

ECLI:NL:RBAMS:2023:5717

Instantie	Rechtbank Amsterdam
Datum uitspraak	11-09-2023
Datum publicatie	11-09-2023
Zaaknummer	C/13/737363 / KG ZA 23-694
Rechtsgebieden	Civiel recht
Bijzondere kenmerken	Kort geding
Inhoudsindicatie	De Nederlandsche Bank hoeft geen inzage te geven in vertrouwelijk rapport in verband met haar wettelijke geheimhoudingsplicht (artikel 1:89 Wft en artikel 22 Wwft).
Vindplaatsen	Rechtspraak.nl Sdu Nieuws Financieel recht 2023/205 RF 2023/83

Uitspraak

—

vonnis

RECHTBANK AMSTERDAM

Afdeling privaatrecht, voorzieningenrechter civiel

zaaknummer / rolnummer: C/13/737363 / KG ZA 23-694 HH/LO

Vonnis in kort geding van 11 september 2023

in de zaak van

1 [eiser 1] ,

wonende te [woonplaats] ,

2.[eiser 2],

wonende te [woonplaats] ,

3. de vereniging naar Oostenrijks recht

**INITIATIVE ZUR BEKMPFUNG VON CYBERKRIMINALITT AN KONSUMENTEN UND KLEINANLEGERN
IN EUROPA (EFRI EUROPEAN FUNDS RECOVERY INITIATIVE),**

gevestigd te Wenen (Oostenrijk),

eisers bij dagvaarding van 3 augustus 2023,

advocaat mr. J.M. Wagenaar te Enschede,

tegen

de naamloze vennootschap

DE NEDERLANDSCHE BANK N.V.,

gevestigd te Amsterdam,

gedaagde,

advocaat mr. P.P.M. van Kippersluis te Den Haag.

Partijen zullen hierna EFRI en DNB worden genoemd.

1 De procedure

Ter zitting van 28 augustus 2023 heeft EFRI de vorderingen zoals omschreven in de dagvaarding toegelicht. DNB heeft verweer gevoerd, mede aan de hand van een vooraf ingediende conclusie van antwoord. Beide partijen hebben producties en een pleitnota ingediend.

Ter zitting waren aanwezig:

aan de kant van EFRI: [naam 1] , bestuurder, via videoverbinding, met mr. Wagenaar.

aan de kant van DNB: [naam 2] , jurist, [naam 3] , jurist, met mr. Van Kippersluis en mr. R. den Boer

Vonnis is bepaald op heden.

2 De feiten

2.1. Tussen 2013 en 2021 hebben [naam 4] en [naam 5] op grote schaal fraude gepleegd via digitale handelsplatforms (websites). Daarbij zijn gedupeerden voor honderden miljoenen benadeeld. Betalingen aan de frauduleuze handelsplatforms verliepen via Payvision, een *payment service provider*, bestaande uit verschillende entiteiten, die gezamenlijk als Payvision zullen worden aangeduid. [naam 5] is in Oostenrijk veroordeeld voor grootschalige fraude en witwassen. [naam 4] is voordat het tot een veroordeling is gekomen dood aangetroffen in zijn cel in Duitsland.

2.2.

In 2018 heeft ING Bank N.V. (hierna: ING) 75% van de aandelen in Payvision verkregen en sinds 30 april 2020 is ING enig aandeelhouder van Payvision.

- 2.3. [eiser 1] en [eiser 2] zijn gedupeerden van de fraude. Zij zijn voornemens op korte termijn een bodemprocedure aanhangig te maken tegen Payvision en ING.
- 2.4. EFRI vertegenwoordigt enkele honderden Europese gedupeerde beleggers, met totale gezamenlijke claims van ruim 14 miljoen. Veel van hen hebben hun vorderingen aan EFRI gecedeerd.
- 2.5. Het Financieele Dagblad (FD) heeft veelvuldig over Payvision gepubliceerd. In een artikel van 14 oktober 2022 staat onder meer dat DNB als toezichthouder een rapport heeft opgesteld over de rol van Payvision in de fraudezaak. Uit het artikel blijkt dat het FD dit rapport heeft ingezien, en dat daarin staat dat Payvision een waslijst aan wetsovertredingen heeft begaan, dat zij zeer laks is geweest in de klant- en witwascontroles en zelfs fraudesignalen moedwillig heeft genegeerd. Ook wordt in het artikel gesproken over het onafhankelijke forensische onderzoeksbureau Kroll dat eerder dat jaar na onderzoek concludeerde dat Payvision de naleving zo slecht op orde heeft dat nieuwe zaken doen onverantwoord is.
- 2.6. Payvision is na aangifte door DNB door het OM aangemerkt als verdachte in een strafrechtelijk onderzoek naar anti-witwas en anti-terrorismereregels.
- 2.7. Bij brief van 3 juli 2023 heeft de advocaat van EFRI namens een groot aantal gedupeerde beleggers DNB verzocht om een kopie van de rapporten van DNB en van Kroll waarover in het FD wordt gesproken.
- 2.8. DNB heeft in antwoord op de brief van mr. Wagenaar (2.7) bij e-mail van 19 juli 2023 laten weten dat zij daarover geen informatie kan verstrekken vanwege haar wettelijke geheimhoudingsplicht.

3 Het geschil

- 3.1. EFRI vordert samengevat bij vonnis uitvoerbaar bij voorraad:

Primair

(1) DNB te bevelen het DNB-rapport en/of het Kroll-rapport aan EFRI te verstrekken;

Subsidiar

(2) de genoemde stukken aan deze rechtbank in depot te verstrekken, waarbij EFRI na verstrekking onbeperkt bevoegd is tot inzage aldaar;

Meer subsidiar

(3) de genoemde stukken aan deze rechtbank in depot te verstrekken, waarbij de rechtbank procesverbaal opmaakt van de inhoud en/of conclusies daarvan;

in alle gevallen

(4) DNB te veroordelen in de proceskosten en de nakosten, te vermeerderen met de wettelijke rente over alle kosten.

- 3.2. DNB voert verweer.

- 3.3. Op de stellingen van partijen wordt hierna, voor zover van belang, nader ingegaan.

4 De beoordeling

4.1. EFRI heeft met een beroep op artikel 843a van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering (Rv) gevorderd DNB te verplichten een tweetal rapporten te verstrekken. DNB beroept zich op lid 3 van dat artikel, waarin een uitzondering wordt gemaakt voor stukken die onder een geheimhoudingsplicht vallen. Op DNB rust een wettelijke geheimhoudingsplicht ten aanzien van alle informatie waarover zij in het kader van haar toezichthoudende taak komt te beschikken (artikel 1:89 Wet op het financieel toezicht (Wft) en artikel 22 van de Wet ter voorkoming van witwassen en financieren van terrorisme (Wwft)). De vraag is of de geheimhoudingsplicht van DNB in dit geval geldt, en zo ja, of deze in dit geval moet wijken voor de exhibitievorderingen van EFRI.

4.2. In de Memorie van Toelichting bij artikel 1:89 Wft staat onder meer het volgende.

De Europese financiële toezichtrichtlijnen kennen een strikt geheimhoudingsregime met een stelsel van limitatief omschreven uitzonderingen op de geheimhouding. Dit gesloten stelsel is, evenals dat in de bestaande toezichtwetten het geval is, overgenomen in dit wetsvoorstel.

In bepaalde limitatief opgesomde gevallen mag de toezichthouder vertrouwelijke informatie verstrekken aan bepaalde personen of instanties. Hierbij moet worden gedacht aan nationale en internationale informatie-uitwisseling met andere toezichthoudende instanties, bepaalde personen betrokken bij het faillissement van een onderneming, en informatie-uitwisseling met justitiële autoriteiten.

Dit artikel regelt de geheimhoudingsplicht van de toezichthouders. Met deze bepaling is beoogd te waarborgen dat vertrouwelijke gegevens in de zin van deze wet binnen de muren van de toezichthouders blijven, behoudens de gevallen waarin verstrekking is toegestaan op grond van de Europese richtlijnen. Aan vertrouwelijke gegevens die in het kader van deze wet zijn vergaard, wordt dus geen externe bekendheid gegeven behoudens de uitzonderingen die in dit wetsvoorstel zijn geregeld. Ook het gebruik voor andere doelen dan voorzien in de Europese richtlijnen is niet toegestaan.

4.3. De ratio achter deze strikte geheimhoudingsplicht is dat vertrouwelijkheid het toezicht ondersteunt, doordat dit de drempel verlaagt om de toezichthouder te voorzien van concurrentiegevoelige, strategische en anderszins vertrouwelijke informatie, en daarmee de informatieverstrekking door onder toezicht staande instellingen bevordert.

Openbare informatie

4.4. In de Memorie van Toelichting bij artikel 1:89 Wft wordt verder overwogen dat openbare informatie buiten de geheimhoudingsplicht valt. EFRI meent dat in dit geval sprake is van openbare informatie, omdat het FD de rapporten heeft ingezien en daarover heeft bericht. Het kan niet anders dan dat Payvision die rapporten zelf met het FD heeft gedeeld, nu DNB stelt dat niet te hebben gedaan. Payvision heeft dan ook geen belang meer bij geheimhouding. Aldus steeds EFRI. Daarbij beroept EFRI zich ook op een uitspraak van de voorzieningenrechter van deze rechtbank van 16 april 2021¹.

4.5. Uit de Memorie van Toelichting blijkt dat het bij openbare informatie kan gaan om informatie die door de betreffende onderneming zelf kenbaar is gemaakt aan derden. Daarbij kan bijvoorbeeld worden gedacht aan elementen uit het jaarverslag zoals de winst, omzet en algemene gegevens zoals namen van financiële ondernemingen en de beleidsbepalers.

De (vermeende) rapporten vallen niet onder de definitie van openbare informatie. Openbaar wil zeggen voor eenieder uit openbare bron kenbaar. Daar is in dit geval geen sprake van. De rapporten waarover het FD spreekt zijn niet voor eenieder toegankelijk, maar zijn (kennelijk) door het FD ingezien. Dat het FD over de rapporten heeft geschreven maakt de rapporten zelf nog niet openbaar. In de door EFRI aangehaalde uitspraak van 16 april 2021 ging het om *gepubliceerde* boetebesluiten (in geanonimiseerde vorm), waarvan een van de betrokkenen zelf aan de pers bekend had gemaakt dat het om hem ging. Die boetebesluiten waren dus wel uit openbare bron voor eenieder kenbaar. De vergelijking met genoemde zaak gaat daarom niet op.

- 4.6. Daarnaast stelt EFRI dat in dit geval strafrechtelijke en civiele procedures aanhangig zijn tegen Payvision, zodat op grond van het Altmann-arrest² van het Europese Hof van Justitie een uitzondering op de geheimhoudingsplicht moet worden toegestaan. Dat volgt echter niet uit dat arrest. Het arrest bepaalt juist dat het algemene verbod om vertrouwelijke informatie openbaar te maken heel strikt moet worden opgevat en dat er geen uitzonderingen bestaan buiten de situaties die specifiek in artikel 54 van de Richtlijn 2004/39 (Richtlijn kapitaalvereisten CRD IV) zijn genoemd. In dat geval ontsloeg de frauduleuze aard van de activiteiten en de strafrechtelijke veroordeling van de leidinggevenden de Duitse pendant van de AFM niet van haar verplichting het beroepsgeheim in acht te nemen.
- 4.7. Het beroep van EFRI op de uitzondering op de geheimhoudingsplicht in het geval de onderneming waar het verzoek betrekking op heeft failliet is verklaard of op grond van een rechterlijke uitspraak moet worden geliquideerd (zoals artikel 53 van de CRD IV voorschrijft) gaat niet op. Daarvan is in het geval van Payvision geen sprake. Dat ING de stekker uit Payvision heeft getrokken, en dat Payvision haar vergunning heeft ingeleverd, zoals EFRI stelt, doet daar niet aan af. Payvision is niet gefailleerd of (op grond van een rechterlijke uitspraak) geliquideerd, en valt als dochter van ING nog altijd onder het toezichtbereik van DNB. Ook de stelling van EFRI dat Payvision geen belang meer heeft bij geheimhouding nu zij niet meer actief is gaat niet op. De geheimhoudingsplicht is er niet ten behoeve van de concurrentiepositie van de individuele onder toezicht staande onderneming, maar ten behoeve van het systeem als geheel, dat baat heeft bij een onbelemmerde informatieverstrekking aan de toezichthouder. DNB mag daar, buiten de wettelijke uitzonderingsgronden, niet van afwijken.

Wettelijke uitzonderingsgrond?

- 4.8. Een van de uitzonderingen op de geheimhoudingsplicht volgt uit artikel 1:89 lid 2 Wft, en houdt in dat DNB mededelingen mag doen indien deze niet kunnen worden herleid tot afzonderlijke personen of ondernemingen.

Artikel 1:90-1:93 Wft geven nog een aantal uitzonderingen, die erop neer komen dat DNB gegevens kan delen met (onder meer) andere toezichthoudende instanties en justitiële autoriteiten.

- 4.9. Deze uitzonderingen gaan in dit geval niet op. Eisers vallen niet onder de instanties genoemd in de artikelen 1:90-1:93 Wft, en van geanonimiseerde informatie (of in samengevatte of geaggregeerde vorm) kan in dit geval geen sprake zijn. Hoewel EFRI heeft gesteld er geen bezwaar tegen te hebben als de rapporten worden geanonimiseerd, in die zin dat de namen van natuurlijke personen worden zwartgelakt, is EFRI juist op zoek naar informatie die zij kan gebruiken ter ondersteuning van haar claim, en dus naar informatie die herleidbaar is tot een individuele instelling, namelijk Payvision.
- 4.10. Nu DNB een wettelijke geheimhoudingsplicht heeft strandt de vordering tot afgifte van de rapporten daarop. Aan de beoordeling op grond van de overige criteria van artikel 843a Rv wordt dan ook niet meer toegekomen. De conclusie is dan ook dat de vorderingen van EFRI niet toewijsbaar zijn. Ten overvloede wordt overwogen dat EFRI in de bodemprocedure een vordering uit hoofde van artikel 843a Rv of artikel 22 Rv kan indienen tegen Payvision.
- 4.11. EFRI zal als de in het ongelijk gestelde partij in de proceskosten worden veroordeeld. De kosten aan de zijde van DNB worden begroot op:

- griffierecht 676,00
- salaris advocaat 1.079,00

Totaal 1.755,00

5 De beslissing

De voorzieningenrechter

- 5.1. weigert de gevraagde voorzieningen,

5.2. veroordeelt EFRI in de proceskosten, aan de zijde van DNB tot op heden begroot op 1.755,00,

5.3. verklaart dit vonnis wat betreft de kostenveroordeling uitvoerbaar bij voorraad.

Dit vonnis is gewezen door mr. H.C. Hoogeveen, voorzieningenrechter, bijgestaan door mr. L. Oostinga, griffier, en in het openbaar uitgesproken op 11 september 2023.³

¹ ECLI:RBAMS:2021:1857

² ECLI:EU:C:2014:2362

³ type: LO coll: TF
