

ECLI:NL:GHAMS:2018:281

Instantie	Gerechtshof Amsterdam
Datum uitspraak	19-01-2018
Datum publicatie	31-01-2018
Zaaknummer	200.229.638/01
Formele relaties	Eerste aanleg: ECLI:NL:RBAMS:2017:9076 Herstelarrest: ECLI:NL:GHAMS:2018:266
Rechtsgebieden	Civil recht
Bijzondere kenmerken	Hoger beroep kort geding
Inhoudsindicatie	Hoger beroep in kort geding; 6:248 BW, 3:10 Wft; 3 Wwft; 5 Wwft; Samenhang met ECLI:NL:GHAMS:2017:2971. Kan de bank in verband met verdenking van betrokkenheid bij witwassen en valsheid in geschrifte de bankrelaties beëindigen? Artikel 6:248 lid 2 BW; afweging van belangen tussen reputatie- en integriteitsrisico van de bank en de (on)mogelijkheid elders een bankrekening te openen en de dreigende gevolgen daarvan voor de voortzetting van de onderneming. Heeft de saunaclub voldoende maatregelen getroffen om het risico van witwassen en fraude te verminderen?
Vindplaatsen	Rechtspraak.nl

Uitspraak

GERECHTSHOF AMSTERDAM

afdeling civiel recht en belastingrecht, team I

zaaknummer: 200.229.638/01 SKG

zaak-/rolnummer rechtbank Amsterdam: C/13/638335 / KG ZA 17-1210

arrest van de meervoudige burgerlijke kamer van 19 januari 2018

inzake

1 YIN YANG EXPLOITATIE B.V.,

2. VOCU B.V.,

beide gevestigd te Roermond

3. ROERDALHOEVE B.V.,

gevestigd te Melick, gemeente Roerdalen,

4. STICHTING CS BEDRIJVEN,

5. CS HORECA B.V.,

6. CS SAUNA B.V.,

7. MSB B.V.,

alle gevestigd te Roermond,

8. [appellant sub 8]

wonend te [woonplaats] ,

appellanten,

advocaat: mr. F.J.H.M. Berndsen te Breda,

tegen

ING BANK N.V.,

gevestigd te Amsterdam,

geïntimeerde,

advocaat: mr. D.M. van der Houwen te Amsterdam.

1 Het geding in hoger beroep

Partijen worden hierna Yin Yang c.s. en ING genoemd.

Yin Yang c.s. zijn bij dagvaarding van 14 december 2017 in hoger beroep gekomen van een vonnis van de voorzieningenrechter in de rechtbank Amsterdam van 6 december 2017, onder voormeld zaak-/rolnummer in kort geding gewezen tussen Yin Yang c.s. als eisers en ING als gedaagde. De appeldagvaarding bevat de grieven, alsmede producties.

Partijen hebben daarna de volgende stukken ingediend:

-

conclusie van eis in hoger beroep (overeenkomstig de appeldagvaarding);

- memorie van antwoord, met producties.

Partijen hebben de zaak ter zitting van 9 januari 2018 doen bepleiten, Yin Yang c.s. door mr. Berndsen voornoemd en ING door mr. D.M. van der Houwen voornoemd en mr. K.J. Zeegers, advocaat te Amsterdam, ieder aan de hand van pleitnotities die zijn overgelegd. Yin Yang c.s. hebben nog producties in het geding gebracht. Ter zitting hebben Yin Yang c.s. voorts drie processen-verbaal met

nummers 150120470, 150120651 en 150120586 betreffende onderzoek van de politie naar mogelijk witwassen, het uitoefenen van het bedrijf wisselinstelling zonder vergunning en "zwartwassen" bij Yin Yang c.s. in het geding gebracht. Beide partijen hebben vervolgens tegelijk een akte genomen. ING heeft daarna nog bij akte gereageerd op de door Yin Yang c.s. bij hun akte in het geding gebrachte producties.

Ten slotte is arrest gevraagd.

Yin Yang c.s. hebben geconcludeerd dat het hof het bestreden vonnis zal vernietigen en ING zal veroordelen, samengevat, de overeenkomst verpakt afstorten met Stichting CS Bedrijven te continueren tot zes weken nadat in de strafzaak onherroepelijk is beslist, alsmede de bankrelaties met elk van Yin Yang c.s. ook na 31 december 2017 te continueren tot zes weken nadat in de strafzaak onherroepelijk is beslist, een en ander op straffe van verbeurte van een dwangsom van € 5.000,- per dag bij in gebreke blijven door ING, althans een zodanige voorziening zal treffen die het hof geraden acht, met beslissing over de proceskosten.

ING heeft geconcludeerd tot verwerping van de grieven en bekrachtiging van het bestreden vonnis, met beslissing over de proceskosten met nakosten en rente.

2 Feiten

De voorzieningenrechter heeft in het bestreden vonnis onder 2.1 tot en met 2.25 de feiten opgesomd die zij bij de beoordeling van de zaak tot uitgangspunt heeft genomen. Voor zover met de grieven 1 en 2 wordt geklaagd over de juist- en volledigheid van de door de voorzieningenrechter vastgestelde feiten zal het hof deze klachten in aanmerking nemen bij onderstaande samenvatting van de feiten. Samengevat en waar nodig aangevuld met andere feiten die volgen uit niet of onvoldoende weersproken stellingen van partijen komen de feiten neer op het volgende.

- 2.1. Yin Yang c.s. (althans een deel van hen) exploiteren sinds 1994 een ontmoetingscentrum (ook wel seksclub, of saunaclub genoemd) met de naam "Saunaclub Yin Yang", in een pand aan de [adres] (hierna: het pand). [appellant sub 8] is de UBO (Ultimate Beneficiary Owner) van Yin Yang c.s.
- 2.2. Sinds 2008 hebben Yin Yang c.s. een bankrelatie met ING. Yin Yang c.s. beschikken in dat verband ieder over een afzonderlijke zakelijke bankrekening.
- 2.3. Stichting CS Bedrijven is met ING een overeenkomst "verpakt afstorten" aangegaan (hierna: de Overeenkomst).
- 2.4. Op de bankrelaties tussen ING en YIN Yang c.s. en de Overeenkomst zijn de Algemene Bankvoorwaarden 2017 (ABV) en de Voorwaarden Zakelijke Rekening van toepassing. De ABV houden, voor zover hier van belang, het volgende in:

Artikel 2 - Zorgplicht

(...)

1 Wij zijn bij onze dienstverlening zorgvuldig en houden hierbij zo goed mogelijk rekening met uw

belangen (...)

2 U bent zorgvuldig tegenover ons en houdt zo goed mogelijk rekening met onze belangen. U werkt er aan mee dat wij aan onze verplichtingen kunnen voldoen (...) bijvoorbeeld ook (...) tegenover toezichthouders (...) U geeft ons, als wij daarom vragen, de informatie en documentatie die wij daarvoor nodig hebben. Als het u duidelijk moet zijn dat wij die informatie of documentatie nodig hebben, geeft u die uit uzelf. U mag onze diensten alleen gebruiken waarvoor ze bedoeld zijn 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 u ons vraagt waarom wij de relatie opzeggen, dan laten wij u dat weten. (...)

2.5. De Voorwaarden Zakelijk Rekening ABV houden, voor zover hier van belang, het volgende in:

7 Looptijd en beëindiging Overeenkomst

(...)

7.3 De Overeenkomst kan door de Bank op elk gewenst moment schriftelijk worden opgezegd met inachtneming van een opzegtermijn van 60 dagen.

7.4 In afwijking van het vorige lid is de Bank bevoegd de Overeenkomst met onmiddellijke ingang te beëindigen, (...) wanneer de Rekeninghouder gebruik maakt of heeft gemaakt van diensten of producten van de Bank voor activiteiten of doeleinden die in strijd zijn met wet- en regelgeving, de goede naam van de Bank kunnen schaden of de integriteit van het financiële systeem kunnen aantasten.

(...)

9.3 In geval van (...) beslag ten laste van de Rekeninghouder is de Bank bevoegd de Overeenkomst met onmiddellijke ingang te beëindigen (...)

2.6. Op 26 november 2016 heeft de politie een inval gedaan in de saunaclub. Het pand, lockers van bezoekers en geparkeerde auto's zijn doorzocht. Op die dag waren 307 geregistreerde bezoekers in de club aanwezig. Bij de doorzoeking is onder meer (in totaal) 2,55 gram cocaïne aangetroffen en 16 xtc-pillen. Verder zijn in en rond het pand (in auto's van bezoekers) enkele busjes pepperspray, een stiletto, een stroomstootwapen, een taser en een hagelpatroon gevonden. Op diezelfde dag is strafrechtelijk beslag gelegd op de rekeningen van Yin Yang c.s. bij ING.

2.7. Bij besluit van 23 februari 2017 heeft de Burgemeester van de gemeente Roermond op grond van artikel 13b van de Opiumwet de sluiting van de club gelast, voor de duur van 12 maanden, met ingang van 6 maart 2017. Bij uitspraak van 29 maart 2017 heeft de voorzieningenrechter van de afdeling Bestuursrecht van de rechtbank Limburg het besluit tot sluiting van de club geschorst, op de grond, kort gezegd, dat Yin Yang c.s. voldoende aannemelijk hadden gemaakt dat de aangetroffen drugs vanwege de geringe hoeveelheid, niet bestemd waren voor verkoop of handel, maar alleen voor gebruik, zodat een ingrijpende maatregel als sluiting vooralsnog niet gerechtvaardigd was. Bij besluit van 18 juli 2017 heeft de burgemeester het bezwaar van Yin Yang c.s. ongegrond verklaard. Tegen dit besluit op bezwaar is beroep ingesteld (zie onder 2.27).

2.8. Bij brief van 23 februari 2017 heeft ING, met verwijzing naar de Wft (Wet op het financieel toezicht) en de Wwft (Wet ter voorkoming van witwassen en financieren van terrorisme) aan Yin

Yang c.s. vragen gesteld naar aanleiding van (berichten in de media over) de politie-inval en mogelijke sluiting van de club. Een van de vragen betreft de herkomst van de grote hoeveelheden contant geld (in de periode van 14 februari 2016 tot 14 februari 2017 een bedrag van € 4.724.460,-) die Yin Yang c.s. bij ING hebben laten afstorten.

- 2.9. Bij e-mail van 2 maart 2017 heeft ING verzocht de gestelde vragen uiterlijk 14 dagen nadien te beantwoorden.
- 2.10. Bij brief van 10 maart 2017 heeft ING de Overeenkomst per direct opgezegd, omdat vermoed wordt dat Yin Yang c.s. betrokken zijn bij witwaspraktijken en/of vrouwenhandel, dat er drugs, wapens en cash geld zijn aangetroffen bij de politie-inval, omdat op diverse rekeningen van Yin Yang c.s. beslag is gelegd en omdat er met grote regelmaat grote sommen contant geld worden gestort op de rekening van onder meer Stichting CS Bedrijven, zonder dat duidelijk is wat de herkomst van deze gelden is. Verder heeft ING meegedeeld dat contante stortingen niet langer zijn toegestaan.
- 2.11. Bij e-mail (met bijlagen) van 16 maart 2017 heeft [X] namens [Y] (beiden verbonden aan KSG accountants & belastingadviseurs) de door ING gestelde vragen betreffende de bedrijfsvoering van de club beantwoord.
- 2.12. Bij brief van 13 maart 2017 heeft de politie aan de advocaat van Yin Yang c.s. meegedeeld dat er geen aanwijzing is voor vrouwenhandel in de club.
- 2.13. Bij brief van 31 maart 2017 heeft ING aanvullende vragen gesteld aan (de accountant van) Yin Yang c.s., onder meer over het grote aantal betalingen met briefjes van € 200,- en € 500,-. Bij brief van 6 april 2017 heeft [Y] daarop (onder meer) het volgende geantwoord:
- Dat bezoekers een redelijke hoeveelheid contante bedragen meenemen is op zichzelf (...) niet vreemd. (...) De coupures van € 200,- of € 500,- die hiervoor gebruikt worden zouden afkomstig kunnen zijn uit het crimineel milieu maar kunnen ook net zo goed diezelfde dag bij een bank kunnen zijn verkregen. Hiervoor is niet meer nodig dan een telefonische bestelling vooraf.
- 2.14. Bij brief van 14 april 2017 heeft ING de bankrelaties met Yin Yang c.s. per 14 juli 2017 opgezegd. In de brief is onder meer vermeld dat een situatie is ontstaan waarbij ING geen vertrouwen meer heeft dat de bancaire relatie kan worden voortgezet en dat zij onvoldoende inhoud kan geven aan de in de Wft en de in de Wwft opgedragen wettelijke taken. ING kan vanwege de grote omvang van de cash stortingen, de grote hoeveelheden van briefjes van € 200 en € 500 (respectievelijk 650 en 1210), en de verontrustende berichten in de media onvoldoende garanderen dat haar rekeningen niet worden gebruikt voor witwaspraktijken. In de brief staat ook dat ING reputatie- en integriteitsrisico's tracht te voorkomen.
- 2.15. Bij vonnis van 24 mei 2017 heeft de voorzieningenrechter van de rechtbank Amsterdam de vordering van Yin Yang c.s. om, kort gezegd, ING te veroordelen de Overeenkomst met Stichting CS Bedrijven te continueren en de bankrelaties met Yin Yang c.s. ook na 14 juli 2017 te continueren, afgewezen. Yin Yang c.s. hebben hoger beroep ingesteld tegen dit vonnis.
- 2.16. Bij het in voormeld hoger beroep gewezen arrest van 13 juli 2017 (ECLI:NL:GHAMS:2017:2971) heeft dit hof de gevorderde voorlopige voorzieningen in die zin toegewezen dat ING de bankrelatie ter zake de zakelijke rekening met Stichting CS Bedrijven moet voortzetten tot 1 januari 2018. Het hof heeft overwogen dat Yin Yang c.s. de kans dienen te krijgen om, zo nodig onder (ingrijpende) aanpassing van hun bedrijfsvoering en in afwachting van de definitieve beslissing over – en uitkomst van – vervolging door het openbaar ministerie, hun onderneming voort te zetten en zo mogelijk een andere bank te zoeken. Het daarmee gepaard gaande reputatie- en integriteitsrisico voor ING dient echter tot het minimum te worden beperkt. Van Yin Yang c.s. mag daarbij worden verwacht dat zij

aan de banken met wie zij een nieuwe bankrelatie willen aangaan vergaande openheid van zaken over hun bedrijfsvoering geven en laten zien dat en hoe zij concrete en doeltreffende maatregelen hebben getroffen om het risico van betrokkenheid bij witwassen te verminderen, ook indien dit een min of meer ingrijpende wijziging meebrengt van de wijze waarop zij hun onderneming tot nog toe hebben gedreven. Daarbij valt te denken aan het actief terugdringen van de omvang van de contante betalingen in de onderneming en het niet langer accepteren van grote coupures van € 200 en € 500. Verder is te denken aan het ontwikkelen en implementeren van een specifiek en effectief toelatingsbeleid dat Yin Yang c.s. in staat stelt zo nodig de herkomst van de aangeboden contante betalingen te verifiëren en/of, bij gebreke daarvan, de desbetreffende klanten te weigeren, alsmede het implementeren van een administratief systeem dat Yin Yang c.s. zelf en zo nodig ook haar bank - ter uitvoering van de op die bank op grond van artikel 3 lid 2 Wwft rustende verplichtingen - in staat stelt onderzoek te doen naar de bron van de contante geldstromen binnen de onderneming.

- 2.17. Bij brief van 25 juli 2017 heeft ING aan Yin Yang c.s. meegedeeld dat zij bereid is om Yin Yang c.s. toe te staan om tot 1 januari 2018 via een waardetransportbedrijf beperkt girale stortingen op haar zakelijke rekening te laten ontvangen teneinde aan de noodzakelijke girale betalingsverplichtingen te kunnen voldoen. Verder heeft ING in de brief verzocht om de (legale) herkomst van alle (met name cash) gelden te verklaren die, al dan niet via het waardetransportbedrijf, aan ING worden aangeboden.
- 2.18. Op 26 juli 2017 hebben Yin Yang c.s. met het waardetransportbedrijf SecurCash Nederland B.V. (hierna: SecurCash) een overeenkomst "CashCollect Basic" gesloten. Yin Yang c.s. hebben ING hiervan diezelfde dag per brief op de hoogte gesteld en meegedeeld dat de herkomst van de gelden die via SecurCash aan ING worden aangeboden de entreegelden en baromzet betreffen en dat de entreegelden (zowel de contant als de giraal betaalde) kunnen worden geverifieerd aan de hand van het aantal uitgegeven polsbandjes en de op de barkaart gestorte bedragen. Verder hebben Yin Yang c.s. in de brief meegedeeld dat zij een anti-witwas protocol hebben opgesteld, de huisregels hebben aangescherpt en dat zij vanaf 15 juli 2017 geen biljetten van € 200 en € 500 meer aannemen.
- 2.19. Bij e-mail van 27 juli 2017 heeft ING, kort gezegd, meegedeeld dat de door Yin Yang c.s. verstrekte antwoorden en protocollen geen duidelijkheid geven over de herkomst van de door Yin Yang c.s. gestorte contante bedragen en dat ING daardoor niet voldoende gevolg kan geven aan haar verplichtingen op grond van de Wwft en Wft. In de brief wordt (nogmaals) verzocht om de (legale) herkomst van alle (met name cash) gelden te verklaren, die al dan niet via het waardetransportbedrijf, aan ING worden aangeboden.
- 2.20. Per e-mail van 1 augustus 2017 hebben Yin Yang c.s. ING, in reactie hierop, aangeboden om van iedere storting een afschrift van de daarmee overeenstemmende kasbladen te doen toekomen alsmede van de daarop betrekking hebbende grootboekrekeningen. ING heeft Yin Yang c.s. diezelfde dag per e-mail laten weten dat door dit aanbod (alsnog) niet kan worden geverifieerd wat de herkomst is van de bij de saunaclub aangeboden contante betalingen. ING heeft geopperd dat Yin Yang c.s. de persoonsgegevens van een bezoeker kunnen koppelen aan het te verstrekken polsbandje (en als zodanig kan registreren), zodat een contante betaling kan worden gerelateerd aan de specifieke bezoeker.
- 2.21. In een e-mailbericht van 3 augustus 2017 hebben Yin Yang c.s. aangegeven dat zij voor het verwerken van persoonsgegevens toestemming van de bezoekers nodig hebben en dat veel bezoekers dan – gezien de aard van de onderneming – voor een andere (sauna)club zullen kiezen. Het alternatief – het verzamelen en verwerken van de gegevens zonder voorafgaande goedkeuring dient er sprake te zijn van voldoende verwantschap tussen het doel van de beoogde verwerking en het doel waarvoor de gegevens zijn verkregen, dient ING aan te tonen dat uit de Wwft de wettelijke verplichting voortvloeit om de herkomst van de entreprijs te kunnen

onderzoeken om te kunnen vaststellen of er geen sprake is van witwassen. Yin Yang c.s. hebben aangeboden dat ING hun camerabeelden mag bekijken waarbij de personen voor zover nodig onherkenbaar zullen worden gemaakt. Langs deze weg kan het aantal bezoekers worden geteld en vergeleken met de entreeopbrengsten.

2.22. In een e-mailbericht van 4 augustus 2017 heeft [Z] (ING) aan [appellant sub 8] geschreven:

Zolang volledige anonimiteit van bezoekers door u wordt nagestreefd, blijft bij ons de zorg bestaan dat één of enkele personen vaker substantiële bedragen (voor meer dan € 2.000 per maand) contant kan of kunnen besteden bij uw saunaclub en dus bedragen van een dergelijke omvang kan of kunnen witwassen. Met het controleren van de camerabeelden, ter verificatie van enkel het aantal bezoekers, is dit risico niet van de baan.

Als u daarnaast dit risico, dus het risico dat één of enkele personen vaker substantiële bedragen (te weten meer dan € 2.000 per maand) besteedt of besteden bij uw saunaclub, opneemt onder de in uw anti-witwas protocol genoemde subjectieve indicatoren en in de gevallen van subjectieve indicatoren passende maatregelen neemt (waarbij de enkele melding aan de directie onvoldoende is), is onze zorg een stuk minder. Passende maatregelen zijn wat ons betreft onder andere het verifiëren van de legitieme herkomst van deze contante gelden, dan wel het vereisen van betaling per pin of het weigeren van de toegang tot de saunaclub.

In deze e-mail heeft [Z] ermee ingestemd om contante stortingen te accepteren via SecurCash, mits Yin Yang c.s. nadere passende maatregelen nemen ter verificatie van de legitieme herkomst van de contante gelden. Dit tot een maximaal maandelijks af te storten bedrag van € 400.000,- en uiterlijk tot 1 januari 2018. Yin Yang c.s. hebben dit diezelfde dag per e-mail geaccepteerd. Vervolgens heeft ING op dezelfde dag de gemaakte afspraken per brief bevestigd.

2.23. In een e-mailbericht van 1 september 2017 heeft SecurCash Yin Yang c.s. laten weten dat haar bank, Rabobank, op grond van het resultaat van een Customer Due Diligence (hierna: CDD) onderzoek niet bereid is om contante gelden van Yin Yang c.s. te accepteren. Vervolgens is de overeenkomst op grond van artikel 8.3 van de algemene voorwaarden van SecurCash ontbonden.

2.24. In oktober 2017 is het strafrechtelijk beslag op de rekening van Stichting CS Bedrijven opgeheven. In een e-mailbericht van 8 november 2017 heeft de officier van justitie van het Landelijk Parket Rotterdam (hierna: de officier van justitie) Yin Yang c.s. bericht dat ook alle overige (strafrechtelijke) beslagen zullen worden opgeheven met uitzondering van het beslag op de rekening(en) van Vocu.

2.25. In een e-mailbericht van 1 november 2017 heeft de officier van justitie het volgende aan Yin Yang c.s. meegedeeld:

(...) Uw cliënten [appellant sub 8] zullen verder worden vervolgd voor witwassen van € 140.000,- en het zonder vergunning uitvoeren van wisseltransacties in hun bedrijf YinYang.

Daarnaast worden zij ook verdacht van valsheid in geschrifte. Het lijkt erop – onder andere door analyse van de camerabeelden – dat de boekhouding niet correspondeert met de werkelijke omzet. (...)

2.26. Bij brief van 8 november 2017 heeft ING aan Yin Yang c.s. meegedeeld dat niet is gebleken dat Stichting CS Bedrijven actief de moeite heeft genomen om bij andere (eventueel buitenlandse) banken een zakelijke relatie aan te gaan, onderbouwd met de nodige openheid van zaken over de bedrijfsvoering en doeltreffende maatregelen om het risico van witwassen te verminderen. Ook heeft Stichting CS Bedrijven niet aangetoond welke informatie aan SecurCash en/of andere waardetransportdiensten is verstrekt om hen te overtuigen van de legitimiteit en integriteit van Stichting CS Bedrijven. ING heeft de bankrelatie met Stichting CS Bedrijven in de brief per 1 januari 2018 (opnieuw) opgezegd.

2.27. Op 29 november 2017 heeft de rechtbank Limburg het beroep van Yin Yang c.s. gegrond verklaard en het besluit van 18 juli 2017 vernietigd (zie onder 2.7).

3 Beoordeling

3.1. Yin Yang c.s. vorderen, kort gezegd, dat ING wordt veroordeeld om de Overeenkomst met Stichting CS Bedrijven en de bankrelaties met Yin Yang c.s. te continueren.

De voorzieningenrechter heeft de gevraagde voorzieningen geweigerd. Naar het oordeel van de voorzieningenrechter kan niet voorshands worden aangenomen dat de opzegging van de relatie met Yin Yang c.s. naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is. Yin Yang c.s. hebben onvoldoende concrete maatregelen genomen om het dreigend reputatie- en integriteitsrisico voor ING te verminderen en in strijd gehandeld met de zorgplicht als bedoeld in artikel 2 lid 2 ABV die zij jegens ING in acht dienen te nemen. ING heeft bij het beëindigen van de relatie een groot en gerechtvaardigd belang. Zij kan naast het reputatie- en integriteitsrisico onvoldoende inhoud geven aan haar taak op grond van de Wft en Wwft. De gevolgen voor de bedrijfsvoering van Yin Yang c.s. zullen vermoedelijk groot zijn. Op dit moment is er geen andere bank die de relatie wil overnemen. Daar staat tegenover dat Yin Yang c.s. kan worden verweten dat zij onvoldoende openheid van zaken hebben gegeven en zich onvoldoende hebben ingespannen om een andere bank bereid te vinden een relatie met haar aan te gaan. De belangenafweging valt al met al uit in het voordeel van ING, aldus de voorzieningenrechter. (rov. 4.10)

Tegen deze beslissing en de daaraan ten grondslag gelegde motivering komen Yin Yang c.s. met hun grieven op.

3.2. Tussen partijen is terecht niet in geschil dat ING op grond van het bepaalde in artikel 35 ABV en de artikelen 7.3, 7.4 en 9.3 van de Voorwaarden Zakelijk Rekening bevoegd is de Overeenkomst en de bankrelaties met Yin Yang c.s. op te zeggen. Daarmee ligt in het kader van de in dit kort geding te nemen beslissingen de vraag voor of voorshands voldoende aannemelijk is geworden dat de bodemrechter zal oordelen dat het gebruikmaken door ING van deze opzeggingsbevoegdheid, gelet op alle omstandigheden van het geval, naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is.

3.3. In het kader van de daarbij te maken afweging komt gewicht toe aan de in artikel 2 lid 1 ABV neergelegde zorgplicht op grond waarvan ING bij haar dienstverlening de nodige zorgvuldigheid in acht dient te nemen en daarbij naar beste vermogen met de belangen van Yin Yang c.s. rekening dient te houden. Een geval als het onderhavige verschilt in zoverre van de opzegging door de bank van een kredietovereenkomst, dat het kunnen beschikken over een betaalrekening een belangrijke voorwaarde vormt voor het deelnemen aan het maatschappelijk verkeer. Ook is in het geval als het onderhavige (doorgaans) een geringer financieel belang van de bank in het geding dan bij opzegging van een kredietovereenkomst. Deze omstandigheden brengen te meer mee dat de bank bij de uitoefening van haar bevoegdheid voldoende zorgvuldigheid in acht dient te nemen.

3.4. Anderzijds komt gewicht toe aan de verplichting van Yin Yang c.s. om ingevolge artikel 2 lid 2 ABV eraan mee te werken dat ING aan haar verplichtingen jegens (onder meer) toezichthouders kan voldoen en om geen misbruik van hun diensten te (laten) maken, bijvoorbeeld door middel van activiteiten die schadelijk zijn voor de reputatie van ING en die de werking van de betrouwbaarheid van het financiële stelsel kunnen schaden.

In de context van deze zaak is onder meer relevant dat ING ingevolge artikel 3 lid 2, aanhef en onder d, Wwft gehouden is een cliëntenonderzoek te verrichten dat haar in staat stelt een

voortdurende controle op de zakelijke relatie en de tijdens de duur van deze relatie verrichte transacties uit te oefenen, teneinde te verzekeren dat deze overeenkomen met de kennis die ING heeft van de zakelijke relatie en haar risicoprofiel, met zo nodig een onderzoek naar de bron van de middelen die bij de zakelijke relatie gebruikt worden. Indien ING met betrekking tot een zakelijke relatie als Yin Yang c.s. niet kan voldoen aan haar verplichtingen uit hoofde van (onder meer) artikel 3 lid 2, aanhef en d, Wwft, dient zij die zakelijke relatie te beëindigen (artikel 5 lid 2 Wwft). Voorts dient ING een verscherpt cliëntenonderzoek uit te voeren indien en naar gelang een zakelijke relatie naar haar aard een hoger risico op witwassen met zich brengt (artikel 8 lid 1 Wwft).

- 3.5. De Wwft kent een risicogeorïenteerde benadering die in de parlementaire geschiedenis als volgt is toegelicht (Kamerstukken II, 2007–2008, 31 238, nr. 3, p. 6):

De invoering van de risicogeorïenteerde benadering als leidraad voor de toepassing van cliëntenonderzoek creëert de nodige ruimte voor instellingen. De benadering houdt in dat instellingen zelf een inschatting maken van de risico's die bepaalde cliënten of producten meebrengen en scheidt de mogelijkheid de voor het cliëntenonderzoek noodzakelijke inspanningen en inzet van middelen af te stemmen op deze risico's. Dit betekent dat in de praktijk meer aandacht kan worden geschonken aan vormen van dienstverlening en aan cliënten die een verhoogd risico op het terrein van witwassen en financieren van terrorisme opleveren, zoals buitenlandse rechtspersonen. Bij cliënten of producten die een geringer risico met zich meebrengen, bijvoorbeeld een eenvoudige rekening-courant relatie met een particulier, kan worden volstaan met een minder intensieve controle.

De Wwft berust voorts op een zogenoemde 'principle-based' benadering. Dit betekent dat niet wordt voorgeschreven hoe het cliëntenonderzoek dient te worden verricht, maar tot welk resultaat het onderzoek moet leiden (Kamerstukken II, 2007–2008, 31 238, nr. 3, p. 6). Dit brengt mee dat de wetgever aan de instellingen zoals ING een zekere mate van beleidsvrijheid laat bij het concretiseren van hun verplichtingen uit de Wwft. Deze benadering komt onder meer tot uitdrukking in de open normen die in de Wwft zijn vervat, waaronder de norm dat de instelling 'zo nodig' een onderzoek doet naar de bron van de middelen die bij de zakelijke relatie gebruikt worden.

- 3.6. Het hof van oordeel dat ING bij de invulling van de open normen uit de Wwft redelijkerwijs betekenis mag toekennen aan de door De Nederlandsche Bank N.V. opgestelde leidraad Wwft (te raadplegen op www.toezicht.dnb.nl/binaries/50-212353.pdf). Daarin is onder meer opgenomen dat cliënten zoals exploitanten van relaxbedrijven een inherent verhoogd integriteitsrisico met zich brengen. DNB schrijft in haar leidraad (p. 12):

[D]e hoge mate van inkomend chartaal geld, waarvan de herkomst minder makkelijk te bepalen is, zorgt ervoor dat de instelling bij dit type cliënten extra maatregelen moet treffen om het integriteitsrisico te mitigeren. Te denken valt aan het stellen van een limiet aan de contante transacties en in grote mate girale betalingen te verlangen. Een verhoogd risico betekent dus niet dat categoriaal dit type cliënten geweigerd moeten worden.

- 3.7. In het geval van Yin Yang c.s. geldt het verhoogde integriteitsrisico in het bijzonder, nu zij worden verdacht van (schuld)witwassen, het uitoefenen van het bedrijf van wisselinstelling zonder vergunning en valsheid in geschrifte. Yin Yang c.s. hebben bevestigd dat zij ten behoeve van hun leverancier H. een bedrag van € 60.000 à € 70.000 in coupures van € 50 hebben omgewisseld in coupures van € 500 die hij wilde gebruiken om in Aruba tegen contante betaling een woning te kopen.

- 3.8. Onder die omstandigheden mag ING zich redelijkerwijs op het standpunt stellen dat bij voortzetting van de Overeenkomst en de bankrelaties van ING met Yin Yang c.s. sprake is van een concreet en reëel reputatie- en integriteitsrisico als bedoeld in artikel 2 lid 2 ABV en artikel 7.4 van

de Voorwaarden Zakelijke Rekening en artikel 3:10 Wft. Mede gelet op de beleidsvrijheid en de eigen verantwoordelijkheid van instellingen in het kader van de verplichtingen uit hoofde van de Wwft mag ING zich onder die omstandigheden ook redelijkerwijs op het standpunt stellen dat zij, om te kunnen voldoen aan het bepaalde in artikel 3 lid 2, aanhef en onder d, Wwft, gehouden is haar cliëntenonderzoek bij Yin Yang c.s. te intensiveren en aanvullende informatie te vragen van klanten van Yin Yang c.s. die grote bedragen contant betalen (vgl. de onder 2.22 aangehaalde e-mail van [Z]).

- 3.9. In het arrest van 13 juli 2017 heeft het hof overwogen dat van Yin Yang c.s. mocht worden verlangd dat zij concrete en doeltreffende maatregelen zouden nemen om het risico van betrokkenheid bij witwassen te verminderen, ook indien dit een min of meer vergaande wijziging meebrengt van de wijze waarop zij hun onderneming tot nu toe hebben gedreven. Sindsdien hebben Yin Yang c.s. daartoe enkele maatregelen genomen. Zij accepteren geen coupures van € 200 en € 500 meer en hebben het toegangsbeleid en de huisregels aangescherpt, terwijl de medewerkers een Wwft-cursus hebben gevolgd en giraal betalen wordt gestimuleerd door iedere vijftigste girale betaler gratis toegang te geven. Ook hebben zij een anti-witwasprotocol opgesteld. Daarin is onder meer bepaald dat bezoekers zich dienen te kunnen identificeren en dat het personeel naar herkomst van gelden kan vragen indien een bezoeker entreegeld voor meer dan vijf personen betaalt. Als subjectieve indicator voor extra alertheid bij het personeel geldt onder meer het geval dat "een of bij elkaar horende bezoekers een bedrag van meer dan € 2000 per maand besteedt". Het personeel dient dit op grond van het protocol bij de directie te melden, terwijl de bezoeker de herkomst van de gelden dient te verklaren of alleen nog giraal of per creditcard kan betalen.
- 3.10. Yin Yang c.s. zijn evenwel niet bereid om girale betaling verplicht te stellen of de anonimiteit van hun bezoekers anderszins in verdergaande mate op te heffen. Gelet op de bezorgdheid van ING over de herkomst van contanten, in het bijzonder van gelden afkomstig van bezoekers die meer dan € 2000 per maand contant betaalden, had het op de weg van Yin Yang c.s. gelegen om uiteen te zetten hoe zij hun (mogelijkerwijs aan te scherpen) huisregels en anti-witwasprotocol (met behoud van de door hen gewenste anonimiteit van bezoekers) op zodanige wijze zouden kunnen implementeren dat deze bezorgdheid adequaat werd geadresseerd. Ook nadat ING te kennen had gegeven dat haar niet duidelijk is of dit protocol effectief is geïmplementeerd en of hieraan feitelijk uitvoering wordt gegeven, hebben zij daarover geen nadere opheldering gegeven. Het hof merkt ten overvloede nog op dat het overgelegde proces-verbaal 150120586 de vraag doet rijzen of dat protocol wel daadwerkelijk kan worden geïmplementeerd. Uit dat proces-verbaal valt immers af te leiden dat een adequate kassaregistratie althans ten tijde van de politie-inval kennelijk ontbrak (p. 17-18). De brief van 26 juli 2017 (zie 2.18) geeft geen aanleiding te veronderstellen dat inmiddels wel een adequate kassaregistratie was ingevoerd, terwijl Yin Yang c.s. niet hebben gesteld dat hierin sinds eind juli 2017 verandering is gekomen.
- 3.11. Ter zitting is Yin Yang c.s. de gelegenheid geboden zodanige aanvullende maatregelen voor te stellen dat ING in staat is te voldoen aan de verplichtingen waartoe deze uit hoofde van de Wwft (redelijkerwijze) gehouden is, in het bijzonder ten aanzien van bezoekers die grote bedragen contant betalen en het terugdringen van de contante betalingen in het algemeen. Yin Yang c.s. hebben in dat kader weliswaar onder meer voorgesteld de subjectieve indicator in het anti-witwasprotocol te verlagen van € 2.000 naar € 1.000, maar zij hebben niet toegelicht hoe zij – onder handhaving van de door hen gewenste anonimiteit – hieraan praktisch invulling zullen (kunnen) geven. Voorts zijn Yin Yang c.s. in de gelegenheid gesteld bij akte in te gaan op de maatregelen die ING op haar beurt had voorgesteld, waaronder een effectief administratiesysteem waarin de persoonsgegevens met toestemming van de cliënten worden geadministreerd. Al met al hebben Yin Yang c.s. evenwel geen systeem voorgesteld dat hun in staat stelt zicht te krijgen op die bezoekers die grote bedragen contant bij hen uitgeven.
- 3.12. Onder die omstandigheden en gelet op de verplichtingen van ING uit hoofde van de Wwft, de beleidsvrijheid die haar bij de uitvoering ervan wordt gegund, de concrete verdenkingen van onder

meer witwassen en valsheid in geschrifte en de eigen zorg- en informatieplicht van Yin Yang c.s. uit hoofde van artikel 2 lid 2 ABV, acht het hof niet aannemelijk dat de bodemrechter zal oordelen dat de opzegging van de Overeenkomst en het beëindigen van de bankrelaties door ING naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is, althans niet in zodanige mate aannemelijk dat daarop in dit kort geding kan worden vooruitgelopen.

- 3.13. Het vorenstaande wordt niet anders indien ervan wordt uitgegaan dat het voor Yin Yang c.s. op dit moment nauwelijks mogelijk is elders in Nederland een betaalrekening te openen en een voorziening te treffen voor het afstorten van grote bedragen contanten. Evenals de voorzieningenrechter onderkent het hof dat de beëindiging van de Overeenkomst en de beëindiging van de bankrelaties met Yin Yang c.s. waarschijnlijk grote gevolgen zullen hebben voor Yin Yang c.s. Met de voorzieningenrechter is het hof evenwel van oordeel dat het gerechtvaardigde belang van ING gelet op haar reputatie- en integriteitsrisico moet prevaleren. Yin Yang c.s. is inmiddels voldoende gelegenheid geboden om aan de bezwaren van ING tegemoet te komen.
- 3.14. Slotsom is dat (behoudens wat betreft de toewijzing van de hierna te melden voorziening) de grieven falen.
- 3.15. In het licht van het de betrokken belangen van Yin Yang c.s. kan van ING in redelijkheid worden verlangd dat zij in het kader van de beëindiging van de relatie Yin Yang c.s. nog een periode van vier weken de tijd geeft om zich daarop nader voor te bereiden. Het hof zal ING daarom veroordelen de overeenkomst verpakt afstorten en de bankrelatie met Stichting CS Bedrijven te continueren tot en met vier weken na heden (16 februari 2018). In zoverre zal het vonnis van de voorzieningenrechter worden vernietigd. Voor het overige wordt de vordering van Yin Yang c.s. afgewezen. Yin Yang c.s. zullen als overwegend in het ongelijk gestelde partij worden veroordeeld in de proceskosten in hoger beroep. De proceskosten van de eerste aanleg blijven eveneens voor hun rekening.

4 Beslissing

Het hof:

vernietigt het vonnis waarvan beroep, voor zover de gevraagde voorziening is geweigerd;

en in zoverre opnieuw recht doende

veroordeelt ING de bankrelatie ter zake van de zakelijke rekening en de overeenkomst verpakt afstorten met Stichting CS Bedrijven voort te zetten tot en met 16 februari 2018;

bekrachtigt het vonnis waarvan beroep voor het overige;

veroordeelt Yin Yang c.s. in de kosten van het geding in hoger beroep, tot op heden aan de zijde van ING begroot op € 716 aan verschotten en € 2.682 voor salaris en op € 131 voor nasalaris, te vermeerderen met € 68 voor nasalaris en de kosten van het betekeningsexploit ingeval betekening

van dit arrest plaatsvindt, te vermeerderen met de wettelijke rente, indien niet binnen veertien dagen na dit arrest dan wel het verschuldigd worden van de nakosten aan de kostenveroordeling is voldaan;

verklaart deze veroordelingen uitvoerbaar bij voorraad;

wijst het meer of anders gevorderde af.

Dit arrest is gewezen door mrs. J.W.M. Tromp, E.E. van Tuyll van Serooskerken-Röell en J.M. de Jongh en door de voorzitter in het openbaar uitgesproken op 19 januari 2018.