

ECLI:NL:PHR:2024:855

| | |
|----------------------|--|
| Instantie | Parket bij de Hoge Raad |
| Datum conclusie | 30-08-2024 |
| Datum publicatie | 24-09-2024 |
| Zaaknummer | 23/04151 |
| Formele relaties | Arrest Hoge Raad: ECLI:NL:HR:2024:1436 |
| Rechtsgebieden | Verbintenissenrecht |
| Bijzondere kenmerken | - |
| Inhoudsindicatie | Verbintenissenrecht. Financieel recht. Mocht bank met een beroep op haar beleid afdwingen dat klant haar bitcoins zou verkopen met waarschuwing dat bank anders de bankrelatie zou opzeggen? |
| Vindplaatsen | Rechtspraak.nl |

Conclusie

PROCUREUR-GENERAAL

BIJ DE

HOGE RAAD DER NEDERLANDEN

Nummer 23/04151

Zitting 30 augustus 2024

CONCLUSIE

M.H. Wissink

In de zaak

Coöperatieve Rabobank U.A.

(hierna: Rabobank)

tegen

1. Decos Beheer B.V.
 2. Decos Blockchain B.V.
- (hierna gezamenlijk: Decos)

Rabobank heeft in 2019 met een beroep op haar nieuwe beleid ter zake van virtuele valuta afgedwongen dat Decos haar volledige bitcoinportefeuille binnen drie maanden verkocht met daarbij de waarschuwing dat Rabobank anders de bankrelatie met Decos zou opzeggen. Het hof heeft geoordeeld dat Rabobank toerekenbaar is tekortgeschoten in de nakoming van de op haar rustende zorgplicht jegens Decos, omdat niet is gebleken dat Rabobank rekening heeft gehouden met de belangen van Decos en een belangenafweging heeft gemaakt. De tegen het arrest van het hof gerichte cassatieklachten slagen naar mijn mening niet.

1 Feiten en procesverloop

1.1 In cassatie kan van de volgende feiten worden uitgegaan: 1

(i) 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.

(ii) 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.

(iii) 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 Decos bij iedere transactie een verkoopbewijs alsmede een nieuw portefeuille overzicht 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.”

(iv) 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. ”

(v) 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.”

(vi) Decos heeft in juli 2019 haar bitcoins verkocht.

- 1.2 Decos vordert in deze procedure een verklaring voor recht dat Rabobank toerekenbaar tekort is geschoten in haar zorgplicht jegens Decos, dan wel onrechtmatig jegens Decos heeft gehandeld, door (onder meer) ten onrechte te dreigen met beëindiging van de bankrelatie als Decos niet zou voldoen aan het verzoek om al haar bitcoins te verkopen en een verklaring voor recht dat Rabobank verplicht is om de schade die Decos hierdoor heeft geleden te vergoeden.
- 1.3 De rechtbank heeft bij vonnis van 30 maart 2022 de vordering van Decos afgewezen. In het door Decos ingestelde hoger beroep heeft het gerechtshof Arnhem-Leeuwarden bij arrest van 25 juli 2023 het vonnis van de rechtbank vernietigd en de gevorderde verklaringen voor recht, zoals hiervoor genoemd, toegewezen.
- 1.4 Rabobank heeft bij procesinleiding van 25 oktober 2023 tijdig beroep in cassatie ingesteld. Decos heeft geconcludeerd tot verwerping van het beroep. Partijen hebben hun standpunt schriftelijk toegelicht en daarna gereageerd op de schriftelijke toelichting van de andere partij door middel van repliek dan wel dupliek.

2 Bespreking van het cassatiemiddel

- 2.1 Het middel bevat drie onderdelen. Het middel klaagt over de beoordeling in rov. 3.18 t/m 3.22 van het bestreden arrest van de vraag of Rabobank de op haar rustende zorgplicht jegens Decos heeft geschonden (onderdeel 1) en over het oordeel in rov. 3.23 over schade en causaal verband (onderdeel 2). Voorts bevat het middel een voortbouwende klacht in onderdeel 3.
Onderdeel 1 (schending zorgplicht)
- 2.2 Onderdeel 1 klaagt dat het hof in rov. 3.18 t/m 3.22 uitgaat van een onjuiste rechtsopvatting, dan wel het oordeel onbegrijpelijk is. Het onderdeel bevat klachten in de nrs. 12 en 13.
- 2.3 Volgens de klacht in nr. 12 heeft het hof miskend dat het bij de beoordeling of Rabobank de op haar rustende zorgplicht jegens Decos heeft geschonden niet erop aankwam of *opzegging* van de bankrelatie in strijd met de zorgplicht en/of naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou zijn geweest. Het hof had moeten beoordelen of het *opleggen van het aangepaste beleid* waarbij Rabobank Decos verzocht om al haar bitcoins binnen drie maanden te verkopen in dit geval onzorgvuldig was c.q. naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar was. Het hof had daarom ook niet de maatstaf voor beoordeling van de aanvaardbaarheid van de opzegging van de bankrelatie moeten toepassen/betrekken in zijn oordeel. Laatstgenoemde maatstaf is irrelevant bij de beantwoording van de vraag of Rabobank haar beleid mocht opleggen. De beëindiging van de bankrelatie is ook niet aan de orde in deze zaak, aldus de klacht.
- 2.4 Deze klacht slaagt niet. De klacht berust op een onjuiste lezing van het bestreden arrest en faalt daarom bij gebrek aan feitelijke grondslag, omdat het hof (ook) heeft beoordeeld of het opleggen van het aangepaste beleid in dit geval door de beugel kon. Het hof heeft geoordeeld dat dit niet het geval was, kort gezegd, omdat Rabobank heeft nagalaten daarbij een op het individuele geval toegesneden belangenafweging te maken. Het hof betreft hierbij de bevoegdheid van de bank om de bestaande relatie op te zeggen, omdat dit Decos boven het hoofd hing indien zij zich niet aan het beleid van Rabobank zou conformeren. Ik licht dit hierna (in 2.5.1 e.v.) toe.
 - 2.5.1 Het hof heeft vooropgesteld (in rov. 3.9; zie ook rov. 2.1) dat het in deze zaak gaat 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.² Hieruit blijkt dat de zaak twee feitelijke elementen kent: de invoering van nieuw beleid waaraan Decos zich diende te houden en de dreigende opzegging indien Decos dat niet zou doen.
 - 2.5.2 Aansluitend heeft het hof het relevante juridisch kader uiteengezet (rov. 3.10-3.12). Het hof overwoog onder meer:

“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 I 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 verleden daarvan geoordeeld dat een opzegging door een bank niet rechtmatig is indien deze naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is.

()

3.12. Uit het voorgaande vloeit voort dat een bank haar acceptatiebeleid mag wijzigen of aanscherpen om zo risicos 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 risicos op witwassen en terrorisme financiering 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 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.” [onderstreping toegevoegd; plv.]

Hieruit blijkt dat het hof tot uitgangspunt neemt (i) dat een bank haar acceptatiebeleid mag wijzigen of aanscherpen om risicos te beperken, (ii) dat de bank bij het opleggen van aangepast beleid of bij het op basis daarvan opzeggen van een bestaande relatie, met het oog op de op haar rustende zorgplicht, aandacht dient te schenken aan de concrete omstandigheden van de individuele klant, en (iii) dat de bank aan de hand van de omstandigheden van het geval steeds een afweging moet maken tussen haar belangen van en de belangen van de klant.

2.5.3 Het hof heeft vervolgens geoordeeld, kort gezegd, dat het Rabobank in beginsel vrij staat om het beleid te voeren dat zij geen ondernemingen faciliteert die actief zijn in (de handel in) cryptos (virtuele valuta) (rov. 3.15-3.16, eerste t/m derde volzin).

Het hof heeft geconcludeerd 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 Wet op het financieel toezicht (Wft) of de Wet ter voorkoming van witwassen en financiering van terrorisme (Wwft) (rov. 3.16, vanaf de vierde volzin, en rov. 3.17).

2.5.4 Het hof heeft (daarom) het handelen van de bank getoetst aan het hiervoor (in 2.5.2) geschetste kader.³ Het hof overweegt dat de vraag die voorligt is of Rabobank, ondanks dat zij het (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 (rov. 3.18, eerste volzin). Daartoe toetst het hof of het gevoerde beleid (tijdig) door Rabobank kenbaar is gemaakt aan Decos (rov. 3.18), of Rabobank een individuele en zorgvuldige belangenafweging heeft gemaakt (rov. 3.19-3.20) en of de termijn die Rabobank heeft gehanteerde bij de aanzegging getuigt van onvoldoende oog voor de belangen van Decos (3.21).

2.5.5 Het hof beantwoordt deze vraag ontkennend:

"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. [onderstreping toegevoegd; plv.]

2.6 Het hof heeft dus geoordeeld dat Rabobank niet de vereiste individuele afweging heeft gemaakt tussen haar belangen en de belangen van haar klant Decos bij het opleggen van haar beleid ter zake van virtuele valuta en, in het verlengde daarvan, bij het waarschuwen voor het opzeggen van de relatie indien Decos zich niet aan dit beleid zou conformeren. Omdat Rabobank in dit geval bij het opleggen van het beleid haar zorgplicht niet in acht heeft genomen, zou ook een eventuele opzegging door Rabobank op de grond dat Decos zich niet aan dit beleid conformeerde niet hebben voldaan aan de aan een opzegging door een bank te stellen eisen. In de overwegingen van het hof ligt soms meer de nadruk op het opleggen van nieuw beleid en soms meer op het (dreigen met) opzeggen. Dat betekent echter niet, anders dan het onderdeel aanvoert, dat het hof geen aandacht heeft gehad voor de vraag op de Rabobank haar beleid heeft kunnen opleggen aan Decos op de wijze waarop zij dat in dit geval heeft gedaan.

2.7 Aanvullend merk ik nog het volgende op. In dit geval gaan het opleggen van het beleid en de dreigende opzegging hand in hand. Het hof heeft ten aanzien van beide aspecten een individuele belangenafweging nodig geacht en geoordeeld dat die afweging er in dit geval niet is geweest. Het onderdeel betoogt mijns inziens ten onrechte; zie hiervoor dat het hof wel de opzegging heeft getoetst, maar niet naar het opleggen van het beleid. Het onderdeel maakt echter niet duidelijk waarom in dit geval er concreet een relevant verschil zou bestaan tussen het ontbreken van de vereiste individuele afweging in de context van een eventuele opzegging en het ontbreken van de vereiste individuele afweging in de context van het opleggen van nieuw beleid.⁴ Zie ook hierna in 2.16.3.

Voor zover het hof wel de juiste maatstaf heeft gehanteerd, is het oordeel in rov. 3.22 dat Rabobank onzorgvuldig heeft 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, onjuist, althans ontoereikend gemotiveerd of onbegrijpelijk, omdat de overwegingen in rov. 3.18 t/m 3.22 dit oordeel niet kunnen dragen, aldus de klacht in nr. 13. Ik bespreek hierna de argumenten die in deze klacht worden aangevoerd.

2.9.1 De klacht in nr. 13 voert in de eerste plaats aan dat de overweging in rov. 3.22 dat sprake is geweest van dreigen met beëindiging van de bankrelatie, het oordeel dat de bank onzorgvuldig heeft gehandeld niet kan dragen. Het hof heeft geoordeeld dat Rabobank het beleid in beginsel mocht opleggen en ook dat zij het einde van de bankrelatie mocht aankondigen. Het enkele feit dat Rabobank dit ook heeft gedaan, brengt dan ook niet mee dat Rabobank onzorgvuldig heeft gehandeld.

2.9.2 Dit argument faalt, omdat het berust op een onjuiste lezing van het bestreden arrest. Het argument ziet voorbij aan de overwegingen van het hof die erop neerkomen dat Rabobank bij het opleggen van het beleid en in verband daarmee het aankondigen van het einde van de relatie, een individuele belangenafweging had moeten maken en dat Rabobank dat niet heeft gedaan.

2.10.1 De klacht in nr. 13 voert in de tweede plaats aan dat geen sprake is van beëindiging van de bankrelatie, zodat de omstandigheid dat de beëindiging van de bankrelatie in de gegeven omstandigheden onaanvaardbaar zou zijn geweest, niet redengevend kan zijn voor het oordeel dat Rabobank onzorgvuldig zou hebben gehandeld.

2.10.2 Dit argument faalt, omdat het berust op een onjuiste lezing van het bestreden arrest. Het hof heeft niet geoordeeld dat sprake was van beëindiging van de bankrelatie. Het hof heeft vastgesteld (in rov. 3.9) dat het in deze zaak gaat 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.

2.11.1 De klacht in nr. 13 voert in de derde plaats aan dat de termijn van drie maanden evenmin bijdraagt aan een toereikende motivering voor het oordeel van het hof dat Rabobank onzorgvuldig heeft gehandeld. Tussen partijen staat vast dat Decos haar bitcoinportefeuille binnen drie maanden kon verkopen, die termijn was dus niet te kort of anderszins onredelijk.

2.11.2 Dit argument betreft zowel rov. 3.21 als rov. 3.22. In rov. 3.21 overwoog het hof:

“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. ”

2.11.3 Het argument van het onderdeel gaat naar mijn mening niet op. Rabobank betreft de termijn van drie maanden uitsluitend op de verkoop; dit is volgens haar wat anders dan de situatie waarin als gevolg van aangepast beleid een nieuwe bank moet worden gevonden.⁵ Ik begrijp rov. 3.21 aldus dat het hof daarin heeft geoordeeld dat Decos meer tijd moest worden gegund om te onderzoeken of zij een reële mogelijkheid had om, zonder haar bitcoins te hoeven verkopen, over te stappen naar een andere bank. Zo gezien, brengt de enkele omstandigheid dat Decos haar bitcoins binnen drie maanden heeft verkocht, niet noodzakelijkerwijs mee dat de door Rabobank gestelde termijn om binnen drie maanden te voldoen aan het nieuwe beleid een redelijke termijn was. Waar het om gaat was dat Decos werd geconfronteerd met een waarschuwing dat de bancaire relatie zou worden opgezegd, als zij niet binnen drie maanden haar bitcoins zou verkopen. Over de vraag op welke termijn de relatie dan vervolgens zou zijn

beëindigd, heeft het hof zich niet uitgelaten.⁶

2.12 De klacht in nr. 13 voert in de vierde plaats aan dat de overweging in rov. 3.19 tot en met 3.22 dat niet is gebleken dat Rabobank een individuele en zorgvuldige belangenafweging heeft gemaakt, evenmin het oordeel in rov. 3.22 dat Rabobank onzorgvuldig heeft gehandeld kan dragen, omdat deze overweging onjuist, onbegrijpelijk althans ontoereikend is gemotiveerd. Hiertoe worden de volgende argumenten aangevoerd.

2.13.1 *Ten eerste* wordt aangevoerd dat het hof de belangenafweging die Rabobank volgens haar had moeten maken, ten onrechte heeft geplaatst in de sleutel van de opzegging. Het ging echter niet om een opzegging, maar om het opleggen van beleid, aldus de klacht.

2.13.2 Dit argument faalt op de gronden die hiervoor zijn besproken bij de behandeling van de klacht in nr. 12 van het middel.

2.14.1 *Ten tweede* wordt aangevoerd dat Rabobank er wel degelijk op gewezen dat specifieke bezwaren bestonden ten aanzien van de risico's bij Decos.

2.14.2 Dit argument faalt omdat Rabobank slechts verwijst naar stellingen waarin zij in het algemeen aanvoert dat de (ver)kopers van virtuele valuta van Decos niet bekend en niet te traceren zijn, waarmee volgens Rabobank het risico op witwassen en terrorismefinanciering een gegeven is.⁷ Rabobank heeft daarmee haar algemene stelling over de risico's van handel in virtuele valuta betrokken op Decos.⁸ Daarmee heeft zij nog geen stellingen ingenomen die zien op specifieke risico's bij Decos. Het hof heeft daarop in rov. 3.19 en 3.20 uitvoerig gemotiveerd gewezen.

2.15.1 *Ten derde* wordt aangevoerd dat niet valt in te zien waarom de categoriale bezwaren die Rabobank heeft geuit ten aanzien van (de handel in) virtuele valuta, niet zouden volstaan om de belangenafweging in het voordeel van de Rabobank te laten uitvallen, althans waarom in het licht van deze bezwaren de belangenafweging onzorgvuldig is geweest. Het hof heeft overwogen dat Rabobank het beleid in beginsel mocht voeren en wel om zo risico's te beperken en het makkelijker te maken om te voldoen aan de verplichtingen uit de W(w)ft. Het valt niet in te zien waarom al aangenomen dat er geen specifieke risico's waren bij Decos, althans dat Rabobank deze niet (zorgvuldig) zou hebben betrokken bij haar belangenafweging het desondanks onzorgvuldig is om dit beleid te handhaven, althans waarom het belang van Rabobank moet wijken voor het belang van Decos. Het beleid is erop gericht om risico's van virtuele valuta te beperken, daarbij past niet dat Rabobank per klant zou moeten beoordelen of zich in dat specifieke geval dat risico voordoet. Dat kan zij ook niet. Rabobank wil het niet zo ver laten komen: zij wil op voorhand bepaalde risico's kunnen uitsluiten of mitigeren en dat staat haar vrij, aldus het middel.

2.15.2 Dit argument faalt. Het juridisch kader waaraan het hof heeft getoetst, houdt in, kort gezegd, dat een bank haar acceptatiebeleid mag wijzigen of aanscherpen om risico's te beperken, maar dat de bank bij het opleggen van aangepast beleid of bij het op basis daarvan opzeggen van een bestaande relatie aandacht dient te schenken aan de concrete omstandigheden van de individuele klant en steeds een afweging moet maken tussen haar belangen en de belangen van de klant (zie hiervoor in 2.5.2). Dit kader is in cassatie niet bestreden. In het licht van dit kader en van de in rov. 3.19 en 3.20 genoemde omstandigheden van het geval (die hierna in 2.16.3 zijn samengevat), getuigt het bestreden oordeel van het hof niet van een onjuiste rechtsopvatting en is het ook niet onbegrijpelijk dan wel ontoereikend gemotiveerd. Voor het overige berust het oordeel op een aan het hof als feitenrechter voorbehouden afweging van de omstandigheden van het geval, waarover in cassatie niet kan worden geklaagd.

2.16.1 *Ten vierde* wordt aangevoerd dat het oordeel van het hof onbegrijpelijk of ontoereikend gemotiveerd is, omdat uit de overwegingen in rov. 3.19 t/m 3.22 niet volgt dat geen sprake is geweest van een individuele en zorgvuldige belangenafweging. Rabobank heeft erop gewezen waarom haar belang in dit geval prevaleert (MvA, nrs. 19, 27, 28, 31 en 40). Het hof heeft evenwel geen belang van Decos bij het *niet* handhaven van het beleid betrokken in zijn oordeel dat Rabobank geen individuele en zorgvuldige belangenafweging heeft gemaakt. Dat het hof in rov. 3.21 heeft overwogen dat Decos belang had bij het aanhouden van haar bankrekening(en) en voortzetting van haar onderneming en in rov. 3.22 dat Decos een belang had bij de

voortzetting van de bancaire relatie, maakt het voorgaande niet anders, omdat het hof ten onrechte althans onbegrijpelijk een afweging heeft gemaakt die ziet op de opzegging van de bankrelatie, althans geen afweging heeft gemaakt die ziet op het opleggen/handhaven van het genoemde beleid inzake bitcoins, aldus de klacht.

- 2.16.2 Dit argument slaagt niet. Zoals eerder vermeld, is onjuist de gedachte dat het hof alleen een afweging heeft gemaakt die ziet op de opzegging van de bankrelatie en geen afweging heeft gemaakt die ziet op het opleggen/handhaven van het genoemde beleid inzake bitcoins.
- 2.16.3 Het oordeel van het hof is verder niet onbegrijpelijk of ontoereikend gemotiveerd. Het hof heeft aandacht besteed aan het belang van Rabobank om risico's te beperken (rov. 3.12, 3.15-3.16 en 3.22), maar ook geoordeeld dat Rabobank een individuele en zorgvuldige belangenafweging diende te verrichten. Daarvan is volgens het hof geen sprake geweest. Daartoe heeft het hof overwogen (i) dat Rabobank ten aanzien van de aan- en verkoop van bitcoins door Decos op geen enkel moment duidelijk heeft 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 (rov. 3.19); (ii) dat het minen van bitcoins zeer beperkt van omvang was en dat Rabobank ter zitting heeft bevestigd dat Decos bereid was om het minen van cryptovaluta te staken en dat het minen ook niet is meegenomen in het uiteindelijke cliëntonderzoek; (iii) dat Rabobank niet heeft 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; (iv) dat niet is gebleken dat sprake was van speculatieve beleggingsactiviteiten waar onvoldoende zicht op was; (v) en dat 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 (rov. 3.20). Het hof heeft voorts aandacht besteed aan het belang van Decos bij het behoud van de bancaire relatie, mede in het licht van de continuïteit van de bedrijfsvoering (rov. 3.12 en 3.22). Niet valt in te zien dat het hof afzonderlijk rekening had moeten houden bij een belang van Decos bij het *niet* handhaven van het beleid (voor zover daaronder iets anders zou moeten worden verstaan dan haar belang bij het behoud van de bancaire relatie). De klacht maakt ook niet duidelijk aan welk belang hierbij gedacht zou moeten worden. Zie ook hiervoor in 2.7.
- 2.17.1 De klacht in nr. 13 voert in de vijfde plaats aan dat de overwegingen in rov. 3.18 over de kenbaarheid van het beleid van Rabobank het oordeel van het hof evenmin juist en begrijpelijk maken. Voor Decos was van belang dat zij het beleid kende en dat een voldoende termijn werd gegeven om daaraan te voldoen. Daarvan was sprake. Het valt niet in te zien waarom een andere of verdere kenbaarheid van het beleid vereist of van relevantie zou zijn geweest, aldus de klacht.
- 2.17.2 Dit argument slaagt niet. Voor wat betreft de vraag of de termijn voldoende was, zoals het middel betoogt, verwijs ik naar hetgeen hiervoor (in 2.11.3) is opgemerkt.
- 2.17.3 Voor wat betreft de vraag of Decos het beleid kende, zoals het middel betoogt, geldt het volgende. De klacht gaat er kennelijk vanuit dat het beleid van Rabobank bij Decos bekend was, omdat Rabobank aan Decos had medegedeeld dat de onderneming middels het aan- en verkopen van Bitcoins, alsmede het minen van virtuele valuta, niet voldoet aan het beleid Rabobank virtuele valuta (zie hiervoor in 1.1 onder (iii)). Rabobank heeft echter ook aan Decos medegedeeld, dat het beleid uitsluitend voor intern gebruik is en dat zij dit niet kan delen (zie hiervoor in 1.1 onder (iv) en voorts rov. 3.18). Het hof heeft geoordeeld dat de door Rabobank genoemde publicaties van DNB en haar argument dat van algemene bekendheid is dat handel in virtuele valuta risico's met zich meebrengt, onvoldoende is 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 (rov. 3.18). Het hof heeft voorts geoordeeld dat Rabobank rekening had 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 verstrekking die Rabobank daaraan verbond, daar om vroeg (rov. 3.18).

Het hof maakt aldus een onderscheid tussen het informeren van Decos over de gevolgen van het beleid voor Decos (wat Rabobank heeft gedaan) en het informeren van Decos over inhoud en strekking van het beleid (wat Rabobank niet heeft gedaan). Daaraan ligt kennelijk de gedachte ten grondslag, dat het informeren van Decos over inhoud en strekking van het beleid, Decos beter in staat zou kunnen stellen haar positie te bepalen. Dat oordeel getuigt niet van een onjuiste rechtsopvatting en komt niet onbegrijpelijk voor.

2.18 De slotsom is dat de klachten van onderdeel 1 niet slagen.

Onderdeel 2 (schade en causaal verband)

2.19 Onderdeel 2 klaagt over rov. 3.23, waarin het hof overwoog:

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.”

Het hof overweegt vervolgens dat voor situaties waarin onzekerheid bestaat over de vraag of een tekortkoming schade heeft veroorzaakt, de leer van de kansschade uitkomst kan bieden (rov. 3.24). Zonder de toerekenbare tekortkoming van Rabobank had Decos een reële kans op een beter resultaat; het is 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 (rov. 3.25). De door Decos gevorderde verklaring voor recht (dat Rabobank verplicht is om de schade te vergoeden) opent de mogelijkheid naar een afzonderlijke schadestaatprocedure⁹ en deze zal worden toegewezen (rov. 3.26).

2.20 Het onderdeel bevat in nr. 15 een klacht die louter voortbouwt op onderdeel 1. Deze klacht faalt in het verlengde van dat onderdeel.

2.21 Het onderdeel klaagt in nr. 16 dat het oordeel in rov. 3.23 onjuist, onbegrijpelijk, althans ontoereikend is gemotiveerd. Bij de begroting van de schade komt het volgens het onderdeel niet aan op een vergelijking tussen de situatie zoals deze zich feitelijk heeft voorgedaan en de hypothetische situatie dat Rabobank niet van Decos had geëist dat zij haar volledige bitcoinportefeuille verkocht. Ook in de hypothetische situatie had Rabobank van Decos geëist (en mogen eisen) dat zij haar bitcoins zou verkopen (overeenkomstig het beleid van Rabobank ten aanzien van bitcoins). De onzorgvuldigheid is er volgens het hof namelijk niet in gelegen dat Rabobank een beleid voert dat inhoudt dat zij geen ondernemingen faciliteert die actief zijn in (de handel in) virtuele valuta. Het staat Rabobank immers in beginsel vrij dit beleid te voeren. Ook is het volgens het hof niet onrechtmatig om een mogelijke beëindiging van de relatie aan te kondigen als Decos niet aan dat beleid zou voldoen. Uitgaande van de redenering van het hof in rov. 3.18 t/m 3.22 is het derhalve niet zo dat Rabobank zonder meer had moeten accepteren dat Decos haar bitcoinportefeuille zou aanhouden, noch is het in die redenering zo dat Rabobank niet in beginsel mocht eisen dat Decos haar bitcoins verkocht. Rabobank mocht haar beleid opleggen aan Decos, maar had volgens het hof zorgvuldiger moeten handelen daarbij. Bij beantwoording van de vraag of het aannemelijk is dat Decos schade heeft geleden moet dus geen vergelijking worden gemaakt tussen de feitelijke situatie en de hypothetische situatie waarbij de hypothetische situatie eruit bestaat dat Rabobank niet van Decos zou hebben geëist haar bitcoins te verkopen. Dat mocht Rabobank sowieso eisen, hoogstens had zij hierbij (volgens het hof) zorgvuldiger moeten handelen.

2.22 De klacht faalt omdat zij uitgaat van een verkeerde lezing van het bestreden arrest. Begroting van schade is nog niet aan de orde. Verder kan uit de omstandigheid dat het hof heeft overwogen dat Rabobank *in beginsel* een beleid met betrekking tot virtuele valuta mag voeren, niet worden

geconcludeerd dat Rabobank indien zij wel een zorgvuldige belangenafweging had gemaakt het beleid ook *in dit geval* jegens Decos had mogen voeren. Het hof overweegt immers dat een zorgvuldige afweging van de wederzijdse belangen aan de handhaving van het gevoerde beleid in de weg kan staan (rov. 3.19). Aan de hand van de specifieke omstandigheden van het geval met name dat Rabobank op geen enkel moment duidelijk heeft gemaakt op basis waarvan het zodanig hoog werd geacht dat er van Decos mocht worden geëist dat zij haar volledige portefeuille binnen drie maanden zou verkopen (rov. 3.19) en dat 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 en de omstandigheid dat Decos steeds heeft voldaan aan de verzoeken van Rabobank om (extra) informatie te verschaffen (rov. 3.20) heeft het hof geconcludeerd dat Rabobank geen zorgvuldige belangenafweging heeft gemaakt voordat zij haar beleid aan Decos oplegde en zodoende tekort is geschoten in haar zorgplicht jegens Decos (3.22). Hierin ligt geenszins het oordeel besloten dat, indien wel een zorgvuldige belangenafweging zou hebben plaatsgevonden, Rabobank haar beleid jegens Decos had mogen voeren.

2.23 Onderdeel 2 slaagt niet.

Onderdeel 3; slotsom

2.24 Nu de onderdelen 1 en 2 niet slagen, geldt hetzelfde voor het op deze onderdelen voortbouwende onderdeel 3. Het middel stelt mijns ziens geen vragen aan de orde die met het oog op de rechtseenheid of rechtsontwikkeling beantwoording behoeven. De slotsom is dat het cassatieberoep moet worden verworpen.

3 Conclusie

De conclusie strekt tot verwerping van het cassatieberoep.

De Procureur-Generaal bij de
Hoge Raad der Nederlanden

Plv.

¹ Zie hof Arnhem-Leeuwarden 25 juli 2023, ECLI:NL:GHARL:2023:6292, JOR 2024/10 m.nt. R.I.V.F. Bertrams, rov. 3.1-3.6

² Hierop wijst terecht de schriftelijke toelichting namens Decos nr. 4.

³ In diens noot (JOR 2024/10 onder 4 en 5) leest Bertrams het arrest zo, dat het hof in rov. 3.18-3.21 heeft getoetst of de opzegging kan worden gebaseerd op de Wwft en in rov. 3.21 e.v. heeft getoetst of de opzegging gebaseerd kan worden op de algemene contractuele bevoegdheid van art. 35 ABV.

⁴ De schriftelijke toelichting namens Rabobank nrs. 7, 15-18 en 24 beschrijft dit naar mijn mening ook slechts in algemene termen. A.J. Haasjes en M. Heezen, Opzegging van bancaire relaties. Van ING/De Keijzer Beheer naar ING/Yin Yang, MvV2023/5, p. 181-183 (waarnaar in de schriftelijke toelichting van Rabobank nr. 24, voetnoot 51, wordt verwezen) bespreken de mogelijkheid van categorale opzegging door de bank naar aanleiding van gewijzigd beleid.

⁵ Zie de schriftelijke toelichting namens Rabobank nr. 23.

⁶ Rabobank heeft op dit punt aangevoerd, dat de relatie op den duur zou worden beëindigd. Zie voetnoot 6 van de procesinleiding en haar schriftelijke toelichting nr. 21, onder verwijzing naar de in de MvA nr. 64 bedoelde email van Rabobank aan Decos van 30 december 2020. De rechtbank overwoog (rov. 3.11) dat Rabobank niet heeft gesteld dat zij de bankrelatie per direct of na een bepaalde (korte) termijn zou

beëindigen als de bitcoins niet binnen de gestelde termijn van drie maanden zouden zijn verkocht, maar dat het beëindigen van de bankrelatie een geleidelijk proces zou zijn.

⁷ MvA nrs. 22, 37 en 39; CvA nrs. 20-26.

⁸ Vgl. ook de schriftelijke toelichting namens Rabobank nr. 16.

⁹ Voor toewijzing van een vordering tot vergoeding van schade op te maken bij staat is voldoende dat de mogelijkheid dat schade is of zal worden geleden aannemelijk is, hetgeen niet inhoudt dat aannemelijk moet zijn dat enige schade is geleden. Zie HR 5 juli 2024, ECLI:NL:HR:2024:1028, NJ 2024/222, rov. 4.4; HR 8 maart 2024, ECLI:NL:HR:2024:328, JIN 2024/46 m.nt. R.A.G. de Vaan en F.L.A, Roosmale Nepveu, rov. 3.2; HR 17 maart 2024, ECLI:NL:HR:2023:428, NJ 2023/114, JOR 2023/236 m.nt. F.M.A. t Hart, rov. 3.2.4; HR 8 april 2005, ECLI:NL:HR:2005:AR7435, NJ 2005, 371, rov. 3.4. Zie ook HR 27 maart 2015, ECLI:NL:HR:2015:760, NJ 2016/77 m.nt. J.B.M. Vranken, JA 2015/76 m.nt. M.R. Hebly, JBPr 2015/34 m/nt. D.F.H. Stein en J.M. Truijens Martinez, JIN 2015/88 m.nt. J. van Weerden, rov. 4.1.2.
