

Le tribunal remarque par contre que l'article 10 de l'arrêté royal du 3 juillet 2007 impose aux entreprises réglementées de communiquer les conditions contractuelles à leurs clients avant la conclusion de la conventions de prestation de service d'investissement ou avant la prestation de service si celle-ci précède la conclusion du contrat.

Certes, cette règle connaît une exception dont la défenderesse semble se prévaloir à juste titre.

Dans cette hypothèse, les conditions contractuelles doivent toutefois être fournies au client « immédiatement après » la conclusion de la transaction ou la fourniture du service, ce qui n'a manifestement pas été le cas en l'espèce.

Il s'en déduit que les griefs tirés par les demanderessees de la tardiveté de la communication de la convention-cadre sont fondés.

Le tribunal remarque toutefois, à l'instar de la défenderesse, que les règles invoquées par les demanderessees ne sont pas sanctionnées de nullité par la loi de sorte que leur méconnaissance ne peut donner lieu qu'au paiement de dommages et intérêts.

A cet égard, le tribunal s'interroge sur le dommage que les demanderessees pourraient avoir subi dès lors que les conditions (durée déterminée de 10 ans, montant notionnel fixe, taux d'intérêt invariable, faculté de résiliation unilatérale en faveur de la seule défenderesse, ...) sur lesquelles elles fondent leur contestation leur ont été communiquées dans les

confirmations de swap et leur étaient donc bien connues lors de la conclusion de ces conventions.

Certes les conditions de « résiliation » du contrat – en dehors de la faculté conférée à la défenderesse – ne sont décrites que dans la convention-cadre. Le tribunal observe toutefois que cette convention ne prévoit pas l'hypothèse d'une résiliation unilatérale de la convention à l'initiative des demanderessees. La rupture avant terme des relations contractuelles des parties n'y est en effet envisagée que sous l'angle d'un défaut d'exécution ou de la survenance de circonstances nouvelles définies.

La convention-cadre FEB n'a donc en rien modifié la durée déterminée et irrévocable des engagements pris par les demanderessees, telle que stipulée dans les confirmations des swaps.

Sur la base des éléments qui précèdent, le tribunal estime que les demanderessees n'établissent pas le bien-fondé de leurs prétentions à l'encontre de la défenderesse.

(...)

Par ces motifs,

Le tribunal

Statuant contradictoirement,

Déclare la demande recevable mais non fondée,

Condamne les demanderessees aux dépens, (...)

## Noot

### *Interest rate swaps: autonoom en aleatoir*

#### 1. SITUERING

1. In bovenstaande beslissing<sup>70</sup> staan andermaal zgn. Bermudan callable interest rate swaps centraal<sup>71</sup>.

Een aantal Belgische banken blijkt dit product in de jaren 2007-2009 aan een aanzienlijk aantal professionele, maar ook niet-professionele cliënten (vnl. KMO's) te hebben verkocht, teneinde deze toe te laten zich te beschermen tegen een stijging van de variabele rente onder hun kredieten.

2. Een Bermudan callable swap vormt een combinatie van twee types derivaten: een renteswap en een optie.

Via de interest rate swap (IRS) verbindt de cliënt zich ertoe

om m.b.t. een notioneel bedrag op een aantal tussentijdse vervaldagen een vaste rente aan de bank te betalen, terwijl de bank er zich toe verbindt om op diezelfde tijdstippen de op dat ogenblik geldende variabele rente aan de cliënt te betalen.

Dergelijke swap krijgt het predicaat "Bermudan callable" van zodra er nog een tweede derivaat wordt gesloten: de cliënt verschafft de bank bijkomend een call-optie, die de bank op bepaalde ogenblikken de mogelijkheid laat om de swap voortijdig te beëindigen. De premie waarop de cliënt gerechtigd is in ruil voor het verlenen van deze optie, wordt typischerwijze verrekend in de voorwaarden van de swap

<sup>70</sup>. Tegen deze beslissing werd hoger beroep ingesteld.

<sup>71</sup>. Over callable IRS, zie: C. ALTER en L. VAN MUYLEM, "Contrats de couverture et swap de taux d'intérêts (IRS): les vestiges de pratiques bancaires révolues" in *Liber Amicorum François Glansdorff et Pierre Legros*, Brussel, Bruylant, 2013, 51, nr. 6 en 65, nr. 25 en vn. 43; A. HAMANN, "L'obligation d'information dans MiFID: un devoir du banquier vis-à-vis de son client ... et vice-versa" (noot onder Brussel 30 september 2013), *TBH*, 2015, 219, nr. 3; O. STEVENS, "Renteswaps: twee ruilen, één huilen?" (noot onder Kh. Brussel 26 april 2013), *TBH*, 2015, 235, nr. 4 en 237, nr. 16.

(onder de vorm van een verlaging van de door de cliënt te betalen vaste rentevoet).

3. In de zaak die aanleiding gaf tot de geannoteerde beslissing formuleerden de cliënten – twee ondernemingen actief in de houtverwerkende nijverheid – een aantal verwijten aan het adres van de bank. Deze hadden hoofdzakelijk betrekking op de informatieverstrekking en advisering omtrent de swaps. De cliënten beriepen zich daarbij zowel op de leer van de wilsgebreken, als op de gedragsregels van artikel 27 van de wet van 2 augustus 2002 betreffende het toezicht op de financiële sector en de financiële diensten. De rechtbank zal geen van deze verwijten bijtreden.

## 2. SWAPCONTRACTEN ALS KANSCONTRACTEN

5. Zoals reeds aangegeven onderscheidt de “callable” IRS zich van de gewone IRS (de zgn. “plain vanilla swap”) omdat hij één van de partijen (typischerwijze de bank) de mogelijkheid verschaft om de swap voortijdig te beëindigen. Een van de hoofdargumenten die de cliënten hadden ontwikkeld, luidde dan ook dat de bank in de verrichting geen enkel risico liep: de bedongen (swap-)optie liet haar nl. toe om zich bij een stijging van de rentevoet van de swap te ontdoen. De cliënten noemden het contract om die reden “leonijs”<sup>72</sup> en beriepen zich op artikel 1907ter BW<sup>73</sup>.

De rechtbank kent voor dit argument geen genade. In de feiten geeft zij aan dat de bank de gezegde bevoegdheid tijdens het eerste jaar nog niet kon uitoefenen en dat de swap toen, gelet op de op dat ogenblik geldende stand van de variabele rente, voor de cliënten nog voordelig (“*in the money*”) was. In rechte voegt de rechtbank er aan toe dat swaps geen lenin-

4. Het opzet van deze bijdrage bestaat er niet in de beslissing – waartegen overigens hoger beroep werd ingesteld – vanuit dat oogpunt te ontleden. Wel wordt stilgestaan bij een aantal interessante uitspraken die de rechtbank doet – soms eerder in de marge van de beslissing – aangaande de aard van deze rentederivaten.

Aan het einde van de noot wordt kort stilgestaan bij de initiatieven die de FSMA recent heeft genomen in de context van Bermudan callable swaps, nu hierover ongetwijfeld in de pleitzalen gedebatteerd zal worden.

gen zijn en bovendien kanscontracten vormen, zodat zij uit hoofde van benadeling niet vernietigbaar zijn.

De rechtbank vindt hier aansluiting bij de rechtsleer en de rechtspraak die swaps inderdaad kwalificeert als kanscontracten<sup>74</sup>, zijnde contracten waar het feit of de omvang van één van de hoofdprestaties onzeker is en afhangt van een kans op winst of verlies<sup>75</sup> (cf. art. 1104, tweede lid en 1964 BW).

De rechtsleer aanziet artikel 1907ter BW inderdaad als een toepassing van de leer van de gekwalificeerde benadeling<sup>76</sup>, die geen toepassing vindt op kanscontracten<sup>77</sup>. Een beroep op dat leerstuk wordt daarentegen wel terug mogelijk wanneer de kans op winst of verlies, die van de overeenkomst een kanscontract maakt, in werkelijkheid niet aanwezig is<sup>78</sup>.

Het is onduidelijk of de cliënten dat argument in de hier besproken zaak hadden laten gelden<sup>79</sup>.

<sup>72</sup>. Doch kennelijk niet leonijs in de zin van art. 32 W.Venn., maar als karakterisering van een onevenwichtig contract. Zie G. CORNU, *Association Henri Capitant, Vocabulaire juridique*, PUF, Parijs, 2005, v° Leonin “*se dit d’un contrat ou de la clause d’un contrat dont l’exécution aurait pour résultat de procurer à l’un des contractants un avantage exorbitant au détriment des autres (en lui donnant la part du lion)*”.

<sup>73</sup>. “*Onverminderd de toepassing van de bepalingen tot bescherming der onbekwamen of betreffende de geldigheid der overeenkomsten, indien de uitlener, met misbruik van de behoeften, van de zwakheden, van de hartstochten of van de onwetendheid van de lener, zich, voor zichzelf of voor anderen, een interest of andere voordelen heeft doen beloven, die klaarblijkelijk de normale interest en de dekking van het risico van de lening overschrijden, vermindert de rechter, op vordering van de lener, diens verplichtingen tot de terugbetaling van het geleende kapitaal en de betaling van de wettelijke interest. De vermindering is van toepassing op de door de lener gedane betalingen, mits de vordering wordt ingesteld binnen drie jaren te rekenen van de dag van de betaling.*”

<sup>74</sup>. J. WOUTERS, “Iets over de privaatrechtelijke kwalificatie van deviezen- en interestswaps”, *Bank Fin.* 1991, 373, nr. 5; P. GORIS, *Swaps: een rechtsanalyse vanuit de economische realiteit*, Antwerpen, Kluwer, 1992, 326; G. SCHRANS en R. STEENNOT, *Algemeen deel van het financieel recht*, Antwerpen, Intersentia, 2003, 158, nr. 145; J. SAD, “Swap de taux d’intérêts et l’approuvé implicite”, *Bank Fin.R.*, 2014/IV, 286, nr. 5; A. HAMANN, *o.c.*, 219, nr. 3; TGI Paris 4 februari 2004, *Rev. dr. banc. fin.*, nr. 3, mei 2004, 106 (weergave F. CRÉDOT en Y. GÉRARD).

<sup>75</sup>. E. SWAENEPOEL, *Toetsing van het contractuele evenwicht*, Antwerpen, Intersentia, 2011, 93-94, nr. 144.

<sup>76</sup>. C. BIQUET-MATHIEU, *Le sort des intérêts dans le droit du crédit. Actualité ou désuétude du Code civil?*, Collection Scientifique de la Faculté de Droit de Liège, 1998, 498; E. SWAENEPOEL, *o.c.*, 159, nr. 257.

<sup>77</sup>. E. SWAENEPOEL, *o.c.*, 94, nr. 145.

<sup>78</sup>. Cass. 6 september 2002, *Arr. Cass.* 2002, 1731.

<sup>79</sup>. Bepleten de toepassing daarvan op de callable IRS: C. ALTER en L. VAN MUYLEM, *o.c.*, 65, nr. 25 en vn. 43.

### 3. DE “AUTONOME” AARD VAN SWAPCONTRACTEN

6. Een van de punten waarover de cliënten zich slecht geïnformeerd en geadviseerd achtten, was het feit dat de duur en het (notioneel) bedrag van de swap niet bleken overeen te komen met deze van hun onderliggende kredieten.

Ook hierin volgt de rechtbank hen niet: op grond van een aantal feitelijke vermoedens oordeelt deze dat de cliënten zich bij de contractsluiting bewust moeten zijn geweest van de voornoemde “mismatch”.

Zij voegt er ook aan toe dat de cliënten de “autonome aard” van de swapcontracten erkennen, en leidt hieruit af dat zij destijds volkomen ingelicht waren van het feit dat de duur van hun verbintenis en het bedrag van de voorziene dekkingen, geen verband vertonen met de voorwaarden van de kredieten die in hun voordeel waren verstrekt.

7. Hoewel deze kwestie in de besproken beslissing niet ter discussie stond, loont het de moeite even stil te staan bij de autonome aard van swaps. Deze manifesteert zich, zoals de rechtbank lijkt aan te geven, vooreerst op het vlak van de modaliteiten van de IRS.

Het derivatencontract bepaalt die modaliteiten (doorgaans in de “confirmations”) en deze hoeven niet noodzakelijk samen te vallen met de modaliteiten van de onderliggende kredietverrichting (hier: de kredieten). Dit is logisch vermits swaps

(en breder: derivaten) helemaal geen verband hoeven te vertonen met enige onderliggende verrichting. Zij kunnen niet enkel gebruikt worden als indekkingsinstrument, maar ook als (alleenstaand) speculatief instrument<sup>80</sup>.

Een swap is dus geen accessoire overeenkomst (zoals een borgtocht of een hypotheek), vermits hij rechtsgeldig kan bestaan en uitgevoerd worden los van enige andere overeenkomst<sup>81</sup>. De verbintenissen onder de IRS kunnen weliswaar geënt zijn op deze van een onderliggende kredietovereenkomst, maar dit neemt niet weg dat de partijen in de IRS-documentatie zelfstandige rechten en verbintenissen bedingen.

In Frankrijk heeft de rechtsleer deze autonomie recent sterk in de verf gezet<sup>82</sup>. Ook de rechtspraak<sup>83</sup> bevestigt dat een derivatencontract, behoudens indien de partijen anders hebben bedongen<sup>84</sup>, geen ondeelbaar geheel (“contractengroep”) vormt met het contract waarop het geënt is. De partijen bij het derivaat kunnen de bedingen en gebreken van dat onderliggende contract dus niet inroepen onder het derivaat, noch wettigt de opzegging of nietigverklaring daarvan op zich ook de beëindiging of nietigverklaring van het derivaat<sup>85,86</sup>. Deze benadering verdient m.i. ook in België navolging.

### 4. DE RECENTE INITIATIEVEN VAN DE TOEZICHTHOUDER M.B.T. CALLABLE IRS

8. Zoals eerder in Nederland en in het Verenigd Koninkrijk is gebeurd<sup>87</sup>, heeft ook de Belgische toezichthouder inspecties bij de kredietinstellingen ondernomen aangaande het naleven van de gedragsregels bij het commercialiseren van IRS. De FSMA blijkt zich daarbij geconcentreerd te hebben op de verkoop na 1 november 2007 (datum van inwerkingtreding van MiFID) van callable renteswaps aan

niet-professionele cliënten-kredietnemers.

9. Een geanonimiseerde synthese van de conclusies van deze inspecties heeft zij in mei 2015 op haar website gepubliceerd<sup>88</sup>. Het goede nieuws is dat de omvang van deze problematiek, althans in vergelijking met de situatie in Nederland en het Verenigd Koninkrijk, nogal blijkt mee te vallen<sup>89</sup>.

<sup>80</sup> De FSMA bevestigde onlangs nog dat een derivatencontract – in tegenstelling tot een verzekeringsovereenkomst dat een verzekeraar belang veronderstelt – “om speculatieve doeleinden kan worden aangegaan of speculatief worden, zonder dat daardoor de geldigheid van het contract in het gedrang komt” (mededeling FSMA\_2015\_13 over het standpunt van de FSMA betreffende de essentiële bestanddelen van de verzekeringsovereenkomst, [www.fsma.be](http://www.fsma.be)); i.v.m. het speculatief gebruik van derivaten, zie ook: I. CLAEYS, “Speculation: The Devil Burning Down the House?” in L. CORNELIS (ed.), *Finance and Law: Twins in Trouble*, Antwerpen, Intersentia, 2015, 89-137.

<sup>81</sup> P. GORIS, o.c., 384; m.b.t. Credit Default Swaps, zie: F. BOGAERT, *Overdracht van kredietrisico. Kredietderivaten en effectisering*, Antwerpen, Intersentia, 2013, 232, nr. 567.

<sup>82</sup> A. GAUDEMET, *Les dérivés*, Parijs, Economica, 2010, 102-128.

<sup>83</sup> Versailles 5 december 1996, *Banque & Droit*, nr. 51, 1997, 36 (weergave H. DE VAUPLANE); Comm. Nanterre 21 octobre 1994, *Banque & Droit*, nr. 51, 1997, 36 (weergave H. DE VAUPLANE).

<sup>84</sup> Zie voor een geval waarin het hof van beroep te Parijs aan de hand van een analyse van de concrete inhoud van de krediet- en derivatencontracten tot de vaststelling was gekomen dat de bedoeling van de partijen er wel degelijk in bestond om de verschillende overeenkomsten in te schrijven in één contractueel geheel, zodat de beëindiging van het krediet ook de beëindiging van de indekkingscontracten (cap- en floor optiecontracten) met zich meebracht: Parijs 5 april 2007, *RTD com.* 2007, 816 (weergave D. LEGEAIS).

<sup>85</sup> A. GAUDEMET, o.c., 110, nr. 229.

<sup>86</sup> Dit zou wel het geval zijn indien de onderliggende overeenkomst ongeoorloofd is (*ibid.*, 110, nr. 230).

<sup>87</sup> Zie hierover nader: I. DE MEULENEERE, “Capita selecta inzake advies en distributie”, in V. COLAERT en A. LECOCQ (eds.), *De levenscyclus van bank-, beleggings-, en verzekeringsproducten*, Brussel, Larcier, 2014, 85-92.

<sup>88</sup> FSMA, *Rentederivaten ter dekking van aan kmo's verleende kredieten met variabele rentevoet*, mei 2015, [www.fsma.be](http://www.fsma.be).

<sup>89</sup> Een viertal banken zou in totaal 363 callable IRS contracten hebben afgesloten met niet-professionele cliënten (p. 10 van het rapport).

De conclusies van deze inspecties variëren uiteraard in functie van de onderzochte instelling, maar de grootste gemene deler lijkt te zijn dat de instellingen er niet in geslaagd zijn om ten aanzien van hun toezichthouder aan te tonen dat zij voldaan hebben aan hun (i) “know your customer”-verplichtingen (heeft de cliënt voldoende kennis en ervaring om de producten te begrijpen?), (ii) informatieverplichting (wat gebeurt er bij een rentedaling?) en (iii) verplichting tot het verschaffen van geschikt advies (*cf.* het hoger gesignaleerde probleem van de “mismatch”)<sup>90</sup>.

**10.** Het rapport vermeldt dat de FSMA aan de betrokken kredietinstellingen een “remediëring” zou hebben opgelegd. Samengevat heeft ze de instellingen verplicht om voortaan enkel nog gekwalificeerd personeel tewerk te stellen en om hun swapcontracten met niet-professionele cliënten binnen de 4 maanden te herzien. De banken werden m.n. verplicht om, zonder wijziging van de rentevoorzwaarden en zonder bijkomende kosten (i) de optie tot vervroegde beëindiging van swaps te laten vallen, (ii) de looptijd en het bedrag van de swaps aan te passen i.f.v. de behoeften van de cliënten en (iii) per overeenkomst een commerciële tegemoetkoming te betalen waarvan het bedrag onderling is overeen te komen.

Waar het motief voor deze publicatie – “*het vergroten van de voorspelbaarheid*” van “*het toezichtsoptreden*” van de FSMA – zeker lovenswaardig is te noemen, zijn er toch ernstige vragen te stellen bij de gevolgde methode.

De FSMA stelt in het rapport een “remediëring” te hebben opgelegd, maar zij verwijst nergens naar de wettelijke

grondslag voor dit optreden<sup>91</sup>. Als grondslag zou gedacht kunnen worden aan de artikelen 36, § 1<sup>92</sup> en 36bis<sup>93</sup> van de wet van 2 augustus 2002, maar dan nog rijzen er meerdere vragen.

Laten deze bepalingen de FSMA toe om op te treden wanneer de geviseerde inbreuken reeds een einde hebben genomen<sup>94</sup> (i.e. wanneer de contracten die onder invloed van die inbreuken reeds zijn tot stand gekomen, enkel nog worden uitgevoerd)? Kan de FSMA via een bevel tot remediëring überhaupt ingrijpen in lopende contracten met cliënten<sup>95</sup>? Kan zij instellingen in dat kader ook verplichten om een “*commerciële tegemoetkoming te doen*”<sup>96</sup>? En gaat de toezichthouder niet (veel) te ver wanneer hij in het rapport dicteert: “*Elke bepaling die een onevenwichtig voordeel aan de bank biedt of elke bepaling die als misleidend zou kunnen worden beschouwd, zal als nietig worden beschouwd*”.

**11.** Een aantal kopers van callable IRS zullen zich ongetwijfeld op dit rapport gaan beroepen om voor de hoven en rechtbanken een ruimer herstel te claimen dan datgene dat de betrokken instellingen hen – conform de principes in het rapport – hebben voorgesteld. Dan rijst onvermijdelijk de vraag naar de waarde van een dergelijke publicatie.

Als uitgangspunt heeft m.i. te gelden dat het rapport de hoven en rechtbanken niet bindt. Zou een rechter dit rapport dan niet kunnen hanteren als basis voor een vermoeden dat een betrokken instelling (ook) in het specifieke aan hem/haar voorgelegde dossier niet de nodige stappen hebben ondernomen om de voormelde gedragsregels na te leven?

<sup>90</sup>. Zie p. 6 van het rapport.

<sup>91</sup>. Wellicht gaat het hier evenwel om maatregelen die de banken vrijwillig hebben aanvaard, gelet op het reputatierisico en het sanctiearsenaal waarover de FSMA beschikt (bekendmaking inbreuk, dwangsommen, aanstelling bijzonder commissaris, schorsing bedrijfsuitoefening, enz.) bij niet-naleving van haar bevelen.

<sup>92</sup>. “*De FSMA kan elke natuurlijke of rechtspersoon bevelen om zich binnen de door haar gestelde termijn te voegen naar sommige bepalingen van dit hoofdstuk of de besluiten of reglementen genomen ter uitvoering ervan. (...) De FSMA kan de persoon aan wie zij een bevel richt met toepassing van het eerste lid bovendien bevelen om de commercialisering of bepaalde vormen van de commercialisering van het betrokken financieel product op het Belgisch grondgebied op te schorten zolang de betrokken wettelijke of reglementaire bepalingen niet zijn nageleefd. (...) In het belang van de afnemers van financiële producten en diensten kan de FSMA deze beslissing openbaar maken. De opschorting van de commercialisering wordt door de FSMA opgeheven wanneer vaststaat dat de betrokken wettelijke of reglementaire bepalingen zijn nageleefd.*”

<sup>93</sup>. “*Wanneer de FSMA vaststelt dat een gereguleerde onderneming bedoeld in artikel 26, eerste lid, 1°, 3° en 5° een verzekeringsonderneming of een centrale tegenpartij de regels bedoeld in artikel 45, § 1, eerste lid, 3°, of § 2, ernstig overtreedt waardoor de belangen van de betrokkenen worden geschaad of wanneer de organisatie van de onderneming ernstige leemten vertoont waardoor de naleving van deze regels niet kan worden verzekerd, kan de FSMA, onverminderd artikel 36, de termijn vaststellen waarbinnen deze toestand moet worden verholpen (...).*”

<sup>94</sup>. De maatregelen voorzien in art. 36 en 36bis van de wet, worden door de doctrine gerangschikt onder de “preventieve” handhavinginstrumenten (A. ROMBOUTS, “Twintig jaar bankwet. Het toezicht op de banken door de FSMA” in *20 jaar bankwet*, Antwerpen, Intersentia, 2013, 134).

<sup>95</sup>. Een analogie zou getrokken kunnen worden met de bevoegdheid van de FSMA om bij wijze van “herstelmaatregel” een verzekeraar te verplichten om over te gaan tot “de intrekking of omvorming van de documenten met contractueel of publicitair karakter waarvan zij vaststelt dat zij niet met de door of krachtens de wet gestelde bepalingen niet overeenstemmen” (thans art. 287 van de wet van 4 april 2014 betreffende de verzekeringen; voorheen art. 21octies van de controlewet). Daarover werd geschreven: “*Si l’on peut comprendre que la CBFA puisse ainsi donner des injonctions sur la modification de documents à utiliser pour la conclusion de contrats futurs, on n’imagine pas qu’elle puisse donner des injonctions pour la modification de polices déjà conclues et soumises à l’article 1134, alinéa 1<sup>er</sup>, du Code civil sans le consentement des parties à cette police*” (P. VAN OMMESLAGHE en R. THUNGEN, “Les sanctions en droit financier interne”, in *Synthèses de dr. banc. fin. Liber amicorum André Briyneel*, Brussel, Bruylant, 2008, 156, nr. 20).

<sup>96</sup>. Dat deze vragen gesteld kunnen worden, blijkt ook uit de opmerking in voetnoot 1 op p. 6 van het rapport, alwaar de FSMA zelf stelt: “*De inspecties van de FSMA hebben betrekking op de naleving van de norm. De FSMA spreekt zich niet uit over eventueel geleden schade ingeval een inbreuk is gepleegd, noch over het oorzakelijkheidsverband. Betwistingen aangaande subjectieve rechten vallen immers onder de exclusieve bevoegdheid van de hoven en rechtbanken. In het kader van haar inspecties heeft de FSMA kennis genomen van gerechtelijke beslissingen die niet nadelig zijn voor de banken, op één uitzondering na waar beroep werd aangetekend. Die beslissingen leiden niet tot een wijziging van de vaststellingen van de FSMA die, zoals hierboven aangegeven, uitsluitend betrekking hebben op de naleving van de norm. De FSMA legt een remediëring op ingeval haar vaststellingen een algemene draagwijdte hebben en een algemene actie van administratieve aard rechtvaardigen.*”

Rechterlijke vermoedens zijn gevolgtrekkingen die de rechter afleidt uit een “bekend feit” om te besluiten tot een “onbekend feit” (art. 1349 BW). De rechter mag ze maar hanteren wanneer hij uitgaat van een bekend – d.w.z. vaststaand feit – en mits het vermoeden hem zekerheid geeft omtrent het bestaan van het onbekende feit (een eenvoudige waarschijnlijkheid volstaat niet)<sup>97</sup>.

Het valt sterk te betwijfelen dat hier aan die voorwaarden is voldaan. De conclusies van de FSMA zijn, zoals het rapport aangeeft, gebaseerd op een steekproef<sup>98</sup>. Bovendien lijken die conclusies al te vaag en algemeen opdat ze de rechter

zekerheid zouden verschaffen omtrent de vraag of de gedragsregels in het concrete dossier dat hem/haar ter beoordeling wordt voorgelegd, al dan niet werden nageleefd<sup>99</sup>.

Afsluitend kan gesteld worden dat met het voornoemde rapport van de FSMA het doek over het soort geschillen dat in de geannoteerde beslissing aan bod komt, wellicht nog niet gevallen is.

Oliver Stevens  
Advocaat<sup>100</sup>

<sup>97</sup>. P. VAN OMMESLAGHE, *Traité de droit civil belge*, T. II, *Les obligations*, vol. 3, Coll. De Page, Brussel, Bruylant, 2013, 2527, nr. 1793; B. CATTOIR, *Burgerlijk bewijsrecht in APR*, Mechelen, Kluwer, 2013, 436, nr. 790 en 440, nr. 795.

<sup>98</sup>. Het resultaat van een steekproef wordt niet aanvaard als een vaststaand feit dat een rechterlijk vermoeden kan staven, zie: Antwerpen 20 mei 1999, *Fisc.Koer.* 1999, 503; B. CATTOIR, *o.c.*, 438, nr. 790.

<sup>99</sup>. Over het belang van een beoordeling *in concreto*, zie m.n. Kh. Brussel 28 januari 2011, *Bank Fin.R.* 2011, afl. 6, 370-371: “Nu de aansprakelijkheid in concreto wordt beoordeeld, kan [eiseres] er zich (...) niet vanaf maken door te verwijzen naar de wijze waarop CDO's in één e-mail gericht aan een andere cliënt werden voorgesteld”; en “Eiseres toont niet aan en maakt evenmin voldoende aannemelijk dat de CDO's, althans ter gelegenheid van de onderhandelingen, werden voorgesteld als ‘veilig’ of dat het ‘risico op niet-nakoming’ als ‘onbestaande’ zou zijn voorgesteld, noch dat zij als liquide werden voorgesteld. Dit bewijs kan uiteraard niet voortvloeien uit hetgeen een bedrijnskantoor van verweerster in dat kader aan een van haar andere cliënten zou hebben geschreven.”

<sup>100</sup>. De auteur schrijft in eigen naam.