

vonnis

GERECHT IN EERSTE AANLEG VAN CURAÇAO

Afdeling civiel
Zaaknummer: CUR201802955

Vonnis in kort geding d.d. 26 oktober 2018

inzake

de vennootschap naar Braziliaans recht
ANDRADE GUTIERREZ ENGENHARIA S.A.,
gevestigd in Brazilië,
eiseres,
gemachtigde: mr. R.F. van den Heuvel en mr. S. Navid Zahedi,

tegen

de naamloze vennootschap
BANCO DEL ORINOCO N.V.,
gevestigd in Curaçao,
gedaagde,
gemachtigden: mr. E.R. de Vries.

Partijen zullen hierna AGE en BdO genoemd worden.

1. Verloop van de procedure

1.1. AGE heeft op 5 september 2018 een verzoekschrift met producties ingediend. Bij e-mail van 3 oktober 2018 is zijdens BdO een cautieverzoek ingediend. Bij e-mail van gelijke datum heeft mr. Van den Heuvel laten weten dat zijn kantoor voor de proceskosten in staat. Het cautieverzoek behoeft daarom geen inhoudelijke bespreking. Bij e-mail van 4 oktober 2018 zijn namens AGE nadere producties in het geding gebracht. In twee e-mails van 4 oktober 2018 zijn ook zijdens BdO producties ingebracht. De mondelinge behandeling heeft op 5 oktober 2018 plaatsgevonden. Partijen zijn daarbij bij hun gemachtigden verschenen en hebben het woord gevoerd aan de hand van een overgelegde pleitnota's.

1.2. Vonnis is bepaald op heden.

2. De feiten

2.1. AGE houdt bij BdO vier termijn deposito's, te weten:

- time deposit 320303 met een saldo van US\$ 967.000,-;

-
- time deposit 318962 met een saldo van US\$ 1.285.714,28;
 - time deposit 318408 met een saldo van US\$ 1.499.500,-;
 - time deposit 310602 met een saldo van US\$ 1.000.000,-;
- 2.2. AGE heeft alle vier de termijn deposito's opgezegd. BdO heeft de termijn deposito's vervolgens op de respectievelijke vervaldata niet verlengd en de tegoeden overgemaakt naar de rekening courant van AGE bij BdO met rekeningnummer 217922.
- 2.3. Bij brief van 12 maart 2018 heeft AGE verzocht het saldo van haar rekening courant ten bedrage van US\$ 1.503.220,62 aan haar uit te keren. Aan dat verzoek heeft door BdO geen uitvoering gegeven.
- 2.4. AGE heeft BdO op 7 september 2018 middels een verzoekschrift in kort geding in rechte betrokken. AGE vordert betaling van de bedragen afkomstig uit voornoemde termijn deposito's en het saldo op de rekening courant.
- 2.5. Bij brief van 3 oktober 2018 heeft BdO de bankrelatie met AGE opgezegd, omdat AGE haar niet in staat stelt haar voortdurende cliëntenonderzoek uit te voeren. Voorts bericht BdO aan AGE dat zij niet kan meewerken aan de overboeking van de tegoeden van AGE bij BdO, die op dat moment US\$ 5.292.296,92 (inclusief rente) bedragen, wegens het risico op strafvervolgning ter zake van witwassen.
- 3. Het geschil**
- 3.1. AGE vordert om, uitvoerbaar bij voorraad:
- I. Gedaagde te veroordelen tot betaling op de derdengeldrekening van de gemachtigde van AGE, of op een andere door AGE aan te wijzen rekening, van US\$ 967.000,00 terstond, te vermeerderen met de contractuele rente, subsidiair de wettelijke rente over welke aan eiseres toebehoort, vermeerderd met de wettelijke rente over US\$ 967.000,00 met ingang van 19 februari 2018;
 - II. Gedaagde te veroordelen tot betaling op de derdengeldrekening van de gemachtigde van AGE, of op een andere door AGE aan te wijzen rekening, van US\$ 1.285.714,28 terstond, te vermeerderen met de contractuele rente, subsidiair de wettelijke rente over welke aan eiseres toebehoort, vermeerderd met de wettelijke rente over US\$ 1.285.714,28 met ingang van 26 maart 2018;
 - III. Gedaagde te veroordelen tot betaling op de derdengeldrekening van de gemachtigde van AGE, of op een andere door AGE aan te wijzen rekening, van US\$ 1.503.220,62 terstond, te vermeerderen met de contractuele rente, subsidiair de wettelijke rente over welke aan eiseres toebehoort,

-
- vermeerderd met de wettelijke rente over US\$ 1.503.220,62 met ingang van 1 januari 2018;
- IV. Gedaagde te veroordelen tot betaling op de derdengeldrekening van de gemachtigde van AGE, of op een andere door AGE aan te wijzen rekening, van US\$ 1.499.500,- terstond, te vermeerderen met de contractuele rente, subsidiair de wettelijke rente over welke aan eiseres toebehoort, vermeerderd met de wettelijke rente over US\$ 1.499.500,- met ingang van 18 juni 2018;
- V. Gedaagde te veroordelen tot betaling op de derdengeldrekening van de gemachtigde van AGE, of op een andere door AGE aan te wijzen rekening, van US\$ 1.000.000,- terstond, te vermeerderen met de contractuele rente, subsidiair de wettelijke rente over welke aan eiseres toebehoort, vermeerderd met de wettelijke rente over US\$ 1.000.000,00 met ingang van 2 augustus 2018;

3.2. Daartoe heeft AGE het volgende gesteld. Ondanks herhaaldelijke verzoeken van AGE daartoe, is BdO niet tot uitkering van de opgeëiste bedragen overgegaan. Eerst bij brief van 3 oktober 2018 heeft BdO inhoudelijk gereageerd en overboeking van de tegoeden geweigerd, omdat AGE niet aan haar identificatieverplichtingen zou voldoen terwijl de tegoeden die door AGE bij BdO zijn gedeponereerd uit misdrijf afkomstig zouden zijn. AGE heeft dat gemotiveerd betwist. AGE heeft een spoedeisend belang bij het kunnen beschikken over haar tegoeden.

3.3. BdO concludeert tot niet-ontvankelijkheid, dan wel afwijzing van de vordering, met veroordeling van AGE in de kosten van het geding. Daartoe is het volgende aangevoerd. BdO is rauwelijks in rechte betrokken, waardoor er geen sprake is van het toerekenbaar niet uitvoeren van enige instructie en het verzuim ontbreekt. Voorts kan BdO niet tot uitkering van de tegoeden overgaan, wegens een wettelijk verbod op het overmaken van gelden zolang niet aan de wettelijke verplichtingen uit hoofde van de Landsverordening Identificatie bij Dienstverlening (LID) is voldaan, terwijl er een redelijk vermoeden is dat door AGE bij BdO gelden zijn gedeponereerd die uit misdrijf afkomstig zijn en waardoor er voor BdO een risico op strafvervolgning voor witwassen ontstaat.

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

4. De beoordeling

4.1. AGE heeft gesteld dat BdO, naar aanleiding van een eerdere kort geding procedure in 2017, eveneens betreffende de uitkering van uit termijn deposito's opgeëiste bedragen, eerst tot uitkering van die bedragen is overgegaan nadat zij hiertoe was veroordeeld en nadat er beslag was gelegd op haar inventaris. Gelet hierop en mede indachtig de hoogte van het thans gevorderde bedrag, acht het

Gerecht daarmee voldoende spoedeisend belang aanwezig.

4.2. De vordering van AGE strekt ertoe dat zij de beschikking krijgt over haar tegoed op de rekening bij BdO. De vordering strekt dus tot voldoening van een geldsom. Met betrekking tot een voorziening in kort geding, bestaande in de veroordeling van een geldsom, is terughoudendheid op zijn plaats. De rechter zal daarbij niet alleen hebben te onderzoeken of het bestaan van een geldvordering van de eiser op de gedaagde voldoende aannemelijk is, maar ook of daarnaast sprake is van feiten en omstandigheden die meebrengen dat uit hoofde van onverwijlde spoed een onmiddellijke voorziening is vereist, terwijl de rechter in de afweging van de belangen van partijen mede zal hebben te betrekken de vraag naar – kort gezegd – het risico van onmogelijkheid van terugbetaling, welk risico kan bijdragen tot weigering van de voorziening.

4.3. De vordering van AGE betreft een vordering tot nakoming, waardoor een sommatie zoals door BdO gesteld, niet aan de orde is. Voorts heeft BdO bij brief van 3 oktober 2018 zelf de bancaire relatie met AGE beëindigd, waardoor zij in beginsel gehouden is het tegoed op de rekening aan AGE uit te keren. Aan het zonder voorafgaande kennisgeving in rechte betrekken van BdO komt ter zake dan ook geen gewicht toe.

4.4. BdO heeft aangevoerd dat zij niet tot uitkering van het tegoed kan overgaan gelet op het wettelijk verbod daartoe, nu BdO door toedoen van AGE niet aan de identificatie- en verificatieverplichtingen uit hoofde van de LID (het voortdurende cliëntonderzoek) kan voldoen en er sprake is van een vermoeden dat AGE betrokken is bij witwassen. Indien BdO onder deze omstandigheden toch tot uitkering van het tegoed overgaat ontstaat er een risico op strafvervolging voor witwassen.

4.5. In het kader van dit kort geding is de vraag aan de orde of voorshands voldoende aannemelijk is dat de bodemrechter tot het oordeel zal komen dat, gelet op alle omstandigheden van het geval, in redelijkheid niet van BdO gevergd kan worden haar verplichting tot uitbetaling aan AGE na te komen. In het kader van de daarbij te maken afweging dient te worden beoordeeld of er in de verhouding tussen BdO en AGE gewicht dient toe te komen aan de verplichtingen van BdO jegens haar toezichthouders, alsmede haar verplichtingen die ertoe strekken dat geen misbruik van haar diensten wordt gemaakt.

4.6. Het Gerecht oordeelt hierover als volgt.

4.7. Op grond van de LID rust op BdO een zorgplicht die inhoudt dat zij beleid en meer of minder intensieve controlemechanismen en procedures in werking heeft om de risico's op witwassen en de financiering van terrorisme te beperken en zoveel

mogelijk te voorkomen. Concreet betekent dit dat op BdO een meldplicht (onder meer) bij de FIU rust op het moment dat zij bekend is met het ongebruikelijke karakter van een transactie. Voorts is BdO gehouden tot het uitvoeren van doeltreffend cliëntonderzoek. Dat houdt (onder meer) in het identificeren van de cliënt bij aanvang van de relatie en het verifiëren daarvan, alsmede het voortdurend monitoren van de dienstverlening. Op grond van artikel 2 lid 2 onder e LID is BdO in het kader van het voortdurende cliëntonderzoek gehouden haar zakelijke relatie met AGE voortdurend te controleren en te monitoren, teneinde zich ervan te verzekeren dat de wijze waarop de zakelijke relatie zich ontwikkelt en de transacties die binnen de relatie ten behoeve van de cliënt worden uitgevoerd, overeenkomen met de kennis die de instelling heeft van de cliënt en van zijn risicoprofiel, met in voorkomend geval een onderzoek naar de bron van het vermogen.

4.8. Gesteld noch gebleken is dat BdO op enig moment bij aanvang of gedurende de relatie met AGE, tijdens het uitvoeren van haar identificatie- en verificatieverplichtingen uit hoofde van de LID, onregelmatigheden bij AGE heeft geconstateerd. Vaststaat dat AGE in 2017 nog heeft meegewerkt aan een intensief verificatieproces uitgevoerd door BdO. Gesteld noch gebleken is dat er toen onregelmatigheden zijn geconstateerd. Voor zover juist zou zijn dat AGE thans medewerking weigert aan nieuwe verificatieverzoeken heeft BdO niet gemotiveerd gesteld en onderbouwd welke informatieverzoeken zij aan AGE heeft gedaan en tot het voldoen aan welke verplichtingen c.q. welk resultaat in de zin van artikel 2 lid 2 LID, die informatieverzoeken hadden moeten leiden. Bij het ontbreken daarvan kan niet worden vastgesteld of daadwerkelijk sprake is van een situatie waarin BdO niet kan voldoen aan haar verplichting als bedoeld in artikel 2 lid 2 onder e LID. Veronderstellende wijs er van uitgaande dat BdO in haar recht stond om AGE te vragen gegevens (opnieuw) over te leggen, is het enkele feit dat AGE aan een dergelijk verzoek niet heeft voldaan, in het licht van het voorgaande, onvoldoende voor de conclusie dat BdO *daarom* niet in staat is om aan haar verplichtingen op grond van artikel 2 lid 2 onder e LID te voldoen. BdO heeft in dit verband geen enkel concreet feit gesteld die die conclusie zou kunnen onderbouwen.

4.9. Het Gerecht ziet in het door BdO gestelde vermoeden van witwassen door AGE evenmin een grondslag voor het achterhouden van het tegoed van AGE in verband met een risico voor BdO op strafvervolgning. Vaststaat dat AGE in 2016 met het Braziliaanse Openbaar Ministerie een regeling heeft getroffen tot betaling van een boete van 286 miljoen USD in verband met het verwerven van vermogen door middel van strafbare omkoping en kartelvorming ('leniency agreement'). AGE heeft gesteld dat BdO daarmee bekend was en dat met BdO daarover is gecommuniceerd. BdO heeft dat niet betwist. Deze informatie was voor BdO aanleiding om in 2017 uitvoerige verificatieonderzoeken uit te voeren. Gesteld noch gebleken is dat deze onderzoeken hebben geleid tot het doen van FIU meldingen of tot het blokkeren van dubieuze bedragen op rekeningen van AGE in afwachting op nadere instructies of

tot het treffen van andere maatregelen in de zin van de LID. Integendeel, de termijn deposito's waarvan AGE thans de uitkering verzoekt, dateren op één na van na of zijn verlengd na de datum van de leniency agreement in 2016. Voor zover BdO stelt dat zij desondanks niet tot uitbetaling kan overgaan aangezien er nadien nieuwe verdenkingen jegens AGE zijn gerezen, is dat gebaseerd op artikelen in tijdschriften c.q. het internet. Naar het oordeel van het Gerecht is een dergelijke verwijzing, zonder nadere onderbouwing, onvoldoende om voorshands een concrete verdenking c.q. vervolging van AGE voor witwassen te kunnen aannemen. Voorts kan met het noemen van de verdenking niet zonder meer verondersteld worden dat de gelden zoals gedeponneerd bij BdO ook verband houden met die nieuwe verdenkingen zoals door BdO gesteld.

4.10. Het voorgaande leidt ertoe dat de vrees voor strafvervolging bij BdO niet zo zeer lijkt te zijn gelegen in een weigering van AGE om aan het cliëntonderzoek deel te nemen of in een concreet vermoeden van witwassen, als wel in het door toedoen van BdO zelf laten voortduren van de relatie met AGE onder omstandigheden als door haar genoemd en zonder dat zij tijdig de maatregelen treft of heeft getroffen die op grond van de op haar rustende zorgplicht van haar verwacht hadden mogen worden. BdO kan haar vrees voor strafvervolging die daaruit voort zou kunnen vloeien, zoals zij stelt, onder deze omstandigheden niet aan AGE tegenwerpen.

4.11. De slotsom is dat in onvoldoende mate is gebleken van omstandigheden die maken dat van BdO niet gevergd kan worden te voldoen aan haar verplichting om het tegoed van AGE aan haar uit te keren. De vordering is dan ook toewijsbaar voor een bedrag van US\$ 5.292.296,92, inclusief de tot de vervaldata verschuldigde rente, nu het meerdere door AGE onvoldoende is onderbouwd. De wettelijke rente zal worden toegewezen vanaf datum indiening verzoekschrift, nu niet valt vast te stellen welk bedrag vanaf welke datum verschuldigd is.

4.12. Aan het voorstel van AGE om de zaak aan te houden teneinde BdO in de gelegenheid te stellen om in overleg met het Openbaar Ministerie te treden wordt, gelet op het vooroverwogene, niet toegekomen en behoeft om die reden geen verdere bespreking.

4.13. BdO zal als de in het ongelijk te stellen partij in de proceskosten worden veroordeeld. Deze kosten worden aan de zijde van AGE tot op heden begroot op NAF 7.500,- aan griffierechten, NAF 389,15 aan oproepingskosten en NAF 1.500,- aan gemachtigdensalaris. De proceskosten in het niet nader besproken incident worden op nihil gesteld.

5. De beslissing

Het Gerecht:

rechtdoende in kort geding:

- 5.1. **veroordeelt** BdO om een bedrag van US\$ 5.292.296,92 aan AGE te betalen, te vermeerderen met de wettelijke rente vanaf 7 september 2018 tot aan de dag van gehele voldoening;
- 5.2. **veroordeelt** BdO in de proceskosten, aan de zijde van AGE tot op heden begroot op NAF 7.889,15 aan verschotten en NAF 1.500,- aan gemachtigdensalaris;
- 5.3. verklaart dit vonnis, met uitzondering van de proceskostenveroordeling, uitvoerbaar bij voorraad.

Dit vonnis is gewezen door mr. S.M. Christiaan, rechter, en op 26 oktober 2018 uitgesproken ter openbare terechtzitting in aanwezigheid van de griffier.

