

Kan een bank gehouden zijn om betaalopdrachten te weigeren bij een vermoeden van fraude?

Mr. drs. A. Stortelder¹

De aanleiding voor het schrijven van dit artikel is een belangwekkende uitspraak van *The Supreme Court of the United Kingdom* (het UK Supreme Court) van 12 juli 2023: *Philipp v. Barclays Bank UK PLC*.² Het UK Supreme Court oordeelde dat op een bank geen verplichting rust om een betaalopdracht van een cliënt te weigeren als zij gegronde redenen heeft om aan te nemen dat sprake is van fraude. Het bestuderen van deze uitspraak riep bij mij de vraag op hoe een vergelijkbare zaak naar Nederlands recht zou (moeten) worden beslist. Die vraag beantwoord ik in dit artikel, aan de hand van een bespreking van de bijzondere zorgplicht van de bank en verplichtingen van de bank (als betaaldienstverlener) bij de uitvoering van betalingstransacties. Ik concludeer dat er goede redenen zijn om ook naar Nederlands recht aan te nemen dat op de bank geen verplichting rust om een betaalopdracht te weigeren bij een vermoeden van fraude.

1. De bijzondere zorgplicht van de bank in het algemeen

1.1. Een bijzondere zorgplicht jegens de cliënt en jegens derden

De maatschappelijke functie van een bank brengt een (in de rechtspraak ontwikkelde) bijzondere zorgplicht mee. De inhoud en reikwijdte daarvan hangen af van de omstandigheden van het geval. Een bijzondere zorgplicht van de bank werd voor het eerst – expliciet – aangenomen in het arrest *Rabobank/Everaars*.³ Aangenomen werd dat gelet op de mogelijk zeer grote risico's die de cliënt-belegger bij de handel in opties kan lopen, de bank – als bij uitstek professioneel en deskundig op dit terrein – jegens particuliere, niet professionele cliënten een bijzondere zorgplicht heeft. De Hoge Raad leidde deze af uit de eisen van redelijkheid en billijkheid, die de contractuele relatie tussen bank en cliënt mede beheersen. De Hoge Raad overwoog dat deze zorgplicht naar zijn aard tot strekking heeft de cliënt te beschermen tegen het gevaar van eigen lichtvaardigheid of gebrek aan inzicht. De bank was in haar zorgplicht tekortgeschoten, omdat zij aan de optiehandel door de cliënt bleef meewerken, terwijl er nagenoeg voortdurend

sprake was van een aanzienlijk tekort op de marginverplichting.⁴

In latere rechtspraak aanvaardde de Hoge Raad dat de maatschappelijke functie van een bank ook een bijzondere zorgplicht meebrengt ten opzichte van derden met wier belangen de bank rekening behoort te houden op grond van hetgeen volgens ongeschreven recht in het maatschappelijk verkeer betaamt (artikel 6:162 lid 2 BW).⁵

Voor de bijzondere zorgplicht van de bank jegens derden zijn de arresten *Safe Haven*⁶ en *Ponzi-zwandel*⁷ van belang. In *Safe Haven* werd geoordeeld dat de bank onderzoek had moeten doen toen zij zich had gerealiseerd dat de beleggingsactiviteiten van *Safe Haven*, via een bij de bank aangehouden rekening, mogelijk in strijd waren met de Wet toezicht effectenbeheer. Door dat niet te doen had de bank haar bijzondere zorgplicht jegens derden veronachtzaamd.⁸ In het arrest *Ponzi-zwandel* werd geoordeeld dat van de bank in verband met de belangen van derden kon worden gevergd dat zij tot onderzoek zou overgaan indien zij wist van het ongebruikelijke betalingsverkeer en de bijbehorende omschrijvingen

1. Anne Stortelder is (cassatie)advocaat bij Houthoff. Anne Stortelder staat regelmatig banken bij in (cassatie)procedures. Zij is bij enkele in dit artikel besproken zaken als cassatieadvocaat betrokken geweest. Met dank aan Bart van der Wiel voor zijn commentaar op een eerdere versie.
2. UK Supreme Court 12 juli 2023, [2023] UKSC 25 (*Philipp v Barclays Bank UK PLC*).
3. HR 23 mei 1997, ECLI:NL:HR:1997:AG7238, NJ 1998/192, m.nt. C.J. van Zeben (*Rabobank/Everaars*).

4. HR 23 mei 1997, ECLI:NL:HR:1997:AG7238, NJ 1998/192, m.nt. C.J. van Zeben (*Rabobank/Everaars*), rov. 3.3.
5. HR 9 januari 1998, ECLI:NL:HR:1998:ZC2536, NJ 1999/285, m.nt. W.M. Kleijn (*MeesPierson/Ten Bos*), rov. 3.6.2.
6. HR 23 december 2005, ECLI:NL:HR:2005:AU3713, NJ 2006/289, m.nt. M.R. Mok (*Safe Haven*).
7. HR 27 november 2015, ECLI:NL:HR:2015:3399, NJ 2016/245, m.nt. T.F.E. Tjong Tjin Tai (*Ponzi-zwandel*).
8. HR 23 december, 2005 ECLI:NL:HR:2005:AU3713, NJ 2006/289, m.nt. M.R. Mok (*Safe Haven*), rov. 6.3.2-6.3.4.

op de bankrekeningen van Van den Berg, hetgeen wees op beleggingsactiviteiten.⁹ Een bank mag in zo'n geval, gelet op haar functie in het maatschappelijk verkeer en specifieke deskundigheid op het gebied van financiële dienstverlening, bekend worden verondersteld met het feit dat daarvoor een vergunning vereist kon zijn, welke ontbrak, en daarmee met het aan het ongebruikelijke betalingsverkeer verbonden 'gevaar'.¹⁰ Uit het arrest blijkt bovendien dat de bijzondere zorgplicht van de bank zich onder omstandigheden zelfs zou kunnen uitstrekken tot derden die door belegging van contante gelden of via bankrekeningen aangehouden bij andere banken slachtoffer zijn geworden.¹¹

1.2. De bijzondere zorgplicht als grondslag voor een palet aan meer specifieke verplichtingen

Inmiddels zijn in de rechtspraak allerlei soorten verplichtingen voor de bank (jegens haar cliënt of derden) aangenomen op grond van de bijzondere zorgplicht, zoals informatie-, onderzoeks-, waarschuwings- en weigeringsplichten. Steeds zal aan de hand van de omstandigheden van het geval worden gezien waartoe de bijzondere zorgplicht verplicht.

In *ING/Yin Yang II*¹² werd geoordeeld dat de bank gehouden was om een derde, saunaclub Yin Yang, een betaalrekening aan te bieden. Ook deze verplichting om te contracteren en diensten te verlenen werd gegrond op de bijzondere zorgplicht van de bank. Dit betreft een volkomen nieuwe – en in het licht van de bekende gevallen opvallende – toepassing van de bijzondere zorgplicht van de bank. Eerder aangenomen verplichtingen hadden steeds de strekking een cliënt of derde te beschermen tegen het gevaar van eigen lichtvaardigheid of gebrek aan inzicht. In zijn conclusie voorafgaand aan het arrest schreef Hartlief het volgende:¹³

"Ik sluit niet uit dat de bijzondere zorgplicht onder bepaalde (bijzondere) omstandigheden een bank kan verplichten (opnieuw) een contractuele zorgplicht met een derde aan te gaan. De in de rechtspraak ontwikkelde bijzondere zorgplicht, die op zijn beurt voortvloeit uit de in art.

6:162 BW neergelegde zorgvuldigheidsnorm, betreft immers een open norm, die met de tijd mee-ontwikkelt en niet op voorhand tot bepaalde situaties is beperkt. Daarom moet telkens opnieuw aan de hand van de omstandigheden van het geval worden gezien tot welke zorg de bank in het concrete geval jegens de derde(n) is gehouden. In dit systeem past niet dat bepaalde zorg, zoals het aangaan van een (standaard) contractuele relatie met een derde, bij voorbaat is uitgesloten van de bijzondere zorgplicht van de bank."

Het oordeel van de Hoge Raad in deze zaak sluit hierbij aan. De maatschappelijke positie van de bank, die mede bestaat vanwege het feit dat het vrijwel onmogelijk is om deel te nemen aan het maatschappelijk verkeer zonder betaalrekening, lijkt hier de reden om ook in dit geval een bijzondere zorgplicht aan te nemen en de bank te verplichten een contractuele relatie aan te gaan.¹⁴

Dit roept uiteraard de vraag op welke verplichtingen in de toekomst nog meer aan de bijzondere zorgplicht zullen worden opgehangen. Op zich kan ik mij vinden in de opvatting van Hartlief dat het niet bij de hier toepasselijke open normen (de maatschappelijke zorgvuldigheidsnorm van artikel 6:162 BW of de eisen van redelijkheid en billijkheid) past om bepaalde verplichtingen op voorhand van de bijzondere zorgplicht uit te sluiten. Bij de maatschappelijke zorgvuldigheidsnorm van artikel 6:162 BW als grondslag past echter ook niet dat de bijzondere zorgplicht zozeer "mee-ontwikkelt" dat gedrag van de bank achteraf onrechtmatig wordt geoordeeld, terwijl de bank op voorhand niet heeft kunnen voorzien of in onzekerheid heeft kunnen verkeren over waartoe de bijzondere zorgplicht haar verplichtte.¹⁵

Een bijzondere zorgplicht is voorzienbaar indien de bank bekend is met ongebruikelijk betalingsverkeer en gelet op haar maatschappelijke functie en specifieke deskundigheid bekend mag worden verondersteld met het daaraan verbonden gevaar. Ook het bestaan van (aanstaande) regelgeving draagt bij aan voorzienbaarheid van een bepaalde (zorg)verplichting. Zo oordeelde de Hoge Raad in *SNS/Stichting*¹⁶ dat het voor banken in de periode 1999-2003 duidelijk moet zijn geweest dat consumenten door onverantwoorde kredietverstrekking in ernstige (financiële) problemen konden komen, tegen de achtergrond van op dat moment al in ontwikkeling zijnde

9. HR 27 november 2015, ECLI:NL:HR:2015:3399, NJ 2016/245, m.nt. T.F.E. Tjong Tjin Tai (Ponzi-zwendel), rov. 4.6 (zie ook rov. 5.2).

10. HR 27 november 2015, ECLI:NL:HR:2015:3399, NJ 2016/245, m.nt. T.F.E. Tjong Tjin Tai (Ponzi-zwendel), rov. 4.3 en 4.6.

11. HR 27 november 2015, ECLI:NL:HR:2015:3399, NJ 2016/245, m.nt. T.F.E. Tjong Tjin Tai (Ponzi-zwendel), rov. 5.1.

12. HR 5 november 2021, ECLI:NL:HR:2021:1652, NJ 2021/352 (ING/Yin Yang II). In deze zaak heb ik ING bijgestaan in cassatie.

13. A-g Hartlief in zijn conclusie voorafgaand aan HR 5 november 2021, ECLI:NL:HR:2021:1652, NJ 2021/352 (ING/Yin Yang II), § 3.9.

14. Rov. 3.2. Zie ook hof, rov. 3.6 en a-g Hartlief in zijn conclusie voorafgaand aan HR 5 november 2021, ECLI:NL:HR:2021:1652, NJ 2021/352 (ING/Yin Yang II), § 3.10.

15. Overigens brengt ook het beginsel van rechtszekerheid mee dat voor een bank voorzienbaar moet zijn waartoe open normen haar verplichten (vgl. in de context van de Derde Levensrichtlijn die in artikel 31 lid 3 deze rechtszekerheid expliciet vereist HvJ EU 29 april 2015, ECLI:NL:EU:C:2015:286, NJ 2016/352 m.nt. M.M. Mendel (Nationale Nederlanden/Van Leeuwen), rov. 29).

16. HR 16 juni 2017, ECLI:NL:HR:2017:1107, NJ 2017/363, m.nt. T.F.E. Tjong Tjin Tai (SNS/Stichting).

normen ter voorkoming van overkreditering en bestaande zelfregulering. Op grond hiervan oordeelde de Hoge Raad dat de bijzondere zorgplicht in deze periode al verschillende verplichtingen meebracht voor de bank teneinde overkreditering te voorkomen.¹⁷ Zonder bekendheid met ongebruikelijk betalingsverkeer en een daaraan gekoppelde (veronderstelde) bekendheid met een gevaar of (aanstaaende) regelgeving kan de bank lastig voorzien dat op haar een (zorg)verplichting rust. Dat geldt in het bijzonder indien bestaande (wettelijke) verplichtingen strijdig zijn aan, of in ieder geval lastig te verenigen zijn met, de eventueel aan te nemen verplichting uit hoofde van de bijzondere zorgplicht of indien de bank in een spanningsveld van belangen opereert. Dat dit vaak het geval is, zal niet verbazen. Dat dit de rechter er niet altijd van weerhoudt om een bijzondere zorgplicht aan te nemen, blijkt uit *ING/Yin Yang II*. De bank werd in die zaak verplicht om een contractuele relatie aan te gaan met saunaclub Yin Yang. De bank weigerde in dit geval echter haar diensten in verband met zorgen over of aan de verplichtingen uit hoofde van de Wwft zou kunnen worden voldaan. Indien de bank niet aan haar verplichtingen uit hoofde van de Wwft kan voldoen, is de bank wettelijk verplicht dienstverlening te weigeren.¹⁸ Met twijfelgevallen gaan grote integriteits- en reputatierisico's gepaard voor de bank. In zo'n spanningsveld van tegenstrijdige verplichtingen en belangen is het voor de bank lastig te bepalen waartoe zij onder de omstandigheden nu gehouden is. De Hoge Raad overwoog weliswaar dat een gerechtvaardigd belang van de bank om cliënten te weigeren vanwege toezichtrechtelijke eisen of integriteitsrisico's eraan in de weg kan staan een bank te verplichten een betaalrekening aan te bieden. De Hoge Raad liet echter het oordeel van het hof dat in dit geval tussen het belang van de bank enerzijds en Yin Yang anderzijds onevenredigheid bestaat en dat het belang van de bank in dit geval niet in de weg staat aan een verplichting tot het aanbieden van een betaalrekening, maar wel aan een verplichting tot het faciliteren van het storten van contant geld, in stand.¹⁹

2. De bijzondere zorgplicht van de bank in verband met fraude

Voor wat betreft de bijzondere zorgplicht van de bank in verband met fraude zijn in de eerste plaats de hiervoor al besproken arresten van de Hoge Raad *Safe Haven* en *Ponzi-zwandel* van belang. In beide gevallen ging het om de bijzonder zorgplicht jegens derden die ontstaat doordat de bank over bepaalde wetenschap of aanwijzingen beschikt.²⁰ Hutten en

Aarts signaleren in een recent in dit tijdschrift verschenen artikel een beweging in lagere rechtspraak waarin de reikwijdte van de bijzondere zorgplicht van de bank in fraudegevallen lijkt op te schuiven naar gevallen waarin de bank op de hoogte had *behoren* te zijn. Lagere rechters lijken in enkele gevallen inderdaad ruimte te zien voor een bijzondere zorgplicht van de bank zonder dat de bank signalen had van fraude, waarbij wordt aangenomen dat de bank uit hoofde van de bijzondere zorgplicht gehouden is haar fraudemonitoringsstelsel op een wijze in te richten die haar in staat stelt eerder signalen van fraude te genereren.²¹

Hoewel hieraan in de rechtspraak vooralsnog niet wordt gerefereerd, zou deze ontwikkeling kunnen worden verklaard door een sinds 2019 geldende (toezichtsrechtelijke) verplichting voor betaaldienstverleners om te beschikken over mechanismen voor het monitoren van transacties waarmee zij ongeoorloofde of frauduleuze betalingstransacties kunnen identificeren.²² Deze verplichting betreft geen algemene fraudemonitoringsverplichting voor betaaldienstverleners, maar een uitwerking van de verplichting om in bepaalde gevallen sterke cliëntauthenticatie toe te passen.²³ De verplichting strekt ertoe de consument tegen het risico van ongeoorloofde betalingstransacties (waarmee wordt bedoeld betalingstransacties waarmee de betaler niet heeft ingestemd) en frauduleuze betalingstransacties te beschermen en de integriteit van het betalingssysteem te waarborgen.²⁴ Dergelijke toezichtsrechtelijke verplichtingen resulteren (zeker) niet zonder meer in verplichtingen uit hoofde van de bijzondere zorgplicht, maar de inhoud van de bijzondere zorgplicht wordt wel mede aan de hand van dergelijke verplichtingen en hun strekking bepaald.²⁵

Ik acht het niet uitgesloten dat de hiervoor genoemde toezichtrechtelijke verplichting om te beschikken over mechanismen voor het monitoren van transacties waarmee ongeoorloofde of frauduleuze betalingstransacties kunnen worden geïdentificeerd, mede gelet op de strekking ervan, resulteert

17. HR 16 juni 2017, ECLI:NL:HR:2017:1107, NJ 2017/363, m.nt. T.F.E. Tjong Tjin Tai (SNS/Stichting), rov. 4.2.1-4.2.9.
18. Artikel 4:71g lid 1 Wft.
19. HR 5 november 2021, ECLI:NL:HR:2021:1652, NJ 2021/352 (*ING/Yin Yang II*), rov. 3.3.
20. Dit is recent nog bevestigd door a-g Snijders in zijn conclusie voorafgaand aan HR 12 januari 2024, ECLI:NL:HR:2024:482 (ECLI:NL:PHR:2024:35), § 3.3-3.4.

21. T. Hutten en S.R.F. Aarts, 'Algemene fraudepreventie vanwege een bijzondere bancaire zorgplicht?', *FR* 2024/1/2 met verwijzingen naar Rb. Amsterdam 3 augustus 2022, ECLI:NL:RBAMS:2022:5898, rov. 4.14 en Rb. Amsterdam 26 april 2023, ECLI:NL:RBAMS:2023:2986, rov. 4.12.
22. Artikel 2 van de Gedelegeerde verordening (EU) 2018/389 van de Commissie van 27 november 2017 tot aanvulling van Richtlijn (EU) 2015/2366 van het Europees Parlement en de Raad wat betreft technische reguleringsnormen voor sterke cliëntauthenticatie en gemeenschappelijke en veilige open communicatiestandaarden. Zie ook artikel 98 lid 1 en lid 4 *Payment Services Directive* 2015/2366 (PSD II).
23. Artikel 2 jo. lid 1 van de Gedelegeerde verordening (EU) 2018/389 en artikel 97 PSD II.
24. R.E. van Esch, 'Transactiemonitoring in het betalingsverkeer', *FR* 2018/4 en T. Hutten en S.R.F. Aarts, 'Algemene fraudepreventie vanwege een bijzondere bancaire zorgplicht?', *FR* 2024/1/2.
25. Vgl. HR 26 juni 1998, ECLI:NL:HR:1998:ZC2686, NJ 1998/660, m.nt. C.J. van Zeven (*Van de Klundert/Rabobank*), rov. 3.6.

in een soortgelijke fraudemonitoringsverplichting uit hoofde van de bijzondere zorgplicht. Het ligt voor de hand dat een dergelijke verplichting uit hoofde van de bijzondere zorgplicht eerder wordt aangenomen in relatie tot de cliënt van de bank. Het aannemen van een fraudemonitoringsverplichting jegens derden uit hoofde van de bijzondere zorgplicht zou een nieuwe invulling vormen, waarbij anders dan in de bekende gevallen een bijzondere zorgplicht jegens derden in verband met fraude eerst werd aangenomen op basis van wetenschap of aanwijzingen waarover de bank beschikte. Ik zou echter menen dat de fraudemonitoringsverplichting van de bank ook zou kunnen strekken ter bescherming van de belangen van derden en daarmee lijkt me een dergelijke invulling van de bijzondere zorgplicht jegens derden evenmin uitgesloten. Dat betekent, naar ik meen, overigens niet dat de bank enkel vanwege het missen van bepaalde fraudesignalen aansprakelijk zou zijn (jegens de cliënt of derden). In zo'n geval kan immers nog niet, zonder meer, aangenomen worden dat sprake is van een veronachtzamen door de bank van een fraudemonitoringsverplichting.²⁶

3. Een andere relevante grondslag voor aansprakelijkheid van de bank jegens haar cliënt bij frauduleuze betalingstransacties

Een verplichting voor de bank tot vergoeding van schade als gevolg van fraude via een bij de bank aangehouden rekening kan niet alleen bestaan op grond van een schending van de bijzondere zorgplicht. Titel 7B van boek 7 BW regelt de verhouding tussen de betaler en de betaaldienstverlener (zoals de bank) bij betalingstransacties. Deze titel betreft de implementatie van de *Payment Services Directive* 2015/2366 (PSD II) en regelt onder meer wie verliezen draagt van zogenaamde niet-toegestane betalingstransacties.²⁷ Een niet-toegestane betalingstransactie is een betalingstransactie die zonder instemming van de betaler is uitgevoerd.²⁸ Instemming wordt verleend door middel van de tussen de betaler en de betaaldienstverlener overeengekomen vorm en procedure (bijvoorbeeld door gebruik van een pinpas met de bijbehorende pincode of door een overboeking via internetbankieren met gebruik van de overeengekomen authenticatiemethode). Op basis daarvan kan de betaaldienstverlener de betalingstransacties authenticeren, oftewel de identiteit van de betaaldienstgebruiker dan wel de validiteit van

het gebruik van een specifiek betaalinstrument verifiëren.²⁹

Indien echter een derde zonder instemming van de betaler, maar met gebruik van een tussen de betaler en de betaaldienstverlener overeengekomen vorm en procedure, een betaalopdracht verstrekt en de betaaldienstverlener de betaalopdracht na authenticatie uitvoert, komt het door deze betaling ontstane verlies – in beginsel – voor rekening van de betaaldienstverlener. Ondanks dat een betaalopdracht is verstrekt met toepassing van de overeengekomen vorm en procedure en de bank deze op deugdelijke wijze heeft geauthenticeerd, is sprake van een niet-toegestane betalingstransactie, omdat de betaler niet met de transactie heeft ingestemd. Alleen indien de betaler zelf frauduleus heeft gehandeld of met opzet of grove nalatigheid zijn verplichtingen uit hoofde van artikel 7:524 BW niet is nagekomen, dient hij het verlies zelf te dragen (artikel 7:529 lid 1 BW).³⁰ Het risico van frauduleuze overboekingen rust in deze gevallen in beginsel bij de betaaldienstverlener, ook als deze geen reden had om rekening te houden met fraude. Deze aansprakelijkheid van de bank jegens haar cliënt gaat verder dan de hiervoor besproken aansprakelijkheid uit hoofde van de bijzondere zorgplicht jegens derden, die pas tot aansprakelijkheid leidt indien de bank wist of behoorde te weten van een gevaar, zoals fraude. Met de gekozen risicoverdeling tussen betaler en betaaldienstverlener lijkt vooral te zijn beoogd het vertrouwen in het betaalsysteem te vergroten door een hoog niveau van consumentenbescherming.

Wat nu indien de betaler wel zelf de betaalopdracht heeft gegeven, maar daartoe door middel van fraude is bewogen (denk bijvoorbeeld aan factuurfraude of hulpvraagfraude via WhatsApp)? Deze vraag was aan de orde in de zaak die heeft geleid tot een uitspraak van het UK Supreme Court, die de aanleiding vormde voor dit artikel.

4. Philipp v Barclays Bank UK PLC³¹

In *Philipp v Barclays Bank UK PLC* speelde een veelvoorkomende vorm van fraude en de vraag of op de bank in dit verband een zorgplicht rustte tegen de achtergrond van PSD-regelgeving en een in eerdere rechtspraak van het UK Supreme Court aangenomen zorgplicht.³² De uitspraak riep bij mij de

26. Vgl. a-g Snijders in zijn conclusie voorafgaand aan HR 12 januari 2024, ECLI:NL:HR:2024:482 (ECLI:NL:PHR:2024:35), § 3.9. Zie ook Kifid 26 januari 2022, nr. 2021-0761B.
27. Zie mijn bijdrage 'Aansprakelijkheid van de bank voor onjuiste of ongeautoriseerde betalingstransacties' in: B. Bierens & F.E.J. Beekhoven van den Boezem, Geld in beweging: actualiteiten geld en betalingsverkeer, Serie Onderneming en Recht deel 131, Deventer: Wolters Kluwer 2022, p. 147-180.
28. Artikel 7:522 lid 2 BW.

29. Artikel 7:514 sub a BW.

30. HR 21 mei 2021, ECLI:NL:HR:2021:749, NJ 2021/310, m.nt. T.F.E. Tjong Tjin Tai. In deze zaak heb ik ING bijgestaan in cassatie. Zie ook bijvoorbeeld Kifid 6 december 2022, nr. 2022-1032.

31. UK Supreme Court 12 juli 2023, [2023] UKSC 25 (*Philipp v Barclays Bank UK PLC*).

32. UK Supreme Court 12 juli 2023, [2023] UKSC 25 (*Philipp v Barclays Bank UK PLC*), rov. 52 onder verwijzing naar UK Supreme Court 21 december 2022, [2022] UKSC 34 (*Stanford International Bank Ltd v HSBC Bank plc*), rov. 4. Zie ook *Barclays Bank plc v Quincecare Ltd* [1992] 4 All ER 363, rov. 376.

vraag op of de uitkomst naar Nederlands recht gelijk zou (moeten) zijn.

De relevante feiten zijn overzichtelijk. Mevrouw Philipp was cliënt bij Barclays Bank. Een derde heeft Philipp onder valse voorwendselen bewogen grote bedragen over te boeken vanaf haar bij de bank aangehouden rekening naar twee bankrekeningen in de Verenigde Arabische Emiraten.³³ De bank heeft de door Philipp gegeven betaalopdrachten uitgevoerd en het geld is weg. In deze procedure stelt Philipp de bank aansprakelijk voor het verlies. Zij stelt zich op het standpunt dat de bank jegens haar verplicht is betaalopdrachten niet uit te voeren als de bank gegronde redenen heeft om aan te nemen dat sprake is van fraude.

Philipp beroept zich op een zorgplicht van de bank die in eerdere rechtspraak van het UK Supreme Court is aanvaard en wel wordt aangeduid als de *'Quincecare duty'*.³⁴ Uit het arrest *Quincecare* en daarop volgende arresten volgt een verplichting voor de bank jegens haar cliënt om de uitvoering van een betaalopdracht gegeven door een vertegenwoordiger van de cliënt te weigeren indien de bank fraude vermoedt ten aanzien van deze betaalopdracht, tot dat de bank heeft vastgesteld dat de cliënt de betaalopdracht zelf heeft geautoriseerd.

In het hoger beroep in de zaak van Philipp werd geoordeeld dat op de bank inderdaad een verplichting rust om betaalopdrachten niet uit te voeren als de bank gegronde redenen heeft om aan te nemen dat sprake is van fraude. De bank kwam bij het UK Supreme Court met succes op tegen dat oordeel.

Een belangrijk verschil tussen de zaak van Philipp tegen Barclays Bank en de rechtspraak waarop Philipp zich beroept, is dat in de zaak van Philipp niet in geschil is dat de betaalopdracht afkomstig is van Philip zelf, zodat ook niet in geschil is dat sprake is van een toegestane betalingstransactie. De bank is op grond van regelgeving die is te herleiden tot PSD II gehouden een door haar cliënt gegeven betaalopdracht uit te voeren en juist de weigering daarvan levert een tekortkoming op.³⁵ Over de bancaire zorgplicht overweegt het UK Supreme Court dat de bank haar dienstverlening, net als iedere andere dienstverlener, met de nodige zorg en bekwaamheid moet verrichten.³⁶ Het UK Supreme Court vervolgt:³⁷

"The requirement to exercise reasonable care and skill only applies, and is only capable of applying, insofar as the contract gives the supplier any latitude in how the relevant services are carried out. (...) The bank's obligation to carry out payment instructions in accordance with its mandate from the customer leaves the bank with very little latitude in performing its obligation."

Het feit dat de door Philipp gegeven betaalopdracht het gevolg is van fraude, maakt niet dat sprake is van een ongeldige betaalopdracht en geeft Philipp geen aanspraak op de bank, aldus het UK Supreme Court.³⁸ De bank had weliswaar op grond van haar algemene voorwaarden het recht om uitvoering van de betaalopdracht te weigeren in geval van gegronde redenen om aan te nemen dat sprake is van fraude, maar dat maakt niet dat de bank daartoe in zo'n geval ook verplicht is.³⁹

5. Een gelijke uitkomst naar Nederlands recht?

Ook naar Nederlands recht geldt dat de bank gehouden is een betaalopdracht van de betaler, in de regel de cliënt, (tijdig) uit te voeren en dat tekortschieten in die verplichting in beginsel aansprakelijkheid oplevert.⁴⁰ Artikel 7:533 lid 1 jo. lid 4 BW impliceert dat de bank een betaalopdracht kan weigeren, maar alleen indien de wet of de tussen de betaler en de bank overeengekomen voorwaarden daarvoor grond bieden.⁴¹ Artikel 17 lid 3 van de algemene bankvoorwaarden 2017 bepaalt dat de bank in bijzondere gevallen een opdracht mag weigeren, bijvoorbeeld in het geval de bank misbruik vermoedt. Tot zover is het juridisch kader naar Nederlands recht dus vergelijkbaar met het juridisch kader naar Engels recht. Er geldt een (wettelijke) verplichting om een betaalopdracht uit te voeren en een (contractueel) recht om uitvoering te weigeren, bijvoorbeeld in geval van gegronde redenen om aan te nemen dat sprake is van fraude.

Hoewel ook het Engelse recht gevallen kent waarin een verplichting van de bank werd aangenomen op grond van haar zorgplicht (zoals de hiervoor genoemde *Quincecare duty*), zijn vorderingen jegens de bank op grond van schending van haar zorgplicht in vergelijking met Nederlands recht relatief weinig

33. Dit type fraude wordt in de UK ook wel *Authorised Push Payment fraud (APP fraud)* genoemd.

34. UK Supreme Court 12 juli 2023, [2023] UKSC 25 (*Philipp v Barclays Bank UK PLC*), rov. 52 onder verwijzing naar UK Supreme Court 21 december 2022, [2022] UKSC 34 (*Stanford International Bank Ltd v HSBC Bank plc*), rov. 4. Zie ook *Barclays Bank plc v Quincecare Ltd* [1992] 4 All ER 363, rov. 376.

35. UK Supreme Court 12 juli 2023, [2023] UKSC 25 (*Philipp v Barclays Bank UK PLC*), rov. 100.

36. UK Supreme Court 12 juli 2023, [2023] UKSC 25 (*Philipp v Barclays Bank UK PLC*), rov. 34.

37. UK Supreme Court 12 juli 2023, [2023] UKSC 25 (*Philipp v Barclays Bank UK PLC*), rov. 35.

38. UK Supreme Court 12 juli 2023, [2023] UKSC 25 (*Philipp v Barclays Bank UK PLC*), rov. 105.

39. UK Supreme Court 12 juli 2023, [2023] UKSC 25 (*Philipp v Barclays Bank UK PLC*), rov. 113-114.

40. Artikelen 7:533 lid 4, 7:537 lid 1, 7:543 lid 1 en 7:545 BW.

41. Van Esch wijst erop dat uit de eisen van redelijkheid en billijkheid (artikel 6:248 lid 1 BW) wellicht een aanvullende weigeringsgrond zou kunnen voortvloeien (R.E. van Esch, *Giraal betalingsverkeer/Elektronisch betalingsverkeer (Recht & Praktijk, nr. FR7)*, Deventer: Wolters Kluwer 2023, p. 291). Zie ook W.A.K. Rank, T&C BW, commentaar op art. 7:533 BW, aant. 4.

succesvol.⁴² Het UK Supreme Court overweegt in de zaak Philipp dat de bank haar dienstverlening, net als iedere andere dienstverlener, met de nodige zorg en bekwaamheid moet verrichten. Een vergelijkbare verplichting geldt ook naar Nederlands recht.⁴³ Naar Nederlands recht geldt voor de bank echter daarnaast de in de rechtspraak ontwikkelde bijzondere zorgplicht, gegrond op haar maatschappelijke positie, die verder strekt dan de verplichting om de dienstverlening met de nodige zorg en bekwaamheid te verrichten en afhankelijk van de omstandigheden van het geval allerlei verplichtingen met zich brengt.

Het Kifid heeft al verschillende keren geoordeeld dat in een geval waarin vaststaat dat de rekeninghouder de betalingen zelf heeft geïnitieerd en geautoriseerd, in overeenstemming met de gestelde voorwaarden, voor de bank een verplichting bestaat gehoor te geven aan de betaalopdracht. Daarbij betreft het Kifid echter wel ook steeds dat in het concrete geval niet was gebleken dat de bank ten tijde van de uitvoering van de betaalopdrachten wist van ongebruikelijk betalingsverkeer of wist of behoorde te weten van een gevaar (zoals fraude), waarbij wordt verwezen naar de arresten *Safe Haven* en *Ponzi-zwende*.⁴⁴ In een uitspraak van 19 december 2022 overweegt het Kifid dat de bijzondere zorgplicht onder bepaalde omstandigheden verplicht tot weigering van een opdracht, waarbij wordt verwezen naar een arrest van het hof Amsterdam in de zaak *ING/Foot Locker*. Gegronde redenen om te twijfelen aan een betaalopdracht zouden aanleiding kunnen zijn voor een onderzoeksplicht, waarschuwplicht en wellicht zelfs een weigeringsplicht.⁴⁵

Het hof Amsterdam nam een weigeringsplicht aan in de zaak *ING/Foot Locker*.⁴⁶ In deze zaak wist een fraudeur (Ups) Foot Locker zover te krijgen grote bedragen naar haar over te boeken door zich voor te doen als pakketvervoerder UPS. De bankrekening waarnaar de bedragen werden overgeboekt hield Ups aan bij ING. Hoewel ongebruikelijke transacties en opnamen door Ups van grote bedragen in contanten werden opgemerkt, wachtte ING met het blokkeren van de rekening van Ups. Naar het oordeel van het hof had ING meteen onderzoek moeten instellen en de rekening van Ups moeten blokkeren. Nu zij dit had nagelaten, had zij naar het oordeel van het hof onrechtmatig gehandeld jegens Foot Locker. Het hof Amsterdam nam aan dat de verdenkingen van fraude ING in dit geval ertoe hadden moeten bewegen betaalopdrachten van Ups te weigeren,

waarbij het hof overwoog dat voor het *mogen* weigeren een vermoeden van onregelmatigheden reeds voldoende was (op grond van de toepasselijke bankvoorwaarden).⁴⁷ Anders dan in de zaak Philipp en de hiervoor genoemde Kifid-uitspraken (waarin steeds werd geoordeeld dat de bank gehouden was gehoor te geven aan de betaalopdrachten), betroffen de betaalopdrachten die ING volgens het hof had moeten weigeren, betaalopdrachten van de fraudeur en niet van het slachtoffer. Oftewel, het ging hier om de vraag of de betaalopdrachten van een cliënt moesten worden geweigerd ter bescherming van een derde en niet om de vraag of de betaalopdrachten van een cliënt moesten worden geweigerd ter bescherming van diezelfde cliënt. Uit het hofarrest blijkt echter niet dat dit verschil relevant, laat staan beslissend, is en daar ben ik ook niet van overtuigd.

Opvallend is dat in de overwegingen van het hof de verplichting voor de bank, als betaaldienstverlener, om door de betaler overeenkomstig de overeengekomen vorm en procedure gegeven betaalopdrachten (tijdig) uit te voeren helemaal niet wordt betrokken. Het hof volstaat ermee te wijzen op het recht om een betaalopdracht te weigeren op grond van de toepasselijke bankvoorwaarden.⁴⁸ Tegen de uitspraak van het hof Amsterdam in de zaak *ING/Foot Locker* is geen cassatieberoep ingesteld en ook een met de zaak Philipp vergelijkbaar geval heeft de Hoge Raad nog niet bereikt. Ik sluit niet uit dat de Hoge Raad bij gelegenheid oordeelt dat de bank uit hoofde van de bijzondere zorgplicht (jegens haar cliënt of derden) onder specifieke omstandigheden gehouden kan zijn een betaalopdracht te weigeren. De Nederlandse rechter kijkt, naar het lijkt, anders dan het UK Supreme Court naar de vrijheid voor de bank in dit soort gevallen, waarbij in de regel in de algemene bankvoorwaarden een recht om te weigeren onder meer in geval van een vermoeden van fraude is opgenomen en bovendien blijkt al uit *ING/Yin Yang II* dat de Nederlandse rechter zich bij tegenstrijdige (wettelijke) verplichtingen en belangen niet laat weerhouden van het aannemen van een bijzondere zorgplicht.

Bij beantwoording van de vraag of de bijzondere zorgplicht een weigeringsplicht meebrengt, moet wat mij betreft ten minste ook worden meegewogen dat de bank (wettelijk) verplicht is door de betaler gegeven betaalopdrachten (tijdig) uit te voeren. Ook komt betekenis toe aan de strekking van deze verplichting, namelijk een vlotte en efficiënte werking van het betalingssysteem.⁴⁹ Verder speelt een rol dat voor betaaldienstverleners inmiddels de

42. K. Alexander, 'England and Wales', in D. Busch & C. van Dam (eds.), *A Bank's Duty of Care*, Hart/Bloomsbury 2017, p. 249-284.

43. Vgl. artikel 7:401 BW.

44. Zie bijvoorbeeld Kifid 27 juni 2023, nr. 2023-0487, rov. 3.2-3.3; Kifid 3 april 2023, nr. 2023-0267, rov. 3.2-3.4; en Kifid 15 juni 2022, nr. 2022-0504, rov. 3.2-3.3.

45. Kifid 19 december 2022, nr. 2022-1076, rov. 3.6-3.8.

46. Hof Amsterdam, 14 mei 2019, ECLI:NL:GHAMS:2019:1611 (*ING/Foot Locker*).

47. Hof Amsterdam, 14 mei 2019, ECLI:NL:GHAMS:2019:1611 (*ING/Foot Locker*), rov. 2.20 met verwijzing naar rov. 2.14.

48. Uit rov. 2.5 leid ik af dat ING zich wel op het standpunt heeft gesteld dat er geen zorgplicht op haar rustte jegens Foot Locker, omdat er sprake was van rechtsgeldige betalingsopdrachten aan de bank.

49. PSD II, preamble nr. 85. Zie ook Kifid 26 januari 2022, nr. 2021-0761B, rov. 3.3.

hiervoor in § 2 genoemde (toezichtsrechtelijke) verplichting bestaat om te beschikken over mechanismen voor het monitoren van transacties waarmee zij ongeoorloofde of frauduleuze betalingstransacties kunnen identificeren, welke verplichting er ook (mede) toe strekt het risico op het plaatsvinden van frauduleuze transacties te beperken. Bescherming tegen het risico van frauduleuze betalingstransacties wordt door deze monitoringsverplichting (in combinatie met het weigeringsrecht van de bank) al in grote mate gerealiseerd, op minder vergaande wijze dan door daaraan ook nog een weigeringsplicht te verbinden. Andere minder vergaande verplichtingen die de betaler bescherming tegen frauduleuze betalingstransacties kunnen bieden, betreffen bovendien een onderzoeks-, verificatie- of waarschuwingsplicht.⁵⁰ Wat mij betreft past het aannemen van een weigeringsplicht voor de bank onder die omstandigheden niet, ook al heeft de bank een vermoeden van fraude.

50. Vgl. ook mijn bijdrage 'Aansprakelijkheid van de bank voor onjuiste of ongeautoriseerde betalingstransacties' in: B. Bierens & F.E.J. Beekhoven van den Boezem, Geld in beweging: actualiteiten geld en betalingsverkeer, Serie Onderneming en Recht deel 131, Deventer: Wolters Kluwer 2022, p. 167 waarin ik de mogelijkheid signaleerde dat de betaaldienstverlener die een naam- en bankrekeningnummercontrole heeft uitgevoerd en daardoor wist dat naam en nummer niet overeenkwamen aansprakelijk is jegens de betaler, indien hij de betaalopdracht uitvoert zonder bij de betaler te verifiëren of de betaler inderdaad de met het bankrekeningnummer (de unieke identifier) aangeduide begunstigde heeft bedoeld.