

ECLI:NL:GHAMS:2019:3898

Instantie	Gerechtshof Amsterdam
Datum uitspraak	29-10-2019
Datum publicatie	15-11-2019
Zaaknummer	200.264.551/01
Rechtsgebieden	Civil recht
Bijzondere kenmerken	Hoger beroep kort geding
Inhoudsindicatie	Kort geding – BW art. 248 lid 2; Wwft art. 5 lid 3 – beëindiging bankrelatie – onacceptabel risico op witwassen of terrorismefinanciering onvoldoende aannemelijk – beroep op contractueel opzeggingsrecht naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar? – belangenafweging – eisen van effectief toezicht – geschaad vertrouwen – gehanteerde opzegtermijn – mogelijkheid om andere bank te vinden
Vindplaatsen	Rechtspraak.nl

Uitspraak

GERECHTSHOF AMSTERDAM

afdeling civil recht en belastingrecht, team I

zaaknummer: : 200.264.551/01 SKG

zaak- en rolnummer rechtbank Amsterdam: C/13/668092 / KG ZA 19-677

arrest van de meervoudige burgerlijke kamer van 29 oktober 2019

inzake

- 1 HAP FOODS HOLLAND B.V.,
2. HAP INTERNATIONAL B.V.,
3. ROFARO B.V.,

alle gevestigd te Hendrik Ido Ambacht,
appellanten,
advocaat: mr. H.J. Bos te Amsterdam,

tegen

ING BANK N.V.,

gevestigd te Amsterdam,

geïntimeerde,

advocaat: mr. F.A. van de Wakker te Amsterdam.

1 Het geding in hoger beroep

Appellanten worden hierna gezamenlijk Hap Foods (in enkelvoud) genoemd, en geïntimeerde ING.

Hap Foods is bij dagvaarding van 16 augustus 2019, hersteld bij exploit van 23 augustus 2019, tevens houdende grieven, met producties, in hoger beroep gekomen van een vonnis van de voorzieningenrechter in de rechtbank Amsterdam (hierna: de voorzieningenrechter) van 5 augustus 2019, onder bovenvermeld zaak- en rolnummer gewezen tussen Hap Foods als eiseres en ING als gedaagde.

ING heeft daarna een memorie van antwoord ingediend met een productie.

Partijen hebben de zaak ter zitting van 3 oktober 2019 doen bepleiten, Hap Foods door haar advocaat en mr. J.S. Bilgi, advocaat te Amsterdam, en ING door haar advocaat en mr. D.M.H. de Leeuw, advocaat te Amsterdam, ieder aan de hand van pleitnotities die zijn overgelegd. Hap Foods heeft nog producties in het geding gebracht.

Ten slotte is arrest gevraagd.

Hap Foods heeft geconcludeerd dat het hof het bestreden vonnis zal vernietigen en - uitvoerbaar bij voorraad - alsnog ING zal veroordelen om de bankrelatie met Hap Foods te continueren op straffe van een dwangsom, althans de rentevaste lening tot

1 juli 2021 en het rekening-courantkrediet voort te zetten, met veroordeling van ING in de kosten van het geding in beide instanties met nakosten en rente.

ING heeft geconcludeerd tot bekrachtiging, met - uitvoerbaar bij voorraad - veroordeling van Hap Foods in de kosten van het geding in hoger beroep.

2 Feiten

De voorzieningenrechter heeft in het bestreden vonnis onder 2.1 tot en met 2.11 de feiten genoemd die zij tot uitgangspunt heeft genomen. Deze feiten zijn in hoger beroep niet in geschil en dienen derhalve ook het hof als uitgangspunt. Samengevat en waar nodig aangevuld met andere feiten die als enerzijds gesteld en anderzijds niet of onvoldoende betwist zijn komen vast te staan, komen de feiten neer op het volgende.

2.1 Hap Foods is een bedrijf dat nationaal en internationaal handelt in levensmiddelen zoals vlees, vis, wild en gevogelte.

2.2 Hap Foods bankiert sinds haar oprichting in 1990 bij ING.

Hap Foods heeft bij ING een rentevaste lening van € 2,25 miljoen en een rekening-courantkrediet met een limiet van € 3,5 miljoen. De rentevaste lening heeft een looptijd van 48 maanden en loopt tot 1 juli 2021. Inmiddels heeft Hap Foods daarop € 984.375,- afgelost en bedraagt het restant € 1.265.625,-. Het rekening-courantkrediet liep initieel van 1 november 2015 tot 1 november 2016 en is sedertdien telkens stilzwijgend met een jaar verlengd, laatstelijk tot 1 november 2019.

2.3 Op de overeenkomsten tussen partijen zijn de Algemene Bankvoorwaarden 2017 (hierna: ABV) van toepassing. Daarin is onder meer bepaald:

“Artikel 2 Zorgplicht

(...)

1. Wij zijn bij onze dienstverlening zorgvuldig en houden hierbij zo goed mogelijk rekening met uw belangen. Dit doen wij op een manier die aansluit bij de aard van de dienstverlening. Deze belangrijke regel geldt altijd. (...)
2. U bent zorgvuldig tegenover ons en houdt zo goed mogelijk rekening met onze belangen. (...)

U mag onze diensten of producten alleen gebruiken waarvoor ze zijn bedoeld en hiervan geen misbruik (laten) maken. Denkt u bij misbruik bijvoorbeeld aan strafbare feiten of activiteiten die schadelijk zijn voor ons of onze reputatie of die de werking en betrouwbaarheid van het financiële stelsel kunnen schaden.

(...)

Artikel 35 Opzegging van de relatie

(...)

1. U kunt de relatie tussen u en ons opzeggen. Wij kunnen dit ook. Het is daarvoor niet nodig dat u in verzuim bent met de nakoming van een verplichting. Wij houden ons bij opzegging aan onze zorgplicht als genoemd in artikel 2 lid 1 ABV. (...)

2.4 Eind 2017 heeft ING vragen gesteld aan Hap Foods over bepaalde transacties. Het ging – samengevat – om betalingen aan Hap Foods door een Afrikaans bedrijf met een ander bedrijfsmodel dan zij heeft, contante betalingen aan Hap Foods waarvan de herkomst onduidelijk was en betalingen door Hap Foods aan natuurlijke personen.

Bij e-mail van 15 december 2017 heeft Hap Foods deze vragen beantwoord.

2.5 ING is een nader onderzoek gestart, mede gericht op betalingen na januari 2018.

2.6 In haar e-mail van 3 oktober 2018 schreef (de accountmanager van Hap Foods bij) ING onder meer aan Hap Foods:

“Zoals eerder gemeld, zijn er meerdere transacties van en naar Afrika onderzocht door ons team

investigations. Dit betreffen veelal transacties waarvan de onderneming dan wel natuurlijke persoon niet direct door ons te verifiëren is en/of waarvan de transactie niet direct te koppelen is aan het doel van de onderneming.

Je hebt ons destijds netjes voorzien van antwoorden.

Nu werd ik benaderd door hetzelfde team met de opmerking dat zij verder onderzoek zullen doen naar meerdere transacties en achterliggende ondernemingen/personen. Hiertoe zullen jullie een brief ontvangen met vragen met het verzoek deze te beantwoorden.

Deze brief is in de basis formeel opgesteld en daarom vind ik het goed jou alvast te informeren.”

- 2.7 Bij brief van diezelfde datum ontving Hap Foods van het team 'KYC-Investigations' van ING een document met 28 vragen over diverse transacties vanaf 2015, welke Hap Foods op 19 oktober 2018 onder bijvoeging van documentatie heeft beantwoord.
- 2.8 Op 31 oktober 2018 heeft een gesprek tussen partijen plaatsgehad. Bij e-mail van diezelfde datum heeft ING Hap Foods om aanvullende informatie gevraagd. Op 12 november 2018 heeft Hap Foods per e-mail ING aanvullende informatie gestuurd. Bij e-mail van 15 november 2018 heeft ING Hap Foods nadere vragen gesteld en om aanvullende informatie gevraagd. Bij e-mail van 16 november 2018 heeft Hap Foods die vragen beantwoord en ING aanvullende informatie gestuurd.
- 2.9 Hap Foods heeft een forensisch accountant van BDO onderzoek laten doen naar onvolkomenheden in haar transacties. Hierover is een rapport uitgebracht, dat ING van Hap Foods onder toezegging van geheimhouding op 4 december 2018 ter inzage heeft gekregen.
- 2.10 Bij brief van 25 maart 2019 heeft ING de totale relatie met Hap Foods beëindigd met ingang van 1 juli 2019, omdat volgens ING uit de bevindingen van haar onderzoek, afgezet tegen de geldende financiële regelgeving, was gebleken dat sprake was van ongewenste activiteiten op rekeningen van Hap Foods bij ING. Blijkens de brief kwamen die bevindingen erop neer (zakelijk weergegeven) dat Hap Foods:
- a. in de onderzochte periode (2014-begin 2018) van twee Afrikaanse afnemers grote hoeveelheden contante betalingen had ontvangen;
 - b. haar bankrekeningen beschikbaar had gesteld aan afnemers voor ontvangsten en doorbetalingen zonder kennelijke economische en juridische grondslag en zonder adequate verantwoording in de administratie;
 - c. in de periode 2016-begin 2018 op verzoek van een van haar grootste afnemers, Grupo Fawaz uit Angola, namens deze doorbetalingen van ca. € 5,5 miljoen deed op bankrekeningen van familie van deze afnemer buiten Angola en op bankrekeningen van derden;
 - d. eind 2017 voor een afnemer uit Equatoriaal-Guinea op haar rekeningen een tegoed aanhield van ca. € 3,2 miljoen;
 - e. tussen juli 2015 en juli 2017 op verzoek van een afnemer betalingen heeft gedaan van in totaal USD 264.000 en € 100.000 aan een persoon die vanwege zijn positie van voormalig Central Bank Officer in de rol van Deputy Governor of Banco Nacional de Angola (tussen januari 2015 en mei 2016) moest worden beschouwd als een *Politically Exposed Person* (hierna: PEP), terwijl hij sedert 2014 ook de wettelijk vertegenwoordiger was van een aan genoemd concern Grupo Fawaz gelieerde onderneming.
- 2.11 Bij brief van 25 maart 2019 heeft Hap Foods bezwaar gemaakt tegen de opzegging. Daarna hebben er nog gesprekken en briefwisseling tussen partijen plaatsgevonden.
- 2.12 ING heeft de beëindiging van de bankrelatie uitgesteld tot 1 september 2019. Ten tijde van het pleidooi in hoger beroep was de bankrelatie nog niet feitelijk beëindigd.

3 Beoordeling

3.1. Hap Foods vordert dat ING de met haar bestaande bankrelatie, althans de lening en het krediet, continueert. Zij legt aan haar vorderingen ten grondslag – samengevat – dat die opzegging zonder goede gronden is geschied. Bovendien is de opzegging van de bancaire relatie in strijd met de redelijkheid en billijkheid. Verder is niet voldoende rekening gehouden met de belangen van Hap Foods, waaronder het belang om bancaire betalingen te kunnen blijven doen en ontvangen zolang Hap Foods geen andere bank heeft gevonden. Het vinden van een andere bank, na deze beëindiging, is tot dusver niet mogelijk gebleken.

3.1.1 Het spoedeisend belang vloeit voort uit de aard van deze vordering.

3.1.2 De voorzieningenrechter heeft de vorderingen van Hap Foods afgewezen. Zij overwoog daartoe, kort gezegd, dat mede gewicht toekomt aan de verplichting van ING om op grond van de Wet ter voorkoming van witwassen en financieren van terrorisme (hierna: Wwft) de relatie te beëindigen met een klant die een onacceptabel risico op witwassen en terrorismefinanciering vormt, en dat de omstandigheden die ING aan de opzegging ten grondslag heeft gelegd en die Hap Foods niet inhoudelijk heeft betwist, inderdaad zo'n onacceptabel risico vormen, zodat ING op goede gronden de bankrelatie met Hap Foods heeft beëindigd. Dat Hap Foods bij geen andere bank terecht kan is volgens de voorzieningenrechter niet aannemelijk, waarbij meeweegt dat onvoldoende moeite is gedaan. Zij verwierp ten slotte de stelling dat ING bij Hap Foods het vertrouwen had gewekt dat de bankrelatie niet zou worden beëindigd en oordeelde daarom de opzegging niet naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar.

3.1.3 Tegen deze beslissing en de daaraan ten grondslag gelegde motivering komt Hap Foods met haar grieven op.

3.1.4 ING voert gemotiveerd verweer.

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

3.2 De grieven van Hap Foods lenen zich voor gezamenlijke behandeling.

Het hof zal in dit kort geding, gelet op de aard van de kort geding procedure, een voorlopig oordeel geven, waarbij het zich zoveel mogelijk zal richten naar hetgeen de bodemrechter naar verwachting zal beslissen als de zaak aan hem wordt voorgelegd.

3.3 De rechtsgeldigheid van de beëindiging door een bank van de kredietrelatie met haar klant moet beoordeeld worden aan de hand van de overeenkomst tussen de bank en de klant en de maatstaf van artikel 6:248 lid 2 Burgerlijk Wetboek (BW) (Hoge Raad 10 oktober 2014, ECLI:NL:HR:2014:2929). De overeenkomst tussen ING en Hap Foods kent een ruime opzeggingsbevoegdheid in artikel 35 ABV maar voorziet, in artikel 2 ABV, ook in een zorgplicht en een door de bank te maken belangenafweging (zie hiervoor nr. 2.3). De toets van artikel 6:248 lid 2 BW ziet op de vraag of het gebruik door de bank van die opzeggingsbevoegdheid, gegeven die verdere inhoud van de overeenkomst en alle relevante omstandigheden, naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar moet worden geoordeeld.

3.3.1 Bij zo'n beëindiging is het naar het oordeel van het hof van belang onderscheid te maken tussen enerzijds het geval waarin de bank zich, op grond van artikel 5 lid 3 Wwft in verbinding met punt 3.5 van de DNB Leidraad WWFT en SW (hierna: DNB Leidraad), verplicht acht de relatie te beëindigen omdat het gebruik door de klant van de bankrekening(en) een onacceptabel risico op witwassen of terrorismefinanciering, zoals omschreven in punt 3.5 van de DNB Leidraad, vormt, en anderzijds de gevallen waarin van zo'n risico niet is gebleken maar de bank om andere redenen de relatie wenst te beëindigen. Dit onderscheid is onder

meer van belang voor het antwoord op de vraag of in het concrete geval in het kader van de in art. 2.1 ABV bedoelde zorgplicht "zo goed mogelijk rekening met [de] belangen" van de klant is gehouden.

3.4 Ten aanzien van de vraag of ING op grond van artikel 5 lid 3 Wwft in verbinding met punt 3.5 van de DNB Leidraad zich verplicht achtte de relatie met Hap Foods te beëindigen omdat het gebruik door Hap Foods van haar ING-rekeningen een onacceptabel risico op witwassen of terrorismefinanciering vormt, komt het hof tot het oordeel dat ING onvoldoende aannemelijk heeft gemaakt dat in de gegeven omstandigheden van een dergelijk risico sprake is geweest.

3.4.1 Hap Foods heeft de desbetreffende stellingen van ING gemotiveerd betwist. Zij heeft daartoe onder meer aangevoerd dat de contante betalingen aan ING bekend waren en door haar gefaciliteerd werden door middel van de overeenkomst 'Geld Opnemen en Verpakt Afstorten', dat geen sprake is geweest van 'ondergronds bankieren' of het laten gebruiken van een bankrekening maar van een systeem van vooruitbetalingen en dat de betalingen aan een PEP een zakelijke grondslag hadden, terwijl voor al deze punten geldt dat deze in elk geval sedert april 2018 niet meer zijn voorgekomen. Die betwisting heeft zij ook met stukken onderbouwd.

3.4.2 Van de juistheid van de aldus gemotiveerd betwiste stellingen van ING kan daarom niet zonder meer worden uitgegaan en een kort geding leent zich, zeker in een zeer spoedeisende kwestie als deze, niet voor bewijslevering. Weliswaar worden hierna enkele feiten die in de opzeggingsbrief (samengevat onder 2.10) zijn genoemd wel voldoende aannemelijk geacht, maar die dateren van tamelijk lang geleden en zijn zonder nadere toelichting, die echter ontbreekt, onvoldoende om de conclusie te dragen dat ten tijde van de opzegging en deze uitspraak sprake was/is van een onacceptabel risico als bedoeld in punt 3.5 van de DNB Leidraad. Dat Hap Foods het in haar opdracht gemaakte (forensische) BDO-rapport (zie hiervoor onder 2.9) ondanks verzoeken daartoe van ING niet overgelegd heeft in deze procedure, leidt niet tot een ander oordeel.

3.5 De volgende vraag is of ING gerechtigd was de relatie op (een) andere gronden dan het hiervoor bedoelde risico door opzegging te beëindigen. Uitgangspunt is daarbij dat ING gebruik mag maken van haar contractueel bedongen opzeggingsrecht zoals neergelegd in artikel 35 ABV, tenzij dit naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is. Hap Foods zal daarbij die onaanvaardbaarheid aannemelijk moeten maken.

3.5.1 Hap Foods heeft zich in eerste aanleg op het standpunt gesteld dat van zodanige onaanvaardbaarheid reeds sprake was omdat ING bij Hap Foods het vertrouwen zou hebben gewekt dat de bankrelatie niet zou worden beëindigd. De voorzieningenrechter heeft met juistheid geoordeeld dat van zulk opgewekt vertrouwen geen sprake was. Hoewel Hap Foods haar standpunt in hoger beroep heeft herhaald, heeft zij geen argumenten aangevoerd waarom dat oordeel onjuist was. In ieder geval kan uit de onder 2.6 genoemde e-mail van haar accountmanager bij ING dit vertrouwen niet worden afgeleid. Zo in de stellingen van Hap Foods al een grief zou moeten worden gelezen, wordt die door het hof als niet (voldoende) onderbouwd verworpen.

3.5.2 Aan haar stelling dat de opzegging naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is, legt Hap Foods ook ten grondslag, kort gezegd, dat ING de door haar gepercipieerde risico's had kunnen ondervangen door mitigerende maatregelen te nemen, dat Hap Foods steeds medewerking heeft verleend door het beantwoorden van de vragen van ING en door het aanpassen van haar werkwijze en dat ING Hap Foods er niet op heeft gewezen dat zij bepaalde transacties niet meer wenselijk vond. ING heeft deze stellingen betwist.

Het hof is van oordeel dat ING terecht heeft gewezen op de voor haar als bank geldende eis

dat een effectief toezicht, door haarzelf en de toezichthouder, op het gebruik van de bij haar aangehouden bankrekeningen mogelijk moet zijn. ING heeft voldoende onderbouwd dat er in elk geval in het verleden transacties zijn geweest, zoals de betalingen aan de PEP en familieleden van Fawaz, waarvan ING in redelijkheid kon menen dat zij wezen op oneigenlijk gebruik van de bankrekeningen van Hap Foods, hetgeen ING niet wenst. Hap Foods heeft onvoldoende aannemelijk gemaakt dat zij haar bedrijfsvoering nu zover heeft aangepast dat dat gebruik thans uitgesloten is. Het BDO-rapport dat daarover in opdracht van Hap Foods is opgemaakt en dat dit (volgens Hap Foods) zou bevestigen, heeft zij niet in het geding gebracht en de geheimhoudingsverplichting, opgelegd aan de ING-medewerkers bij kennisname daarvan, heeft zij niet opgeheven. Het hof wordt daarmee de mogelijkheid ontnomen om zich op dit punt een helder beeld te vormen.

- 3.5.3 Hap Foods betoogt voorts dat de opzegging naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is omdat zij na die opzegging, naar het hof begrijpt, geen andere bank bereid zal kunnen vinden haar te financieren, waarbij zij wijst op het feit dat Rabobank in juni 2019 wel bereid bleek een voorwaardelijke relatie met haar aan te gaan maar deze na kennisneming van het bestreden vonnis per omgaande heeft beëindigd. Het niet vinden van een nieuwe bank zal het faillissement van de onderneming betekenen, waardoor ook de daar werkzame personen hun baan verliezen, aldus Hap Foods.

Dat het vinden van een nieuwe bank moeilijk zal zijn acht het hof aannemelijk, maar dat dit onmogelijk zal zijn wordt door ING betwist. Niet uit te sluiten valt voorts dat het voor een nieuwe bank verschil maakt of al dan niet sprake is geweest van een situatie als bedoeld in art. 5 lid 3 Wvft in verbinding met punt 5.3 van de DNB Leidraad. Wat daarvan zij, de gevolgen van de opzegging zijn voor Hap Foods ernstig. Die omstandigheid weegt echter, gegeven de hiervoor genoemde andere omstandigheden en de eigen rol van Hap Foods, niet zo zwaar dat deze in de weg zou staan aan het benutten van de contractuele mogelijkheid van ING om de relatie te beëindigen. Haar belang om niet, voor onbepaalde tijd, een bankrelatie in stand te moeten houden met een partij waarin zij geen vertrouwen meer heeft legt ook gewicht in de schaal.

- 3.5.4 Het hof neemt bij de beoordeling van de aanvaardbaarheid van de opzegging ook in aanmerking dat ING de opzegtermijn, die blijkens haar opzeggingsbrief van 5 maart 2019 liep tot 1 juli 2019, heeft verlengd, namelijk tot 1 september 2019, en dat ING ook na die datum de feitelijke beëindiging nog niet heeft geëffectueerd. Daarnaast was ING bereid om tot een regeling te komen inzake de aflossing – naar het hof begrijpt: in termijnen die zich ook uitstrekken tot na de beëindigingsdatum – van het restant van de rentevaste lening, waarop Hap Foods echter niet is ingegaan.

- 3.5.5 Uit al het voorgaande volgt dat onvoldoende aannemelijk is dat de bodemrechter zal oordelen dat het in de gegeven omstandigheden naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is dat ING een beroep deed op haar contractuele bevoegdheid om de bankrelatie met Hap Foods te beëindigen.

- 3.5.6 Ook een afweging van de belangen van Hap Foods bij de gevraagde ordemaatregel, te weten het voorlopig continueren van de bankrelatie, en de belangen van ING bij het beëindigen daarvan leidt, gelet op het voorgaande, niet tot een ander oordeel.

- 3.5.7 In verband met de situatie die ontstaat door de onderhavige uitspraak overweegt het hof nog het volgende. Daar het hof voorshands van oordeel is dat de opzegging door ING niet gebaseerd kon worden op de stelling dat Hap Foods c.q. haar rekeninggebruik een onacceptabel risico op witwassen of terrorismefinanciering ten tijde van de opzegging en deze uitspraak vormde/vormt, en bovendien aannemelijk is dat het voor Hap Foods moeilijk zal zijn om een nieuwe bank te vinden, geeft het hof ING in overweging om, mede gelet op de mate waarin ING volgens de overeenkomst tussen partijen dan wel in verband met de

post-contractuele goede trouw rekening moet houden met de belangen van Hap Foods, de bankrelatie met Hap Foods feitelijk te continueren tot en met uiterlijk 31 december 2019 (of zoveel eerder als partijen afspreken) teneinde Hap Foods de tijd te geven een andere bank te vinden.

3.6 De slotsom is dat de grieven falen. Hoewel Hap Foods zich met succes heeft gekeerd tegen het oordeel van de voorzieningenrechter dat ING de relatie met Hap Foods mocht beëindigen vanwege een onacceptabel risico op witwassen of terrorismefinanciering, leidt dit toch niet tot vernietiging van het vonnis. ING kon namelijk de opzegging op (voldoende) andere gronden baseren. Het vonnis waarvan beroep zal daarom worden bekrachtigd en Hap Foods zal worden veroordeeld in de kosten van het geding in hoger beroep.

4 Beslissing

Het hof:

bekrachtigt het vonnis waarvan beroep;

veroordeelt Hap Foods in de kosten van het geding in hoger beroep, tot op heden aan de zijde van ING begroot op € 741,- aan verschotten en € 3.222,- voor salaris;

verklaart de kostenveroordeling uitvoerbaar bij voorraad.

Dit arrest is gewezen door mrs. J.W.M. Tromp, P.F.G.T. Hofmeijer-Rutten en H. Struik en door de rolraadsheer in het openbaar uitgesproken op 29 oktober 2019.