

ECLI:NL:GHAMS:2019:2822

□ Rechtspraak.nl, Gerechtshof Amsterdam, 30-07-2019, ECLI:NL:GHAMS:2019:2822, 200.250.499/01 en 200.255.118/01

Appel van ECLI:NL:RBAMS:2018:7931 en 8368. Verband met ECLI:NL:GHAMS:2018:281 en 266. Kort geding. Vervolg van tussenarrest 30 april 2019. Beëindiging bankrelatie. Anders dan de eerste rechter oordeelde, behoeft ING de bankrelatie met Yin Yang c.s., met inbegrip van de overeenkomst "verpakt afstorten", niet te continueren.

GEGEVENS

Instantie	Gerechtshof Amsterdam
Datum uitspraak	30-07-2019
Datum publicatie	12-12-2019
Publicatie	Rechtspraak.nl
ECLI	ECLI:NL:GHAMS:2019:2822
Zaaknummer	200.250.499/01 en 200.255.118/01
Bijzondere kenmerken	Hoger beroep kort geding
Rechtsgebied	Burgerlijk procesrecht

UITSpraak

GERECHTSHOF AMSTERDAM

afdeling civiel recht en belastingrecht, team I

zaaknummers: 200.250.499/01 SKG en 200.255.118/01 SKG

zaak-/rolnummers rechtbank Amsterdam: C/13/654863/KG ZA 18-1029
en C/13/658896/KG ZA 18-1351

arrest van de meervoudige burgerlijke kamer van 30 juli 2019

in de zaken van

ING BANK N.V.,
gevestigd te Amsterdam,
appellante,
tevens eiseres in incident in beide zaken,
advocaat: mr. B.W.G. van der Velden te Amsterdam,

tegen

1 **YIN YANG EXPLOITATIE B.V.**,

gevestigd te Roermond,

2. **VOCU B.V.**,

gevestigd te Roermond,

3. **ROERDALHOEVE B.V.**,

gevestigd te Melick,

4. **STICHTING CS BEDRIJVEN**,

gevestigd te Roermond,

5. **CS HORECA B.V.**,

gevestigd te Roermond,

6. **CS SAUNA B.V.**,

gevestigd te Roermond,

7. **MSB B.V.**,

gevestigd te Roermond,
geïntimeerden,
tevens verweerders in incident in beide zaken,
advocaat: mr. F.J.H.M. Bernds te Breda.

1 Het geding in hoger beroep

Appellante wordt hierna ING genoemd en geïntimeerden Yin Yang c.s. Geïntimeerde sub 4 zal ook afzonderlijk worden aangeduid als Stichting CS Bedrijven.

in de zaak met nummer 200.250.499/01

ING is bij dagvaarding van 29 november 2018 in hoger beroep gekomen van het vonnis van de voorzieningenrechter in de rechtbank Amsterdam van 2 november 2018 onder het hierboven als eerste vermelde zaak-/rolnummer in kort geding gewezen tussen Yin Yang c.s. als eisers en ING als gedaagde, alsmede van het op 23 november 2018 uitgesproken herstelvonnis. De appeldagvaarding bevat de grieven alsmede de eis in het incident.

Partijen hebben de volgende stukken ingediend:

- conclusie van eis (overeenkomstig de appeldagvaarding), met producties;
- memorie van antwoord in het incident en in de hoofdzaak, met producties.

ING heeft in het incident geconcludeerd tot schorsing van de tenuitvoerlegging van delen van de tussen partijen gewezen vonnissen en in de hoofdzaak tot vernietiging van de bestreden vonnissen, met beslissing over de proceskosten, met nakosten en rente.

Yin Yang c.s. hebben in het incident geconcludeerd tot afwijzing van de incidentele vordering en in de hoofdzaak tot bekrachtiging van de vonnissen waarvan beroep, met beslissing over de proceskosten, met nakosten en rente.

in de zaak met nummer 200.255.118/01

ING is bij dagvaarding van 13 februari 2019 in hoger beroep gekomen van het vonnis van de voorzieningenrechter in de rechtbank Amsterdam van 17 januari 2019 onder het hierboven als tweede vermelde zaak-/rolnummer in kort geding gewezen tussen Yin Yang c.s. als eisers en ING als gedaagde. De appeldagvaarding bevat de grieven alsmede de eis in het incident tot voeging.

Partijen hebben de volgende stukken ingediend:

- conclusie van eis (overeenkomstig de appeldagvaarding);
- antwoordconclusie in het incident;
- memorie van antwoord in het incident en in de hoofdzaak.

ING heeft in het incident geconcludeerd tot voeging van de onderhavige zaak met de hiervoor genoemde zaak die onder nummer 200.250.499/01 aanhangig is en in de hoofdzaak tot vernietiging van het bestreden vonnis met nakosten en rente.

Yin Yang c.s. hebben zich in het incident gerefereerd aan het oordeel van het hof en in de hoofdzaak geconcludeerd tot bekrachtiging van het vonnis waarvan beroep met nakosten en rente.

Het hof heeft bij arrest van 30 april 2019 de onderhavige zaak gevoegd met de hiervoor genoemde zaak.

in beide zaken

Partijen hebben hun zaken ter zitting van het hof van 29 mei 2019 doen bepleiten, ING door mrs. D.M. van Houwen en C. van Ginneken, beiden advocaat te Amsterdam, en Yin Yang c.s. door mr. Bernds voornoemd, ieder aan de hand van aan het hof overgelegde pleitnotities. Van beide zijden zijn bij die gelegenheid nadere producties in het geding gebracht.

Ten slotte is arrest gevraagd.

2 Feiten

In het vonnis van 2 november 2018 onder 2.1 tot en met 2.23 en in het vonnis van 17 januari 2019 onder 2.1 tot en met 2.17 heeft de voorzieningenrechter de feiten opgesomd die zij bij de beoordeling van het geschil van partijen tot uitgangspunt heeft genomen. Deze worden in hoger beroep niet bestreden en zullen ook het hof als uitgangspunt dienen. De meest relevante daarvan worden hierna onder 3.1 weergegeven.

3 Beoordeling

3.1. (i) Yin Yang c.s. exploiteren sinds 1994 een ontmoetingscentrum in een pand aan de [adres] onder de naam “ [naam] ” (hierna: de saunaclub).

(ii) Tussen Yin Yang c.s. en ING bestond sinds 1994 respectievelijk 2008 een bankrelatie. Ieder van hen beschikte in dat verband over een bankrekening bij ING. Daarnaast bestond tussen Stichting CS Bedrijven en ING sinds 2008 een overeenkomst “verpakt afstorten”. Op grond van deze overeenkomst was het voor Yin Yang c.s. mogelijk om de door haar contant ontvangen entreegelden door middel van “sealbags” bij ING te deponeren. De gelden werden vervolgens op de door Stichting CS Bedrijven aangehouden bankrekening bijgeschreven.

(iii) Op de bankrelaties tussen Yin Yang c.s. en ING zijn, voor zover hier van belang, de Algemene Bankvoorwaarden (hierna: ABV) en de Voorwaarden Zakelijke Rekening (hierna: VZR) van toepassing. De ABV vermelden, voor zover hier van belang,

“Artikel 2 Zorgplicht

Wij hebben een zorgplicht. U bent ook zorgvuldig tegenover ons en u mag van onze dienstverlening geen misbruik maken.

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 werkt eraan mee dat wij onze dienstverlening correct kunnen uitvoeren en aan onze verplichtingen kunnen voldoen. Hiermee bedoelen wij niet alleen onze verplichtingen tegenover u, maar bijvoorbeeld ook verplichtingen die wij in verband met onze dienstverlening aan u hebben tegenover toezichthouders of fiscale of andere (nationale, internationale of supranationale) autoriteiten. 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 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

U kunt de relatie opzeggen. Wij kunnen dit ook. Opzegging betekent dat de relatie eindigt en alle lopende overeenkomsten zo snel mogelijk worden afgewikkeld.

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. Als u ons vraagt waarom wij de relatie opzeggen, dan laten wij u dat weten. (...)

(iv) De VZR vermelden, voor zover hier van belang

“7. Looptijd en beëindiging Overeenkomst

(...)

7.3

De Overeenkomst kan door de Bank [hof: ING] 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, zonder ter zake tot enige schadevergoeding te zijn gehouden, indien het recht of de plicht daartoe is opgenomen in wet- of regelgeving of 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 (...)

(v) Op 26 november 2016 heeft de politie een inval gedaan in de saunaclub. Het pand, de lockers van bezoekers en geparkeerde auto's zijn doorzocht. Bij de doorzoeking is onder meer een geringe hoeveelheid drugs aangetroffen. Verder zijn in en rond het pand (in auto's van bezoekers) enkele busjes pepperspray en contant geld gevonden. Op diezelfde dag is strafrechtelijk beslag gelegd op de rekeningen van Yin Yang c.s. bij ING.

(vi) ING heeft de Overeenkomst bij brief van 10 maart 2017 per direct opgezegd. Reden voor de opzegging was dat volgens berichtgeving in de media de saunaclub werd verdacht van witwaspraktijken en vrouwenhandel en dat er bij de inval drugs, wapens en cash geld in het pand was aangetroffen. Daarnaast had ING geconstateerd dat er derdenbeslag was gelegd op diverse door Yin Yang c.s. aangehouden bankrekeningen. Verder heeft ING tijdens het door haar uitgevoerde Customer Due Diligence onderzoek geconstateerd dat er met grote regelmaat grote sommen contant geld werden gestort op de rekening van onder meer Stichting CS Bedrijven, zonder dat duidelijk is wat de herkomst is van deze gelden. Verder heeft ING meegedeeld dat contante stortingen door Stichting CS Bedrijven – dan wel door rechtstreeks aan haar gelieerde partijen – niet langer werden toegestaan. ING heeft nagegaan dat in het jaar van 14 februari 2016 tot 14 februari 2017 voor € 4.839.802,77 aan contante stortingen zijn gedaan en voor € 920.257,38 aan pinbetalingen.

(vii) ING heeft bij brief van 14 april 2017 de bancaire relatie met Yin Yang c.s. per 14 juli 2017 opgezegd. In de brief is onder meer vermeld dat er 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 Wét op het financieel toezicht (hierna: Wft) en de in de Wét ter voorkoming van witwassen en financieren van terrorisme (hierna: Wwft) opgedragen wettelijke taken. 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 kon ING, zo stelt zij, niet voldoende garanderen dat haar rekeningen niet werden gebruikt voor het witwassen van illegaal verkregen gelden. In de brief staat ook dat ING reputatie- en integriteitsrisico's tracht te voorkomen.

(viii) Nadat de voorzieningenrechter de vordering van Yin Yang c.s. strekkende tot continuering van de overeenkomst “verpakt afstorten” en de bancaire relatie bij vonnis van 24 mei 2017 had afgewezen heeft dit hof bij arrest van 13 juli 2017 in het door Yin Yang c.s. ingestelde hoger beroep (met zaaknummer [nummer 2]) de door Yin Yang c.s. gevorderde voorlopige voorzieningen in die zin toegewezen dat ING de bankrelatie ter zake van de zakelijke rekening met Stichting CS Bedrijven diende voort te zetten tot 1 januari 2018.

Het hof heeft hiertoe overwogen dat Yin Yang c.s. de kans moest krijgen om, zo nodig onder (ingrijpende) aanpassing van haar bedrijfsvoering en in afwachting van de definitieve beslissing over – en uitkomst van – vervolging door het Openbaar Ministerie (hierna: het OM), haar onderneming voort te zetten en zo mogelijk een andere bank te zoeken. Het daarmee gepaard gaande reputatie- en integriteitsrisico voor ING diende echter tot het minimum te worden beperkt. Het hof heeft hieromtrent overwogen, voor zover hier van belang

“Yin Yang c.s. hebben uiteindelijk als gegeven te accepteren dat de aard van hun onderneming en de wijze waarop die is ingericht een verhoogd risico met zich brengen dat daarin gebruik wordt gemaakt van uit misdrijf afkomstige gelden en dat dit voor een bank een belemmering kan vormen om met hen te contracteren. Onder die omstandigheden mag van Yin Yang c.s. worden verwacht dat zij, mede naar aanleiding van de door ING aangevoerde gronden voor de opzegging, 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”

(ix) Na het arrest van het hof hebben ING en Yin Yang c.s. de mogelijkheid onderzocht om via een door Yin Yang c.s. gecontracteerd waardetransportbedrijf tot 1 januari 2018 geld te laten storten ten gunste van de bankrekening die overeenkomstig het arrest in stand werd gehouden.

Yin Yang c.s. hebben op 26 juli 2017 een overeenkomst “CashCollect Basic” gesloten met het waardetransportbedrijf SecurCash Nederland B.V. (hierna: SecurCash).

SecurCash heeft [X], bestuurder van diverse tot Yin Yang c.s. behorende vennootschappen, bij e-mail van 1 september 2017 geïnformeerd over de uitkomst van een door haar bank, Rabobank, uitgevoerd CDD-onderzoek naar Yin Yang c.s. Rabobank wilde Yin Yang c.s. niet als klant accepteren. De overeenkomst tussen Yin Yang c.s. en SecurCash is vervolgens op grond van de door SecurCash gehanteerde algemene voorwaarden ontbonden.

(x) Bij e-mailbericht van 1 november 2017 heeft de officier van justitie van het Landelijk Parket Rotterdam (hierna: de officier van justitie) mr. Bermsen het volgende geschreven:

“Uw cliënten [X] 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.”

(xi) 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, volgens ING, niet aangetoond welke informatie aan SecurCash en/of andere waardetransportbedrijven 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 opgezegd.

(xii) Yin Yang c.s. heeft e-mailberichten over de periode van april tot en met december 2017 overgelegd van de meeste in Nederland opererende banken waarin zij alle stellen dat zij geen bankrelatie met Yin Yang c.s. wensen aan te gaan. Ook herhaalde verzoeken in augustus 2018 zijn door vier (grote) Nederlandse banken geweigerd.

(xiii) Bij vonnis van 6 december 2017 heeft de voorzieningenrechter in de rechtbank Amsterdam de door Yin Yang c.s. gevorderde voorzieningen tot het continueren van de Overeenkomst met Stichting CS Bedrijven en de bankrelaties met Yin Yang c.s. afgewezen. Dit vonnis is bij arrest van dit hof van 19 januari 2018 (zaaknummer [nummer 1]) – in essentie – bekrachtigd.

(xiv) Het Openbaar Ministerie (hierna: OM) heeft ING bij brief van 8 juni 2018 laten weten dat uit het strafrechtelijk onderzoek niet is gebleken van feiten en omstandigheden die naar zijn oordeel erop zouden kunnen wijzen dat er strafrechtelijk verwijtbaar gebruik is gemaakt van de bedrijfsrekeningen van Yin Yang c.s. Begin juli 2018 is de strafzaak tegen de bedrijven van Yin Yang c.s. geseponeerd. De inbeslaggenomen gelden heeft het OM rond 24 september 2018 aan Yin Yang c.s. terugbetaald.

(xv) Tussen het OM en [X] (bestuurders van diverse tot Yin Yang c.s. behorende vennootschappen) is een schikking tot stand gekomen ter zake van hun vervolging voor het wisselen van contant geld, zonder vergunning. Dit betreft het onwisselen van biljetten van € 50,- in biljetten van € 200,- en € 500,- ten behoeve van een bekende van hen. Daarin is onder meer het volgende opgenomen:

“De officieren van justitie berichten het Landelijk Bureau Bibob dat niet is gebleken van feiten of omstandigheden die zouden moeten leiden tot een negatief advies en overigens dat de bedrijven hun compliance fors hebben verbeterd hetgeen een positieve ontwikkeling is.”

De officieren van justitie hebben het Landelijk Bureau Bibob bij brief van 8 juni 2018 in de hiervoor bedoelde zin bericht.

(xvi) Begin juli 2018 is de strafzaak tegen Yin Yang c.s. geseponeerd.

(xvii) Mr. Bermsen, namens Yin Yang c.s., heeft ING op 27 juli 2018 verzocht om de bankrelatie en de overeenkomst “verpakt afstorten” te continueren. ING heeft bij e-mail van 10 augustus 2018 laten weten geen vertrouwen meer te hebben in een goede relatie met Yin Yang c.s.

- 3.2. Yin Yang c.s. hebben in de zaak die tot de bestreden vonnissen van 2 november en 23 november 2018 heeft geleid voorzieningen gevorderd die er, kort gezegd, toe strekken dat ING haar bancaire relatie met Yin Yang c.s., met inbegrip van de overeenkomst “verpakt afstorten” met Stichting CS Bedrijven, continueert. De voorzieningenrechter heeft het door Yin Yang c.s. gevorderde grotendeels toegewezen en bij vonnis van 17 januari 2019 nog een aantal aanvullende voorzieningen gegeven, waaronder het verbinden van een dwangsom aan de nakoming van het vonnis van 2 november 2018 en het herstelvonnis van 23 november 2018.

Tegen deze beslissingen en de daaraan ten grondslag gelegde motivering komt ING in hoger beroep met verscheidene grieven op, tegen de vonnissen van 2 november 2018 en 23 november 2018 voert zij zes grieven aan, tegen het vonnis van 17 januari 2019 richt zij drie grieven.

- 3.3. Zoals de advocaat van Yin Yang c.s. tijdens het pleidooi desgevraagd heeft bevestigd gaat het in deze zaken om de vraag of de opzegging door ING van haar bancaire relatie met Yin Yang c.s. in de gegeven omstandigheden naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar was. Het geschil van partijen hierover is inzet geweest van verschillende kort geding procedures waarvan de tweede tot het arrest van dit hof van 19 januari 2018 (zaaknummer [nummer 1]) heeft geleid. Daarin is onder meer het volgende overwogen:

“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) toezichhouders 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).

(...)

- 3.6. Het hof [is] 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 (...). 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 Wvft. 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 (...).
- 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 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-inalv kennelijk ontbrak (...). De brief van 26 juli 2017 (...) 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 aanmerkelijk 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 aanmerkelijk 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.”

Het hof is op grond van dit een en ander tot de gevolgtrekking gekomen dat de door Yin Yang c.s. gevorderde voorzieningen inhoudende, kort gezegd, voortzetting van de overeenkomst “verpakt afstorten” met Stichting CS Bedrijven en de verdere bankrelaties met Yin Yang c.s. niet toewijsbaar waren behoudens dat ING Yin Yang c.s. nog een periode van vier weken de tijd diende te geven om zich op de beëindiging van de relatie voor te bereiden en ING in die periode de bankrelatie diende voort te zetten.

- 3.4. Zoals uit het feitenmateriaal blijkt heeft ING de overeenkomst “verpakt afstorten” in maart 2017 per direct opgezegd en haar (verdere) bankrelaties met Yin Yang c.s. in april 2017 opgezegd tegen medio juli 2017. ING heeft nadat het hof haar daartoe bij arresten van 13 juli 2017 (zaaknummer: [nummer 2]) en 19 januari 2018 had bevolen, de bankrelatie ter zake van de zakelijke rekening met Stichting CS Bedrijven nog enige tijd voortgezet (zie hierboven onder 3.1 sub viii). ING heeft deze bij brief van 8 november 2017 (opnieuw) opgezegd tegen 1 januari 2018 en deze in februari 2018 beëindigd.

- 3.5. Of de voorzieningen die inzet zijn van de zaken die thans ter beoordeling voorliggen in kort geding toewijsbaar zijn, hangt af van de vraag of voldoende aannemelijk is dat de bodemrechter zal oordelen dat, gelet op de ten tijde van de opzeggingen beëindiging van de bankrelaties en de overeenkomst “verpakt afstorten” bekende feiten en omstandigheden en de daarbij betrokken belangen van Yin Yang c.s., naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is dat ING jegens Yin Yang c.s. van haar contractuele opzegbevoegdheid gebruik heeft gemaakt. Deze vraag dient, anders dan de vraag of gelet op de belangen van partijen een onmiddellijke voorziening bij voorraad wordt vereist, door het hof naar de stand van zaken ten tijde van de opzegging (en in zoverre ex tunc) beoordeeld te worden.
- Reeds in het arrest van 19 januari 2018 (zie citaat hierboven, rov. 3.12 van bedoeld arrest) is overwogen dat de deze vraag voorshands in negatieve en derhalve voor ING gunstige zin moet worden beantwoord en derhalve als uitgangspunt heeft te gelden dat de beëindiging van de onderscheidene bankrelaties rechtsgeldig is geschied.
- 3.6. In hetgeen na het wijzen van dit arrest is voorgevallen (zie met name hierboven onder 3.1 sub xiv tot met xvii) ziet het hof geen aanleiding om hierover anders te oordelen.
- Dat zich destijds geen verhoogd integriteitsrisico en concreet en reëel reputatie- en integriteitsrisico voordeed, althans dat ING van het bestaan van zodanige risico's niet heeft mogen uitgaan, valt uit deze feiten niet, althans niet met voldoende mate van zekerheid, af te leiden. Dat het OM ING in juni 2018 heeft laten weten dat uit het strafrechtelijk onderzoek niet is gebleken van feiten en omstandigheden die naar het oordeel van het OM erop zouden kunnen wijzen dat er verwijtbaar gebruik is gemaakt van de bedrijfsrekeningen van Yin Yang c.s., dat hun compliance fors is verbeterd en het OM begin juli 2018 de strafzaak tegen Yin Yang c.s. heeft geseponeerd, brengt niet mee dat het voor ING ten tijde van de beëindiging van de bankrelaties duidelijk moet zijn geweest dat er mogelijk onvoldoende aanleiding bestond voor de strafrechtelijke vervolging/veroordeling van Yin Yang c.s. Met name de omstandigheid dat het OM met [X] (ieder bestuurder van een aantal van de tot Yin Yang c.s. behorende vennootschappen) ter zake van hun vervolging voor het wisselen van contant geld zonder vergunning een schikking hebben getroffen wijst veeleer op het tegendeel. Daarnaast is inmiddels gebleken dat de saunacub naar aanleiding van het in 2016 voorgevallene (zie hierboven 3.1 sub onder v en vi), nadat daarover tot aan de Raad van State was geprocedeerd, per 25 februari jl. op grond van overtreding van artikel 13b van de Opiumwet op last van de burgemeester van Roermond voor de duur van een jaar is gesloten.
- Daar komt bij dat het hof in zijn arrest van 13 juli 2017 diverse maatregelen heeft genoemd die door Yin Yang c.s. konden worden genomen teneinde het risico van hun betrokkenheid bij witwassen te verminderen en het reputatie- en integriteitsrisico voor ING (en eventuele opvolgende banken) tot een minimum te beperken. Met name ging het om het actief terugdringen van de omvang van contante betalingen, de ontwikkeling van een effectief toelatingsbeleid opdat Yin Yang c.s. de herkomst van aangeboden contante betalingen zou kunnen verifiëren en het implementeren van een administratief systeem dat Yin Yang c.s. en haar bank in staat zouden stellen onderzoek te doen naar de bron van contante geldstromen. Hoewel niet in geschil is dat Yin Yang c.s. vervolgens enige maatregelen hebben genomen valt uit het feitenmateriaal niet op te maken dat Yin Yang c.s. de bij ING (mede blijkens door ING aan Yin Yang c.s. toegezonden e-mailberichten) met name op het punt van het witwasrisico bestaande zorgen op voldoende adequate wijze hebben geadresseerd, zoals dit hof ook in zijn arrest van 19 januari 2019 (rov. 3.10) constateerde. Dat Yin Yang c.s. in november 2018 een kassasysteem hebben geïnstalleerd (waarvan ING het goed functioneren ter voorkoming van witwas-risico's overigens gemotiveerd betwist) en in november en december 2018 aan ING diverse financiële gegevens hebben verstrekt (zie onder meer rov. 2.11 en 2.14 van het bestreden vonnis van 17 januari 2019) kan niet leiden tot de gevolgtrekking dat de reeds eerder gedane opzeggingen van de bankrelaties en de overeenkomst “verpakt afstorten” (met terugwerkende kracht) als in de gegeven omstandigheden naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar moeten worden aangemerkt.
- 3.7. Het voorgaande brengt reeds mee dat de bestreden vonnissen niet in stand kunnen blijven en de door ING daartegen gerichte grieven in zoverre doel treffen. Bij een verdere behandeling daarvan bestaat onvoldoende belang. De bestreden vonnissen zullen worden vernietigd en de door Yin Yang c.s. ingestelde vorderingen zullen alsnog geheel worden afgewezen. Yin Yang c.s. dienen als in het ongelijk gestelde partij de kosten van het geding in beide instanties te dragen. De incidentele vordering tot schorsing van de tenuitvoerlegging behoeft geen (verdere) behandeling.

4 Beslissing

Het hof

in de zaak met nummer 200.250.499/01

vernietigt de bestreden vonnissen;

wijst de vorderingen van Yin Yang c.s. alsnog af;

veroordeelt Yin Yang c.s. in de kosten van het geding in beide instanties, voor zover aan de zijde van ING gevallen begroot op € 626,- aan verschotten en op € 1.960,- voor salaris in eerste aanleg en tot op heden op € 807,- aan verschotten en op € 3.222,- voor salaris in hoger beroep;

in de zaak met nummer 200.255.118/01

vernietigt het bestreden vonnis;

wijst de vorderingen van Yin Yang c.s. alsnog af;

veroordeelt Yin Yang c.s. in de kosten van het geding in beide instanties, voor zover aan de zijde van ING gevallen begroot op € 1.992,- aan verschotten en op € 980,- voor salaris in eerste aanleg en tot op heden op € 840,01 aan verschotten en op € 3.222,- voor salaris in hoger beroep;

Dit arrest is gegeven door mrs. J.W.M. Tromp, E.E. van Tuyll van Serooskerken-Röell en A.W.H. Vink en is door de rolraadsheer in het openbaar uitgesproken op 30 juli 2019.