

ECLI:NL:GHAMS:2020:2621

Instantie Gerechtshof Amsterdam

Datum uitspraak 06-10-2020

Datum publicatie 07-01-2021

Zaaknummer 200.257.695/01

Rechtsgebieden Civiel recht

Bijzondere kenmerken Hoger beroep

Inhoudsindicatie

Staroil is op de 'OFAC-lijst' geplaatst wegens door de Amerikaanse overheid verboden leveringen aan o.m. de Syrische regering. Daarom heeft ING het tegoed op Staroils dollarrekening bevroren en op een tussenrekening geplaatst. Staroil wenst over het tegoed te kunnen beschikken. Evenals de eerste rechter oordeelde, zijn Staroils vorderingen niet toewijsbaar. Beroep van ING op overmacht is gegrond. Oorzaak van verhindering ligt bij Staroil. Schuldeisersverzuim, artikel 6:58 BW. Staroil kan zich niet beroepen op de artikelen 6:122 en 6:123 BW. Beroep op de verplichting van ING aan Staroil de tegenwaarde in euro's te betalen is naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar. Bekrachtiging.

Vindplaatsen Rechtspraak.nl

Uitspraak

GERECHTSHOF AMSTERDAM

afdeling civiel recht en belastingrecht, team I

zaaknummer : 200.257.695/01

zaak-/rolnummer rechtbank Amsterdam : C/13/648323 / HA ZA 18-528

arrest van de meervoudige burgerlijke kamer van 6 oktober 2020

inzake

STAROIL B.V. in liquidatie,

gevestigd te Amsterdam,

appellante,

advocaat mr. J.G.M. Roijers te Rotterdam,

tegen

ING BANK N.V.,

gevestigd te Amsterdam,

geïntimeerde,

advocaat mr. J.B.R. Regouw te Amsterdam.

1 Het geding in hoger beroep

Partijen zullen hierna Staroil en ING genoemd worden.

Staroil is bij dagvaarding van 3 april 2019 in hoger beroep gekomen van het vonnis van de rechtbank Amsterdam van 20 maart 2019, onder bovenvermeld zaak-/rolnummer gewezen tussen Staroil als eiseres en ING als gedaagde.

Partijen hebben daarna de volgende stukken ingediend:

- memorie van grieven, met producties;
- memorie van antwoord.

Ten slotte is arrest gevraagd.

Staroil heeft geconcludeerd dat het hof het bestreden vonnis zal vernietigen en, uitvoerbaar bij voorraad, de vorderingen van Staroil in eerste aanleg alsnog zal toewijzen alsmede voor recht te verklaren dat Staroil de (bepalingen van de) de *side letter* rechtsgeldig heeft vernietigd, ING te veroordelen aan Staroil terug te betalen, hetgeen zij aan ING uit hoofde van het bestreden vonnis heeft betaald, met rente, en ING te veroordelen in de proceskosten van beide instanties, met nakosten.

ING heeft geconcludeerd tot bekrachtiging van het bestreden vonnis, met – uitvoerbaar bij voorraad – veroordeling van Staroil in de kosten van het hoger beroep, met rente en nakosten.

Beide partijen hebben in hoger beroep bewijs van hun stellingen aangeboden.

2 Feiten

2.1 De rechtbank heeft in het bestreden vonnis onder 2, 2.1 tot en met 2.15, de feiten opgesomd die zij bij de beoordeling van de zaak tot uitgangspunt heeft genomen. De vastgestelde 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.

(i) Staroil hield zich onder meer bezig met de export van olie. Enig bestuurder van Staroil was [A] (hierna: [A]).

(ii) Op 26 augustus 2008 heeft ING een kredietovereenkomst gesloten met Staroil S.A., een Zwitserse dochtervennootschap van Staroil, uit hoofde waarvan ING aan Staroil S.A. een kredietfaciliteit ter beschikking heeft gesteld van aanvankelijk \$ 13 miljoen. Op 6 november 2009 is dit krediet overgezet naar Staroil. De kredietlimiet is op 29 september 2014 verlaagd tot \$ 7,5 miljoen en op 13 oktober 2014 naar \$ 5 miljoen. Per 4 december 2014 is de kredietfaciliteit beëindigd in verband met de liquidatie van Staroil.

(iii) Op 1 juni 2010 hebben partijen in een 'Annex - side-letter ING Policies on High Risk Countries' (hierna: de *side letter*) afspraken neergelegd over de wijze waarop zij omgaan met landen met een hoog risico en met gesanctioneerde personen en entiteiten.

(iv) Op 6 april 2011 zijn partijen een raamovereenkomst aangegaan voor financiële derivaten uit hoofde waarvan ING valutatermijntransacties kan uitvoeren. Op basis van deze overeenkomst heeft ING op verzoek van Staroil diverse keren Amerikaanse dollars omgezet naar euro's.

(v) Op 1 december 2014 is Staroil ontbonden met benoeming van [A] als vereffenaar.

(vi) Op 17 december 2014 heeft het Office of Foreign Assets Control (OFAC) bekend gemaakt dat Staroil is geplaatst op de door OFAC beheerde OFAC-lijst vanwege door de Amerikaanse overheid verboden en gesanctioneerde leveringen aan de Syrische partij Pangates en de Syrische regering. OFAC is onderdeel van het Amerikaanse ministerie van Financiën en is belast met de uitvoering van en het toezicht op de verschillende sanctieprogramma's van de Amerikaanse overheid. Staroil is aangemerkt als een *Specially Designated National* en als *Foreign Sanctions Evader*.

(vii) Naar aanleiding van de plaatsing van Staroil op de OFAC-lijst heeft ING bij brief van 22 december 2014 aan Staroil meegedeeld dat ING gehouden is mee te werken aan uitvoering van de sanctieregelgeving van de Verenigde Staten en haar eigen (gepubliceerde) beleid en dat betalingen en valutatransacties/-omzettingen van Staroil zijn geblokkeerd en tot nader bericht geblokkeerd blijven.

(viii) Bij brief van 30 oktober 2015 heeft ING aan Staroil meegedeeld dat zij het 'bevroren' banktegoed van Staroil en Staroil S.A. van in totaal USD 2.153.729,56 per 28 oktober 2015 op één tussenrekening heeft geplaatst en dat Staroil en Staroil S. A. daarvan de rechthebbenden blijven.

(ix) Op 31 oktober 2016 heeft het Amerikaanse advocatenkantoor Miller & Chevalier namens Staroil een verzoek ingediend bij OFAC om van de OFAC-lijst te worden verwijderd.

(x) Bij brief van 19 januari 2017 heeft Staroil aan ING meegedeeld dat zij de grondslagen voor bevrozing van haar banktegoeden betwist en ING aansprakelijk stelt voor alle geleden en nog te lijden schade wegens schending van de bancaire zorgplicht en het toerekenbaar tekortschieten in de nakoming van de tussen partijen geldende overeenkomsten.

(xi). Bij brief van 17 februari 2017 heeft ING (opnieuw) aan Staroil toegelicht waarom de banktegoeden zijn bevroren en erop gewezen welke risico's ING loopt indien zij een overboeking doet van de dollarrekening.

(xii) Op 18 juli 2017 heeft prof. dr. [C] van de Universiteit Utrecht op verzoek van de advocaat van Staroil een advies uitgebracht over de risico's voor ING als zij zou meewerken aan de verzoeken van Staroil.

(xiii) Op 2 oktober 2017 heeft [D] Jr. van Sullivan & Cromwell LLP op verzoek van de advocaten van ING een advies uitgebracht over de risico's voor ING als zij zou meewerken aan de verzoeken van Staroil.

(xiv) Op 26 september 2017 heeft Staroil ING in kort geding gedagvaard voor de voorzieningenrechter van de rechtbank Amsterdam en onder meer gevorderd dat ING wordt veroordeeld om het bedrag van \$ 2.153.729,56 dat op een onbekende tussenrekening is geplaatst over te maken naar de dollarrekening van Staroil en het, nadat het is omgezet in euro's, vrij te geven. Bij vonnis van 18 oktober 2017 heeft de voorzieningenrechter de vordering van

Staroil afgewezen.

3 De beoordeling

3.1 Staroil heeft in eerste aanleg gevorderd - samengevat - veroordeling van ING om *primair* het tegoed van \$ 2.153.379,29 van Staroil op grond van artikel 6:123 BW althans 6:122 BW omgerekend in euro's en vermeerderd met rente te betalen, *subsidiair* het tegoed van de internal freeze account over te maken naar de dollarrekening van Staroil, en het tegoed in euro's en vermeerderd met rente te betalen op de derdengeldenrekening van het kantoor van de raadsman van Staroil en *meer subsidiair* het tegoed van de internal freeze account over te maken naar de dollarrekening van Staroil, en het tegoed vrij te geven door de dollarrekening te deblokken en gedeblokkeerd te houden en Staroil aldus de beschikking te geven over dat tegoed, een en ander steeds op straffe van verbeurte van een dwangsom.

De rechtbank heeft de vorderingen van Staroil afgewezen.

3.2 Tegen deze beslissing en de daaraan ten grondslag gelegde motivering komt Staroil met zeven grieven op.

3.3 Staroil heeft in hoger beroep haar eis gewijzigd. Aanvullend vordert zij voor recht te verklaren dat Staroil de (bepalingen van de) de *side letter* rechtsgeldig heeft vernietigd. Nu ING geen bezwaar heeft gemaakt tegen de eiswijziging en deze niet in strijd is met de eisen van een goede procesorde zal het hof recht doen op de gewijzigde eis.

3.4 De vraag die ter beoordeling aan het hof voorligt is of ING verplicht is het tegoed van \$ 2.153.379,29 omgerekend in euro's aan Staroil te betalen dan wel het dollartegoed vrij te geven en Staroil aldus de vrije beschikking te geven over dat tegoed.

3.5 Het hof ziet aanleiding eerst in te gaan op het door ING gedane beroep op overmacht aan de zijde van ING en schuldeisersverzuim aan de zijde van Staroil.

Overmacht

3.6 Vast staat dat Staroil in 2014 op de door OFAC beheerde 'OFAC-lijst' is geplaatst vanwege door de Amerikaanse overheid verboden leveringen aan de Syrische partij Pangates en de Syrische regering. Eveneens staat vast dat de plaatsing op de OFAC-lijst tot gevolg heeft dat vooralsnog geen girale betalingen mogelijk zijn van of naar de dollarrekening van Staroil, omdat die via het Amerikaanse bankensysteem lopen en daarmee binnen de Amerikaanse invloedssfeer vallen. De Amerikaanse correspondentbank die een betaalopdracht in Amerikaanse dollars voor Staroil van ING ontvangt, is wettelijk verplicht die transactie tegen te houden, met als gevolg dat de beoogde betaling vanaf de dollarrekening van Staroil niet zal worden uitgevoerd. ING kan derhalve geen betaalopdrachten ten laste van de dollarrekening uitvoeren, hetgeen haar niet kan worden toegerekend omdat dat niet is te wijten aan haar schuld, noch krachtens wet, rechtshandeling of in het verkeer geldende opvattingen voor haar rekening komt. Daarom doet ING terecht een beroep op overmacht.

3.7 De onmogelijkheid van betaling in dollars is het gevolg van de aan Staroil toerekenbare omstandigheid dat zij op de OFAC-lijst is geplaatst, als gevolg waarvan de Amerikaanse correspondentbank wettelijk verplicht is elke betaling ten laste of ten gunste van de dollarrekening van Staroil te blokkeren. De gevraagde betaling in euro's *aan* Staroil door ING vereist een betaling in dollars *aan* ING door Staroil, ING is alleen verplicht circa € 1,8 miljoen aan Staroil te betalen, indien Staroil in staat is de tegenwaarde van \$ 2.153.379,29 aan ING te

betalen. De betaling van de tegenwaarde in dollars ten laste van de dollarrekening is zoals gezegd als gevolg van de aan Staroil toerekenbare omstandigheid dat zij op de OFAC-lijst is geplaatst niet mogelijk. Staroil stelt nog dat bij betaling van het bedrag in euro's de vordering van Staroil op ING tot dat bedrag in dollars tenietgaat, al dan niet door verrekening op grond van art. 6:127 e.v. BW. ING is, die redenering volgend, dan gerechtigd tot het tegoed op de dollarrekening die op naam van Staroil staat. Zonder nadere toelichting, die ontbreekt, valt niet in te zien dat ING, zonder zich bloot te stellen aan het risico van Amerikaanse sancties, de dollarrekening van Staroil voor het bedrag van \$ 2.153.379,29 kan debiteren. De artikelen 6:122 en 6:123 BW, waarop Staroil zich beroept om betaling in euro's te verkrijgen, zien niet op een situatie als de onderhavige waarin voldoening van een vordering in een andere valuta dan die waarin de vordering luidt, leidt tot een tegenvordering in de oorspronkelijke valuta. Staroil komt derhalve geen beroep toe op die artikelen.

3.8 Uit het feit dat ING de geblokkeerde rekening wel heeft gedebiteerd voor de bankkosten en dat dat niet heeft geleid tot enige sanctie van het OFAC kan niet worden geconcludeerd dat ING zonder risico het dollartegoed aan Staroil kan uitbetalen. Onder de Amerikaanse sanctieregels is een Amerikaanse bank bevoegd een geblokkeerde rekening die bij haar wordt aangehouden te debiteren voor de door de rekeninghouder aan haar verschuldigde bankkosten ((zie Code of Federal Regulations, Title 31, part 542 (Syrian sanctions regulations), no. 505, onder (a)). Gesteld noch gebleken is dat deze bevoegdheid niet ook zou gelden voor niet-Amerikaanse banken.

3.9 Overmacht vormt een zelfstandige afwijzingsgrond voor de vorderingen van Staroil. Ten aanzien van de meer subsidiaire vordering tot, kort gezegd, vrijgave van het tegoed in dollars overweegt het hof nog dat niet valt in te zien welk belang Staroil bij deze vordering heeft. Gedurende haar plaatsing op de OFAC-lijst kan Staroil feitelijk niet over het dollartegoed beschikken, ook niet indien ING het dollartegoed zou vrijgeven.

Schuldeisersverzuim

3.10 De verhindering in de uitvoering van betaalopdrachten in dollars door ING is het rechtstreekse gevolg van een beletsel dat opkomt van de zijde van Staroil. De plaatsing op de OFAC-lijst die verhindert dat ING de betaalopdrachten van Staroil kan uitvoeren, komt voor risico van Staroil. Nu de oorzaak van die verhindering haar kan worden toegerekend, is sinds december 2014 aan de zijde van Staroil sprake van schuldeisersverzuim in de zin van art. 6:58 BW. Zolang Staroil in schuldeisersverzuim verkeert, kan Staroil geen nakoming van ING vorderen en is Staroil niet bevoegd executiemaatregelen tegen ING te nemen. Zoals gezegd kan Staroil zich niet beroepen op het bepaalde in de artikelen 6:122 en 6:123 BW. Overigens missen genoemde artikelen hier toepassing omdat Staroil, vanwege haar verzuim als schuldeiser, geen nakoming in dollars kan vorderen en geen executiemaatregelen kan nemen. Het schuldeisersverzuim vormt een zelfstandige afwijzingsgrond voor de vorderingen van Staroil.

Redelijkheid en billijkheid

3.11 Overigens is het hof met de rechtbank van oordeel dat het beroep van Staroil op de verplichting van ING om aan haar de tegenwaarde in euro's te betalen naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is. Als onvoldoende betwist staat vast dat ING zich door uitbetaling aan Staroil van het tegoed bloot zou stellen aan het reële risico dat ook zij zou worden getroffen door straf- en boetemaatregelen in de Verenigde Staten. De conclusie van de door Staroil geraadpleegde deskundige [C] is in dat verband, beschouwd vanuit de positie van ING, onvoldoende geruststellend. Hij concludeert dat, indien ING Staroil in euro's betaalt op grond van een veroordelend Nederlands vonnis en zij die betaling op afdoende wijze uitlegt aan OFAC, dit ervoor zorgt dat haar risico's aanzienlijk afnemen. Bovendien is het Amerikaans beleid om rekening te houden met de verplichtingen die een entiteit op basis van buiten de Verenigde Staten toepasselijk recht heeft, aldus de deskundige. In de eerste plaats is onzeker wanneer in de ogen van OFAC sprake zal zijn van een afdoende uitleg. Verder loopt ING bij een afdoende uitleg nog

steeds risico's ('de risico's nemen aanzienlijk af'). Bovendien stelt Staroil zelf dat de Amerikaanse autoriteiten eenzijdig, willekeurig en ongecontroleerd te werk gaan bij de toepassing van de Amerikaanse sanctieregels. Verder is van belang dat ING niet heeft bijgedragen aan het ontstaan van het probleem, de plaatsing van Staroil op de OFAC-lijst. Door middel van de *side letter* heeft ING Staroil uitdrukkelijk gewaarschuwd voor transacties die wijzen op betrokkenheid bij zogenoemde 'High Risk Countries'. Gezien het vorenstaande is het naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar dat ING zou worden blootgesteld aan het risico dat zij wordt getroffen door Amerikaanse sancties. Ook indien Staroil, zoals zij heeft betoogd, ten onrechte op de OFAC-lijst is geplaatst, is onaanvaardbaar dat de daarmee samenhangende problemen voor rekening en risico van ING zouden komen. Al het voorgaande in aanmerking nemende valt niet in te zien dat, zoals Staroil stelt, het oordeel dat het beroep van Staroil op de verplichting van ING om aan haar de tegenwaarde in euro's te betalen naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is of dat daarmee inbreuk wordt gemaakt op haar recht op een eerlijk proces in Nederland.

- 3.12 Anders dan Staroil betoogt zijn de artikelen 6:122 en 6:123 BW geen dwingend maar regelend recht. In de *side letter* mocht een van die artikelen afwijkende regeling worden overeengekomen. De *side letter* is derhalve niet op grond van art. 3:40 lid 2 BW (strijd met een dwingende wetsbepaling) vernietigbaar. Daaruit volgt dat de in hoger beroep gevorderde verklaring voor recht dat Staroil (de bepalingen van de) *side letter* rechtsgeldig heeft vernietigd, reeds op die grond moet worden afgewezen.

Slotsom

- 3.13 Uit het voorgaande volgt dat de grieven IV tot en met VII falen en dat de vorderingen van Staroil moeten worden afgewezen. Nu die afwijzing niet is gebaseerd op de toepasselijkheid van de *side letter*, behoeven de grieven I, II en III geen behandeling. Staroil heeft een algemeen bewijsaanbod gedaan. Nu door haar geen feiten zijn gesteld en/of voldoende gespecificeerd te bewijzen zijn aangeboden die, indien bewezen, tot een andere uitkomst van het geding kunnen leiden, wordt het bewijsaanbod gepasseerd. Staroil zal als de in het ongelijk gestelde partij worden veroordeeld in de kosten van het hoger beroep met wettelijke rente en nakosten.

4 Beslissing

Het hof:

bekrachtigt het bestreden vonnis;

wijst af het meer of anders gevorderde;

veroordeelt Staroil in de kosten van het geding in hoger beroep aan de zijde van ING gevallen en begroot die kosten in hoger beroep op € 5.382 aan verschotten en € 5.501 voor salaris, en € 157 voor nasalaris, te vermeerderen met de wettelijke rente indien niet binnen veertien dagen na dit arrest aan deze kostenveroordeling is voldaan, en te vermeerderen met € 82 voor nasalaris en de kosten van het betekeningsexploot ingeval niet binnen veertien dagen is voldaan aan de bij dit arrest uitgesproken veroordeling en betekening van dit arrest heeft plaatsgevonden;

verklaart de kostenveroordeling uitvoerbaar bij voorraad.

Dit arrest is gewezen door mrs. J.W.M. Tromp, M.P. van Achterberg en H. Struik en door de rolraadsheer in het openbaar uitgesproken op 6 oktober 2020.