

ECLI:NL:GHARL:2023:6292

Instantie	Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden
Datum uitspraak	25-07-2023
Datum publicatie	27-07-2023
Zaaknummer	200.312.434
Rechtsgebieden	Civiel recht
Bijzondere kenmerken	Hoger beroep
Inhoudsindicatie	Financieel recht: vraag of bank onzorgvuldig heeft gehandeld door onderneming met een beroep op haar beleid virtuele valuta te verplichten afstand te doen van bitcoinportefeuille. Wft en Wwft.
Vindplaatsen	Rechtspraak.nl Sdu Nieuws Financieel recht 2023/178 Sdu Nieuws Ondernemingsrechtpraktijk 2023/287 NTHR 2023, afl. 5, p. 184 NTHR 2023, afl. 5, p. 192 JOR 2024/10 met annotatie van Mr. dr. R.I.V.F. Bertrams

Uitspraak

GERECHTSHOF ARNHEM-LEEWARDEN

locatie Arnhem, afdeling civiel

zaaknummer gerechtshof 200.312.434

zaaknummer rechtbank Midden-Nederland, locatie Utrecht: 520848

arrest van 25 juli 2023

in de zaak van

1 Decos Beheer B.V.

2. Decos Blockchain B.V.

die zijn gevestigd in Leiden

die hoger beroep hebben ingesteld

en bij de rechtbank optraden als eiseressen

hierna: samen Decos en ieder afzonderlijk Decos Beheer en Decos Blockchain

advocaat: mr. M. van Eersel,

tegen

Coöperatieve Rabobank U.A.

die is gevestigd in Utrecht

en bij de rechtbank optrad als gedaagde

hierna: Rabobank

advocaat: mr. K.M. Kole

1 Het verloop van de procedure in hoger beroep

Naar aanleiding van het arrest van 18 oktober 2022 heeft op 20 april 2023 een mondelinge behandeling bij het hof plaatsgevonden. Daarvan is een verslag gemaakt dat aan het dossier is toegevoegd (het proces-verbaal). Hierna hebben partijen het hof gevraagd opnieuw arrest te wijzen.

2 De kern van de zaak

- 2.1. De centrale vraag in deze procedure is of Rabobank tekort is geschoten in haar zorgplicht, dan wel onrechtmatig heeft gehandeld tegenover Decos door Decos mede te delen dat zij de bankrelatie zou beëindigen als Decos haar bitcoins niet zou verkopen.
- 2.2. Het hof komt tot het oordeel dat sprake is van een toerekenbare tekortkoming van Rabobank in de nakoming van de met Decos gesloten overeenkomsten door in strijd met de op haar rustende zorgplicht van Decos te eisen dat zij al haar posities in bitcoin zou verkopen, omdat Rabobank zich anders genoodzaakt zou zien de bankrelatie te beëindigen. Rabobank zal daarom de schade moeten vergoeden die Decos daardoor heeft geleden. Hieronder wordt toegelicht hoe het hof tot dit oordeel komt.

3 Het oordeel van het hof

De feiten

- 3.1. Decos Beheer en Decos Blockchain maken deel uit van de Decos Groep, een onderneming die zich richt op de ontwikkeling van nieuwe technologie voor efficiënter werken en duurzamer leven, zoals het papierloos maken en digitaliseren van (overheids)instanties. In 2013 werd begonnen met onderzoek naar cryptomunten en mining daarvan. Vanaf dat jaar kocht en verkocht Decos ook bitcoins. Deze activiteiten waren eerst ondergebracht in Decos Driving Insights B.V. en later in Decos Blockchain, die zich ging richten op de ontwikkeling van blockchain, de technologie achter onder meer de bitcoin.
- 3.2. Decos Groep is klant van Rabobank en heeft daar verschillende betaalrekeningen lopen voor haar groepsvennootschappen. Decos heeft onder meer twee rekening-courant overeenkomsten met Rabobank gesloten in respectievelijk 2013 en 2016.

- 3.3. Op 18 juni 2019 hebben partijen een overleg gehad, waarna Rabobank een intern cliëntonderzoek naar Decos heeft afgerond. Op 9 juli 2019 heeft Decos een e-mail ontvangen van Rabobank, waarin zij Decos op de hoogte stelt van de bevindingen uit dat cliëntonderzoek:

Nu uit onderzoek is gebleken dat de onderneming middels het aan- en verkopen van Bitcoins, alsmede het minen van virtuele valuta, niet voldoet aan het beleid Rabobank virtuele valuta, dient zij deze activiteiten per direct te beëindigen.

Nu uit onderzoek is gebleken dat de onderneming nog over Bitcoins beschikt dient zij deze binnen een afzienbare termijn (zijnde binnen 3 maanden) te verkopen teneinde haar activiteiten in lijn met het Rabobank beleid virtuele valuta te brengen. Wij vragen Decosu bij iedere transactie een verkoopbewijs alsmede een nieuw portefeuilleoverzicht van de nog resterende Bitcoins te overleggen.

Decos heeft diezelfde dag per e-mail vragen gesteld over het beleid van Rabobank inzake virtuele valuta en Rabobank gevraagd om dit beleid toe te sturen:

Wat ik echter al wel wil opvragen is het beleid van Rabobank inzake virtuele valuta. Je wijst erop dat Decos niet voldoet aan dit beleid maar dat kunnen wij ook niet als wij dit beleid nog nooit hebben ontvangen.

- 3.4. Daarop heeft Rabobank in een e-mail van 10 juli 2019 onder meer geantwoord:

Het CDD beleid is uitsluitend voor intern gebruik, deze kunnen we helaas niet delen. Dit betekent dat wij ook op onze website geen informatie hebben over ons beleid.

- 3.5. Op de vraag van Decos wat de consequenties zijn voor Decos als niet aan de eisen van Rabobank wordt voldaan, antwoordt Rabobank in een e-mail van 18 juli 2019:

Je vraag heeft betrekking op de toepassing van de WWFT.

Vanuit de WWFT is daarbij de volgende regelgeving voor de bank van belang:

Deze WWFT verplichting bestaat op basis artikel 3 lid 2 WWFT onder meer uit:

b. de uiteindelijk belanghebbende van de cliënt te identificeren en op risico gebaseerde en adequate maatregelen te nemen om zijn identiteit te verifiëren, en indien de cliënt een rechtspersoon is, op risico gebaseerde en adequate maatregelen te nemen om inzicht te verwerven in de eigendoms- en zeggenschapsstructuur van de cliënt;

c. het doel en de beoogde aard van de zakelijke relatie vast te stellen;

d. 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 de instelling heeft van de cliënt en diens risicoprofiel, met zo nodig een onderzoek naar de bron van de middelen die bij de zakelijke relatie of de transactie gebruikt worden;

De wet geeft daarbij onder artikel 5 lid 2 WWFT aan dat:

Indien een instelling met betrekking tot een zakelijke relatie niet kan voldoen aan artikel 3, eerste tot en met vierde lid en dertiende lid, onderdeel a, beëindigt de instelling die zakelijke relatie.

- 3.6. Decos heeft in juli 2019 haar bitcoins verkocht.

De vorderingen en omvang van het hoger beroep

- 3.7. Decos heeft de rechtbank verzocht om voor recht te verklaren dat Rabobank toerekenbaar is tekortgeschoten in haar zorgplicht jegens Decos, dan wel onrechtmatig jegens Decos heeft gehandeld, door (a) ten onrechte te dreigen met beëindiging van de bankrelatie als Decos niet zou voldoen aan het verzoek om al haar bitcoins te verkopen, (b) door Decos anders te behandelen dan andere klanten

zonder dat daarvoor een rechtvaardigingsgrond bestond, of (c) door geen duidelijke onderbouwing te geven voor het niet langer accepteren van Decos als klant, als zij nog enige positie in bitcoin zou aanhouden. Tevens heeft Decos verzocht voor recht te verklaren dat Rabobank verplicht is om de schade die Decos hierdoor heeft geleden te vergoeden.

- 3.8. De rechtbank heeft deze vorderingen afgewezen. De bedoeling van het hoger beroep is dat de afgewezen vorderingen alsnog worden toegewezen.

Het beoordelingskader

- 3.9. Het gaat in deze zaak om de vraag of Rabobank met een beroep op haar beleid mocht afdwingen dat Decos haar bitcoins verkocht met de waarschuwing dat Rabobank anders de bankrelatie met Decos zou opzeggen. Decos verwijt Rabobank daarbij dat zij geen inzicht heeft verschaft in het door haar gevoerde beleid, terwijl Decos hier meermaals om heeft verzocht. Bij het beantwoorden van die vraag gelden de volgende uitgangspunten.

- 3.10. Tussen Rabobank en Decos bestaat een langlopende bankrelatie. In artikel 35 Algemene Bankvoorwaarden (ABV) is geregeld dat Rabobank met toepassing van artikel 2 lid 1 ABV die bankrelatie in beginsel mag opzeggen. Op grond van artikel 2 lid 1 ABV heeft de bank een contractuele zorgplicht die met zich meebrengt dat zij zorgvuldig dient om te gaan met de belangen van haar klanten. Een bank mag een bancaire relatie daarom niet zonder meer eenzijdig opzeggen op grond van het beleid en/of de eigen algemene voorwaarden. De klant moet op haar beurt voldoen aan haar verplichtingen tegenover de bank. Ook dat is vastgelegd in artikel 2 (lid 2) ABV. Die verplichting houdt onder meer in dat de klant (na eventuele vragen van de bank) openheid van zaken moet geven, zodat de bank kan voldoen aan haar wettelijke verplichtingen.

Ook volgens het algemeen contractenrecht hebben banken het recht om niet te worden verplicht een contractuele relatie aan te gaan of in stand te houden met een ander. Die mogelijkheid is gebaseerd op het beginsel van de contractsvrijheid. Dit is een fundamenteel en zwaarwegend recht, maar het is niet onbegrensd. Vanwege hun maatschappelijke positie en bijzondere deskundigheid rust op banken ook op grond van de wet en de rechtspraak een algemene en bijzondere (bancaire) zorgplicht en kan schending daarvan tot aansprakelijkheid van de bank leiden. In de rechtspraak is in het verlengde daarvan geoordeeld dat een opzegging door een bank niet rechtmatig is indien deze naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is.¹

- 3.11. Vanwege de maatschappelijke functie die een bank vervult en het belang van een veilige en solide financiële sector is een bank verplicht beleid te voeren dat gericht is op de instandhouding van haar integriteit (artikel 3:10 en 3:17 Wet op het financieel toezicht). In de op 25 juli 2018 in werking getreden Wet ter voorkoming van witwassen en financieren van terrorisme (Wwft) is meer specifiek bepaald dat banken moeten voorkomen dat via hun rekeningen geld wordt witgewassen of dat geld naar terroristische organisaties gaat. Een belangrijk aspect van deze verplichting is het doorlopend uitvoeren van cliëntonderzoek (Know Your Client en Customer Due Diligence), dat is geregeld in artikel 2a lid 1 en artikel 3 Wwft (cliëntonderzoek), artikel 6 Wwft (vereenvoudigd cliëntonderzoek) en artikel 8 Wwft (verscherpt cliëntonderzoek). Wanneer het cliëntonderzoek niet volledig kan worden uitgevoerd, dan mogen banken de relatie niet aangaan of moeten zij die opzeggen (artikel 5 lid 1 sub a-c en artikel 5 lid 3 Wwft). Op het niet naleven van deze toezichtregels staan hoge boetes.

- 3.12. Uit het voorgaande vloeit voort dat een bank haar acceptatiebeleid mag wijzigen of aanscherpen om zo risico's te beperken en het makkelijker te maken om aan de verplichtingen uit de W(w)ft te kunnen voldoen, bijvoorbeeld door te bepalen dat zij geen zaken meer zal doen in een bepaalde sector. Wanneer een bank op basis daarvan een bestaande relatie opzegt of aangepast beleid oplegt, dient zij echter ook dan, met het oog op de op haar rustende zorgplicht, aandacht te schenken aan de concrete omstandigheden van de individuele klant. Aan de hand van de omstandigheden van het geval zal derhalve steeds een afweging moeten worden gemaakt tussen enerzijds de belangen van de bank en anderzijds de belangen van de klant. Bij die belangenafweging komt enerzijds gewicht toe aan de

verschillende onderzoeks- en controleverplichtingen van de bank op grond van (onder meer) de Wwft. Zo zijn banken verplicht om relaties met klanten tegen te gaan die het vertrouwen in de financiële onderneming of financiële markten kunnen schaden en onder bepaalde omstandigheden cliëntenonderzoek en onderzoek naar verrichte transacties uit te voeren. Anderzijds weegt mee dat een klant vaak weinig of geen alternatieven voor de huidige bancaire relatie beschikbaar heeft en door de (dreiging van de) beëindiging van de bancaire relatie de bedrijfscontinuïteit in het geding kan komen als overstappen naar een andere bank niet (meteen) mogelijk is. Daarbij moet tevens worden afgewogen of de door de bank aangegeven risico's op witwassen en terrorismefinanciering voldoende reëel zijn om het belang van de klant om aan het betalingsverkeer te kunnen blijven deelnemen, aan te mogen tasten. Als de bank zich niet kan baseren op Wwft-gerelateerde gronden en de klant ook verder zijn verplichtingen op grond van artikel 2 lid 2 ABV niet heeft geschonden, dan is opzegging van een bancaire relatie in strijd is met de zorgplicht en/of naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar, wanneer aan die opzegging niet ten minste een redelijke (zeer ruime) termijn wordt verbonden.

Het beleid inzake virtuele valuta en de W(w)ft

- 3.13. Decos heeft gemotiveerd gesteld dat voor de handelwijze van Rabobank tegenover haar geen rechtvaardiging kan worden gevonden in de Wwft. Rabobank heeft dit bestreden en aangevoerd dat zij vanwege de in de Wwft en Wft opgenomen verplichtingen destijds wel gehouden was om niet (langer) toe te staan om ondernemingen te faciliteren die actief waren in (de handel in) virtuele valuta. Het hof overweegt als volgt.
- 3.14. Decos heeft sinds 2013 zo nu en dan bitcoins gekocht en verkocht. De bitcoinportefeuille is ook ieder jaar opgenomen in de jaarrekening van Decos, die jaarlijks aan Rabobank werd toegezonden. Tijdens de mondelinge behandeling van de zaak in hoger beroep heeft Rabobank hierover gezegd dat dit juist is, maar dat zij pas in 2018 echt aandacht kreeg voor de bitcoins. Dit heeft volgens Rabobank onder andere te maken met het feit dat in 2018 sprake is geweest van een omslagpunt met betrekking tot virtuele valuta: bitcoins werden *trending topic* en de handel in cryptocurrency nam een grote vlucht. De virtuele valutamarkt werd volgens Rabobank volatiel en handelsplatformen bevonden zich op dat moment volledig buiten het bereik van wetgeving en toezicht. Dat maakte dat toezichthouders grote terughoudendheid adviseerden ten aanzien van de handel in virtuele valuta. Rabobank is daarom in die periode beleid gaan voeren om de risico's die gepaard gaan met aan- en verkopen van virtuele valuta in te perken.
- 3.15. Het beleid dat Rabobank in die periode ten aanzien van virtuele valuta is gaan voeren, houdt kort gezegd in dat zij geen ondernemingen faciliteert die actief zijn in (de handel in) cryptos (virtuele valuta). Tijdens de zitting in hoger beroep heeft Rabobank toegelicht dat haar beleid gericht is op een algeheel verbod tot aan- en verkoop van virtuele valuta en dat dit mede omvat het enkele houden van virtuele valuta, omdat dit niet mogelijk is zonder aan- of verkoop. Rabobank motiveert haar beleid aldus dat een belangrijk kenmerk van virtuele valuta is dat deze zonder tussenkomst van derden/financiële instellingen, zoals Rabobank, kunnen worden gecreëerd binnen een bestaand blockchain-netwerk en vervolgens kunnen worden omgewisseld in reguliere valuta. Rabobank is daardoor onvoldoende in staat onderzoek te doen naar de achterliggende betrokken partijen en kan niet vaststellen of de gebruikte middelen afkomstig zijn uit niet-legale activiteiten, dan wel worden aangewend ter financiering van niet-legale/criminele activiteiten en een hoog risico met zich brengen als het gaat om witwassen en terrorismefinanciering en overtreding van wet- en regelgeving. Op zitting in hoger beroep heeft Rabobank nader uiteengezet dat het particuliere klanten wel is toegestaan om virtuele valuta te houden, kopen en verkopen. Daaraan wordt wel de voorwaarde gesteld dat de herkomst van het vermogen helder is en het aantal transacties beheersbaar. Omdat het bij ondernemingen vaak om hogere bedragen gaat en met meerdere wallets wordt gewerkt, en omdat met enige regelmaat zakelijke structuren gebruikt worden om geld wit te wassen, heeft Rabobank in haar beleid onderscheid gemaakt tussen particuliere en zakelijke klanten.

3.16. Dat Rabobank strikt beleid hanteert ten aanzien van (de handel) in virtuele valuta door ondernemingen is gelet op de door Rabobank genoemde risicos niet onbegrijpelijk. Het staat Rabobank in beginsel vrij om dit beleid te voeren. Ook wanneer dit beleid betekent dat zakelijke klanten geen virtuele valuta via Rabobank kunnen verhandelen of aanhouden. De stelling van Rabobank dat de Wwft haar ertoe verplicht dit beleid te voeren, berust echter op een onjuiste interpretatie van de door Rabobank aangehaalde bepalingen uit deze wet. Artikel 3 lid 2 sub d Wwft brengt weliswaar mee dat de bank in bepaalde gevallen onderzoek moet kunnen doen naar de bron van de middelen, maar Rabobank heeft onvoldoende onderbouwd waarom dat bij een onderneming als Decos niet mogelijk zou zijn. Uit de memorie van toelichting volgt dat de wet een individuele toets voorschrijft ten aanzien van specifieke transacties.² Dat is wat anders dan de volledige uitsluiting van een bepaald soort transacties voor alle zakelijke klanten. Dat is eigen beleid van Rabobank en gaat verder dan de verplichtingen die voortvloeien uit de Wwft. Ook de Wft kent geen verplichting om ondernemingen die zich bezig houden met virtuele valuta (bij voorbaat) uit te sluiten.

Decos heeft in verband met de individuele toets aangevoerd dat de bron van de middelen bij haar eenvoudig is vast te stellen omdat zij de bitcoins heeft gekocht met de winsten/het vermogen van de onderneming. Op zitting heeft zij verder toegelicht dat ten tijde van het cliëntonderzoek de aan- en verkoop verliep via één wallet bij BL3P. Rabobank heeft op zitting bevestigd dat de omstandigheid dat de (ver)koop via BL3P verliep niet als een bijzonder risico werd beschouwd, maar het enkele feit dat er sprake was van aan- en verkoop van bitcoins.

3.17. Uit het voorgaande volgt dat de verplichting van de bank aan Decos het houden van en handelen in bitcoins binnen drie maanden te staken, niet (rechtstreeks) kan worden gegrond op de W(w)ft.

Zorgplicht en beleidsvrijheid: belangenafweging

3.18. De vraag die vervolgens voor ligt is of Rabobank, ondanks dat zij dit beleid in beginsel mag voeren, haar zorgplicht heeft geschonden door van Decos te eisen dat zij haar bitcoinportefeuille verkoopt met daarbij de waarschuwing dat de Rabobank anders de bankrelatie zou opzeggen. Voor het antwoord op deze vraag is om te beginnen van belang of het gevoerde beleid (tijdig) door Rabobank kenbaar is gemaakt aan Decos. Op grond van de bancaire zorgplicht is Rabobank verplicht haar klanten te informeren over haar beleid op het moment dat zij daar om vragen. Decos heeft meermaals gevraagd om een kopie van het beleid waar Rabobank naar verwees in haar e-mails, maar heeft die niet gekregen. Ook op de website van Rabobank werd (destijds) geen informatie verstrekt over het gevoerde beleid ten aanzien van de handel in virtuele valuta. Dit beleid was alleen bestemd voor intern gebruik en daarom niet bekend gemaakt aan of kenbaar voor klanten van de bank, aldus Rabobank. Op zitting heeft Rabobank ook bevestigd dat het beleid nieuw was. Rabobank heeft gewezen op enkele publicaties van De Nederlandse Bank (DNB) en op relevante wetgeving (met name art. 3 lid 2 Wwft) die hebben geleid tot het door Rabobank gevoerde beleid. Rabobank heeft verder aangevoerd dat het mede gezien de waarschuwingen van toezichthouders een feit van algemene bekendheid is dat de handel in virtuele valuta risicos met zich meebrengt. Decos had daarom, ook zonder kennis van het beleid van Rabobank, op zijn minst kunnen vermoeden dat de handel in bitcoins bij Rabobank op weerstand zou stuiten, omdat dit ook kon leiden tot integriteitsrisicos, zo voert Rabobank aan.

Dit is echter onvoldoende om te kunnen concluderen dat het beleid waar Rabobank zich in deze zaak op beroept, een algeheel verbod op handel in virtuele valuta, kenbaar is gemaakt aan Decos. Rabobank had rekening moeten houden met het belang dat Decos had bij kennis van het door Rabobank gevoerde beleid en haar zonder meer moeten informeren over de inhoud en strekking ervan toen zij Decos confronteerde met dat beleid en Decos, vanwege de verstrekkende gevolgen die Rabobank daaraan verbond, daar om vroeg.

3.19. Vervolgens is van belang of Rabobank bij de handhaving van haar beleid jegens Decos een individuele en zorgvuldige belangenafweging heeft gemaakt. Een zorgvuldige afweging van de wederzijdse belangen kan namelijk in de weg staan aan handhaving van het gevoerde beleid (en daarmee ook aan een eventuele beëindiging van de bankrelatie, zie hierna). Rabobank heeft in algemene bewoordingen betoogd dat bij de handel in virtuele valuta sprake is van een verhoogd risico

op witwassen en financiering van terrorisme of andere criminele activiteiten. Rabobank heeft echter niet aangevoerd dat zich verhoogde risico's voordeden bij Decos. Rabobank heeft daarmee haar aanzegging in feite alleen gebaseerd op (categoriale) bezwaren aangaande virtuele valuta. Ten aanzien van de aan- en verkoop van bitcoins door Decos heeft Rabobank op geen enkel moment duidelijk gemaakt op basis waarvan het risico zodanig hoog werd geacht dat er van Decos mocht worden geëist dat zij haar volledige portefeuille binnen drie maanden zou verkopen.

- 3.20. Decos liet haar vermogenspositie in bitcoins jaarlijks controleren door haar accountant en Rabobank kon deze steeds terugvinden in de jaarrekening. Het argument van Rabobank dat Decos Rabobank ten onrechte niet heeft geïnformeerd over een belangrijke wijziging in haar bedrijfsactiviteiten, te weten de ontwikkeling van cryptos, gaat niet op. Uit een e-mail van Decos aan Rabobank van 12 juni 2019 blijkt dat het minen van bitcoins zeer beperkt van omvang was. Rabobank heeft tijdens de zitting in hoger beroep bevestigd dat Decos bereid was om het minen van cryptovaluta te staken en heeft daarbij verteld dat het minen ook niet is meegenomen in het uiteindelijke cliëntonderzoek. Rabobank heeft niet uitgelegd waarin het risico ten aanzien van Decos dan wel bestond anders dan het algemene gegeven dat virtuele valuta gepaard gaan met een verhoogd risico op illegale activiteiten. Uit de aan- en verkoopoverzichten kan worden afgeleid dat er in de bitcoinportefeuille van Decos weinig transactieverkeer was. Decos heeft toegelicht dat zij zo nu en dan, meestal aan het einde van het jaar, posities verkocht ten behoeve van de liquiditeit van het bedrijf, en dan enkele maanden later weer bitcoins kocht om de reserves aan te vullen. Dat sprake was van speculatieve beleggingsactiviteiten waar onvoldoende zicht op was, is niet gebleken en dat dit wel zo zou zijn heeft Rabobank niet concreet gemaakt. Niet is gebleken dat Rabobank op enig moment aanwijzingen had dat er in het geval van Decos een onacceptabel risico bestond op witwassen, terrorismefinanciering of overtreding van andere wet- of regelgeving. Decos heeft ook steeds voldaan aan de verzoeken van Rabobank om (extra) informatie te verschaffen. Uit deze gang van zaken blijkt niet dat Rabobank een individuele en zorgvuldige belangenafweging heeft gemaakt voordat zij haar beleid aan Decos oplegde.
- 3.21. Ook de termijn die Rabobank heeft gehanteerd bij de aanzegging getuigt van onvoldoende oog voor de belangen van Decos. Decos kreeg slechts drie maanden de tijd om te zorgen dat zij voldeed aan het beleid van Rabobank. Gezien de langlopende bancaire relatie, het grote belang dat Decos had bij de voortzetting daarvan en het gegeven dat de mogelijkheid van overstappen naar een andere bank op zijn minst onzeker was en ook meer tijd in beslag zou nemen dan drie maanden, had Rabobank aan haar eisen in elk geval een redelijke(re) termijn moeten verbinden. De door Rabobank aangevoerde algemene belangen om vast te houden aan haar nieuwe beleid staan daarmee niet in verhouding tot het belang van Decos bij het aanhouden van haar bankrekening(en) en voortzetting van haar onderneming.
- 3.22. De bancaire zorgplicht brengt met zich mee dat Rabobank bij haar besluitvorming een zorgvuldige afweging had moeten maken tussen haar eigen belang bij risicobeperking enerzijds, en het belang van Decos bij de instandhouding van de bancaire relatie anderzijds. Het is, zoals gezegd, niet onrechtmatig om een mogelijke beëindiging van de relatie aan te kondigen. Ook Rabobank heeft dat recht, onder meer op grond van artikel 35 ABV. Maar ook bij opzegging dient de bank zorgvuldig te werk te gaan en een individuele afweging te maken. Het stond Rabobank niet zonder meer vrij om de bancaire relatie op te zeggen of daarmee te dreigen. Uit de stukken volgt niet dat Rabobank rekening heeft gehouden met de genoemde belangen van Decos en in dat kader een belangenafweging heeft gemaakt. Rabobank heeft in feite slechts aangegeven de bancaire relatie te zullen beëindigen als Decos zich niet aan het door Rabobank gevoerde beleid ten aanzien van de handel in virtuele valuta zou houden. Decos voelde zich onder druk gezet en heeft gehandeld op basis van de overtuiging dat de bankrelatie zou worden opgezegd als zij zich niet zou conformeren aan het beleid van Rabobank. Rabobank heeft daarom onzorgvuldig gehandeld door Decos te dwingen binnen drie maanden haar bitcoinportefeuille van de hand te doen onder dreiging van opzegging van de bankrelatie, terwijl die opzegging naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou zijn geweest nu een zwaarwegende grond daarvoor ontbrak. De belangen van Decos wegen zwaar en Rabobank had met meer moeten komen dan algemene stellingen over de risico's van de handel in virtuele valuta om die terzijde te

kunnen schuiven. Zij is daarmee toerekenbaar tekortgeschoten in de nakoming van de op haar rustende zorgplicht jegens Decos.

Schade en causaal verband

- 3.23. In juli 2019 heeft Decos al haar bitcoins verkocht. Dat had zij niet gedaan als Rabobank haar niet had opgelegd al haar posities in virtuele valuta binnen drie maanden van de hand te doen, omdat zij anders de bankrelatie zou beëindigen. Het hof heeft hiervoor al geoordeeld dat Rabobank met deze handelwijze is tekortgeschoten in de nakoming van haar zorgplicht jegens Decos. Om vast te kunnen stellen in hoeverre Decos hierdoor ook schade heeft geleden die door Rabobank moet worden vergoed, moet worden beoordeeld of Decos anders zou hebben gehandeld zonder deze eis van Rabobank (condicio sine qua non) en of het vervolgens aannemelijk is dat Decos hierdoor schade heeft geleden. Daarvoor dient een vergelijking gemaakt te worden tussen de situatie zoals deze zich feitelijk heeft voorgedaan (de situatie waarin Decos op aangeven van Rabobank in juli 2019 haar volledige bitcoinportefeuille heeft verkocht) en de hypothetische situatie dat Rabobank niet van Decos had geëist dat zij haar bitcoins verkocht.
- 3.24. Voor situaties waarin onzekerheid bestaat over de vraag of een tekortkoming schade heeft veroorzaakt kan de leer van de kansschade uitkomst bieden. Bij de toepassing van het leerstuk van de kansschade is aan het vereiste van condicio sine qua non-verband tussen het toerekenbaar tekortschieten en de schade voldaan wanneer zonder de normschending een reële kans op een beter resultaat zou hebben bestaan.³ Het gaat hier dus om het condicio sine qua non-verband tussen de toerekenbare tekortkoming en de verloren kans op een beter resultaat. Ook nu het in feite afhankelijk was van het gedrag van Decos of de kans op een beter resultaat zich zou hebben verwezenlijkt in de hypothetische situatie waarin Rabobank haar die kans niet zou hebben onthouden, is het mogelijk om kansschade vast te stellen.
- 3.25. Uit het verloop van de transacties in het jaar voorafgaand aan de verkoop van de complete portefeuille in juli 2019 blijkt dat Decos haar posities in bitcoin vooral gebruikte als reserve, waarmee zij, wanneer zij dat nodig achtte, haar liquiditeit kon aanvullen. Zo werden ongeveer eens in het jaar delen van de portefeuille verkocht en werden er in het jaar daarop weer bitcoins aangekocht. Het hof acht het aannemelijk dat, zoals door Decos is gesteld en door Rabobank niet is betwist, dit de praktijk was gebleven als Rabobank niet had ingegrepen. Decos zou dus zonder de tussenkomst van Rabobank mogelijk helemaal geen bitcoins hebben verkocht in juli 2019 en het is in elk geval aannemelijk dat zij een deel van haar portefeuille zou hebben aangehouden, waardoor zij (in ieder geval) minder transactiekosten had hoeven maken. Daarbij is het tevens aannemelijk dat Decos door de gedwongen verkoop in juli 2019 verlies heeft geleden dan wel winst heeft gederfd doordat zij niet heeft kunnen profiteren van de substantiële waardevermeerdering van de bitcoin in de periode daarna. Decos heeft op de zitting in hoger beroep toegelicht dat de koers van de bitcoin weliswaar enorm heeft gefluctueerd, maar nooit meer zo laag is geweest als in juli 2019. Het is daarmee aannemelijk dat Decos haar bitcoins op enig moment tegen een hogere waarde had kunnen verkopen, dan wel dat de bitcoinportefeuille verder in waarde zou zijn toegenomen. Met andere woorden, zonder de toerekenbare tekortkoming van Rabobank had Decos een reële kans op een beter resultaat.
- 3.26. Decos vordert uitsluitend verklaringen voor recht en nog geen concrete vergoeding van de schade. Zoals hiervoor geoordeeld acht het hof het voldoende aannemelijk dat Decos schade heeft geleden, waardoor het de gevorderde verklaringen voor recht zal toewijzen. Tijdens de zitting in hoger beroep is besproken dat het hof die beslissing kan nemen als zij in algemene zin de kans dat Decos schade heeft geleden aannemelijk acht, hetgeen hierboven reeds is overwogen.⁴ De verklaring voor recht opent de mogelijkheid naar een afzonderlijke schadestaatprocedure, waarin de hoogte van de schade kan worden vastgesteld. Het vaststellen van de hoogte van de schade is in deze zaak geen gemakkelijke opgave. Verschillende factoren zijn van invloed op de procentuele kans dat de bitcoinportefeuille op enig moment een hogere waarde zou hebben gehad, zoals de waardeontwikkeling van de bitcoin, het verwachte aan- en verkoopgedrag van Decos in de periode na juli 2019 en de peildatum die als

uitgangspunt moet dienen voor het vaststellen van de mogelijke waarde van de portefeuille. Ook zal een inschatting moeten worden gemaakt van de kans dat dit scenario zich ook daadwerkelijk zo zou hebben verwezenlijkt om tot het uiteindelijke schadebedrag te komen.

De conclusie

- 4.1. Het hoger beroep slaagt. Omdat Rabobank in het ongelijk zal worden gesteld, zal het hof Rabobank tot betaling van de proceskosten zowel in hoger beroep als bij de rechtbank veroordelen. Onder die kosten vallen ook de nakosten die nodig zijn voor de betekening van de uitspraak en de wettelijke rente daarover. De rente is verschuldigd vanaf veertien dagen na die betekening.⁵
- 4.2. De veroordelingen in deze uitspraak kunnen ook ten uitvoer worden gelegd als een van partijen de beslissing van het hof voorlegt aan de Hoge Raad (uitvoerbaarheid bij voorraad).

5 De beslissing

Het hof:

- 5.1. vernietigt het vonnis van de rechtbank Midden-Nederland, locatie Utrecht van 30 maart 2022 en beslist als volgt:
- 5.2. verklaart voor recht dat Rabobank toerekenbaar is tekortgeschoten in haar zorgplicht jegens Decos door ten onrechte te dreigen met beëindiging van de bankrelatie als Decos niet zou voldoen aan het verzoek om al haar bitcoins te verkopen;
- 5.3. verklaart voor recht dat Rabobank verplicht is om de schade die Decos hierdoor heeft geleden te vergoeden;
- 5.4. veroordeelt Rabobank tot betaling van de volgende proceskosten van Decos tot aan de uitspraak van de rechtbank:
667,- aan griffierecht
85,81 aan kosten voor het betekenen van de dagvaarding aan Rabobank
1.126,- aan salaris van de advocaat van Decos (2 procespunten x tarief 563)

en tot betaling van de volgende proceskosten van Decos in hoger beroep:

783,- aan griffierecht
103,33 aan kosten voor het betekenen van de dagvaarding aan Rabobank
2.366,- aan salaris van de advocaat van Decos (2 procespunten x appeltarief 1.183)
- 5.5. bepaalt dat al deze kosten moeten worden betaald binnen 14 dagen na vandaag. Als niet op tijd wordt betaald, dan worden die kosten verhoogd met de wettelijke rente;
- 5.6. verklaart de proceskostenveroordeling uitvoerbaar bij voorraad;
- 5.7. wijst af wat verder is gevorderd.

Dit arrest is gewezen door mrs. I. Brand, M.P.M. Hennekens en M.C. Bijl, en is door de rolraadsheer in tegenwoordigheid van de griffier in het openbaar uitgesproken op 25 juli 2023.

¹ HR 10 oktober 2014, ECLI:NL:HR:2014:2929 (ING/De Keijzer).

² Kamerstukken II 2007/08, 31 238, nr. 3, p.18.

³ HR 26 maart 2021, ECLI:NL:HR:2010:461 (<https://uitspraken.rechtspraak.nl/inziendocument?id=ECLI:NL:HR:2021:461>).

⁴ HR 27 maart 2015, ECLI:NL:HR:2015:760.

⁵ HR 10 juni 2022, ECLI:NL:HR:2022:853.
