanagement, een centraal begrip in de Wwft.²⁶ Op grond van art. 8 lid 2 Wwft moeten banken bij hun cliëntenonderzoek ten minste rekening houden met factoren die wijzen op een ‘inherent verhoogd risico’ op witwassen of terrorismefinanciering en die door de EU-wetgever en nationale toezichthouder(s) als zodanig zijn geïdentificeerd.²⁷ DNB heeft bijvoorbeeld ‘zakelijke vastgoedactiviteiten’ als een dergelijke risicofactor aangemerkt.²⁸

Deze aanpak door EU-wetgever en nationale toezichthouder heeft ertoe geleid dat Nederlandse banken van een aantal klanten afscheid hebben genomen, en aangenomen kan worden ook een aantal als nieuwe of terugkeren-

de klant hebben geweigerd. Persoonlijke ervaring leert dat het ook voor eerbare stichtingen die het algemeen nut beogen uiterst moeilijk is geworden hun activiteiten te ontplooiën en nieuwe betaalrekeningen te openen. De indruk is ontstaan dat banken van hele categorieën klanten afscheid hebben genomen. Recent onderzoek van DNB lijkt die indruk echter te ontkrachten; hieruit blijkt namelijk dat de vier grootste banken van Nederland ‘in 2021 van 7.700 klanten afscheid hebben genomen vanwege risico’s op witwassen of terrorismefinanciering. Van categorale uitsluiting lijkt geen sprake: deze klanten behoorden tot een groot aantal verschillende economische sectoren.’ DNB voegt daaraan toe: ‘Hoewel 7.700 absoluut gezien en in het licht van de repercussies voor de betrokken klanten een substantieel aantal vormt, betreft het tegelijkertijd slechts 0,02% van het aantal particuliere en 0,17% van het aantal zakelijke klanten van deze vier banken. Het aantal potentiële klanten dat om dezelfde reden niet is geaccepteerd, is op basis van de uitvraag niet volledig vast te stellen; een ruwe schatting komt uit op ongeveer 7.000.’²⁹

De dwingende regels van art. 4:71f en 4:71g Wft als zojuist besproken gelden wel ‘slechts’ waar de cliënt van de bank een consument is, dat wil zeggen ‘een niet in de uitoefening van zijn bedrijf of beroep handelende natuurlijke persoon aan wie een financiële onderneming een financiële dienst verleent’ (art. 1:1 Wft).³⁰ Ook de EU-wetgever heeft in de richtlijn die ten grondslag ligt aan deze bepalingen overwogen dat deze slechts van toepassing zijn op consumenten.³¹ Waar het een niet-consument betreft, bestaat kennelijk geen verplichting tot het aanbieden van een betaalrekening, althans niet een door de Wft gesancioneerde verplichting. Anderzijds heeft zowel de nationale wetgever als de EU-toezichthouder erkend dat toegang tot giraal betalingsverkeer van groot belang is, ook vanuit het perspectief van financiële inclusie.³² Mede in dat licht kan de vraag worden opgeworpen of langs privaatrechtelijke weg een verplichting tot het aanbieden van een betaalrekening ook aan niet-consumenten kan worden geconstrueerd. Dit is het onderwerp van de volgende paragraaf. Nu reeds kan worden vastgesteld dat de Wft en Wwft banken verplichtingen opleggen die bestuursrechtelijk worden gehandhaafd, maar die ook privaatrechtelijke gevolgen hebben. Banken zijn op grond van de Wft en Wwft immers niet volledig vrij in het kiezen van hun contractpartijen.

24. Vgl. M. van der Beek & H.J.Th. Kolstee, ‘Bancaire zorgplicht versus contractsvrijheid’, *MvV* 2022, afl. 6, p. 215.

25. DNB, ‘Van herstel naar balans’, 8 september 2022, p. 3.

26. C.W.M. Lieverse & M.L. Louisse, *Handboek Wwft* (O&R, nr. 111), Deventer: Wolters Kluwer 2019, par. 2.6.1 e.v. en T. Hekman, *JIN*-annotatie bij HR 5 november 2021, ECLI:NL:HR:2021:1652, *NJ* 2021/352 en *JIN* 2022/2, p. 270 (*Yin Yang II*).

27. Bijlage III van de Vierde anti-witwasrichtlijn.

28. DNB, ‘Leidraad Wwft en Sw’, versie december 2020, p. 23.

29. DNB, ‘Van herstel naar balans’, 8 september 2022, p. 4.

30. Zie ook *Kamerstukken II* 2015/16, 34480, nr. 3, p. 2 (MvT).

31. Richtlijn (EU) 2014/92, bijv. Considerans 12 derde zin.

32. *Kamerstukken II* 2015/16, 34480, nr. 3, p. 2 (MvT): ‘Dit geldt met name voor landen zoals Nederland waar contante betalingen steeds meer plaatsmaken voor giraal betalingsverkeer.’ European Banking Authority, ‘The ML/TF Risk Factors Guidelines’, 2021, p. 12, 39-40. Zie ook Van der Beek & Kolstee 2022, p. 217.

5. Beperking van contractvrijheid 2: bancaire zorgplicht

In de jurisprudentie, meer in het bijzonder in de rechtspraak van de Hoge Raad, is een specifieke, bancaire zorgvuldigheidsnorm ontwikkeld.³³ Kort gezegd betekent deze norm dat de bank in het licht van de omstandigheden van het geval een zekere mate van zorg jegens cliënten of derden dient te betrachten. Aanvankelijk strekte deze 'bijzondere' zorgplicht hoofdzakelijk ertoe cliënten te beschermen tegen het gevaar van een gebrek aan kunde en inzicht of van eigen lichtvaardigheid. De eerste 'generatie' zorgplichtjurisprudentie was namelijk tot ontwikkeling gekomen in zaken waarin consumenten optiecontracten sloten, dat wil zeggen complexe overeenkomsten met grote risico's.³⁴ De bank trad daarbij in de eerste plaats op als wederpartij en niet zozeer als opdrachtnemer van de cliënt. Sindsdien is de bancaire zorgplicht uitgebreid tot andersoortige, complexe, financiële overeenkomsten zoals effectenleasetransacties,³⁵ maar ook tot recht-toe-rechtaanovereenkomsten als kredietverlening en tot overeenkomsten met rechtspersonen (zij het dat in dergelijke gevallen de zorgplicht 'beperkt' is³⁶). Banken worden thans geacht ook jegens derden een zorgplicht te hebben.³⁷

De bancaire zorgplicht vloeit voort uit de 'maatschappelijke functie van banken' en kan zich onder meer manifesteren in 'onderzoeks-, advies-, informatie- en waarschuwingsplichten'. De inhoud en de reikwijdte van deze bijzondere zorgplicht hangen mede af van de omstandigheden van het geval, waaronder de mate van deskundigheid en relevante ervaringen van de betrokken wederpartij, de ingewikkeldheid van het product en de daaraan verbonden risico's.³⁸ De bancaire zorgplicht is dus een veelzijdige en zeer context-afhankelijke norm en is inmiddels ook aangenomen waar de bank als betaaldienstverlener optreedt.

De zaken waarin de bank als betaaldienstverlener wordt verweten haar zorgplicht te hebben geschonden betreffen hoofdzakelijk gevallen waarin de bank, kort gezegd, niet zou hebben voorkomen dat haar cliënten derden hebben benadeeld. In concreto wordt de bank dan verweten dat

zij onregelmatige betalingstransacties van frauderende cliënten niet heeft opgemerkt en vervolgens niet aan de bel heeft getrokken.³⁹ Hoewel het in deze gevallen steeds derden zijn die de bank aanspreken, is niet verwonderlijk dat juist dan een beroep op de bancaire zorgplicht wordt gedaan. In het betalingsverkeer vervullen banken namelijk van oudsher bij uitstek een centrale rol, zodat van hen een grote mate van zorg mag worden verwacht waar zij ons betalingsverkeer faciliteren. Die centrale rol staat inmiddels onder druk, doordat technologieondernemingen (zogenoemde fintechs en BigTechs) zich inmiddels ook op de betaalmarkt begeven,⁴⁰ daarbij gesteund door EU-regelgeving die dergelijke mededinging aanmoedigt.⁴¹ De Hoge Raad vond in ieder geval in 2015 nog: '[d]ie maatschappelijke functie [hangt ermee samen] dat banken een centrale rol spelen in het betalings- en effectenverkeer en de dienstverlening terzake, op die gebieden bij uitstek deskundig zijn en terzake beschikken over informatie die anderen missen. Die functie rechtvaardigt dat de zorgplicht van de bank mede strekt ter bescherming tegen lichtvaardigheid en gebrek aan kunde en niet is beperkt tot zorg jegens personen die als klant in een contractuele relatie tot de bank staan.'⁴²

De bancaire zorgplicht kan langs verschillende wegen worden gehandhaafd. Ten eerste kan de norm worden gehandhaafd langs buitencontractuele weg. De norm kan namelijk worden geacht nadere invulling te geven aan 'hetgeen volgens ongeschreven recht in het maatschappelijk verkeer betaamt' als bedoeld in art. 6:162 BW, en dus bij schending ervan aanleiding geven tot een vordering tot schadevergoeding uit onrechtmatige daad. Deze route is aangewezen waar het precontractuele verhoudingen en verhoudingen met derden betreft. Ten tweede kan de norm worden gehandhaafd langs contractuele weg. Zo is de bancaire zorgplicht met zoveel woorden neergelegd in art. 2 van de Algemene Bankvoorwaarden (ABV), die meestal van toepassing zijn in de relatie tussen bank en cliënt,⁴³ en maakt dus deel uit van de overeenkomst tussen bank en cliënt. Een schending ervan kan daarmee op de voet van art. 6:74 BW worden gehandhaafd. Daarnaast kan de norm nadere invulling geven aan de 'redelijkheid en billijkheid' als bedoeld in art. 6:248 lid 1 BW, en derhalve op die grond worden geacht deel uit te maken van

33. Over de bancaire zorgplicht is inmiddels een indrukwekkende hoeveelheid literatuur verschenen. Een rechtsvergelijkend overzicht biedt D. Busch & C.C. van Dam (red.), *A Bank's Duty of Care*, Oxford: Hart Publishing 2017.

34. HR 24 januari 1997, ECLI:NL:HR:1997:ZC2256, NJ 1997/260; HR 23 mei 1997, ECLI:NL:HR:1997:AG7238, NJ 1998/192, m.nt. C.J. van Zeben (*Rabobank/Everaars*) en HR 26 juni 1998, ECLI:NL:HR:1998:ZC2686, NJ 1998/660, m.nt. C.J. van Zeben (*Van de Klundert/Rabobank*).

35. Laatstelijk: HR 10 juni 2022, ECLI:NL:HR:2022:862, NJ 2022/242, m.nt. M. Haentjens.

36. HR 10 juli 2020, ECLI:NL:HR:2020:1276, r.o. 2.9.2 (*Promontoria*).

37. HR 9 januari 1998, ECLI:NL:HR:1998:ZC2536, r.o. 3.6.2, NJ 1999/285, m.nt. W.M. Kleijn (*MeesPierson/Ten Bos*). Vgl. D. Busch, 'De toekomst van de bijzondere zorgplicht in de financiële sector', in: D. Busch e.a. (red.), *Zorgplicht in de financiële sector* (OO&R, nr. 122), Deventer: Wolters Kluwer 2020, p. 22-23.

38. HR 10 juli 2020, ECLI:NL:HR:2020:1276, r.o. 2.9.2 (*Promontoria*).

39. Zie Van der Beek & Kolstee 2022, p. 215-216.

40. Zie bijvoorbeeld: DNB, 'Visie op betalen 2022-2025', 29 maart 2022.

41. Hierover uitgebreid J.A. Jans, *Towards a level playing field between Banks and non-Banks in the European market for electronic payments* (diss. VU), s.e. 2022.

42. HR 27 november 2015, ECLI:NL:HR:2015:3399, r.o. 4.3, NJ 2016/245, m.nt. T.F.E. Tjong Tjin Tai, waarnaar A-G T. Hartlief verwijst in zijn conclusie bij HR 5 november 2021, ECLI:NL:HR:2021:1652, NJ 2021/352, par. 3.5 (*Yin Yang II*).

43. Art. 2 ABV luidt: 'Wij hebben een zorgplicht. U bent ook zorgvuldig tegenover ons en u mag van onze dienstverlening geen misbruik maken.' Zie over de ABV in het algemeen bijvoorbeeld, F.E.J. Beekhoven van den Boezem & R.I.V.F. Bertrams, in: B. Wessels & R.H.C. Jongeneel (red.), *Algemene voorwaarden* (R&P, nr. CA1), Deventer: Wolters Kluwer 2017, p. 573-575.

de overeenkomst tussen bank en cliënt. Voor zover de bank optreedt als opdrachtnemer – en dat is het geval waar het een overeenkomst inzake een betaalrekening betreft – dient de bank-opdrachtnemer ‘de zorg van een goed opdrachtnemer’ als bedoeld in art. 7:401 BW te betrachten, en ook daarin kan de bancaire zorgplicht worden begrepen.

In Yin Yang II nam het hof vanwege de bancaire zorgplicht een contracteerplicht voor de bank aan ten aanzien van het aanbieden van een betaalrekening aan een niet-consument. Dat betekende voor de cliënt weliswaar een bevestiging van haar contractvrijheid, maar voor de bank een forse beperking van de hare. Deze beperking wordt in de volgende paragraaf verder uitgewerkt.

6. Toepassing 1: verplichting tot het aanbieden van betaalrekeningen

Het hof overwoog in Yin Yang II dat uit art. 4:71f Wft niet *a contrario* kan worden afgeleid dat een contracteerplicht voor niet-consumenten is uitgesloten. In tegendeel, het hof nam een contracteerplicht aan vanwege de ‘maatschappelijke functie’ van banken, die volgens het hof ‘een bijzondere zorgplicht mee[brengt] ten opzichte van derden met wier belangen zij rekening behoren te houden op grond van hetgeen volgens ongeschreven recht in het maatschappelijk verkeer betaamt’. Hiervoor (paragraaf 5) is reeds ingegaan op de bijzondere, dat wil zeggen bancaire zorgplicht. Waar het betaalrekeningen betreft, wordt die zorgplicht volgens het hof ingekleurd door het ‘feit van algemene bekendheid’ dat het ‘vrijwel onmogelijk is om deel te nemen aan het maatschappelijk verkeer laat staan om een bedrijf te exploiteren zonder te beschikken over een betaalrekening bij een bank’ (r.o. 3.6). De Hoge Raad maakte dit oordeel tot het zijne en overwoog: ‘Het hof heeft terecht tot uitgangspunt genomen dat op banken op grond van hun maatschappelijke positie ook ten aanzien van niet-consumenten, de verplichting kan rusten een betaalrekening aan te bieden (vgl. voor consumenten art. 4:71f Wft). Het heeft daarbij eveneens terecht zwaar laten wegen dat het zonder betaalrekening vrijwel onmogelijk is om deel te nemen aan het maatschappelijk verkeer en om een bedrijf te exploiteren.’⁴⁴

Ten aanzien van de overeenkomst op grond waarvan Yin Yang contant geld kon afstorten bestaat volgens het hof geen maatschappelijke noodzaak, althans kon het niet van ING worden gevergd daarin in dit geval te voorzien. Het hof achtte daarbij van belang het risico dat met een dergelijke overeenkomst witwassen zou worden gefaciliteerd, omdat, kort gezegd: (i) de legitimatie van klanten van Yin Yang niet werd gecontroleerd; (ii) een groot deel van de betalingen contant geschiedde; en (iii) Yin Yang opereerde ‘in de integriteitsgevoelige relaxbranche’ (r.o. 3.8). De bijzondere zorgplicht op grond waarvan het hof contractdwang heeft aangenomen voor een betaalrekening werd in dit geval derhalve opzijgezet door een toezichtrechtelijke verplichting, te weten: het voorkomen van

witwassen en terrorismefinanciering (de poortwachtersfunctie als hierboven, in paragraaf 4 beschreven).

De Hoge Raad liet ook het oordeel van het hof ten aanzien van de afstortingsovereenkomst in stand en overwoog dat: ‘het hof niet [heeft] miskend dat banken een gerechtvaardigd belang kunnen hebben om cliënten te weigeren vanwege toezichtrechtelijke eisen of integriteitsrisico’s, en dat dit belang eraan in de weg kan staan een bank te verplichten een betaalrekening aan te bieden. Het hof heeft het belang van ING in dit opzicht onderzocht en afgewogen tegen het belang van Yin Yang c.s. Het is tot de conclusie gekomen dat tussen deze belangen onevenredigheid bestaat, en dat het belang van ING in de omstandigheden van dit geval niet in de weg staat aan een verplichting tot het aanbieden van een betaalrekening (zie rov. 3.12-3.14), maar wel aan een verplichting tot het faciliteren van het storten van contant geld (rov. 3.8). Dat oordeel is niet onbegrijpelijk of onvoldoende gemotiveerd.’⁴⁵

Hierboven, in paragraaf 5, is reeds aan de orde gekomen dat de bancaire zorgplicht een context-afhankelijke norm betreft. Ook in de zaak Yin Yang II komt dit duidelijk naar voren, nu de vorderingen van Yin Yang slagen ten aanzien van het aanbieden van een betaalrekening, maar worden afgewezen ten aanzien van het aangaan van een overeenkomst voor het afstorten van contant geld. Bovendien moet kennelijk in beide situaties een afweging van belangen plaatsvinden. Die afweging is het onderwerp van de laatste paragraaf. Eerst behandelt de hiernavolgende paragraaf nog een concreet voorbeeld van een beperking van de contractvrijheid, namelijk waar het de beëindiging betreft van de overeenkomst strekkende tot het aanbieden van een betaalrekening.

7. Toepassing 2: beperkingen van de beëindigingsvrijheid

De vrijheid van partijen een bestaande overeenkomst te beëindigen is een vorm van contractvrijheid; beëindigingsvrijheid kan worden gezien als het spiegelbeeld van de vrijheid overeenkomsten aan te gaan met wie men wil. Evenzo zijn regels die partijen ertoe dwingen hun overeenkomst te beëindigen het spiegelbeeld van contractdwang, dat wil zeggen de plicht om overeenkomsten aan te gaan. In de vorige paragraaf kwamen contractdwang en meer in het bijzonder de plicht voor banken aan consumenten een betaalrekening aan te bieden aan de orde. In deze paragraaf staan de beëindigingsvrijheid en de beperkingen daarvan centraal.

Ook de beëindigingsvrijheid is namelijk niet onbegrensd, zeker niet waar het de betaalrekening betreft. Zo zijn er regels die partijen *verplichten* te beëindigen, zodat van vrijheid in die gevallen nauwelijks sprake is. Daarnaast zijn er regels die voorschrijven in welke gevallen *mag* worden beëindigd. Art. 4:71i lid 3 Wft bijvoorbeeld, schrijft voor dat een bank de overeenkomst op grond waarvan de bank een basisbetaalrekening aanbiedt mag

44. HR 5 november 2021, ECLI:NL:HR:2021:1652, r.o. 3.2, NJ 2021/352 (Yin Yang II).

45. HR 5 november 2021, ECLI:NL:HR:2021:1652, r.o. 3.3, NJ 2021/352 (Yin Yang II).

beëindigen, als de houder van de rekening: (i) onherroepelijk is veroordeeld voor de in dat artikel genoemde misdrijven; (ii) onjuiste of onvolledige informatie heeft verstrekt om toegang tot de basisbetaalrekening te verkrijgen en verstrekking van de juiste en volledige informatie ertoe zou hebben geleid dat de bank het openen van een basisbetaalrekening zou hebben geweigerd; of (iii) de basisbetaalrekening opzettelijk heeft gebruikt voor het plegen van strafbare feiten.

Ten tweede zijn er regels die partijen *verbieden* te beëindigen. Die regels zijn soms van publiekrechtelijke, en soms van privaatrechtelijke aard. Zo dwingt art. 4:71f lid 1 Wft banken om consumenten een betaalrekening aan te bieden en te laten gebruiken (mits die bank zich, kort gezegd, op de markt van consumentenbetaalrekeningen begeeft). Dat gebod impliceert een verbod op het opzeggen, door de bank, van zo'n betaalrekening. Bovendien stelt het publiekrecht eisen aan de omstandigheden waaronder mag worden beëindigd. Art. 4:71i lid 1 Wft somt een aantal omstandigheden op, op grond waarvan de bank 'de basisbetaalrekening of een raamovereenkomst waarin toegang tot een basisbetaalrekening wordt geregeld' eenzijdig mag beëindigen.⁴⁶ Dit kan bijvoorbeeld als de houder van die rekening een andere betaalrekening in Nederland heeft, niet langer rechtmatig in de Europese Unie verblijft, onherroepelijk is veroordeeld voor bepaalde misdrijven, of 'de basisbetaalrekening opzettelijk heeft gebruikt voor het plegen van strafbare feiten'. Art. 4:71i lid 2 Wft eist bovendien dat de bank, als zij voornemens is de overeenkomst te beëindigen, 'de rekeninghouder twee maanden voor de beëindiging van de overeenkomst hiervan in kennis [stelt]'.⁴⁷

Ook het privaatrecht kan eisen stellen aan de beëindiging van een betaalrekening, en soms zelfs daaraan in de weg staan. Ten eerste volgt uit art. 7:518 lid 3 jo. lid 1 BW dat beëindiging van de desbetreffende overeenkomst (slechts) is toegestaan als dat met inachtneming van een opzegtermijn van ten minste twee maanden gebeurt. Deze opzegtermijn is van semi-dwingend recht, in die zin dat zij van dwingend recht is waar het consumenten betreft, maar in geval van niet-consumenten ervan kan worden afgeweken (art. 7:550 lid 1 en lid 2 BW).⁴⁸

De desbetreffende overeenkomst kan zelf ook eisen bevatten voor de beëindiging van een betaalrekening. Zo bepalen de Algemene Bankvoorwaarden dat beide partijen de bankrelatie met inbegrip van de overeenkomst inzake de betaalrekening kunnen opzeggen, maar dat de bank dat desgevraagd met opgave van reden moet doen (art. 35 lid 2 ABV). Art. 35 lid 3 ABV bevestigt dat geldende opzegtermijnen worden nageleefd, met inbegrip (waarschijn-

lijk) van de genoemde opzegtermijn van twee maanden op grond van art. 7:518 lid 3 BW.

Ten slotte kunnen de redelijkheid en billijkheid op grond van art. 6:248 lid 2 BW aan de uitoefening van een contractuele opzeggingsbevoegdheid in de weg staan. Zo oordeelde de Hoge Raad eerder ten aanzien van de beëindiging van een kredietovereenkomst dat '(...) de beëindiging door de kredietverlener op grond van een dergelijke bevoegdheid niet rechtsgeldig is indien gebruikmaking van die bevoegdheid, gelet op de omstandigheden van het geval, naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is'.⁴⁹ Dezelfde maatstaf is aanvaard ten aanzien van de opzegging van een bankrekening.⁵⁰ Dat betekent dat de cliënt die de rechtsgeldigheid van een opzegging door de bank wil betwisten een hoge drempel moet slechten. Anderzijds brengt de bancaire zorgplicht mee dat de bank een zwaarwegend belang bij de opzegging moet hebben, mede gezien het belang van de cliënt (consument dan wel zakelijk) bij een betaalrekening. De reden voor de opzegging moet op die grond voldoende zwaarwegend zijn in verhouding tot het (over het algemeen: grote) belang van de cliënt bij de voortzetting van de relatie.

8. Afweging en afsluiting

In het voorgaande stonden centraal de contractvrijheid (waaronder begrepen ook de beëindigingsvrijheid) en de beperkingen daarvan (waaronder begrepen ook contractdwang als meest extreme vorm) ten aanzien van de overeenkomst betreffende een betaalrekening. Enigszins onderbelicht is nog gebleven hoe in een concreet geval de contractvrijheid moet worden afgewogen tegen de leerstukken die tot beperking daarvan nopen. Meer in het bijzonder is nog niet besproken onder welke omstandigheden de bank mag weigeren een betaalrekening aan te bieden aan een potentiële cliënt of haar overeenkomst met een reeds bestaande cliënt mag beëindigen, dan wel wanneer de beëindigingsplicht en contractdwang voorrang krijgen.

Vooropgesteld zij dat de privaatrechtelijke vrijheid nog steeds als uitgangspunt lijkt te gelden, al zijn uitzonderingen daarop mogelijk: 'Freiheit als Regel, von der Ausnahmen möglich sind'.⁵¹ Dit lijkt ook de benadering van Meijers te zijn geweest⁵¹ en komt naar mijn idee tot uitdrukking in de maatstaf van art. 6:248 lid 2 BW: een inbreuk op de contractvrijheid, althans het niet kunnen inroepen van een geldig, tussen partijen overeengekomen contractbeding kan volgens die bepaling immers alleen dan worden gehonoreerd als het vasthouden aan de 'tussen partijen geldende regel' onaanvaardbare gevolgen zou

46. Zie over welke diensten een 'basisbetaalrekening' behelst bijvoorbeeld I.S.J. Houben, 'Contractsvrijheid voor de bank? Opzegging van een betaalrekening', *MvV* 2020, afl. 7-8.

47. Zie ook Houben 2020, p. 290-291.

48. HR 10 oktober 2014, ECLI:NL:HR:2014:2929, r.o. 3.5.2 en 3.5.4 (*ING/de Keijzer*).

49. Hof Amsterdam 13 juli 2017, ECLI:NL:GHAMS:2017:2971. Zie ook J.W. Achterberg, 'Het spanningsveld tussen een integere bancaire sector en laagdrempelige toegang tot het betalingsverkeer', *MvV* 2011, afl. 2, p. 46.

50. Vgl. Nieuwenhuis 2006, p. 46-48.

51. Zie Loth 2009, p. 59; TM, Parl. Gesch. BW (inv. 3, 5 en 6) Boek 7 titels 1, 7, 9 en 14 1991, p. 3, onder 5 citerend: 'Slechts voor zover het algemeen belang dit vordert, worden aan deze vrijheid [dat wil zeggen: contractvrijheid; MH] grenzen gesteld.'

hebben. In een nog wat genuanceerder benadering zoals verdedigd door Gierke en Von Jhering staan andere belangen zoals het algemeen belang op gelijke hoogte met het belang van de privaatrechtelijke vrijheid.⁵² Beide opvattingen brengen mee dat het gerechtvaardigd kan zijn dat het algemeen belang of het belang een zwakkere te beschermen de voorrang krijgt boven het belang van privaatrechtelijke autonomie, maar ook dat bij een conflict tussen deze belangen steeds een afweging moet worden gemaakt. Eerder heb ik betoogd dat die afweging aan drie ‘metabeginselen’ moet voldoen: juistheid, proportionaliteit en optimalisatie, en transparantie. In concreto betekent dit dat andere belangen vóór de contractvrijheid mogen gaan als er goede redenen zijn voor beperking van die vrijheid, de vrijheid niet disproportioneel wordt beperkt en zo min mogelijk wordt beperkt, en dat de afweging expliciet wordt gemaakt. Als maatstaf voor de proportionaliteits- en optimalisatietoets geldt de mate waarin de coherentie van het rechtssysteem behouden blijft.⁵³

In de jurisprudentie over betaalrekeningen lijken rechters inderdaad steeds de contractvrijheid tegen andere belangen af te wegen volgens de zojuist genoemde metabeginselen. De Hoge Raad bevestigde in Yin Yang II dat in die zaak de belangenafweging op juiste wijze was gemaakt: ‘Het [hof] is tot de conclusie gekomen dat tussen deze belangen onevenredigheid bestaat, (...)’.⁵⁴ Ook de regering lijkt de metabeginselen te onderschrijven, in ieder geval het transparantiebeginsel: ‘In principe staat het banken als private onderneming vrij om in het kader van de contractvrijheid grenzen te stellen aan wat zij toelaatbaar gebruik van hun diensten vinden. (...) Gebruikers hebben de vrijheid en mogelijkheid om voor zichzelf te bepalen of zij die voorwaarden willen accepteren en afhankelijk daarvan al dan niet gebruik te maken van deze bank of te kiezen voor een andere bank. De banken hebben samen een maatschappelijke rol bij de toegang tot het betalingsverkeer. Het zou onwenselijk zijn als bepaalde gebruikers bij een groot aantal banken geweerd worden alleen vanwege hun uitlatingen. Het kabinet vindt het daarom, met het oog op de vrijheid van meningsuiting, van belang dat banken transparant zijn als zij actie ondernemen op basis van een overtreding van hun voorname.’⁵⁵

Men zou zich kunnen afvragen of de afweging waar het de beëindiging van een betaalrekening betreft een andere is, of zou moeten zijn dan waar het het (verplicht) aanbieden van een betaalrekening betreft. Zoals hierboven, in paragraaf 7 besproken, geldt bij beëindiging immers de maatstaf van art. 6:248 lid 2 BW, waarbij het belang van de contractvrijheid zwaar weegt, maar de bancaire zorg-

plicht nog zwaarder kan wegen. Bij het (al dan niet verplicht) aanbieden van een betaalrekening daarentegen kan art. 6:248 lid 2 BW niet van toepassing zijn, omdat in dat geval noodzakelijkerwijs nog geen sprake is van een overeenkomst en art. 6:248 lid 2 BW slechts ziet op ‘tussen partijen als gevolg van de overeenkomst geldende regel[s]’. Dat bij het (al dan niet verplicht) aanbieden van een betaalrekening art. 6:248 lid 2 BW niet van toepassing kan zijn, betekent echter niet dat de afweging een andere zou moeten zijn. De vrijheid een overeenkomst al dan niet aan te gaan is immers evengoed een vorm van contractvrijheid als het beroep doen op een reeds gesloten overeenkomst, zodat ook bij het aanbieden van een betaalrekening het belang van de contractvrijheid zwaar zou moeten wegen. Dat de afweging van belangen bij de beëindiging van een betaalrekening geen andere is, of zou moeten zijn dan de afweging bij het (verplicht) aanbieden van een betaalrekening lijkt nu ook geldend recht te zijn, omdat een andere opvatting niet uit Yin Yang II kan worden afgeleid. Ook de commentatoren zijn eensgezind op dit punt.⁵⁶

De vaststelling dat bij beoordeling van zowel een beëindiging, als het aanbieden van een betaalrekening de belangenafweging vergelijkbaar moet zijn, en dat die afweging moet voldoen aan de metabeginselen van juistheid, proportionaliteit en optimalisatie, en transparantie, geeft nog weinig houvast over welke omstandigheden in die afweging zouden moeten worden betrokken, dat wil zeggen: welke omstandigheden de belangen concretiseren (en welke niet). In Yin Yang II onderschreef de Hoge Raad de door het hof in aanmerking genomen omstandigheden:

- de mogelijke uitsluiting van deelname aan het maatschappelijk verkeer en het voortbestaan van onderneming zijn kennelijk relevante omstandigheden en kunnen doorslaggevend zijn (in het voordeel van de potentiële cliënt);
- de mogelijkheid al dan niet bij andere banken terecht te kunnen lijkt een relevante omstandigheid;
- het risico op strafrechtelijk bedreigde vergrijpen, zoals witwassen of terrorismefinanciering lijkt een relevante omstandigheid (in het voordeel van de bank). Een concrete verdenking van een delict lijkt daarbij niet vereist;
- de hoedanigheid van de cliënt, dat wil zeggen of het een consument of onderneming betreft, maakt geen wezenlijk verschil, al zou het wel gradueel relevant kunnen zijn (de consument zal op meer bescherming kunnen rekenen dan de onderneming);⁵⁷
- het verlies van vertrouwen in de cliënt door de bank is geen relevante omstandigheid; evenals
- feiten en omstandigheden die zich in het verleden hebben voorgedaan, waaronder ook de omstandig-

52. O. Gierke en R. von Jhering als samengevat door C.J.H. Jansen, ‘Tussen autonomie en solidariteit in de 19e eeuw’, in: M.W. Hesselink, C.E. du Perron & A.F. Salomons (red.), *Privaatrecht tussen autonomie en solidariteit*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2003, p. 137. In deze lijn kan ook Sieburgh 2004 worden geplaatst; zie hierboven, paragraaf 3.

53. Haentjens 2014, p. 16-18.

54. R.o. 3.3. De Hoge Raad bedoelt kennelijk dat de afgewogen belangen niet gelijkwaardig zijn, en niet zozeer dat ze disproportioneel zijn. Duidelijker zou wellicht zijn geweest als zou zijn overwogen: ‘Het [hof] is tot de conclusie gekomen dat de belangen niet even zwaar wegen, (...)’.

55. Ministers van Binnenlandse Zaken en Financiën, *Aanhangsel Handelingen II* 2020/21, nr. 4063, p. 3.

56. Vgl. annotaties C.W.M. Lieverse, *OR* 2022/21, p. 128-131 en D. Busch, *AA* 2022, p. 139-148, en Van der Beek & Kolstee 2022, p. 218.

57. Vgl. HR 10 juli 2020, ECLI:NL:HR:2020:1276 (*Promontoria*), hierboven aangehaald.

heid dat de cliënt eerder reeds een betaalrekening bij dezelfde bank had.

In algemene zin zou de Hoge Raad de belangenafweging van het hof waar het hof de relevante omstandigheden afwoog zoals die ‘zich ten tijde van de uitspraak van het hof’ voordeden, dat wil zeggen *ex nunc*. Dat valt te begrijpen, omdat Yin Yang een gebod tot continuering, en voor zover nodig herstel van de bankrelatie vorderde, en de gevolgen van dat gebod vanaf het moment van de rechterlijke uitspraak zouden worden gevoeld. Een dergelijke *ex nunc*-beoordeling lijkt een discrepantie op te leveren met de belangenafweging in geval van een beëindiging, waarbij de relevante omstandigheden moeten worden beoordeeld zoals die zich ten tijde van de beëindiging voordeden, dat wil zeggen *ex tunc*.⁵⁸ Als Yin Yang echter bijvoorbeeld een verklaring voor recht zou hebben gevorderd dat de weigering haar een betaalrekening aan te bieden onrechtmatig was, zou ook een *ex tunc*-beoordeling moeten hebben plaatsgevonden en zouden de relevante omstandigheden moeten worden afgewogen zoals die zich voordeden ten tijde van de weigering. Een verklaring voor recht kon in Yin Yang II niet worden gevraagd omdat het een kortgedingprocedure betrof, maar dit processuele perspectief verklaart en rechtvaardigt naar mijn idee de ogenschijnlijke discrepantie tussen *ex nunc*- en *ex tunc*-beoordelingen bij, respectievelijk, herstel en beëindiging van de bankrelatie. Hoe dan ook betreft deze discrepantie ‘slechts’ de omstandigheden die bij de beoordeling zouden moeten worden betrokken, en niet (zoals hierboven reeds betoogd) de te hanteren maatstaf.

Betoogd zou kunnen worden dat de afweging zoals hierboven besproken per individueel geval moet worden gemaakt vanwege de fundamentele aard van de belangen en hun mogelijk verschillend gewicht per individueel geval. Dit is ook de opvatting van rechters en toezichthouders, die zich hebben uitgesproken tegen de categorale uitsluiting van groepen cliënten van het mogen gebruiken van een bankrekening. Het wordt banken derhalve niet toegestaan hele sectoren ondernemingen bij voorbaat uit te sluiten – ook niet met een beroep op risicobeheersing en beperken van integriteitsrisico’s – en steeds moeten zij de rechtens relevante belangen per individueel geval afwegen.⁵⁹ Ook ten aanzien van cliënten uit sectoren met inherente integriteitsrisico’s zoals coffeeshops, seks-sauna’s, casino’s en crypto-valutahandelaren moet de bank dus bij elke opzegging een ‘concreet, reëel en voldoende zwaarwegend integriteitsrisico ten aanzien van het specifieke geval [aantonen]’.⁶⁰

De belangenafweging zoals hierboven besproken is niet alleen geldend recht, maar ook wenselijk. Alleen met een zorgvuldige afweging kan immers recht worden gedaan

aan het metabeginsel van proportionaliteit en optimalisatie. Een dergelijke belangenafweging leidt allicht ook tot een verminderde rechtszekerheid voor (met name) de banken. Als gezegd worstelen zij immers dagelijks met de verschillende, in paragraaf 2 beschreven conflicten. Het lijkt me dat het op de weg van de wetgever ligt om het conflict op te lossen dat zich binnen het bestuursrecht voordoet, dat wil zeggen het conflict tussen de verplichting van banken om potentiële cliënten een betaalrekening aan te bieden enerzijds, en hun ‘poortwachtersfunctie’, dat wil zeggen hun verplichting om witwassen en het financieren van terrorisme te voorkomen en bestrijden anderzijds. Concreet betekent dit dat de wetgever ook ten aanzien van ondernemingen zou moeten bepalen of zij aanspraak kunnen maken op een recht op een betaalrekening.

Een dergelijke principiële aanpak past bij overwegingen van algemeen belang. Het is echter de taak van de civiele rechter om in individuele gevallen oplossingen te bieden. Een dergelijke taakopvatting brengt mee dat de civiele rechter soms strenger, maar soms ook ruimhartiger mag zijn dan wat uit het publiekrecht rechtstreeks zou voortvloeien, ook als dat publiekrecht van Europese origine is. Dit resultaat verdraagt zich in beginsel met Europees recht, mits niet de relevante bepalingen van het Europees recht zelf daaraan niet met zoveel woorden in de weg staan.⁶¹ De genuanceerde, privaatrechtelijke aanpak is wellicht niet heel ‘rechtszeker’, maar zou wel tot rechtvaardige uitkomsten moeten leiden.⁶²

58. Zie hierover ook Houben 2020, p. 287 e.v. en Van der Beek & Kolstee 2022, p. 214.

59. Vgl. Rb. Amsterdam (vzr.) 4 november 2019, ECLI:NL:RBAMS:2019:8144 en zie Houben 2020, p. 287 en 291-292 en aldaar genoemde jurisprudentie. Zie ook Van der Beek & Kolstee 2022, p. 212, 217 en Achterberg 2011, en aldaar besproken jurisprudentie.

60. Achterberg 2011, p. 48, met rechtspraakverwijzing aldaar.

61. M. Haentjens, ‘Incoherentie verenigd. Privaatrechtelijke concepten onder druk van Europees financieel recht’, *TvPr.* (54) 2017, afl. 4, p. 1339-1393. In vergelijkbare zin, bijvoorbeeld M.W. Wallinga & A.C.W. Pijls, ‘De wisselwerking tussen Europees financieel toezichtrecht en nationaal privaatrecht’, *RMThemis* 2018, afl. 1, p. 12 e.v. Anders: D. Busch als aldaar aangehaald.

62. Vgl. (anders) Van der Beek & Kolstee 2022, p. 217.