

Aan: de bestuursleden en het bestuur van
de Nederlandse Vereniging van Banken
Gustav Mahlerplein 29-35,
1082 MS Amsterdam

Human Rights in Finance.EU
legal@hrif.eu

Amsterdam
21 oktober 2023

Geacht bestuur, geachte bestuursleden,

Graag breng ik u onder de aandacht dat sinds 24 augustus 2023 de Stichting Human Rights in Finance.EU is opgericht met als doel om toekomstige of bestaande en persisterende grondrechtenschendingen door private en publieke actoren aan te kaarten op alle manieren die ons ter beschikking bestaan.

In deze brief lichten wij onze voorgenomen plannen en inzet toe, in de hoop dat u hierin aanleiding en inspiratie vindt om een koerswijziging in te zetten. Dit geldt eens te meer omdat nu ook de gelegenheid bestaat om, vooruitlopend op de verkiezingen, te bepalen wat de inzet van de banken/NVB zou moeten zijn ten aanzien van nieuwe regeerakkoorden en het toekomstig anti-witwasbeleid in Nederland.

We hopen dat onze toelichting u ertoe brengt om een nieuwe koers in te zetten waarin de NVB haar leden aanmoedigt c.q. verplicht om zich indringender rekenschap te geven van de grondrechten van de mens, nu respect voor die mensenrechten één van de dragende componenten is van ESG- c.q. MVO beleid dat ook banken hoog in het vaandel hebben.

Doel en eerste actie: annulering Regulation 2023/1113

Bij de oprichting in augustus dit jaar hebben wij ons doel, enigszins uitgebreid, geformuleerd als volgt:

het, in het licht van de ontbrekende casu quo gebrekkige ex-ante grondrechtelijke toetsing van regelgeving en feitelijk handelen van overheid en private organisaties, pro-actief beschermen van fundamentele grondrechten van burgers en bedrijven, zoals geformuleerd in internationale en Europese verdragen, en in het bijzonder het voorkomen van toekomstige schade die optreedt door die vormen van handelen en regelgeving waarin publieke of private actoren - in het economisch transactieverkeer met een beroep op antiwitwas-doelen, vermijden van terrorismefinanciering, financiële sanctiecontrole of zaken rond staatsveiligheid en openbare orde - formeel of feitelijk overgaan of worden verplicht tot een disproportionele inbreuk op privéleven, monitoring van bewaring en controle van privé gegevens van individuele burgers/ondernemingen, schending van de onschuldpresumptie, inbreuk op het eigendomsrecht of inbreuk op andere grondrechten.

De stichting heeft geen fondsen (binnenkort hopelijk wel alvast een buitenlandse bankrekening) maar heeft wel de eerste juridische stap gezet in een richting die ook voor banken relevant is. Wij hebben met een verzoek om rechtshulp de eerste stap gezet om Regulation 2023/1113 te doen annuleren bij het Algemeen Gerechtshof in Luxemburg. U weet wel: dat is de regel die banken ertoe verplicht ten overvloede alle klantgegevens in de waardeketen toe te voegen aan alle betaalberichten.

Onze stichting heeft de principiële opvatting dat genoemde doorzendverplichting, alsook de plicht tot onderlinge monitoring van elkaars gedrag door marktpartijen, een overmatige en onrechtmatige regel is, gezien de grondrechtelijke afspraken in de Europese unie. Simpel uitgelegd; als elke politie-agent in Europa/de wereld met een druk op de knop bankgegevens kan krijgen, is die doorzendverplichting van 20 jaar geleden niet meer nodig. Niet voor banken en niet voor crypto-bedrijven.

Wij begrijpen dat u als banken misschien koudwatervrees heeft om pro-actief nu al te stoppen met het doorzenden van die informatie. Toch zou hier nu al een mogelijkheid liggen om uw bedrijfsvoering meer in lijn met de Europese grondrechten te brengen. Wij bieden dan ook graag aan om, mocht het voor één van uw leden tot een aanstaande boete/overtredingsdiscussie met witwastoezichthouders leiden, beschikbaar te zijn om ons als procespartij te voegen in genoemde zaak zodat wij in het belang van de banken kunnen bepleiten waarom de genoemde verplichting onrechtmatig is onder internationale verdragen en EU-regels. Ons materiaal ligt klaar.

Tweede actie: controversieel verklaring plan van aanpak witwassen

Als tweede stap in ons bestaan hebben wij deze nazomer verschillende kamerleden opgeroepen het plan van aanpak witwassen controversieel te verklaren. Het is in feite een hernieuwd beleids-signaal dat laat zien dat bij een breed spectrum van betrokkenen in de Nederlandse samenleving de zorg bestaat dat we in Nederland veel te ver gaan. Een relevant geopolitiek argument is hierbij dat u met TransactieMonitoring Nederland een machine aan het bouwen bent waarvan u niet weet in welke overheidshanden deze straks gaat komen (c.q. misbruikt kan worden).

Inmiddels is het wetsvoorstel inderdaad controversieel. Er is nu tijd om na te denken hoe met witwasbeleid na de verkiezingen mee om te gaan. Graag suggereren wij een koerswijziging die eruit bestaat om (zie de open brief dd 17 april 2023):

- per direkt over te gaan op melding van uitsluitend subjectieve verdachte transacties,
- de samenwerking rond transactiemonitoring Nederland per direkt stil te zetten en te beëindigen,
- te erkennen dat de rechter feitelijk een juridische realiteit neerlegt waarin het recht op een zakelijke betaalrekening een niet te betwisten gegeven is,
- te erkennen dat onheuse clausules uit de Algemene Bankvoorwaarden welke in strijd met grondrechten en BW zijn, geschrapt kunnen worden.

Derde actie: infringement procedure Europese Commissie wegens onrechtmatige Wwft-eisen rond registratie crypto-bedrijven en ongebruikelijke transacties

Op 12 oktober 2023 heeft de Stichting een inbreukprocedure gestart bij de Europese Commissie wegens de onrechtmatige invulling die in Nederland is gegeven bij de invoering van een registratieplicht voor cryptobedrijven. Al vijf jaar lang heeft die sector daar bij belanghebbenden, Ministeries, DNB en banken op gewezen, maar men vond weinig gehoor. Het vergde vele jaren, een tweetal procedures (één bij voorzieningenrechter, één met uitspraak in eerste aanleg) en een stapel materiaal dat vrijkwam onder de Wet Openbaarheid Bestuur.

Inmiddels constateert de rechter (ECLI:NL:RBROT:2023:9157) in heldere termen dat we in Nederland veel verder gingen dan onder EU recht mogelijk was. De EU-regels en het advies van de Raad van State konden niet zomaar genegeerd worden:

Zoals ook de Afdeling advisering van de Raad van State in haar advies van 3 juni 2019 (nr. W06.19.0080/III en TK, 2018-2019, 35245, nr. 4) over de Implementatiewet wijziging vierde anti-witwasrichtlijn heeft opgemerkt, maakt de richtlijn het niet mogelijk om de daarin voorgeschreven registratieplicht vorm te geven als een (verdergaande) vergunningplicht, waarbij er vooraf een toets plaatsvindt of een instelling kan voldoen aan haar Wwft-verplichtingen. Met de thans wettelijk voorgeschreven wijze van beoordeling van registratieverzoeken heeft de registratieplicht echter wel die vorm gekregen.

Het effect is dat delen van de Nederlandse anti-witwaswet nu buiten werking gesteld zijn of zoals de rechter het zegt: onverbindend zijn wegens strijd met de reikwijdte van de in artikel 47 van de AMLD5 neergelegde registratieplicht. Aan verdere beoordeling en toetsing op grondrechten als het recht op vrij ondernemerschap kwam de rechter toen zelfs niet meer toe.

Het voorbeeld toont dat marktpartijen zich niet hoeven neer te leggen bij een overmatige belemmering in de ondernemersvrijheid. Zeker niet als overmatige voorschriften ook een inbreuk op de onschuldpresumptie en de persoonlijke levenssfeer van hun klanten met zich brengen. Om te borgen dat genoemde uitspraak ook een werkelijk vervolg krijgt in Nederland hebben wij als stichting deze uitspraak benut om bij de Europese Commissie een inbreukprocedure te starten.

Voor u als banken is van belang dat het tweede onderdeel van die inbreukprocedure is dat we in Nederland met invulling van meldplicht ongebruikelijke transacties veel verder gaan dan in de EU bedoeld/toegestaan. Wij zijn ervan overtuigd dat dit tweede punt, ook gezien aanstaande EU regelgeving, door de Commissie met urgentie wordt opgepakt, want Nederland is in Europees verband wel de vreemde en overmatige/onrechtmatige eend in de bijt. Dus dat houdt niet lang meer stand.

Banken en NVB kunnen natuurlijk doorgaan met overmatige en onrechtmatige ongebruikelijke meldingen doen en transactiemonitoring samen in te richten, maar zou het niet slimmer en rendabeler zijn om u in de vrijheid van ondernemen niet zo te laten beperken, nu die gedateerde opvattingen door EU-regels worden ingehaald?

Vervolgstappen: onze visie op de standaarden voor sectoren

De stichting heeft op 17 oktober 2023 met zorg kennisgenomen van het artikel in NRC van Eva Smal. Hieruit zou afgeleid kunnen worden dat de Nederlandse Vereniging van Banken en de daarin vertegenwoordigde individuele banken beperkt acht hebben geslagen op maatschappelijk sentiment en juridische feiten rond het overmatig witwas toezicht. Belangrijker is echter dat uit het artikel zou blijken dat de NVB de door DNB voorgestelde koerswijziging: niet langer ongebruikelijke, maar verdachte transacties melden, niet heeft ingezet en mogelijk ook niet wil inzetten.

Dat zou betekenen dat de sectorstandaarden van de NVB die in het kader van witwasregels worden ontwikkeld, mede dienen tot het blijvend opsporen van ongebruikelijke transacties in een setting waar de Nederlandse Bank toch écht van mening is dat een overstap naar verdachte transacties efficiënter is. Juist dit statement van DNB, bewijst en schraagt het nice-to-have karakter van de ongebruikelijke meld-systematiek.

Waar primair de meldsystematiek al strijdig is met EU-recht, komt nu juridisch langs tweede lijn de rechtmatigheid van die systematiek (nu onder de AVG dataminimalisatieplicht) te vervallen. Het is lastig te begrijpen waarom de Nederlandse banken de enorme efficiencywinst - die in in de miljarden loopt en waar langjarig over geklaagd is – nu zouden laten liggen.

De Financial Action Task Force (FATF) doet er juridisch niet toe

Voor zover uw stellingname zou zijn dat alles voortvloeit uit afspraken in FATF verband adviseren wij u kennis te nemen van de uitspraken (C-402/05 P en C-415/05 P) van het Hof van Justitie uit 2008. Deze verduidelijken zonneklaar dat zelfs als er een VN-resolutie is die zegt dat bankrekeningen bevroren moeten worden, dit nog niet betekent dat de EU dit blind moet kopiëren in haar regels. De EU moet een eigen keuze maken en grondrechtentoetsing doen en de normen van het Hof van Justitie zijn in dit verband bekend en streng. Het Hof kan en zal daarop toetsen.

Met de herhaalde verwijzing naar de Financial Action Task Force, verstoep u zich dus als banken en NVB achter een irrelevante en niet a priori legitieme stropop. Bedenk ook: als u als bank de FATF zou willen onboarden is dat ten ene male onmogelijk. Die club heeft na 30 jaar nog steeds geen juridische vorm en geen legal identifier.

De reden is, zoals wij die lezen, dat als het écht een internationale organisatie zou moeten zijn, ze ook direkt gebonden zouden zijn aan eerbiedigen van de internationale rechten van de mens. En dat verhoudt zich weer lastig met het internationaal voorschrijven van massasurveillance waarbij risicolanden/nationaliteiten worden benut om private partijen aan te moedigen tot discriminatie op oneigenlijke gronden en het verlies van de onschuldpresumptie.

Worden de sectorstandaarden geschoeid op juridisch onrechtmatige bodem?

De NVB is de hoeder van de NVB collectieve voorwaarden. Deze kennen echter diverse elementen die in de ogen van onze stichting ongepast zijn en strijdig met redelijkheid, maar ook met grondrechten. Het aan de klant toekennen van een zorgplicht als die van banken is juridisch gezien nonsens. Een klant is geen Wft-instelling, dat zult u zelf toch ook erkennen. Maar toch zien we dit argument gehanteerd worden in allerlei rechtszaken en geschillen.

Evenzo zijn er andere clausules die in hun samenhang gebruikt wordt om klanten onder druk van verlies van bankrekening te bewegen tot afgifte van bewijsmateriaal. Op grond van dat materiaal wordt pas daarna een ongebruikelijkheid of verdachtheid geconstrueerd. Dat is echt de verkeerde volgorde. Het is aan de bank om eerst over de brug te komen met een concrete verdenking en niet andersom. De vergelijking met massaal preventief fouilleren achten wij inderdaad correct.

Het spreekt voor zich dat de sectorstandaarden van de Wwft die de NVB momenteel ontwikkelt, ook aangehaald en gebruikt zullen worden om klanten te offboarden of transacties te weigeren. Binnen eerdergenoemde juridische context kan in onze ogen niet met recht gesteld worden dat dit een best practices document is. In de kern vormen ze een potentiële kartelsamenwerkings afspraak tussen banken welke onrechtmatige offboarding tot gevolg zal hebben alsook weigering van transacties en klanten. Een en ander geschiedt dan vanuit een onderliggend afgestemd perspectief (opsporen ongebruikelijke transacties) dat verder gaat dan de EU regelgeving voorschrijft en in zichzelf gebaseerd is op een ongrondrechtelijke basis/werkwijze.

Wat weerhoudt de NVB van handelen?

Wij constateren dat de NVB de Algemene Bankvoorwaarden onaangepast heeft gelaten en aan haar leden geen bindende aanbeveling heeft doen uitgaan aan haar leden dat artikel 16 meldingen onder de Wwft strikt beperkt moeten blijven tot de datavelden uit dat artikel. Evenmin is sprake van een AMLD-richtlijnconforme houding waarin leden met een dwingende aanbeveling opgelegd wordt om zich aan de EU-term verdachte transacties te houden.

Wij wijzen erop dat het echter wél in de macht van de NVB ligt om haar leden op dwingende wijze tot nader wetsconform gedrag te brengen. Destijds is bij de formulering van de acceptatieplicht van SEPA-betaling in de SEPA regulation, intern bij de NVB een juridische figuur gekozen van een besluit van een algemene ledenvergadering. Dit besluit verplichtte het aan de leden om elke SEPA-betaling uit te voeren en te accepteren, waar deze ook vandaan kwam. Tegelijk verbiedt de SEPA-regulation om op buitenwettelijke gronden (dus eigen beleid en eigen business rules) de uitvoering van betalingen te weigeren.

Zover de stichting kan beoordelen ligt het dus wel in de macht van de gezamenlijke banken en de NVB om wetsconform te handelen en dat via verenigingsrecht bij leden af te dwingen. Waar zit dan de bottle-neck die een dergelijke verplichting aan leden tot handelen conform grondrechten tegen zou houden? Als het vele honderden miljoenen zou kunnen besparen? En het borgt dat uw leden binnen de wet blijven?

Human Rights in Finance.EU: liefst inspireren, maar juridische kaart als het nodig is
Een eigen NVB-koerswijziging in Nederlands witwasbeleid op grond van argumenten blijft ons ideaal. De brief die de NVB in april 2023 van ondergetekende ontving had ook die inzet. Tot een werkelijke dialoog komt het echter niet, waarmee ook direkt de oprichting van onze stichting noodzakelijk was. Indien nodig zullen wij dus nader juridificeren langs de lijnen van toetsing aan EU-recht en mensenrechten.

Er is gelukkig momenteel sprake van enige zelfreflectie en koerswijziging bij De Nederlandsche Bank, maar desalniettemin blijft de figuur van ronde tafels en consultatie rond de totstandkoming van de NVB-sectorstandaarden geschieden vanuit een machts-onevenwicht en foutieve juridische premisses. Hierdoor wordt de werkelijke 'instemming/afstemming' met sectoren bij die standaarden juridisch inhoudsloos. Wij willen dat, ter vermindering van toekomstige schade voor burgers en bedrijven, nadrukkelijk zo optekenen en vastleggen.

De stichting zal niet schromen zich in deze discussie ook juridisch te mengen c.q. te voegen. Wij zullen onze visie op de sectorstandaarden kenbaar maken aan het publiek en het leek ons goed dat vooraf, met deze brief, aan te kondigen. Niet uit te sluiten is immers dat, als er geen koerswijziging komt, de meningen nog wel even uiteen zullen lopen. Tegelijk willen we u de mogelijkheid van koerswijziging niet onzeggen en onthouden. Om terug te gaan naar menselijk bankieren in Nederland.

Sunk cost fallacy rond inzet witwasbeleid en 'bestuurlijke afspraken'

We begrijpen prima dat ons advies zwaar op de maag kan liggen. De banken en NVB hebben al zoveel jaren en miljarden geïnvesteerd in de oude overmatige toezicht-benadering. Ook is er met man en macht en met gekwalificeerde professionals aan de sectorstandaarden gewerkt. U maakt tot op dit moment eigenlijk de verzonken kosten nog hoger en bestuurlijk gezien is dan het terugkomen op een eerder besluit nog kostbaarder en onrealistisch.

Er is ook een duidelijke parallel met de Hamers-zaak. In die zaak was er een bestuurlijke onderlinge afspraak die zwaarder woog dan de noodzaak om recht te doen aan relevante maatschappelijke ontwikkelingen en juridische feiten. En ook nu zou er zomaar een dergelijke afspraak kunnen liggen. Was er een uitruil tussen ruimte in beloningsbeleid en meewerken aan pro-actief transactiemonitors om bij de FATF-evaluatie in een goed daglicht te komen als Nederland? Of is die afspraak aan één van de vele andere bestuurlijke overlegtafels gemaakt.

Hoe de situatie ook moge zijn, een sunk cost fallacy, bestuurlijke afspraken of gewoon gebrek aan moed, we willen toch een poging wagen om de banken en de NVB te overtuigen. Omdat juist ook uit commercieel en marketing oogpunt hier een grote bal voor de goal ligt. Daartoe nemen we u mee in een stukje geschiedenis.

Overgang nieuw witwasmodel als beste marketing campagne voor banken ooit?
Alweer 20 jaar geleden hadden we in Nederland een Chipknip. Een betaalinstrument waarop geld stond. De deelnemende banken wilden ongebruikte gelden (zogenaamd anoniem maar toch herleidbaar op de persoon) aanvankelijk gewoon in de zak stelen, met een beroep op voorwaarden. De juridische realiteit en publiciteit via Radar deed de wal het schip keren.

Tegen heug en meug werd uitvoering gegeven aan de terugbetaling en wat bleek? Terwijl de bedragen zeer gering waren, zeg maar tussen 10 eurocent en tientallen euros, liepen de (sociale) media over van de complimenten aan banken. Het was verreweg de beste en mooiste marketing campagne ooit uitgevoerd.



Geef de bankierseed vleugels !

Wij benadrukken tenslotte nogmaals de relevantie van de bankierseed, ook in dit dossier. U heeft allemaal (de NVB-vertegenwoordigers uitgezonderd) een bankierseed gezworen. U wilde het vertrouwen terugwinnen van de samenleving. En u heeft nu die enorm grote kans. Commercieel, juridisch en in termen van vertrouwen. U kunt de bankierseed inhoud en vleugels geven.

Wij spreken u daarom nogmaals aan op uw verantwoordelijkheid onder de wet, de mensenrechten en de bankierseed. We hopen dat u het nieuwe politieke, EU-rechtelijke en beleidsmatige momentum benut om de overmatige law-and-order druk in de Nederlandse samenleving te verminderen. De praktijk laat zien dat het kan.

U kunt terug naar de menselijke maat zoals die mede geborgd wordt door de mensenrechten. De stichting Human Rights in Finance.EU hoopt dat u onze mensenrechtensvisie herkent en nodigt u van harte uit ons advies hierin te volgen.

Met de meeste hoogachting,

Simon Lelieveldt
Voorzitter Human Rights in Finance.EU
Digitale versie