

# Zorgplicht van banken tegenover derden

## Ontwikkelingen geïdentificeerd en uitgelegd

*Mr. K.W.G. Heesterbeek en mr. F.R.H. van der Leeuw\**

### 1 Bancaire derdenzorgplicht: de ‘standaardarresten’

Het is vaste rechtspraak dat banken een maatschappelijke functie hebben en dat uit die positie, in combinatie met de financiële deskundigheid van banken, onder omstandigheden een bijzondere zorgplicht kan voortvloeien. Nadat de bancaire zorgplicht sinds de tweede helft van de jaren negentig van de vorige eeuw met name op het gebied van beleggingsdienstverlening tot de nodige rechtspraak heeft geleid, is de zorgplicht in de loop der jaren ook op andere terreinen verder ontwikkeld, zoals kredietverlening en betaaldiensten,<sup>1</sup> en is de kring van personen die bescherming kunnen ontlenen uitgedijd van particuliere tot zakelijke en potentiële cliënten,<sup>2</sup> en tot derden met wie de bank niet in enige (pre)contractuele verhouding staat. Deze laatste categorie – de bancaire zorgplicht tegenover derden – staat in dit artikel centraal.

De bancaire zorgplicht jegens derden is gebaseerd op het algemene leerstuk van de onrechtmatige daad (art. 6:162 BW). Evenals de zorgplicht die banken in acht moeten nemen tegenover (potentiële) cliënten, heeft ook deze buitencontractuele zorgplicht tegenover derden zich voornamelijk ontwikkeld in de rechtspraak. Arresten als Safe Haven,<sup>3</sup> Befra<sup>4</sup> en Van den Berg<sup>5</sup> hebben bijgedragen aan de invulling van het leerstuk in

Nederland.<sup>6</sup> Sinds het arrest MeesPierson/Ten Bos, waarin het ging om de belangen van twee minderjarige zusjes (Ten Bos) wier moeder als vruchtgebruikster van de erfenis een dubieuze vermogensbeheerder had ingeschakeld om de erfenis te beheren, luidt de maatstaf:<sup>7</sup>

‘(...) dat de maatschappelijke functie van banken een bijzondere zorgplicht meebrengt, zowel jegens haar cliënten uit hoofde van de met hen bestaande contractuele verhouding, als ten opzichte van derden met wier belangen zij rekening behoort te houden op grond van hetgeen volgens ongeschreven recht in het maatschappelijk verkeer bestaat. De reikwijdte van die zorgplicht hangt af van de omstandigheden van het geval.’

In de arresten die volgden, waaronder Safe Haven, Befra en Van den Berg, is de hiervoor geciteerde overweging herhaald en verduidelijkt. Deze arresten hebben al de nodige pennen in

\* Mr. K.W.G. Heesterbeek is advocaat bij NautaDutilh te Amsterdam. Mr. F.R.H. van der Leeuw is advocaat bij NautaDutilh te Amsterdam. Dit artikel is afgesloten op 1 februari 2024.

1 Zie over kredietverlening o.a. HR 14 december 2018, ECLI:NL:HR:2018:2298 (Hypinvest/X c.s.) en over betaaldiensten HR 27 november 2015, ECLI:NL:HR:2015:3399, NJ 2016/245 m.nt. T.F.E. Tjong Tjin Tai (ABN Amro/Van den Berg).

2 Denk hierbij aan de vele procedures die door ondernemingen uit het midden- en kleinbedrijf zijn aangespannen tegen banken nadat zij verliezen hadden geleden op rentederivaten. Zie hierover o.a. HR 28 juni 2019, ECLI:NL:HR:2019:1046 (Boomkamp/ABN AMRO). Andere voorbeelden zijn de procedures waarin banken, met verwijzing naar de op hen rustende zorgplicht, wordt verplicht om rechtspersonen toegang te verlenen tot het girale betalingsverkeer, zie o.a. HR 5 november 2021, ECLI:NL:HR:2021:1652, JOR 2021/35 m.nt. M. van Wingerden (Yin Yang/ING).

3 HR 23 december 2005, ECLI:NL:HR:2005:AU3713, NJ 2006/289 m.nt. M.R. Mok (Safe Haven).

4 HR 8 april 2011, ECLI:NL:HR:2011:BP4023, NJ 2012/361 m.nt. G. van Solinge, JOR 2011/188 (Befra).

5 HR 27 november 2015, ECLI:NL:HR:2015:3399, NJ 2016/245 m.nt. T.F.E. Tjong Tjin Tai (ABN Amro/Van den Berg).

6 De bancaire zorgplicht tegenover derden stond ook centraal in het World Online-arrest (ECLI:NL:HR:2009:BH2162), maar omdat de rol van de bank in die zaak van een andere aard was dan in de genoemde arresten hoort dit arrest wat ons betreft niet in dit rijtje thuis.

7 HR 9 januari 1998, ECLI:NL:HR:1998:ZC2536, NJ 1999/285 m.nt. W.M. Klein, JOR 1998/116 m.nt. S.C.J.J. Kortmann (MeesPierson/Ten Bos), r.o. 3.6.2.

beweging gebracht.<sup>8</sup> Van der Leeuw en Verspyck Mijnsen<sup>9</sup> bieden een overzicht van de rechtspraak op het gebied van bancaire zorgplicht tegenover derden tot 2013. Wij concentreren ons op ontwikkelingen nadien. Beide artikelen vormen samen aldus een tweeluik dat een goed beeld geeft van de (ontwikkeling van de) rechtspraak over dit onderwerp. Met name rechtbanken en gerechtshoven hebben zich de afgelopen jaren regelmatig gebogen over de zorgplicht van banken tegenover derden.

In deze bijdrage staan wij in paragraaf 2 eerst stil bij de ontwikkelingen op het gebied van de omvang van de bancaire zorgplicht tegenover derden en bekijken wij tot welke partijen de niet-contractuele zorgplicht van banken zich uitstrekt, welke omstandigheden daarop van invloed zijn en wat het verschil is met de zorgplicht in tripartiete verhoudingen. In paragraaf 3 gaan wij in op de onderzoekspllicht die uit de buitencontractuele zorgplicht kan voortvloeien, en in paragraaf 4 op de eventuele verplichting tot het ondernemen van actie op basis van de uitkomsten van het onderzoek. Wij sluiten af met een aantal concluderende opmerkingen in paragraaf 5.

## 2 De derden met wie de bank rekening moet houden

### 2.1 De ‘afstand’ tussen de bank en de derden

Een onvermijdelijke vraag in de context van de bancaire zorgplicht tegenover derden is tot welke derden de zorgplicht zich kan uitstrekken.<sup>10</sup> Het spreekt niet aan dat een onbeperkt aantal (categorieën) partijen aanspraak kan maken op de bijzondere zorg van banken. Er moet een rechtvaardiging zijn voor het

feit dat de bank zich bepaalde belangen dient aan te trekken.<sup>11</sup> Die rechtvaardiging heeft bij de derdenzorgplicht in ieder geval geen (rechtstreekse) verbintenisrechtelijke grondslag; in de term ‘derden’ ligt besloten dat het niet gaat om cliënten van de bank.<sup>12</sup> Ook de economische betrokkenheid van een partij is geen noodzakelijke voorwaarde. Waar MeesPierson/Ten Bos nog de mogelijkheid openliet dat de bancaire zorgplicht zich alleen uitstrekt tot derden die een economisch belang hebben bij de bank-cliëntrelatie,<sup>13</sup> leren de arresten Safe Haven en Van den Berg dat onder omstandigheden ook rekening moet worden gehouden met derden die verder van de bank afstaan.<sup>14</sup> Tegelijkertijd volgt uit deze laatste twee arresten wat ons betreft ook een begrenzing van de bancaire zorgplicht tegenover niet contractueel verbonden partijen.<sup>15</sup> Wij illustreren dit aan de hand van de casus in de Van den Berg-zaak.<sup>16</sup>

Van den Berg, een particuliere rekeninghouder bij ABN AMRO, bood beleggingen aan waardoor particuliere beleggers schade ondervonden. Aan deze beleggingen was een tweeledig gevaar verbonden: ten eerste handelde Van den Berg zonder vereiste vergunning; ten tweede vormden de beleggingen een ponzizwendel, in die zin dat de eerste inleggers betaald kregen uit de inleg van de latere inleggers. Het betalingsverkeer van Van den Berg bij de bank was ongebruikelijk en grootschalig, en kenmerkte zich door betaalomschrijvingen die duiden op zijn beleggingsactiviteiten (maar niet op een ponzizwendel). Waar de Hoge Raad eerst benadrukt dat de zorgplicht ‘niet los van de omstandigheden van het geval kan worden ingevuld’, vervolgt hij ‘dat het hof zijn oordeel heeft gebaseerd op de specifieke omstandigheden van dit geval en aldus de juiste maatstaf heeft gehanteerd’. Het hof had volgens de Hoge Raad terecht meegewogen ‘dat de Bank in beginsel slechts beperkte mogelijkheden – en, naar uit rov. 32 volgt, beperkte aanleiding – had tot onderzoek buiten die rekeningen om’.<sup>17</sup> Kortom, tot de mee te wegen omstandigheden van het concrete geval behoort ook in hoeverre de bank aanleiding of mogelijkheden heeft om zich de belangen van derden aan te trekken. Het gaat erom, zo leiden wij hieruit af, dat de bank bekend is met de betrokken belangen en weet dat die belangen aan onaanvaardbare risico’s worden blootgesteld door het handelen van haar cliënt met gebruikmaking van de diensten van de bank. Dit sluit goed aan bij de Kelderluik-criteria, waarvan onderdeel is: de mate van waarschijnlijkheid dat schade zal

8 Wij verwijzen hier naar een selectie: B. Bierens, Ongerechtvaardigd verkrijgt door fraude? Over winstbejag, goedgegelovigheid en de mogelijkheid tot restitutie bij een piramidespel, *MvV* 2012, afl. 10, p. 279-286; J.C.A.T. Frima, De civiele zorgplicht van de bank jegens derden, in: R. Stijnen & R. Kruisdijk (red.), *Zorgplicht en financieel toezicht*, Deventer: Kluwer 2011, p. 43-65; C.M. Grundmann-van de Krol, *Safe Haven: een veilig toevluchtsoord voor wie?*, in: F.J.P. van den Ingh & S.C.J.J. Kortmann (red.), 10 jaar JOR alsnog geannoteerd, Den Haag: Sdu Uitgevers 2006, p. 81 e.v.; O. Klaassen & R. Veldhuijzen, *Toezicht van banken op hun klanten: waar ligt de grens?*, *FR* 2011, afl. 3, p. 59-64; A. Knigge & P.S. Bakker, *Grenzen aan de bancaire zorgplicht jegens derden*, *TvCo* 2011, afl. 1/2, p. 53-59; A.J.C.M. Meijs, *Bank, zorgplicht en derden: enkele lessen voor de bancaire praktijk*, *MvV* 2013, afl. 12, p. 349-354; D.F.H. Stein, *Relativiteit, eigen schuld en collectieve actie*. Enkele opmerkingen naar aanleiding van HR 27 november 2015, ECLI:NL:HR:2015:3399, *NJ* 2016/245 m.nt. T.F.E. Tjong Tjin Tai (Stichting Gedupeerde Beleggers/ABN Amro), *MvV* 2016, afl. 10, p. 270-277; L.A. van Amsterdam, *Ben ik mijn broeders hoeder? De bijzondere zorgplicht van banken bij beleggingsfraude nader bekeken*, *MvV* 2014, afl. 5, p. 140-144. Zie recenter A.G.F. Ancery, *Bancaire zorgplicht jegens derden*, *FRP* 2020, afl. 1, p. 48-53 en T. Hutten & S.R.F. Aarts, *Algemene fraudepreventie vanwege een bijzondere bancaire zorgplicht?*, *FR* 2024, afl. 1/2, p. 6-15.

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

10 Zie hierover ook Van der Leeuw & Verspyck Mijnsen 2013, p. 610.

11 Vgl. J.M. Smits, *Aansprakelijkheid voor aan derden verschaft informatie*, in: R.P.J.L. Tjittes & M.A. Blom (red.), *Bank & aansprakelijkheid* (Recht en Praktijk nr. 95), Deventer: Kluwer 1996, p. 91 e.v. Zie ook Hutten & Aarts 2024.

12 C.E. du Perron, *Overeenkomst en derden* (diss. Amsterdam UvA), Deventer: Kluwer 1999.

13 Dit werd o.a. naar voren gebracht door Kortmann in zijn annotatie bij het arrest (JOR 1998/116).

14 In deze zaken ging het om achterliggende beleggers, van wie de bank wist dat in ieder geval een aantal van hen ondeskundig was.

15 Zie hierover ook Van der Leeuw & Verspyck Mijnsen 2013, p. 614.

16 HR 27 november 2015, ECLI:NL:HR:2015:3399, *NJ* 2016/245 m.nt. T.F.E. Tjong Tjin Tai (ABN Amro/Van den Berg).

17 HR 27 november 2015, ECLI:NL:HR:2015:3399, *NJ* 2016/245 m.nt. T.F.E. Tjong Tjin Tai (ABN Amro/Van den Berg), r.o. 5.1.

ontstaan.<sup>18</sup> De bancaire zorgplicht strekt zich dan ook niet uit tot wat ‘vierden’ zouden kunnen worden genoemd, ook niet als zij gebaat waren geweest bij het voortvarend(er) handelen van de bank. Wij kunnen dit criterium van ‘voldoende betrokkenheid’ onderschrijven. Het is niet wenselijk dat een bank tegenover iedere willekeurige niet-contractspartij voortdurend moet beoordelen of de omstandigheden van het geval een zorgplicht activeren en hoe deze zorgplicht zich verhoudt tot de contractuele zorgplicht die eveneens onverkort blijft gelden. Bovendien is het lastig, wellicht zelfs onmogelijk, om rekening te houden met belangen die niet bekend zijn.<sup>19</sup>

Zowel hogere als lagere rechtspraak volgt deze benadering. Tot op heden zien wij in de rechtspraak niet terug dat een buitencontractuele zorgplicht wordt aangenomen ten opzichte van partijen die niet (voldoende direct) bij het handelen van de bank betrokken zijn.<sup>20</sup> Ter illustratie kan het arrest dienen van het gerechtshof ’s-Hertogenbosch in de zaak Gemeente Heerlen/ING.<sup>21</sup> In deze zaak ging het om een projectcoördinator die EU-subsidies ontving op zijn rekening-courant bij ING. Hij was verplicht de ontvangen subsidies door te betalen aan de gemeente Heerlen, maar deed dat niet. De projectcoördinator ging failliet en de gemeente Heerlen verweet de bank een zorgplichtschending, die eruit bestond dat ING wist van de stortingen door de EU en dat haar cliënt (de projectcoördinator) de subsidiegelden van de EU oneigenlijk en in strijd met de EU-contracten gebruikte als eigen werkkapitaal. Op grond van die kennis had de bank maatregelen moeten treffen om schade bij de gemeente te voorkomen, aldus de gemeente. Het hof wees de vordering af, omdat niet vaststond dat de bank wist van de betrokkenheid van de gemeente Heerlen en de gemeente onvoldoende had onderbouwd dat ING voorafgaand aan of ten tijde van de stortingen wist dat het ging om een sub-

sidie die (op korte termijn) moest worden doorbetaald aan een derde (in casu de gemeente). Omdat de bank niet wist van de betrokken belangen van de derde, kon niet worden verwacht dat de bank actie ondernam om het risico van mogelijke aanwending van subsidies voor andere doeleinden te beperken.<sup>22</sup> Met andere woorden: de ‘afstand’ tussen de bank en de benadeelde partij was te groot om een zorgplicht in het leven te roepen.

## *2.2 De zorgplicht tegenover professionele derden en onvoorzichtige derden*

Aan de civielrechtelijke zorgplicht is inherent dat de mate waarin de bank een meer of minder vergaande zorgplicht heeft, wordt bepaald door de omstandigheden van het geval, waaronder de professionaliteit en deskundigheid van de andere partijen, de complexiteit van het product of de dienstverlening en de daaraan verbonden risico’s en de toepasselijke toezichtrechtelijke (gedrags)regels. Op basis van dit uitgangspunt mag worden verwacht dat banken in beginsel een minder vergaande zorgplicht hebben tegenover professioneel of commercieel handelende partijen waarvan een zekere mate van zelfredzaamheid mag worden verwacht, dan ten opzichte van consumenten.<sup>23</sup> De Hoge Raad heeft dit uitgangspunt bevestigd in de relatie tussen een bank en haar cliënten. Dit sluit ook aan bij het algemene aansprakelijkheidsrecht, waar wordt aanvaard dat de hoedanigheid en deskundigheid van de benadeelde de buitencontractuele zorgplicht invullen, zowel bij de beoordeling van de onrechtmatigheid als bij het ‘eigen schuld’-leerstuk.

Opvallend is dat in de lagere rechtspraak – anders dan in de (contractuele) relatie bank-clieënt, waar de professionaliteit en deskundigheid van de andere partij een belangrijke beperking kunnen vormen voor wat van de bank mag worden verwacht<sup>24</sup> – in relatie tot derden lijkt te worden gekozen voor een ruimere benadering. Een belangrijk element daarbij is dat sprake is van een ander type informatieasymmetrie: een professionele of commerciële partij weet vaak niet dat sprake is van illegaal handelen of van fraude; is een bank wel van het illegale handelen of de fraude op de hoogte, dan kan van haar worden verwacht dat ze iets doet. In het kader van de derden-

18 HR 5 november 1965, ECLI:NL:HR:1965:AB7079, NJ 1966/136 m.nt. G.J. Scholten. (Kelderluik). Uit deze algemene gevaarzettingsrecht-spraak volgt dat men een ander niet aan een groter risico mag blootstellen dan onder de gegeven omstandigheden redelijkerwijs verantwoord is. Om te beoordelen of deze norm is geschonden, is een weging van de zogenoemde Kelderluik-criteria nodig. Belangrijk is daarbij dat men in de regel enig risico mag nemen. Anders gezegd: niet iedere kans op voorzienbare schade verplicht tot het treffen van maatregelen.

19 Vgl. HR 27 januari 1984, ECLI:NL:HR:1984:AG4748, NJ 1984/536 m.nt. W.C.L. van der Grinten (Verstekeling), waarin de aansprakelijkheid van de bestuurder, Van den Akker, werd verworpen op de grond dat deze niet bedacht hoefde te zijn op de aanwezigheid van mensen in de laadruimte van zijn auto, en in zijn verkeersgedrag dus ook niet met eventueel daaraan verbonden gevaren voor het welzijn van deze mensen rekening behoeft te houden.

20 A-G Snijders lijkt hier meer ruimte te zien. In zijn conclusie (ECLI:NL:PHR:2024:35, ten behoeve van het cassatieberoep ingesteld tegen ECLI:NL:GHDHA:2022:2274) merkt Snijders op dat het volgens hem niet zo is dat de bank al aansprakelijk is jegens derden voor iedere steek die zij bij een controle uit hoofde van de Wwft laat vallen, maar dat er wel sprake kan zijn van aansprakelijkheid als de bank verwijtbaar tekortschiet in haar Wwft-taak als zodanig, dat wil zeggen, als de bank naar zij weet of moet begrijpen (duidelijk) onvoldoende doet ter vervulling van die taak (dus: er wat betreft de controle als geheel ‘met de pet naar gooit’, naar zij weet of moet begrijpen). De Hoge Raad heeft bij het ter perse gaan van dit artikel nog geen arrest gewezen.

21 Hof ’s-Hertogenbosch 1 februari 2022, ECLI:NL:GHSHE:2022:245.

22 Hof ’s-Hertogenbosch 1 februari 2022, ECLI:NL:GHSHE:2022:245, r.o. 6.6.3.

23 In eenzelfde zin: concl. A-G M.H. Wissink, ECLI:NL:PHR:2017:1057, bij HR 1 december 2017, ECLI:NL:HR:2017:3055 (Gerann/Rabobank).

24 Ook in recente rechtspraak wordt geregeld betekenis toegekend aan de professionaliteit van de eisende partij, zie o.a. Rb. Amsterdam 7 september 2022, ECLI:NL:RBAMS:2022:5327, Rb. Amsterdam 20 juli 2022, ECLI:NL:RBAMS:2022:4306, Rb. Amsterdam 2 mei 2022, ECLI:NL:RBAMS:2022:8045, Rb. Amsterdam 20 oktober 2021, ECLI:NL:RBAMS:2021:8045, Rb. Midden-Nederland 9 december 2021, ECLI:NL:RBMNE:2021:5891, Rb. Amsterdam 29 september 2021, ECLI:NL:RBAMS:2021:5325, Rb. Amsterdam 14 juni 2021, ECLI:NL:RBAMS:2021:3422, Rb. Amsterdam 17 augustus 2021, ECLI:NL:RBAMS:2021:2524 en Rb. Amsterdam 12 augustus 2020, ECLI:NL:RBAMS:2020:4130. Zie ook Hof Amsterdam 17 augustus 2021, ECLI:NL:GHAMS:2021:2524 en Hof Amsterdam 12 mei 2020, ECLI:NL:GHAMS:2020:1345.

zorgplicht is dan ook verschillende keren aangenomen dat banken zich ook de belangen van professionele partijen dienen aan te trekken, ongeacht de mate van onoplettendheid, onvoorzichtigheid of roekeloosheid die het slachtoffer te verwijten valt. Een sprekend voorbeeld is de zaak RBS/ISG.<sup>25</sup> In deze zaak ging het om de wereldwijd opererende professionele investeringsonderneming International Strategies Group (hierna: ISG). ISG nam voor miljoenen dollars deel aan een beleggingsprogramma van Corporation of the Bankhouse Inc. (hierna: COB). Het beleggingsprogramma was volgens COB, zo had ISG begrepen, gericht op regulering van de beschikbaarheid van dollars in het internationale verkeer door vermogende partijen voor korte periodes grote hoeveelheden dollars te laten vastzetten bij erkende bankinstellingen tegen een hoge rentevergoeding.<sup>26</sup> In het kader van dit programma maakten investeerders als ISG grote bedragen over naar rekeningen die COB aanhield bij de bank. Een medewerker van COB sluisde een deel van deze bedragen vervolgens weg naar zijn privérekening. De afdeling veiligheidszaken van de bank zag in de overboeking naar een privérekening aanleiding voor een onderzoek. Op basis van de uitkomst van het onderzoek beëindigde de bank de relatie met COB, maar informeerde ISG daar niet over. ISG stelde de bank aansprakelijk. Volgens het hof behoorde ISG tot de kring van derden met wier belangen de bank rekening moest houden. De bank voerde aan dat de betreffende zorgplicht niet geldt ten opzichte van professionele partijen als ISG. Het hof verwierp dit verweer.<sup>27</sup>

‘Uit de Wet financieel toezicht volgt weliswaar dat rechtspersonen met een bepaalde (grote) omvang worden geacht zelf de benodigde financiële beslissingen te nemen en zelf te kunnen inschatten wanneer zij daarvoor nader advies moeten vragen bij een financiële instelling, maar dat betekent niet dat de Bank ten opzichte van ISG en Danstruplund geen zorgplicht heeft indien zij op de hoogte raakt van onregelmatigheden door COB, terwijl zij weet dat de belangen van ISG en Danstruplund daarmee zijn gemoeid. De omstandigheid dat ISG en Danstruplund professionele partijen zijn weegt als omstandigheid mee bij de invulling van de zorgplicht, maar vormt geen grond om de zorgplicht geheel teniet te doen, in elk geval niet bij bekendheid van de Bank met onregelmatigheden als andere mee te wegen omstandigheid.’

Ook wordt in de lagere rechtspraak geregeld verwezen naar de zaak ING/Foot Locker.<sup>28</sup> In deze zaak ging het om de fraudeerende eenmanszaak Ups, een naam die eenvoudig te verwarren valt met de naam van de bezorgdienst UPS. Drie weken na oprichting deed Ups een verzoek aan Foot Locker om de reke-

ningen van UPS (de bezorgdienst) voortaan te voldoen op een door Ups bij ING aangehouden rekening. Vanaf dat moment voldeed Foot Locker de werkelijke facturen die UPS wekelijks aan Foot Locker stuurde door overboeking naar de ING-rekening die op naam stond van Ups (de fraudeur). Foot Locker vond dat ING niet (tijdig) had ingegrepen en stelde ING aansprakelijk voor de schade. ING betoogde dat op haar geen zorgplicht jegens Foot Locker rustte, nu Foot Locker een grote professionele organisatie is, die bovendien zelf onzorgvuldig heeft gehandeld. Het hof verwierp dit standpunt, waarbij naar onze mening een belangrijke rol speelde dat sprake was van een patroon van ongebruikelijke transacties waarvan ING diverse interne meldingen had ontvangen, en die omstandigheden op enig moment de verdenkingen van fraude zo concreet maakten dat ING naar het oordeel van het hof moest ingrijpen.<sup>29</sup> Niettemin is onder verwijzing naar deze zaak bij herhaling aangenomen dat de zorgplicht niet bij voorbaat is beperkt tot specifieke derden en zich in beginsel dus ook kan uitstrekken tot partijen die weliswaar niet professioneel zijn in de zin van de Wet op het financieel toezicht (Wft), maar die wel handelen in het kader van een commerciële bedrijfsuitoefening, ongeacht de mate van onoplettendheid of roekeloosheid. Deze onderwerpen kunnen wel een rol spelen in de oordeelsvorming van de rechter, maar komen pas aan de orde bij het bepalen van de omvang van de schade, namelijk bij de weging van eigen schuld (art. 6:101 BW).<sup>30</sup>

In de sleutel van de informatieasymmetrie tussen de bank enerzijds en de grote professionele of commerciële partij anderzijds kunnen wij deze benadering begrijpen: de bank is zich bewust van signalen, die niet of onvoldoende bekend zijn bij de (goedgelovige) professionele of commerciële partij. De norm beschermt tegen de beschikbaarheid van dergelijke ongelijke informatie. Wel moet in het oog worden gehouden dat een benadeelde zich in beginsel niet kan ‘onttrekken’ aan de bescherming van een norm door zich onbehoorlijk te gedragen.<sup>31</sup> Ook is belangrijk telkens te bezien of de toets ter beantwoording van de vraag of er op de bank jegens een professionele derde partij een andere zorgplicht rust dan jegens een niet-professionele derde partij niet te zeer uiteen gaat lopen van de situatie waarin het gaat om een (niet-)professionele cli-

25 Hof Den Haag 25 september 2018, ECLI:NL:GHDHA:2018:2417 (RBS/ISG).

26 Ook andere grote partijen namen deel aan het programma, zoals bijv. Danstruplund.

27 Hof Den Haag 25 september 2018, ECLI:NL:GHDHA:2018:2417 (RBS/ISG), r.o. 9.4.

28 Hof Amsterdam 14 mei 2019, ECLI:NL:GHAMS:2019:1611, JOR 2019/162 m.nt. F.P.C. Strijbos (ING/Foot Locker).

29 Hof Amsterdam 14 mei 2019, ECLI:NL:GHAMS:2019:1611, JOR 2019/162 m.nt. F.P.C. Strijbos (ING/Foot Locker), r.o. 2.6 en 2.18.

30 Zie bijv. Rb. Amsterdam 13 juli 2022, ECLI:NL:RBAMS:2022:4357. Dit dus in tegenstelling tot het oordeel van het gerechtshof Den Haag in de RBS/ISG-zaak, waar werd geoordeeld dat de professionaliteit ook een rol speelt bij de invulling van de zorgplicht en daarmee de norm kan raken (geen waarschuwingsplicht, wel een informatieplicht).

31 Daarbij kan het gaan om gelijke normschending door de benadeelde (zogenoeten ‘in pari delicto’-gevallen), maar ook om onvoorzichtigheid of onzorgvuldigheid zonder dat sprake is van een normschending. Dit zal slechts in zeer uitzonderlijke omstandigheden aan de orde zijn, zie bijv. Hof Den Haag 24 februari 2016, ECLI:NL:GHDHA:2015:1097. Zie uitgebreider over de dogmatische inpassing van omstandigheden aan de zijde van de benadeelde in het leerstuk van de civielrechtelijke zorgplicht Stein 2016.



ent, uiteraard tenzij er voor dit verschil een goede reden bestaat.<sup>32</sup>

### 2.3 Tripartiete beleggingsrelaties

Van de casusposities die wij hierboven hebben geschetst, moet de zogeheten tripartiete beleggingsrelatie worden onderscheiden.<sup>33</sup> In dat geval staat niet de zorgplicht *jegens* de derden centraal, maar de zorgplicht *vanwege de betrokkenheid van* een derde (bijvoorbeeld een externe vermogensbeheerder of adviseur). Deze zorgplicht in tripartiete relaties valt buiten de reikwijdte van de rechtspraak over de derdenzorgplicht. De vraag of er in een tripartiete relatie sprake is van een (bijzondere) zorgplicht is namelijk geen andere dan de vraag naar de reikwijdte van de zorgplicht van de bank jegens de cliënt. Het antwoord daarop is gelegen in de specifieke omstandigheden van het geval, waarbij in de regel groot gewicht toekomt aan de aard van de tripartiete relatie.<sup>34</sup>

Een typisch tripartiete relatie was aan de orde in de zaak IGB.<sup>35</sup> Betrokken partijen waren (1) een particuliere belegger, (2) een depotbank (IGB) en (3) een vermogensbeheerder (Attica) die het 'vrije hand'-vermogensbeheer voerde over de effectenportefeuille van de belegger en in dat kader orders gaf aan de bank. De vermogensbeheerder gaf opdracht het vermogen vrijwel geheel te beleggen in *hedge funds* van in het buitenland gevestigde beleggingsinstellingen die niet over een vergunning van de AFM beschikten, en die niet pasten bij het risicoprofiel van de belegger in kwestie. De beleggingen resulteerden in aanzienlijke verliezen. De vermogensbeheerder ging failliet en de belegger sprak de bank aan op de grond dat de bank haar zorgplicht had geschonden door klakkeloos de orders van de vermogensbeheerder uit te voeren. Het hof stelt voorop dat de zorgplicht van de bank in dit soort relaties beperkt is, maar meent wel dat de bank die beperkte zorgplicht in dit geval heeft geschonden door actief te hebben meegewerkt aan een feitelijke gang van zaken, waarbij de bank (a) het wettelijk aanbodingsverbod overtrad, (b) bewerkstelligde dat beleggers in Nederland (indirect) in risicovolle hedge funds belegden, terwijl de bank er ernstig rekening mee moest houden dat het ging om niet-professionele beleggers en daarnaar desondanks geen onderzoek heeft gedaan, en (c) geen open kaart speelde

richting de fondsen (door te verklaren dat werd belegd namens de vermogensbeheerder), terwijl zij (d) niet was nagegaan of verkrijging van de deelnemingsrechten ook mogelijk zou zijn geweest indien zij wel open kaart had gespeeld bij de fondsen. Door onder die omstandigheden zo te handelen heeft IGB haar bijzondere zorgplicht als bank jegens de betreffende belegger geschonden. Overigens ging het hof niet zo ver dat onderdeel van de zorgplicht is dat op de bank ook een waarschuwingsplicht rustte. Uit de aard van de tripartiete relatie mocht de bank er volgens het hof op vertrouwen dat de beleggers, waar nodig, werden gewaarschuwd door hun vermogensbeheerder.

Doorslaggevend voor het oordeel dat de bank in de IGB-zaak haar in beginsel slechts beperkte zorgplicht toch had geschonden, lijkt dat de bank een actieve rol had gespeeld bij de schadeveroorzakende feiten. Een bank kan haar (beperkte) zorgplicht dus kennelijk schenden als zij weet of dient te weten dat de voorgenomen belegging niet past bij het risicoprofiel van de cliënt, terwijl de bank ook weet dat die cliënt het beheer van de effectenportefeuille volledig uit handen heeft gegeven aan een professionele vermogensbeheerder en er bovendien op mag vertrouwen dat die vermogensbeheerder de cliënt waarschuwt voor aan bepaalde beleggingen verbonden risico's. Hoewel de bijzondere omstandigheden zeker een rol hebben gespeeld in dit eindoordeel, waaronder de kenbare samenhang van de overeenkomsten tussen enerzijds de bank en de vermogensbeheerder en anderzijds de vermogensbeheerder en de belegger, komt dit oordeel in wezen neer op een onderzoeksplicht ten aanzien van de passendheid van de ontvangen orders. 't Hart stelt in zijn annotatie bij het arrest dan ook terecht de vraag hoe dit zich verhoudt tot art. 4:24 Wft (het ken-uw-client-vereiste).<sup>36</sup> Dit artikel bepaalt immers dat een bank alleen informatie hoeft in te winnen over de kennis en de ervaring van de cliënt op het moment dat zij andere beleggingsdiensten verleent dan het beheren van een individueel vermogen en daarbij geen adviesdiensten verleent. In aanvulling daarop vragen wij ons af hoe het arrest zich verhoudt tot art. 4:25c Wft. Dit artikel bepaalt dat de ontvangende beleggingsonderneming (1) *kan* vertrouwen op de cliëntgegevens die worden verstrekt door de opdrachtgevende beleggingsonderneming, en (2) erop *mag* vertrouwen dat het aan de cliënt verstrekte advies over financiële instrumenten of de voorgestelde wijze van het beheer van het individuele vermogen van de cliënt overeenkomt met hetgeen bij of krachtens de Wft daaromtrent is bepaald. Duidelijk is dat de ontvangende partij – in casu de depotbank – niet nogmaals de gegevens van de cliënt hoeft in te winnen voordat de betrokken dienst wordt verleend.<sup>37</sup> Wij menen dan ook dat – in een tripartiete relatie – een (depot)bank niet snel bekend kan worden geacht met het feit dat bepaalde uit te voeren orders niet passen bij het risicoprofiel van de cliënt. De bank zal op de hoogte moeten zijn

32 Overigens is een volledige afwezigheid van een zorgplicht ten aanzien van professionele of bedrijfs- of beroepsmatig handelende partijen niet aanemelijk, gelet op de civielrechtelijke rechtspraak en de (gedrags)normen uit het financieel toezichtrecht. De (gedrags)normen uit het financieel toezichtrecht strekken – zij het in beperktere mate – ook weleens tot bescherming van professionele partijen. Nu deze normen een implementatie zijn van Europese normen die strekken tot maximale harmonisatie (in het bijzonder MiFID en MiFID II) is verdedigbaar dat afwijking van deze normen niet mogelijk is in de civielrechtelijke rechtspraak. Zie over deze discussie o.a. D. Busch, De invloed van het Europees financieel toezichtrecht op het Nederlands privaatrecht, WPNR 2017, afl. 7175, p. 1011-1019.

33 Van der Leeuw & Verspyck Mijnsen 2013, p. 616.

34 Zie o.a. Hof Arnhem 11 januari 2013, ECLI:NL:GHARL:2013:BY8213 (X en Y/SNS Bank).

35 Hof Amsterdam 16 juli 2019, ECLI:NL:GHAMS:2019:2553, JOR 2019/280 m.nt. F.M.A. 't Hart.

36 JOR 2019/280, nrs. 10 t/m 12.

37 Zie uitgebreider over art. 4:25c Wft C.M. Grundmann-van de Krol, Koersen door de Wet op het financieel toezicht (deel 4), Den Haag: Boom juridisch 2021/471.

van bijzondere omstandigheden die rechtvaardigen dat zij een bijzondere zorgplicht in acht moet nemen tegenover de belegger.<sup>38</sup>

### 3 De onderzoeksplicht

#### 3.1 Alleen een onderzoeksplicht bij gevaarsbewustzijn

In het Van den Berg-arrest stond ook centraal de invulling van de maatstaf voor het vereiste gevaarsbewustzijn van de bank: als normatief of daadwerkelijk gevaarsbewustzijn of generiek of specifiek gevaarsbewustzijn? In cassatie klaagde de bank dat het hof reeds een zorgplicht had aangenomen op basis van het normatieve of geobjectiveerde gevaarsbewustzijn, oftewel dat de bank het gevaar had behoren te kennen. De Hoge Raad verwierp de klacht, gezien het feit dat het hof zijn oordeel had gebaseerd op datgene wat de bank wist, namelijk het ongebruikelijke betalingsverkeer op de rekeningen van Van den Berg en de bijbehorende omschrijvingen die wezen op beleggingsactiviteiten.<sup>39</sup> Het oordeel van de Hoge Raad houdt enerzijds een bevestiging in dat het gevaarsbewustzijn daadwerkelijk aanwezig moet zijn, en anderzijds een precisering dat dat gevaarsbewustzijn moet zien op het specifieke gevaar ter zake waarvan de zorgplichtclaim wordt ingesteld. Volgens de Hoge Raad komt het er uitsluitend op aan in hoeverre datgene dat de bank wist haar aanleiding had moeten geven tot nader onderzoek. In feitelijke instanties was niet gesteld dat de bank wist van de ponzizwendel of van de inleg buiten rekeningen bij de bank om. Bij gebreke van (stellingen over) wetenschap van die zwendel en het daaraan gebonden gevaar kon een daarop gebaseerde zorgplichtclaim niet slagen. De afbakening door de Hoge Raad is van groot gewicht. Zonder de drempel van het daadwerkelijke en specifieke bewustzijn van het concrete gevaar voor derden dreigt een risico van een potentieel nauwelijks begrensde aansprakelijkheid, met alle (maatschappelijke) risico's van dien.<sup>40</sup>

Zoals gebruikelijk is in de lagere rechtspraak verdere invulling gegeven aan de door de Hoge Raad geformuleerde norm. Pogingen van benadeelden om een zorgplicht in het leven te roepen op basis van een 'behoren te weten' worden in ieder geval steevast van de hand gewezen, althans dit is in elk geval de vaste lijn ten aanzien van de pogingen die na 2018 zijn gedaan, zo

volgt uit de uitspraak in de zaak Chiron/ING.<sup>41</sup> In die zaak ging het over een betaalrekening die geregistreerd was op naam van iemand die achteraf gezien enkel diende als zogenoemde geldezel, wiens rekening uitsluitend werd gebruikt om anderen op te lichten. De rechtbank Amsterdam overwoog:<sup>42</sup>

'Het voorgaande neemt niet weg dat een bank ook jegens een derde gehouden is tot actie als zij weet dat op de rekening van haar cliënt ongebruikelijke transacties worden verricht die mogelijk een gevaar voor die derde meebrengen. Uit voornoemd Hoge Raad-arrest [Van den Berg; KH & FvdL] volgt naar het oordeel van de rechtbank dat "behoren te weten" niet (mede) het criterium is, maar dat het moet gaan om daadwerkelijke wetenschap oftewel "subjectief gevaarsbewustzijn". Daarbij heeft de rechtbank zich rekenschap gegeven van een in zoverre andersluidende maatstaf die zij heeft gehanteerd in haar vonnissen ECLI:NL:RBAMS:2017:5360 (r.o. 4.2) en ECLI:NL:RBAMS:2017:8021 (r.o. 4.3). (...).'<sup>43</sup>

Verder volgt uit de feitenrechtspraak dat niet iedere afwijkende omstandigheid reden geeft om van de bank te verwachten dat zij een onderzoek instelt. Een omstandigheid die onvoldoende aanleiding geeft voor het doen van onderzoek is bijvoorbeeld het feit dat de rekeninghouder in het buitenland woont of verblijft. Ook omschrijvingen als 'belegging' of 'investering' of een onjuist factuurnummer vermeld bij betalingen zijn als losstaande feiten geen reden voor het instellen van onderzoek. Hetzelfde geldt voor bekendheid met een bedrijfsomschrijving in het handelsregister als 'beleggingsonderneming' of 'het geven van beleggingsadvies'. Dit kan anders komen te liggen wanneer sprake is van bekendheid met een combinatie van deze, of andere, omstandigheden. Wanneer dat zo is, is vooralsnog een grijs gebied. Stel dat een bedrijf coaching als bedrijfsomschrijving heeft en op de pas geopende rekening van dit bedrijf maandelijks duizenden euro's worden gestort die ook weer vrij snel volledig worden doorgestort, moet de bank dan uit hoofde van haar buitencontractuele zorgplicht onderzoek doen naar de activiteiten van deze cliënt? Het zal van de zaakspecifieke omstandigheden afhangen wat er van de bank mag worden verwacht. Gezien de steeds grotere hoeveelheid data waarover banken vandaag de dag beschikken en de verbeterde bancaire systemen is niet uit te slui-

38 Gedetailleerde wetenschap bij de bank van de relatie en de afspraken tussen belegger en vermogensbeheerder of adviseur lijkt de bank in ieder geval in de gevarenzone te brengen. Vgl. Asser/De Serière 2-IV 2018/735.

39 HR 27 november 2015, ECLI:NL:HR:2015:3399, NJ 2016/245 m.nt. T.F.E. Tjong Tjin Tai (ABN Amro/Van den Berg), r.o. 5.1.

40 Vgl. HR 22 november 1974, ECLI:NL:HR:1974:AC5503, NJ 1975/149 m.nt. G.J. Scholten (Struikelende broodbezorger). Dit arrest bevestigt de hoofdregel dat bij zuiver nalaten daadwerkelijk gevaarsbewustzijn vereist is. De Hoge Raad formuleerde in dit arrest de regel zo dat de ernst van het gevaar tot het bewustzijn moet zijn doorgedrongen, maar dat dit niet zonder meer voldoende is. Het arrest biedt daarnaast de mogelijkheid voor uitzonderingsgevallen waarin extra oplettendheid geboden is, maar dit moet wel voortvloeien uit een speciale relatie (grote kwalitatieve nabijheid), die zulke oplettendheid gelet op de omstandigheden van het geval rechtvaardigt.

41 Rb. Amsterdam 9 mei 2018, ECLI:NL:RBAMS:2018:2985 (Chiron/ING).

42 Rb. Amsterdam 9 mei 2018, ECLI:NL:RBAMS:2018:2985 (Chiron/ING), r.o. 4.2. Zie voor rechtspraak waarin daarna een beroep op 'behoren te weten' is afgewezen, o.a. Rb. Amsterdam 13 juli 2022, ECLI:NL:RBAMS:2022:4357, Rb. Amsterdam 16 februari 2022, ECLI:NL:RBAMS:2022:1142 (Leisure Dimensions Ltd./ING), Rb. Amsterdam 1 april 2020, ECLI:NL:RBAMS:2020:2083, JOR 2021/63 m.nt. K. Frieling (T.O.M./ING) en Rb. Amsterdam 2 januari 2019, ECLI:NL:RBAMS:2019:29 (Genisys/BinckBank).

43 In deze uitspraken werd als belangrijk element beschouwd dat '(...) banken, als zij zich bewust zijn of hadden moeten zijn van een (bijzonder) gevaar of risico, niet mogen blijven stilzitten ten opzichte van degenen die aan dat gevaar of risico worden blootgesteld. Voor de invulling van deze zorgplicht is de financiële toezichtwetgeving mede van belang.'

ten dat van banken steeds meer zal worden verwacht op dit terrein, wat betekent dat aansprakelijkheidsrisico's op de loer liggen. Anderzijds geldt dat een verregaande automatisering van het betalingsverkeer ook inhoudt dat de bank zich niet meer in iedere betalingsopdracht verdiept en haar betrokkenheid daarmee steeds verder op de achtergrond geraakt, wat pleit voor terughoudendheid bij het aannemen van een zorgplicht, althans voor het aannemen van het bestaan van gevaarsbewustzijn.

Een kwestie die in het verlengde hiervan ligt, betreft de verhouding tussen de onderzoeksplicht ter bescherming van derden en de verplichtingen die voortvloeien uit de Wet ter voorkoming van witwassen en financieren van terrorisme (Wwft).<sup>44</sup> Op basis van de Wwft moeten banken niet alleen onderzoek doen in het kader van de acceptatie van cliënten, maar ook voortdurend cliënten, rekeningen en transacties monitoren en (her)beoordelen. Uit de Wwft volgt daarmee impliciet dat een bank tot op zekere hoogte bekend moet zijn met de activiteiten van haar cliënten en in de gaten moet houden wat er op de betaalrekeningen van haar cliënten gebeurt. Om aan die verplichtingen te kunnen voldoen zullen banken over systemen en procedures moeten beschikken die ongebruikelijkheden signaleren en onder de aandacht brengen. De vraag is of daarmee tevens gevaarsbewustzijn is gegeven en daarmee een onderzoeksplicht wordt geactiveerd. Met andere woorden: ligt vanwege het subjectieve bewustzijns-element de civielrechtelijke onderzoeksplicht in het verlengde van de toezichtrechtelijke monitoringsplicht? Steeds vaker proberen door fraude benadeelde partijen deze brug te slaan tussen de bancaire zorgplicht jegens derden en de monitoringsplicht uit de Wwft. De vaste lijn in de rechtspraak is tot op heden dat een (eventuele) schending van Wwft-verplichtingen niet per definitie uitmond in een zorgplichtschending tegenover derden.<sup>45</sup> Het relativiteitsvereiste uit art. 6:163 BW staat daaraan in de weg:<sup>46</sup> de Wwft heeft niet als doel de belangen van derden te beschermen, maar dient ter bescherming van een algemeen maatschappelijk belang, zodat een eventuele schending van de Wwft nog geen zorgplichtschending jegens een derde ople-

vert.<sup>47</sup> Ook een algemene verplichting voor de bank om alle transacties te monitoren is in de rechtspraak al meermaals afgewezen,<sup>48</sup> wat niet wegneemt dat diverse interne meldingen op een gegeven moment de verdenking zodanig concreet kunnen maken dat het op de weg van de bank ligt om in te grijpen ter bescherming van kenbaar betrokken derden.<sup>49</sup>

Een voorbeeld van een uitspraak waarin werd geprobeerd een koppeling te maken tussen de bancaire zorgplicht tegenover derden en een beweerde schending van Wwft-verplichtingen is een arrest van het gerechtshof Den Haag van 9 november 2022.<sup>50</sup> Deze zaak ging over particuliere beleggers die hadden geïnvesteerd in obligaties uitgegeven door een vennootschap die beloofde te beleggen in windenergie. In werkelijkheid sluisde deze vennootschap de ingelegde gelden op onrechtmatige wijze weg. De fraude vond onder andere plaats via een bankrekening die door een failliet verklaarde vennootschap werd aangehouden bij Knab. De centrale vraag was of Knab had moeten voorkomen dat deze rekening bij haar kon worden aangehouden en gebruikt. Het hof beantwoordde deze vraag ontkennend. De publiekrechtelijke regelgeving, waarvan enige reflexwerking zou kunnen uitgaan, laat het aan de banken zelf over hoe zij voldoen aan hun verplichtingen uit de Wwft.<sup>51</sup> Een koppeling van bancaire systemen aan het insolventieregister of het handelsregister van de Kamer van Koophandel is niet verplicht en evenmin is gebleken dat de bank in gebreke is gebleken wat betreft haar 'reguliere monitoring', aldus het hof. Daarmee past deze uitspraak in een reeks van eerdere uitspraken over de monitoringsplicht uit hoofde van de

<sup>44</sup> Zie over deze vraag ook Klaassen & Veldhuijzen 2011.

<sup>45</sup> Betoogd kan worden dat er weliswaar geen verplichting bestaat op grond van de Wwft om onderzoek te doen naar frauduleuze activiteiten van cliënten in het belang van derden, maar dat de bank wel onderzoek moet doen als de op de Wwft ingerichte systemen onregelmatigheden detecteren en de bank op die manier bekend raakt met de onregelmatigheden. Zie bijv. Ancery 2020.

<sup>46</sup> Zie voor het criterium aan de hand waarvan moet worden bepaald of is voldaan aan het relativiteitsvereiste van art. 6:163 BW: HR 20 september 2019, ECLI:NL:HR:2019:1409, NJ 2019/1409 m.nt. S.D. Lindenberg, r.o. 3.1.3, met verdere verwijzing.

<sup>47</sup> Zie Kamerstukken II 2007/08, 31238, nr. 3, p. 2. Ook in de lagere rechtspraak is dit bij herhaling aangenomen, zie o.a. Rb. Amsterdam 9 mei 2018, ECLI:NL:RBAMS:2018:2985 (Chiron/ING), Rb. Amsterdam 9 mei 2018, ECLI:NL:RBAMS:2018:2984, Rb. Amsterdam 1 april 2020, ECLI:NL:RBAMS:2020:2083, JOR 2021/63 m.nt. K. Frielink (ING/T.O.M.), Rb. Amsterdam 12 mei 2021, ECLI:NL:RBAMS:2021:1805 (Blue Sea/ING), Rb. Rotterdam 8 juni 2022, ECLI:NL:RBROT:2022:1859, JOR 2023/107 m.nt. L.J.J. Kerstens (Stichting Innodome/ING), Rb. Rotterdam 8 juni 2022, ECLI:NL:RBROT:2022:4769 en Rb. Amsterdam 3 augustus 2022, ECLI:NL:RBAMS:2022:5397. Vgl. Hutten & Aarts 2024.

<sup>48</sup> Zie Rb. Amsterdam 19 juli 2023, ECLI:NL:RBAMS:2023:4579, onder verwijzing naar andere eerdere uitspraken met de volgende ECLI-nummers: ECLI:NL:RBAMS:2015:9493, ECLI:NL:RBAMS:2018:2984, ECLI:NL:RBAMS:2018:2985, ECLI:NL:RBAMS:2018:4656, ECLI:NL:RBAMS:2019:29, ECLI:NL:GHAMS:2019:1611, ECLI:NL:RBAMS:2020:2083, ECLI:NL:RBAMS:2021:1805, ECLI:NL:RBAMS:2021:2909, ECLI:NL:RBAMS:2022:1142, ECLI:NL:RBAMS:2022:4066, ECLI:NL:RBAMS:2022:4357 en ECLI:NL:RBAMS:2022:5397.

<sup>49</sup> Een sprekend voorbeeld is te vinden in Hof Amsterdam 14 mei 2019, ECLI:NL:GHAMS:2019:1611, JOR 2019/162 m.nt. F.P.C. Strijbos (ING/Foot Locker).

<sup>50</sup> Hof Den Haag 9 november 2022, ECLI:NL:GHDHA:2022:2274, JOR 2023/74 m.nt. J.S. Kruijt.

<sup>51</sup> Volledigheidshalve merken wij op dat in deze zaak tevens een beroep werd gedaan op het Besluit prudentiële regels Wft, waarin vergelijkbare onderzoeks- en monitoringsverplichtingen liggen besloten als in de Wwft. Het beroep op deze wettelijke verplichtingen slaagt evenmin.

Wwft enerzijds en de onderzoeksplicht voortvloeiend uit de zorgplicht anderzijds.<sup>52</sup>

Een uitspraak die niet in deze eerdere reeks past en zich moeilijk laat rijmen met de aard en strekking van derdenaansprakelijkheid dan wel met de Wwft, betreft het tussenvonnissen van de rechtbank Amsterdam van 3 augustus 2022 in de zaak UGTC/ING.<sup>53</sup> In deze zaak overwoog de rechtbank:<sup>54</sup>

‘(...) De rechtbank kan uit deze overweging [r.o. 4.6 van het Van den Berg-arrest; KH & FvdL] niet een algemene regel afleiden dat een bank jegens derden die slachtoffer worden van betaalrekeningfraude uitsluitend een zorgplicht kan hebben vanaf het moment dat zij op de hoogte raken van een betaling waar mogelijk iets mis mee is. Banken doen mede aan post transaction monitoring om het risico op fraude met betaalrekeningen te beperken (...). De bedoeling van de monitoring is juist dat ze daardoor op de hoogte raken van betalingen waar mogelijk iets mis mee is. Tot het moment dat een slachtoffer van betaalrekeningfraude daar achter komt en actie onderneemt, is de bank van de partij die de betaling ontvangt de enige die schade kan voorkomen of beperken – door via monitoring betalingen te selecteren waar mogelijk iets mis mee is en die te onderzoeken. Dat geeft banken een bijzondere positie, die voortvloeit uit hun – in de woorden van de Hoge Raad in hetzelfde arrest – centrale rol in het betalingsverkeer. Het komt de rechtbank niet logisch voor dat die bijzondere positie geen enkele verantwoordelijkheid kan meebrengen, en aansprakelijkheid van banken jegens derden in verband met de inrichting van hun post transaction monitoring systeem categorisch zou zijn uitgesloten. De rechtbank gaat daar dan ook niet vanuit.’

De rechtbank lijkt in het tussenvonnissen over het hoofd te zien dat er een verschil bestaat tussen *transactiemonitoring* enerzijds en *fraudemonitoring* anderzijds en herstelt dit in het eindvonnissen door te oordelen dat de fraudemonitoring in kwestie alleen beoogde te voorkomen dat eigen rekeninghouders

slachtoffer worden van fraude.<sup>55</sup> Los van het achterliggende doel van de monitoring van het betalingsverkeer lijkt de rechtbank in het tussenvonnissen te suggereren dat de bancaire zorgplicht tegenover derden kan verlangen dat banken preventieve maatregelen treffen om te voorkomen dat derden überhaupt aan bepaalde risico’s worden blootgesteld, door met behulp van die maatregelen onregelmatigheden al in een vroeg stadium te signaleren en adresseren.<sup>56</sup> De Hoge Raad heeft zich nog niet uitgelaten over deze kwestie. De rechtbank Amsterdam deed dat wel, in de zaak Kempenplus/ABN AMRO.<sup>57</sup> In casu ging het om een miljoenenfraude gepleegd door een voormalig medewerker van Kempenplus via zijn particuliere ABN AMRO-rekening. Kempenplus stelde ABN AMRO aansprakelijk en voerde onder andere aan dat de bank maatregelen had moeten treffen om de ongebruikelijke activiteiten zoals hier aan de orde in een vroeg stadium te ontdekken. De rechtbank meent dat een dergelijke verplichting *kan* voortvloeien uit de bijzondere zorgplicht:<sup>58</sup>

‘Banken zoals ABN AMRO Bank nemen een bijzondere en unieke positie in op dit gebied, vanwege de omvang van het betalingsverkeer die via de bij haar aangehouden bankrekeningen plaatsvindt en de expertise en capaciteit die zij (moeten) hebben om ongebruikelijke transacties te detecteren. Dat rechtvaardigt dat de bijzondere zorgplicht van de bank ten opzichte van Kempenplus ook strekt ter voorkoming van schade zoals Kempenplus die heeft geleden. Het treffen van (voorzorgs)maatregelen door banken om fraude te voorkomen kan daarom ook onderdeel uitmaken van de bijzondere zorgplicht van banken tegenover derden.’

De rechtbank lijkt hiermee ruimte te laten voor een scenario waarin sprake is van een verplichting voor de bank om uit eigen beweging onderzoek te doen, zonder dat daarvoor een bijzondere aanleiding bestaat en ondanks het geautomatiseerde karakter van het proces waarop de verwijten betrekking heb-

52 Zie o.a. Rb. Amsterdam 9 mei 2018, ECLI:NL:RBAMS:2018:2985, r.o. 4.2 en Rb. Amsterdam 12 mei 2021, ECLI:NL:RBAMS:2021:1805, r.o. 4.7.

53 Rb. Amsterdam 3 augustus 2022, ECLI:NL:RBAMS:2022:5898 (UGTC/ING).

54 Rb. Amsterdam 3 augustus 2022, ECLI:NL:RBAMS:2022:5898 (UGTC/ING), r.o. 4.14. Opgemerkt zij dat deze vraag in het eindvonnissen wordt geherformuleerd. Nadat de bank heeft toegelicht dat er een verschil bestaat tussen *post transaction monitoring* enerzijds en fraudemonitoring anderzijds luidt de vraag of de bank een zorgplicht heeft jegens UGTC om haar fraudemonitoringsysteem zo in te richten dat betalingen, zoals die door UGTC werden verricht op de betaalrekeningen, en de grote geldopnames die daarna plaatsvonden wel alerts zouden hebben gecreëerd, zie Rb. Amsterdam 19 juli 2023, ECLI:NL:RBAMS:2023:4597.

55 Rb. Amsterdam 19 juli 2023, ECLI:NL:RBAMS:2023:4597. Het eindoordeel luidt dat de bank haar zorgplicht niet heeft geschonden. UGTC heeft onvoldoende redenen aangevoerd op grond waarvan kan worden aangenomen dat de bank in zijn algemeenheid uit het feit dat een groot geldbedrag uit het buitenland of een serie geldopnames die daarna volgden, had moeten afleiden dat vermoedelijk sprake was van fraude.

56 De verdeling van de stelplicht en bewijslast valt buiten het bereik van dit artikel, maar kan wel tot ingewikkelde vragen leiden. Als de benadeelde gemotiveerd stelt dat de bank het ongebruikelijke verloop eerder had kunnen en moeten ontdekken, is het namelijk vervolgens aan de bank om dit standpunt gemotiveerd te weerspreken. In de rechtspraak lijkt te worden aangenomen dat de weerlegging niet alleen kan bestaan uit de opmerking dat de werking van bancaire systemen vertrouwelijke informatie betreft en deze systemen in algemene zin hun werk doen. Het is echter de vraag in hoeverre van banken mag worden gevergd dat zij meer informatie ten grondslag leggen aan een verweer. De informatie die ziet op de werking van bancaire systemen *an sich* betreft immers gevoelige informatie, waarvan de openbaring nadelige gevolgen kan hebben.

57 Rb. Amsterdam 26 april 2023, ECLI:NL:RBAMS:2023:2986 (Kempenplus/ABN AMRO).

58 Rb. Amsterdam 26 april 2023, ECLI:NL:RBAMS:2023:2986 (Kempenplus/ABN AMRO), r.o. 4.12.



ben. Of dit past bij de terughoudende benadering van de Hoge Raad ten aanzien van de bancaire zorgplicht jegens derden betwijfelen wij.

### 3.2 Voortvarendheid geboden bij het doen van onderzoek

Bij het doen van onderzoek moet voortvarend te werk worden gegaan.<sup>59</sup> Het enkel stellen van een aantal algemene vragen, zonder korte tijdslijnen en daarmee verband houdende gevolgen, kwijt de bank niet van haar zorgplicht. Onderneemt de bank geen of onvoldoende actie op basis van de indicatie dat er een reële kans bestaat dat er iets ‘mis’ is, en weet zij dat er derden betrokken zijn, dan kan de consequentie van het onvoldoende doortastend handelen zijn dat daarmee bewust is aanvaard dat derden schade lijden, wat in strijd is met de zorgplicht tegenover deze derden. De zaak T.O.M./ING illustreert hoe het in ieder geval niet moet.<sup>60</sup> In deze zaak pleegde een (inmiddels ex-)medewerker van T.O.M. op verschillende manieren fraude met zijn particuliere ING-rekening. Toen het Openbaar Ministerie in 2017 saldo- en transactiegegevens vorderde van de bank wegens verdenking van een misdrijf, is de bank ook een zelfstandig onderzoek gestart naar het transactieverloop. De conclusie van de bank luidde dat sprake was van een opmerkelijke verhouding tussen enerzijds de grote inkomstenstroom en anderzijds de beperkte dagelijkse uitgaven. Gevraagd om uitleg gaf de voormalig T.O.M.-medewerker aan zich bezig te houden met kansspelen. ING heeft genoeg genomen met dit antwoord, hetgeen volgens de rechtbank Amsterdam een zorgplichtschending oplevert.<sup>61</sup>

‘(...) Voor ING moest duidelijk zijn dat, indien sprake was van fraude, de schade voor de benadeelde T.O.M. snel zou oplopen. Indien ING, na de resultaten van de eerste transactieanalyse van de Betaalrekening die een opmerkelijk betalingsverloop liet zien en de summier antwoorden van [naam] op de door haar gestelde vragen, met meer voortvarendheid was opgetreden, had zij eerder kunnen en moeten overgaan tot het blokkeren van de Betaalrekening. Daarbij wordt in aanmerking genomen dat de belangen van een door fraude benadeelde derde groot zijn en het instellen van een voortvarender onderzoek geen onaanvaardbaar hoge eisen aan ING stelt. (...)’

De zorgplicht houdt dus niet alleen in dat onderzoek moet worden gedaan, maar stelt ook eisen aan het onderzoek. In dit verband is belangrijk in gedachte te houden dat het moeilijk

kan zijn voor een bank om op basis van eigen onderzoek, binnen een korte tijdspanne, vast te stellen of de cliënt onwettig/onrechtmatig handelt. Neem bijvoorbeeld de schending van financiële toezichtwetgeving die bepaalde financiële activiteiten vergunningplichtig maakt. Het vaststellen van een vergunningplicht behelst vaak een gecompliceerd feitenonderzoek. Op basis van de in kaart gebrachte feiten zal het voor een bank bovendien in de regel niet direct te overzien zijn hoeveel derden betrokken zijn bij een (mogelijk) illegale instelling, of die instelling een vergunning nodig heeft dan wel aanspraak kan maken op een vrijstelling of ontheffing, en of de belangen van derden feitelijk op enigerlei wijze worden bedreigd. Dezelfde complicerende factoren spelen bij het onderzoek naar mogelijke factuurfraude. Ook dit vraagt om een uitgebreid onderzoek, waarbij hoor en wederhoor nodig zal zijn en niet alleen betrokkenheid van (mogelijk) benadeelde betalers moeilijk vast te stellen zal zijn, maar ook niet altijd duidelijk zal zijn wie de (potentiële) oplichters zijn en hoe zij te werk gaan. Doet een bank snel en daardoor onzorgvuldig onderzoek, of aan een derde mededeling van een achteraf onvolkomen of lichtvaardig gebleken onderzoek, dan kan dit juist onrechtmatig handelen opleveren in de relatie bank-client.<sup>62</sup>

Als de bank na enig onderzoek niet in staat is zich duidelijkheid te verschaffen over de legitimiteit van de activiteiten en daarmee verband houdende risico's, dan kan zij er uiteraard voor kiezen om op grond van wat zij wel heeft geconstateerd een toezichthouder in te lichten, die zo nodig verder onderzoek kan instellen.<sup>63</sup> Het is echter de vraag of de betreffende bank zich met het doen van een melding van haar eigen zorgplicht heeft gekweten.<sup>64</sup> Hoewel toezichthouders verschillende handavingsinstrumenten tot hun beschikking hebben, is vooraf immers niet duidelijk wat de toezichthouder zal doen. Zij mogen zelf bepalen of, en zo ja, hoe ze van hun wettelijke bevoegdheden gebruik maken. Het is dus telkens maar de vraag of het melden van de onderzoeksresultaten een adequate reactie oplevert, in die zin dat ervoor wordt gezorgd dat derden niet langer worden blootgesteld aan de gesignaleerde risico's. Toch wordt in de rechtspraak geregeld gewicht toegekend aan het feit dat de toezichthouder onderzoek heeft gedaan en naar aanleiding daarvan geen (formele) maatregelen heeft getroffen. Zo nam de rechtbank Midden-Nederland in

<sup>62</sup> Zie hierover ook par. 4.1.

<sup>63</sup> Vgl. A-G Wissink in zijn conclusie van 17 november 2015, ECLI:NL:PHR:2015:1975, bij HR 27 november 2015, ECLI:NL:HR:2015:3399, NJ 2016/245 (ABN AMRO/Van den Berg). Een kwestie waarover te twisten valt, is de verplichting van de bank om haar onderzoeksresultaten aan de toezichthouder mede te delen (de zogenaamde ‘klikplicht’). Wij laten dit punt voor nu rusten, maar twijfelen over de wenselijkheid daarvan. Een algemene aangifteplicht van banken bestaat niet, althans niet buiten de strafrechtelijke sfeer (zoals die op grond van de Wwft). Zie in dit verband Rb. Haarlem 6 december 2009, ECLI:NL:RBHAA:2009:BK6163, JOR 2010/44, waarin de rechtbank zonder al te veel woorden een ‘klikplicht’ heeft aangenomen, bevestigd in Hof Amsterdam 17 november 2015, ECLI:NL:GHAMS:2015:4827, RF 2016/12.

<sup>64</sup> De effectiviteit van een melding bij de bevoegde toezichthouder wordt in twijfel getrokken door o.a. Meijs 2013, p. 352-353. Anders: Mok in zijn noot onder het Safe Haven-arrest (NJ 2006/289).

<sup>59</sup> Zie ter illustratie van hoe het in ieder geval niet moet Rb. Noord-Nederland 8 maart 2023, ECLI:NL:RBNNE:2023:1331, JOR 2023/214 m.nt. L. Rijzewijk. Het ging wel goed in Rb. Amsterdam 27 juli 2022, ECLI:NL:RBAMS:2022:4066 en Rb. Midden-Nederland 6 juli 2022, ECLI:NL:RBMNE:2022:2566.

<sup>60</sup> Rb. Amsterdam 1 april 2020, ECLI:NL:RBAMS:2020:2083, JOR 2021/63 m.nt. K. Frielink (T.O.M./ING).

<sup>61</sup> Rb. Amsterdam 1 april 2020, ECLI:NL:RBAMS:2020:2083, JOR 2021/63 m.nt. K. Frielink (T.O.M./ING), r.o. 4.11. Overigens blijft in deze uitspraak onduidelijk of de bank eerst meer onderzoek had moeten doen en daarna (eventueel) de betaalrekening had moeten blokkeren, of dat ook lopende het onderzoek de bevoegdheid tot het blokkeren van de rekening gebruikt had moeten worden.

haar afwijzing van een zorgplichtschending in ogenschouw dat de bank een melding had gedaan bij de toezichthouders, de toezichthouders vervolgens beiden afzonderlijk onderzoek deden, en deze onderzoeken niet hadden geleid tot een maatregel.<sup>65</sup>

#### 4 Verplichtingen na het doen van onderzoek

##### 4.1 Weigerings- en beëindigingsrechten, maar zorgvuldig te hanteren

Als het onderzoek van de bank uitwijst dat er (zeer waarschijnlijk) sprake is van frauduleuze praktijken dan wel dat er anderszins in strijd met de wet wordt gehandeld, kan de zorgplicht ertoe leiden dat de bank maatregelen moet nemen in het belang van de kenbaar betrokken derden. Wat moet de bank concreet doen? Dit zal, zoals zo vaak, afhangen van de omstandigheden van het geval. Voor de hand liggende acties om gevaar voor derden af te wenden, zijn het weigeren van opdrachten of orders, het blokkeren van de rekening en/of het beëindigen van de relatie met de (mogelijk) frauderende cliënt. Tot het ondernemen van deze acties zijn banken vaak contractueel gerechtigd.<sup>66</sup>

Dat de bank bepaalde bevoegdheden heeft, betekent niet dat zij deze bevoegdheden onder alle omstandigheden en op iedere manier die haar goeddunkt, mag inzetten. Op de bank rust uiteraard ook een contractuele zorgplicht, die met zich brengt dat de bank zorgvuldig te werk moet gaan met het weigeren van transacties en het afwikkelen van relaties. Rekening moet worden gehouden met de gerechtvaardigde belangen van de cliënt (ook al kan later blijken dat het gaat om een fraudeur).<sup>67</sup> De bank zal daarom in ieder geval een duidelijke gedragslijn moeten hanteren en deze duidelijk moeten communiceren, maar ook zorgvuldigheid moeten betrachten ten aanzien van het tijdstip en de wijze van afhandeling. Dat het ondernemen van actie in het belang van derden een zorgplichtschending kan opleveren tegenover de cliënt bewijst de zaak *Fibonacci*.<sup>68</sup> BinckBank verleende vanaf 2009 *execution only*-diensten aan beleggersvereniging *Fibonacci*. In december 2014 stelde BinckBank een intern onderzoek in naar de activiteiten van Fi-

bonacci. De onderzoeksresultaten waren alarmerend: *Fibonacci* zou een vergunningplichtige beleggingsinstelling zijn, haar leden misleiden en zich schuldig maken aan ponzizwende. De bank besloot eerst de beleggingsrekening te blokkeren en deze daarna te liquideren, maar volgens het hof geschiedde dat op onrechtmatige wijze tegenover *Fibonacci*:

‘Met de rechtbank is het hof van oordeel dat de wettelijke en contractuele bepalingen waar BinckBank zich op heeft beroepen Binck Bank niet het recht gaven om de posities van *Fibonacci* te liquideren op de wijze waarop zij dat heeft gedaan, namelijk op dezelfde dag dat BinckBank aan *Fibonacci* had geschreven de klantrelatie met de vereniging te zullen beëindigen, en in weerwil van de daarbij gedane mededeling dat de portefeuille van de vereniging onder prudent toezicht door de bank zal worden afgebouwd (...), terwijl zij die liquidatie die middag al in twee uur had gedaan, zonder dat voor het in allerijl liquideren van de portefeuille een spoedeisende zwaarwichtige reden was gegeven. Door *Fibonacci* niet tijdig en duidelijk te informeren dat zij voornemens was de portefeuille te gaan liquideren, werd *Fibonacci* verstoken van de mogelijkheid om maatregelen te nemen of in kort geding een spoedvoorziening te vorderen, terwijl de rekening van *Fibonacci* geblokkeerd bleef en *Fibonacci* geen nieuwe posities meer kon innen. (...)’

De verdenking van fraude kan dus een reden zijn voor de bank om opdrachten of orders te weigeren, de rekening te blokkeren en/of de relatie te beëindigen. De manier waarop dit wordt gedaan, is belangrijk. Dit sluit aan bij de algemene rechtspraak over de opzegging van kredietovereenkomsten en betaalrekeningen door banken.<sup>69</sup> Afhankelijk van de omstandigheden van het geval, waaronder de aard van de relatie en het product, kan opzegging naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zijn.<sup>70</sup> Ook kunnen de omstandigheden nopen tot een lange(re) opzegtermijn of een schadevergoedingsplicht in het leven roepen. Hoe dan ook kan het de bank in een lastige positie brengen. Banken moeten een balans vinden tussen het dienen van de cliënt en het beschermen van

<sup>65</sup> Rb. Midden-Nederland 6 juli 2022, ECLI:NL:RBMNE:2022:2566. Zie ook Rb. Midden-Nederland 28 februari 2018, ECLI:NL:RBMNE:2018:6857.

<sup>66</sup> Een recht op informatie, het weigeren van transacties en het opzeggen van de relatie zijn gewoonlijk vastgelegd in de van toepassing zijnde algemene voorwaarden. Ook de wet kan behulpzaam zijn: bijv. in het geval de bank het verplichte cliëntonderzoek niet heeft kunnen afronden, is de bank op grond van art. 5 lid 3 Wvft gehouden de relatie te beëindigen.

<sup>67</sup> Vgl. Hof Arnhem-Leeuwarden 22 augustus 2023, ECLI:NL:GHARL:2023:7051, JOR 2024/11 m.nt. F.M.A. 't Hart, waarin het hof overwoog dat de bank een belangenafweging moet maken: het beschermen van de belangen van derden enerzijds en het niet onnodig frustreren van het betalingsverkeer en het onnodig toebrengen van schade aan de cliënt anderzijds. Dat betekent dat de cliënt eerst gelegenheid moet krijgen om uitleg te geven over de omstandigheden die vragen oproepen bij de bank, aldus het hof.

<sup>68</sup> Hof Amsterdam 12 mei 2020, ECLI:NL:GHAMS:2020:1343, JOR 2021/212 m.nt. K. Frielink (*Fibonacci*), bevestigd in HR 13 december 2021, ECLI:NL:HR:2021:1808.

<sup>69</sup> Er zijn inmiddels meerdere uitspraken gepubliceerd waarin is geoordeeld dat een bank zelfs bij concrete aanwijzingen of sterke vermoedens van bijv. witwassen eerst een zorgvuldig onderzoekstraject moet doorlopen en daarbij ook rekening moet houden met de belangen van de rekeninghouder, voordat tot een beëindiging van de klantrelatie kan worden overgegaan, zie bijv. Hof Arnhem-Leeuwarden 25 juli 2023, ECLI:NL:GHARL:2023:6292, Hof Amsterdam 17 januari 2023, ECLI:NL:GHAMS:2023:85, Rb. Amsterdam 6 juli 2023, ECLI:NL:RBAMS:2023:4493, Rb. Amsterdam 15 juni 2023, ECLI:NL:RBAMS:2023:3732, Rb. Gelderland 30 november 2022, ECLI:NL:RBGEL:2022:6668 en Rb. Amsterdam 22 september 2020, ECLI:NL:RBAMS:2020:4902.

<sup>70</sup> Voor een uitgebreidere beschouwing van deze maatstaf, zie o.a. M. van der Beek & H.J.Th. Kolstee, *Bancaire zorgplicht versus contractsvrijheid*, *MvV* 2022, afl. 6, p. 212-220 en A.J. Haasjes & M. Heezen, *Opzegging van bancaire relaties*. Van ING/De Keijzer naar ING/Yin Yang, *MvV* 2023, afl. 5, p. 174-184.

derden.<sup>71</sup> Een vaste lijn hieromtrent is in de rechtspraak (nog) niet te ontwaren. Een beoordeling van geval tot geval is dus het devies.

#### *4.2 Een waarschuwingsplicht bestaat slechts bij hoge uitzondering*

Een andere mogelijkheid betreft het waarschuwen van derden voor de gesignaleerde risico's. De waarschuwingsplicht is een verplichting die in bepaalde gevallen op bepaalde personen of organisaties rust om binnen zekere grenzen te voorkomen dat een ander schade ondervindt. Typische situaties waarin een waarschuwingsplicht wordt aangenomen, zijn de gevallen van gevaarstelling. Het meest bekende voorbeeld hiervan is de Kelderluik-casus: een medewerker laat bij het afleveren van frisdank aan een café het kelderluik openstaan, waarin een café-bezoeker valt die op weg was naar de toiletten en daarbij ernstige verwondingen oploopt.<sup>72</sup> In gevaarstellingssituaties kan de toepasselijke veiligheidsnorm de vorm aannemen van een *waarschuwingsplicht*: een actieve zorgplicht strekkend tot bescherming van de onwetende derde tegen diens eigen onoplettendheid.<sup>73</sup> Los van de vraag of deze regels die tot ontwikkeling zijn gekomen binnen het gevaarstellingsleerstuk toepassing zouden moeten vinden in het kader van de bancaire zorgplicht tegenover derden,<sup>74</sup> blijkt uit de rechtspraak dat terughoudend wordt omgegaan met het aannemen van de verplichting van de bank om een derde te waarschuwen. Weliswaar werd in MeesPierson/Ten Bos een waarschuwingsplicht aangenomen, maar later in Safe Haven en Van den Berg ging de Hoge Raad niet zover. Ook in lagere rechtspraak is de waarschuwingsplicht slechts een bescheiden rol toebedeeld.

Zaakspecifieke omstandigheden geven niet snel aanleiding voor een waarschuwingsplicht. Op een bank lijkt hooguit een waarschuwingsplicht te rusten indien zij heeft vastgesteld dat werkelijk sprake is van illegale activiteiten én de omstandigheden van het geval zodanig nijpend zijn dat zij een waarschuwing rechtvaardigen of belangen van derden op een bijzondere wijze zijn betrokken.<sup>75</sup> Daarvan zal niet snel sprake zijn, en dat is begrijpelijk. De bank heeft namelijk doorgaans een vertrouwensrelatie met haar cliënten. Als de bank toch zonder toestemming van de cliënt informatie verschaft aan derden, schendt zij haar geheimhoudingsplicht en kan er sprake zijn van een toerekenbare tekortkoming jegens de betreffende cliënt.<sup>76</sup> Daarnaast moet rekening worden gehouden met het feit

dat het waarschuwen van derden verstrekkende gevolgen kan hebben voor (de bedrijfsvoering van) de cliënt in kwestie. In de meeste zaken waarin derden zich op het standpunt stelden dat de bank had moeten waarschuwen, werd deze stelling verworpen om de hiervoor genoemde redenen. Overigens kleven er ook praktische bezwaren aan een waarschuwingsplicht.<sup>77</sup> Zo zal de bank vaak niet over alle contactgegevens van de betrokken derden beschikken, aangezien het niet haar cliënten zijn, en zal het ook lastig zijn om de boodschap zodanig op de individuele kenmerken af te stemmen dat de waarschuwing doel treft.

## 5 Conclusie

De normen zoals door de Hoge Raad geformuleerd in de arresten MeesPierson/Ten Bos, Safe Haven en Van den Berg zijn door zowel hogere als lagere rechtspraak ingekleurd op basis van zaakspecifieke omstandigheden. Uit deze rechtspraak blijkt dat de buitencontractuele zorgplicht van een andere aard is dan de (pre)contractuele zorgplicht. Waar de zorgplicht tegenover (potentiële) cliënten er met name toe strekt om ervoor te zorgen dat zij niet in een nadelige situatie terechtkomen, hoeft de bank tegenover derden pas in actie te komen als uit alle omstandigheden blijkt dat de bank bekend was met de reële kans dat derden in een nadelige situatie terecht zouden kunnen komen door het handelen van de cliënt. Dan nog hoeft de bank niet direct in te grijpen door omstandigheden ongedaan te maken of algemene waarschuwingen de deur uit te doen. Wel moet de bank zorgvuldig onderzoek doen en daarbij voortvarend te werk gaan. Heeft de bank zich voldoende zekerheid verschaft, dan kunnen vervolgcacties op zijn plaats zijn. Gedacht kan worden aan het blokkeren van de rekening, het weigeren van transacties of het opzeggen van de relatie. Overigens hebben banken niet tegenover iedere willekeurige derde een zorgplicht. De reikwijdte wordt ingeperkt door de bijzondere relatie tussen de bank en de derde. Is van voldoende nabijheid geen sprake, dan kan van de bank niet worden verwacht dat zij met de belangen in kwestie rekening houdt.

De hiervoor benoemde ontwikkelingen zijn vanuit een historisch perspectief en de ontwikkeling van de rol en positie van banken binnen het economisch, maatschappelijk en sociaal stelsel te verklaren. Dat betekent echter niet dat de bancaire zorgplicht jegens derden inmiddels in rustig(er) vaarwater is gekomen. Los van het feit dat er nog voldoende kwesties onbeantwoord zijn en om opheldering vragen, zijn ook de ontwikkelingen op dit terrein naar verwachting nog niet voorbij. Met het steeds mondiger worden van de maatschappij, de openstelling van de collectieve actie en recente ontwikkelingen rondom technologie, al dan niet in combinatie met de verplichting tot transactiemonitoring en verduurzaming, valt te verwachten dat het aantal gerechtelijke procedures op basis van een mogelijke schending van de bijzondere zorgplicht in de toekomst zal toenemen. Wellicht gaat met deze verwachte opmars van de zorgplicht en het toenemende aantal claims hand in

71 Zie over deze spagaat ook D.M. van der Houwen, *Bancaire zorgplicht jegens derden: actie of reactie?*, FR 2015, afl. 4, p. 119-125 en Hutten & Aarts 2024.

72 HR 5 november 1965, ECLI:NL:HR:1965:AB7079, NJ 1966/136 m.nt. G.J. Scholten (Kelderluik).

73 Zie K.J.O. Jansen, *Informatieplichten* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 2012, par. 4.3.1.

74 De dogmatische inpassing van de derdenzorgplicht binnen het klassiek privaatrechtelijk systeem betreft een interessante kwestie die nadere bestudering vraagt, maar het bestek van dit artikel te buiten gaat.

75 Zie S.B. van Baalen in zijn noot in AV&S 2006/26 bij het arrest Safe Haven en Van der Leeuw & Verspyck Mijnsen 2013, par. 17.7.

76 Zie over de geheimhoudingsplicht Asser/De Serië 2-IV 2018/737, en de aldaar aangehaalde literatuur.

77 Meijs 2013.

hand dat banken zich vaker genoodzaakt zien daadkrachtig op te treden. De gevolgen daarvan voor (potentiële) cliënten en derden kunnen weer tot klachten en procedures leiden. Kortom, de bancaire zorgplicht tegenover derden is allesbehalve een rustig nationaal bezit.