

ECLI:NL:GHARL:2023:7051

Instantie	Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden
Datum uitspraak	22-08-2023
Datum publicatie	28-08-2023
Zaaknummer	200.316.609/01
Rechtsgebieden	Civiel recht
Bijzondere kenmerken	Hoger beroep
Inhoudsindicatie	Oneigenlijke bankfraude; zorgplicht van de bank; onrechtmatige daad; faillissementspauliana. Curator van gefailleerde stichting verwijt ING onvoldoende te hebben gedaan om te voorkomen dat de stichting en haar crediteuren schade hebben geleden door de stichting een zakelijke bankrekening te laten openen en niet (tijdig) in te grijpen toen daar misbruik van werd gemaakt.
Vindplaatsen	Rechtspraak.nl OR-Updates.nl 2023-0176 INS-Updates.nl 2023-0187 Sdu Nieuws Financieel recht 2023/198 NJF 2023/418 RF 2023/90

Uitspraak

GERECHTSHOF ARNHEM-LEEUWARDEN

locatie Leeuwarden, afdeling civiel

zaaknummer gerechtshof 200.316.609/01

zaaknummer rechtbank Noord-Nederland 208317

arrest van 22 augustus 2023

in de zaak van

[appellante] , in haar hoedanigheid van curator in faillissement van Stichting Innodome,

die kantoor houdt in Groningen,
die hoger beroep heeft ingesteld,
en bij de rechtbank optrad als eiseres,
hierna: **de curator**,
advocaat: mr. M.M. Mok te Groningen,

tegen

ING Bank N.V.,
die is gevestigd in Amsterdam,
en bij de rechtbank optrad als gedaagde,
hierna: **ING** ,
advocaat: mr. M.E.G. Murriss LLM. te Utrecht.

1 Het verloop van de procedure in hoger beroep

Naar aanleiding van het arrest van 21 maart 2023 heeft op 27 juli 2023 een mondelinge behandeling bij het hof plaatsgevonden. Daarvan is een verslag gemaakt dat aan het dossier is toegevoegd (het proces-verbaal). Hierna hebben partijen het hof gevraagd opnieuw arrest te wijzen.

2 De kern van de zaak

- 2.1. In deze zaak verwijt de curator ING dat zij onvoldoende heeft gedaan om te voorkomen dat Stichting Innodome en haar crediteuren schade hebben geleden door de stichting een zakelijke bankrekening te laten openen en niet (tijdig) in te grijpen toen daar misbruik van werd gemaakt. Daaraan liggen de volgende feiten ten grondslag¹.
- 2.2. Op 14 mei 2019 is de stichting Stichting Innodome (hierna: de stichting) in staat van faillissement verklaard, met benoeming van de curator. Deze stichting is opgericht op 9 november 2012, met als statutaire doelstelling het verlenen van advies- beheer en managementdiensten. Op 14 september 2018 is [naam1] tot enig bestuurder van de stichting benoemd. Hij stond toen onder beschermingsbewind. Kort daarvoor, op 16 augustus 2018, was hij veroordeeld wegens verduistering en oplichting.
- 2.3. In oktober 2018 heeft [naam1] ING verzocht een 'Overeenkomst Zakelijk Betaalpakket' (een zakelijke bankrekening) met de stichting aan te gaan (hierna; de overeenkomst). ING heeft dat verzoek gehonoreerd en heeft een kredietfaciliteit ter beschikking gesteld met een pinpas.
- 2.4. Kort daarna, op 12 november 2018, heeft [naam1] de bedrijfsomschrijving van de stichting bij de Kamer van Koophandel laten wijzigen in '(Interim) management. Handel in machines'. Dat liet hij een paar dagen later, op 18 november 2018, wijzigen in '(Interim) management. Handel in machines en transportmiddelen'.
- 2.5. Tussen 5 december 2018 en 26 januari 2019 is door 18 bijschrijvingen van een aantal bouwbedrijven in totaal voor 177,197,66 op de rekening van de stichting bijgeschreven: 12 crediteringen van Immobau SV + Handels GmbH (99.197) en 5 van MVA Der Barrier BV (78.00,66). De desbetreffende bestellingen zijn ook aan deze bedrijven geleverd. Van dat totaal is met de pinpas binnen twee maanden 162.570 in contanten opgenomen: op de dag van de eerste betaling van 5.940 werd dit bedrag meteen opgenomen; op 11 december 2018 volgde een ontvangst van 21.104,36. Ook dat werd vrijwel onmiddellijk in contant geld omgezet door een drietal opnames op 11, 12 en 13 december 2018.
- 2.6. Tot aan de datum van de inleidende dagvaarding, 21 september 2021, is in het faillissement van de stichting voor 81.171,40 aan vorderingen ter verificatie ingediend.
- 2.7. De curator gaat ervan uit dat de stichting en haar bankrekening werden misbruikt voor het plegen van fraude en heeft gevorderd dat de rechtbank voor recht verklaart dat (zowel) het aangaan van de 'Overeenkomst Zakelijk Betaalpakket' met de stichting als (of) de daaropvolgende contante uitbetalingen paulianeus zijn in de zin van art. 42 Faillissementswet en/of dat ING onrechtmatig jegens de stichting of haar schuldeisers in het faillissement heeft gehandeld door schending daarmee van de op haar rustende zorgplicht. Op grond daarvan vordert de curator (uit hoofde van onrechtmatig handelen jegens de schuldeisers van de stichting) veroordeling van ING tot betaling van het bedrag aan geverifieerde schulden met de kosten van het faillissement tot een maximum van de contante opnames (162.570) en/of (uit hoofde van het onrechtmatig handelen tegenover de stichting) het totaal van de geverifieerde schulden en de kosten van het faillissement (70.000) en/of 50 % van het bedrag aan geverifieerde schulden in het faillissement - alles steeds te vermeerderen met de wettelijke rente en kosten.
- 2.8. De rechtbank heeft deze vorderingen afgewezen. De bedoeling van het hoger beroep van de curator is dat ze alsnog worden toegewezen. De curator heeft het schadebedrag van de faillissementskosten verhoogd naar 102.087,74. Voor het geval zij een bewijsopdracht krijgt, vordert de curator nu ook dat ING onder verbeurte van een dwangsom wordt gelast de gegevens te verstrekken waaruit blijkt op

welke momenten door het transactiemonitoringsysteem alerts/meldingen ten aanzien van de zakelijke rekening van de stichting zijn afgegeven, alsmede de inhoud daarvan.

3 Het oordeel van het hof

Inleiding

3.1. Het hof zal het bestreden vonnis bekrachtigen. Die beslissing wordt hierna toegelicht. Voor zover dat voor deze beslissing noodzakelijk is, zullen de bezwaren tegen het vonnis daarbij thematisch worden besproken. Bij deze bespreking zal het hof veronderstellenderwijs uitgaan van de fraude waar de curator haar vorderingen op baseert: de stichting presenteerde zich als tussenhandelaar bij de in- en verkoop van bouwmaterialen (pallets). Onder die vlag is voor ruim anderhalve ton aan goederen ingekocht en doorverkocht. De afnemers hebben voor die pallets wel betaald, maar de stichting heeft de rekeningen van haar leveranciers onbetaald gelaten. Zodra de bouwbedrijven de pallets van de stichting hadden afgenomen en de verkoopprijs op de bankrekening hadden gestort, is dat geld telkens door contante opnames van die rekening gehaald en aan het vermogen van de stichting onttrokken. Van betaling door de stichting zelf is vrijwel geen sprake geweest.

Twee te onderscheiden verwijten aan het adres van ING

- Inleiding

3.2. De curator stelt zich op het standpunt dat ING niet heeft voldaan aan de verplichting om bij het openen van de zakelijke bankrekening het clientonderzoek te doen dat is voorgeschreven in de Wet ter voorkoming van witwassen en financiering van terrorisme (Wwft). Er waren in dit geval volgens de curator een aantal zogenoemde red flags die ING ervan hadden moeten weerhouden deze bankrekening te openen: nadat de stichting jarenlang een slapend bestaan had geleid, werd een aanvraag gedaan door een eenkoppig bestuur: een bestuurder die onder bewind was gesteld en kort voordien voor fraude was veroordeeld. De activiteiten van deze stichting zouden worden verricht vanuit een sociale huurwoning in het allerarmste gehucht in het allerarmste gebied van Noordoost Groningen en hadden een commercieel karakter. Die bestuurder volgens de curator een katvanger beweerde daarmee vanuit het niets een volgens de curator onwaarschijnlijke jaaromzet te kunnen genereren van 500.000 tot 1.000.000. Het hof zal dit hierna het eerste verwijt noemen.

3.3. Het tweede verwijt luidt dat ook de contante opnames die meteen na een bijschrijving op de rekening volgden, ING hadden moeten alarmeren en dat ING de rekening toen ten onrechte niet in afwachting van de resultaten van nader onderzoek - heeft geblokkeerd.

- Het eerste verwijt

3.4. Het hof stelt bij de beoordeling van het eerste verwijt voorop dat ING op grond van de Wwft het UBO-register en het incidentenregister (EVR) diende te raadplegen. Niet staat ter discussie dat zij dat ook heeft gedaan. Dat rechtvaardigde de conclusie dat [naam1] bevoegd was de stichting te vertegenwoordigen. ING had daarnaast niet de verplichting het Centraal curatele- en bewindregister te raadplegen of te informeren naar het strafrechtelijke verleden van [naam1]. Het verwijt dat zij niet heeft onderkend dat een onderbewindstelling op grond van de statuten van de stichting tot diens onbevoegdheid zou leiden², gaat alleen al om die reden niet op.

3.5. Bovendien staat geen rechtsregel eraan in de weg dat commerciële activiteiten worden opgestart vanuit een stichting die voordien gedurende enige jaren geen activiteiten heeft ontplooid. Dat ING zich had moeten realiseren dat de opgegeven activiteiten met de (gewijzigde) doelstelling van de stichting

in strijd zouden zijn, kan ook niet worden aangenomen. Evenmin bestaat aanleiding om aan te nemen dat het huisadres van de bestuurder of het desbetreffende postcodegebied ING had moeten (of zelfs: mogen) alarmeren. De door de stichting verwachte omzet is weliswaar hoog, maar niet al op voorhand ongeloofwaardig, en komt zoals de curator zelf onderkent - ook overeen met de crediteringen die later zouden volgen.

- 3.6. Voor het overige is niets aangevoerd ter onderbouwing van het standpunt dat ING bij het aangaan van de overeenkomst in het (verscherpt) cliëntenonderzoek is tekortgeschoten. Het hof stelt voorop dat er in dit geval, anders dan in de arresten Safe Haven (ECLI:NL:HR:2005:AU3713) en Van den Berg (ECLI:NL:HR:2015:3399), geen sprake is van een bijzondere zorgplicht van ING, die in dit geval zou strekken tot bescherming van de stichting en/of haar crediteuren tegen fraude door de bestuurder van de stichting. Verder impliceren de door de curator gestelde feiten niet dat ING bij het openen van de bankrekening begreep of had moeten begrijpen dat er een ernstig gevaar bestond dat deze zou worden gebruikt voor frauduleuze handelingen waardoor de stichting of haar crediteuren schade zouden lijden. Dat betekent dat de curator onvoldoende heeft onderbouwd dat ING in dit verband onrechtmatig heeft gehandeld tegenover de stichting en (of) haar schuldeisers.
- 3.7. De curator heeft daarnaast de nietigheid ingeroepen van de Overeenkomst Zakelijk Betaalpakket. Daartoe heeft zij zich beroepen op artikel 42 Faillissementswet (de faillissementspauliana). Voor een geslaagd beroep op dat artikel is vereist dat ING ten tijde van het aangaan van die overeenkomst het faillissement van de stichting en een tekort daarin met een redelijke mate van waarschijnlijkheid kon voorzien. Die conclusie kan echter niet volgen uit wat de curator heeft aangevoerd. De curator heeft daarmee onvoldoende onderbouwd dat ING wetenschap van benadeling had.

- Het tweede verwijt

Uitgangspunten

- 3.8. Bij het tweede verwijt gaat het om de zogenoemde post transaction monitoring waartoe ING is gehouden. De curator gaat ervan uit dat de bijschrijving op 5 december 2018 door een Duits bouwbedrijf, de opname van contante gelden op dezelfde dag en de daaropvolgende transacties niet passen in het profiel van de stichting, en dat het transactiemonitoringssysteem van ING om die reden waarschijnlijk (en terecht) een aantal alerts heeft afgegeven. Die hebben ertoe geleid dat bestuurder [naam1] tot tweemaal toe is aangeschreven en dat de bankrelatie is beëindigd. ING had volgens de curator echter al voorafgaand aan die beëindiging moeten vermoeden dat sprake was van fraude, misbruik of onregelmatigheden en had gebruik moeten maken van haar recht om uitvoering van opdrachten te weigeren of uit te stellen. Iets meer dan een maand nadat de bankrekening in gebruik was genomen, verklaarde [naam1] immers dat de activiteiten al dusdanig waren dat op korte termijn een besloten vennootschap zou worden opgericht. Kosten werden tot die tijd nooit afgeschreven, maar zouden allemaal contant zijn voldaan. Volgens de curator is dat anno 2018 volstrekt ongeloofwaardig. Door toen niet in te grijpen, heeft ING naar de curator stelt haar contractuele en maatschappelijke verplichtingen geschonden, met als gevolg dat fraudeurs zonder enige controle gelden aan het vermogen van de stichting hebben kunnen onttrekken.
- 3.9. Bij de beantwoording van de vraag of ING inderdaad aanleiding had moeten zien de rekening te blokkeren, en vanaf welk moment is van belang tot welke controles en monitoring zij gehouden was, welke belangen met deze zorgplicht van de bank zijn gediend, en welke belangenafwegingen daarbij verder een rol spelen. Het hof overweegt daarover het volgende.

Het publieke belang

- 3.10. Op grond artikel 3 Wwft is ING onder meer gehouden een cliëntenonderzoek te verrichten dat haar in staat stelt een voortdurende controle uit te oefenen op de zakelijke relatie en de tijdens de duur van deze relatie verrichte transacties, teneinde te verzekeren dat deze overeenkomen met de kennis die

ING heeft van de cliënt en diens risicoprofiel - zo nodig met een onderzoek naar de bron van de middelen die bij de zakelijke relatie of de transactie gebruikt worden. Deze regeling is in het leven geroepen om het witwassen te voorkomen van geld dat is verkregen uit criminele activiteiten en ter bestrijding van terrorismefinanciering. De Wwft beoogt met deze publieke zorgplicht niet de belangen van de client van de bank (de rekeninghouder) of diens crediteuren te beschermen.

Het belang van de stichting

- 3.11. De te beschermen belangen van de rekeninghouder komen in dit kader in beeld bij bankfraude, dat wil zeggen het gebruik van de rekeningen in strijd met diens bedoelingen. Dat is niet aan de orde in een geval als dit (niet-bancaire fraude), waarbij een bevoegd vertegenwoordiger van de rekeninghouder geautoriseerde betalingstransacties heeft uitgevoerd. Niet gebleken is dat dat ING zich ervan bewust was of had moeten zijn dat deze betalingstransacties frauduleus waren. Op ING rust ter zake daarvan jegens de stichting geen bijzondere zorgplicht. Ook overigens is niet onderbouwd dat ING een door de stichting in te roepen belang heeft geschonden laat staan dat deze daardoor schade heeft geleden.

Het belang van de crediteuren van de stichting

- 3.12. Alleen in bijzondere gevallen kan in het belang van derden (hier: de schuldeisers van de stichting) een specifieke, op de concrete situatie van het geval toegesneden buitencontractuele zorgplicht worden aangenomen. Schending van een dergelijke zorgplicht komt in strijd met wat volgens ongeschreven recht in het maatschappelijk verkeer betamelijk is, en is om die reden onrechtmatig. Het hof zal hierna toelichten dat de curator geen omstandigheden heeft aangevoerd die een beroep op schending van een bijzondere zorgplicht rechtvaardigen.

- 3.13. Op grond van artikel 25.1 ING Voorwaarden Zakelijke Rekening januari 2018 (VZR) is ING bevoegd de rekening en de pinpas te blokkeren bij het vermoeden van niet-toegestaan of frauduleus gebruik. In de VZR is geregeld dat op vermoeden van onregelmatigheden de uitvoering van betaalopdrachten door of namens ING kan worden geweigerd totdat dit vermoeden ongegrond lijkt te zijn. De enkele constatering dat bepaalde transacties ongebruikelijk zijn, is onvoldoende om aan te nemen dat ING van deze bevoegdheid gebruik moet maken ter bescherming van de belangen van derden. Dat wordt niet anders als de onderneming is ondergebracht in de rechtsvorm van een stichting. Bovendien moet ING een belangenafweging maken: als enige zorgplicht al aanleiding geeft tot het beperken van schade van crediteuren van de stichting, dan nog brengt diezelfde zorgplicht ook mee dat ING het betalingsverkeer niet onnodig frustrateert en de stichting zelf niet onnodig schade toebrengt. Dat kan betekenen dat de stichting eerst de gelegenheid moet krijgen uitleg te geven over aangelegenheden waar ING vragen over heeft, voordat de bank gebruik maakt van haar blokkeringsbevoegdheid. Dat heeft ING ook gedaan.

- 3.14. Vaststaat dat de stichting in de desbetreffende periode, in overeenstemming met de aan ING gedane opgave, plastic pallets heeft verkocht. Overeenkomstig de opgegeven verwachte omzet heeft zij daarvoor op de zakelijke rekening substantiële betalingen ontvangen. Die omstandigheden vormden geen aanleiding tot het doen van enig onderzoek. De contante opnames waren voor ING echter wel reden om op 17 januari 2019 (i) inzicht te verlangen in de bedrijfsactiviteiten van de stichting en te vragen (ii) de keuze voor de rechtsvorm toe te lichten en (iii) naar de bestemming van de contante opnames. Op

28 januari 2019 heeft de stichting deze vragen beantwoord en facturen overgelegd. Op

4 februari 2019 heeft ING opnieuw om informatie verzocht en is, bij gebreke van tijdige verstrekking, de mogelijkheid van een blokkade van de rekening per 11 februari 2019 in het vooruitzicht gesteld. Op 8 februari 2019 is een aanvullend informatieverzoek gedaan, waarbij ING heeft opgemerkt onvoldoende inzicht te hebben in de bedrijfsactiviteiten van de stichting. Op dat moment is gevraagd om een nadere toelichting van en bewijsstukken voor de contante opnames. Op 21 februari 2019 heeft [naam1] op dat verzoek gereageerd. Uit de daarna beschikbaar gestelde gegevens kon ING opmaken

dat daadwerkelijk sprake was van de inkoop van pallets bij JM Facility GBmH, waarvoor in Duitsland telkens contant was afgerekend (betaling omme gaand bij levering), en de verkoop aan Immobau SV + Handels GmbH en MWA De Barrier BV (die de koopprijs op de rekening stortten). De behandelend medewerker van ING heeft [naam1] in die periode telefonisch gesproken en heeft naar aanleiding daarvan het volgende genoteerd.

In het telefonisch contact heb ik voorgelegd wat er nog onduidelijk is voor ons en waarom dit eventueel kan leiden tot het beëindigen van de relatie. Klant geeft zelf aan dat hij bezig is met het opzetten van een andere structuur en dat de activiteiten vooralsnog zijn gepauzeerd. Daarnaast heeft relatie ook nog toelichting gegeven over onduidelijkheden. Zo is naar mijn mening voldoende aannemelijk gemaakt dat relatie daadwerkelijk handelt in pallets, maar ontbreekt het de klant aan kennis van zaken van bedrijfsvoering. Hij geeft zelf aan moeite te hebben met de administratie van de onderneming en wil zich hierover laten informeren. Hij kon zelf ook geen goede reden geven voor deze activiteiten vanuit de stichting uit te voeren en snapt dat het voor ons vraagtekens oproept. Uiteindelijk begint de klant over het opheffen van de rekening en allereerst te gaan uitzoeken hoe de administratie van een dergelijke onderneming werkt en dit vanuit een eenmanszaak dan wel besloten vennootschap uit te voeren. Uiteindelijk is afgesproken dat relatie zijn rekening gaat opheffen zonder dat dit gevolgen heeft voor de heer [naam1].

- 3.15. Het hof kan bij deze gang van zaken geen moment aanwijzen waarop (in het belang van de crediteuren van de stichting) de rekening had moeten worden geblokkeerd. Het standpunt dat ING onrechtmatig heeft gehandeld tegenover de schuldeisers van de stichting is ten aanzien van dit verwijt dus evenmin deugdelijk onderbouwd.
- 3.16. Hiervoor is vastgesteld dat er geen grond is voor de (buitengerechtelijke) vernietiging van de overeenkomst. ING was op basis van die overeenkomst verplicht de contante opnames op de rekening te debiteren. Het standpunt dat de contractueel verplichte medewerking aan de uitvoering van een onverplicht aangegane raamovereenkomst toch als onverplicht heeft te gelden, vindt geen steun in het recht. Alleen al hierom faalt ook dit beroep op de faillissementspauliana.

Inzage in de alerts

- 3.17. Voor het geval de curator een bewijsopdracht krijgt, heeft zij gevorderd ING te gelasten de informatie/gegevens te verstrekken waaruit blijkt op welke momenten door het transactiemonitoringsysteem alerts/meldingen zijn afgegeven en welke dat zijn. Omdat het hof geen bewijs aan de curator zal opdragen, hoeft hierop niet te worden beslist.

De conclusie

- 3.18. Het hoger beroep slaagt niet. Omdat de curator in het ongelijk zal worden gesteld, zal het hof haar tot betaling van de proceskosten in hoger beroep veroordelen. Onder die kosten vallen ook de nakosten die nodig zijn voor de betekening van de uitspraak en de wettelijke rente daarover. De rente is verschuldigd vanaf veertien dagen na die betekening.³ De proceskostenveroordeling in deze uitspraak kunnen ook ten uitvoer worden gelegd als de curator de beslissing van het hof voorlegt aan de Hoge Raad.

4 De beslissing

Het hof:

bekrachtigt het vonnis van de rechtbank Noord-Nederland, locatie Groningen van 8 juni 2022;

veroordeelt de curator tot betaling van de volgende proceskosten van ING:

5.689 aan procedurele kosten

6.962 aan salaris van de advocaat van ING (2 procespunten x appeltarief V)

verklaart de proceskostenveroordeling uitvoerbaar bij voorraad;

wijst af wat verder is gevorderd.

Dit arrest is gewezen door M.W. Zandbergen, I. Tubben en A. van Hees, en is door de rolraadsheer in tegenwoordigheid van de griffier in het openbaar uitgesproken op 22 augustus 2023.

-
- ¹ Deze feitenvaststelling pretendeert niet volledig te zijn. Voor zover andere vaststaande feiten en omstandigheden voor de beslissing van belang zijn, zullen die hierna in de beoordeling worden betrokken.
 - ² De statuten van de stichting bepalen dat het bestuurslidmaatschap eindigt indien het bestuurslid het vrije beheer over zijn vermogen verliest.
 - ³ HR 10 juni 2022, ECLI: NL:HR:2022:853.
-