

ECLI:NL:GHAMS:2019:1611

Instantie Gerechtshof Amsterdam

Datum uitspraak 14-05-2019

Datum publicatie 14-05-2019

Zaaknummer 200.226.754/01

Rechtsgebieden Civiel recht

Bijzondere kenmerken Hoger beroep

Inhoudsindicatie

Zorgplicht bank. Interne meldingen en alerts ter zake van ongebruikelijke transacties op pas geopende bankrekening van kort daarvoor gestarte eenmanszaak. Bank wist van ongebruikelijke transacties op bankrekening en van potentiële risico's voor derde die aanzienlijke bedragen naar bankrekening overmaakte. Bank heeft onvoldoende voortvarend onderzoek gedaan naar ongebruikelijke transacties en heeft bankrekening niet tijdig geblokkeerd. Schending zorgplicht jegens derde die daardoor schade heeft geleden. Eigen schuld aan zijde derde leidt tot verminderen vergoedingsplicht van bank.

Zie ECLI:NL:GHAMS:2018:4156.

Vindplaatsen Rechtspraak.nl

Uitspraak

GERECHTSHOF AMSTERDAM

afdeling civiel recht en belastingrecht, team I

zaaknummer : 200.226.754/01

zaak- en rolnummer rechtbank Amsterdam: C/13/607494 / HA ZA 16-468

arrest van de meervoudige burgerlijke kamer van 14 mei 2019

inzake

ING BANK N.V.,

gevestigd te Amsterdam,

appellante in principaal appel,

geïntimeerde in incidenteel appel,
advocaat: mr. P.F. Hopman te Amsterdam,

tegen

1 FOOT LOCKER EUROPE B.V.,

2. FOOT LOCKER NETHERLANDS B.V.,

beide gevestigd te Vianen,
geïntimeerden in principaal appel,
appellanten in incidenteel appel,
advocaat: mr. F.D. Stibbe te Amsterdam.

1 Het verdere verloop van het geding in hoger beroep

Appellante wordt hierna ING genoemd en geïntimeerden gezamenlijk Foot Locker in vrouwelijk enkelvoud en afzonderlijk Foot Locker Europe en Foot Locker Netherlands.

Op 6 november 2018 heeft het hof in deze zaak een tussenarrest uitgesproken (hierna: het tussenarrest). Voor het verloop van het geding tot dan toe wordt verwezen naar het tussenarrest.

Vervolgens heeft ING een akte na tussenarrest, met producties, alsmede een akte tot rectificatie genomen.

Daarna heeft Foot Locker een antwoordakte na tussenarrest genomen.

Ten slotte is wederom arrest gevraagd.

2 De verdere beoordeling

2.1 Het hof blijft bij en bouwt hierna voort op hetgeen in het tussenarrest is overwogen en beslist.

2.2 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) Op 11 december 2014 heeft de toen 25-jarige [X] een eenmanszaak, met de naam Ups Consultancy, (hierna Ups) geregistreerd bij de Kamer van Koophandel. In het uittreksel van de Kamer van Koophandel staat bij activiteiten "studiebegeleiding, vorming en onderwijs" en "geven van motivatietrainingen en coaching en begeleiding".

(ii) [X] heeft op naam van Ups een zakelijke rekening bij ING geopend. In het aanvraagformulier is bij de vraag "Ontvangt u per maand € 1.000 of meer aan inkomen op uw Betaalrekening" het antwoord "nee" aangevinkt.

In de 'Overeenkomst zakelijk betaalpakket' van 11 december 2014 is bij 'Bron van inkomsten' vermeld 'Alleen uit hoofdactiviteit'.

Artikel 37.2 van de toepasselijke Voorwaarden Zakelijke Rekening luidt als volgt:

"Op vermoeden van onregelmatigheden kan de uitvoering van Betaalopdrachten door of namens de Bank worden geweigerd totdat dit vermoeden ongegrond blijkt te zijn."

(iii) Foot Locker is een internationaal detailhandelsbedrijf. Zij maakt gebruik van de koeriersdiensten van UPS Parcel Services B.V. (hierna UPS).

(iv) Op 7 januari 2015 is bij Foot Locker een intern "request of change" ontvangen voor het wijzigen van het rekeningnummer van UPS waarop Foot Locker de rekeningen van UPS betaalde.

(v) Tussen 15 januari en 26 februari 2015 heeft Foot Locker Europe in wekelijkse betalingen in totaal € 1.837.405,03 en heeft Foot Locker Netherlands in totaal € 89.175,99 overgemaakt naar de rekening van Ups.

De betalingen van Foot Locker Europe vonden als volgt plaats:

15 januari 2015 € 150.996,59 22 januari 2015 € 673.150,13
29 januari 2015 € 162.053,26 5 februari 2015 € 231.195,77
12 februari 2015 € 225.423,35 19 februari 2015 € 200.386,78
26 februari 2015 € 194.199,15

De betalingen van Foot Locker Netherlands vonden als volgt plaats:

15 januari 2015 € 7.842,54 22 januari 2015 € 3.076,00
29 januari 2015 € 1.209,17 5 februari 2015 € 1.269,73
12 februari 2015 € 2.368,57 19 februari 2015 € 3.934,74
26 februari 2015 € 69.475,24

(vi) Vanaf de rekening van Ups is op 9 januari 2015 een bedrag van € 4.500 contant opgenomen en zijn op 15, 16, 17, 20 en 29 januari en op 2 en 14 februari 2015 contante opnames van € 10.000 gedaan. Daarnaast zijn vanaf de rekening van Ups de volgende overboekingen van in totaal € 1.568.417,50 gedaan naar de bankrekening van GFI SA (hierna ook GFI), die zij aanhield bij ING België:

16 januari 2015 € 105.180 in drie deelbetalingen van elk € 35.060;
23 januari 2015 € 241.800 in zeven deelbetalingen: zes van € 37.200 en één van € 18.600;
26 januari 2015 € 241.930 in zeven deelbetalingen: zes van € 37.220 en één van € 18.610;
29 januari 2015 € 163.940 in vijf deelbetalingen: vier van € 36.420 en één van € 18.260;
6 februari 2015 € 227.755 in zeven deelbetalingen: zes van € 35.000 en één van € 17.955;
12 februari 2015 € 210.000 in zes deelbetalingen van elk € 35.000;
19 februari 2015 € 164.492,50 in vijf deelbetalingen: vier van € 34.630 en één van € 25.972,50;
26 februari 2015 € 208.320 in zes deelbetalingen van elk € 34.720.

Op 27 januari 2015 is vanaf de rekening van Ups in vier deelbetalingen € 172.396,20 overgeboekt naar Exchange AG Deutschland.

(vii) Vanuit ING kantoren zijn drie interne meldingen gedaan. Deze meldingen komen binnen bij de afdeling Klantmonitoring.

Uit de bij akte na tussenarrest overgelegde print screens blijkt dat de meldingen betrekking

hadden op 'Ongebruikelijke transacties', dat de meldingen gedaan zijn op 15, 16 en 20 januari 2015, en dat de eerste twee meldingen betrekking hadden op een opname van € 10.000 en de derde melding op 'vreemde trx', waarbij 'trx' kennelijk staat voor transactie.

(vii) Op 25 en 28 januari en 3 februari 2015 is bij ING ten aanzien van transacties op de rekening van Ups een "alert" gegeven. De alerts worden op de afdeling Klantmonitoring gegenereerd vanuit het post-events transactiemonitoringssysteem.

De drie alerts hebben als 'Crime Sub Type' (veld 7) 'Standard Money Laundering'.

De eerste alert heeft als 'Priority' (veld 10) 'Medium' (+ oranje vlaggetje) en de tweede en derde alert 'High' (+ rood vlaggetje).

Bij de eerste alert van 25 januari 2015 is bij 'Description' (veld 1) vermeld '(...) Nieuwe rekening (...)', dat is blijkens de omschrijving van dat veld 'Omschrijving van het signaal'. Bij 'Value' (veld 16) is vermeld 1005572, dat is blijkens de omschrijving van dat veld het bedrag dat het signaal heeft getriggerd. Bij veld 9 'Source' wordt de code PBZ_RV 159.11 vermeld, die staat voor 'Nieuwe rekening met een hoge omzet'. Bij 'Additional data' (veld 19) wordt vermeld: 'Vraag: wat voor een soort bedrijf is dit? Zijn de transacties logisch? Tips: Witwassers willen in een korte periode zo snel mogelijk hun gelden versluieren. Nieuwe bedrijven hebben over het algemeen niet een dergelijke omzet in de begin periode.' Blijkens de omschrijving van veld 19 zijn dat 'Hulpvragen relevant voor het type signaal'.

In de periode 15 januari tot 25 januari 2015 is sprake van de volgende omzet op de rekening: vier bijboekingen van in totaal € 835.065,26, vier contante opnames van in totaal € 40.000 en tien overboekingen van in totaal € 346.980 naar één buitenlandse rekeninghouder.

Bij de tweede alert van 28 januari 2015 is bij 'Description' (veld 1) vermeld '(...) High Aggregated Product Service – CRDT (...)'. Bij veld 9 'Source' wordt de code PBZ_RV 135.31 vermeld, die staat voor 'Hoog bedrag aan binnenlandse overboekingen'. Bij 'Value' (veld 16) is vermeld 652148, dat is blijkens de omschrijving van dat veld het bedrag dat het signaal heeft getriggerd. Bij 'Additional data' (veld 19) wordt vermeld: 'Wat is de herkomst van het geld? Waar worden de gelden naar toe geboekt? Wie zijn de begunstigden? Tips: Girale bedragen welke in kleinere bedragen binnen komen en dan in 1 bedrag weer worden doorgeboekt kan wijzen op versluieren. Anders om ook groot bedrag dat binnen komt doorboeken in kleinere bedragen kan wijzen op fraude'.

In de periode 25 januari tot 28 januari 2015 is op de rekening sprake van elf overboekingen van in totaal € 414.326,20 naar twee buitenlandse rekeninghouders.

Bij de derde alert van 3 februari 2015 is bij 'Description' (veld 1) vermeld '(...) High Aggregated Product Service – CASH (...)'. Bij veld 9 'Source' wordt de code PBZ_RV135.11 vermeld, die staat voor 'Hoog cash bedrag in een maand'.

Bij 'Value' (veld 16) is vermeld 54530, dat is blijkens de omschrijving van dat veld het bedrag dat het signaal heeft getriggerd. Bij 'Additional data' (veld 19) wordt vermeld: 'Vraag: waarom heeft de relatie zoveel contante transacties (opnames en stortingen). Passen deze binnen de bedrijfsactiviteiten? Tips: Contante handel in en uitgaand is voornamelijk nog bij bijvoorbeeld marktkooplieden, horeca etc. Bij andere bedrijfstakken kan dit op witwassen duiden'.

In de periode 28 januari tot 3 februari 2015 is op de rekening sprake van twee bijboekingen van in totaal € 163.262,43, twee contante opnames van in totaal € 20.000 en vijf overboekingen van in totaal € 163.940 naar één buitenlandse rekeninghouder.

Op het moment dat een latere alert door een medewerker wordt bekeken, staan in het overzicht onder het tabblad "Related Information" ook de eerdere alerts.

(viii) Op 5 februari 2015 heeft ING een melding van verdachte transacties gedaan bij de FIU, de Financial Intelligence Unit van de politie waar meldingen over mogelijk witwassen worden gedaan. De registratie van de melding bij de FIU luidt, voor zover hier van belang:

"Registratie (...) FIU (...)

(...)

Betreft een eenmanszaak h.o.d.n. Ups Consultancy, sinds december 2014 geregistreerd in de KvK

met als activiteiten: geven van motivatietrainingen en coaching/begeleiding. De eigenaar, dhr. [X], geboortedatum: [geboortedatum] heeft in oktober 2014 een ING rekening geopend. Via kantoor wordt er melding gemaakt van contante opnamen.

Vanaf 9 januari 2014 (het hof leest "2015") worden diverse bedragen opgenomen, tot nu toe in totaal: E 54.500,-. Geld is afkomstig van Footlocker. In januari in totaal: E 998.327,- van ontvangen. Hiervan wordt ook E 752.850,- overgeboekt naar Belgische rekening t.n.v. GFI SA. Dit betreft een holding met een scala van bedrijven, o.a. actief in de mijnbouw, openbare werken en civiele techniek. Besloten door te melden., transacties passen niet in klantbeeld van een coaching bureau, in januari grote omzet, terwijl rekening pas in december wordt gebruikt. (...)"

(ix) Bij brief van 5 februari 2015 heeft ING aan [X] meegedeeld dat zij vragen heeft over transacties in de periode van 9 januari tot en met 2 februari 2015 op zijn rekening en dat zij graag vóór 19 februari 2015 het bijgevoegde antwoordformulier ingevuld retour ontvangt. Het antwoordformulier bevat vragen over de diverse bedragen afkomstig van Food Locker Netherlands en Foot Locker Europe die in de periode 15 januari tot en met 29 januari 2015 op zijn rekening zijn bijgeschreven; in totaal gaat het om een bedrag van € 998.327,69. ING vraagt [X] wat de tegenprestaties zijn die hij heeft geleverd en verzoekt hem zijn antwoord te onderbouwen met schriftelijke bewijstukken, zoals facturen, orderbevestigingen en transportdocumenten etc. ING stelt hem dezelfde vragen over de diverse overschrijvingen van in totaal € 752.850 naar een Belgische rekening die op naam staat van GFI S.A., over diverse overschrijvingen van in totaal € 172.711,24 naar een Duitse rekening die op naam staat van Exchange AG Deutschland en de contante opnamen van in totaal € 65.850. Vervolgens vraagt ING, onder verwijzing naar de omschrijving van de activiteiten van zijn eenmanszaak in het Handelsregister van de Kamer van Koophandel, toe te lichten hoe de transacties met Foot Locker, GFI S.A. en Exchange AG Deutschland passen in zijn bedrijfsvoering. Ook moet hij verklaren hoe hij als startende onderneming in januari 2015, gezien zijn inkomsten van € 1.008.691,19, aan zo'n hoge omzet komt.

(x) Bij brief van 11 februari 2015 heeft [X] geantwoord dat hij het verzoek van ING vanwege verblijf in het buitenland verlaat heeft gezien en dat zijn antwoord uiterlijk op 28 februari 2015 bij ING zal arriveren. In de brief schrijft [X] onder meer dat hij agent is van Foot Locker in Europa en dat hij daarom commissie ontvangt.

(xi) Bij brief van 2 maart 2015 heeft ING [X] nogmaals verzocht om de gevraagde informatie.

(xii) Naar aanleiding van een fraudemelding van Foot Locker van 2 maart 2015 heeft ING de rekening van Ups op 3 maart 2015 geblokkeerd.

(xiii) Op 23 maart 2015 heeft Foot Locker aangifte gedaan tegen [X] ter zake van onder meer oplichting, verduistering en witwassen.

(xiv) Bij brief van 12 november 2015 heeft de raadsman van Foot Locker ING aansprakelijk gesteld voor de door haar geleden schade.

(xv) Bij vonnis van deze rechtbank van 21 april 2016 is [X] vanwege schuldwitwassen veroordeeld tot onder meer betaling van ruim € 1,8 miljoen aan Foot Locker als benadeelde partij.

2.3 Foot Locker vordert, kort weergegeven en voor zover in hoger beroep nog van belang, dat ING bij vonnis uitvoerbaar bij voorraad wordt veroordeeld tot betaling aan Foot Locker van primair € 1.776.902,02, uitgaande van ingrijpen door ING op 20 januari 2015, en subsidiair € 940.381,04, uitgaande van ingrijpen door ING op 29 januari 2015, telkens vermeerderd met een bedrag dat op GFI verhaald zou zijn als ING de rekeningen van GFI had geblokkeerd en vermeerderd met rente en kosten.

Foot Locker grondt haar vordering op de op ING rustende bancaire zorgplicht. Zij verwijt ING dat zij niet heeft ingegrepen.

De rechtbank heeft overwogen dat ING op 5 februari 2015 subjectieve wetenschap had en op de hoogte was van de potentiële risico's voor de derde, Foot Locker. ING heeft daarop weliswaar onderzoek gedaan, en is dus niet blijven stilzitten, maar zij is daarbij gelet op de omstandigheden van dit geval, onvoldoende voortvarend te werk gegaan. Daardoor heeft zij de op haar rustende

zorgplicht jegens Foot Locker geschonden en is zij aansprakelijk voor de daardoor geleden schade. De door Foot Locker geleden schade doordat ING op 5 februari 2015 niet voldoende voortvarend is opgetreden bedraagt in totaal € 592.812,50. Dit behelst de bedragen die vanaf 12 februari 2015, op welke datum ING redelijkerwijs duidelijkheid had kunnen hebben over de vraag of sprake was van fraude en zij de rekening van Ups/ [X] had kunnen hebben geblokkeerd, van die rekening zijn opgenomen (€ 10.000) of overgeboekt naar de rekening van GFI (€ 582.812,50). Vanwege eigen schuld aan de zijde van Foot Locker is de vergoedingsplicht van ING verminderd met 50%. ING is veroordeeld tot betaling van € 296.406,25 met rente en kosten aan Foot Locker.

2.4 ING komt in principaal appel met tien grieven (er zijn twee grieven IV) en Foot Locker in incidenteel appel met zes grieven op tegen de beslissingen in het bestreden vonnis en de gronden waarop die berusten.

Bancaire zorgplicht jegens derden

2.5 Met grief I in principaal appel betwist ING dat op haar jegens Foot Locker een zorgplicht rust. ING stelt dat de rechtbank in rov. 4.2 niet toelicht waarom Foot Locker zou kwalificeren als derde met wiens belangen ING rekening behoort te houden op grond van hetgeen volgens ongeschreven recht in het maatschappelijk verkeer betaamt. ING stelt dat Foot Locker ook geen derde is met wiens belangen ING rekening moet houden. Daartoe voert zij aan dat, anders dan in het geval was in de zaak die geleid heeft tot het arrest van de Hoge Raad van 27 november 2015 (ECLI:NL:HR:2015:3399), Foot Locker geen particuliere belegger is waarvan wordt aangenomen dat deze in de regel deskundigheid mist en lichtvaardig kan handelen. Met haar oordeel dat op ING jegens Foot Locker een zorgplicht rust miskent de rechtbank dat zowel de rol van de bank als de positie van de derde in de onderhavige zaak wezenlijk anders is dan in de zaken die hebben geleid tot (onder meer) het hiervoor genoemde arrest van de Hoge Raad en het arrest van de Hoge Raad van 23 december 2005 (ECLI:NL:HR:2005:AU3713). ING betoogt dat er geen zorgplicht jegens Foot Locker op haar rust omdat (i) er sprake was van rechtsgeldige betalingsopdrachten aan haar bank (ii) die door ING als bank van de begunstigde automatisch zijn verwerkt, (iii) terwijl ING niet in strijd heeft gehandeld met normen die strekken ter bescherming van de belangen van Foot Locker.

2.6 In het arrest van de Hoge Raad van 23 december 2005 (ECLI:NL:HR:2005:AU3713) is – mede onder verwijzing naar een eerder arrest – vooropgesteld dat de maatschappelijke functie van een bank een bijzondere zorgplicht meebrengt ten opzichte van derden met wier belangen zij rekening behoort te houden op grond van hetgeen volgens ongeschreven recht in het maatschappelijk verkeer betaamt. Deze zorgplicht is niet beperkt tot bepaalde derden en haar reikwijdte hangt af van de omstandigheden van het geval. De bijzondere zorgplicht omvat een scala aan meer specifieke verplichtingen om in bepaalde gevallen dan wel onder bepaalde omstandigheden een bepaald soort gedrag te vertonen, bijvoorbeeld iets onderzoeken, iemand informeren of waarschuwen, of zelfs weigeren om een opdracht uit te voeren. Omdat de zorgplicht van de bank berust op haar maatschappelijke positie kan niet gezegd worden dat de door de bank te betrachten zorg beperkt is tot haar cliënten. De omstandigheden van het geval bepalen jegens wie en in welke mate de bank tot zorg is gehouden. In bepaalde gevallen kan van banken – gezien hun rol in het maatschappelijk verkeer, hun expertise op financieel gebied en hun wettelijke taak bij de bestrijding van financieel-economische criminaliteit – een bijzondere mate van zorg worden verwacht. Het hof volgt ING niet in haar betoog dat Foot Locker geen derde is met wiens belangen zij rekening behoort te houden. De zorgplicht van banken is niet op voorhand beperkt tot bepaalde derden.

2.7 In het onderhavige geval geldt het volgende. Na de drie interne meldingen van ongebruikelijke transacties en de eerste alert was ING zich bewust van de ongebruikelijke activiteiten op de rekening van Ups. Het hof wijst in dat verband op de inhoud van de alert van 25 januari 2015. De alert noemt als bedrag dat de alert heeft getriggerd € 1.005.572, vermeldt verder dat het een nieuwe rekening betreft met een hoge omzet en verder worden als 'Hulpvragen relevant voor het

type signaal' vermeld: 'Vraag: wat voor een soort bedrijf is dit? Zijn de transacties logisch? Tips: Witwassers willen in een korte periode zo snel mogelijk hun gelden versluieren. Nieuwe bedrijven hebben over het algemeen niet een dergelijke omzet in de begin periode'.

Verder is van belang dat ING wist dat sprake was van een nieuwe rekening van een eenmanszaak van een 25-jarige, die zich bezighield met de weinig kapitaalintensieve activiteit van studiebegeleiding, vorming en onderwijs, met een inkomen van maximaal € 1.000 per maand. Onder die omstandigheden is op ING de plicht komen te rusten onderzoek te doen naar de ongebruikelijke transacties en zo nodig maatregelen te nemen, mede ter bescherming van de belangen van derden die betrokken waren bij de ongebruikelijke transacties die via de rekening van Ups verliepen, in het bijzonder het belang van Foot Locker die grote bedragen naar de rekening van Ups overboekte, die in deelbetalingen naar een onbekende buitenlandse rekeninghouder werden doorgeboekt. Daarbij neemt het hof in aanmerking dat ING een wettelijke taak heeft bij de bestrijding van financieel-economische criminaliteit. De grief faalt.

Subjectieve wetenschap

- 2.8 ING betwist niet dat zij op de hoogte was van het ongebruikelijke verloop van transacties op de rekening van Ups (zie memorie van grieven onder 3.48 en 3.49). Zij betwist met grief II in principaal appel het oordeel van de rechtbank dat zij op de hoogte was van de potentiële risico's voor de derde, Foot Locker. De rechtbank gaat volgens ING ten onrechte voorbij aan de totale omvang van het betalingsverkeer, het grote aantal meldingen dat op dagelijkse basis door ING wordt gedaan en het feit dat slechts een beperkt deel van deze meldingen door de FIU uiteindelijk wordt aangemerkt als verdacht. Ook ziet de rechtbank over het hoofd dat de melding door ING werd gedaan ter uitvoering van haar verplichtingen uit de Wwft in verband met mogelijke witwasactiviteiten, althans de financiering van terrorisme, niet uit vrees dat sprake was van fraude en benadeling van Foot Locker. Bovendien trok Foot Locker eerst op 2 maart 2015 bij ING aan de bel. Van subjectieve wetenschap van de potentiële risico's voor Foot Locker was bij ING ten tijde van de FIU-melding op 5 februari 2015 geen sprake. Noch het feit dat melding is gedaan aan de FIU, noch de inhoud daarvan rechtvaardigt de conclusie dat ING op de hoogte was van de potentiële risico's voor Foot Locker. ING herhaalt dat zij niet wist dat Food Locker deze bedragen (de FIU-melding noemt een totaalbedrag van € 998.327) onverschuldigd aan Ups betaalde.
- 2.9 Uit het eerder genoemde arrest van de Hoge Raad van 27 november 2015 volgt dat aansprakelijkheid van een bank onder omstandigheden kan worden aangenomen indien de bank zich bewust is van ongebruikelijke activiteiten op een rekening en dat bewustheid van het daaraan verbonden 'gevaar' voor derden bij de bank, gelet op haar specifieke positie en deskundigheid dan onder omstandigheden kan worden verondersteld. In het onderhavige geval staat vast dat ING wist van de voor een pas gestarte eenmanszaak als Ups zeer ongebruikelijke activiteiten op de rekening, zoals die hiervoor in het feitenoverzicht zijn vermeld. Gelet op haar specifieke positie en deskundigheid op het terrein van financiële criminaliteit mede in samenhang met de drie interne meldingen van ongebruikelijke transacties en de inhoud van de eerste alert van 25 januari 2015, moet worden aangenomen dat ING zich bewust was van het daaraan verbonden 'gevaar' voor derden die grote bedragen naar die rekening overboeken, die vervolgens in vele deelbetalingen naar een buitenlandse rekening worden overgeboekt. ING is geen willekeurige derde ten aanzien van het betalingsverkeer. Het faciliteren ervan behoort tot haar maatschappelijke functie en van haar kan verlangd worden dat zij onder de geschetste omstandigheden bedacht is op het gevaar dat ten koste van Foot Locker met de betaalrekening wordt gefraudeerd. Niet noodzakelijk is derhalve dat de bank daadwerkelijk wist van de fraude. Dat Foot Locker eerst op 2 maart 2015 bij ING aan de bel heeft getrokken doet hieraan niet af. Dat uit de omschrijvingen op de rekeningafschriften niet bleek dat sprake was van fraude, zoals ING aanvoert, is onvoldoende om geen bewustheid van 'gevaar' van ING te veronderstellen. Deze bewustheid kan worden gebaseerd op het profiel van [X], de weinig kapitaalintensieve activiteiten van Ups, de zeer ongebruikelijke activiteiten op de rekening van Ups, de interne meldingen en de alerts. De grief faalt.

- 2.10 Met grief II in incidenteel appel betwist Foot Locker het oordeel van de rechtbank in rov. 4.4 dat voor het aannemen van een zorgplichtschending jegens een derde in ieder geval subjectieve wetenschap is vereist van (medewerkers van) de bank ten aanzien van het ongebruikelijke verloop van transacties op de rekening van een frauderende rekeninghouder en dat de bank ook op de hoogte moet zijn van de potentiële risico's van de derden. Uit de behandeling van grief II in principaal appel volgt dat Foot Locker geen belang heeft bij de behandeling van deze grief. ING erkent dat zij wist van de ongebruikelijke transacties op de rekening van Ups en de bewustheid van het gevaar voor derden wordt in het onderhavige geval verondersteld.
- 2.11 Met grief III in incidenteel appel bestrijdt Foot Locker het oordeel van de rechtbank in rov. 4.4 dat in ieder geval op 5 februari 2015 sprake was van subjectieve wetenschap bij ING dat er mogelijk iets niet in de haak was. De interne meldingen, maar in ieder geval ook de eerste alert van 25 januari 2015, hadden, zeker in onderling verband en samenhang bezien, moeten dwingen tot nader onderzoek en adequaat handelen. ING had ook veel eerder dan op 5 februari 2015 een FIU-melding moeten doen. Het ongebruikelijke betalingspatroon (zowel inkomend als uitgaand, zowel cash opnames als de stroom aan buitenlandse betalingen) hadden minst genomen meteen op 25 januari 2015 (nader) onderzocht moeten worden en hebben moeten leiden tot een onverwijld FIU-melding, aldus Foot Locker. Foot Locker onderschrijft het oordeel van de rechtbank in rov. 4.6 dat ING onvoldoende voortvarend is opgetreden. Met grief IV in incidenteel appel betoogt zij dat de rechtbank dat oordeel ten onrechte koppelt aan de FIU-melding van 5 februari 2015. Volgens Foot Locker had de rechtbank uit moeten gaan van de eerdere datum van 25 januari 2015, hetgeen zij in haar antwoordakte na tussenarrest onder 14 herhaalt. Daaruit leidt het hof af dat Foot Locker niet langer uitgaat van een eerdere datum.
- 2.12 Deze grieven slagen. Het hof volgt het standpunt van Foot Locker dat na de drie interne meldingen en de eerste alert op 25 januari 2015, en gezien de zeer ongebruikelijk transacties op de betaalrekening van Ups in de periode 15 januari tot 25 januari 2015 (te weten vier bijschrijvingen van in totaal € 835.065,26 door Foot Locker, vier contante opnames van in totaal € 40.000 en tien overboekingen van in totaal € 346.980 naar één buitenlandse onderneming in diverse deelbetalingen) op 25 januari 2015 bij ING sprake was van subjectieve wetenschap van de ongebruikelijke transacties en van de potentiële risico's voor Food Locker. Dat betekent dat ING meteen op 25 januari 2015 nader onderzoek had moeten doen naar die ongebruikelijke transacties.

Onvoldoende voortvarend onderzoek

- 2.13 Met grief III in principaal appel bestrijdt ING het oordeel van de rechtbank in rov. 4.5 dat zij onvoldoende voortvarend onderzoek heeft gedaan. ING meent dat zij wel degelijk voldoende voortvarend heeft gehandeld door het verrichten van meldingen aan de FIU en het stellen van vragen aan [X] op de wijze waarop zij dit heeft gedaan. De rechtbank heeft overwogen dat ING, indien zij [X] een veel kortere termijn had gegeven voor het geven van uitleg of indien zij telefonisch contact met hem zou hebben opgenomen, eerder zou hebben kunnen nagaan of haar twijfels terecht waren in welk geval zij actie had kunnen ondernemen om de schade voor Foot Locker te beperken, bijvoorbeeld door de betaalrekening van Ups te blokkeren. ING betoogt dat de rechtbank door aldus te overwegen haar ten onrechte een zwaardere norm oplegt dan is geformuleerd en toegepast in de hiervoor genoemde arresten van de Hoge Raad. ING is van mening dat zij met haar melding aan de FIU en het stellen van vragen aan [X] met een reactietermijn van twee weken voldoende heeft gedaan en niet gehouden was tot meer voortvarend onderzoek. Voorts voert ING aan dat zij bij de beoordeling of zij gebruik maakt van haar bevoegdheid tot blokkade haar contractuele zorgplicht jegens [X] in acht moet nemen. Blokkade van een betaalrekening is geen middel dat lichtvaardig kan worden ingezet. Daar moet, gelet op de ingrijpende gevolgen voor de rekeninghouder, een zorgvuldige beoordeling aan ten grondslag liggen, aldus ING.
- 2.14 Het hof is met de rechtbank van oordeel dat ING, gelet op de omstandigheden van het geval,

onvoldoende voortvarend onderzoek heeft gedaan. Evenals de rechtbank neemt het hof daarbij in aanmerking dat de geldstromen over de rekening van [X] vanaf het begin onaannemelijk groot waren. Voor ING moest duidelijk zijn dat, indien sprake was van fraude, de schade voor de benadeelde snel zou oplopen. Niet duidelijk is waarom ING [X] niet op een minder vrijblijvende manier om uitleg kon vragen. Het hof voegt daaraan toe dat ook niet duidelijk is waarom ING geen navraag heeft gedaan bij Foot Locker, degene die grote bedragen naar de rekening van Ups overmaakte.

Wat betreft de blokkade van de betaalrekening van Ups geldt het volgende. Op grond van het bepaalde in artikel 37.2 van de toepasselijke Voorwaarden Zakelijke Rekening was ING bevoegd de rekening te blokkeren: "Op vermoeden van onregelmatigheden kan de uitvoering van Betaalopdrachten door of namens de Bank worden geweigerd totdat dit vermoeden ongegrond blijkt te zijn." In artikel 37.5 is vastgelegd dat de bank niet aansprakelijk is voor de eventuele schade als gevolg van het niet of niet tijdig uitvoeren van de betaalopdrachten. De drie interne meldingen, de eerste alert en de voor een pas geopende rekening van een eenmanszaak van een 25-jarige ongebruikelijke transacties op die rekening doen op zijn minst vermoeden dat sprake was van onregelmatigheden, zeker voor een bank als ING die een specifieke positie en deskundigheid heeft op het gebied van financiële dienstverlening en een taak bij de bestrijding van financieel-economische criminaliteit. Anders dan ING aanvoert was het vermoeden van onregelmatigheden niet ontoereikend. ING brengt naar voren dat het enkele feit dat er hoge bedragen binnenkwamen niet wil zeggen dat er sprake was van fraude. Zij ziet daarbij over het hoofd dat ook sprake was van een nieuwe rekening van een 25-jarige met een weinig kapitaalintensieve onderneming, divers contante opnames van € 10.000 per keer en overboekingen van grote bedragen in deelbetalingen naar één buitenlandse onderneming. Bovendien hoeft niet vast te staan dat sprake was van fraude, maar is het vermoeden van onregelmatigheden voldoende.

Anders dan zij kennelijk meent, is hierbij niet relevant dat zij eerst op 2 maart 2015 een fraudemelding van Foot Locker heeft ontvangen. Haar stelling dat de weigering van de uitvoering van betaalopdrachten de rekeninghouder in het onderhavig geval potentieel grote schade zou kunnen toebrengen, heeft ING onvoldoende feitelijk en concreet onderbouwd. Daarbij neemt het hof in aanmerking dat alle transacties op de rekening ongebruikelijke transacties waren en geen enkel verband hielden met de activiteiten van de eenmanszaak: studiebegeleiding, vorming en onderwijs.

2.15 De eerste grief IV in principaal appel strekt ten betoge dat de rechtbank in rov. 4.5 ten onrechte heeft overwogen dat, indien ING met meer voortvarendheid was opgetreden, het vermoeden van fraude, althans witwassen op de rekening van Ups, eerder had kunnen worden bevestigd, in welk geval zij eerder had kunnen overgaan tot het blokkeren van die rekening. ING betoogt dat indien zij de reactie van [X] van 11 februari 2015 eerder had ontvangen, telefonisch dan wel per brief, zij bij gebreke van signalen van fraude eveneens dezelfde conclusie zou hebben getrokken en niet tot blokkering van de rekening zou zijn overgegaan en zij hem een nadere termijn zou hebben gegund om de toegezegde gegevens te verstrekken.

2.16 Het hof is van oordeel dat de reactie van Ups van 11 februari 2015 zo evident in strijd is met het cliëntprofiel van [X] en de weinig kapitaalintensieve activiteiten van Ups dat na ontvangst van de brief er alle aanleiding was de uitgaande betalingen van Ups onmiddellijk te weigeren. [X] schrijft namelijk: "Ik ben een van de agenten [van Foot Locker; toevoeging hof] voor het continent Europa en derhalve betalen ze mij de commissiefacturen uit". En even verder: "De firma's GFT te Brussel en de firma Exchange te Berlijn zijn leveranciers van mij in waardepapieren, valuta's en grondstoffen cq edelmetalen. Deze zijn voor mijn elders in Europa gevestigde Investerings- en vermogensbeheer ondernemingen". Dat schrijft een 25-jarige, met een pas gestarte eenmanszaak die zich bezighoudt met studiebegeleiding vorming en onderwijs en heeft aangegeven dat zijn inkomen niet meer bedraagt dan € 1.000 per maand. Alle seinen moeten dan, zo ze al niet op rood stonden, toch ook voor ING op rood zijn gaan staan. In dat verband wijst het hof nog op de tweede alert van 28 januari 2015, waarin een bedrag van € 652.148 het signaal heeft getriggerd

en waarbij is aangegeven dat dat signaal ziet op 'Hoog bedrag aan binnenlandse overboekingen'. Bij 'Additional data' wordt vermeld: 'Wat is de herkomst van het geld? Waar worden de gelden naar toe geboekt? Wie zijn de begunstigden? Tips: Girale bedragen welke in kleinere bedragen binnen komen en dan in 1 bedrag weer worden doorgeboekt kan wijzen op versluieren. Anders om ook groot bedrag dat binnen komt doorboeken in kleinere bedragen kan wijzen op fraude' (onderstreping hof). Van het doorboeken in kleinere bedragen was nu juist sprake (zie 2.2 (v)). Dat die overboekingen bestemd waren voor één buitenlandse rechtspersoon met een rekening in het buitenland, anders dan het kenmerk van het signaal aangeeft, doet hier aan niet af, maar versterkt eerder de aanwijzing van fraude. De grief faalt.

Relativiteit

2.17 Met de tweede grief IV in principaal appel bestrijdt ING het (impliciete) oordeel van de rechtbank dat in dit geval is voldaan het vereiste van relativiteit ex artikel 6:163 BW. Ingevolge artikel 6:163 BW bestaat geen verplichting tot schadevergoeding wanneer de geschonden norm niet strekt tot bescherming tegen de schade zoals de benadeelde die heeft geleden. De rechtbank stoelt haar beslissing op de bijzondere zorgplicht van banken jegens derden met wier belang zij in het maatschappelijk verkeer rekening dienen te houden. ING stelt dat uit de jurisprudentie blijkt dat de zorgplicht van de bank mede strekt ter bescherming tegen niet verwijtbare lichtvaardigheid en gebrek aan kunde. Dergelijke kwalificaties zijn op Foot Locker als beursgenoteerde multinational niet van toepassing. De bijzondere zorgplicht dient niet ter bescherming van een professionele derde partij als Foot Locker, die naar haar aard mag worden verwacht geen gebrek aan inzicht en deskundigheid te hebben op het gebied van het uitvoeren van betalingsopdrachten, mitsdien is niet voldaan aan het vereiste van relativiteit, aldus nog steeds ING.

2.18 De grief faalt. ING ziet eraan voorbij dat de zorgplicht van banken jegens derden algemeen is geformuleerd en dat de reikwijdte van deze zorgplicht afhangt van de omstandigheden van het geval (zie ook 2.6). De enkele omstandigheid dat Foot Locker een multinational is betekent niet dat zij, ongeacht de verdere omstandigheden van het geval, een derde is waarvoor de bancaire zorgplicht niet zou gelden. De zorgplicht van ING jegens Foot Locker strekt ook tot bescherming tegen de schade zoals Foot Locker die heeft geleden, namelijk schade als gevolg van fraude met een bankrekening. Dat ING zich dit soort belangen behoort aan te trekken, ook ter bescherming van professionele slachtoffers, strookt met de omstandigheid dat banken een wettelijke taak hebben bij de bestrijding van financieel-economische criminaliteit.

Schade

2.19 Met grief V in principaal appel betwist ING de hoogte van de schade van Foot Locker. ING betoogt dat zij in eerste aanleg het bestaan en de omvang van de door Foot Locker gestelde schade gemotiveerd heeft betwist door aan te voeren dat niet is gebleken dat Foot Locker uiteindelijk alsnog een bedrag aan UPS heeft betaald.

Als productie 10 bij memorie van antwoord, tevens memorie van grieven in incidenteel appel heeft Foot Locker een vaststellingsovereenkomst d.d. 5 januari 2016 in het geding gebracht. Daarin zijn UPS en Foot Locker overeengekomen dat Foot Locker uiterlijk op 15 januari 2016 € 1,3 miljoen aan UPS voldoet. Uit productie 11 volgt dat dat bedrag daadwerkelijk is betaald op 7 januari 2016. Verder zijn partijen overeengekomen dat indien en voor zover Foot Locker het bedrag van € 1.926.581,02 kan verhalen, 32,5% van de netto-opbrengst ten goede komt aan UPS. Uit de gemaakte afspraken volgt dat welk bedrag Foot Locker ook kan verhalen op ING, zij daardoor niet ongerechtvaardigd wordt verrijkt. De grief faalt.

2.20 Nu de grieven III en IV in incidenteel appel slagen ligt de vraag voor vanaf welke datum ING betaalopdrachten van Ups had moeten weigeren. Het hof heeft hiervoor onder 2.12 overwogen dat ING op 25 januari 2015 (nader) onderzoek had moeten doen naar de ongebruikelijke transacties. Het hof is van oordeel dat ING na de tweede alert op 28 januari 2015 de rekening van Ups onmiddellijk had moeten blokkeren en derhalve de betalingsopdrachten van Ups had moeten weigeren. De verdenkingen van fraude waren toen zo concreet dat ING, vooruitlopend op de

uitkomst van het op 25 januari 2015 gestarte onderzoek, onmiddellijk mocht en moest ingrijpen. Voor het mogen weigeren van betaalopdrachten is een vermoeden van onregelmatigheden reeds voldoende (zie rov. 2.14). De schade van Foot Locker bestaat uit de bedragen die vanaf 29 januari 2015 van de rekening van Ups zijn afgeschreven, in totaal een bedrag van € 1.004.507,50.

2.21 Met grief VI in principaal appel stelt ING dat geen sprake is van causaal verband tussen de gestelde schade en het aan ING gemaakte verwijt, omdat de schade ten gevolge van het handelen van Foot Locker is ontstaan als gevolg van door Foot Locker zelf rechtsgeldig gegeven en vervolgens automatisch uitgevoerde betalingsopdrachten. Indien en voor zover de toelichting op de grief omstandigheden aan de zijde van Foot Locker noemt die mede aan de schade hebben bijgedragen overlapt de grief de hierna te behandelen grief VII in principaal appel en behoeft zij geen afzonderlijke behandeling. Verder ziet ING over het hoofd dat het verwijt dat ING wordt gemaakt betrekking heeft op wat zich na het geven van de betalingsopdrachten heeft afgespeeld. De schade is ontstaan doordat ING de betalingsopdrachten van [X] niet vanaf 29 januari 2015 heeft geweigerd, zodat [X] de gelden heeft kunnen wegsluizen.

Verder meent ING ten onrechte dat de schade niet aan haar toegerekend kan worden als een gevolg van haar gedragingen. De aard van haar aansprakelijkheid, zijnde schending van haar zorgplicht, en de voorzienbaarheid van de schade voor Foot Locker als gevolg van deze schending zijn hiervoor afdoende. Andere omstandigheden die tot een ander oordeel zouden kunnen leiden, zijn niet gesteld of gebleken.

2.22 Met grief VII in principaal appel bestrijdt ING het oordeel van de rechtbank dat ING en Foot Locker in gelijke mate aan de schade hebben bijgedragen. Dat oordeel is volgens ING niet in lijn met de verwijten die de rechtbank aan Foot Locker en aan ING maakt. Met grief V in incidenteel appel bestrijdt Foot Locker het oordeel van de rechtbank dat aan haar zijde sprake is van eigen schuld.

2.23 Beide grieven falen. Het hof is, alles afwegende, met de rechtbank van oordeel dat partijen in gelijke mate hebben bijgedragen aan het ontstaan van de schade zodat er aanleiding is om de vergoedingsplicht van ING op grond van eigen schuld aan de zijde van Foot Locker te verminderen met 50 procent. De billijkheid vereist geen andere verdeling van de schade.

Foot Locker heeft in een periode van zeven weken in totaal zo'n € 1,9 miljoen overgeboekt op de rekening van Ups/ [X], nadat binnen haar bedrijf op 7 januari 2015 het rekeningnummer waarop zij normaal gesproken de facturen van logistiek dienstverlener UPS betaalde, was gewijzigd in dat van Ups. Dit was gebeurd naar aanleiding van een factuur die eruit zag als een factuur van UPS, die in december 2014 was binnengekomen met een gele of geel gearceerde sticker waarop was vermeld dat het rekeningnummer was gewijzigd. Pas toen UPS bij Foot Locker navraag deed naar de betaling van haar facturen, werd de fraude ontdekt. Foot Locker heeft niet het verzoek tot wijziging van het rekeningnummer geverifieerd, wat in redelijkheid verwacht mocht worden. Daarbij komt bovendien nog dat het wijzigingsverzoek was geplaatst op een, naar achteraf is gebleken door derden nagebootste, factuur van UPS, terwijl de desbetreffende originele factuur reeds was betaald op het bekende rekeningnummer van UPS, en desondanks Foot Locker de wijziging zonder verificatie bij UPS heeft doorgevoerd in haar administratie. Die verificatie heeft zij ook niet gedaan toen de latere facturen van Foot Locker het oude rekeningnummer bleven vermelden.

Het hof gaat voorbij aan het verweer van ING dat, indien Foot Locker direct zorgvuldig zou hebben gehandeld of binnen enkele weken haar betalingen zorgvuldig had gecontroleerd de schade waarvan ING volgens de rechtbank een verwijt valt te maken niet zou zijn opgetreden. Artikel 6:101 lid 1 BW ziet immers op de situatie waarin de schade mede een gevolg is van een omstandigheid die aan de benadeelde kan worden toegerekend. Dat Foot Locker de wijziging van het rekeningnummer niet heeft geverifieerd is een omstandigheid die mede aan de schade heeft bijgedragen, evenals de omstandigheid aan de zijde van ING dat zij vanaf 29 januari 2015 de betalingsopdrachten van [X] ten onrechte niet heeft geweigerd. Indien zij dat wel had gedaan, zou zij niet gehouden zijn tot schadevergoeding.

2.24 Grief VI in incidenteel appel is gericht tegen de afwijzing van de vordering om het te betalen bedrag te verhogen met enig bedrag dat Foot Locker op GFI zou hebben kunnen verhalen als ING de rekening van GFI had geblokkeerd.

De grief faalt. Ook in hoger beroep heeft Foot Locker deze vordering onvoldoende toegelicht. Foot Locker geeft niet aan wanneer die blokkade had moeten ingaan en welk bedrag als gevolg daarvan had kunnen worden veiliggesteld. Bij het voorgaande moet betrokken worden dat ING België SA een zelfstandige rechtspersoon met een eigen organisatie is. Onvoldoende gesteld of gebleken is dat ING België, indien zij door ING op de hoogte zou zijn gesteld van de mogelijkheid dat geld werd witgewassen, de rekening van haar relatie GTI gedeeltelijk zou hebben geblokkeerd.

Overig

2.25 Grief I in incidenteel appel strekt ten betoge dat de rechtbank in rov. 4.1 ten onrechte heeft overwogen dat ING heeft voldaan aan de vereisten van de Wft en de Wwft. Nu Foot Locker niet aangeeft of, en zo ja, in hoeverre de conclusie dat ING niet aan die vereisten heeft voldaan, los van haar overige incidentele grieven, invloed heeft op de toewijzing van haar vordering, heeft Foot Locker geen belang bij beoordeling van de grief.

2.26 De grieven VIII en IX in principaal appel bouwen voort op de voorgaande principale grieven en delen hun lot.

Slotsom

2.27 De grieven in principaal appel falen, de grieven I en II in incidenteel appel behoeven geen behandeling, de grieven III en IV in incidenteel appel slagen en de grieven V en VI falen. Het voorgaande betekent dat de vordering als volgt zal worden toegewezen. De door Foot Locker geleden schade bestaat uit de bedragen die vanaf 29 januari 2015 de van de rekening van Ups heeft zijn afgeschreven, in totaal een bedrag van € 1.004.507,50. Daarvan zal ING 50%, € 502.253,75, aan Foot Locker moeten betalen. De wettelijke rente zal worden toegewezen vanaf 29 januari 2015. ING zal als de overwegend in het ongelijk gestelde partij worden veroordeeld in de kosten van het principale en incidentele hoger beroep. Partijen hebben geen feiten en/of omstandigheden aangevoerd die – indien bewezen – tot een ander oordeel kunnen leiden. Het door hen gedane bewijsaanbod zal als niet ter zake dienend worden gepasseerd.

3 Beslissing

Het hof:

vernietigt het vonnis van de rechtbank, voor zover het betreft het dictum onder 5.1 en in zoverre opnieuw rechtdoende:

veroordeelt ING om aan Foot Locker te betalen € 502.253,75, te vermeerderen met de wettelijke rente vanaf 29 januari 2015 tot aan de dag van de voldoening;

bekrachtigt het vonnis voor al het overige;

veroordeelt ING in de kosten van het geding in hoger beroep aan de zijde van Foot Locker gevallen en begroot die kosten in principaal appel op € 5.200 aan verschotten en € 13.716,50 voor salaris en in incidenteel appel op € 6.858,25 voor salaris;

verklaart de veroordelingen uitvoerbaar bij voorraad.

Dit arrest is gewezen door mrs. M.P. van Achterberg, G.C.C. Lewin en J.W.M. Tromp en door de rolraadsheer in het openbaar uitgesproken op 14 mei 2019.