

ECLI:NL:GHAMS:2021:1226

□ Rechtspraak.nl, Gerechtshof Amsterdam, 20-04-2021, ECLI:NL:GHAMS:2021:1226, 200.267.136/01

Bank. Uitleg overeenkomst. Opzegging van duurovereenkomsten. Een kredietovereenkomst tussen een bank en een groothandel in vlees bevat een clause over derivaten. Vanaf enig moment biedt de bank de groothandel niet meer de mogelijkheid valutatermijntransacties via de bank te verrichten. De groothandel maakt daar bezwaar tegen. Het hof geeft een uitleg aan de clause, oordeelt dat deze clause een overeenkomst behelst die niet onlosmakelijk met de kredietovereenkomst is verbonden en oordeelt dat de bank de in de clause vervatte overeenkomst rechtsgeldig heeft opgezegd.

GEGEVENS

Instantie	Gerechtshof Amsterdam
Datum uitspraak	20-04-2021
Datum publicatie	10-05-2021
Publicatie	Rechtspraak.nl
ECLI	ECLI:NL:GHAMS:2021:1226
Zaaknummer	200.267.136/01
Bijzondere kenmerken	Hoger beroep
Rechtsgebied	Burgerlijk procesrecht

UITSpraak

GERECHTSHOF AMSTERDAM

afdeling civiel recht en belastingrecht, team I

zaaknummer : 200.267.136/01

zaak- en rolnummer rechtbank Amsterdam : C/13/646225 / HA ZA 18-368

arrest van de meervoudige burgerlijke kamer van 20 april 2021

inzake

[X] MAASTRICHT B.V.,
gevestigd te [vestigingsplaats],
appellante,
advocaat: mr. A.P.C. Houben te Weert,

tegen

ABN AMRO BANK N.V.,
gevestigd te Amsterdam,
geïntimeerde,
advocaat: mr. J. Meuleman te Amsterdam.

Partijen worden hierna [X] en de Bank genoemd.

1 De zaak in het kort

[X] handelt onder meer in vlees. In 2011 heeft zij een kredietovereenkomst gesloten met de Bank. Daarin was een clause opgenomen die betrekking heeft op de mogelijkheid dat [X] via de Bank derivatentransacties aangaat. In 2015 heeft de Bank aan [X] te kennen gegeven dat de Bank niet langer eraan zou meewerken dat [X] valutatermijntransacties zou aangaan via de Bank. In dit geding is onder meer de uitleg van de clause over de derivatentransacties aan de orde. Verder wordt beoordeeld of de Bank in 2015 rechtsgeldig een duurovereenkomst heeft opgezegd.

2 Het geding in hoger beroep

[X] is bij dagvaarding van 17 juni 2019 in hoger beroep gekomen tegen een vonnis van de rechtbank Amsterdam van 27 maart 2019, onder bovenvermeld zaak- en rolnummer gewezen tussen [X] als eiseres en de Bank als gedaagde.

Partijen hebben daarna de volgende stukken ingediend:

- memorie van grieven;

- memorie van antwoord.

Partijen hebben de zaak ter zitting van 16 maart 2021 doen bepleiten, [X] door mr. Houben voornoemd en door haar kantoorgenoot mr. M.A. Vles, en de Bank door mr. Meulman voornoemd, ieder aan de hand van pleitnotities waarvan exemplaren zijn overgelegd.

Ten slotte is arrest gevraagd.

[X] heeft geconcludeerd dat het hof het bestreden vonnis zal vernietigen en – uitvoerbaar bij voorraad – haar vorderingen alsnog zal toewijzen, met veroordeling van de Bank in de kosten van het geding in beide instanties, met nakosten.

De Bank heeft geconcludeerd dat het hof het bestreden vonnis zal bekrachtigen, met veroordeling – uitvoerbaar bij voorraad – van [X] in de kosten van het geding in hoger beroep.

Beide partijen hebben in hoger beroep bewijs van hun stellingen aangeboden.

3 Feiten

De rechtbank heeft in het bestreden vonnis onder 2.1-2.6 de feiten vastgesteld die zij tot uitgangspunt heeft genomen. Deze feiten zijn in hoger beroep niet in geschil en dienen ook het hof tot uitgangspunt. Samengevat en aangevuld met andere vaststaande feiten komen de feiten op het volgende neer.

- 3.1 [X] exploiteert een groothandel in vlees, vleeswaren, wild en gevogelte. Bestuurder en enig aandeelhouder van [X] is de heer [Y] (hierna: [Y]). [Y] heeft belangen in ondernemingen in Argentinië, Chili en Polen. De onderneming van [X] bestaat eruit dat zij bij die buitenlandse ondernemingen vlees, vleeswaren, wild en gevogelte inkoopt en die producten verkoopt aan afnemers in Europa.
- 3.2 [X] heeft sinds 2009 een werkkapitaalfinanciering bij een derde in privé. Deze derde heeft zekerheden bedongen en heeft daarnaast bedongen dat de met die zekerheden verband houdende betalingen niet over een rekening van een financierende bank lopen.
- 3.3 In september 2011 heeft [X] een kredietovereenkomst gesloten met de Bank (hierna: de Kredietovereenkomst). Bij de Kredietovereenkomst heeft de Bank een faciliteit aan [X] verstrekt “ter financiering van de bedrijfsuitoefening” van [X], bestaande uit een EURIBOR-lening en drie borgstellingskredieten. De totale omvang van de faciliteit was € 2,2 miljoen. Als zekerheid voor de faciliteit is onder meer een hypotheek op het bedrijfspand van [X] verstrekt. Verder is in de Kredietovereenkomst bepaald (hierna: de derivatenclausule):

“OTC-derivaten

- ABN AMRO is bereid om, tot wederopzegging, aan de Kredietnemer, hierna ook te noemen: “Cliënt”, de mogelijkheid te geven om derivatentransacties aan te gaan. Dit betekent niet dat ABN AMRO verplicht is om een transactie met de Cliënt aan te gaan. ABN AMRO heeft het recht om elke transactie afzonderlijk te beoordelen.

- De hiervoor genoemde zekerheden en/of verklaringen strekken tevens tot zekerheid voor de nakoming van de verplichtingen uit hoofde van derivatentransacties.

- De Algemene Bepalingen Derivatentransacties ABN AMRO Bank N.V. mei 2001 en de Voorwaarden Treasurydienstverlening ABN AMRO zijn, voor zover niet anders wordt overeengekomen, van toepassing op alle derivatentransacties tussen de Cliënt en ABN AMRO.

ABN AMRO voert derivatentransacties uit in overeenstemming met het Orderuitvoeringsbeleid Treasurydienstverlening ABN AMRO. De Cliënt bevestigt door ondertekening van deze Kredietovereenkomst hiervoor toestemming te verlenen.

Door ondertekening van deze Kredietovereenkomst verklaart de Cliënt een exemplaar van de brochure Informatie Treasurydienstverlening ABN AMRO te hebben ontvangen en daarmee volledig bekend te zijn. Deze brochure bevat naast de Algemene Bepalingen Derivatentransacties ABN AMRO Bank N.V. mei 2001 en de Voorwaarden Treasurydienstverlening ABN AMRO, ook het Informatieblad Treasurydienstverlening ABN AMRO met daarin een algemene beschrijving van de aard en risico's van Over-The-Counter (OTC) derivatentransacties.

- In aanvulling op artikel 8 van de Algemene Bepalingen Derivatentransacties ABN AMRO Bank N.V. mei 2001 zal gelden dat ABN AMRO, zonder dat enige sommatie of ingebrekestelling vereist zal zijn, eveneens één of meerdere lopende transacties onmiddellijk en in zijn geheel of gedeeltelijk kan beëindigen en alles wat door de Cliënt uit hoofde daarvan, al dan niet opeisbaar of onder voorwaarde, is verschuldigd, onmiddellijk in zijn geheel tussentijds kan opeisen, indien en zodra:

- (i) door deze transactie(s), naar het oordeel van ABN AMRO, geen (rente)risico meer wordt beheerst en deze transactie(s) aldus een speculatief karakter heeft (hebben) gekregen;
- (ii) de kredietrelatie bij ABN AMRO geheel of gedeeltelijk wordt beëindigd.”

- 3.4 Op 3 december 2011 heeft [Y] namens [X] een “Cliëntenprofiel Treasury” ondertekend. Hierin is bij vraag 6 “Met welke doelstelling(en) wilt u derivaten gaan gebruiken?” als antwoord het hokje aangekruist bij: “Het beheersen van financiële risico's, d.w.z. het afdekken van posities (hedgen)”.
- 3.5 In oktober 2012 en in juli 2013 is de Kredietovereenkomst gewijzigd. Beide keren is de derivatenclausule ongewijzigd gebleven.
- 3.6 In de periode 2011-2016 heeft [X] tientallen valutatermijntransacties via de Bank verricht, waarbij zij dollars op termijn heeft gekocht met euro's en dollars op termijn heeft verkocht tegen euro's.
- 3.7 Op 20 maart 2014 heeft [X] via de Bank gekocht, telkens tegen een koers van 1.3789:
 - US\$ 1 miljoen met valutadatum 1 december 2014;
 - US\$ 1 miljoen met valutadatum 2 januari 2015;
 - US\$ 1 miljoen met valutadatum 2 februari 2015;
 - US\$ 1 miljoen met valutadatum 27 februari 2015.Op 9 september 2014 heeft [X] via de Bank verkocht:

- US\$ 1 miljoen met valutadatum 1 december 2014;
- US\$ 1 miljoen met valutadatum 2 januari 2015 tegen een koers van 1.2946;
- US\$ 1 miljoen met valutadatum 2 februari 2015 tegen een koers van 1.2950;
- US\$ 1 miljoen met valutadatum 27 februari 2015 tegen een koers van 1.2953.

De op 9 september 2014 gerealiseerde koerswinsten heeft [X] aan zich laten uitbetalen.

3.8 In 2014 hebben [X] en de Bank met elkaar gesproken over de strategie van [X] met betrekking tot valutatermijntransacties.

3.9 Op 19 maart 2015 heeft [X] via de Bank verkocht:

- US\$ 1 miljoen met valutadatum 15 december 2015, tegen een koers van 1.0752;
- US\$ 1 miljoen met valutadatum 15 januari 2016, tegen een koers van 1.0760;
- US\$ 1 miljoen met valutadatum 16 februari 2016, tegen een koers van 1.0770;

Op 19 mei 2015 heeft [X] via de Bank gekocht:

- US\$ 1 miljoen met valutadatum 15 december 2015, tegen een koers van 1.1199;
- US\$ 1 miljoen met valutadatum 15 januari 2016, tegen een koers van 1.1206;
- US\$ 1 miljoen met valutadatum 16 februari 2016, tegen een koers van 1.1215;

De op 19 mei 2015 gerealiseerde koerswinsten heeft [X] vervroegd aan zich laten uitbetalen.

3.10 Begin juli 2015 heeft de Bank telefonisch aan [X] medegedeeld dat de Bank besloten had het kredietbeheer van [X] over te dragen aan de afdeling Bijzonder Beheer van de Bank. Bij brief van 21 juli 2015 heeft de Bank dit aan [X] bevestigd. De brief vermeldt onder meer:

“De reden voor de overdracht is dat de bank meent dat er met betrekking tot haar kredietverlening aan u al dan niet tijdelijk sprake is van een verhoogd kredietrisico, veroorzaakt door een verslechtering van uw financiële situatie of anderszins”.

3.11 Op 22 juli 2015 heeft een gesprek plaatsgevonden tussen vertegenwoordigers van [X] en vertegenwoordigers van de Bank.

3.12 Bij brief van 29 juli 2015 heeft de Bank aan [X] onder meer bericht:

“De redenen voor overdracht naar de afdeling Bijzonder Beheer vatten wij hieronder kort samen:

- De gerealiseerde cashflow van uw onderneming lijkt structureel te laag te zijn om aan de financieringsverplichtingen te kunnen voldoen (...);
- U voldoet niet aan de met ABN AMRO in de thans geldende kredietovereenkomst overeengekomen bepaling dat het betalingsverkeer zo veel mogelijk via de rekening-courant bij ABN AMRO moet lopen;
- U voldoet (...) niet aan de met ABN AMRO in de thans geldende kredietovereenkomst overeengekomen bepaling dat er geen vorderingen op gelieerde vennootschappen mogen ontstaan. (...)

Op 22 juli 2015 heeft er een gesprek plaatsgevonden (...). In dit gesprek werd het volgende besproken:

- (...) De financiering van het werkkapitaal werd door financieringsarrangementen met andere partijen ingevuld, hieruit vloeide onder andere voort dat de bedrijfsomzet via een andere bankrekening werd geleid. Hierdoor is een situatie ontstaan waarbij er niet aan de met ABN AMRO overeengekomen voorwaarden wordt voldaan;

- U geeft aan dat er behoudens de door ons genoemde issues m.b.t. de huidige kredietovereenkomst nog een aantal zaken tussen [Y] Maastricht B.V. en ABN AMRO spelen. (...)

- Wij hebben aangegeven dat de discussie (...) bekend is en reeds in behandeling is bij een ter zake kundige afdeling binnen ABN AMRO. (...)

- U heeft ons verzocht het gesprek op te schorten, daar u enige tijd nodig had om de besproken items en uitwisselingen van standpunten te overdenken.

Naar aanleiding daarvan hebben wij in overleg besloten het gesprek te schorsen (...).

Vooralsnog zullen wij de bestaande kredietfaciliteit tegen de overeengekomen zekerheden en voorwaarden continueren. (...)

Eerder werd via uw Relatiemanager (...) gecommuniceerd dat er tot nader order geen valuta termijnaffaires meer via ABN AMRO kunnen worden gesloten. Om onduidelijkheden te voorkomen bevestigen wij in dit schrijven nogmaals dat wij, onder de gegeven omstandigheden en het feit dat u thans niet voldoet aan de voorwaarden zoals overeengekomen in de laatste kredietovereenkomst, geen aanleiding zien om het voornoemde standpunt te herzien en dat het aangaan van valuta termijnaffaires niet mogelijk is voor [Y] Maastricht B.V. via ABN AMRO.

De behandeling door de afdeling Bijzonder Beheer van de aan u verstrekte kredietfaciliteit wordt beëindigd, indien u voldoet aan de voorwaarden in thans geldende kredietovereenkomst en er sprake is van een structureel voldoende cashflow om uw financieringsverplichtingen na te komen.”

3.13 Sinds juli 2015 heeft de Bank [X] niet meer de mogelijkheid geboden valutatermijntransacties via de Bank te verrichten.

3.14 [X] heeft wel de mogelijkheid tot een limiet van € 3 à € 3,5 miljoen valutatermijntransacties te verrichten via de Rabobank.

4 Beoordeling

Vordering en oordeel rechtbank

- 4.1 In dit geding heeft [X], in de weergave van de rechtbank, het volgende gevorderd:
- (i) een verklaring voor recht dat de Bank jegens haar toerekenbaar is tekortgeschoten in de nakoming van haar financieringsafspraken en/of de Kredietovereenkomst en/of overige overeenkomsten, door te weigeren haar medewerking te verlenen aan valutatransacties, althans dat de Bank als gevolg van deze weigering jegens [X] een onrechtmatige daad heeft gepleegd en in strijd heeft gehandeld met haar zorgplicht, en dat [X] als gevolg hiervan schade heeft geleden en dat de Bank gehouden is deze schade te vergoeden;
 - (ii) veroordeling van de Bank om haar verplichtingen jegens [X] – meer specifiek haar medewerking aan het sluiten van valutatransacties – binnen drie dagen na het vonnis te hervatten onder verbeurte van een dwangsom van € 5.000,- per dag of dagdeel dat de Bank hiermee in gebreke blijft;
 - (iii) veroordeling van de Bank tot vergoeding van de door [X] geleden schade nader op te maken bij staat en te vereffenen volgens de wet; en
 - (iv) veroordeling van de Bank in de kosten van dit geding, te vermeerderen met de wettelijke rente daarover, en in de nakosten.
- 4.2 De rechtbank heeft de vorderingen van [X] afgewezen. Daartoe heeft de rechtbank, verkort weergegeven, overwogen dat de derivatenclausule zo moet worden uitgelegd dat de Bank niet verplicht is om valutatermijntransacties namens [X] te verrichten en dat de vorderingen reeds daarop afstuiten (4.4). Verder heeft de rechtbank, verkort weergegeven, overwogen dat [X] onvoldoende gemotiveerd heeft betwist dat zij speculatieve valutatermijntransacties heeft verricht en dat de vorderingen ook daarop stranden (4.8).

Uitleg van de derivatenclausule

- 4.3 Grief I is onder meer gericht tegen de uitleg die de rechtbank heeft gegeven aan de derivatenclausule.
- 4.4 De derivatenclausule moet worden uitgelegd aan de hand van de Haviltexmaatstaf. Daarbij kan mede van belang zijn tot welke maatschappelijke kringen partijen behoren. Uiteindelijk zijn alle omstandigheden van het concrete geval van beslissende betekenis, gewaardeerd naar hetgeen de maatstaven van redelijkheid en billijkheid meebrengen. Het staat de rechter vrij een contractsbepaling waaromtrent partijen niet een eensluidend standpunt hebben ingenomen, zelfstandig uit te leggen, ook al is deze uitleg door geen van de partijen aangevoerd of verdedigd.
- 4.5 In dit geval is onder meer van belang dat banken een bijzondere maatschappelijke functie hebben en dat de Bank wist dat [X] bij haar bedrijfsvoering een valutarisico loopt, omdat zij haar producten veelal inkoopt tegen betaling in dollars en veelal (op andere momenten in het seizoen) verkoopt tegen betaling in euro's.
- 4.6 Tussen partijen staat vast dat valutatermijntransacties derivatenclausule in de zin van de derivatenclausule zijn. Het hof legt de derivatenclausule zo uit dat indien [X] een valutatermijntransactie via de Bank wenst te verrichten, die:
- a. niet in strijd is met enige bepaling uit de Algemene Bepalingen Derivatentransacties ABN AMRO Bank N.V. mei 2001, de Voorwaarden Treasurydienstverlening ABN AMRO en het Orderuitvoeringsbeleid Treasurydienstverlening ABN AMRO (als vermeld in de derivatenclausule);
 - b. een “risico beheerst” en “aldus [geen] speculatief karakter heeft” (als vermeld in de derivatenclausule);
 - c. valt binnen de doelstelling “Het beheersen van financiële risico's, d.w.z. het afdekken van posities (hedgen)” (als genoemd in het Cliëntenprofiel Treasury);
- de Bank niet zonder goede reden mocht weigeren die transactie uit te voeren.
Verder volgt uit de derivatenclausule (zoals ook niet in geschil is) dat de Bank lopende valutatermijntransacties mocht beëindigen als zij een speculatief karakter hadden.
- 4.7 Een uitleg waarbij de derivatenclausule geen enkele verplichting aan de Bank oplegt en waarbij de Bank dus ook transacties als hiervoor omschreven zonder goede reden zou mogen weigeren, zou de Bank de bevoegdheid geven naar willekeur te handelen of de derivatenclausule zinloos te maken. Een dergelijke uitleg behoeft [X] redelijkerwijs niet te verwachten en de Bank moest redelijkerwijs begrijpen dat [X] die niet verwachtte. Dit is ook zo indien over de derivatenclausule is onderhandeld, en als in aanmerking wordt genomen dat [X] zich niet over de derivatenclausule heeft beklaagd en dat [X] een professionele contractspartij is.
- 4.8 Aan de derivatenclausule dient echter evenmin de uitleg te worden gegeven die [X] heeft verdedigd, en die inhoudt dat de Bank niet mocht weigeren de door [X] gewenste valutatermijntransacties uit te voeren, zolang die transacties pasten in de werkwijze die [Y] reeds vanaf 2005 placht te hanteren, eerst bij het bedrijf van zijn vader en later bij [X], ook indien die werkwijze niet voldoet aan de eisen die de derivatenclausule stelt (zie 4.6). Ook indien de Bank de werkwijze van [Y] reeds vanaf 2005 kende en de ratio ervan begreep, of behoorde te begrijpen, en daar geen commentaar op heeft gegeven, kan die uitleg niet worden gevolgd. Daarmee heeft de Bank geen bestendige gedragslijn gecreëerd die zou meebrengen dat de derivatenclausule zou moeten worden uitgelegd overeenkomstig het standpunt van [X]. Na het bedingen van de derivatenclausule behoeft de Bank niet eraan mee te werken dat [X] de eerder gehanteerde werkwijze ongewijzigd zou voortzetten, ook indien die werkwijze niet voldoet aan de eisen die de derivatenclausule stelt, zoals hiervoor door het hof uitgelegd. Hierbij is van belang dat [X] onvoldoende heeft gesteld om te kunnen aannemen dat de door haar gevolgde werkwijze de enig mogelijke is om het valutarisico van [X] binnen redelijke proporties te houden. Zoals de Bank onbetwist heeft aangevoerd, kan [X] haar valutarisico beperken door valutatermijntransacties (tot een bepaald bedrag) via een andere bank (te weten de Rabobank, zie 3.14) aan te gaan en door middel van spottransacties, dat wil zeggen: dollars met euro's kopen met directe levering.
- 4.9 [X] heeft, verkort weergegeven, de door haar bepleite uitleg onder meer als volgt verdedigd:
- a. bij financiële instellingen is het gebruikelijk om valutatermijntransacties binnen bepaalde bandbreedtes toe te staan;
 - b. de door de Bank opgelegde handelwijze, waarbij verschillende bandbreedtes bij verschillende termijnen werden gehanteerd, werkt verkoop op korte termijn in de hand;
 - c. de Bank bood het product “early termination” aan, waarbij gekochte dollars voortijdig kunnen worden verkocht.
- Deze argumenten zijn echter van onvoldoende gewicht om tot een andere uitleg van de derivatenclausule te komen. Zij laten onverlet dat [X] redelijkerwijs moest begrijpen dat de Bank haar medewerking aan door [X] gewenste valutatermijntransacties mocht weigeren indien zij niet voldeden aan de hiervoor onder 4.6 sub a tot en met c genoemde voorwaarden of indien de Bank een andere goede reden had om haar medewerking te weigeren.
- 4.10 Het hof legt de derivatenclausule dus anders uit dan de rechtbank. In zoverre is grief I gegrond.
- 4.11 Het voorgaande brengt mee dat niet gezegd kan worden dat de Bank [X] in de waan heeft gelaten dat de derivatenclausule enkel voor de vorm is

overeengekomen en in feite niet meer was dan een wassen neus.

Opzegging van de derivatenovereenkomst

- 4.12 De derivatenclausule behelst een overeenkomst. Die overeenkomst is niet onlosmakelijk verbonden met de Kredietovereenkomst en wordt hierna de derivatenovereenkomst genoemd. Hetgeen hiervoor in 4.6 is overwogen, geldt zolang de derivatenovereenkomst niet rechtsgeldig is opgezegd.
- 4.13 Bij brief van 29 juli 2015 heeft de Bank, met verwijzing naar een eerdere mededeling, te kennen gegeven “dat er tot nader order geen valuta termijnaffaires meer via ABN AMRO kunnen worden gesloten”. Hoewel deze mededeling niet geheel ondubbelzinnig is, moest [X] haar redelijkerwijs (mede) begrijpen als een opzegging van de derivatenovereenkomst. [X] heeft de mededeling ook zo begrepen, gelet op haar standpunt bij de comparitie na antwoord dat je een “duurrelatie (...) niet zomaar [mag] beëindigen”, in de memorie van grieven dat de Bank de OTC-faciliteit heeft “stopgezet” en in haar pleitnota in hoger beroep dat de Bank heeft “gemeend” de derivatenovereenkomst “rauwelijks te mogen opzeggen”. In haar pleitnota in hoger beroep is [X] ook ingegaan op de mogelijkheid van opzegging van duurovereenkomsten.
- 4.14 Blijkens de woorden “tot wederopzegging” in de derivatenclausule voorziet de derivatenovereenkomst in de mogelijkheid dat de Bank deze opzeggt. Indien de wet en hetgeen tussen partijen is overeengekomen daarvoor ruimte laten, kunnen de eisen van redelijkheid en billijkheid in verband met de aard en inhoud van de overeenkomst en de omstandigheden van het geval op grond van art. 6:248 lid 1 BW meebrengen dat aan de opzegging nadere eisen gesteld worden.
- 4.15 In de pleitnota in hoger beroep heeft [X] betoogd dat zij ten tijde van de opzegging niet in verzuim was. In het midden kan blijven of de tweeconclusieregel zich ertegen verzet dat het hof acht slaat op dat betoog, want het kan niet slagen, aangezien voor opzegging geen verzuim is vereist.
- 4.16 De derivatenclausule voorziet niet in enige beperking van de bevoegdheid van de Bank om de derivatenovereenkomst op te zeggen. De aard van de overeenkomst en de maatschappelijke functie van banken brengen echter mee dat de Bank bij de uitoefening van de opzeggingsbevoegdheid voldoende rekening dient te houden met gerechtvaardigde belangen van [X]. Een beroep op de opzeggingsbevoegdheid kan immers op grond van art. 6:248 lid 2 BW in de gegeven omstandigheden naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zijn. Bij de beantwoording van de vraag of dat zo is, zijn alle omstandigheden van het geval van belang. Aan de zijde van [X] weegt mee dat zij – vanuit het oogpunt van een verantwoorde bedrijfsvoering – behoefte heeft zich tegen valutarisico’s in te dekken (zie ook 4.5). Daartegenover staan echter de gerechtvaardigde belangen van de Bank bij opzegging.
- 4.17 Als eerste gezichtspunt weegt in dit verband mee het antwoord op de vraag of de wijze waarop [X] van de derivatenclausule gebruik placht te maken, extra risico’s voor de Bank meebracht die de Bank in redelijkheid niet wenste te lopen. Dit is ook een relevant gezichtspunt als [X] redelijkerwijs mocht menen dat haar werkwijze in het belang van een goede bedrijfsvoering en verantwoord was.
- 4.18 [X] heeft, verkort weergegeven, het volgende aangevoerd over haar werkwijze. [X] verwacht een bepaalde omzet in euro’s te halen bij de verkoop van de (in dollars ingekochte) producten in Europa. In de aanloop naar het seizoen maakt zij een schatting van haar behoefte aan dollars gedurende het jaar. Op basis daarvan bepaalt zij “wanneer, op welke termijn en voor welk bedrag zij het dollarrisico het beste kan indekken”. Gedurende het jaar herbeoordeelt [X] regelmatig haar behoefte aan dollars. Op grond daarvan past zij de termijn of het bedrag van de valutatermijntransacties aan door middel van valutawaps. Indien de schatting van de benodigde dollars wordt verlaagd, kan dat tot verkoop van dollars en tot winstrealisatie leiden, aldus [X].
- 4.19 De Bank heeft over de hiervoor in 3.7 en 3.9 beschreven transacties gesteld dat [X] op 20 maart 2014 viermaal US\$ 1 miljoen heeft aangekocht en die transacties op 9 september 2014 zonder duidelijke reden heeft tegengesloten, waarmee [X] een koerswinst heeft behaald van € 188.477. Volgens de Bank heeft [X] in 2015 opnieuw vergelijkbare transacties verricht door op 19 maart 2015 driemaal US\$ 1 miljoen te verkopen en die transacties op 19 mei 2015 zonder duidelijke reden tegen te sluiten, waarmee [X] een koerswinst heeft behaald van € 110.953. [X] heeft de stelling van de Bank dat met deze aan- en verkopen geen risico’s werden beheerst, niet voldoende gemotiveerd weersproken. Haar stelling dat juist het gegeven dat zij “de winst heeft gepakt” een doordachte strategie impliceert, die erop gericht is risico weg te nemen door overtollig ingekochte valuta te verkopen, is daarvoor niet voldoende. Zo heeft [X] tegenover het verweer van de Bank niet onderbouwd gesteld dat zij ten tijde van “het pakken van de winst” daadwerkelijk overtollige valuta had. Verder heeft [X] in dit verband gesteld zich niet van iedere concrete transactie te herinneren wat daarvan de achterliggende gedachte is geweest. Daarom moet het hof als vaststaand beschouwen dat deze transacties een speculatief karakter hadden en is voor (tegen)bewijslevering geen plaats.
- 4.20 Tussen partijen staat vast dat zij in 2014 met elkaar hebben gesproken over de strategie van [X] met betrekking tot valutatermijntransacties (zie 3.8 hiervoor). De Bank heeft gesteld dat zij in dat gesprek [X] erop heeft gewezen dat bepaalde transacties niet strookten met het doel waarvoor de Bank [X] de mogelijkheid had geboden valutatransacties aan te gaan en dat zij in dat gesprek [X] heeft verzocht met dat soort transacties te stoppen. [X] heeft weliswaar betwist dat de Bank haar in dat gesprek heeft gewaarschuwd, maar zij heeft ook zelf gesteld dat het gesprek is gevoerd omdat de Bank wilde voorkomen dat [X] zou speculeren. Toch is [X] in 2015 opnieuw transacties aangegaan waarvan moet worden aangenomen dat daarmee geen risico werd beheerst. Dat is een gezichtspunt ten gunste van de opvatting van de Bank dat zij de derivatenovereenkomst mocht opzeggen.
- 4.21 Zelfs indien aangenomen zou moeten worden dat de hiervoor in 3.7 en 3.9 beschreven transacties niet bedoeld zijn geweest om te speculeren op koersfluctuaties, maar gebaseerd waren op een te goeder trouw door [X] uitgevoerde beoordeling en herbeoordeling van de verwachte behoefte aan dollars, kan de Bank zich in redelijkheid op het standpunt stellen dat [X] zich door die transacties te verrichten heeft blootgesteld aan onnodige extra valutarisico’s in plaats van die te beperken, en dat die transacties niet meer gezien kunnen worden als het “afdekken van een positie” of het “beheersen van een risico” als bedoeld in het Cliëntenprofiel Treasury. De Bank kan zich dan ook redelijkerwijs op het standpunt stellen dat [X] daarmee onnodige risico’s heeft gelopen, die ook het kredietrisico van de Bank raken. Meer in het algemeen kan de Bank zich op het standpunt stellen dat [X] met de door haar beschreven gebruikelijke werkwijze onnodige valutarisico’s loopt die ook het risico van de Bank raken en dat de Bank dat niet behoeft te aanvaarden.
- 4.22 Een tweede gezichtspunt ten gunste van de Bank is dat de Bank het risico liep dat [X] haar aansprakelijk zou stellen, als zij haar had toegestaan verdere transacties te verrichten, terwijl het voor de Bank duidelijk was geworden dat de werkwijze van [X] niet paste binnen het Cliëntenprofiel Treasury. Ook dat risico behoeft zij niet te aanvaarden.
- 4.23 Een derde gezichtspunt ten gunste van de Bank is dat [X] onvoldoende heeft gesteld om te kunnen aannemen dat de door [X] gevolgde werkwijze de enige mogelijke is om het valutarisico te beperken (zie 4.8 hiervoor, slot). Ook indien die mogelijkheden begrensd zijn, zoals [X] stelt, brengt dat mee dat [X] door de opzegging minder ernstig in haar belangen is geschaad dan wanneer haar helemaal geen mogelijkheden meer ten dienste stonden.
- 4.24 Tegenover deze gezichtspunten heeft [X] onvoldoende gesteld om te kunnen aannemen (a) dat de eisen van redelijkheid en billijkheid in dit geval meebrengen dat aan de opzegging nadere eisen gesteld worden, of (b) dat het beroep van de Bank op de opzeggingsbevoegdheid in dit geval naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is. De verwijzing in haar pleitnota in hoger beroep naar Hof Arnhem 18 februari 2003, ECLI:NL:GHARN:2003:AF5233 (Rabobank/Aarding) maakt dat niet anders.
- 4.25 Op zichzelf terecht heeft [X] aangevoerd dat de Bank in haar brief van 29 juli 2015 niet heeft vermeld dat de opzegging verband hield met de wijze waarop [X] gebruik maakte van de derivatenclausule. Vast staat echter dat de Bank in een gesprek in 2014 tegenover [X] duidelijk heeft gemaakt dat zij wilde voorkomen dat [X] zou speculeren (zie 4.20). De opzegging vond plaats nadat de hiervoor in 3.9 beschreven transacties in 2015 waren verricht. Zelfs als

[X] in 2014 niet uitdrukkelijk door de Bank is gewaarschuwd en de Bank in 2015 geen duidelijke reden voor de opzegging heeft gegeven (zoals [X] stelt), moet voor [X] duidelijk zijn geweest dat de Bank de handelwijze van [X] niet (langer) wenste te faciliteren. Ook de (gestelde) omstandigheid dat de Bank de derivatenovereenkomst met onmiddellijke ingang heeft opgezegd, zonder opzegtermijn te hanteren, is in de gegeven omstandigheden van onvoldoende gewicht voor een ander oordeel dan hiervoor in 4.24 is gegeven. Tegenover het verweer van de Bank heeft [X] ook te weinig gesteld om te kunnen aannemen dat de Bank onvoldoende rekening heeft gehouden met de gerechtvaardigde belangen van [X] door haar niet te adviseren en te faciliteren ten aanzien van de valutatermijntransacties die (volgens [X]) nog openstonden toen de Bank haar te kennen gaf geen valutatermijntransacties meer te willen uitvoeren.

4.26 De Bank heeft de derivatenovereenkomst dus rechtsgeldig opgezegd. Dit oordeel brengt mee dat de grieven I en II niet tot vernietiging kunnen leiden.

Verdere beoordeling

4.27 Uit het voorgaande vloeit voort dat de Bank door de derivatenovereenkomst op te zeggen zoals zij heeft gedaan, niet toerekenbaar is tekortgeschoten en niet onrechtmatig heeft gehandeld, ook niet als rekening wordt gehouden met de zorgplicht van banken jegens hun cliënten. Die opzegging brengt mee dat de Bank niet langer aan de derivatenovereenkomst is gebonden en uit dien hoofde niet langer gehouden is mee te werken aan enige door [X] gewenste valutatermijntransactie. Gelet op de contractsvrijheid van de Bank heeft [X] ook onvoldoende gesteld om te kunnen oordelen dat de Bank gehouden zou zijn een nieuwe overeenkomst met [X] aan te gaan die [X] weer in staat zou stellen valutatermijntransacties via de Bank te verrichten.

4.28 Grief III kan bij gebrek aan zelfstandige betekenis onbesproken blijven. De grieven kunnen, wat er verder zij van de gegrondheid ervan, niet leiden tot vernietiging van het bestreden vonnis. De bewijsaanbiedingen van beide partijen worden gepasseerd bij gebrek aan belang. Het vonnis waarvan beroep zal worden bekrachtigd. [X] zal als in het ongelijk gestelde partij worden veroordeeld in de kosten van het geding in hoger beroep.

5 Beslissing

Het hof:

bekrachtigt het vonnis waarvan beroep;

veroordeelt [X] in de kosten van het geding in hoger beroep, tot op heden aan de zijde van de Bank begroot op € 741,-, aan verschotten en € 2.228,- voor salaris;

verklaart de proceskostenveroordeling uitvoerbaar bij voorraad.

Dit arrest is gewezen door mrs. M.M. Korsten-Krijnen, G.C.C. Lewin en R.M. de Winter en door de rolraadsheer in het openbaar uitgesproken op 20 april 2021.