

7. HOF VAN BEROEP BRUSSEL 30 SEPTEMBER 2013

FINANCIËEL RECHT

Financiële instellingen en tussenpersonen – Beleggingsdiensten – Beurs – MiFID – Swapcontract – Dwaling

Dwaling kan geen aanleiding geven tot nietigheid wanneer de dwalende partij lichtzinnig of nalatig was bij het contracteren. Op een contractpartij rust immers de verplichting om zich voldoende te informeren.

De klant dient in beginsel het bewijs te leveren van de inbreuk op artikel 27, § 2 t.e.m. § 4 van de wet van 2 augustus 2002 betreffende het toezicht op de financiële sector en de financiële diensten. De bank moet echter wel loyaal meewerken aan de bewijsoverlegging.

De verbintenis om beleggingsadvies te verstrekken is in beginsel een inspanningsverbintenis en geen resultaatsverbintenis. Bij deze beoordeling moet men zich plaatsten in de juiste historisch-economische en financiële context en kan enkel rekening worden gehouden met de economische en financiële gegevens die toen gekend waren en met de omstandigheden die een normaal zorgvuldig beleggingsadviseur toen redelijkerwijze kon en moest voorzien.

De informatieverplichting opgelegd door artikel 27, § 2 en § 3 om informatie aan de klant te verstrekken is in beginsel een inspanningsverbintenis.

De omvang van deze informatieverplichting hangt onder meer af van de complexiteit van de overeenkomst die de partijen beogen te sluiten, maar ook van de ervaring, de deskundigheid en de geschooldheid van de klant die dit contract sluit.

Op de klant rust de verplichting om zich te informeren over de aard, het voorwerp, de draagwijdte en de risico's van een overeenkomst die hij wil onderschrijven. Indien hij niet alles begrijpt, moet hij bijkomende uitleg vragen.

DROIT FINANCIER

Institutions et intermédiaires financiers – Gestion de fortune et conseiller en placement – Bourse – MiFID – Swap de taux d'intérêts – Erreur

L'erreur ne peut entraîner la nullité lorsque la partie qui s'en prévaut s'est rendue coupable de légèreté ou de négligence lors de la conclusion du contrat. Toute partie a en effet l'obligation de s'informer de manière suffisante.

Il appartient en principe au client de rapporter la preuve de la violation de l'article 27, § 2 à 4, de la loi du 2 août 2002 relative à la surveillance du secteur financier et aux services financiers. La banque doit toutefois collaborer loyalement à la charge de la preuve.

L'obligation de fournir un conseil en investissement est en principe une obligation de moyen et non de résultat. Dans l'appréciation du bon respect de celle-ci, le juge doit se replacer dans le contexte historico-économique et financier de l'époque, et ne il peut être tenu compte que des données économiques et financières qui étaient alors connues, ainsi que des circonstances qu'un conseiller normalement prudent et diligent pouvait et devait raisonnablement prévoir.

L'obligation d'information prévue à l'article 27, § 2 et § 3, de la même loi est en principe une obligation de moyen.

L'étendue de cette obligation dépend entre autres de la complexité de la convention que les parties entendent conclure, mais également de l'expérience, du degré d'expertise et de qualification du client qui entend conclure le contrat.

Le client a l'obligation de s'informer sur la nature, l'objet, la portée et les risques liés à la convention à laquelle il entend souscrire. S'il ne comprend pas tout, il se doit de réclamer des explications complémentaires.

A.T.M. NV / BNP Paribas Fortis NV
Zet.: B. Lybeer (raadsheer)
Pl.: Mrs. D. Blommaert en Th. Ongenae

Procedurevoorgaanden en voorwerp van het hoger beroep

1. Op 17 mei 2011 liet appellante geïntimeerde dagvaarden voor de eerste rechter.

Zij vorderde in haar laatste conclusie:

– in hoofdorde: dat voor recht zou worden gezegd dat het swapcontract d.d. 24 januari 2008 nietig is of dat dit nietig zou worden verklaard en dat geïntimeerde dienvolgens zou worden veroordeeld tot het betalen aan haar van het bedrag van 54.588,83 EUR (...);

– in ondergeschikte orde: dat geïntimeerde op grond van de artikelen 1382 en 1383 van het Burgerlijk Wetboek zou worden veroordeeld tot het betalen aan haar van het bedrag van 54.588,83 EUR (...);

– in uiterst ondergeschikte orde en vooraleer recht te doen, dat de heren D. en M. zouden worden gehoord als getuigen (i) omtrent de vraag wie het initiatief op 18 januari 2008 en 24 januari 2008 heeft genomen tot het onderschrijven van de tweede swaptransactie en (ii) omtrent de omstandigheden waarin deze swaptransactie werd geadviseerd, met bevel aan de meest gereede partij tot mededeling binnen de 14 dagen

aan de diensten van de griffie van het adres van D.;

(...)

2. Geïntimeerde vroeg dat deze eis als ongegrond zou worden afgewezen en dat appellante zou worden veroordeeld in de kosten.

3. In het bestreden vonnis wordt de eis van appellante ontvankelijk doch ongegrond verklaard (...)

4. Appellante vraagt dat deze beslissing teniet zou worden gedaan en vordert

– in hoofdorde: dat voor recht zou worden gezegd dat het swapcontract d.d. 24 januari 2008 nietig is of dat dit nietig zou worden verklaard en dat geïntimeerde dienvolgens zou worden veroordeeld tot het betalen aan haar van het bedrag van 92.931,09 EUR (...);

– in ondergeschikte orde: dat geïntimeerde op grond van de artikelen 1382 en 1383 van het Burgerlijk Wetboek zou worden veroordeeld tot het betalen aan haar van het bedrag van 92.913,09 EUR (...);

– in uiterst ondergeschikte orde en vooraleer recht te doen, dat de heren D. en M. zouden worden gehoord als getuigen (i) omtrent de vraag wie het initiatief op 18 januari 2008 en 24 januari 2008 heeft genomen tot het onderschrijven van de tweede swaptransactie en (ii) omtrent de omstandigheden waarin de eerste en de tweede swaptransactie werden geadviseerd, met bevel aan de meest gereede partij tot mededeling binnen de 14 dagen aan de diensten van de griffie van het adres van D.;

(...)

5. Geïntimeerde vraagt dat het hoger beroep ongegrond zou worden verklaard, dat het bestreden vonnis zou worden bevestigd (...).

Overzicht van de relevante feiten

6. Het hof verwijst naar het feitenrelaas in het bestreden vonnis (...), dat hier als herhaald moet worden beschouwd (...)

Bespreking

7. Dwaling is krachtens artikel 1110 van het Burgerlijk Wetboek een oorzaak van nietigheid, wanneer zij de zelfstandigheid betreft van de zaak die het voorwerp van de overeenkomst uitmaakt. Zij moet derhalve essentieel of doorslaggevend zijn en moet betrekking hebben op een element dat de partij er hoofdzakelijk toe bepaald heeft het contract aan te gaan, zodanig dat zonder dit element het contract niet zou zijn gesloten.

De wederpartij moet wel op de hoogte zijn of behoren op de hoogte zijn van het doorslaggevende belang dat een partij aan dit bepaald element hechtte.

Om in aanmerking te komen als wilsgebrek, moet de dwa-

ling bovendien verschoonbaar zijn, hetgeen impliceert dat een redelijk, normaal zorgvuldig en vooruitziend persoon in gelijkaardige omstandigheden zou hebben kunnen dwalen. Dwaling kan bijgevolg geen aanleiding geven tot nietigheid wanneer de dwalende partij lichtzinnig of nalatig was bij het contracteren. Op een contractpartij rust immers de verplichting om zich voldoende te informeren.

8. Appellante roept in dat zij bij het sluiten van het swapcontract van 24 januari 2008 heeft gedwaald over een substantieel element van deze transactie, met name de efficiëntie van de via dit contract beoogde dekking van het renterisico verbonden met de opnames uit de “straight loan” lijn (kredietlijn met voorschotten op korte termijn) bij geïntimeerde, de looptijd en de omvang van de betrokken swaptransactie en de onmogelijkheid voor haar tot voortijdige en kosteloze opzegging en/of herziening met alle risico’s van dien in geval van een sterk dalende rente.

Zij wijt deze volledig verkeerde voorstelling van zaken in haar hoofde aan de onzorgvuldige adviesverlening en gebrekkige informatieverstrekking door geïntimeerde.

9. Appellante houdt in hoofdorde voor dat geïntimeerde artikel 27, § 4 van de wet van 2 augustus 2002 betreffende het toezicht op de financiële sector en de financiële diensten heeft geschonden toen zij aan appellante heeft voorgesteld om de tweede swaptransactie te sluiten.

(...)

Appellante dient in beginsel het bewijs te leveren van de inbreuk op dit artikel 27, § 4 van de wet van 2 augustus 2002 en op het door haar ingeroepen artikel 15 van het koninklijk besluit van 3 juni 2007 tot bepaling van nadere regels tot omzetting van de richtlijn betreffende markten voor financiële instrumenten. Geïntimeerde moet echter wel loyaal meewerken aan de bewijslevering, hetgeen hier het geval is.

Dit bewijs wordt niet geleverd door appellante en het tegendeel blijkt zelfs uit de volgende vaststellingen en overwegingen.

Vooreerst wordt niet betwist dat geïntimeerde op het ogenblik van het sluiten van de swaptransactie sedert meer dan 10 jaar een commerciële relatie had met appellante, zodat moet worden aangenomen dat zij voldoende kennis had van diens financiële situatie. Zij had na een analyse van deze situatie kredieten toegekend, die overigens probleemloos zouden worden afbetaald.

Vervolgens werd op 12 oktober 2007 een “MiFID” vragenlijst ingevuld in aanwezigheid van de toenmalige gedelegeerd bestuurder van appellante en door hem in haar naam en voor haar rekening ondertekend voor gelezen en goedgekeurd.

Wat haar kennis en ervaring betreft, antwoordt appellante in deze vragenlijst dat zij vertrouwd is met het risico verbonden aan geldmarktderivaten en regelmatig (dit wil zeggen min-

stens 2 à 3 maal per jaar) transacties verricht met betrekking tot dit producttype.

Wat de beleggingsdoelstellingen betreft, bevestigt zij dat zij wenst te beleggen op korte, middellange en lange termijn, dat zij een laag risico (met eventueel een hoger rendement dan in het geval van een risicoloze belegging maar met een gegarandeerd kapitaal) en een middelmatig risico (met eventueel een hoger rendement dan in het geval van een risicoloze belegging maar een beperkt deel van het kapitaal is onderworpen aan het risico) wenst te verbinden aan haar beleggingen en dat zij geldmarktderivaten beschouwt als onderdeel van haar beleggingsdoelstellingen en overweegt dit product te gebruiken voor “hedging” (dit wil zeggen indekkings-)doeleinden.

De beide door appellante onderschreven swapcontracten, “Bermudan Callable Swap” genoemd, kunnen niet worden beschouwd als gestructureerde producten, zoals nu door appellante wordt beweerd, zelfs indien aan deze renteswaps een optie (“swaption”) werd verbonden ten voordele van geïntimeerde om deze overeenkomsten voortijdig en kosteloos te beëindigen. In de bijlage aan voormelde vragenlijst wordt trouwens aangegeven dat renteswaps en “swaptions” behoren tot de geldmarktderivaten.

In het licht van het swapcontract dat toen reeds bestond tussen partijen en gelet op de vermelding van renteswaps en “swaptions” als geldmarktderivaten in de bijlage aan de vragenlijst, neemt het hof aan dat appellante deze swapovereenkomst voor ogen had bij het beantwoorden van voormelde vragen.

Aan de hand van deze ingevulde en ondertekende vragenlijst heeft geïntimeerde bijgevolg de nodige informatie bekomen over de kennis en ervaring van appellante met betrekking tot het door haar aangeboden product en over haar beleggingsdoeleinden.

Bovendien hadden de partijen reeds op 4 december 2006 een eerste swapcontract gesloten, dat inmiddels werd uitgevoerd zonder enig voorbehoud, laat staan protest, vanwege appellante. Geïntimeerde mocht er dan ook van uitgaan dat appellante voldoende vertrouwd was met de kenmerken en de werking van dit product.

Er wordt niet bewezen dat de door geïntimeerde aangeboden swapovereenkomst niet passend en geschikt zou zijn geweest voor appellante en het tegendeel wordt voldoende aannemelijk gemaakt.

Geïntimeerde mocht, bij gebrek aan aanwijsbare elementen die op het tegendeel wezen, aannemen dat, gelet op de historische en de op dat ogenblik verwachte stijging van de variabele Euribor-rente, deze swaptransactie in overeenstemming zou zijn met de doelstelling van appellante, zijnde de vervanging van de vlottende rente die van toepassing zou zijn op de in het kader van het haar toegekende krediet opgenomen bedragen door een vaste rentevoet gedurende een

bepaalde duur van 10 jaar, en dit tot beloop van de som van 750.000 EUR. Er kon immers worden verondersteld dat de rente zou blijven stijgen of in ieder geval niet zou dalen.

Appellante kan niet beweren dat zij niet de nodige kennis en ervaring had om te begrijpen welk risico aan dit product verbonden was (zie ook *infra*). Dit risico was geenszins onbeperkt, aangezien appellante uiteindelijk niet meer dan de vaste rente (3,70% in het tweede swapcontract) diende te betalen op het vaste bedrag van 750.000 EUR. Geïntimeerde mocht er wel degelijk van uitgaan dat een bedrijf zoals appellante in staat zou zijn om deze rente te betalen.

Appellante wist eveneens dat de swap van toepassing zou zijn op het vaste bedrag van 750.000 EUR, zelfs indien zij zou beslissen om minder dan 750.000 EUR van haar krediet op te nemen (zie ook *infra*).

Het hof neemt bovendien aan dat dit bedrag van 750.000 EUR in onderling overleg werd bepaald in functie van de toegestane gebruikslimiet van de “straight loan” lijn, die toen hoger lag dan 750.000 EUR (1.425.000 EUR per 9 januari 2008 te verminderen tot 1.000.000 EUR tegen 30 juni 2008), van het gebruik ervan in het verleden en van de verwachte kredietbehoeften.

Dat er een te grote indekking (“overhedging”) zou hebben plaatsgevonden, wordt niet aangetoond.

Appellante toont evenmin aan dat geïntimeerde een onzorgvuldig of ongeschikt en derhalve foutief advies zou hebben gegeven.

De door de bank aangegane verbintenis om beleggingsadvies te verstrekken is in beginsel een inspanningsverbintenis en geen resultaatverbintenis. Op de bank rust een algemene verplichting tot voorzichtigheid, bedachtzaamheid, nauwgezetheid en toewijding en haar houding moet worden getoetst aan deze van een normaal voorzichtige, bekwame, zorgvuldige, bedachtzame, nauwgezette, toegewijde en redelijke professionele beleggingsadviseur, geplaatst in dezelfde omstandigheden, rekening houdend met de gebruiken in de financiële markten.

Bij deze beoordeling moet men zich plaatsten in de juiste historisch-economische en financiële context en kan enkel rekening worden gehouden met de economische en financiële gegevens die toen gekend waren en met de omstandigheden die een normaal zorgvuldige beleggingsadviseur toen redelijkerwijze kon en moest voorzien. Het feit dat de variabele Euribor-rente sedert begin 2009 spectaculair is gedaald, bewijst op zich nog niet dat geïntimeerde een onzorgvuldig of ongeschikt advies zou hebben verstrekt.

Gelet op de historische evolutie van deze rente was het, bij gebrek aan aanwijsbare elementen die op het tegendeel wezen, niet foutief te veronderstellen dat deze zou blijven stijgen of in ieder geval niet zou dalen.

De swaptransactie beantwoordde aan het nagestreefde doel om appellante in te dekken tegen het risico van een rentestijging op een deel van de haar voor onbepaalde duur toegekende kredietlijn, namelijk 750.000 EUR, waarbij de variabele rente zou worden vervangen door een vaste rente. Elke opeenvolgende “straight loan”, die binnen deze kredietlijn zou worden opgenomen, zou immers onderhevig zijn aan de op dat ogenblik geldende marktinterest. Geïntimeerde stelt derhalve terecht dat precies door de werking van de swapovereenkomst, appellante zich kon verzekeren van een vast rentevoet voor de toekomstige “straight loans” opgenomen binnen de toegekende “straight loan” lijn voor een bedrag van 750.000 EUR.

Zoals hierboven werd aangegeven, moet worden aangenomen dat de partijen in onderling overleg het bedrag van 750.000 EUR hebben bepaald in functie van de toegestane gebruikslimiet van de “straight loan” lijn, die toen hoger lag dan 750.000 EUR, van het gebruik van de “straight loan” lijn in het verleden en van de verwachte kredietbehoeften. Er kan dan ook niet worden beaamd dat de swaptransactie halfslachtig zou zijn afgestemd op de onderliggende basispositie.

De omstandigheid dat appellante nadien heeft beslist om van deze kredietverlening gebruik te maken voor een lager bedrag dan 750.000 EUR – door minder op te nemen of meer terug te betalen – en dat de “straight loan” lijn van appellante bij geïntimeerde sedert 10 november 2011 0 EUR bedraagt – appellante is overgestapt naar ING en zij betwist niet dat zij bij deze bank ook beschikt over een “straight loan” lijn – impliceert niet dat het advies van geïntimeerde onzorgvuldig of ongeschikt was. Er worden geen stukken overgelegd die toelaten met voldoende zekerheid vast te stellen dat het geïntimeerde is die heeft opgelegd dat het bedrag van de opnames zou worden verlaagd tot minder dan 750.000 EUR.

Het was in hoofde van geïntimeerde niet foutief om in het swapcontract geen kosteloze en voortijdige opzegmogelijkheid of herzieningsmogelijkheid voor appellante te bedingen. Zij was daartoe niet verplicht en maakt voldoende aannemelijk dat appellante hiervoor een hoge prijs had moeten betalen, die eventueel in de bedongen vaste rente zou zijn verrekend, die dan veel hoger zou hebben bedragen. Er wordt overigens niet bewezen dat appellante dit bij de contractsluiting heeft gevraagd, noch dat zij bereid zou zijn geweest hiervoor een hogere vaste rente te betalen. Geïntimeerde beweert hierover dat er ook een alternatief werd voorgesteld, tegen de voorafgaande betaling van een zware premie, maar dat appellante heeft geopteerd voor de uiteindelijk afgesloten swaptransactie. Het is niet omdat de variabele Euribor-rente sedert begin 2009 spectaculair is gedaald, dat het niet voorzien in een voortijdige opzeg- of herzieningsmogelijkheid voor appellante onzorgvuldig of ongeschikt zou zijn geweest. Er wordt niet aangetoond dat geïntimeerde deze rentedaling redelijkerwijze had kunnen en moeten voorzien.

In de gegeven omstandigheden – gelet op het bestaan en de gebruikslimiet van de “straight loan” lijn voor onbepaalde duur, de in het verleden opgenomen “straight loans”, de verwachte evolutie van de zaken van appellante en de historische en voorziene toekomstige evolutie van de variabele Euribor-rente – was het evenmin onzorgvuldig of ongeschikt en derhalve foutief om een swapovereenkomst voor een duur van 10 jaar aan te bieden. In de door haar ingevulde en ondertekende vragenlijst heeft appellante bovendien aangegeven dat zij bereid was om een transactie op lange termijn te sluiten. Ook hier is het niet omdat de variabele Euribor-rente sedert begin 2009 spectaculair is gedaald en/of omdat appellante het kredietbedrag niet volledig heeft opgenomen en vanaf 10 november 2011 geen gebruik meer heeft gemaakt van het door geïntimeerde toegekende krediet, dat het sluiten van een tienjarig contract en het niet voorzien in een voortijdige opzeg- of herzieningsmogelijkheid voor appellante onzorgvuldig of ongeschikt zou zijn geweest. Er wordt niet bewezen dat geïntimeerde deze rentedaling redelijkerwijze had kunnen en moeten voorzien.

Appellante houdt ten onrechte voor dat geïntimeerde een “roller-coaster swap” had moeten voorstellen, zijnde een swap waarvan het notioneel bedrag varieert en voor bepaalde periodes zelfs nul kan bedragen. Dit zou overigens tot een hogere vaste rente hebben geleid en zou enkel aangegeven zijn geweest, indien appellante een duidelijk overzicht had kunnen geven van de kredietbedragen die zij in de toekomst op vaste data zou opnemen. Er wordt in ieder geval niet aangetoond dat het in hoofde van geïntimeerde foutief was om ervan uit te gaan dat appellante in de toekomst op permanente wijze minstens 750.000 EUR kredieten zou blijven opnemen, die haar door geïntimeerde of door een andere bank zouden worden toegekend.

Zelfs indien aan geïntimeerde het recht werd toegekend om de swaptransactie voortijdig en kosteloos op te zeggen, kan appellante niet voorhouden dat deze operatie haar niet in de mogelijkheid zou hebben gesteld om te profiteren van een gunstige evolutie van de rente. Er wordt niet bewezen dat geïntimeerde een swapovereenkomst opzegt van zodra de variabele Euribor-rente stijgt. Dit is in casu trouwens gebleken, aangezien geïntimeerde in het kader van de tweede swaptransactie nog vier maal, derhalve gedurende een jaar, bedragen heeft betaald aan appellante, terwijl zij het contract niet heeft opgezegd. Zij maakt voldoende aannemelijk dat dit slechts het geval is wanneer haar tegenpartij in de markt van dezelfde bedongen optie gebruik maakt, dan wel wanneer zij haar (globaal) marktrisico niet langer gedekt acht.

10. Appellante houdt eveneens voor dat geïntimeerde artikel 27, § 2 en § 3 van de wet van 2 augustus 2002 betreffende het toezicht op de financiële sector en de financiële diensten heeft geschonden toen zij aan appellante heeft voorgesteld om de tweede swaptransactie af te sluiten.

(...)

Ook hier dient appellante in beginsel het bewijs te leveren van de schending van deze bepaling en van de door haar ingeroepen artikelen 8, 10 en 12 van voormeld koninklijk besluit van 3 juni 2007. Geïntimeerde moet hier eveneens loyaal meewerken bij de bewijslevering, hetgeen wel degelijk het geval is.

Dit bewijs wordt niet geleverd door appellante en het tegendeel blijkt zelfs uit de volgende vaststellingen en overwegingen.

De door geïntimeerde te verstrekken informatie diende appellante toe te laten om het mechanisme en de draagwijdte van het beleggingsproduct te begrijpen, alsook de aard en de omvang van de daaraan verbonden risico's, zodat zij zelf een keuze kon maken en bepalen welk risico zij wenste te lopen.

Deze verplichting is in de regel een inspanningsverbintenis en moet worden getoetst aan het optreden van een normaal voorzichtige, bedachtzame, zorgvuldige en redelijke bankier, geplaatst in dezelfde omstandigheden.

De omvang van deze informatieverplichting hangt onder meer af van de aard, het voorwerp en de complexiteit van de overeenkomst die de partijen beogen te sluiten en van de ervaring, de deskundigheid en de geschooldheid van de klant die dit contract sluit.

Indien hij redelijkerwijze mag veronderstellen dat de klant voldoende ervaren en onderlegd is, mag de bankier er in beginsel van uitgaan dat de aan de klant gegeven informatie voldoende is om hem in staat te stellen deze te begrijpen, de aard, de werking, de kenmerken en de draagwijdte van het product en de aard en de omvang van de daaraan verbonden risico's te beoordelen en met kennis van zaken een beslissing te nemen.

Ook op de klant rust de verplichting om zich te informeren over de aard, het voorwerp, de draagwijdte en de risico's van een overeenkomst die hij wil onderschrijven. Indien hij niet alles begrijpt of indien hij nog vragen heeft, moet hij bijkomende uitleg vragen. De bankier mag erop vertrouwen dat de klant deze zorgvuldigheidsplicht nakomt.

Appellante, die sedert vele jaren actief was in de invoer, de uitvoer, de fabricatie, de verwerking, de aankoop en de verkoop van textielproducten, in dit domein een zekere bekendheid genoot en bovendien eveneens actief was in het buitenland, kan niet worden beschouwd als een leek die geen enkele kennis van zaken had op het ogenblik van de contractsluiting. In de vragenlijst heeft zij trouwens aangegeven dat zij vertrouwd is met het risico verbonden aan geldmarktderivaten en regelmatig (dit wil zeggen 2 à 3 maal per jaar) transacties verricht met betrekking tot dit producttype. Bovendien was de gedelegeerd bestuurder, die voor haar is opgetreden bij het sluiten van de swaptransacties, ook beheerder van andere vennootschappen.

In ieder geval rustte op appellante een bevragsingsplicht. Zij mocht niet louter passief blijven. Indien zij de werking en

kenmerken van deze transactie en/of de daarvan verbonden risico's niet of niet voldoende begreep en daaromtrent bijkomende informatie nodig achtte, diende zij zich bijkomend te informeren en de nodige vragen te stellen aan geïntimeerde en/of aan een derde. Van appellante mocht bijgevolg wel degelijk enig initiatief worden verwacht, indien zij niet alles begreep.

In de gegeven omstandigheden mocht geïntimeerde er dan ook op rekenen dat appellante de nodige vragen zou stellen, indien zij zich onvoldoende geïnformeerd achtte.

Het hof stelt vooreerst vast dat de voorgestelde renteswaptransactie met de bedongen opzeggingsmogelijkheid voor geïntimeerde, op zich geen ingewikkeld financieel product is.

(...)

Op het ogenblik dat de tweede swaptransactie werd gesloten, wist appellante op welke wijze de eerste was uitgevoerd en volgens welke modaliteiten geïntimeerde deze kon opzeggen:

(...)

In deze eerste swapovereenkomst, die voor een bepaalde duur van 10 jaar werd gesloten, kwam geen enkel beding voor waarin aan appellante het recht werd verleend om deze voortijdig en kosteloos op te zeggen of een herziening te vragen.

In dit contract werd door appellante uitdrukkelijk verklaard dat zij in staat was om de verdiensten van deze swaptransactie te waarderen en te begrijpen en om de risico's ervan te begrijpen en dat zij deze aanvaardde (...)

Het is niet geloofwaardig dat appellante deze transactie zou zijn aangegaan en zich akkoord zou hebben verklaard met deze vermelding, zonder voorafgaandelijk de nodige toelichting te ontvangen. In ieder geval stelt geïntimeerde formeel dat zij appellante tijdig heeft gewezen op de gevolgen van de daling van de variabele rente onder het niveau van de bedongen vaste rente. (...)

Appellante had op 4 december 2006, 2 maart 2007, 4 juni 2007 en 4 september 2007 telkens een duidelijke afrekening ontvangen van de door haar te ontvangen bedragen. Op elke afrekening werd melding gemaakt van de einddatum van de overeenkomst, van het notioneel bedrag (...), van de vaste rentevoet (...) en het door appellante verschuldigde bedrag, van de variabele rentevoet en het door geïntimeerde verschuldigde bedrag, van de berekeningsperiode en van het saldo dat diende betaald te worden. Er werd nooit verwezen naar de effectief opgenomen kredieten. (...)

In de gegeven omstandigheden kan een handelsvennootschap zoals appellante niet redelijk voorhouden dat zij toen niet wist dat, indien de variabele Euribor-rentevoet zou dalen onder de bedongen vaste rentevoet van 3,30%, zij geen sommen zou ontvangen van geïntimeerde, maar integendeel

bedragen verschuldigd zou zijn aan deze laatste. Zij diende ook te weten dat de toekomstige evolutie van de variabele Euribor-rente een onzekere factor was.

Zij wist eveneens of diende in ieder geval te weten dat het door beide partijen verschuldigde bedrag steeds zou worden berekend op het duidelijk aangegeven bedrag van 750.000 EUR, ongeacht het daadwerkelijk gebruik van haar kredietlijn. Zij kan niet ernstig voorhouden dat dit bedrag zou variëren naar gelang het bedrag van de opnames die zij zou doen in het kader van de haar toegekende kredietlijn.

(...)

Het hof oordeelt dan ook dat appellante, bij het sluiten van de tweede swaptransactie, wel degelijk voldoende op de hoogte was van de aard, de kenmerken en de werking van deze tweede overeenkomst, die daarin expliciet werden vermeld:

- begindatum en einddatum: (...);
- notioneel bedrag: (...);
- appellante dient een vaste rente van 3,70% te betalen;
- geïntimeerde dient een vlottende Euribor-rentevoet te betalen;
- de berekening van het verschuldigde bedrag gebeurt driemaandelijks;
- geïntimeerde heeft een optie om de transactie voortijdig te beëindigen op wel bepaalde data van elk jaar.

Ook in dit contract, dat voor een bepaalde duur werd gesloten en waarin geen enkel beding voorkwam waarin aan appellante het recht werd verleend om deze voortijdig en kosteloos op te zeggen of een herziening te vragen, werd door appellante uitdrukkelijk verklaard dat zij in staat was om de verdiensten van deze swaptransactie te waarderen en te begrijpen en om de risico's ervan te begrijpen en dat zij deze aanvaardde (...).

De omstandigheid dat de mogelijkheid voor geïntimeerde om deze overeenkomst voortijdig en kosteloos te beëindigen op bepaalde data anders was geformuleerd dan in het eerste contract – er is geen sprake meer van het recht voor geïntimeerde om de transactie te beëindigen op bepaalde data van elk jaar maar wel van een optie op vervroegde beëindiging dat door appellante wordt verkocht aan geïntimeerde – staat hieraan evenmin in de weg.

Zelfs indien dit beding melding maakt van het feit dat de optie op vervroegde beëindiging van toepassing is, kan het niet anders worden begrepen dan als het toekennen van het recht op vervroegde beëindiging aan geïntimeerde (koper van de optie) en appellante (verkoper van de optie) kon hier redelijkerwijze onmogelijk uit afleiden dat zij de voor een duur van 10 jaar gesloten swapovereenkomst voortijdig en

kosteloos zou kunnen beëindigen of de herziening ervan zou kunnen vragen.

In het kader van deze tweede swaptransactie ontving appellante driemaandelijks een duidelijke afrekening van de door haar te ontvangen of te betalen bedragen. (...) In deze afrekeningen werd evenmin verwezen naar de effectief opgenomen kredieten. (...)

Ook wat deze swaptransactie betreft, kan appellante niet redelijk voorhouden dat zij toen niet wist dat, indien de variabele Euribor-rentevoet zou dalen onder de bedongen vaste rentevoet van 3,70%, zij geen sommen zou ontvangen van geïntimeerde, maar integendeel bedragen verschuldigd zou zijn aan deze laatste en dat het door beide partijen verschuldigde bedrag steeds zou worden berekend op het duidelijk aangegeven bedrag van 750.000 EUR, ongeacht het bedrag van de opnames die zij zou doen in het kader van de haar toegekende kredietlijn. Zij diende ook te weten dat de toekomstige evolutie van de variabele Euribor-rente een onzekere factor was.

Het jarenlange gebrek aan reactie vanwege appellante – niet alleen in de periode dat geïntimeerde na elke trimestriële verrekening betalingen verschuldigd was aan appellante, maar eveneens in de periode dat appellante ingevolge de daling van de variabele rente trimestrieel betalingen diende te verrichten aan geïntimeerde, namelijk vanaf eind januari 2009, zonder dat er enige verwijzing plaatsvond naar het gebruik van de kredietlijn, (...) bevestigen met voldoende zekerheid dat appellante wel degelijk voldoende op de hoogte was van het voorwerp, de kenmerken, de werking en de modaliteiten van de swaptransacties en tevens van de duur van deze contracten en van de onmogelijkheid voor haar om deze voortijdig en kosteloos op te zeggen of de herziening ervan te vragen en dat zij dit alles en de gevolgen ervan heeft aanvaard.

Dit laatste blijkt overigens ook uit het feit dat appellante het tweede swapcontract nooit heeft opgezegd.

In de algemene bepalingen van de raamovereenkomst voor financiële transacties die appellante in 2009 – derhalve na het sluiten van de swaptransacties maar tijdens de uitvoering van de tweede en op het ogenblik dat zij reeds betalingen diende te verrichten aan geïntimeerde – zonder voorbehoud of protest heeft ondertekend, wordt ten slotte verklaard dat appellante over de nodige kennis en ervaring beschikt om de aan transacties verbonden voordelen en risico's in te schatten (...). Er wordt eveneens bepaald in de artikelen 6 en 7 welke de gevolgen zijn van een verklaring van een partij dat zij het swapcontract niet langer zal naleven. Dit wordt in artikel 6 beschouwd als een wanprestatie waardoor krachtens artikel 7 een vergoeding verschuldigd is die “het vereffeningsaldo” wordt genoemd (...). Appellante heeft derhalve zonder voorbehoud noch protest aanvaardt dat zij een vereffeningsaldo verschuldigd zou zijn, indien zij de swapovereenkomst voortijdig zou beëindigen.

Het hof besluit dan ook dat niet wordt bewezen dat geïntimeerde onvoldoende informatie zou hebben verstrekt aan appellante (...).

(...)

In ieder geval behoorde het aan appellante om bijkomende informatie en vragen te stellen, indien zij zich onvoldoende geïnformeerd achtte of een bepaalde clause, zoals het beding van de optie op de vervroegde beëindiging, niet of onvoldoende begreep.

11. Gelet op alle vorige vaststellingen en overwegingen, oordeelt het hof dat appellante niet aantoonde dat zij heeft gedwaald over de zelfstandigheid van de zaak die het voorwerp van het contract uitmaakt.

Zij wist of diende te weten dat de toekomstige evolutie van de variabele Euribor-rente een onzekere factor was.

Elke dwaling in hoofde van appellante zou in de gegeven concrete omstandigheden in ieder geval onverschoonbaar zijn geweest.

(...)

Om deze redenen:

Het hof, recht doende na tegenspraak,

Gelet op artikel 24 van de wet van 15 juni 1935 op het gebruik der talen in gerechtszaken;

Verklaart het hoger beroep ontvankelijk doch verwerpt dit als ongegrond.

Bevestigt het bestreden vonnis.

(...)

Note

L'obligation d'information dans MiFID: un devoir du banquier vis-à-vis de son client ... et vice-versa

I. Faits pertinents de la cause

1. Les faits pertinents ayant donné lieu à l'arrêt annoté⁸¹ peuvent être résumés de la façon suivante.

2. Une société, notoirement connue dans le commerce international de textile, était une cliente de longue date de la banque et disposait chez elle d'une ligne de crédit « straight loan », soumise à un taux variable EURIBOR.

En vue de neutraliser le risque lié au taux variable, la société a conclu, en 2006 d'abord puis à nouveau en 2008, un contrat de swap de taux d'intérêts, dit « *Bermudan callable* » avec la banque.

3. Ce type de contrat a pour effet, de facto, de ne faire payer au client qu'un taux fixe sur le montant notionnel, lequel correspond généralement, mais pas forcément, aux montants empruntés dans le cadre du crédit. Il ne s'agit pas d'un contrat purement « spéculatif »⁸², mais d'un contrat aléatoire au sens de l'article 1104, alinéa 2, du Code civil, visant à couvrir le client contre le risque de taux.

De manière générale, un contrat de swap « *Bermudan callable* » est en effet un contrat:

- à durée déterminée;
- indépendant par rapport au crédit sous-jacent;

- par lequel, le client paie à la banque des intérêts sur la base d'un taux fixe et la banque paie au client des intérêts calculés sur un taux variable, sur un même « montant notionnel » et à échéances fixées contractuellement, ce qui en fait un contrat par essence aléatoire;
- et dans lequel la banque a acheté le droit de mettre fin au contrat, unilatéralement et moyennant préavis.

La jurisprudence avait déjà relevé à plusieurs reprises que la compréhension du mécanisme de ce contrat ne nécessitait pas de plus amples informations⁸³.

4. En raison de ses obligations réglementaires⁸⁴, la banque doit, dans ce type de contrat, se couvrir elle-même contre le risque de marché qui découle de la convention. Pour ce faire, soit elle conclura une transaction de couverture en sens inverse dans le marché, soit elle couvrira l'ensemble de ses positions au moyen notamment de « Zerobonds », « Futures », « Options » ou d'autres instruments financiers.

5. Comme le souligne la cour d'appel, le risque du client n'est ici aucunement « illimité »: si le taux variable vient à augmenter au-delà du taux fixe convenu dans le swap, le client payera en définitive le taux fixe convenu sur la partie de son crédit égale au montant notionnel, et pendant la seule

⁸¹. Un pourvoi en cassation a été introduit à l'encontre de cet arrêt.

⁸². *Contra* voy. C. ALTER et L. VAN MUYLEM, « Contrats de couverture et swap de taux d'intérêts (IRS): les vestiges de pratiques bancaires révolues? », in X., *Liber Amicorum F. Glansdorff et P. Legros*, Bruxelles, Bruylant, 2014, p. 64.

⁸³. Pour un cas récent, voy. Comm. Bruxelles (14^e ch.), 13 mai 2013, *J.T.*, 2013, p. 480 et Comm. Bruxelles (13^e ch.), 24 avril 2014, A/12/08167, *inédit* (décision frappée d'appel).

⁸⁴. Voy. Circulaire CBF D1 94/3 du 1^{er} septembre 1994, disponible sur www.bnb.be.