

Vonnis van 3 februari 2021  
Behorend bij K.G. no. AUA202003122

## GERECHT IN EERSTE AANLEG VAN ARUBA

VONNIS in kort geding van:

de vennootschap met beperkte aansprakelijkheid

**BCY ENTERTAINMENT V.B.A.,**

gevestigd in Aruba,

hierna ook te noemen: BCY,

en

**Otmar Enrique ODUBER,**

wonende in Aruba,

hierna ook te noemen: Oduber,

eisers,

hierna gezamenlijk ook te noemen: BCY c.s.,

gemachtigde: de advocaat mr. A.F. Kuster,

tegen:

de naamloze vennootschap

**ARUBA BANK N.V.,**

gevestigd in Aruba,

gedaagde,

hierna ook te noemen: de Bank,

gemachtigde: de advocaat mr. drs. T.D. Croes-Fernandes Pedra.

### 1. DE PROCEDURE

1.1 Het verloop van de procedure blijkt uit:

-het verzoekschrift, met producties;

-de door de Bank en door BCY c.s. ingezonden producties;

-de mondelinge behandeling van de zaak ter terechtzitting van donderdag 14 januari 2021.

-2-

1.2 BCY is ter zitting verschenen bij haar gemachtigde samen met Oduber en met mevrouw E. Croes (Directeur/Ultimate Beneficial Owner respectievelijk administratief medewerkster van BCY), en Oduber is tevens voor zichzelf verschenen samen met zijn gemachtigde. De Bank is verschenen bij haar gemachtigde, die werd vergezeld door mevrouw M. Tromp (Money Laundry Compliance Officer bij de Bank). Partijen hebben in twee termijnen het woord gevoerd - beiden mede aan de hand van een overgelegde al dan niet geheel voorgedragen pleitnota, beiden voorzien van toegelaten producties - en hebben gereageerd of kunnen reageren op elkaars stellingen. Partijen hebben tevens de aan hen door het Gerecht gestelde onderscheidenlijke vragen beantwoord.

1.3 Vonnis is bepaald op heden.

## **2. DE FEITEN**

2.1 Als enerzijds gesteld en anderzijds erkend dan wel niet of onvoldoende bestreden alsmede op grond van overgelegde producties voor zover niet of onvoldoende bestreden staat onder meer het volgende vast tussen partijen.

2.2 Oduber is 100% Ultimate Beneficial Owner van BCY (hierna: UBO). Oduber bankiert al méér dan 25 jaar probleemloos bij de Bank. Ook al zijn familieleden bankieren al jarenlang probleemloos bij de Bank.

2.3 Op enig in het verleden gelegen moment heeft Oduber in zijn hoedanigheid van UBO de Bank verzocht om ten behoeve van BCY een bankrekening te openen in verband met een nieuw project van BCY, genaamd Bochincha.

2.4 Oduber heeft alle door de Bank verzochte informatie betreffende BCY en de oprichting daarvan verstrekt aan de Bank. Aan de zijde van BCY en die van Oduber is ten opzichte van de Bank altijd sprake geweest van transparantie.

2.5 Alle andere op Aruba gevestigde banken hebben aan BCY c.s. laten weten dat zij geen bankrekening zullen openen ten behoeve van BCY.

2.6 De Landsverordening voorkoming en bestrijding witwassen en terrorismefinanciering (hierna: Lwtf) verplicht de Bank als financiële dienstverlener om bij het aangaan van een zakelijke relatie, zoals het openen van een bankrekening, een cliëntenonderzoek uit te voeren zodat de Bank weet met wie zij te maken heeft. Afhankelijk van de uitkomst van dat onderzoek wordt de potentiële klant ingedeeld in een risicocategorie: laag, gemiddeld, hoog of onaanvaardbaar

Minuut Exemplaar

risico. De risicocategorieën hebben te maken met het risico dat de Bank loopt om door een klant gebruikt te worden voor allerlei in strijd met de Lwtf zijnde handelingen, alsmede met het risico om reputatieschade op te lopen als gevolg van associatie met bepaalde klanten. Indien de Bank oordeelt dat het risico te hoog of onaanvaardbaar is, gaat zij geen zakelijk relatie aan met de potentiële klant.

2.7 Het Handboek van de Centrale Bank van Aruba (hierna: CBA), dat een leidraad is voor de toepassing van de Lwtf, legt grote nadruk op de vaststelling van de risicobereidheid (risk appetite) van banken bij het aangaan van zakelijke relaties. Banken moeten vastleggen hoeveel risico zij bereid zijn te accepteren. Banken bepalen zelf hun risicobereidheid. Hoewel de Lwtf en het CBA-handboek veel verplichtingen opleggen aan banken, laten zij de banken geheel vrij in het bepalen van wie zij als klant accepteren.

2.8 Bij brief van 19 november 2020 heeft de Bank aan BCY te kennen gegeven dat zij definitief geen bankrekening zal openen ten behoeve van BCY. Die brief vermeldt onder meer het volgende:

"(...).

*In an email, dated July 31, 2020, Aruba Bank (the Bank) informed you that it is unable to enter into a business relationship with BCY (...). The Bank also informed you that this decision is at the discretion of the Bank. The position of the Bank is supported by law as the law provides that people and businesses are free to choose with whom they wish to enter into a business relationship.*

*The fact that a person is already a client of the Bank does not mean that the Bank is obligated to open an account for a new company of the client. Each new account is a new business relationship. With each new business relationship, the Bank must assess whether it wishes to enter into the business relationship.*

*Whether the Bank enters into a new relationship depends on a number of factors, one of the most important of which is the risk appetite of the Bank. The primary goal of the risk appetite is to define the amount of risk the Bank as a financial institution is willing to accept in the pursuit of its objectives, as well as outlining the boundaries of its risk taking, beyond which the Bank is not willing to accept the risk. It is up to the Bank to determine its risk appetite.*

*When making the decision to enter into a (new) business relationship, the Bank must also take into account any negative news or adverse media reports on a (potential)*

-4-

*client. Negative news or adverse media reports on clients can cause serious damage to the reputation of the Bank.*

*The Bank is aware that you are a suspect in a criminal case about fraud and corruption that is still ongoing. This case has attracted a lot of negative publicity in the media in Aruba. The fact that you are a suspect, combined with the negative publicity surrounding the case, may have a negative impact on the reputation of the Bank.*

*The Bank has carefully considered all circumstances and the Bank has decided that it has no risk appetite for doing business with BCY (...). The Bank will therefore persevere in its decision not to enter into a relationship with BCY (...). (...)."*

### **3. DE STANDPUNTEN VAN PARTIJEN**

3.1 BCY c.s. vorderen dat het Gerecht - zo het begrijpt - bij uitvoerbaar bij voorraad te verklaren vonnis:

a. de Bank beveelt om binnen 24 uur na de uitspraak van dit vonnis ten behoeve van BCY een AWG-bankrekening te openen en open te houden onder de gebruikelijke voorwaarden en tegen een gebruikelijk tarief;

b. bepaalt dat de Bank ten behoeve van BCY c.s. een dwangsom verbeurt van Afl. 10.000,- per dag of deel daarvan dat de Bank voormeld bevel niet nakomt;

c. de Bank veroordeelt in de proceskosten.

3.2 De Bank voert verweer en concludeert dat BCY c.s. niet-ontvankelijk verklaard moeten worden in hun vorderingen, althans tot afwijzing daarvan, en tot veroordeling van BCY c.s. in de proceskosten.

3.3 Voorzover van belang voor de uitspraak worden de stellingen van partijen hierna besproken.

### **4. DE BEOORDELING**

4.1 Er zijn gronden gesteld noch gebleken waaruit volgt dat BCY c.s. of één van hen niet-ontvankelijk verklaard moet worden in het door hen of één van hen verzochte. Indien Oduber geen vorderingsrecht heeft op de Bank, zoals impliciet gesteld door de Bank, moet zijn rechtsvordering worden afgewezen. Het mogelijke ontbreken van

Minuut Exemplaar

spoedeisend belang bij de onderhavige rechtsvordering leidt tot afwijzing daarvan, niet tot niet-ontvankelijkheid. Het ontvankelijkheidsverweer van de Bank wordt verworpen.

4.2 Het spoedeisend belang van BCY c.s. bij hun vordering volgt uit de aard van die vordering en de daaraan ten gronde gelegde stellingen. Hierbij wordt nog overwogen dat Oduber als Ultimate Beneficial Owner van BCY onmiskenbaar belang heeft bij het verkrijgen van de verzochte bankrekening ten behoeve van BCY. In dat verband heeft naar het voorlopig oordeel van het Gerecht te gelden dat als blijkt dat BCY het vorderingsrecht heeft op de Bank zoals door BCY c.s. gesteld, Oduber dat recht eveneens heeft en dat in de onderhavige procedure met BCY kan vorderen. Het verweer van de Bank op dit onderdeel wordt ook verworpen.

4.3 Voor de verdere beoordeling van dit geschil wordt vooropgesteld dat banken in Aruba, waaronder begrepen de Bank, een niet onbelangrijke bijzondere maatschappelijke functie hebben ook ten opzichte van het Arubaanse bedrijfsleven, zodat bedrijven op gangbare wijze kunnen deelnemen aan het lokale en internationale handelsverkeer. Op gangbare wijze deelnemen aan dat verkeer betekent onder meer dat een bedrijf over een bankrekening beschikt. Dat geldt ook voor BCY.

4.4 In het licht van vorenstaande stelt de Bank dat zij de vrijheid heeft om al dan niet met BCY een overeenkomst tot het openen van een bankrekening ten behoeve van BCY te sluiten. Die stelling is in beginsel juist, met dien verstande dat de Bank gezien voormelde functie en de daaruit voortvloeiende op de Bank rustende zorgplicht een zakelijke relatie met in dit geval BCY alleen kan afwijzen indien daartoe objectief gerechtvaardigde zwaarwegende redenen zijn. Indien die reden of redenen ontbreken en de Bank evenwel weigert om de door BCY c.s. beoogde zakelijke relatie met BCY aan te gaan, handelt zij naar het voorlopig oordeel van het Gerecht onrechtmatig jegens BCY c.s..

4.5.1 Uit de Lwtf, waarin met dienstverleners onder meer wordt bedoeld de Bank, vloeit voort dat de Bank met betrekking tot een potentiële klant als BCY een cliëntenonderzoek dient te verrichten alvorens zij met haar een zakelijke relatie aangaat.

4.5.2 Het eerste lid van artikel 3 van die Landverordening luidt als volgt: "*Ter voorkoming en bestrijding van witwassen en terrorismefinanciering verrichten dienstverleners een cliëntenonderzoek dat in ieder geval het navolgende omvat:*

- a. de identificatie van de cliënt en de verificatie van diens identiteit,
- b. de identificatie van de uiteindelijk belanghebbende en het treffen van redelijke maatregelen om de identiteit van de uiteindelijke belanghebbende zodanig te verifiëren dat de dienstverlener overtuigd is van de identiteit van die uiteindelijke belanghebbende,
- c. de vaststelling van het doel en de beoogde aard van de zakelijke relatie, en
- d. de verrichting van doorlopende controle op de zakelijke relatie en de tijdens de duur van deze relatie verrichte transacties, teneinde te verzekeren dat deze overeenkomen met de kennis die de dienstverlener heeft van de cliënt en de uiteindelijke belanghebbende, van hun risicoprofiel, met, in voorkomend geval, een onderzoek naar de bron van het bij de transactie of zakelijke relatie gemoeide vermogen.”.

Minuut Exemplaar

4.5.3 Artikel 5 van de Lwtf luidt voorzover thans van belang als volgt:

“1. Een dienstverlener gaat ten aanzien van een cliënt die een rechtspersoon of een juridische constructie is na, of de natuurlijke persoon die stelt namens die cliënt te handelen daartoe bevoegd is, stelt de identiteit van die natuurlijke persoon vast en verifieert deze identiteit voordat hij de dienst verleent, en legt de gegevens over de rechtsvorm en de vertegenwoordiging van de cliënt vast.

2. Een dienstverlener treft ten aanzien van een cliënt als bedoeld in het eerste lid, redelijke maatregelen die in ieder geval ertoe leiden dat de dienstverlener inzicht verkrijgt in de eigendoms- en feitelijke zeggenschapsstructuur van de cliënt.

(...).”.

4.5.4 Artikel 11 van de Lwtf luidt voorzover thans van belang:

“Dienstverleners verrichten een verscherpt cliëntenonderzoek, indien en naar gelang een zakelijke relatie of transactie naar hun aard een hoger risico op witwassen of terrorismefinanciering met zich brengt. Het verscherpte cliëntenonderzoek wordt zowel voorafgaand aan de zakelijke relatie of de transactie, als gedurende de zakelijke relatie verricht in ieder geval de navolgende situaties:

g. bij politiek prominente personen;

(...).”.

4.6 In het licht van vorenstaande wettelijke bepalingen en de daaruit voor de Bank voortvloeiende cliënten-onderzoeksplicht staat vast dat Oduber alle door de Bank verzochte informatie betreffende BCY en de oprichting daarvan heeft verstrekt aan de Bank en dat dienaangaande van de zijde van BCY en die van Oduber ten opzichte van de Bank altijd sprake is geweest van transparantie. De Bank heeft

-7-

hierin dan ook geen aanleiding gevonden om een zakelijke relatie met BCY te weigeren.

4.7 Uit het hiervoor onder 2.8 geciteerd weergegeven schrijven van de Bank aan Oduber blijkt dat met name de vrees van de Bank voor reputatieschade als gevolg van de omstandigheid dat Oduber als verdachte is aangemerkt in een (nog steeds lopend) strafrechtelijk onderzoek ter zake van vermoedelijk door hem gepleegde fraude en corruptie tijdens zijn periode als minister en de negatieve berichtgeving daaromtrent in de lokale media de reden is geweest tot afwijzing van een zakelijke relatie met BCY. Naar het voorshandse oordeel van het Gerecht levert die omstandigheid echter naar objectieve maatstaven geen of onvoldoende zwaarwegende grond op om de door BCY c.s. beoogde zakelijk relatie met de Bank te weigeren. In de rechtstaat Aruba geldt immers nog steeds en onverkort de presumptie van onschuld; een verdachte als Oduber, die ter zitting stellig heeft ontkend iets te maken te hebben met hetgeen waarvan hij wordt verdacht, heeft te gelden als onschuldig zolang hij ter zake waarvan hij wordt verdacht niet onherroepelijk is veroordeeld door de strafrechter. De omstandigheid dat Oduber in Aruba een (gewezen) politiek prominente persoon is maakt dit niet anders. Van reputatieschade voor de Bank in de hier bedoelde zin kan wellicht eerst sprake zijn als Oduber wordt veroordeeld voor hetgeen waarvan hij thans wordt verdacht. Of dat ooit gaat gebeuren is nog maar zeer de vraag.

4.8 Hoewel in voormeld schrijven niet aangevoerd als reden voor het weigeren van de door BCY beoogde zakelijke relatie met de Bank heeft de Bank ter zitting als nadere weigeringsgrond gesteld dat voor haar bedrijven zoals BCY, waar veel contant geld in omloop gaat, een niet acceptabel risico vormen. Die stelling is zonder nadere doch ontbrekende uitleg onbegrijpelijk, omdat het van algemene bekendheid is dat in Aruba zaken als supermarkten, allerlei andere winkels en in de horeca veel contant geld in omloop gaat terwijl gesteld noch is gebleken dat die bedrijven geen zakelijke relatie kunnen aangaan en onderhouden met de Bank. Hier komt nog bij dat BCY c.s. onbestreden hebben gesteld alle financiële transacties binnen het project Bochincha volledig transparant en controleerbaar zijn in het kasregister en de administratie van BCY, terwijl heeft te gelden dat contant geld in Aruba nog steeds een wettig betaalmiddel is.

4.9 Bij de hiervoor geschetste stand van zaken valt in een bodemprocedure het oordeel te verwachten dat (1) de Bank onrechtmatig handelt jegens BCY c.s. door zonder valide grond daartoe geen zakelijke relatie aan te gaan met BCY en dat (2) de hiervoor onder a. omschreven vordering van BCY c.s. zal worden toegewezen.

De thans door BCY op dit onderdeel verzochte voorziening zal daarom in beginsel worden gegeven. Er zijn geen feiten of omstandigheden gesteld die een ander oordeel kunnen dragen. Met name de omstandigheid dat BCY thans bij gebreke van een bankrekening gebruik maakt van bankrekeningen van derden kan de Bank niet baten. BCY c.s. hebben naar het oordeel van het Gerecht terecht en niet of onvoldoende bestreden gesteld dat het voor Oduber gevaarlijk is als hij veel contant geld onder zich heeft en houdt, terwijl juist het met het nodige gevaar gepaard gaande onder zich hebben en houden van veel contant geld bedenkelijk is. Overigens is mede hierin gelegen het spoedeisend belang van BCY c.s. bij hun vordering onder a., zodat het voor BCY mogelijk wordt om als te doen gebruikelijk en op transparante wijze (gecontroleerd door de Bank) voorzien van een bankrekening deel te nemen aan het handelsverkeer.

Minuut Exemplaar

4.10.1 Afweging van de belangen van partijen maakt vorenstaande niet anders, omdat het Gerecht geen zwaarwegender belangen ziet aan de zijde van de Bank bij afwijzing van het door BCY c.s. verzochte ten opzichte van de belangen van BCY c.s. bij toewijzing daarvan met inachtneming van het navolgende.

4.10.2 Van gerechtvaardigde vrees van de Bank voor reputatieschade, welke vrees een voldoende zwaarwegende grond zou opleveren voor niet aangaan van een zakelijk relatie met BCY, kan - zoals hiervoor al gezegd - eerst sprake zijn als Oduber wordt veroordeeld voor hetgeen waarvan hij thans wordt verdacht. In dat verband zal het Gerecht aan het aan de Bank te geven bevel om een zakelijke relatie aan te gaan met BCY de voorwaarde verbinden dat als Oduber door de strafrechter in eerste aanleg wordt veroordeeld voor hetgeen waarvan hij thans wordt verdacht de Bank bevoegd is tot opzegging of ontbinding van de relatie met BCY met inachtneming van de in het dictum vermelde termijn. BCY c.s. hebben desgevraagd ter zitting te kennen gegeven dat zij zich kunnen vinden in een dergelijke voorwaarde. Hierbij wordt nog overwogen dat een veroordeling in eerste aanleg zelfs indien niet onherroepelijk met zich brengt dat anders dan thans het geval sprake is van een stevige en ernstige verdenking dat Oduber de strafbare feiten heeft gepleegd waarvan hij thans wordt verdacht.

4.11 Dwangsommen zullen gematigd en gemaximeerd worden opgelegd aan de Bank als na te melden. Daarmee wordt de Bank naar het oordeel van het Gerecht voldoende geprikkeld tot nakoming van dit vonnis.

4.12 De Bank zal, als de in het ongelijk gesteld partij, worden veroordeeld in de kosten van deze procedure gevallen aan de zijde van BCY c.s., tot aan deze



uitspraak begroot op (450,-- + 218,64 =) Afl. 668,64 aan verschotten en Afl. 1.500,-- aan salaris voor de gemachtigde.

## 5. DE BESLISSING

Het Gerecht, rechtdoende in kort geding:

5.1 beveelt Aruba Bank N.V. om zolang in een bodemprocedure niet anders wordt geoordeeld binnen 24 uur na de betekening van dit vonnis aan Aruba Bank N.V. ten behoeve van BCY een AWG-bankrekening te openen en geopend te houden onder de gebruikelijke voorwaarden en tegen een gebruikelijk tarief, onder de voorwaarde dat als Oduber door de strafrechter in eerste aanleg wordt veroordeeld voor hetgeen waarvan hij thans wordt verdacht Aruba Bank N.V. bevoegd is tot opzegging of ontbinding van de zakelijke relatie met BCY met inachtneming van termijn van twee maanden;

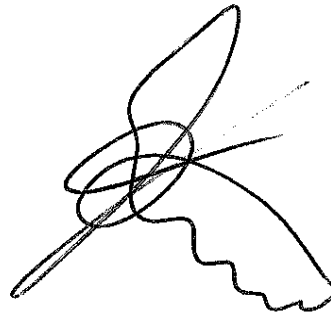
5.2 bepaalt dat Aruba Bank N.V. ten behoeve van BCY c.s. een dwangsom verbeurt van Afl. 2.500,-- per dag of deel daarvan dat Aruba Bank N.V. voormeld bevel niet of niet volledig opvolgt, met dien verstande dat Aruba Bank N.V. te dezen maximaal Afl. 500.000,-- aan dwangsommen kan verbeuren;

5.3 veroordeelt Aruba Bank N.V. in de kosten van deze procedure gevallen aan de zijde van BCY c.s., tot aan deze uitspraak begroot op Afl. 668,64 aan verschotten en Afl. 1.500,-- aan salaris voor de gemachtigde;

5.4 verklaart dit vonnis tot zover uitvoerbaar bij voorraad;

5.5 wijst af het meer of anders verzochte.

Dit vonnis is gewezen door mr. A.H.M. van de Leur, rechter, en in tegenwoordigheid van de griffier in het openbaar uitgesproken op woensdag 3 februari 2021.



Minuut Exemplaar