

Financial Law Institute

Working Paper Series

WP 2000-02

February 2000

*Overzicht Rechtspraak
Privaat Bankrecht*

E. Wymeersch

*The **Financial Law Institute** is a department within the Law School of the University of Ghent, Belgium. The research activities undertaken within the Institute focus on various issues of company and financial law, including private and public law of banking, capital markets regulation, company law and corporate governance.*

*The **Working Paper Series**, launched in 1999, aims at promoting the dissemination of the research results of different researchers within the Financial Law Institute to the broader academic community. The use and further distribution of the Working Papers is allowed for scientific purposes only. Working papers are published in their original language (Dutch, French, English or German) and are provisional.*

*For more information and a full list of available working papers, please consult the **homepage** of the Financial Law Institute at:
<http://www.law.rug.ac.be/fli>*

*Overzicht Rechtspraak
Privaat Bankrecht*

E. Wymeersch

Abstract

This paper contains a review of Belgian case law in the field of credit transactions including leasing and factoring, documentary credit and bank guarantees. It also reviews the case law with respect to the use of cheques and of bills of exchange. All Belgian cases rendered in the period 1992-1998 are analysed, reviewed and commented. The paper is a part of a larger paper to be published with Maarten Dambre and Koen Troch, both of Ghent University, in Tijdschrift voor Privaatrecht.

Comments to the Author:

Eddy.Wymeersch@rug.ac.be

To be published in:

***Tijdschrift voor Privaatrecht (Belgium),
2000 (forthcoming)***

© Financial Law Institute, Universiteit Gent, 2000

OVERZICHT RECHTSPRAAK PRIVAAT BANKRECHT

E. WYMEERSCH¹,

DEEL I - KREDIET

A. ALGEMEEN

1. Verkoop onder voorbehoud van krediet - geen overeenkomst

Ofschoon luidens art. 1583 B.W., de koopovereenkomst voltrokken is van zodra partijen het eens zijn over het verkochte goed en de prijs, moet men ook rekening houden met de wezenlijke voorwaarden die de partijen voor ogen hebben gehad, waaronder de financiering van de aankoop (zie De Page, d. IV, nr. 46, 82). Inzake verkoop op krediet zal de overeenkomst derhalve "onbestaande", lees: nietig, zijn indien de financiering niet kon worden gevonden (Luik 21 februari 1995, *J.L.M.B.* 1995, p. 1253, nr. 313; Gent 13 maart 1998, *A.J.T.* 1998-99, 273) (zie nr. 55).

2. Kredietverlening - variabele rentevoet

Een overeenkomst van kredietopening kan rechtsgeldig een clause bevatten waarbij de toepasselijke rentevoet wordt vastgesteld verwijzend naar de basisrentevoet zoals door de bank voor gelijkaardige operaties wordt gehanteerd, en dus van tijd tot tijd wijzigbaar (Brussel 21 december 1996, *T.B.H.* 1997, 745, noot J.P. BUYLE en X. THUNIS). Een dergelijke rentevoet wordt door de bank niet op willekeurige wijze bepaald, doch wordt afgeleid uit de rentevork, die wordt vastgesteld in het comité voor de debetrentevoeten, dat bij de Belgische Vereniging der Banken is ingesteld. Overigens, zo oordeelde het hof, wordt de beoordelingsvrijheid van de bank beperkt door diverse maatregelen, zoals de prijzenwetgeving, het woekerverbod en de marginale controle door de hoven en rechtbanken.

Het Franse Hof van Cassatie (Cass. fr. 9 juli 1996, *Bank Fin.* 1996, 617, noot M. TISON) heeft onlangs opnieuw stelling genomen ten aanzien van de vraag in welke mate artikel 1129 B.W. op clauses van variabiliteit van de rentevoet toegepast kunnen worden. Naar oordeel van het Hof heeft deze bepaling geen betrekking op de prijsbepaling, en dus kon de feitenrechter wettig oordelen dat clauses van variabiliteit toelaatbaar zijn.

Naar Belgisch recht is de zeldzame rechtspraak in gelijkaardige zin gevestigd (zie voor een overzicht: SERGYSELS, "Les clauses de modification unilatérale dans les conditions générales bancaires", *Bank Fin.* 1996, 493). Nochtans is het nuttig dat de beoordelingsmarge die de bank zich voorbehoudt zo beperkt mogelijk zou worden gehouden, en dat de wijzigingen aan de hand van objectieve parameters zouden kunnen worden gestaafd.

De argumentering van het hof van beroep te Brussel aanvaardt de beoordelingsruimte die inzake de vaststelling van de rentevoeten aan de hand van deze clauses blijft bestaan. In de wet op het hypothecair krediet werden duidelijke variabiliteitstechnieken uitgewerkt, die eerlang ook in het consumentenkrediet zullen gelden. Ook buiten deze gebieden van gereguleerde kredietverlening kunnen tussen partijen gelijkaardige parameters worden overeengekomen en verfijnd, zonder dat de rentevaststelling van de eenzijdige handeling van de bank afhankelijk gemaakt dient te worden. De toetsing aan de goede trouw, waarop het hof in laatste instantie steunt, is immers vooral een toetsing aan de kwade trouw ("partijbeslissing").

Overigens was de rechtsgeldigheid van de handelingen van het bedoeld comité vanuit kartelrechtelijk oogpunt, voor discussie vatbaar.

Terloops merkt het hof op dat de partijen rechtsgeldig mogen overeenkomen de rentevoet toepasselijk te verklaren op de afwikkeling van hun verbintenissen na de stopzetting van de kredietovereenkomst.

¹ Opgesteld door E. WYMEERSCH, met medewerking van R. STEENNOT, aspirant FWO-Vlaanderen en C. DE VOS, assistent.

3. Kredietovereenkomst - woeker

Zeldzaam zijn de toepassingsgevallen van de wettelijke voorschriften inzake woeker (zie voor andere toepassingsgevallen: Cass. 17 februari 1873, *Pas.* 1873, I, 116; Cass. 28 maart 1960, *A.C.* 1960, 700, *Pas.* 1960, I, 878; Gent 24 maart 1964, *J.T.* 1964, 445; Brussel 21 juni 1971, *Pas.* 1971, II, 323; Kh. Brussel 12 maart 1930, *Pand. pér.* 1931, 133; Kh. St.-Niklaas 13 februari 1968, *J. Comm. Brux.* 1970, 8; Rb. Ieper 5 januari 1972, *R.W.* 1971-72, 1205; Corr. Rb. Brussel 10 december 1963, *J.T.* 1964, 30, *Bank Fin.* 1963, 886; Corr. Rb. Brussel 3 november 1964, *J.T.* 1964, 737).

In een vonnis van 22 juni 1993 oordeelde de vrederechter te Kortrijk (Vred. Kortrijk 22 juni 1993, *T. Vred.* 1994, 65; zie I. DEMUYNCK, "Conventionele schadevergoedingsregelingen en de wet op het consumentenkrediet", *T. Vred.* 1994, 3, nrs. 4 en 101), dat toepassing kon worden gemaakt van artikel 494 Strafwetboek, teneinde de overeenkomst van een persoonlijke lening op afbetaling te vernietigen als strijdig met de openbare orde.

Vooreerst was gebleken dat de kredietnemer na tien maanden in gebreke was gebleven. Tengevolge van zijn wanbetaling werden alle resterende termijnen eisbaar, verhoogd met een bedongen strafbeding, zijnde 20% op het eisbare saldo. De vrederechter was verontwaardigd over deze verhoging die, naar zijn berekening, neerkwam op een intrest van meer dan 55%. Dus bestond er aanleiding tot toepassing van de bepalingen inzake woeker.

De gevolgde redenering wekt verwondering. De problematiek was niet die van de woeker, doch die van het schadebeding: de aangeklaagde verhoging van de verschuldigde prestatie betrof de wanprestatie. Van de woekerbepaling kan enkel toepassing worden gemaakt indien de bedongen intrest inbreuk maakt op de criteria die in de wet bepaald zijn, met name de normale intrest en de dekking van het risico van de lening. Inzake consumentenkrediet heeft de rechter een onbeperkte matigingsbevoegdheid, voortaan uitgebreid tot alle rechtsverhoudingen. Nochtans machtigt dit hem niet de overeenkomst zelf te vernietigen (zie betreffende strafbedingen in kredietovereenkomsten verder nr. 42).

Overigens is de verwijzing naar artikel 494 S.W. ongelukkig: immers niet de strafbepaling inzake woeker diende ingeroepen te worden, wel de civiele bepaling vervat in artikel 1907 ter B.W.

De overeenkomst van persoonlijke lening op afbetaling werd nietig verklaard op grond van de overweging dat de eiser niet het bewijs had geleverd dat de overeenkomst geoorloofd was en verder geen verantwoording had gegeven van de door haar opgelegde schadevergoeding. Welnu, in contractuele aangelegenheden dient de eiser enkel de uitvoering van de overeenkomst te vorderen. De verweerder kan dan argumenten aanvoeren die kunnen leiden tot vermindering van zijn verbintenis.

Per slotsom besloot de vrederechter dat enkel restitutie in nietigheid mogelijk was: de eiser zou derhalve enkel zijn kapitaal hebben kunnen terugvorderen.

Het vonnis werd hervormd door de Rechtbank van Eerste Aanleg te Kortrijk (Rb. Kortrijk 29 april 1994, *T. Vred.* 1995, 130). De Rechtbank oordeelde dat de matigingsbevoegdheid van de rechter op grond van artikel 90 WCK volstaat om de overmatige vergoeding te matigen. Overbodig oordeelde de Rechtbank dat deze bepaling, evenals artikel 28 van openbare orde (wellicht werd dwingend recht bedoeld) zijn, en derhalve van toepassing waren: ook onder het vroegere recht beschikte de rechtbank over een gelijkaardige matigingsbevoegdheid (art. 19, § 2, W. 9 juli 1957).

4. Krediet - strafbeding - samenloop met moratoire intresten

Een strafbeding van 10%, luidens hetwelk het aan de bank verschuldigde saldo met 10% wordt verhoogd, is niet ongeoorloofd gezien het ertoe strekt de kosten van gedwongen incasso van de vordering te vergoeden, o.m. de administratieve lasten die erdoor veroorzaakt werden (anders dan de gerechtskosten en de erelonen van de advocaat) (Luik 25 mei 1993, *T.B.H.* 1994, 1066, noot J.P. BUYLE en X. THUNIS).

Een dergelijk strafbeding verhindert niet dat partijen daarenboven moratoire intresten bedingen, vermits deze laatste er enkel toe strekken de bank te vergoeden voor het verlies aan opbrengst op de gelden waarover zij conform de overeenkomst niet op de bedongen vervalddag

kon beschikken. Het voormelde strafbeding daarentegen strekt ertoe de administratieve en personeelslasten te vergoeden veroorzaakt door de verplichting de vordering gedwongen te incasseren (zie betreffende strafbedingen in kredietovereenkomsten verder nr. 42).

5. Kredietaanbod - invloed op de beoordeling van de staking van betaling en de aansprakelijkheid van bestuurders tegenover derden

Een onbetaalde mazoutleverancier verweet de zaakvoerder van een bvba niet tijdig de staking van betaling te hebben vastgesteld, en aangifte van faillissement te hebben gedaan (betreffende de aansprakelijkheid van vennootschapsbestuurders voor niet-tijdige aangifte van het faillissement, zie Cass. 22 september 1988, *Arr. Cass.* 1988-89, 91, *R.C.J.B.* 1990, 203, noot R. DALCQ; Cass. 7 september 1990, *Arr. Cass.* 1990-91, 18; *T.R.V.* 1991, 86, noot M. WYCKAERT).

Het hof (Gent 16 november 1995, *T.R.V.* 1996, 108) onderzoekt nauwgezet de solvabiliteitsbeoordeling waartoe deze zaakvoerders in het kwestieuze tijdvak konden overgaan. Zij hadden met name een aanbod voor een verhoging van hun kredieten van de bank ontvangen. De mazoutlevering die plaatsgreep na de datum van het ontvangen van het kredietvoorstel, kan niet geacht worden te zijn geschied na de staking van betaling. Men kan redelijkerwijze aannemen dat de kredietnemer enkele dagen bedenktijd heeft om een kredietaanbod te aanvaarden, te meer daar van hem en van zijn familie persoonlijke borgstellingen werden gevraagd.

6. Kredietverzekering - aansprakelijkheid tegenover kredietnemer

De klant van een leverancier die zijn kredietrisico op deze klant bij een kredietverzekeraar heeft laten verzekeren, heeft het recht zich tegen de intrekking of schorsing van de verzekeringsdekking te verzetten, wanneer blijkt dat de beslissing gesteund is op willekeurige motieven, onder meer op grond van gegevens die vreemd zijn aan de persoonlijke financiële toestand van de klant, of op grond van gegevens van na de intrekking van de waarborg. In casu had de kredietverzekeraar de dekking opgeschort omdat de klant een vennootschap had opgericht met andere partijen die klaarblijkelijk het voorwerp van een faillissement waren geweest.

Het argument naar luid waarvan de klant geen contractspartij was bij de kredietverzekeringsovereenkomst werd door de Rechtbank van Koophandel te Brussel (Kh. Brussel 25 januari 1993, *T.B.H.* 1994, 318) van de hand gewezen, omdat de kredietverzekering de relaties tussen de klant en de leverancier onmiskenbaar aanbelangt. Nochtans rijst de vraag op welke rechtsgrond de betroffende derde, in casu de leverancier kan optreden: is dit onrechtmatige daad, gelet op de verwijzing naar de "eerlijke gebruiken in handelszaken" of kan aan deze kredietovereenkomst beschermende werking ten behoeve van derden worden toegekend? (zie ook Vz. Kh. Brussel 16 maart 1981, *B.R.H.* 1981, 356. Betreffende de problematiek van de derdenwerking van overeenkomsten zie verder nr. 235).

In de annotatie wijst J.L. Fagnart erop dat ofschoon de verzekeraar discretionair de risico's beoordeelt hij daarom nog niet willekeurig mag optreden bij de opschorting of de intrekking van de verzekeringsdekking. Inzake kredietverzekering dienen de motieven medegedeeld te worden aan de verzekerde (zie Brussel 18 december 1986, *J.L.M.B.* 1987, 259; vgl. Parijs 8 juni 1977, *D.* 1978, IR., 204, noot LARROUMET).

7. Aansprakelijkheid van de bank voor medeplichtigheid aan onrechtmatige daad - krediet aan een groep van vennootschappen

In een opzienbarend arrest, bekend als het "Wiskeman arrest" (Brussel 15 september 1992, *T.R.V.* 1994, 275, noot A. FRANÇOIS) behandelt het hof te Brussel enkele aspecten van de aansprakelijkheid van de bank, die krediet verleent aan een groep Belgische en buitenlandse vennootschappen.

Een enigszins vereenvoudigde versie van de feiten kan als volgt worden geschetst. De Britse koper van de Wiskeman aandelen, een Belgische naamloze vennootschap, liet deze door een Belgische bank financieren aan de hand van bankkrediet dat gewaarborgd zou worden aan

de hand van de aldus gekochte aandelen, en een gedeeltelijke garantie van een Britse bank. Deze Belgische bank had voor het saldo de in pandgeving bekomen van een deel van de opbrengst van de verkoop van de activa van de Belgische vennootschap. Deze verrichting greep plaats in de jaren zeventig, zodat geen sprake was van de toepassing van art. 52ter Venn. W. op grond waarvan de vennootschap geen kredieten mag verstrekken, noch waarborgen toestaan met het oog op de verwerving van haar eigen aandelen.

De Belgische vennootschap werd door haar Britse moeder aangespoord om haar onroerende goederen te verkopen. De bank, bevreesd voor de terugbetaling van het krediet, eiste en bekwam dat de opbrengst van de verkoop werd gedeponereerd bij een Britse bank, tot waarborg van de garantie die deze laatste aan de Belgische bank verstrekke. Later werd het krediet van de Belgische bank terugbetaald door middel van een nieuw krediet, aangegaan bij een andere Belgische bank.

In het kader van het faillissement van de Belgische vennootschap stelt de curator vooral de eerstgenoemde van de Belgische banken aansprakelijk, omdat zij krediet ter beschikking had gesteld van de Britse koper in de wetenschap dat deze misbruik maakte van de activa van de Belgische dochtervennootschap, meer in het bijzonder door de garantie te aanvaarden van de Britse bank terwijl zij duidelijk wist dat deze garantie steunde op een deposito dat gevormd was uit gelden die de dochtervennootschap toebehoorden. De verantwoordelijkheid van de bestuurders van de Britse vennootschap - die niet in zake waren - werd duidelijk gesteld: zij hadden van hun bevoegdheid bij de dochter misbruik gemaakt door meer dan de helft van het eigen vermogen van de dochter aan te wenden voor de financiering van de moeder, terwijl deze zich in dusdanige financiële moeilijkheden bevond dat zij zelf haar verbintenissen niet kon naleven.

Aan de Belgische bank werd vooral verweten medeplichtig te zijn geweest bij een afwending van maatschappelijk vermogen, met het uiteindelijke doel zichzelf een waarborg te doen verstrekken tot waarborg van haar krediet dat bestemd was om de aandelen van de vennootschap te kunnen kopen. Het hof formuleerde hierbij een centrale regel van het recht van de vennootschapsgroepen: "indien men kan aanvaarden dat vennootschappen die tot eenzelfde groep behoren elkaar wederzijds ondersteunen in het belang zelf van deze groep - wat het geval is wanneer een moedervernootschap haar dochter ondersteunt aangezien dit in haar eigen belang is - is het onaanvaardbaar dat zij, in haar diens louter eigenbelang, en met miskennis van de belangen van haar dochter, van minderheidsaandeelhouders en van de schuldeisers van deze, haar bevoegdheden in haar dochtervennootschap uitoefent om zich van diens activa meester te maken en deze als zekerheid aan te wenden voor de verbintenissen die zij heeft aangegaan in het kader van de verwerving van de aandelen van deze dochter" (op p. 279, eigen vertaling). De bank die medebetrokken is bij een dergelijke transactie, minstens die niet onwetend kon zijn van de modaliteiten waarin deze zekerheden werden gesteld, handelt onzorgvuldig zo zij op grond hiervan haar krediet heeft gehandhaafd. Zij heeft aldus met kennis van zaken gehandeld ten nadele van de andere schuldeisers.

Op het stuk van de regel van groepsrecht bevat de hogervermelde passage een klassieke, uit meer Belgische beslissingen blijkende toetssteen voor intragroepsverrichtingen (Cfr. E. WYMEERSCH, "Le droit belge des groupes des sociétés", in: *Liber Amicorum Commission Droit et Vie des Affaires*, Bruylant, Brussel, 1998, 615-644; en E. WYMEERSCH, "Het recht van de vennootschapsgroepen", in W. VAN EECKHOUTTE (Ed.), *Rechtspersonenrecht*, Mys en Breesch, Gent, 393. Zie meer algemeen A. FRANÇOIS, *Het vennootschapsbelang*, 1999, 795).

Op het stuk van de aansprakelijkheid van de bank inzake kredietverlening, verruimt deze beslissing het perspectief op enkele punten. Vooreerst wordt de bank aansprakelijk gesteld voor medeplichtigheid, door zelf medebetrokken te zijn bij een handeling die kennelijk ten nadele van de schuldeisers van de dochtervennootschap was. Zo op het stuk van het bewijs van de medebetrokkenheid, het arrest eerder zwak uitvalt - het steunt vooral op de gedachte dat de bank onmogelijk onwetend heeft kunnen zijn - wordt de aansprakelijkheid van de bank, schuldeiser van de moedervernootschap, verruimd tot aansprakelijkheid ten aanzien van de schuldeisers van de dochter. Overigens was de onrechtmatige gedraging in de eerste plaats niet die van de bank, doch van de bestuurders van de groep. Het is een belangrijke verruiming van de kring van aansprakelijkheden indien men mede aansprakelijk kan worden gesteld op grond van het aanvaarden van een garantie, omdat men geacht kan worden te weten dat deze garantie steunt op zekerheden die zijn bekomen op onrechtmatige wijze, althans voor zover er terzake een duidelijk voorschrift bestaat dat een dergelijke handeling verbiedt, wat niet het geval was ten tijde van de

feiten. Impliciet - doch hiervoor lag klaarblijkelijk niet voldoende bewijs voor - verweet het hof de bank het gehele systeem te hebben opgezet om haar kredietverlening mogelijk te maken zonder hierbij aanzienlijke risico's te lopen, en zulks ten nadele van de schuldeisers van de dochtervennootschap.

8. Aansprakelijkheid als feitelijk bestuurder

In een geschil waarbij de borgen van de kredietnemer de aansprakelijkheid van de bank voor onterechte kredietverlening opwierpen werd ook gepoogd de aansprakelijkheid van de bank als feitelijk bestuurder in te roepen. Ten aanzien van het principe kan weinig twijfel bestaan: zowel artikel 63 ter Ven.W als de algemene beginselen kunnen ertoe leiden dat degene die feitelijk het bestuur in een vennootschap waarneemt aansprakelijk wordt gesteld wegens de fouten die hij aldus begaat. Het loutere feit van feitelijk te besturen volstaat evenwel niet: hij moet ook onrechtmatig handelen.

Nochtans besloot het hof te Brussel (Brussel 12 februari 1992, *T.B.H.* 1993, 1041, noot J.P. BUYLE en X. THUNIS; *J.L.M.B.* 1993, 155; *R.P.S.* 1993, 256, noot F. 'T KINT) niet tot aansprakelijkheid en zulks op feitelijke gronden. Wanneer de kredietnemer een belangrijk krediet heeft opgenomen, - in feite waren het kredietoverschrijdingen -, kan men het de bank niet kwalijk nemen dat zij een strikt toezicht uitoefent. Dit toezicht kan bestaan uit

- incasso van de verkoop van voorraden, wanneer de facturen bij de bank in pand waren geven;
- toestemming tot de verkoop van koopwaar waarvoor de bank de warranten hield;
- afvaardiging van een vertegenwoordiger die de zekerheden moest nagaan;
- weigering fondsen vrij te maken, nu het kredietplafond werd bereikt;
- regelmatige ondervraging van de bestuurder over de stand van zaken;
- opstellen van staten van voorziene ontvangsten en uitgaven teneinde de toestand van de schuldenaar beter te kunnen volgen.

Hieruit kan worden afgeleid dat de bank als feitelijk bestuurder is opgetreden, noch zich onrechtmatig heeft gedragen.

9. Krediet - inpandgeving van handelsfonds - onderzoeksplicht van de notaris

Naar aanleiding van een akte van inpandgeving van een handelsfonds tot zekerheid van een kredietverrichting, had de notaris een hypothecaire staat aangevraagd op naam van de koper van het handelsfonds, met vermelding van een onjuist adres. Naderhand bleek de verkoper het handelsfonds in pand te hebben gegeven. Teneinde zijn handelszaak te bewaren betaalde de koper de schuldeiser, en vorderde zijn schade lastens de notaris.

Het Hof (Brussel 6 maart 1995, *Rev. Not. B.*, 22; *Not. Fisc. M.* 1996, 9, noot C. GUILLEMYN, *DAOR* 1995, afl. 36, 59) aanvaardde aansprakelijkheid van de notaris op grond van diens verplichting tot raadgeving: hij dient de partijen te waarschuwen niet enkel voor de juridische risico's, doch ook voor de zuiver economische. Deze aansprakelijkheid geldt niet enkel tegenover de partij die hem heeft aangesteld, doch tegenover alle partijen bij de akte. In dat kader moet hij tot alle dienstige opsporingen overgaan om de partijen te informeren over de precieze toestand van het goed waarop de verrichting betrekking heeft. Minstens had hij de koper moeten waarschuwen zijn gelden niet aan de verkoper uit handen te geven vooraleer zekerheid te hebben over het al dan niet bestaan van een inschrijving.

De akte kredietopening bevatte daarenboven een clause op grond waarvan de kredietnemer verklaarde en waarborgde "dat het handelsfonds zijn eigendom was en dat het door geen enkele zekerheid was bezwaard". De notaris kon zich, luidens het hof, op deze clause niet beroepen om zich aan zijn aansprakelijkheid te onttrekken, nu hij deze akte enerzijds zelf heeft opgesteld zonder zekerheid te hebben over de juistheid van de bewering en anderzijds het bewijs van de afwezigheid van eigen inschrijving het gevolg was van het foutieve onderzoek dat de notaris had ingesteld.

10. Warranten - voorwaarden van geldigheid

In de Antwerpse haven zou het de praktijk zijn dat eenzelfde partij goederen als een geheel wordt aangewend voor het uitschrijven van meerdere warranten. In een arrest van het

hof te Luik (Luik 15 december 1997, *J.L.M.B.* 1998, 421, bevest. Kh. Verviers 7 januari 1992, *Rev. rég. droit* 1992, 443, noot W. DERIJCKE) wordt aangenomen dat deze werkwijze onwettig is, omdat de goederen die aan de basis liggen van elke warrant niet geïndividualiseerd zijn. Dit gebrek aan individualisering zou leiden tot een samenloop van de schuldeisers op de gewarranteerde koopwaar, een toestand die luidens de rechtbank en het hof, onverenigbaar is met het voorrecht waarop de warranthouders zich kunnen beroepen. De interne vervangbaarheid van elke warrant zou de zakelijke zekerheid elke betekenis ontnemen. Derhalve zijn de warranten zelf nietig en niet enkel niet-tegenwerpelijk aan de massa. De bank, als warranthouder, heeft recht op de uitvoering van de overeenkomst van bewaargeving, in natura, zoniet in equivalent. Zij kan voor haar oorspronkelijke vordering in aanmerking komen in de failliete massa, na aftrek van de waarde van de koopwaar.

De warrant is een document waarbij de ondertekenaar de verbintenis aangaat een geldsom te betalen aan de houder of diens order, welke betaalbelofte gewaarborgd wordt door een pand op koopwaar die in bij een gespecialiseerde bewaarnemer is opgeslagen (zie LESCOT en ROBLOT, *Les effets de commerce*, d. 2, nr. 829, 307). De wet van 18 november 1862 houdend invoering van het warrantstelsel bevat geen bepaling betreffende individualisering van de in bewaring gegeven koopwaar (zie LESCOT en ROBLOT, *o.c.*, nr. 882, 372). Overigens blijkt uit deze wet geen verbod om andere waardepapieren te creëren die evenzeer een recht verlenen op een vorderingsrecht, met name het recht op de afgifte van in bewaring gegevens koopwaar. Indien een partij koopwaar wordt vertegenwoordigd door meerdere warranten, zal elk van hen het vorderingsrecht vertegenwoordigen dat betrekking heeft op een proportioneel deel van de in bewaring gegeven koopwaar. Indien deze onvoldoende is, zal samenloop en proportionele verdeling plaatsgrijpen (zie voor een analoog regime, art. 10 van het KB nr. 62 van 10 november 1967 ter bevordering van de omloop van effecten). Vanuit privaatrechtelijk oogpunt is dan ook niet duidelijk waarom de vestiging van een door een waardepapier vertegenwoordigd vorderingsrecht op een onverdeeld deel van in bewaring gegeven koopwaar voor ongeldig moet worden gehouden (zoals een hypotheek op een onverdeeld deel in een onroerend goed kan worden gevestigd, of een pand op een onverdeeld recht in een roerende nalatenschap; zie reeds BAUDRY-LACANTINERIE en DE LOYNES, d. 25, nr. 34, 23).

11. Warrantage - strijdig met een pand op handelsfonds

Wanneer een handelaar, die zijn handelsfonds in pand heeft gegeven, ten aanzien van een deel van zijn voorraden een warrant uitgeeft ter zekerheid van een hem door een andere kredietverlener toegestaan krediet, rijst de vraag van de voorrang van de ene zekerheid op de andere. Het hof te Bergen (Bergen 22 mei 1997, *T.B.H.* 1997, 806, noot M. GREGOIRE; Luik 28 april 1994, *T.B.H.* 1995, 1032; vgl. Cass. 19 november 1992, *Arr. Cass.* 1991-92, 742; *R.W.* 1992-93, 1021; zie ook: F. T'KINT, "Le conflit entre le créancier gagiste sur fonds de commerce et le porteur de warrant", *J.T.* 1992, 49-57) onderzocht deze vraag in het licht van de algemene beginselen. De geldigheid van de warrant werd aangevochten op grond van enerzijds de pauliana, anderzijds derde-medeplichtigheid.

De analyse van het hof verduidelijkt de grenzen van het geoorloofd gedrag bij warrantage van een deel van de reeds in pand gegeven koopwaar. De titularis van een in pand gegeven handelszaak mag immers verder over de koopwaar beschikken. Dus kan hij deze ook in pand geven, tenzij hij zich dit contractueel zou hebben onzeggd. De nieuwe zekerheid is een normale beheershandeling, zo zij niet is gesteld op een tijdstip dat hij reeds overmatig in de schulden stak. Overigens ging het niet om de afdekking van een oude schuld.

Voor het overige beheerst de anterioriteitsregel de verdeling van de opbrengst tussen de strijdige zakelijke zekerheden.

B. AANSPRAKELIJKHEID VAN DE BANK VOOR ONRECHTMATIGE KREDIETVERLENING

12. Algemeen

De rechtspraak en rechtsleer inzake de aansprakelijkheid voor onrechtmatige kredietverlening is genoegzaam in de doctrine ontleed geworden (zie D. BLOMMAERT, "De aansprakelijkheid van de kredietinstelling-kredietverlener: recente trends", in: *Financieel Recht tussen oud en nieuw*, E. Wymeersch (Ed.), Maklu, Antwerpen, 1996, 687 voor een overzicht

van de literatuur sinds 1992; zie ook de uitvoerige literatuurlijst in noot bij Brugge 6 november 1996, *T.B.H.* 1997, 769; A. BRUYNEEL, "La responsabilité des banques: vers un concept d'ensemble?", in: *Financieel Recht tussen oud en nieuw*, E. Wymeersch (Ed.), Maklu, Antwerpen, 1996, 797; J. CATTARUZZA, G. VAN VERDEGHEM, "[La faillite et le concordat]. La situation du banquier dispensateur de crédit", in: *La faillite et le concordat en droit positif belge après la réforme de 1997*, Editions Collections Scientifiques de la Faculté de Droit de Liège, Luik, 1998, 677-704; P. VAN OMMESLAGHE en L. SIMONT, "De aansprakelijkheid van de bankier-kredietverlener in Belgisch recht", *T.P.R.* 1986, 1091-1134; L. CORNELIS, "De aansprakelijkheid van de bankier bij kredietverlening", *T.P.R.* 1986, 349-404) en in de rechtspraak (het vorige overzicht in *T.P.R.* 1992, 961). Deze rechtspraak is in overwegende mate een Belgisch-Franse ontwikkeling. In de andere continentale landen treft men haar niet aan (zie L. SIMONT, A. BRUYNEEL en R. HOUIN, *La responsabilité extracontractuelle du donneur de crédit en droit comparé*, FEDUCI, Parijs, 1984, 256 p.; E. Wymeersch, *Bankers' liability against third parties*, Forum Internationale, april 1988, nr. 11, 24 p.) terwijl zij in de Angelsaksische wereld op onbegrip stuit, althans wat betreft de aansprakelijkheid tegenover derden.

Enkele in de onderzochte periode gepubliceerde beslissingen verdienen vermelding.

13. Fout bij de toekenning van het krediet - onderzoeksplichten van de bank

Zo de algemene regelen inzake de aansprakelijkheid van de bank bij kredietverlening in de rechtspraak en de rechtsleer duidelijk zijn vastgelegd, blijken de laatste jaren meer en meer gevallen voor te komen waarin de bank in aansprakelijkheid wordt aangesproken door haar cliënt, de kredietnemer zelve. In deze gevallen kan, gelet op het cumulverbod, de aansprakelijkheid enkel steunen op een precontractuele fout, dan wel op wanprestatie in de uitvoering van haar verbintenissen.

Sommige kredietnemers verwijten de bank hetzij het krediet ten onrechte te hebben toegekend, hetzij het in stand gehouden te hebben, niettegenstaande de uitzichtloze toestand waarin de kredietnemer, of de begunstigde van het krediet was terechtgekomen.

Laatstgenoemde toestand deed zich voor in een zaak, die aan het hof te Luik werd voorgelegd (Luik 28 april 1994, *T.B.H.* 1995, 1032, noot J.P. BUYLE en X. THUNIS). De kredietnemer had de verbintenis aangegaan ten voordele van de handelszaak die door zijn echtgenote werd gevoerd. De aansprakelijkheid werd duidelijk op contractuele grondslag gesitueerd, met name de adviesplicht van de bank, vooral nu de echtgenoot met het zakenleven niet vertrouwd bleek te zijn.

Het hof ontleedde de onderscheiden gevallen waarin de diverse beslissingen tot behoud, of verhoging van de kredietlijn werden besproken. De denkwijze is vrij klassiek: er is geen fout van de bank wanneer zij, op grond van de gegevens haar door de kredietnemer verschaft, van oordeel kon zijn dat de handel van de schuldenaar niet reddeloos teloor dreigde te gaan.

Daarom werd een beperkte overschrijding van het kaskrediet ter financiering van de voorraden voorafgaand aan het verkoopseizoen niet als onrechtmatig aanzien; evenmin trouwens nu de handel opnieuw bleek te herleven, en er overigens geen vorderingen van derden waren; werd het disconto van orderbriefjes lastens de echtgenote met het oog op de ordentelijke liquidatie en overdracht van de handel aanvaard, evenzeer als de omzetting van een kortetermijn- in een langetermijnkrediet tegen gunstigere voorwaarden en zulks teneinde de verdere toename van het kaskrediet te verhinderen. De vordering werd afgewezen, overigens met de bedenking dat de echtgenoot onmogelijk in de onwetendheid kon verkeren van de ongunstige ontwikkelingen van de zaken van zijn echtgenote.

Evenzeer afgewezen is de vordering van de kredietnemer die aan de bank verweet hem onvoldoende ingelicht te hebben over de rentabiliteit van een door de kredietnemer overgenomen winkel die de bank, na de aankoop, had gefinancierd. Aldus kan men de bank niet verwijten krediet te verschaffen op grond van een rentabiliteitsstudie, opgesteld door een ernstig boekhoudkantoor. De bank is niet gehouden de door de kredietnemer voorgelegde gegevens door een onafhankelijke deskundige grondig te laten onderzoeken (Rb. Luik 14 december 1994, *T.B.H.* 1995, 1038, noot J.P. BUYLE en X. THUNIS).

Men kan hieruit een meer algemene les trekken: indien de bank eerst tot de financiering wordt geroepen na de te financieren verrichting, zijn tekortkomingen op het stuk van de

financiering niet onrechtmatig in hoofde van de bank (zie ook betreffende de causaliteitsvraag, nr. 27).

14. Aansprakelijkheid - informatieplicht

Dient de bank de borg te verwittigen van de moeilijkheden die hij zou kunnen ondervinden bij de uitvoering van zijn verbintenis? In casu betrof het de borgstelling verleend door een Franse ingezetene ten voordele van een Belgische kredietnemer. De Franse wisselreglementering onderwierp deze verrichting aan de toelating van de Franse overheid. De kredietgever had de borg van deze vereiste niet geïnformeerd. Het hof te Bergen (Bergen 10 februari 1992, *J.T.* 1992, 641) was evenwel van oordeel dat alhoewel het nuttig ware geweest de borgen hiervan te informeren, de bank nochtans een eigen fout had begaan die haar aansprakelijkheid voor gevolg had, aangezien de tekortkoming enkel betrekking had op een uitvoeringsmodaliteit van een accessoire verbintenis ten aanzien van het krediet zelf. Uit het dossier bleek niet dat de borgen misleidend waren, of dat zij zich niet zouden hebben verbonden, hadden zij de moeilijkheden om de fondsen te transfereren gekend. Als kredietverlener kan de bank niet worden gesanctioneerd door de schraping van de zekerheid die door de borgen was verstrekt.

15. Aansprakelijkheid voor advies- of bewakingsplichten

De kredietverlenende bank kan ook aansprakelijk worden gesteld door de kredietnemer zelf, onder meer op grond van haar advies- of bewakingsplichten (betreffende de draagwijdte van deze verplichtingen is de literatuur verdeeld. Zie ook dit overzicht verder nrs. 19-22). Aldus werd gesteld dat de bank in principe aansprakelijk kan zijn wanneer zij de kredietnemer een kredietvorm heeft voorgesteld die manifest niet geschikt was voor de doelstellingen waarvoor het krediet moest worden aangewend (Bergen 7 maart 1994, *T.B.H.* 1995, 1043, *J.L.M.B.* 1996, 1201). In feite werd evenwel geen sanctie opgelegd: de kredietnemer, die een kaskrediet heeft opgenomen veeleer dan een investeringskrediet moet zelf ook weten dat de ene kredietvorm duurder was dan de andere. In een ander geval (Luik 28 april 1994, *T.B.H.* 1995, 1032) zocht de kredietnemer de bank te doen veroordelen om niet tijdig de kredietlijnen het hebben opgezegd waarvan hij zelf de begunstigde was. De rechtbank aanvaardde dat de bank een bewakings- en adviesplicht kan hebben tegenover de kredietnemer, en dat zij aansprakelijk zou kunnen worden gesteld indien zij krediet zou hebben verleend aan een kredietnemer die onontkoombaar ten onder zou gaan. Nochtans werd het argument afgewezen: de bank die de slaagkansen van de kredietnemer verkeerd heeft ingeschat kan niet aansprakelijk worden gesteld, nu zij mede op grond van de inlichtingen verstrekt door de kredietnemer zelf mocht aannemen dat de risico's door deze genomen niet onredelijk waren.

16. Aansprakelijkheid bij kredietoverschrijdingen - diligentie bij de invordering

De kredietnemer, begunstigde van een automatisch krediet in het kader van een chequegarantiekaart, had herhaaldelijk, en wezenlijk (tot 3 maal) zijn kredietplafond overschreden. Ten dele was deze overschrijding het gevolg van de uitvoering door de bank van een overschrijvingsopdracht, ten dele van de betaling van gewaarborgde cheques. De bank werd aansprakelijk geacht doordat zij, zonder solvabiliteitsonderzoek, het krediet wezenlijk had laten verhogen in het kader van de uitvoering van de overschrijvingsopdracht. Zij had deze opdrachten moeten weigeren. Ten aanzien van een gewaarborgde cheque gold niet een gelijkaardige weigeringsplicht. De vordering van de bank werd daarom verminderd tot 50%.

De intresten die door de bank werden aangerekend werden vastgesteld op de gerechtelijke intresten, enerzijds omdat hiervan de klant niet duidelijk kennis werd gegeven, doch ook omdat de bank "extreem lang" was blijven stilzitten na het bestreden vonnis. Zes maanden intresten vanaf het vonnis werden toegekend (Gent 24 december 1997, *T.B.H.* 1998, 848, noot J.P. BUYLE en X. THUNIS).

17. Krediet met gebruik van kredietkaart

De werknemer, aan wie zijn werkgever een kredietkaart ter beschikking laat stellen kan, op grond van de contractuele bedingen die hij bij de aanvraag van de kredietkaart heeft ondertekend, gehouden zijn tot de hoofdelijke betaling van de schulden die hij met gebruikmaking van de kaart is aangegaan. De omstandigheid dat hij als lasthebber voor de werkgever is opgetreden doet niets af aan zijn hoedanigheid van hoofdelijk schuldenaar. Na het faillissement van de werkgever kan de emittent van de kredietkaart derhalve de betaling vorderen van de bedoelde schulden (Vred. Brussel 8 oktober 1992, *T. Vred.* 1992, 254).

18. Aansprakelijkheid van de bank - kredietverlener - overmatig krediet

De rechtspraak stelt zich meer en meer streng op ten aanzien van kredietverleners die overmatig krediet toekennen. Indien uit het geheel van de reeds lopende kredietovereenkomsten van de schuldenaar blijkt dat hij de verbintenissen uit de lopende kredieten en nieuw aangegane kredieten redelijkerwijze nooit zal kunnen naleven, nemen meer en meer jurisdicties een onrechtmatig gedrag van de bank aan. Deze onrechtmatige gedraging kan leiden tot de vaststelling van een precontractuele fout in de verhouding tot de kredietnemer.

Eenzelfde redenering treft men aan in een arrest van het hof te Bergen (Bergen 12 januari 1998, *J.L.M.B.* 1998, 1430).

19. Krediet aan beursvennootschap - overmatig

In een opzienbarend faillissement (Kh. Brussel 28 mei 1997, *T.B.H.* 1998, 836, noot J.P. BUYLE en X. THUNIS) van een beursvennootschap bleek een van de banken kredieten te hebben verleend voor nagenoeg 9 maal het kapitaal van deze. De kredieten waren grotendeels kredietoverschrijdingen, ten dele handelskredieten op korte termijn. Deze laatste werden telkens gewaarborgd door inpandgeving van effecten, die achteraf de beursvennootschap niet bleken toe te behoren. Overigens waren zij bij de risicocentrale van de NBB niet aangemeld.

Op vordering van de curator stelde de rechtbank ernstige onzorgvuldigheden vast bij de kredietgever. Gelet op de relatief geringe omvang van de beursvennootschap, waren de toegekende kredieten manifest niet in verhouding tot de financiële draagkracht van de schuldenaar. Overigens had de bank moeten nagaan of de in pand gegeven effecten wel eigendom waren van de schuldenaar, en niet van diens klanten.

Gelet op de verplichting voor de klanten van de beursvennootschap om een dekking te vormen voor hun ongedekte beursverrichtingen had de bank moeten besluiten dat de verrichtingen van de beursvennootschap hoofdzakelijk speculatieve verrichtingen voor eigen rekening werd gesteld.

Origineel, zij het niet volstrekt nieuw, is de beslissing waarbij de rechtbank de bank, als kredietgever, achterstelt op alle bevoorrechte, of chirografaire schuldeisers. Deze vorm van vergoeding van de schade in natura is in de regel een even efficiënte vorm dan het zonder meer afwijzen van de eis van de bank wegens onrechtmatige daad.

Deze beslissing is overtuigend: de loutere wanverhouding tussen krediet en omvang van de onderneming had de bank tot grotere omzichtigheid moeten aanzetten. De inpandgeving van effecten die aan klanten toebehoren kan, behoudens in geval van toestemming van de klanten, bezwaarlijk als rechtmatig worden gekenmerkt: gelet op de omstandigheden had de bank hiervoor oog moeten hebben. Deze gedraging wordt sindsdien uitdrukkelijk strafrechtelijk gesanctioneerd: zie art. 148 § 3, W. 6 april 1995.

20. Fout van de kredietgever

De Post, autonoom overheidsbedrijf, wordt door de Rechtbank te Brussel gestigmatiseerd wegens al te vergaand laxisme bij de toekenning van een onregelmatige debetstand in de rekening van een particulier, werkloze zonder noemenswaardige inkomsten (Kh. Brussel 11 februari 1998, *J.L.M.B.* 1998, 731; *J.T.* 1998, 477). De Rechtbank beveelt onderzoeksmaatregelen betreffende de historiek van het ontstaan van een debetstand voor een som van meer dan 130.000 Fr. - dus ruimschoots boven de kredietlimiet - nu zij deze omloop heeft laten accumuleren zonder voorafgaandelijk enige waarborg te bedingen, zonder tijdig op te treden tegen het ontstaan van een dusdanig belangrijke debetstand. Deze houding is een aanmoediging om misbruik te maken van niet toegekend en niet gecontroleerd krediet. Het is

strijdig met de normale gebruiken van het beroep en met de wel begrepen openbare dienst. En tot slot: kan men niet vrezen dat deze onverantwoorde tekorten zullen worden goedge maakt met een verhoging van de postzegels? Na deze humeurige oprisping beveelt de Rechtbank de persoonlijke verschijning van de partijen, en verplicht zij hen een historiek van de rekening en van de bewegingen voor te leggen.

21. Kredietwaardigheid van de borg onvoldoende

Het is wel gevestigde rechtspraak dat de bank onrechtmatig handelt wanneer zij krediet toestaat met hoofdzakelijk de zekerheden, zowel persoonlijke als zakelijke, op het oog, doch zonder voldoende aandacht te besteden aan de intrinsieke kwaliteiten van de kredietnemer. Deze argumenten werden eens te meer geïllustreerd in een zaak die aan het hof te Bergen (Bergen 12 januari 1998, *J.L.M.B.* 1998, 180) werd voorgelegd, en waar het hof een theoretische uiteenzetting gaf van diens opvattingen van de gedragsnorm waartoe zij de kredietverleners houdt.

"De diligente bankier onderzoekt, aan de hand van normale onderzoeksmiddelen, de waarde van het te verwerven handelsfonds en de vroegere exploitatieresultaten; hij verwijst naar de beschikbare vergelijkingspunten en andere intrinsieke beoordelingsfactoren, zoals de mogelijkheid van de schuldenaar om voor het krediet in aanmerking te komen; risico's die onvermijdelijk met elk krediet verbonden zijn, kunnen worden beperkt door objectieve criteria aan te leggen en de omloop aan de financiële draagkracht van de schuldenaar aan te passen; de waarborgen verschaft door derden zijn slechts marginale beoordelingselementen".

Uit een aantal factoren werd de "extreme lichtvaardigheid" afgeleid waarmee de bank het krediet had verleend. Onder deze:

- de waarde van het handelsfonds overschreed met 20% de kredietlijn;
- de schuldenaar had geen financiële substantie, en bezat slechts een - overigens gehypothekeerd - onroerend goed en zijn vroegere handelszaak kende ernstige moeilijkheden;
- hij had voorheen een lening aangegaan, gewaarborgd door voormelde hypotheek;
- hij had geen noemenswaardige ervaring in de betrokken sector;
- zijn echtgenote, die de zaak zou exploiteren, had een bedrijfsopleiding genoten, weliswaar voor een andere sector.

Dat het krediet in overwegende mate was gesteund op de aanwezigheid van een stevige borg, verweerder in de procedure, kan allicht deze strenge beoordeling verklaren. Ondernemen is immers risico nemen en de banken worden op dat punt zeer streng beoordeeld.

De aansprakelijkheid van de bank ten aanzien van de borgen steunt op dezelfde beoordelingscriteria: de bank handelt onrechtmatig en is aansprakelijk wanneer zij de borg heeft misleid betreffende de juiste aard van diens verbintenis. De borg verbindt zich immers als tweedelijnschuldenaar, niet als hoofdschuldenaar. Indien de bank de borg heeft misleid door hem een borgstelling te doen ondertekenen ten aanzien van een hoofdschuldenaar die manifest niet in staat was zijn verbintenissen na te leven, heeft zij zich onrechtmatig gedragen ten aanzien van de borg. De verbintenis zal alsdan vernietigd kunnen worden, hetzij op grond van bedrog, hetzij op grond van dwaling betreffende de aard van de rechtshandeling. Het Franse Hof van Cassatie heeft op dat punt principiële rechtspraak gewezen (Cass. fr. 3 maart 1992, *Bull. Civ.*, IV, nr. 98, 71). Doch de borg die van de nakende teloorgang van de onderneming op de hoogte was (bv. de bestuurder, de hoofdaandeelhouder) kan zich op dit middel niet beroepen.

Ook naar Belgisch recht werd in het voormelde Luikse arrest geoordeeld dat indien de kredietverlening in hoofdzaak steunt op de solvabiliteitsbeoordeling ten aanzien van de borgen, en niet ten aanzien van de eigen solvabiliteit van de kredietnemer, de bank onrechtmatig handelt. De aansprakelijkheid steunde evenwel op precontractuele fout. Bij wijze van vergoeding in natura werd de borg van zijn verbintenis bevrijd.

22. Herstelkansen - Overheidsbeoordeling

Wanneer blijkt dat de bank ernstige redenen had om te geloven dat de onderneming de moeilijkheden zou kunnen overwinnen, onder meer omdat onderhandelingen met nieuwe investeerders werden begonnen, handelt zij niet onrechtmatig indien zij dan een krediet toekent (Brugge 6 november 1996, *T.B.H.* 1997, 769, noot).

In dezelfde zin werd de eis in aansprakelijkheid van de bank afgewezen nu de bank voor een eerste krediet kon vertrouwen op

- de financiering door het Waalse gewest;
- het gunstig verslag van de technische expert;
- de steun van de Europese Commissie.

Uit deze verslagen en adviezen bleek een gunstige beoordeling van de continuïteit van de onderneming (Kh. Doornik 28 september 1993, *J.L.M.B.* 1993, 865).

Doch in dezelfde casus werd de aansprakelijkheid van de bank wel aanvaard ten aanzien van een tweede krediet, dat de bank had verhoogd c.q. niet had opgezegd in het licht van volgende overwegingen

- de bank had de bilantaire toestand van de schuldenaar niet voldoende opgevolgd, ofschoon dit door de bank werd geëist;
- de bank had de verplichting opgelegd dat het kapitaal zou worden verhoogd, wat niet is gebeurd, terwijl het krediet toch werd toegekend.

De aansprakelijkheid werd beperkt tot de toename van de passiva na de datum waarop het tweede krediet werd toegekend, en de bank had moeten opzeggen.

23. Opzeg - zorgvuldigheidsplicht

De bank die een krediet opzegt dient van haar wilsrecht gebruik te maken met eerbiediging van de goede trouw, rekening houdend met de voorzienbare weerslag van haar handeling op de kredietnemer. Dit impliceert dat zij de kredietnemer van haar voornemen dient te verwittigen, met vermelding van een precieze contractuele tekortkoming, en dat is vastgesteld dat de kredietnemer hieraan niet tegemoet kan of wil komen. Men zal een onderscheid maken naargelang de overeenkomst al dan niet op bepaalde gronden wordt beëindigd: deze zijn bindend, en stellen, naargelang de formulering, van rechtswege een einde aan de rechtsverhouding. Indien een opzeg vereist is, dient de bank zich te goeder trouw te gedragen (zie betreffende deze problematiek, de uitvoerige studie van S. STIJS, "De beëindiging van de kredietovereenkomsten - bevoegdheden van de rechter in kort geding bij beëindiging van de kredietverleningen", *T.B.H.* 1996, 100-150. Zie ook L. LANOYE, "De aansprakelijkheid van de bank: enkele kritische randbemerkingen", in E. WYMEERSCH (Ed.), *Financieel recht tussen oud en nieuw*, Antwerpen, Maklu, 1996, 826-827). In die zin is een kredietoverschrijding een schending van de overeenkomst.

Indien de kredietgever een einde aan de overeenkomst wil stellen, is een voldoende voorbericht vereist teneinde de kredietnemer in staat te stellen een andere financieringswijze op te sporen, en het negatieve saldo, minstens de limietoverschrijding aan te zuiveren (zie in die zin: Bergen 7 maart 1994, *T.B.H.* 1995, 1043, noot J.P. BUYLE en X. THUNIS, *J.L.M.B.* 1996, 1201). Na de principes aldus te hebben toegelicht, blijkt uit de concrete toepassing dat het krediet werd opgezegd, nagenoeg op grond van een misverstand, voor een kleine, uitzonderlijke overschrijding, zonder aanmaning. De strengheid van het vonnis dat tot de aansprakelijkheid van de bank besluit, laat zich vanuit die samenhang wellicht beter begrijpen.

Het beroep op het krediet boven de overeengekomen limiet is een schending van de overeenkomst, die evenwel plaats grijpt met de toestemming van de kredietgever. Deze kan immers het krediet steeds weigeren. Aldus wees de rechtbank van eerste aanleg te Brussel (Rb. Brussel 6 maart 1997, *J.L.M.B.* 1997, 1345) een vordering gesteund op een conventioneel schadebeding af, op grond van het argument dat de overschrijding van het toegestane plafond in de kredietvoorwaarden niet uitdrukkelijk was verboden, doch door een renteverhoging gesanctioneerd. Zelfs indien niet uitdrukkelijk overeengekomen is, luidens een vonnis van de rechtbank te Brussel (Rb. Brussel 6 maart 1997, *J.L.M.B.* 1998, 603), een kredietoverschrijding geen contractuele tekortkoming.

Bij beëindiging van het krediet dient de bank ook acht te slaan op de welbegrepen belangen van de kredietnemer. Zij kan niet enkel afgaan op het feit dat één van de kredietvoorwaarden is geschonden, zij moet verder ook voorzichtig en overlegd te werk te gaan, acht slaan op de belangen van de kredietnemer, en niet plotseling een einde stellen aan het krediet waardoor deze laatste voor een onoplosbare financiële toestand komt te staan.

In het voormelde vonnis van de rechtbank van eerste aanleg te Brussel (Rb. Brussel 6 maart 1997, *J.L.M.B.* 1997, 1345) werd de beëindiging van het krediet onrechtmatig geacht daar de overschrijding van het kredietplafond van beperkte omvang was en de bank verder had nagelaten, na vaststelling van de overschrijding de kredietnemer in mora te stellen, en zelfs hangende onderhandelingen had stopgezet. De bank werd geacht foutief te hebben gehandeld, en werd tot een schadevergoeding veroordeeld die tot drie maal het forfaitaire schadebeding bedroeg.

Daarnaast behoudt de bank het recht de rechtsbetrekking te beëindigen wanneer haar vordering in het gevaar is gebracht, met name de solvabiliteit van de kredietnemer in het gedrang is gekomen. Hier kan wel zeer spoedige actie vereist zijn, eventueel zonder of met een zeer kort voorbericht.

De opzegging van een kredietovereenkomst kan, luidens een arrest van het hof te Bergen (Bergen 17 januari 1994, *J.L.M.B.* 1994, 1032, noot J.P. BUYLE) worden gesteund op het feit dat het vertrouwen van de bank in de kredietnemer is geschokt. In dat arrest werd geoordeeld dat het instellen van een gerechtelijk strafonderzoek met huiszoeking en ondervraging de bank voldoende rechtsgrond verschaft om het krediet met onmiddellijke werking op te zeggen. Het hof overwoog dat weliswaar de criminele feiten die ten laste van de kredietnemer werden gelegd, niet - nog niet - bewezen waren, het vertrouwen voor geschokt kon worden geacht nu vaststond dat een gerechtelijk onderzoek werd gevoerd. In de annotatie herinnert J.P. Buyle terecht aan de motiveringsverplichting bij opzegging van kredieten: kan een loutere verdenking hiertoe volstaan?

24. De regels die de aansprakelijkheid van de bank voor onrechtmatige kredietverlening vastleggen, kunnen in sommige gevallen ook ingeroepen worden ter bescherming van de bank.

De Rechtbank van Koophandel te Brussel (Kh. Brussel 15 april 1996, *T.B.H.* 1997, 762; in dezelfde zin: Rb. Antwerpen 4 mei 1994, *T. Not.* 1995, 133) nam kennis van de vordering in aanzuivering van het krediet van een kredietnemer, nu gebleken was dat deze laatste, in strijd met de conventionele verbintenissen om een participatie niet te vervreemden, niet enkel deze had vervreemd, doch ook het eigen vermogen van de vennootschap tot een negatief bedrag had gereduceerd. De bewering van de kredietnemer dat de opzeg van het krediet ten onrechte zou zijn gebeurd werd terecht afgewezen: niet enkel had de bank vermeden onverantwoord krediet in stand te houden, en had zij aldus vermeden dat haar aansprakelijkheid in het gedrang zou kunnen worden gebracht. Ook heeft zij haar beslissing naar recht gemotiveerd. Daarenboven was het vertrouwen in de kredietnemer teloor gegaan. De opzeg kan derhalve niet als intempestief of brutaal worden aangeduid.

De aansprakelijkheid van de bank die op intempestieve wijze het krediet stopzet en daardoor het faillissement van de kredietnemer veroorzaakt, lag ter beoordeling in een arrest van het Hof te Bergen (Bergen 7 maart 1994, *T.B.H.* 1995, 1043, noot J.P. BUYLE en X. THUNIS; *J.L.M.B.* 1996, 201). De bank had de kredietlijn opgezegd een week nadat zij een voorstel tot kredietverhoging had toegestuurd aan de kredietnemer. Kort daarna, doch tijdens de onderhandelingen die tot doel hadden de onderneming van de kredietnemer over te laten, legde de bank beslag op het handelsfonds, en op andere activa van de kredietnemer. Hierdoor werd de onderneming onverkoopbaar en enkele maanden later failliet verklaard. De aansprakelijkheid van de bank werd terecht aanvaard wegens bruuske opzegging van het krediet zonder manifeste motieven, en zonder acht te slaan op de belangen van de kredietnemer te meer daar de bank van de onderhandelingen op de hoogte was, en er zelf had op aangestuurd. Aansprakelijkheid voor het faillissement werd afgewezen wegens onvoldoende causaliteit: de kredietnemer had de toestand in geen geval kunnen redden. Daarentegen werd wel aansprakelijkheid tegenover de borgen aanvaard, nu deze aldus hun kans teloor zagen gaan om van hun verbintenis bevrijd te zijn, hun activiteiten verder te voeren en uit de onderneming winst te puen, en hun reputatie gaaf te houden. De schade werd forfaitair vastgesteld. Deze beslissing verduidelijkt de zelfstandige diligentieplicht van de bank tegenover de borgen: tussen hen bestaat geen rechtsverhouding, en dient de aansprakelijkheid op de algemene beginselen van de

onrechtmatige daad te steunen. Het komt evenwel verwonderlijk voor dat nu de bank niet aansprakelijk wordt gesteld aangezien zij geen oorzakelijk veroorzaakte schade heeft berokkend ten aanzien van de kredietnemer, zij toch onrechtmatig zou hebben gehandeld tegenover de borgen, waarvan de schade voortvloeit uit het feit dat zij geen voordelen meer zullen kunnen behalen uit het voortbestaan van de kredietnemer.

De aansprakelijkheid van de bank bestaat erin krediet te hebben verschaft daar waar een objectieve ontleding van de toestand van de kredietnemer dit niet meer kon verantwoorden.

Indien de bank twijfels heeft omtrent de financiële toestand van de betrokkene, dient zij dan de kredietlijn geheel te stoppen, dan wel: volstaat het dat zij deze afbouwt? Het hof te Gent (Gent 14 mei 1994, *R.W.* 1995-1996, 90) hechtte belang aan de afbouw, teneinde te verduidelijken dat de bank een voorzichtige houding had aangenomen. Dit was verantwoord nu het faillissement eerst een hele tijd later werd uitsproken, met andere woorden nu bij de afbouwbeslissingen de overlevingskansen van de schuldenaar nog positief werden ingeschat. Indien dit niet het geval is, zal een afbouw nochtans niet volstaan, enkel een volledige stopzetting kan dan de bank tegen aansprakelijkheid behoeden.

25. Opzegging van het krediet - opschorting van de opzegging

Betreffende de vraag of de (kort geding) rechter kan tussenkomen in geval van opzeg van een kredietovereenkomst, onder meer door te bevelen dat de kredietovereenkomst opnieuw in werking zou worden gesteld, bestaan uiteenlopende meningen (voor een grondig overzicht van deze materie raadplege men vooral: S. STIJNS, *De gerechtelijke en buitengerechtelijke ontbinding van overeenkomsten*, o.m. nrs. 356-357; S. STIJNS, "De beëindiging van de kredietovereenkomsten - bevoegdheden van de rechter in kort geding bij beëindiging van de kredietverleningen", *T.B.H.* 1996, in het bijzonder 100-150 en 162).

In de rechtspraak gewezen in de voorafgaande periode (zie vorig Overzicht van rechtspraak, *T.P.R.* 1992, nr. 259 e.v., 972) komen enkele beslissingen voor waarin de kort geding rechter, na geoordeeld te hebben dat de opzeg van het krediet, of van de gehele rekening-courant (aldus Vz. Kh. Namen 11 december 1985, *R. r. Dr.* 1986, 60, noot) kennelijk onrechtmatig was, beslist heeft het krediet te verlengen. Daarnaast zijn er gevallen waarin ten gronde de opzeg zelf werd vernietigd omdat hij onrechtmatig was in het licht van de contractsbedingen van de partijen. Als gevolg hiervan diende het krediet opnieuw in werking te worden gesteld.

Ook in de besproken periode werden enkele beslissingen in deze materie gewezen.

De Voorzitter te Turnhout (Vz. Kh. Turnhout 6 december 1996, *T.B.H.* 1997, 195) besloot tot de vernietiging van de opzeg van een krediet in rekening-courant toegekend voor een bepaalde duur: de bank had het krediet opgezegd, en het uitvoerend beslag op de gehypothekeerde goederen aangevangen, ofschoon de kredietnemer het gehele debetsaldo enkele dagen te voren had terugbetaald. De voorzitter in kort geding achtte zich bevoegd om het krediet te doen herleven: ten aanzien van kredieten met bepaalde duur dient de rechter na te gaan of de beëindiging niet abusievelijk is gebeurd. Gezien de tekortkoming niet van aard was de opzegging te rechtvaardigen, stelt de voorzitter vast dat het krediet ontijdig en met misbruik werd opgezegd.

De Brusselse kort geding (Kg. Kh. Brussel 18 augustus 1994, *J.T.* 1994, 678; *J.L.M.B.* 1996, 28) rechter weigerde daarentegen in te gaan op de argumenten van de kredietnemer naar luid waarvan de opzeg op onjuiste gronden was gesteund, en het krediet overigens geen risico voor de bank inhield nu de vordering van de bank volledig door zekerheden was afgedekt. De opzeg van een overeenkomst is een eenzijdige wilsverklaring die een einde stelt aan de overeenkomst. De rechtbank heeft niet de bevoegdheid de rechtsverhouding opnieuw in het leven te roepen. Het herstel van de kredietlijnen zou immers neerkomen op een verplichting voor de bank om te contracteren.

Dezelfde houding werd ingenomen door de voorzitter te Kortrijk (Vz. Kortrijk 18 maart 1993, *T.B.H.* 1993, 1048, noot J.P. BUYLE en X. THUNIS). De voorzitter verwees naar het hierna te vermelden arrest van het Hof van Cassatie van 9 maart 1973 (Cass. 9 maart 1973, *A.C.* 1973, 671), op grond waarvan werd geoordeeld dat de rechter, a fortiori de kort geding rechter de gedwongen uitvoering van een eenzijdig beëindigde overeenkomst van onbepaalde duur niet kan bevelen: een overeenkomst die is beëindigd kan niet meer tot nieuw leven worden

gewekt (zie Van Ommeslaghe, *R.C.J.B.* 1988, 39 en *R.C.J.B.* 1986, nr. 96, p. 33). De voorzitter stelde vast dat de overeenkomst was beëindigd op grond van bepaalde motieven die in de kredietovereenkomst uitdrukkelijk waren bepaald als gevallen waarin het krediet van rechtswege een einde zou nemen. Het argument dat de bank rechtsmisbruik zou hebben gepleegd kwam evenmin in aanmerking nu geen kennelijk misbruik voorlag en de beweringen van de kredietnemer ongefundeerd bleken te zijn. Ook werd gewezen op het verband met de aansprakelijkheid van de bank tegenover derden.

Ook ten gronde kwam deze problematiek ter sprake.

De vraag of het krediet terug in werking kan worden gesteld werd door de Rechtbank van Koophandel te Brugge (Kh. Brugge 24 juni 1997, *T.B.H.* 1998, 840, noot J.P. BUYLE en X. THUNIS; zie voor de vroegere rechtspraak: Vz. Brussel 17 september 1985, *T.B.H.* 1986, 315; Vz. Namen 11 december 1985, *Rev. r. dr.* 1986, 60; vgl. Vz. Kh. Charleroi 27 december 1984, *J.T.* 1985, 370, noot A. SERON) bevestigend beantwoord: de bank had een investeringskrediet met bepaalde duurtijd reeds bij één enkele wanbetaling beëindigd, terwijl de kredietnemer reeds drie weken later het debetsaldo had aangezuiverd. Door haar zeer strenge houding heeft de bank de kredietnemer een nadeel berokkend dat niet in verhouding stond met het voordeel van haar rechtsuitoefening.

De rechtbank overwoog dat de eenzijdige beëindiging van een krediet voor bepaalde duur als sanctie van een ingebreke blijvende kredietnemer voor rechterlijke toetsing vatbaar is, dat met de opzegbrief geen rekening moest worden gehouden, en dus dat het krediet opnieuw in werking gesteld moest worden, onder verbeurte van een dwangsom.

De vraag in welke mate een kredietopening die door de bank werd beëindigd, opnieuw in werking kan worden gesteld, moet worden beantwoord worden vanuit het algemeen contractenrecht. Een overeenkomst kan immers slechts opnieuw in werking worden gesteld nadat zij door een partij werd beëindigd en deze beëindiging onrechtmatig is ingetreden.

In alle kredietovereenkomsten kunnen de voorwaarden worden bepaald waarin zij van rechtswege tot een einde zullen komen. Dit zijn de ontbindende voorwaarden, bedoeld in artikel 1183 B.W. Naar vaststaande rechtspraak werkt de voorwaarde van rechtswege, op automatische wijze, en kan de rechter de gevolgen ervan niet verzachten (Cass. 24 juli 1873, *Pas.* 1874, I, 286).

Daarnaast komen er bedingen voor op grond waarvan de kredietgever de overeenkomst kan beëindigen op grond van een uitdrukkelijk omschreven geval van wanprestatie. Art. 1188 B.W. verduidelijkt bij wijze van algemene regel dat de schuldenaar “het voordeel van de tijdsbepaling” niet meer kan invoeren wanneer hij failliet is gegaan, of hij de zekerheden heeft verminderd. De kredietgever die een dergelijk geval van wanprestatie van de kredietnemer vaststelt, behoudt zich het recht voor de overeenkomst te beëindigen. Hier zal de rechter toezicht kunnen uitoefenen op de wijze waarop de kredietgever van zijn beëindigingsbevoegdheid gebruik maakt: er moet een kennisgeving gebeuren, de motieven kunnen worden getoetst, de aard en ernst van de wanprestatie en het effect op de kredietnemer afgewogen. Indien blijkt dat de kredietgever van zijn bevoegdheid een manifest onredelijk gebruik heeft gemaakt, kan hij aan de handeling het beoogde rechtsgevolg ontnemen, wat betekent dat de kennisgeving van de beëindigingsbeslissing zonder gevolg zal blijven. De overeenkomst zal derhalve in werking blijven.

Daarnaast kan de kredietgever, die geplaatst staat voor de wanprestatie van zijn kredietnemer, zich ook beroepen op de algemene bepaling van artikel 1184 B.W., het “stilzwijgende ontbindend beding”. De wanprestatie van de ene partij stelt de andere in staat de overeenkomst gedwongen uit te voeren, dan wel te ontbinden met schadevergoeding. Dit zijn de “stilzwijgend ontbindende bedingen” bedoeld in art. 1184 B.W. Het Hof van Cassatie heeft steeds geoordeeld dat de feitenrechter op soevereine wijze oordeelt of de tekortkomingen voldoende ernstig zijn om de ontbinding uit te spreken (Cass. 8 december 1960, *Pas.* 1961, I, 382; Cass. 31 januari 1991, *Arr. Cass.* 1990-91, 584, *R.W.* 1990-91, 774). Zelfs bij wanprestatie kan de feitenrechter oordelen dat de tekortkoming te gering is, en de ontbinding van de overeenkomst weigeren, onder toekenning van een schadevergoeding.

In kredietovereenkomsten is het gebruikelijk dat de kredietgever zich ook het recht voorbehoudt de overeenkomst eenzijdig op te zeggen. Deze opzegmogelijkheid vindt haar

grondslag in de algemene rechtsbeginselen indien de kredietovereenkomst voor onbepaalde tijd is aangegaan. In dat geval kan de opzeg gebeuren zonder motieven, mits een voorbericht wat betreft de beëindiging van de contractsrelaties. De opzegging moet, conform de algemene beginselen, aanleiding geven tot een duidelijke kennisgeving (die zal gelden bij ontvangst door de kredietnemer: S. STIJNS, *o.c.*, *T.B.H.* 1996, 145, nr. 50), en leiden tot contractbeëindiging binnen de conventioneel bepaalde, zo niet binnen een redelijke termijn. Zoals art. 1869 B.W. het stelt moet de opzegging te goeder trouw en niet ontijdig worden gegeven. De motieven van de opzegging doen niet ter zake: de opzegging is discretionair. Indien de overeenkomst wordt opgezegd, kan deze opzegging niet leiden tot onmiddellijk stopzetting van de kredietovereenkomst: de kredietnemer moet een overgangperiode worden toegekend binnen de welke hij de terugbetaling van het krediet moet kunnen organiseren, eventueel door een ander krediet op te nemen. In geval van opzegging kan de bank geen schadevergoeding eisen: zij heeft de beëindiging van de contractsrelatie immers aan zichzelf te wijten.

De opgezegde overeenkomst kan niet door de rechter opnieuw in werking worden gesteld: hooguit kan de rechter de eerbiediging opleggen van de opzegtermijn, die conventioneel werd bepaald, zonet als een redelijke termijn wordt vastgesteld.

Dit is de strekking van het in deze materie herhaaldelijk geciteerde arrest van het Hof van Cassatie van 9 maart 1993. Dat arrest nam stelling ten aanzien van de opzegging van een distributieovereenkomst, waarvan de bedingen betrekking hadden op de beëindiging van de overeenkomst zowel op grond van de in de overeenkomst aangewezen gronden, als in het kader van de opzegging van de overeenkomst voor onbepaalde duur. De eiser had de toepassing geëist van de lange opzegtermijn, wat door het hof van beroep werd afgewezen op grond van het argument dat wanneer beide gronden van beëindiging voorkomen "het ontbreken van een geldige reden tot beëindiging of het niet in acht nemen van de termijn grond levert tot schadevergoeding".

Deze redenering werd door het Hof van Cassatie onderschreven: "het hof van beroep was niet gehouden te onderzoeken of de ingeroepen redenen tot beëindiging al dan niet gegrond waren, vermits het ongegronde daarvan de overeenkomst niet kon doen herleven, maar alleen aanleiding kon geven tot eventuele schadevergoeding van bewezen schade..."

Tenslotte zijn er de gevallen waarbij de kredietgever zich het recht voorbehoudt de overeenkomst op te zeggen indien zich bepaalde omstandigheden voordoen. Ook hier kan de rechter toetsen of voldaan is aan de contractueel vastgelegde gevallen, of de opzegging niet kennelijk onredelijk is, en of de kredietgever zijn opzegrecht op een zorgvuldige wijze heeft uitgeoefend.

Onverminderd de verplichting de kredietgever tot een redelijke opzegtermijn te verplichten, kan schadevergoeding worden toegekend bij onzorgvuldige rechtsuitoefening. Of de overeenkomst opnieuw in werking kan worden gesteld wordt ontkend zo de overeenkomst voor onbepaalde duur werd aangegaan: de opzegging stelt immers een einde aan de contractuele relaties. Indien de overeenkomst daarentegen voor een bepaalde duur geldt, zal de rechter de onzorgvuldige beoordeling van de motieven kunnen toestaan, en het opzeggingsbesluit zijn rechtskracht kunnen ontnemen. In dat geval kan de overeenkomst opnieuw in werking worden gesteld (zie in die zin: J.M. NELISSEN-GRADE, noot onder Cass. 6 november 1987, *T.B.H.* 1988, 186, nr. 4 e.v.; X. DIEUX, *La formation, l'exécution et la dissolution des contrats devant le juge des référés*, *R.C.J.B.* 1987, 250, nr. 4; zie ook J.P. BUYLE, *Bank Fin.* 1989, 9, 15 e.v. en 43).

Wat geldt ten gronde, geldt ook voor de rechter in kort geding (Vz. Kh. Namen 11 december 1985, *R. r. Dr.* 1986, 60, noot; Vz. Kh. Brussel 17 september 1985, *T.B.H.* 1986, 315, noot A.B.; doch vgl. Kh. Charleroi 27 december 1984, *J.T.* 1985, 370, waar de opzeg kennelijk niet onrechtmatig was; Kh. Gent 31 januari 1991, *T.B.H.* 1993, 989).

26. Afbetalingsfinanciering - fout van de kredietgever: laattijdige kennisgeving aan de borg - melding aan risicocentrale

De vrederechter te Seraing (Vred. Seraing 15 september 1995, *J.L.M.B.* 1996, 445) wees de eis van een kredietgever tegen de borg van een koper op afbetaling af op grond van

artikel 2032 B.W. Er was immers gebleken dat de kredietgever nagelaten had de borg te informeren over de wanbetaling van de kredietnemer, tengevolge waarvan de borg zijn voorrechten, gesteund op eigendomsvoorbehoud of op het voorrecht van de onbetaalde verkoper van roerende goederen, tegen de schuldenaar niet meer kon uitoefenen. De borg was evenwel ingelicht over de wanbetaling, doch niet over het feit dat tengevolge van de afwezigheid van regularisatie de gehele schuld eisbaar was geworden. Door deze nalatigheid is de borg niet meer in staat geweest verhaal te nemen op de schuldenaar.

De tegeneis van de borg was gesteund op het feit dat de kredietgever op naam van de borg van de wanbetaling kennis had gegeven aan de risicocentrale. Welnu, oordeelde de vrederechter, nu de hoofdeis ongegrond werd verklaard tengevolge van de foutieve gedragingen van de kredietgever, werd ten onrechte kennis gegeven, en is de kredietgever een schadevergoeding verschuldigd aan de borg, die inderdaad bleek geen toegang meer te hebben tot het krediet.

27. Aansprakelijkheid van de bank - kredietverlener - causaliteit - eigen fout van het slachtoffer

De schuldenaars van een hypothecaire schuld verweten de kredietgever misleiding, nu deze de waarde van het gefinancierde onroerend goed had laten schatten door een door hem aangeduide expert, die zich manifest had vergist. Weliswaar stelde het hof vast dat de fout van de deskundige voor rekening van de kredietgever kwam, doch aan de vereiste van oorzakelijk verband was niet voldaan. De kredietgever was weliswaar onvoorzichtig geweest door zich onvoldoende en onjuist te informeren. Evenwel kan de kredietnemer niet aantonen dat deze fout aan de grondslag lag van diens schade. Deze was immers enkel te wijten aan het feit dat hij een onbewoonbaar en waardeloos gebouw had gekocht. Evenmin kon de kredietnemer bewijzen dat indien hij beter geïnformeerd was geweest betreffende de verkoopwaarde van het gebouw, hij in de betrokken periode ofwel een lagere prijs zou hebben bekomen, of zelfs de vernietiging van de verkoop zonder schadevergoeding te zijn laste, of nog, dat hij goedkoper krediet had kunnen bekomen of de bedoelde lening niet zou zijn aangegaan, nu hij gebonden was de koopprijs te betalen op grond van de onderhandse aankoopakte. De eigen fout van het slachtoffer verhinderde dat hij zich op de culpa in contrahendo van de kredietgever kon beroepen.

Ook de vordering tegen de nalatige expert werd van de hand gewezen, gezien de kredietnemer reeds eigenaar was geworden op het tijdstip van de schatting (Bergen 26 september 1994, *T.B.H.* 1995, 1035, noot J.P. BUYLE en X. THUNIS; *R. Not. b.*, 1995, 246).

Men vergelijkte deze rechtspraak met de hierna vermelde beslissingen inzake leveranciersdisconto: indien de kredietnemer het risico van een bepaalde verrichting reeds heeft genomen voor de kredietverrichting, kan hij zich achteraf niet beklagen dat hij door de bank werd misleid (zie verder nr. 30).

28. Aansprakelijkheid kredietverlening - schadebepaling

De bank kan niet aansprakelijk worden gesteld voor de ongelukkige afloop van een door haar gefinancierd vastgoed-project nu uit de voorzienbare inkomstenstromen vergeleken met de financiële lasten een voldoende toereikende marge was voorzien. De latere tegenslagen - onder meer de niet-verhuring van delen van het onroerend goed - in de verwezenlijking van het project komen niet voor risico van de bank. Zij heeft geen algemeen informatie- en controleplicht, en moet op zich niet de taak nemen van economische en financiële raadgever van de kredietnemer (Kh. Gent 11 april 1997, *T.B.H.* 1998, 832, noot J.P. BUYLE en X. THUNIS).

In dezelfde zin besliste het hof te Gent (Gent 17 september 1998, *T.R.V.* 1999, 188) met name dat de bank niet aansprakelijk kan worden gesteld op grond van een onjuiste bedrijfseconomische analyse in hoofde van de kredietnemer, terwijl wel zo'n fout werd vastgesteld bij de kredietverhoging, welke werd toegestaan op grond van de notoriëteit en de kredietwaardigheid van eigenaar van de gefailleerde vennootschap (Gent 17 september 1998, *T.R.V.* 1999, 188). De bank wordt een fout verweten nu zij bij het verstrekken van het krediet werd misleid doch "zonder de minste twijfel op de hoogte was" van de malversaties en de gebreken in de boekhouding van de schuldenaar. Ook werd het krediet verleend nadat in een strafarrest de staking van betaling was vastgesteld geworden.

De bank wordt aansprakelijk geacht voor de toename van haar vordering tussen de dag waarop zij het bijkomend krediet heeft aangegaan, en dus een onrechtmatige daad heeft gepleegd en de datum van het faillissement. De bank wordt voor dit bedrag uit de vereffening van de boedel geweerd (zie J. VANANROYE, "Collectieve schade in het faillissement in het bijzonder bij aansprakelijkheid wegens onrechtmatige kredietverlening en handhaving", *T.R.V.* 1999, 152).

C. WISSELKREDIETEN

29. Wisselkredieten - eigen fout van het slachtoffer

De aansprakelijkheid van de kredietgever werd geweigerd, nu de eiser zelf van de wankele toestand van de kredietnemer op de hoogte was, en hij evenzeer als de bank het risico kende dat hij nam op de kredietnemer (Antwerpen 21 februari 1995, *A.J.T.* 1995-96, 16, noot D. BLOMMAERT; in dezelfde zin: Brussel 29 september 1993, *R.G.A.R.* 1995, nr. 12417). Het geval betrof een leveranciersdisconto: de trekker beweerde niet op de hoogte te zijn van de risico's die hij, als trekker, bleef lopen. Dit argument werd door het hof terecht afgewezen (zie Cass. 7 mei 1953, *Rev. Banque* 1953, 360; vgl. Parijs 20 februari 1952, *Rev. Banque* 1952, 374). Boeiend was het argument dat de bank een misleidende schijn van solvabiliteit in stand had gehouden, en dus een fout had begaan: de trekker die vertrouwd was met de branche, was toch bereid gebleven de betrokkene betalingstermijnen toe te kennen, terwijl de wissels slechts op geringe bedragen betrekking hebben. Men kan aannemen dat de trekker zelf onvoorzichtig handelt door te blijven meewerken aan een leveranciersdisconto terwijl hij wist dat de betrokkene naar insolventie aan het evolueren was (onverminderd de argumentatie inzake causaliteit, zie ook nr. 27 en 30). Als garant voor de betrokkene (zie in die zin: Cass. fr. 23 juni 1971, *D.* 1972, 175, noot CABRILLAC; vgl. GAVALDA en STOUFFLET, *Droit bancaire*, 3e ed., nr. 418, 203) kan hij de bank niet verwijten dat het gewaarborgde risico zich heeft voorgedaan. Of hieruit een onderzoeksplicht voor de trekker moet worden afgeleid komt evenwel - zowel op feitelijke als op juridische gronden - overtrokken over.

Een gelijkaardige fout zou kunnen worden afgeleid indien de trekker eerst tot de trekking van de wissel is overgegaan om hem eerst later bij de bank te mobiliseren, nu zijn factuur lastens de betrokkenen reeds geruime tijd onbetaald was gebleven (aldus de - gezien de feiten - voorzichtige vaststelling van Gent 11 mei 1995, *A.J.T.* 1996-97, 230).

Verwonderlijk daarentegen is het argument (Antwerpen 21 februari 1995, *A.J.T.* 1995-96, noot D. BLOMMAERT) dat het risico voor de solvabiliteit van de betrokkene in de eerste plaats op de trekker weegt: de trekker treedt slechts op als garant voor de betrokkene, daar waar de bank als kredietgever het best geplaatst is om de solvabiliteit van de betrokkene van haar kant te beoordelen.

In een obiter dictum dat herinnert aan de oude rechtspraak overwoog het hof te Brussel (Brussel 15 april 1996, *T.B.H.* 1997, 762) dat bedrieglijk opzet zou kunnen worden afgeleid uit de gedraging van de bank die stelselmatig kaskredieten zou hebben vervangen door leveranciersdisconto, teneinde aldus verhaal te kunnen uitoefenen op de onwetende leveranciers, trekkers van de wisselbrieven. Nochtans in het besproken geval was de bank evenzeer slachtoffer van het bedrog van de betrokkene.

30. Leveranciersdisconto - causaliteit

De gevallen waarbij inzake leveranciersdisconto de aansprakelijkheid van de bank wordt opgeworpen zijn meestal gesteund op het argument dat de bank onrechtmatig handelde nu zij het krediet niet heeft geweigerd, noch nagelaten dit op te zeggen, niettegenstaande de teloorgang van de schuldenaar - de betrokkene in de wisselverhouding - manifest voor vaststaand kon worden gehouden.

De rechtspraak bevat vele gevallen van toepassing van deze redenering. Ook in de onderzochte periode werden enkele gevallen beslecht. Inmiddels is de aandacht die vroeger hoofdzakelijk toegespitst was op de vraag of de bank een onrechtmatige daad had gepleegd, verschoven naar de materie van het oorzakelijk verband tussen onrechtmatige daad en schade.

In enkele overigens klassieke arresten (Luik 22 maart 1994, *J.L.M.B.* 1994, 1255; vgl. Brussel 24 april 1990, *T.B.H.* 1992, 77 en verdere verwijzingen. Brussel 29 september 1993, *R.G.A.R.* 1995, 12417; zie ook Gent 14 mei 1994, *R.W.* 1995-1996, 90; Brussel 6 mei 1993, *T.B.H.* 1994, 1122 inzake cedentendisconto) wordt ingegaan op het oorzakelijk verband tussen de onrechtmatige handeling van de bank en de schade die de trekker heeft geleden. De trekker kan de aansprakelijkheid van de bank niet invoeren indien de leveringen waarvoor de wisselbrief werd getrokken, reeds geruime tijd voor de mobilisering hebben plaats gehad: het risico woog dan immers reeds op de trekker en hij had geen andere uitweg om tijdig betaald te worden dan door de wissels bij de bank te mobiliseren. Deze toestand doet zich ook voor wanneer de trekker, die reeds schuldeiser was geworden van de betrokkene, geen betaling bekommt, en om een oplossing te vinden, toestemt tot de ondertekening van de wisselbrief, die dan bij de bank, na acceptatie door de schuldenaar, wordt verdisconteerd. Hetzelfde geldt wanneer de overeenkomst, op grond waarvan de wisselbrieven zullen worden getrokken, werd gesloten voor de datum met ingang waarvan de kredietverlening door de bank voor onrechtmatig wordt gehouden (Bergen 28 november 1994, *J.L.M.B.* 1995, 467).

Deze redenering kan verder worden verfijnd: de onrechtmatige daad van de bank bestaat er immers in de kredietlijn ten aanzien van de betrokkene te hebben laten voortbestaan, en dit niettegenstaande diens toestand reddeloos teloor was gegaan. De omstandigheid dat de trekker enige tijd laat verstrijken tussen de levering en mobilisering dient derhalve niet te verhinderen dat hij nog het slachtoffer wordt van het onrechtmatige gedrag van de bank. Had de bank de kredietlijn tijdig stopgezet, dan was de betrokkene wellicht voorheen failliet gegaan, en had de trekker zijn leveringen stopgezet. Ook bij leveranciersdisconto kan de trekker erop afgaan dat enkele tijd verloopt tussen de levering en de mobilisering van de wisselbrief bij de bank

Klassiek is ook de gedachte dat de bank geen eigen fout begaat wanneer zij er van overtuigd kon zijn dat de onderneming nog ernstige overlevingskansen had, onder meer omdat een herstructureringsplan een behoorlijke kans op slagen had. Daarbij dient zij wel de nodige voorzichtigheid aan de dag te hebben gelegd om zich de nodige beoordelingsgegevens bijeen te brengen

Indien de trekker op de hoogte is van de nakende insolventie van de betrokkene kan hij de bank niet aansprakelijk stellen omdat zij het krediet niet heeft ingetrokken (Brussel 29 september 1993, *R.G.A.R.* 1995, 12417). Een trekker die in die omstandigheden een wissel verdisconteert weet dat hij als hoofdschuldenaar instaat, en niet als garant voor de betrokkene.

31. Leveranciersdisconto - subrogatie van de trekker tegen de betrokkene

De trekker die, in het kader van een leveranciersdisconto, de wisselbrief heeft betaald aan de verdisconterende bank heeft een eigen schuld betaald. Dus is hij niet gesubrogeerd in de rechten van de bank ten aanzien van de failliete betrokkene (Rb. Charleroi, 25 maart 1998, *T.B.H.* 1999, 343).

D. LEASING OF FINANCIERINGSHUUR

Bibliografie:

E. DIELTIENS, *Financiële leasing van roerende goederen*, Gent, Mys & Breesch, 1992, 174 p.; M. VAN WUYTSWINKEL, "Le Leasing mobilier: contrat complexe ou autonome", *R.R.D.* 1992, 199-208; A. VERHEYDEN, "Le leasing: une institution aux contours et au régime toujours incertains", *J.T.* 1993, 325-332; J. LEDOUX, "Leasing immobilier. La validité des clauses d'exonération du financier", *Rev. not. belge* 1993, 174-205; F. BRUYNS EN D. BUYSSCHAERT, "Chronique de jurisprudence: la location-financement ou leasing mobiliers" (1988-1993), *J.T.* 1994, 461-471.

32. Kwalificatie

Leasing is een "verklede" rechtshandeling: inhoudelijk en financieel is het een financieringsverrichting, formeel juridisch wordt de verrichting gestructureerd als een huur. De rechtspraak heeft dan ook moeilijkheden met de kwalificatie van de verrichting: moeten de regelen van de huur worden toegepast, dan wel veeleer deze van de financiering?

Naar Belgisch recht is de handelsrechtelijke leasing grotendeels ongereguleerd. De bepalingen van het K.B. nr. 55 van 10 november 1967 hebben enkel de voorwaarden van erkenning van de leasingmaatschappijen vastgelegd, doch deze hebben geen onmiddellijke invloed op de bedingen die de leasingovereenkomsten beheersen. Het Hof van Cassatie heeft deze zienswijze in een bekend arrest bevestigd (Cass., 27 november 1981, A.C. 1981-82, 431, met concl. adv. gen. DUMON; vgl. voor de redenering: Bergen 27 mei 1992, *T.B.H.* 1993, 261; Kh. Oudenaarde, 4 april 1991 en 23 februari 1993, *DAOR* 1994, nr. 31, 95 (2 vonnissen)): aldus werd geoordeeld dat de reglementaire vereiste op grond waarvan op het geleasede voorwerp een plaatje dient aangebracht te worden, enkel de voorwaarden van erkenning van de leasingmaatschappijen betreft, en geen invloed heeft op de aard van de overeenkomst, noch op de rechtspositie van de er bij betrokken partijen. Ook een overeenkomst van leasing toegekend door een niet erkende leasingmaatschappij dient bijgevolg niet nietig te worden verklaard (zie verder nr. 41) (vgl. ook Luik 29 november 1990, *J.L.M.B.* 1991, 945, gecit. in vorig overzicht; *T.P.R.* 1992, nr. 122bis, 909). Het al dan niet aanbrenge van bedoeld merkteken heeft overigens geen invloed op de eigendomstitel van de leasinggever, wiens recht uit de aard van de overeenkomst zelf voortvloeit. Dit betekent evenwel niet dat het voormelde K.B. nr. 55 geen rol speelt bij de beslechting van leasinggeschillen. Enerzijds kan de omstandigheid of de leasinggever erkend werd als een uitleggingsfactor worden gezien bij de kwalificatie van de overeenkomst als leasing, dan wel als verkoop op krediet. Anderzijds hebben de erkenningsvoorwaarden reflexwerking op de contractvoorwaarden, wat kan bijdragen tot de identificatie van een overeenkomst als leasing. Aldus kwalificeerde het hof van beroep te Bergen (Bergen 27 mei 1992, *T.B.H.* 1993, 261) een overeenkomst van "renting" als een verkoop op krediet, omdat, naar inziens van het hof, niet voldaan was aan de essentiële kenmerken van de leasing, als omschreven in het voormelde K.B. nr. 55.

Bij de leasing met consumenten, in de zin van de wet op het consumentenkrediet, wordt de "financieringshuur" wel gereguleerd: de verrichting wordt er omschreven als de "kredietovereenkomst, ongeacht de benaming of de vorm, waarbij de ene partij zich ertoe verbindt de ander het genot van een lichamelijk roerend goed te verschaffen tegen een bepaalde prijs, die de laatstgenoemde zich verbindt periodiek te betalen, en waarin, eveneens expliciet of stilzwijgend, een koopaanbod is vervat" (art. 1, 10° W. 12 juni 1991; voor commentaren zie D. BLOMMAERT en F. NICHELS, *Artikelsgewijze Commentaar, W. 12 juni 1991*; P. LETTANY, *Het consumentenkrediet. De wet van 12 juni 1991*, Antwerpen, Kluwer Rechtswetenschappen, 1993, 262-268). De wet van 12 juni 1991 bevat enkele regelen die inzake financieringshuur moeten worden nageleefd.

Voor de leasingcontracten waar deze wetgeving niet van toepassing is geldt de contractsvrijheid. Zoals hoger gesteld kan men aannemen dat de voorwaarden van erkenning van Belgische leasingmaatschappijen bij reflex zullen afkleuren op de privaatrechtelijke bedingen die in de leasingovereenkomsten zullen zijn opgenomen. Doch deze zijn privaatrechtelijk niet bindend, zeker ook niet voor leasingovereenkomsten die door buitenlandse leasingmaatschappijen worden aangeboden.

Ook in het fiscaal recht werd de vraag naar de precieze invulling van het leasing-begrip gesteld (G. DUPREZ, "Le leasing financier mobilier et immobilier, approche en matière de TVA" in E. DE BODT en E.F. HENRION (Ed.), *Le leasing financier, Aspects économiques et juridiques*, Brussel, De Boeck & Larcier, 1996, 73-93; J.P. VERLAINE, "Le leasing financier et les impôts sur les revenus" in E. DE BODT en E.F. HENRION (Ed.), *Le leasing financier, Aspects économiques et juridiques*, Brussel, De Boeck & Larcier, 1996, 97-130. Over de fiscale behandeling van leasing: J. DE THEUX DE MEYLANDT en MONTJARDIN, *Le leasing mobilier en Belgique*, Brussel, Bruylant 1989, 53-66).

33. Kwalificatie: huur

De juridische discussie of leasing moet worden gezien als krediet, dan wel als huur, is van wezenlijk belang voor de beoordeling van de rechtsgevolgen. De kwalificatie zal tevens bepalen in welke mate deze rechtsgevolgen verenigbaar zijn met andere, dwingende

wetsvoorschriften (zie over de juridische aard van de leasing: E. BREWAEYS, *Leasing van roerende goederen*, Antwerpen, Kluwer Rechtswetenschappen 1985, 9-13).

De rechtspraak is dan ook enkele malen met dit vraagstuk geconfronteerd geweest.

Het Hof van Cassatie heeft in een belangwekkend arrest van 17 juni 1993 (Cass. 17 juni 1993, A.C. 1993, 598; reeds voorheen hadden de feitenrechters in dezelfde zin beslist: zie Brussel 19 november 1986, *T.B.H.* 1987, 504 noot J. VERBIST; Vz. Kh. Brussel 3 februari 1987, *T.B.H.* 1987, 549) een verdere stap gezet in de juridische analyse van de leasingovereenkomst naar Belgisch recht. De vraag die aan het Hof werd voorgelegd betrof de kwalificatie van de leasingovereenkomst als verkoop op afbetaling met eigendomsvoorbehoud, wat er toe zou hebben geleid dat het geleasede voorwerp in de failliete boedel van de leasingnemer zou zijn gevallen. Immers, onder de toen geldende faillissementswetgeving werd het eigendomsvoorbehoud geacht de failliete boedel niet tegenwerpelijk te zijn (deze regeling wordt voortaan geregeld in art. 101 FW. Gelet op de strikte voorwaarden waaronder het eigendomsvoorbehoud tegenwerpelijk kan worden gemaakt, is deze discussie niet voorbijgestreefd).

De argumentering van de verzoekers in cassatie kan worden samengevat als volgt: in deze leasingovereenkomst wijken sommige bedingen zodanig af van het gemeen recht van de huur, dat de overeenkomst niet meer onder het regime van de huur, doch onder dat van de koop met eigendomsvoorbehoud dient geklassificeerd te worden. Twee onderling verbonden bepalingen hadden in het bijzonder de aandacht van de verzoekers getrokken. Enerzijds het beding luidens hetwelk de leasingmaatschappij het goed enkel diende te leveren, en niet diende in te staan voor het verder op doorlopende basis verschaffen van het genot, en anderzijds het beding krachtens hetwelk de verhuurder in de leasing niet het risico draagt van het tenietgaan van het goed, Er was immers bedongen dat in dat geval de huurder niet zou worden ontslagen van zijn verplichtingen en de overeenkomst niet zou worden ontbonden.

Het Hof, uitgenodigd om de bewoordingen van de overeenkomst tussen partijen uit te leggen, steunde hoofdzakelijk op de bewoordingen van het beroepsarrest. Het Hof beaamde de analyse van de beroepsrechter naar luid waarvan de overeenkomst als financieringshuur, niet als een huurovereenkomst moet worden omschreven. Het stelde nochtans vast dat uit het beroepsarrest volgt dat de huurovereenkomst een van de elementen blijft uitmaken van deze ingewikkelde rechtsverhoudingen die de partijen, in het kader van de contractsvrijheid, mochten bedingen.

Met betrekking tot de twee door verzoekers in cassatie aangehaalde punten was het Hof van oordeel dat de leveringsplicht een wezenlijk element is van de huurovereenkomst, doch dat het ter zake toepasselijk geachte art 1719 B.W. er zich niet tegen verzet dat de partijen de inhoud van deze leveringsplicht nader bepalen, onder meer om de omvang ervan te beperken tot de louter materiële daad van het ter beschikking stellen. Ten aanzien van de regeling van het tenietgaan van de huur als bepaald bij art. 1722 B.W., sloot het Hof vooreerst aan bij de algemene leer van de overmacht als grond van ontbinding van de overeenkomst: art. 1722 B.W. werd een bijzondere toepassing van de algemene leer van art. 1147 B.W. genoemd. Derhalve kunnen partijen van deze wettelijke grond van ontbinding afwijken en bedingen dat zelfs als de verbintenis van de ene partij door overmacht is tenietgegaan, de andere partij tot uitvoering gehouden blijft. Toegepast op de leasingverhouding leidde het Hof hieruit af dat de overeenkomst rechtsgeldig kan bedingen dat de huurder verder zal gehouden blijven de overeengekomen termijnen te betalen zelfs indien het geleasede goed door overmacht is tenietgegaan. De leasingmaatschappij heeft haar verplichtingen volledig uitgevoerd vanaf de dag van de levering van het materiaal, terwijl de verplichtingen van de huurder op opeenvolgende tijdstippen zullen worden uitgevoerd. Dergelijke bedingen zijn niet onverenigbaar met overeenkomsten van (financierings)-huur. Deze zijn geen verkopen op afbetaling, en dus is de financieringsmaatschappij eigenaar van het geleasede materiaal gebleven. Doch indien de koopovereenkomst nietig zou worden verklaard kan deze redenering niet meer worden gevolgd. Alsdan dient de leasingovereenkomst op haar beurt door nietigheid bij gebrek aan voorwerp getroffen te worden).

Het arrest boeit daar het erkent dat de grondslag van de leasingverhoudingen moeten worden vastgeknoopt aan het recht van de huur van roerende goederen. Het volstaat derhalve niet te verwijzen naar een sui generis regelenbestel. Het Hof verklaart de regelen van de huur toepasselijk, en verruimt hierbij de ruimte die aan de wilsautonomie wordt gelaten tot het uiterste. Hiermede erkent het Hof de eigen kenmerken van de leasing als financieringsovereenkomst. Het heeft nog niet de gelegenheid gehad te verduidelijken in welke mate afwijkingen van de op de huur toepasselijke dwingende regelen ook voor de leasing dienen te gelden. Men denke onder meer aan de regelen terzake de beperking van de huurprijzen (terloops vermeld in *Gent* 6 december 1996, *R.W.* 1997-98, 537). Deze vraag werd in de Franse rechtspraak wel opgeworpen, onder meer naar aanleiding van de toepassing van het decreet van 30 september 1953 betreffende het statuut van de handelshuur. De Franse cassatierechtspraak erkent de eigen aard van de leasing en besloot tot niet-toepasselijkheid (Cass. fr. 10 juni 1980, *D.* 1980, 566; Cass. fr. 7 oktober 1980, *D.* 1981, IR, 54).

34. Kwalificatie

Ook in de beslissingen van de feitenrechters kwam de problematiek van de kwalificatie enkele malen aan bod. Zij wijkten evenwel dikwijls af van de voormelde cassatieleer.

De kwalificatievraag werd in scherpe termen voorgelegd aan het hof van beroep te Brussel (Brussel 4 december 1996, *R.W.* 1996-97, 1236), waar het opnieuw om de gekende problematiek ging van de vrijwaring die door de leasinggever is verschuldigd, na ontbinding van de overeenkomst tot aankoop van het geleasede goed. In leasingovereenkomsten, op grond waarvan het geleasede goed op bestelling van de leasingnemer wordt aangekocht door de leasingmaatschappij, is het gebruikelijk dat de overeenkomst de vordering van de koper tegenover de fabrikant of leverancier aan de leasingnemer cedeert. Behoudens discussie betreffende de omvang van deze overdracht van vordering, rijst de vraag wat het rechtsgevolg is van de ontbinding van de aankoop op de leasingovereenkomst.

In de praktijk zal de financier - de leasinggever - zich van dit risico bevrijden, en bepalen dat de leasingnemer hem verder dient te betalen, ook nadat het geleasede goed, tengevolge van de ontbinding van de verkoopovereenkomst, terug in handen van de verkoper is gekomen. Deze opvatting werd door het hof gevolgd, vooral op grond van de zienswijze dat de leasinggever is opgetreden als loutere financier, die zoals in het geval van kredietverlening, elke aansprakelijkheid afwijst in verband met het geleasede goed, doch zich beperkt tot de risico's die eigen zijn aan de activiteit van een financiële instelling. De overeenkomsten tussen partijen bevatten uitdrukkelijke, door het hof als geldig erkende exoneratieclausules, krachtens dewelke de verbintenis tot betalen van de leasingtermijnen blijft bestaan zelfs bij teloorgang van het geleasede object. Overigens, zo besluit het hof zijn redenering, kan de leasingnemer zich steeds wenden tot de leverancier van het defecte materiaal. De hogermelde rechtspraak van het Hof van Cassatie van 17 januari 1993 versterkt deze opvatting: de leasingovereenkomst kan in stand worden gehouden, zelfs na de ontbinding van de koopovereenkomst, en na teloorgang van het materieel (in dezelfde zin: Brussel 19 november 1986, *D.I.T.* 1988, afl. 1, 48-49, noot E. DE CANNART D'HAMALE en Voorz. Brussel 3 februari 1987, *T.B.H.* 1987, 504). Een vonnis van de rechtbank van koophandel te Charleroi (Kh. Charleroi 17 juni 1992, *J.L.M.B.* 1993, 1493, noot P. KILESTE) kwam tot het besluit dat de leasingnemer de vordering in ontbinding tegen de leverancier van het materiaal wegens niet-conformiteit kon instellen. Het nam evenwel geen stelling betreffende de verdere lotgevallen van de relaties tussen partijen na de ontbinding.

Deze opvatting is voor de leasingnemer bijzonder ongunstig, zodat de vraag kan worden gesteld of de financier niet uitdrukkelijk op dit risico moet wijzen, om zo de leasingnemer in staat te stellen dit risico op adequate wijze af te dekken.

Vermeldenswaard is dat de Franse rechtspraak, na heel wat aarzeling, tot een andere opvatting is gekomen, met name dat na de ontbinding van de koop-overeenkomst, de leasingovereenkomst voor beëindigd moet worden beschouwd ("résilié"), maar uitsluitend voor de toekomst. De reeds betaalde lease-termijnen moeten niet worden terugbetaald. De partijen kunnen zich beroepen op de clausules die deze voortijdige beëindiging van hun rechtsbetrekking beheersen (Cass. 3 maart 1989, *D.* 1990, J. 301; Cass. 23 november 1990, *Dr. b. et Bourse* 1991, 21, *Gaz. Pal.* 27 juni 1991, concl. premier av. gén. DONTENWILLE; GAVALDA en STOUFFLET, *Droit bancaire*, 3e Ed., nr. 511, 253. Zie hierover R.N. SCHÜTZ, "Les recours du

crédit-preneur dans l'opération de crédit-bail", Parijs, Presses Universitaires de France 1994, 267-271).

Eenzelfde vraagstelling van kwalificatie ligt aan de basis van een arrest van het hof van beroep van Gent (Gent 6 december 1997, *R.W.* 1997-98, 537), waar de vraag werd gesteld of het voorrecht van de verhuurder van een onroerend goed ook op de onroerende leasing kon worden toegepast. Het hof antwoordde ontkennend, op grond van de overweging dat een leasingovereenkomst geen huur is, doch er enkel de technische vorm van aanneemt (in casu: een erfpacht). Het voorrecht dient om de mindervermogenende huurder in staat te stellen het pand te betrekken zonder bijkomende waarborgen te moeten stellen. In de leasing strekt de gehele opbouw van de transactie, als financieringsverrichting, tot de verstrekking van krediet. Men kan aannemen dat ook deze analyse op gespannen voet staat met het hogervermelde cassatie-arrest van 17 juni 1993.

35. Kwalificatie: bijkomende vergoedingen

Een automobilist had een wagen gehuurd in Nederland, op grond van een overeenkomst van "verhuur op lange termijn". De overeenkomst bevatte geen aankoopoptie. Nagenoeg twee jaar later wordt de overeenkomst voortijdig beëindigd, en vordert de verhuurder, behoudens de kosten voor beëindiging, een vergoeding voor "kosten voortvloeiende uit de fiscale afschrijvingsbeperking van personenauto's". Deze laatste was het gevolg van het feit dat de Belgische wetgever de afschrijving op personenauto's had beperkt, in het kader van de fiscale wetgeving, door elke afschrijving te verwerpen boven de som van 520.000,-. Deze afschrijvingsregel geldt per hypothese enkel voor in eigendom gehouden auto's.

De rechtbank van koophandel te Antwerpen (Kh. Antwerpen 30 september 1992, *T. Not.* 1993, 79) ontleedde de overeenkomst als een "verhuur op lange termijn", op grond van volgende argumenten:

- de partijen hadden de rechtshandeling zelf als dusdanig benoemd, en verduidelijkt dat het niet om leasing ging;
- de auto werd niet op gespecificeerde aanwijzing van de gebruiker gekocht;
- er was geen clause inzake eigendomsvoorbehoud;
- de huurperiode stemde niet overeen met de vermoedelijke duur van het bedrijfsgebruik;
- de vergoeding werd bepaald in functie van de afschrijving van de wagen over de contractperiode.

De vordering in vergoeding wegens fiscale afschrijving werd door de rechtbank van de hand gewezen, hoofdzakelijk op grond van het argument dat de contractuele clausules aanpassingen bepaalden voor andere bijkomende kosten, doch niet voor deze die het gevolg waren van de gewijzigde wetgeving. Ook het beroep op de imprevisie werd afgewezen.

Deze ontleding overtuigt: de kwalificatie van de overeenkomst als een overeenkomst voor de huur van een auto houdt in dat enkel de kosten die verband houden met het normale gebruik van de auto op de huurder kunnen verhaald worden. Het behoort tot de verkeersopvatting, stelt de rechtbank, dat wijzigingen inzake de fiscale afschrijvingsbasis voor rekening komen van de eigenaar, en niet ten laste van de huurder.

Ofschoon niet in het vonnis beslist zou men hieruit kunnen afleiden dat, *a contrario*, indien de overeenkomst als een leasing was gekwalificeerd, de gewijzigde afschrijvingsregelen wel voor risico van de gebruiker zouden zijn gekomen. De economie van het leasingcontract leidt er immers toe dat de verhuurder de gehele investering die hij heeft verricht ten behoeve van de gebruiker, op deze laatste kan verhalen.

36. Kwalificatie: verjaring

Eveneens onder de hoofding te plaatsen van de kwalificatie van de leasing is een vonnis van de Rechtbank van Eerste Aanleg te Brussel (Rb. Brussel 5 september 1996, *R.W.* 1997-1998, 1081; *T. Vred.* 1997, 316), waarin de vraag naar de verjaring van de leasingtermijnen aan de orde was. Opnieuw betrof het de uitvoering van een leasingovereenkomst, die wegens wanprestatie was beëindigd. De verweerder beriep zich op artikel 2277 B.W., luidens hetwelk

na vijf jaren verjaren, “(...) *interessen van geleende sommen, en, in het algemeen, al hetgeen betaalbaar is bij het jaar of bij kortere termijnen.*”

De rechtbank achtte artikel 2277 B.W. niet van toepassing aangezien de huurgelden op zichzelf een kapitaal vormen, en zij voor de leasinggever geen inkomen vertegenwoordigen. Daarentegen vallen de verwijlntresten op de vervallen vergoedingen wel onder de verkorte verjaring. De leidraad die door de rechtbank werd gevolgd, onder verwijzing naar de Cassatierechtspraak (Cass. 3 oktober 1994, *Arr. Cass.* 1994, 811) gaat uit van de beschermende functie van de verjaring die ertoe strekt de schuldenaar te beschermen tegen de verhoging van de schuld. Deze redenering kan, luidens de zienswijze van de rechtbank, enkel worden toegepast op de verwijlntresten, vermits deze de schuld vergroten, niet op de huurgelden, die het kapitaal vertegenwoordigen.

Indien de redenering van de rechtbank wordt gevolgd zou men toch een stap verder moeten gaan. Ook de "huurgelden" bevatten immers, naast kapitaal, een component vergoeding van kapitaal, of rente. Ook deze kon door de verjaring getroffen worden geacht. Deze redenering werd gevolgd in een cassatiearrest (Cass. 10 april 1986, *Arr. Cass.* 1985-86, 1078; *Pas.*, 1986, I, 973; E. WYMEERSCH, “Strafbedingen o.m. inzake enkele kredietovereenkomsten:”, in *Liber Amicorum Krings*, Brussel, Story-Scientia, 1991, 934) inzake de beoordeling van strafbedingen.

Inmiddels heeft de betwisting een eindpunt bereikt met een arrest van het Hof van Cassatie (Cass. 23 april 1998, *T.B.B.R.* 1998, 344) waarin de zienswijze van de rechtbank wordt afgekeurd: artikel 2277 B.W. strekt ertoe de schuldenaar te beschermen, en de schuldeiser aan te sporen tot zorgvuldigheid. De wetsgeschiedenis toont niet aan, aldus het Hof, dat de regeling beperkend moet worden opgevat. Daarom zijn alle in termijnen betaalbare sommen geheel aan de verkorte verjaring onderworpen. Dit geldt derhalve zowel voor kapitaal als voor interesten, temeer dat luidens het beroepsarrest de componenten in de termijnen niet afzonderlijk beschouwd kunnen worden.

37. Uitvoering en revindicatie

Heeft de leasingmaatschappij het recht het geleasede voorwerp terug te vorderen bij faillissement van de leasingnemer? Als het om een volwaardige leasing gaat kan het antwoord niet worden betwijfeld: de leasingmaatschappij is eigenaar gebleven, en vindt in haar eigendomsrecht de waarborg voor de naleving van de financiële schuld van de leasingnemer (G. BOGAERT, “Leasing van roerende goederen”, *Artikelsgewijze commentaar bijzondere overeenkomsten*, Kluwer, 14). Twijfels zouden kunnen rijzen wanneer de leasingovereenkomst de aankoopoptie op een geringe som vaststelt: in dat geval zou men de overeenkomst als een vermomde verkoop op afbetaling kunnen kwalificeren, waardoor tegenwerpelijkheid aan de failliete massa, in beginsel, uitgesloten is.

Het hof te Bergen (Bergen 3 maart 1993, *J.L.M.B.* 1994, 1240; in dezelfde zin: Luik 20 november 1990, *J.L.M.B.* 1991, 945; vgl. Gent 27 juni 1966, *R.C.J.B.* 1967 met noot L. VINCENT en P. DEHAN, “La nature du contrat de leasing”) wees de vordering in revindicatie van de leasingmaatschappijen toe, op grond van de overweging dat de partijen vrij zijn hun verbintenissen vast te stellen, en dat de aankoopoptie, die de residuele waarde bij het einde van de overeenkomst tot voorwerp heeft, hoofdzakelijk tot de reconstitutie van het kapitaal van de leasinggever strekt. Derhalve blijft de keuze van de leasingnemer een reële keuze.

De rechtbank van koophandel te Ieper (Kh. Ieper 29 juni 1998, *R.W.* 1999-2000, 21) liet de curator toe de overeenkomst uit te voeren, op grond van het argument dat de leasingovereenkomst de ontbinding wegens faillissement niet verplicht stelde doch de leasingmaatschappij het recht gaf de overeenkomst te beëindigen. Vooral overwoog zij dat het invoeren van de opzegclausule door de leasingmaatschappij niet strookt met de verplichting tot uitvoering te goeder trouw inzake de uitvoering van de overeenkomst: gezien de omvangrijke bedongen restwaarde zou deze meer belang hebben bij een faillissement naarmate de einddatum van het contract werd bereikt. Het zou, luidens de rechtbank kennelijk onredelijk zijn de contractuele regel strikt toe te passen, gezien de leasingperiode reeds ver gevorderd was, er geen betalingsachterstand was, en de zekerheden gebleven zijn. Vast stond dat de latere leasingtermijnen boedelschulden zouden zijn geweest.

Ofschoon begrip kan worden opgebracht voor de redenering van de rechtbank die misbruik van recht heeft willen voorkomen, is toch voorzichtigheid geboden. Zoals de rechtbank opmerkte is leasing essentieel een financieringsovereenkomst. In de keuze voor een bepaalde financieringsformule wegen de partijen nauwkeurig de wederzijdse verbintenissen af. Indien een ruime afkoopwaarde werd bedongen, zal dit een overweging zijn die bij de contractssluiting een - overigens onbekende - rol heeft gespeeld. Behoudens in geval van kennelijk onredelijke uitoefening van het wilsrecht (zie L. VAN DEN HOLE, "De roerende leasing, de positie van de lessor bij faillissement", *DAOR*, 1996, nr. 50, p. 25-52), komt het de rechtbank niet toe om achteraf het evenwicht van de prestaties van de partijen te beoordelen. Daartoe verschaffen de gegevens van het vonnis evenwel te weinig beoordelingselementen.

Als eigenaar kan de leasingmaatschappij revindiceren uit handen van de leasingnemer, of van derden zo het goed hem werd ontstolen. (art. 2279, lid 2 B.W.). Toepassing van deze laatste regel treft men aan in een casus (Kh. Brussel 24 juni 1994, *T.B.H.* 1996, 253; in dezelfde zin: Charleroi 24 september 1992, *T.B.H.* 1993, 281, noot C. PARMENTIER). Het vonnis gaat er van uit dat geen aandacht moet worden besteed aan het eventueel verwijderen van de identificatieplaat, zoals opgelegd door de leasingreglementering - vgl. Cass. 27 november 1981, voormeld -; dit lijkt logisch: de verkoper zal allicht deze plaat verwijderen) waarin het geleasde voertuig vermoedelijk werd gestolen en later werd gekocht door een andere leasingmaatschappij die het aan een derde verhuurde. De rechtbank oordeelde dat de tweede leasingmaatschappij, als professioneel van de autoverhuring, verplicht was de oorsprong van de door haar verworven voertuigen na te gaan, te meer daar zij wist dat in deze markt heel wat ongeoorloofde praktijken voorkomen. Deze rechtspraak sluit aan bij de heersende mening inzake verwerving van titel door professionelen in de autohandel.

38. Retentie

Een geleasde vrachtwagen werd voor herstelling bij een garagist geplaatst. De leasing werd ontbonden, en de leasingmaatschappij vorderde de vrachtwagen terug. De garage eist en bekomt retentierecht voor de betaling van haar factuur. Naar heersende mening dient het retentierecht immers niet beperkt te zijn tot goederen waarvan de schuldenaar eigenaar is. Terecht merkt de rechtbank op dat dit niet tot gevolg heeft dat de leasingmaatschappij tot de betaling van de factuur gehouden is. Deze blijft de schuld van diegene die de herstelling heeft gevraagd (Kh. Charleroi 4 december 1996, *J.L.M.B.* 1997, 1671).

39. Realisatie van de geleasde voorwerpen

Bij de realisatie van de geleasde voorwerpen verkoopt de leasingmaatschappij niet enkel de voorwerpen waarvan zij eigenaar is. De realisatie heeft een onmiddellijke weerslag op de vordering lastens de leasingnemer. Daarom moet zij zich op diligente wijze gedragen.

Een toepassingsgeval treft men aan in een vonnis van de rechtbank van koophandel te Charleroi (Kh. Charleroi 14 oktober 1995, *J.L.M.B.* 1997, 1665), waar grove fout aan de leasingmaatschappij werd verweten omdat zij drie jaar na de verkoop van de geleasde goederen de vordering op de koper nog niet had geïncasseerd. Derhalve werd haar vordering tegen de borg van de leasingnemer met deze som verminderd.

Het vonnis stemt tot nadenken. Weliswaar had men de leasingmaatschappij kunnen bekritisieren indien zij aan te lage voorwaarden had verkocht. Dat zij haar vordering niet - of niet tijdig - had uitgevoerd doet niet ter zake. Of zij deze koopsom in mindering had moeten brengen van de vordering lastens de leasingnemer, blijkt niet uit het vonnis. Zoals hierna nr. 42 wordt vermeld, bepalen sommige leasingcontracten dat de opbrengst van de verplichte verkoop van het geleasde goed de leasingnemer niet ten goede komt.

Even verwonderlijk komt de zienswijze voor van de rechtbank luidens dewelke de partijen geen afstand zouden kunnen doen van het recht bedoeld in art. 2037 B.W., op grond waarvan "de borg ontslagen is, wanneer hij door toedoen van de schuldeiser niet meer in de rechten, hypothecken en voorrechten van die schuldeiser kan treden" (deze regel staat ook bekend als "exceptio cedendarum actionum") voor het geval de schuldeiser een grove fout zou hebben begaan. Enerzijds is het geoorloofd zich te bevrijden, zelfs van zijn grove fout: enkel van de opzettelijke fout en het bedrog kan men zich niet exonereren (Cass., 25 september 1959,

AC 1960, 86). Men ziet niet in waarom de steller van een persoonlijke zekerheid zich niet zou kunnen verbinden ongeacht de wijze waarop de schuldeiser zijn rechten tegen de schuldenaar uitoefent. Artikel 2037 B.W. is niet van dwingend recht. Dit is overigens de rechtstoestand waarin de garant zich bevindt (zie hierover verder nr. 56).

40. Sale en lease back - tegenwerpelijke aan de massa

De onderneming die haar materieel verkoopt en dit terug in leasing neemt, kan geacht worden met bedrieglijke benadeling van de rechten van de schuldeisers gehandeld te hebben (art. 20 FW, ex art. 448 FW), nu blijkt dat de onderneming het handelsfonds regelmatig in pand had gegeven, de "sale en lease back" werd gesloten drie maanden voor het faillissement, terwijl de opbrengst ervan in de failliete massa is verdwenen. De overdracht van het bedoelde materieel zou de schuldeiser met pand op het handelsfonds niet tegenwerpeijk zijn, gezien de verkoop is geschied in globo, en niet per afzonderlijk bestanddeel. De koper, een professionele kredietverlener kan zich niet op de goede trouw (art. 2279 B.W.) beroepen om de terugvordering af te weren. Derhalve waren de curators van oordeel dat de handeling de boedel niet tegenwerpeijk was op grond van pauliaans bedrog (Luik 11 februari 1997, *J.L.M.B.* 1997, 1656).

41. Geldigheid - erkenning van leasingmaatschappij

Luidens een vonnis van de rechtbank van koophandel te Oudenaarde (Kh. Oudenaarde 23 februari 1993, *DAOR* 1994, nr. 31, 95) heeft de omstandigheid dat de leasing werd aangegaan met een leasingmaatschappij die niet was erkend geen gevolgen op de geldigheid van de leasingovereenkomst. De schending van de vereisten van het K.B. nr. 55 van 10 november 1967 heeft enkel strafrechtelijke sancties tot gevolg.

42. Strafbedingen

In leasingovereenkomsten wordt regelmatig bedongen dat bij wanprestatie door de leasingnemer, de leasingmaatschappij de ontbinding van de overeenkomst zal kunnen vorderen, op grond daarvan haar eigendom terugnemen, en bij wijze van strafbeding alle overblijvende leasetermijnen opeisen. Deze drastische bedingen hebben in het verleden herhaaldelijk aanleiding geven tot rechtspraak (zie G. DELVOIE, Het strafrecht in financieringhuurovereenkomsten, *T.B.R.* 1973, 523; E. WYMEERSCH, "Het strafbeding in leasingovereenkomsten", *Bank Fin.* 1973, 443 (ook hoger nr. 36); TH. VAN SWEEFELT, Het lot der boete bedingen in geval van ontbinding van de leasingovereenkomsten, *R.W.* 1986-87, 949; zie ook: E. BREWAEYS, "Leasing van roerende goederen", Antwerpen, Kluwer Rechtswetenschappen, 1985, 81 noot 6; Y. MERCHIERS, P. COLLE en M. DAMBRE, "Algemeen handelsrecht, handelscontracten, bank-, krediet-, wissel- en cheque verrichtingen (1987-1991)", *T.P.R.* 1992, 911; G. DELVOIE, "Het strafbeding in financieringshuurovereenkomsten (leasing) met enkele bijkomende beschouwingen over het karakter van art. 1231 B.W.: dwingend of suppletief?", *T.B.H.* 1973, 523-550).

De toetsing van deze bedingen door de rechtspraak blijkt aanleiding te geven tot twee tegengestelde tendenzen.

Een eerste, ruim aanvaarde opvatting verwerpt de geldigheid van deze bedingen (zie voor oudere rechtspraak in deze zin: Rb. Brussel 21 november 1972, *Rev. Banque* 1975, 549; Antwerpen 29 januari 1979, *B.R.H.* 1979, 212). Zij was hoofdzakelijk gesteund op de cassatieleer inzake strafbedingen, met name dat ongeoorloofd is het beding dat een vergoeding bepaalde die meer bedroeg dan de maximaal voorzienbare schade voor het bedoelde geval van wanprestatie.

Aldus vernietigde het hof van beroep te Brussel (Brussel 31 maart 1992, *J.T.* 1992, 640) het bedoelde strafbeding omdat de leasingmaatschappij bij wanprestatie, rekening houdend met de opbrengst van de verkoop van het geleasede goed, bijna 50% meer zou hebben verkregen dan wat zij zou hebben bekomen bij de normale uitvoering van de overeenkomst. Een dergelijke schadevergoeding staat buiten elke verhouding tot de schade die de partijen bij het sluiten van de overeenkomst hadden kunnen voorzien, en conventioneel vastleggen. De omstandigheid dat de leasingmaatschappij vrijwillig het bedrag van de opbrengst van de verkoop van het geleasede

materiaal in mindering had gebracht doet niet ter zake, vermits hiertoe geen contractuele verplichting bestond.

Een tweede benadering beperkt de leasetermijnen tot de kapitaalwaarde, zijnde de actuele waarde van de toekomstige vorderingen (Kh. Ieper 6 januari 1992, *T.B.H.* 1992, 273, met afkeurende noot KILESTE). Eventueel moet hierbij een kostenelement worden gevoegd.

Een tegengestelde stroming billijkt deze clausules. Het hof te Brussel (Brussel 25 november 1996, *J.T.* 1997, 215) verwees hoofdzakelijk naar de wilsvrijheid: de partijen hebben, rekening houdend met de eigen kenmerken van het contract, de schade kunnen omschrijven. Daarbij wordt er op gewezen dat de leasingmaatschappij het kapitaal initieel moet uitgeven, en het terugvordert onder de vorm van huurgelden, waarin ook de rente, de kosten, en de bijkomende kosten bij wanbetaling zijn begrepen. Het arrest wordt niet in bijzonderheden gemotiveerd. Het hof had nochtans deze clausules moeten toetsen aan de regel van de openbare orde vervat in artikel 6 B.W., zoals uitgelegd door de vaststaande cassatierechtspraak. Een loutere verwijzing naar de wilsvrijheid volstaat niet.

Een andere strekking (Kh. Charleroi 12 oktober 1993, *J.L.M.B.* 1995, 795, noot P. KILESTE; aldus ook: P. KILESTE, BUYSSCHAERT en N. PENNING, "De l'application de la clause penale en matière de contrats de leasing", *T.B.H.* 1992, 568) oordeelt dat niet ongeoorloofd is het strafbeding waarbij de verkoopprijs van de forfaitaire vergoeding in mindering wordt gebracht (Rb. Brussel 24 november 1995, *J.L.M.B.* 1996, 886; de rechtbank ging evenwel niet over tot een meer precieze analyse van haar bewering).

Een verdere gedetailleerde analyse van deze betwisting lijkt achterhaald nu de wetgever de toetsing van strafbedingen in het algemeen mogelijk heeft gemaakt (W. 23 november 1998, *B.S.* 13 januari 1999; voor een commentaar: zie B. WYLLEMAN, "Nieuwe wetgeving inzake strafbedingen en moratoria intresten", *A.J.T.* 1998-99, 701). Wel verlangt de nieuwe wetsbepaling dat de bedongen vergoeding "kennelijk het bedrag te boven gaat dat de partijen konden vaststellen om de schade te vergoeden wegens de niet-uitvoering van de overeenkomst".

Het hanteren van de nieuwe regeling zal ertoe leiden dat de rechter een analyse zal moeten maken van de schade die de partijen hadden kunnen voorzien. De terugbetaling van het kapitaal zal hierbij bevolen worden, te verminderen met de opbrengst van het geleasde voorwerp, dat immers economisch ter zekerheid van de vordering werd aangewend. Ten aanzien van de component rente zullen de partijen als voorzienbare schade rekening hebben kunnen houden met de tijdsfactor: de kredietgever beschikt immers voor termijn over zijn fondsen. De aanrekening van een wederbeleggingsvergoeding, zoals opgelegd in het hypothecair en eerlang in het consumentenkrediet is een aanvaardbare maatstaf. Onder kostenfactoren kan het risico "wanbetaling" begrepen worden, dat in de regel wordt afgedekt door een kredietverzekering.

E. FACTORING

Deze financieringstechniek heeft aanleiding gegeven tot enkele beslissingen.

43. Aard van de overeenkomst

In een geschil betreffende de dwingende bevoegdheid van de rechtbank van koophandel in verzekeringszaken (artikel 628, 10° Ger. Wb.) besliste de Rechtbank te Verviers (Kort geding Kh. Verviers 12 juni 1997, *J.L.M.B.* 1998, 607) dat deze regel niet geldt voor een factoringovereenkomst nu deze niet enkel slaat op kredietverzekering, maar een overeenkomst inhoudt terzake het beheer van de schuldvorderingen van een onderneming, waarbij verzekeringsaspecten aan bod kunnen komen (zie ook: H. BRAECKMANS, *Factoring, een juridische analyse*, Brussel, Ced-Samson, 1979, 28 en 35-41).

44. Verzekeringselementen

De factoringovereenkomst bevat, in de regel, een element kredietverzekering, op grond waarvan de factoringmaatschappij de solvabiliteit van een debiteur, tot de overeengekomen limiet, verzekert. Om deze behoorlijk te laten functioneren dienen alle vorderingen uit facturen die de verzekerde uitschrijft, aan de factoringmaatschappij overgedragen te worden (zie ook: Kort geding Kh. Verviers 12 juni 1997, *J.L.M.B.* 1998, 607). Indien de verzekerde in strijd met de bewoordingen van de door hem ondertekende overeenkomst, nalaat hieraan te voldoen, kan de verzekeringsdekking geen effect hebben.

In het geval dat aanleiding gaf tot het vonnis van de rechtbank van koophandel te Gent (Kh. Gent 19 januari 1994, *T.G.R.* 1995, 23) had een onderneming een kredietlimiet op een bepaalde Griekse klant gevraagd: deze was door de factor tot 5 milj. toegestaan. Evenwel werd voor 14 milj. geleverd, waarop de klant failliet ging. Tot overmaat van ramp stelde de onderneming vast dat zij nagelaten had de facturen voor de eerste 5 milj. over te dragen. Conform de factoringovereenkomst eiste de factor een boekenonderzoek, waaruit bleek dat in het verleden de onderneming herhaaldelijk haar facturen niet had gecedeerd. Hierop weigerde de factor de verzekeringssom uit te betalen, zich beroepend op de bedongen ontbinding van de overeenkomst, waarbij tevens bepaald was dat geen vergoeding verschuldigd zou zijn voor de lopende schadegevallen.

De rechtbank keurde het standpunt van de factor goed: de onderneming was in gebreke gebleven aan haar verplichtingen te voldoen. De uitlegging van de overeenkomst leidt ertoe dat de onderneming gehouden was alle vorderingen over te dragen, en niet enkel deze waarvoor een kredietlimiet werd toegestaan. Ook het lage bedrag van de premie kan enkel worden verklaard vanuit een globale dekking.

De tegeneis in schadevergoeding van de factor werd tot de helft gereduceerd, op grond van de overweging dat deze voldoende toezicht en controle had moeten uitoefenen op de handelwijze van de onderneming.

45. Werking na einde van de factoringovereenkomst

De beëindiging door de factor van de factoringovereenkomst doet de vraag rijzen wat dient te gebeuren met de voorheen aangegane verbintenissen. In het geval dat aan de rechtbank van koophandel te Brussel (Kh. Brussel 2 november 1993, *D.A.O.R.* 1993, nr. 35, 59) werd onderworpen, had de factoringmaatschappij de overeenkomst zonder motieven opgezegd. Nochtans bleek het gehele toegezegde verzekerde plafond aangewend te zijn voor vier leveringen aan Italiaanse klanten, die inmiddels hetzij failliet waren gegaan, hetzij in staking van betaling verkeerden. De factoringovereenkomst bepaalde dat de gefactoreerde bedragen binnen de 100 dagen na hun vervaldag zouden worden uitbetaald indien de schuldenaar failliet werd verklaard, of in staking van betaling zou verkeren. Er was echter overeengekomen dat na opzegging, de vergoeding enkel zou worden betaald nadat een bericht van faillissement zou zijn ontvangen houdende de officiële erkenning van de schuld door een bevoegde overheid.

De rechtbank was van oordeel dat de clause die de betaling na opzegging verdaagde tot na het bewijs van het faillissement van de schuldenaar, onverenigbaar was met de goede trouw in de mate dat ook facturen overgedragen vóór de opzegging van de overeenkomst onder de regel vielen. De omzetting van een bepaalde termijn in een onbepaalde zou de oorzaak van de overeenkomst tenietdoen. Duidelijker op grond van de interpretatie van de clauses werd gesteld dat de bewuste clauses geen betrekking konden hebben op de facturen die vóór de opzeg waren overgedragen, doch enkele op deze die in de opzegperiode werden overgedragen. De regeling was derhalve niet van toepassing op de opzegging zonder termijn.

Uit de in het vonnis vermelde bepalingen van het factoringcontract kan niet worden afgeleid of de partijen een onderscheid hadden gemaakt naargelang de opzegging zou geschieden op bepaalde gronden, in de regel met onmiddellijke ingang. Luidens een redelijke uitlegging van de overeenkomst kon wellicht worden aanvaard dat de toepassing van de bedoelde clause beperkt zou zijn tot de gevallen waarin een termijn van opzegging zou gelden. Weliswaar kan dit element uit het gepubliceerde vonnis niet worden afgeleid.

F. DOCUMENTAIR KREDIET

Bibliografie:

L. SIMONT, "L'avance consentie avant terme au bénéficiaire d'un crédit documentaire avec paiement différé", in: *Hommage à J. Heenen*, Brussel, Bruylant, 1994, 415-428; B. DE VUYST, "Het documentair krediet. Overzicht van rechtspraak 1975-1998", *A.J.T.* 1998-99, 1021-1025.

46. Documentair krediet - weigering door de bank - onvoldoende documenten

De bank kan vaststellen dat aan de voorwaarden van het documentair krediet niet voldaan is en derhalve betaling weigeren, indien blijkt dat er twijfel bestaat omtrent de bewijswaarde van het voorgelegde document, dat als "factuur" wordt aangeduid. Dit is het geval indien blijkt dat het stuk niet gedagtekend is, dat het geen nadere omschrijving bevat van de geleverde koopwaar, en in het algemeen, dat het kadert in een groots opgezette fraudezaak (Gent 8 januari 1998, *A.J.T.* 1998-99, 919, noot R. STEENNOT. Over de essentiële rol van de documenten: C. SCHMITTHOFF, "The law and practice of international trade", London, Stevens & Sons, 1990, 406-408; R. JACK, "Documentary credits", London, Butterworths, 1993, 139, e.v.).

47. Documentair krediet - back-to-back - delegatie

De zelfstandigheid van de verbintenis van de bank werd bevestigd in een vonnis van de rechtbank van koophandel te Brussel (Kh. Brussel 24 maart 1993, *T.B.H.* 1994, 1119) waarin een back-to-back documentair krediet werd geopend op verzoek van de koper, die later failliet werd verklaard. Het bijzondere van de zaak vloeide voort uit de dubbelzinnige bewoordingen waarin de bank zich had verbonden. Enerzijds vermeldde de kredietbrief dat zij zich onherroepelijk had verbonden de factuur te betalen, anderzijds verwees zij naar de documenten die door de opdrachtgever van het andere contract voor gelijkkluidend zouden zijn geverifieerd op grond van het andere krediet dat door dezelfde bank werd verleend.

De rechtbank oordeelde dat er geen twijfel kon zijn omtrent het bestaan van een zelfstandige betaalverbintenis in hoofde van de bank. Haar verbintenis beperkte er zich niet toe de begunstigde te verduidelijken dat de opdrachtgever van het andere documentaire krediet instructies heeft gegeven om de beloofde som te betalen.

Het faillissement van de opdrachtgever werd irrelevant geacht: de bank heeft zich immers persoonlijk verbonden.

De rechtbank omschreef de verrichting van het documentair krediet in termen van een delegatieovereenkomst (zie hierover J. RONSE, "De delegatieovereenkomst", in *APR*, Brussel, Larcier, 1954, 44-45; H. DE PAGE, "Traité élémentaire de droit civil Belge", Deel III, Brussel, Bruylant, 1967, 611; E. DIRIX, *Obligatoire verhoudingen tussen contractanten en derden*, Antwerpen-Apeldoorn, Maarten Kluwer, 1984, 162-167).

48. Documentair krediet - voorlegging van niet-conforme documenten - toepassing van de URU

Bij de afroep van een documentair krediet had de begunstigde documenten voorgelegd waarvan de vermeldingen niet overeenstemden met deze van de kredietbrief. De bank weigerde betaling wegens niet conformiteit en beriep zich tevens op de laattijdige aanbieding van de documenten. De begunstigde argumenteerde dat de boodschap die hij had ontvangen, geen vermelding bevatte van de precieze omschrijving van de voor te leggen documenten.

Het documentair krediet was geopend door een Belgische bank, ten voordele van een Marokkaanse onderneming, met tussenkomst van een Marokkaanse bank, als notificerende bank. De communicatie was gebeurd met gebruikmaking van de vaste procedures, die in het kader van Swift zijn vastgelegd. De Marokkaanse bank had de boodschap verder genotificeerd aan de bank van de begunstigde: deze bank, een bijhuis van de Marokkaanse bank, confirmeerde het krediet aan de begunstigde.

Tussen de gedingvoerende partijen was niet betwist dat de Uniforme Regels en Usances van de Internationale Kamer van Koophandel, van toepassing waren. Het hof (Brussel 10

december 1996, *T.B.H.* 1997, 772, noot J.P. BUYLE en X. THUNIS) herinnerde aan artikel 1 van de URU luidens hetwelk behoudens andersluidend beding, alle bij de verrichting betrokken partijen gebonden zijn door de URU, in dit geval de versie van 1983. Derhalve zijn, behoudens de opdrachtgever en de begunstigde, ook de confirmerende en de notificerende bank aan deze regelen onderworpen.

Gezien ook de notificerende bank bij het Swift - transmissiesysteem was aangesloten, diende zij te weten dat elke Swift-boodschap, die een geüniformiseerde structuur vertoont, uit twee delen bestaat. Zij had derhalve om verduidelijking moeten vragen nu de boodschap vermeldde dat zij uit twee delen bestond. Het komt onwaarschijnlijk voor dat een bank een krediet zou confirmeren op grond van een opdracht die steunt op een boodschap waarvan zij enkel een eerste luik had ontvangen en zonder het essentiële deel ervan, met name de omschrijving van de koopwaar, welke omschrijving haar in staat stelde na te gaan of de betaling conformeerde met de opdracht. Overigens - doch dit werd niet vermeld in het arrest - bevatten de URU het voorschrift (art. 12 URU 500) dat ten aanzien van onduidelijke boodschappen, partijen om verduidelijking moeten vragen.

De betwisting had verder betrekking op twee elementen

1° De aanbidding van de documenten.

De aanbidding van de documenten vond tijdig plaats, nu de documenten werden voorgelegd aan de bank van de begunstigde, die als notificerende bank was opgetreden.

Het hof oordeelde dat de aanbidding van de documenten aan deze bank als een aanbidding kon worden beschouwd, en derhalve niet laattijdig was (in toepassing van art. 47 a van de URU 400) nu de documenten werden aangeboden bij een "agentschap" van de notificerende bank.

2° Het risico voor defecte boodschappen.

De begunstigde hield voor dat de notificerende bank hem een onvolledige boodschap had overgemaakt, wat niet verhinderde dat de kredietopenende bank gehouden bleef van zodra documenten werden voorgelegd die overeenstemmen met de onvolledige boodschap. De begunstigde hield deze stelling voor op grond van zijn lezing van de regelen van de URU, meer in het bijzonder van artikel 20 URU 400 luidens hetwelk "banken die gebruik maken van de diensten van een andere bank of van andere banken om gevolg te geven aan de instructies van de opdrachtgever zulks doen voor rekening en risico van de opdrachtgever, en luidens hetwelk zij geen aansprakelijkheid of verantwoordelijkheid aanvaarden als de instructies die zij doorgeven niet gevolgd worden, zelfs niet indien ze zelf het initiatief genomen hebben tot de keuze van die andere bank(en)".

Het hof wees dit argument van de hand: de kredietopenende bank loopt geen enkele aansprakelijkheid op wegens communicatiefouten begaan door de door haar aangestelde notificerende bank. Men kan hieruit evenwel niet afleiden dat zij gehouden is het krediet te honoreren: terecht, zegt het hof, heeft zij geweigerd het krediet uit te betalen nu er geen overeenstemming bestond tussen de voorgelegde documenten en de gegevens van de kredietbrief (art. 41 a, URU 400).

Een punt vergt een meer algemene commentaar. Het betreft de externe werking van de Swift regelen. Deze zijn contractuele voorschriften die gelden tussen de leden van het Swift netwerk. Zij gelden in beginsel enkel tussen banken. Onrechtstreeks kunnen zij van toepassing worden verklaard in de overeenkomsten die aangesloten banken met cliënten overeenkomen. De contractuele kring wordt alsdan sterk verruimd. Niet-naleving van de interbancaire overeenkomsten kan aanleiding geven tot aanspraken in schadevergoeding en wellicht ook in uitvoering ten laste van de aangesloten banken op verzoek van de cliënten van een van hen. De verwijzing naar de Swift regeling in de overeenkomsten met cliënten schept immers de verwachting dat de bank deze regelen van gebruikelijk professioneel gedrag zal naleven. Anders dan verder gesteld (zie nr. 235) met betrekking tot sommige andere regelen van Soft Law, blijft de materie hier van contractuele aard.

49. Opdracht van de notificerende bank

Strekt de bevoegdheid van de notificerende bank zich uit niet enkel tot de kennisgeving van de kredietopening, doch tevens tot het in ontvangst nemen van de documenten en de beoordeling van de conformiteit van deze met de kredietbrief? In de annotatie (Brussel 10 december 1996, *T.B.H.* 1997, 772, noot J.P. BUYLE en X. THUNIS) wordt op deze vraag bevestigend geantwoord. Het vraagstuk heeft een oplossing gekregen in art. 10 c van de URU 500, vermits aldaar de bevoegdheid van de notificerende bank - luidens de nieuwe terminologie de "aangewezen bank" - uitdrukkelijk wordt omschreven onder uitsluiting van de bevoegdheden inzake betalen of negotiëren van de documenten. Men kan aanvaarden dat een kennisgeving aan deze bank daarom nog geen kennisgeving aan de kredietopenende bank inhoudt.

50. Documentair krediet - raadgevingsplicht van de bank

De kredietopenende bank die een kredietnemer voorstelt een documentair krediet te openen, is aansprakelijk zo zij de opdrachtgever niet voldoende inlicht betreffende de voorwaarden van het krediet, en zo nodig, hem niet om bijkomende instructies vraagt.

De bank is tekort geschoten in haar informatieplicht wanneer zij de opdrachtgever een verouderd formulier voorlegt waarin melding wordt gemaakt van verzekeringspolissen die niet alleen niet overeenstemden met de laatste stand van de praktijk, maar daarenboven afweken van de instructies van de opdrachtgever daar de verzekerde dekking aanzienlijk beperkter was, onder meer daar het diefstalrisico niet was gedekt.

Als gespecialiseerd professioneel van de kredietverlening moet de bank de essentiële verschillen kennen inzake de verzekeringspolissen die zij aan haar cliënteel aanbiedt aan de hand van de door haar voorgelegde formulieren.

Evenwel is ook de opdrachtgever aansprakelijk nu hij onvoldoende gecontroleerd heeft of de benaming van de verzekeringspolis, zoals vermeld op de kredietbrief, overeenstemde met de omschrijving in de opdracht aan de bank (Rb. Nijvel 21 juni 1994, *T.B.H.* 1995, 1050, noot J.P. BUYLE en X. THUNIS).

De aansprakelijkheid van beide partijen werd verdeeld in de verhouding twee derden - een derde.

51. Uitvoerend beslag

Wanneer in het kader van een documentair krediet de opdrachtgever bewarend beslag heeft laten leggen in handen van de bank, kan men de bank geen fout verwijten wanneer zij in een uitvoerig gemotiveerde akte derdenverzet heeft aangetekend en alle nodige stappen heeft ondernomen om de beslagleggende opdrachtgever er van te overtuigen dat hij zonder rechtmatig belang optrad en zich aan misbruik schuldig maakte. De bank heeft aldus haar taak van raadgever van de opdrachtgever naar behoren uitgevoerd (Brussel 21 maart 1995, *A.J.T.* 1996-97, 201, noot C. VAN DER ELST).

Indien de opdrachtgever ten onrechte het beslag heeft gehandhaafd, zal enkel hij - niet de bank - ten opzichte van de begunstigde tot schadevergoeding worden veroordeeld. Een schadevergoeding werd toegekend, berekend tegen de wettelijke rentevoet in BEF, op de onbetaald gebleven som tot op de datum van de opheffing van het beslag.

52. Uitvoerend beslag

Verwijzend naar artikel 3 URU, krachtens de overeenkomst van de partijen van toepassing, had het hof van beroep te Brussel (Brussel 30 juni 1992, niet gepubliceerd; argument uit het arrest Cass. genomen) geoordeeld dat "het documentair krediet inhoudt dat er een autonome en vaste verbintenis tot betaling tegen afgifte van documenten voorligt, die door de bankier jegens de verkoper rechtstreeks en onherroepelijk is aangegaan, waaraan de opdrachtgever geen afbreuk kan doen door zich te beroepen op een schuldvordering, die op de niet-uitvoering van het oorspronkelijk contract berust of die zelfs hieraan vreemd is, teneinde beslag te leggen op de garantie, te weten het documentair krediet".

Het beroepsarrest oordeelt dat de opdrachtgever, krachtens de tussen partijen gesloten overeenkomst, geen uitvoerend beslag onder derden op het documentair krediet kon leggen, daar zodanige maatregel de autonome, rechtstreekse en onherroepelijke, op haar verzoek genomen verbintenis van de opdrachtgever jegens de begunstigde, krachteloos zou maken.

Het cassatieberoep tegen dit arrest werd niet gesteund op voormelde argumentering. Het betrof daarentegen de onverenigbaarheid van een beding van onbeschikbaarheid met de bepalingen van artikelen 7 en 8, Hypotheekwet en sommige bepalingen van het Gerechtelijk Wetboek, inzonderheid de artikelen 1539 en 1543.

Het Hof van Cassatie (Cass. 23 juni 1994, *R.W.* 1994-95, 564, noot E. DIRIX; L. SIMONT, "Saisies en matière de crédits", *Bank Fin.* 1995, 107) oordeelde dat noch de artikelen 7 en 8 Hypotheekwet van 1851, noch aangehaalde bepalingen van het Gerechtelijk wetboek verhinderen dat een overeenkomst, in casu een documentair krediet, tot gevolg heeft dat de schuldvordering van de begunstigde onbeschikbaar is.

Het standpunt van het hof is gegrond: de vordering van de begunstigde op grond van het documentair krediet blijft immers niet buiten het bereik van de andere schuldeisers (in die zin ook de annotatie van DIRIX, die verder het geval vermeldt waarin de opdrachtgever zijn vordering aan een derde zou overdragen; de cessionaris zal deze vordering meteen nemen in de toestand zoals hij deze van de cedent heeft verkregen; B. DE VUYST, "Documentaire kredieten", in *A.P.R.*, Gent, Story-Scientia, 1991, 95-96; vergelijk verder inzake onafhankelijke garanties nr. 59). Enkel de opdrachtgever kan niet met de ene hand geven wat hij met de andere poogt terug te nemen.

Dit arrest sluit aan bij de heersende opvatting in België (zie L. SIMONT, "Misbruik bij documentair krediet", *T.P.R.* 1986, 98 e.v.; G. DE LEVAL, "Saisies et droit commercial" in *Les créanciers et le droit de la faillite*, Brussel, Bruylant, 1983, 307; J. VAN RYN en J. HEENEN, *Principes de droit commercial*, deel IV, Brussel, Bruylant, 1988, 501; B. DE VUYST, "Documentaire kredieten", in *A.P.R.*, Gent, Story-Scientia, 1981, 95; H. BRAECKMANS, "Bankrekeningen, betaal- en kredietverrichtingen" in *Handels- en Economisch Recht*, deel IB, Brussel, Story-Scientia, 1989, 616) en bij de vaststaande cassatierechtspraak in Frankrijk (Cass. 14 oktober 1981, *D.* 1982, 303, noot M. VASSEUR; *J.C.P.* 1982, 19815, noot GAVALDA en STOUFFLET; Cass. 7 oktober 1987 en 24 november 1987, *D.* 1988, 265, noot M. VASSEUR).

53. Toepasselijk recht

Ten aanzien van een documentair krediet geopend door een Belgische bank, in opdracht van een Belgische kredietnemer, ten voordele van een Ierse exporteur van vis, achtte een Belgische rechtbank zich bevoegd nu artikel 4 van het Verdrag van Rome (EVO) de rechtsorde aanwijst van het land waarmede de overeenkomst het nauwst is verbonden.

Inzake documentair krediet is de kenmerkende prestatie de kredietverlening: het documentair krediet is derhalve het nauwst verbonden met de Belgische rechtsorde, nu de opdrachtgever het krediet in België had genegotieerd, en de betaling op zicht aan de kassen van de Belgische bank werd bedongen (Gent 8 januari 1998, *A.J.T.* 1998-99, 919, noot R. STEENNOT).

54. Documentair krediet - bevoegde rechtbank - art. 5, 1° EEX

In het kader van een scheepsbevrachtingsovereenkomst, waren partijen overeengekomen de vrachtprijs gedeeltelijk te betalen door middel van een documentair krediet dat door een Duitse bank ten voordele van de Belgische scheepsagent werd geopend.

Na weigering van betaling dagvaardt de scheepsagent zowel zijn Duitse opdrachtgever als de Duitse kredietopenende bank. De bevoegdheid van de rechtbank te Antwerpen werd betwist.

Gelet op diens gedeeltelijke betaling, was de bevoegdheid van de rechtbank te Antwerpen ten aanzien van de Duitse opdrachtgever niet voor betwisting vatbaar: luidens art. 5, 1° EEX kan worden gedaagd voor het gerecht van de plaats "waar de verbintenis is of moet worden uitgevoerd", zodat de rechtbank te Antwerpen onmiskenbaar bevoegd was.

In de vordering van de scheepsagent tegen de Duitse kredietopenende bank rees de vraag of de regeling van art. 5, 1°, inzake "verbintenissen uit overeenkomst" ook toepasselijk geacht kon worden op de verbintenis van de bank op grond van een documentair krediet. Immers, zo werd betoogd, steunt de verbintenis van de bank op een eenzijdige wilsverklaring. De rechtbank (Kh. Antwerpen 29 juni 1994, *T.B.H.* 1995, 429, noot M. CLAEYS) oordeelde dat art. 5, 1° EEX toegepast kon worden op deze verbintenis van de bank, ofschoon zij in de hoofdzakelijk Belgische doctrine meestal wordt aangeduid als steunend op een eenzijdige

wilsuiting. Immers de vordering uit documentaire kredieten moet, luidens de rechtbank worden gezien als een "vordering ten aanzien van verbintenissen uit overeenkomst", gezien zij kadert in "het geheel van de contractuele relaties die zelf aan de eenzijdige verbintenis in kwestie de nodige zin en betekenis verlenen". In de annotatie bij dit vonnis wijst M. Claeys er op dat de omschrijving van deze verbintenis als eenzijdige wilsverklaring niet algemeen wordt aanvaard. Bovendien oordeelt de rechtbank dat men het geheel van de relaties kon omschrijven als zijnde van contractuele aard (zie ook R. STEENNOT, "Internationaal privaatrechtelijke problemen bij documentair krediet", *Bank Fin.* 1999, 210). De vraag van de eenzijdige aard van de verbintenis van de kredietopende bank heeft immers hoofdzakelijk betrekking op de afwezigheid van vereiste van aanvaarding. Ook voor aanvaarding neemt men aan dat de bank haar verklaring niet kan intrekken. Of hiertoe een eenzijdige wilsverklaring noodzakelijk is kan worden betwijfeld: de begunstigde kan immers geacht worden van bij de overeenkomst met de opdrachtgever de conforme kredietopening te aanvaarden. Trouwens, waarom zou hij weigeren nu de verrichting geheel tot zijn voordeel strekt. Men zal dan ook begrijpen waarom in bepaalde rechtsorden deze verbintenis wordt aangeduid als een verklaring die geen aanvaarding behoeft (§ 151 B.G.B.: H.P. SCHWINTOWSKI en F. SCHÄFER, *Bankrecht*, Köln, Carl Heymans, 1997, 744).

Eens art. 5, 1^o toepasselijk werd geacht, rees de vraag waar de verbintenis diende uitgevoerd te worden. Hiertoe was een interpretatie van de werking van het documentair krediet nodig, waarvoor beroep diende gedaan te worden op de collisieregels, zoals vervat in het Romeverdrag, in casu art. 4, waarin het land wordt aangewezen waarmee de overeenkomst het nauwst verbonden is. De nauwste band wordt vermoed te bestaan met het land waar de partij, die de meest kenmerkende prestaties levert, gevestigd is.

De rechtbank oordeelde dat de meest karakteristieke prestatie in het documentaire krediet bestaat in het openen van het krediet en het verrichten van de gevraagde betaling van zodra de documenten worden overgemaakt. In casu betekent dit dat het Duitse recht van toepassing was, aangezien de vestigingsplaats van de schuldenaar van de meest karakteristieke prestatie in Duitsland te situeren was. Het Duitse recht bepaalt derhalve waar de plaats van uitvoering gelegen is.

Terecht brengt M. Claeys kritiek uit op de formulering die hierbij werd gevolgd door de rechtbank: deze had enkel de verhouding begunstigde - bank dienen te ontleden waarbij de enige prestatie deze is die door de bank werd beloofd (zie ook R. STEENNOT, *o.c.* 215). Ook op grond van deze redenering was het Duitse recht van toepassing.

Het is heersende mening dat voor wat betreft de verbintenis van de bank tot de begunstigde, het recht van het land waar de bank gevestigd is, van toepassing is.

Als bijzondere omstandigheid moet worden vermeld dat de Duitse bank in België beroep had gedaan op een lokale bank teneinde het krediet te adviseren. Naar Duits recht werd geoordeeld dat deze tussenkomst niets wijzigt aan de plaats van uitvoering van de overeenkomst (D. SCHEFOLD, *Zum IPR des Dokumenten-Akkreditivs*, *IPRax* 1990, 23).

Per slotsom leidde deze redenering er evenwel toe dat de Duitse bank, op grond van art. 5, 1^o EEX niet voor de Belgische jurisdicties kon worden opgeroepen.

55. Documentair krediet - weerslag op de koop verkoop

Het hof van beroep te Gent (Gent 13 maart 1998, *A.J.T.* 1998-99, 273) besliste dat in een geval van een internationale koop, de verkoopovereenkomst niet tot stand is gekomen indien de partijen niet ook een akkoord hadden over de betalingsmodaliteiten. In casu had de koper zijn akkoord gegeven over de voorgestelde prijs, en hadden partijen bepaald dat binnen de tien dagen een documentair krediet zou worden geopend. Een Belgisch bijkantoor van een buitenlandse bank had het krediet geopend.

Deze beslissing wekt verwondering: de verbintenis van de koper het documentair krediet te openen bleek immers nageleefd, eens het krediet werd geopend. De contractuele voorwaarde was derhalve nageleefd. Overeenkomstig art. 1583 B.W. is er een koop-verkoop van zodra de partijen akkoord zijn over de koopwaar en de prijs. De betalingsmodaliteiten behoren hiertoe in beginsel niet. Dit klemt te meer nu, naar ruim verspreide opvatting, het documentaire krediet op grond van een eenzijdige wilsverklaring tot stand komt.

Vermoedelijk is het Hof onder de indruk gekomen van het feit dat de partijen, tijdens en na de daaropvolgend procedure, opnieuw de onderhandelingen hebben geopend en zij hierbij geen akkoord konden bereiken (zie ook hoger nr. 1).

G. ZELFSTANDIGE GARANTIES

56. Onderscheid borgtocht en garantie

Is een garantie en geen borgtocht, de garantie die de begunstigde kan afroepen mits loutere voorlegging van een verklaring van de door hem geleden schade voortvloeiend uit de wanprestatie van de opdrachtgever, en zonder dat deze schade bewezen wordt (Brussel 21 november 1997, *T.B.H.* 1998, 858, noot J.P. BUYLE en M. DELIERNEUX; Zie in dezelfde zin: Rb. Antwerpen 16 januari 1997, *R.W.* 1998-1999, 679).

De bank kan zich niet beroepen op de manifest abusieve aard van de afroep op grond van een verklaring van de geleden schade, nu de uitvoering van de garantie niet afhankelijk kon worden gemaakt van een onderzoek van de al dan niet getrouwe uitvoering van de overeenkomst. Daarom ook kan de overeenkomst tussen opdrachtgever en begunstigde van de garantie, welke overeenkomst de valutaverhouding uitmaakt van de gehele garantieverhouding, niet in aanmerking worden genomen ter uitlegging van de garantie (Kh. Brussel 5 februari 1996, *R.W.* 1996-1997, 1263; vgl. verder Kh. Turnhout 30 oktober 1995, *R.W.* 1996-97, 328 waar de rechter een in klare termen gestelde garantie weigerde te interpreteren).

De vraag wanneer een waarborgverbintenis als borgtocht dan wel als garantie moet worden gekwalificeerd (zie hierover E. WYMEERSCH, "Borgtocht en garantie", in *Liber Amicorum J. Ronse*, Brussel, Story-Scientia, 1986, 655-670) is het voorwerp van een uitvoerige bespreking in het vonnis van de rechtbank van koophandel te Charleroi (Kh. Charleroi 23 april 1997, *J.L.M.B.* 1998, 1073). De rechtbank sprak zich uit voor de borgtocht, nu de garantieverklaringen woordelijk naar de borgtocht verwezen. Zij wees terecht de door sommige auteurs onderschreven verklaring af, naar luid waarvan de clause "op eerste verzoek" kenmerkend is voor de garantie. Zoals de rechtbank opmerkt kunnen ook borgstellingen, en in feite alle verbintenissen op eerste verzoek worden bedongen.

De rechtbank legde de vinger op het juiste criterium van onderscheid, met name de zelfstandigheid van de verbintenis van de garant, en de er mee samenhangende niet-tegenwerpelijheid van excepties, waartoe door de partijen klaarblijkelijk niet werd besloten. Derhalve diende de verbintenis voor accessoir te worden gehouden, en stond de bank in niet voor haar eigen schuld, doch voor de schuld van de ander. De overeenkomst werd daarom terecht als borgtocht gekwalificeerd (aldus ook Antwerpen 28 november 1995, *R.W.* 1996-97, 359 in een zaak die een borgtocht aanbelangde).

Deze beslissing neemt terecht stelling op de nog ruim verspreide gedachte dat de eerste verzoeksclausule kenmerkend is voor de bankgarantie: het betreft hier slechts een modaliteit van de verbintenis, niet een wezenskenmerk ervan. De rechtspraak (zie in België: Kh. Brussel 15 november 1984, *T.B.H.* 1985, 569; Kh. Brussel 16 mei 1991, *J.T.* 1991, 701. Vgl. in Duitsland: *BGH* 2 mei 1979, *BGHZ* 1974, 244; *BGH* 24 januari 1983, *NJW* 1984, 923; E. WYMEERSCH, "Garanties op eerste verzoek", *T.P.R.* 1986, 487-488. Zie voor de interpretatiemoeilijkheden die aldus kunnen ontstaan: E. DIRIX, "Variaties op de borgtocht", noot onder Cass. 16 december 1994, *R.W.* 1995-1996, 324; zie verder: R. VAN RANSBEECK, "De borgtocht op eerste verzoek. Een geldige rechtsfiguur?", *T.B.B.R.* 1998, 173-194; J.F. ROMAIN, "Principes d'interprétation et de qualification des garanties indépendantes à première demande", *T.B.B.R.*, 1989, 429-447) heeft erkend dat ook de borgtocht op eerste verzoek kan worden bedongen. Dit leidt tot een wijziging in de procespositie en tot omkering van de bewijslast, niet tot een wijziging van de aard van de verbintenis.

Een andere analyse treft men aan in een vonnis van de rechtbank van koophandel te Antwerpen (Kh. Antwerpen 8 december 1995, *T. Not.* 1997, 280; in dezelfde zin: Kh. Brussel 10 januari 1992, *T.B.H.* 1993, 1052; in de noot F. BOUCKAERT, *T. Not.* 1997, 280, wordt kort ingegaan op de IPR aspecten; zie hierover N. HORN en E. WYMEERSCH, "Bank-Guarantees, Standby letters of credit and performance bonds in international trade", in HORN (Ed.), *The Law of International Trade Finance*, 1998, 455). Hier werd de rechtsverhouding gekwalificeerd als

borgtocht - onder meer op grond van de onjuiste bevinding dat het voorrecht van uitwinning (art. 2021 B.W.) essentieel is voor de kwalificatie als borgtocht. De eerste verzoeksclausule werd gelezen als deze waarbij de schuldenaar eerst tot betaling gehouden is, nadat is vastgesteld dat hij tot de schadevergoeding gehouden is. Men ziet niet in wat een dergelijke "eerste verzoeksclausule" zou toevoegen aan de betaalplicht van een schuldenaar die werd veroordeeld tot een door hem verschuldigde schadevergoeding.

Een analoog vraagstuk treft men aan in een vonnis van de burgerlijke rechtbank te Antwerpen (Rb. Antwerpen 16 januari 1997, *R.W.* 1998-1999, 679). De als borg aangeduide garant had zich verbonden voor een verbintenis die kennelijk los stond van de schuld van de opdrachtgever: deze schuld kon tussen partijen worden gewijzigd, zonder dat de garantie hierdoor werd getroffen; de afroep kon geschieden op louter voorlegging van een document, waarvan de inhoud tussen partijen niet zou worden betwist. De artikelen 2036 en 2037 B.W. werden met andere woorden buiten werking geteld. Uit ontleding van de clausules kon enkel worden afgeleid dat de partijen, niettegenstaande de onjuiste bewoordingen, een zelfstandige waarborgverbintenis hebben bedoeld.

In een vonnis van Brussel (Kh. Brussel 15 december 1992, *T.B.H.* 1993, 1055, noot DELIERNEUX) wordt gesteld dat de garantie niet eisbaar is nu de begunstigde bij de afroep niet verwezen had naar de verbintenis die niet deugdelijk werd uitgevoerd. Uit de garantievoorwaarden, zoals vermeld in het vonnis kon een dergelijke verplichting niet worden afgeleid. Ofschoon partijen voorwaarden kunnen stellen op grond waarvan de garantie eisbaar is gesteld, en onder meer kunnen eisen dat aangeduid wordt dat de valuta-overeenkomst gebrekkig is uitgevoerd, is een dergelijke verwijzing naar de wanprestatie kenmerkend voor een borgstelling, niet voor de garantie. Of een garantie dan wel een borgtocht voorligt, zal afhangen van de vraag of bewijs van wanprestatie moet worden geleverd (in dat geval is het borgtocht) dan wel of louter formeel beweerd moet worden dat er wanprestatie is (in welk geval garantie de juiste kwalificatie is) (zie Brussel 26 juni 1992, *T.B.H.* 1994, 51, noot P. LEFEBVRE).

57. Garantie - kennelijk misbruik bij de afroep

De rechtscolleges zijn terecht zeer streng inzake de toepassing van het kennelijk misbruik inzake de afroep van de garantie. De wezenskenmerken van de zelfstandige garantie als zekerheidstechniek zouden bij een lakse beoordeling miskend worden, en de bruikbaarheid ervan op de helling gezet. In een vonnis werd het betaalverbod geweigerd op grond van de overweging dat dit zou neerkomen op het opleggen van bijkomende voorwaarden inzake de afroep van de garantie (Kh. Antwerpen 9 februari 1994, *R.W.* 1993-94, 1276) wat, onverminderd de zelfstandige aard van de garantie, niet mogelijk is in het licht van de wilsautonomie van de partijen.

In een geval waarin de garantie betrekking had op de vergoeding, verschuldigd in het kader van de waarborgen verstrekt bij een aandelenoverdracht zonder voorafgaande "due diligence", oordeelde de rechtbank van koophandel te Kortrijk (Kh. Kortrijk 21 oktober 1996, *R.W.* 1996-97, 1147) in een uitvoerig gemotiveerd vonnis, verwijzend o.m. naar een arrest van Brussel (Brussel, 26 juni 1992, *T.B.H.* 1994, 51), dat kennelijk misbruik bij de afroep enkel kan worden aanvaard als het misbruik "zonneklaar" is, wat inhoudt dat niet vereist is dat de schuldvordering onbetwistbaar of onbetwist is (aldus ook Brussel 7 juni 1995, *R.W.* 1995-96, 1239, waar terecht wordt gesteld dat het enkele feit dat er een betwisting is tussen partijen niet volstaat om de opschorting van de garantie te bevelen. (Zie ook: G. SCHRANS, "Nieuwe regels voor documentaire kredieten en autonome garanties" in *Handels-, Economisch- en Financieel Recht*, Gent, Mys & Breesch, 1995, 328; F. T'KINT en W. DERIJCKE, "La garantie indépendante à l'ombre des apparences", in: *Hommage à J. Heenen*, Brussel, Bruylant, 1994, 465-467). Het misbruik moet aanwijsbaar zijn op het eerste zicht, zonder grondig onderzoek van de zaak. Het misbruik bij de afroep mag overigens slechts betrekking hebben op de garantieverhouding, niet op de onderliggende overeenkomst. Het is immers met een garantie niet verenigbaar dat de rechter zich niet met het geding ten gronde kennis inlaat.

In een geval waarin de garantie werd gesteld met betrekking tot de stipte betaling van de koopprijs, oordeelde de rechtbank te Brussel (Rb. Brussel 3 september 1993, *T.B.H.* 1994, 1133: beroep ingesteld) dat de afroep van de garantie een kennelijk misbruik uitmaakte, nu de koopsoom met een vertraging van 17 dagen betaald is geworden. De garantie was bedongen tot

waarborg van een schadebeding, dat verschuldigd was indien de koper niet tijdig een borgtocht tot waarborg van de koopprijs had geleverd. Hij slaagde daar niet in op de vervaldag, doch met een vertraging van enkele dagen, eerst voor nagenoeg de gehele koopsom, daarna voor de gehele prijs. De verkoper had inmiddels de garantie afgeroepen en eiste betaling van de koopsom. De rechtbank was van oordeel dat nu het gehele geschil ten gronde aan haar werd voorgelegd zij de eis in betaling van de garantie diende af te wijzen. Zij vond dat de afroep een kennelijk misbruik uitmaakte, en woog de schadevergoedingsplicht van de koper die voor de garantie diende in te staan, af tegen de schade van de verkoper die zijn bankwaarborg met enkele weken vertraging had ontvangen.

De grondslag waarop deze beslissing berust, overtuigt niet. De garantie is immers verschuldigd los van de verbintenis waarnaar zij verwijst, en derhalve los van de omvang van de schade waarop zij, vanuit economisch oogpunt betrekking heeft. Indien de rechtbank de logica van de garantie had willen volgen had zij eerst tot de betaling van de garantie veroordeeld, om daarna de koper in staat te stellen die sommen terug te vorderen waarvoor de verkoper geen schade kon bewijzen. De bewijslast wordt dan omgekeerd en gelegd bij de koper, opdrachtgever van de garantie, wat behoort tot de wezenskenmerken van de garantie. Men kan deze redenering omslachtig vinden: zij wordt nochtans ook toegepast inzake aansprakelijkheid van de bank bij het leveranciersdisconto (voor dit laatste zie: D. BLOMMAERT, "De aansprakelijkheid van de kredietverlener in het kader van een leveranciersdiscontokrediet", noot onder Antwerpen 21 februari 1995, *A.J.T.* 1995-1996, 17-18; J. COLAES, "Leveranciersdisconto - bankiersaansprakelijkheid - bewijslast", noot onder Kh. Charleroi, 17 september 1980, *Bank Fin.* 1982, 527-543).

De beweerde nietigheid van de valutaverhouding kan door de bank niet worden ingeroepen om haar garantieverbintenis niet uit te voeren (Luik, 15 september 1995, *Rev. rég. droit* 1995, 20, *R.P.S.* 1995, 416, *T.R.V.* 1995, 684; zie in dezelfde zaak: Kh. Namen 12 september 1994, *T.B.H.* 1995, 67). Een in rechte vastgestelde nietigheid kan wel een betalingsweigering verantwoorden, gezien de afroep alsdan manifest abusief kan worden geacht.

58. Garantie - voorwaarden van afroep - glijdende garantie

De afroep van de garantie is tijdig wanneer hij door de begunstigde werd verstuurd vóór de vervaldatum, althans indien de garantiebrief verklaarde dat hij vóór die datum moest zijn verstuurd, en niet ontvangen, zoals de bank had kunnen bedingen (Brussel 21 november 1997, *T.B.H.* 1998, 851, noot J.P. BUYLE en M. DELIERNEUX).

De rechtbank loste het vraagstuk van de effectiviteit van een kennisgeving op aan de hand van de interpretatie van de verklaring van de partijen. Eenzelfde resultaat kon worden bereikt aan de hand van de algemene leer inzake kennisgeving, zoals door het Hof van Cassatie herhaaldelijk beslist, onder meer inzake kennisgeving bij brief (Cass. 16 juni 1960, *Pas.* 1960, I, 1190).

Inzake "glijdende garanties" die afroepbaar zijn op opeenvolgende tijdstippen van uitvoering van de valutaverhouding, moet de afroep in beginsel plaatsgrijpen overeenkomstig de in de garantiebrief gestelde stappen van uitvoering (Kh. Brussel 15 december 1992, *T.B.H.* 1993, 1055, noot J.P. BUYLE en X. THUNIS). Dit geldt ook bij verlenging van de afroeptermijn.

In enkele vonnissen wordt deze problematiek aangesneden. Verwijzend naar de U.R.G werd gesteld dat indien een garantiebrief een vervaldatum vermeldt en een feit dat als vervaldatum wordt voorgesteld, enkel eerstgenoemde in acht mag worden genomen (Kh. Brussel 15 december 1992, *T.B.H.* 1993, 1055, noot J.P. BUYLE en X. THUNIS). Meer genuanceerd was een vonnis waarin op grond van de bewoordingen van de kredietbrief de garantie geacht werd voor het geheel te verstrijken bij de definitieve oplevering, ofschoon zij voor de helft eisbaar werd gesteld op de voorziene datum van voorlopige oplevering en voor de helft op die van de definitieve oplevering (Kh. Brussel 10 januari 1992, *T.B.H.* 1993, 1052, noot J.P. BUYLE en X. THUNIS).

59. Garantie - schuldvergelijking

Luidens een vonnis van de rechtbank van koophandel te Charleroi (Kh. Charleroi 8 september 1992, *J.L.M.B.* 1993, 892, noot J.P. BUYLE) kan de garant de schuldvergelijking inroepen tegenover de begunstigde, op grond van een vordering waarover hij beschikt tegenover de begunstigde bij voorbeeld op grond van de overname van een vordering van de opdrachtgever op de begunstigde, die onder meer het gevolg kan zijn van een overdracht van factuur die de opdrachtgever lastens de begunstigde heeft uitgeschreven (Kh. Charleroi 8 september 1992, *J.L.M.B.* 1993, 892, noot J.P. BUYLE).

Deze beslissing heeft tot gevolg dat een van de belangrijke aspecten van de garantie, met name de waarborgfunctie in de verhouding tussen begunstigde en opdrachtgever, wezenlijk wordt gewijzigd. De doelstelling van de garantietechniek bestaat er in de begunstigde in het bezit te stellen van een met een deposito equivalente vordering tegen een solvabele derde partij, in casu een bank, teneinde aldus het gesprek met de opdrachtgever te kunnen aanvatten en dit met omkering van de bewijslast. Indien men aanvaardt dat deze vordering van de begunstigde lastens de bank teniet wordt gedaan door schuldvergelijking, komt deze waarborgfunctie in gevaar. Men zal hierbij onderscheid maken tussen de vorderingen die afkomstig zijn uit de valutaverhouding, en andere vorderingen waarover de bank tegenover de begunstigde beschikt. Enkel vorderingen die effen, eisbaar en onbetwist zijn kunnen hiervoor in aanmerking komen. De schuldvergelijking werkt krachtens de wet zelf en brengt de vernietiging van de wederkerige schulden teweeg op het ogenblik dat zij beide samen bestaan (Cass. 24 april 1997, *T.B.H.* 1997, 571). Doch dit betekent niet dat de wettelijke schuldvergelijking van openbare orde zou zijn, en door de partijen niet ter zijde kan worden gesteld (Cass. 7 maart 1929, *Pas.* 1929, I, 121; vgl. Cass. 19 februari 1979, *Arr. cass.* 1979, 722; zie verder DE PAGE, d. III, nr. 619, 594).

In het geval van de schuldvergelijking die wordt ingeroepen door de garant tegenover de begunstigde van een garantie zal onderscheid worden gemaakt naargelang de schuldvergelijking betrekking heeft op de vorderingen die afkomstig zijn uit de valutaverhouding, en andere vorderingen waarover de bank tegenover de begunstigde beschikt. In elk geval wat deze laatste betreft wordt betwist of schuldvergelijking toegelaten is (zie hierover R.F. BERTRAMS, *Bank Guarantees in International trade*, 246 e.v., die verwijst naar de rechtspraak in diverse landen.

Zo de vordering waarvoor de compensatie wordt ingeroepen, afkomstig is van de opdrachtgever van de garantie, en meer nog, afkomstig is uit de valutaverhouding zelf, wordt veelal aangenomen dat geen schuldvergelijking toegelaten is (zie de rechtspraak in uiteenlopende zin geciteerd door BERTRAMS, *o.c.* p. 249, en door J.P. BUYLE noot, bij Kh. Charleroi 8 september 1992, *J.L.M.B.* 1993, 892). In dit geval mag de overdracht niet tot gevolg hebben dat de garantietechniek, die een essentiële voorwaarde was voor de contractsluiting in de valutaverhouding, door de opdrachtgever lam wordt gelegd. Dit zou een in hoofde van de opdrachtgever ongeoorloofd "venire contra proprium factum" uitmaken. De motivering is dezelfde als diegene die wordt aanvaard in het geval van beslag door de opdrachtgever op de garantienvordering (vergelijk inzake documentair krediet hoger nrs. 51 en 52). Aldus mag de schuldvergelijking bij voorbeeld niet tot gevolg hebben dat de begunstigde de excepties uit de overgedragen vordering niet meer zou kunnen tegenwerpen.

De verwerving van de vordering door de bank, die zelf de garantie heeft uitgeschreven mag er niet toe leiden dat de garantietechniek effectief niet meer in werking kan worden gesteld. De bank die zich op dit geval van schuldvergelijking beroept zou het gehele stelsel van risico-allocatie dat aan de grondslag ligt aan de contractsverhoudingen met derden-garanties eenzijdig wijzigen, zowel wat betreft de liquiditeitspositie van de begunstigde, zijn zekerheid in de verhouding tot de opdrachtgever, en de daarbij horende omkering van de bewijspositie, als wat de zekerheidsfunctie van de garantie in het algemeen betreft. Immers, tot wat dient de garantie nog als tijdens de uitvoering van de opdracht de opdrachtgever - die vanzelfsprekend vorderingen heeft op de begunstigde - deze op elk ogenblik kan lam leggen door de bank - in de regel zijn kredietgever - te bewegen vorderingen op de begunstigde over te nemen?

De begunstigde kan overigens bedingen dat geen schuldvergelijking met deze vorderingen toelaatbaar zal zijn. De garantiebrief zal dan deze voorwaarden uitdrukkelijk bevatten. Dit blijkt weinig frequent voor te komen. De Uncitral regelen inzake garanties verbieden de schuldvergelijking, doch niet de URG (art. 18, Uncitral regelen, Zie BERTRAMS,

o.c., p. 371 voor de tekst. In dezelfde zin, op grond van de principes en functies van het documentaire krediet, Trib. 1ère Ins. Genève 3 december 1987, *D.* 1988, 184 noot VASSEUR).

Doch ook ten aanzien van de vorderingen die afkomstig zijn uit andere rechtsbetrekkingen dan de valutaverhouding moet de schuldvergelijking worden geweerd. Immers de doelstelling van de garantie bestaat er in de begunstigde een verhaalmiddel ter hand te stellen dat gelijke kenmerken vertoont met een deposito in diens handen. Hiermede wil men niet enkel de vlotte uitvoerbaarheid verzekeren, maar ook de omkering van de procespositie in de verhouding tussen begunstigde en opdrachtgever. Indien de bank eenzijdig, door de schuldvergelijking in te roepen op grond van een vordering die zij van een derde heeft verworven, de rechtspositie van de begunstigde wijzigt, zal zij tekortkomen aan de belofte - en aan de zekerheid - die zij de begunstigde heeft verschaft. Derhalve kan men stellen dat de bank, die een garantie uitschrijft, zich krachtens het wezen van de garantieverbintenis er toe heeft verbonden geen schuldvergelijking tegen de begunstigde in te roepen.

60. Garantie - regres

In het regres tegen de opdrachtgever van een garantie heeft de bank moeten vaststellen dat zij de garantie had verlengd zonder vernieuwde instructie van de opdrachtgever: derhalve heeft zij logischerwijze geen verhaal tegen deze laatste. Zij had de verlenging moeten weigeren, doch zou in dat geval wellicht tot betaling zijn gedwongen (Kh. Brussel 21 november 1997, *T.B.H.* 1998, 850).

De bank kan hierbij niet opwerpen dat zij zich zonder voldoende oorzaak heeft verbonden: de garantieverbintenis van de bank heeft immers een autonoom bestaan, los van haar relaties zowel met de opdrachtgever als met de begunstigde. Het zou de garantie van haar functie beroven indien de bank zich zou kunnen beroepen op excepties uit haar relatie met de opdrachtgever.

Maarten Dambre

DEEL II - HET WISSEL- EN CHEQUERECHT

AFDELING 1. HET RECHT VAN DE WISSELBRIEF

167. Samenloop wisselrecht - onrechtmatige daadsvordering

In een aantal gevallen wordt aandacht besteed aan de vraag of tussen wisselpartijen ruimte bestaat voor het invoeren van argumenten die gesteund zijn op de onrechtmatige daad van één van de partijen, in de regel van de schuldeiser. De schuldenaar die op deze wijze aan zijn schuld probeert te ontkomen, roept ofwel de gebreken in op het stuk van de uitvoering in de onderliggende rechtsverhouding, of steunt op extra-contractuele tekortkomingen.

De regelen van de samenloop verhinderen dat men tussen contractspartijen de onrechtmatige daadsvordering kan opwerpen, althans voor zover de handeling kan gerekend worden tot de contractuele relaties: de pre-contractuele onrechtmatige daad wordt niet door het verbod van samenloop getroffen. De uitzondering voor schending van strafrechtelijk gesanctioneerde verplichtingen is vooral in het chequerecht van groot belang (zie verder nr. 188). Tussen niet rechtstreeks verbonden partijen geldt deze regel niet: zij hebben in hun wisselrelaties onrechtmatig gedrag van latere, of andere partijen niet onder ogen kunnen nemen. Deze vorderingen blijven derhalve toegelaten, hetzij tussen partijen die op grond van hun wisselverhoudingen als verwijderde partijen moeten worden aangeduid (bv. de latere houder ten overstaan van de trekker), maar ook in de verhouding tussen de houder en de betrokkene, al dan niet acceptant. De werking van de exceptie blijft relatief: alleen die partij die er het slachtoffer van is geweest kan zich op de onrechtmatige daad beroepen. Aldus kan de betrokkene - niet acceptant er zich op beroepen dat hij door het bedrog van de houder is misleid geworden en om die reden de wisselbrief heeft geaccepteerd, terwijl dit verweermiddel een later geëndosseerde niet toekomt, nu hij geen schade heeft ervaren die het gevolg is van de bedoelde onrechtmatige daad. Van deze regelen werd in de rechtspraak inzake zowel de wisselbrief als de cheque enkele malen toepassing gemaakt.

168. Blanco wissel

De betrokkene had wisselbrieven in blanco geaccepteerd. Deze werden door de trekker ingevuld, zonder dat hiervoor enige prestatie aan de betrokkene was geleverd. De trekker had de wissels bij de bank verdisconteerd. Deze vordert betaling van de acceptant die de vervalsing tegenwerpt. Het hof weigert beroep op artikel 17 van de Gecoördineerde wetten op de wisselbrieven en orderbriefjes (hierna: de “Wet op de wisselbrief”), doch aanvaardt dat een vordering in onrechtmatige daad tussen acceptant en houder aanvaardbaar is. De onrechtmatige daad van de bank zou er in hebben kunnen bestaan de wissel te hebben verdisconteerd in de wetenschap dat de wissels vals of fictief waren en dat zij de financiële toestand van de trekker kende. Deze argumenten worden op feitelijke gronden van de hand gewezen: de bank wist bij de verwerving van de wissels niet af van de omstandigheden waarin zij waren getrokken. Overigens verweet het hof de betrokkene een grove fout door wissels te accepteren zonder deze te verifiëren (Bergen 3 maart 1992, *T.B.H.* 1993, 379, noot D. BLOMMAERT; *J.L.M.B.* 1992, 1102; *J.T.* 1993, 205; *R.R.D.* 1993, 262).

Van belang in deze beslissing is de vaststelling dat tussen verwijderde wisselpartijen ruimte is voor onrechtmatige daadsancties. Tot samenloop bestaat er geen aanleiding nu de verbintenis tussen de partijen ontstaan is, niet uit overeenkomst, doch uit het wisselrecht, in casu op grond van een techniek van substitutie van schuldeiser.

In de uitvoerig gedocumenteerde annotatie ontleedt D. Blommaert verder de grenzen van dit vorderingsrecht.

169. Verweermiddelen - geweld - valse handtekening - cedentendisconto

In hetzelfde arrest vermeldt het hof, obiter dictum, dat de excepties die gesteund zijn op het geweld, of de valse handtekening van de trekker, ook ten aanzien van verwijderde partijen tegenwerpelijk zijn. Deze opvatting stemt overeen met de heersende mening (J. RONSE, *Wisselbrief en orderbriefje*, II, Story-Scientia, Gent, 1973, nrs. 1410-1421; J. VAN RYN en J. HEENEN, *Principes de droit commercial*, Deel III, Bruylant, Brussel, p. 319, nr. 423). De

vervalsing van de handtekening van de trekker verhindert evenwel niet dat de wisselbrief tussen alle andere partijen rechtsgeldig blijft (artikel 7 Wet op wisselbrief).

Na onderzocht te hebben of er aanleiding bestond tot toepassing van artikel 17, in fine van de Wet op de wisselbrief - *quod non* - verklaart het hof dat de omstandigheid dat artikel 17 niet kan worden ingeroepen niet verhindert dat de betrokkene-acceptant zich beroept op onrechtmatig gedrag in hoofde van de schuldeiser, in casu de bank die de wissel in het kader van een cedenten-disconto heeft verdisconteerd. Daartoe beweerde de betrokkene - acceptant dat de bank kennis had van het feit dat de wissels waren uitgegeven op grond van onbestaande of valse overeenkomsten, dat de bank dit had moeten onderzoeken, en dat zij haar risico op de trekker had ingeruild tegen een risico op de betrokkene, vooral nu de solvabiliteit van de trekker in twijfel kon worden getrokken, gezien hij een cheque zonder fonds had uitgegeven. De aansprakelijkheid wegens onrechtmatige daad kan enkel tussen niet-verbonden partijen, in casu tussen de bank en de betrokkene worden ingeroepen.

Dit verweer werd afgewezen. In het besproken geval (Bergen 3 maart 1992, *T.B.H.* 1993, 379; *J.T.* 1993, 205) kon de bank bezwaarlijk aansprakelijk worden gehouden: zij heeft geen algemene en permanente bewakingsplicht ten aanzien van de zaken van haar klant; zij mag er van op afgaan dat de acceptant, die de wisselbrief tekent deze sommen ook verschuldigd is, en is derhalve niet gehouden de realiteit van het fonds te onderzoeken, te meer daar dit voor de geldigheid van de wissel geen geldigheidsvereiste is.

Dat de bank een risico op de kredietnemer had ingeruild tegen een verhaal op de betrokkene werd terecht geweigerd: bij cedentendisconto neemt de bank vooreerst een risico op haar klant, de trekker.

170. Wissel - teruggave - vermoeden van betaling - weerlegbaar vermoeden

In een geschil tussen een fiduciair kantoor en diens klant, had de klant een aantal wisselbrieven geaccepteerd ter betaling van verschuldigde erelonen. Enkele werden door de klant betaald. De andere bleken aan de klant teruggegeven te zijn.

Het fiduciair kantoor vordert betaling op grond van de adviesovereenkomst. De klant werpt op dat hij reeds betaald heeft: hij heeft immers betaald op de wissels die zich overigens in zijn bezit bevinden. De eis wordt afgewezen.

De overhandiging van wissels aan de wisselschuldenaar schept een vermoeden van betaling. Dit vermoeden is evenwel weerlegbaar, overeenkomstig de regelen van het rechtsgeldige bewijs die in handelszaken gelden, d.i. inclusief vermoedens.

Het hof (Bergen 30 november 1993, *J.L.M.B.* 1994, 251) aanvaardt niet dat een met het zakenleven vertrouwd partij wisselbrieven zou teruggeven in ruil voor een vage, niet geschreven betaalbelofte. Deze exceptie zou enkel tussen schuldeiser en schuldenaar kunnen worden tegengeworpen, niet aan derde houders.

171. Wisselbrief - geen schuldvernieuwing

Het hof te Brussel (Brussel 8 december 1997, *T.B.H.* 1998, 1464, noot C. PARMENTIER) herinnert er aan dat de ondertekening van een wisselbrief - evenmin als van een cheque - geen schuldvernieuwing met zich meebrengt: de schuldeiser behoudt zijn rechten op grond van de onderliggende rechtsverhouding, en hij kan tegen zijn schuldenaar vorderen, hetzij op grond van de wisselbrief, hetzij op grond van de onderliggende rechtsverhouding. Laatstgenoemde vordering oefent op bepaalde punten invloed uit op de wisselrechtelijke, zoals terecht wordt vermeld in de annotatie.

172. Kort geding - verbod een wisselbrief te verhandelen

Eisers, teleurgestelde kopers van een vennootschap, verzoeken de kort geding rechter te Verviers (Kh. Verviers 16 mei 1997, *J.M.L.B.* 1998, 10) verweerder, zijnde trekker van drie op de eisers getrokken wisselbrieven, te verbieden de wisselbrief te verhandelen. De vordering wordt afgewezen gelet op de ingewikkelde betwisting tussen de partijen betreffende de waardering van de overgedragen vennootschap. In het licht van de wisselrechtelijke abstractie wordt vastgesteld dat de verweerder manifest geen misbruik maakt van zijn rechtspositie als houder van wisselbrieven die eventueel tot een abstracte vordering aanleiding kunnen geven.

Het argument van de abstractie valt te ontleden in termen van tegenwerpelijke van verweermiddelen: in de mate dat eiser en verweerder onderling verbonden partijen waren, konden de excepties worden tegengeworpen. Het misbruik van de rechtspositie doet hier niet ter zake. Er bestaat geen reden om op grond van de uitvoerbaarheid van de wisselbrief de verweerder een minder sterke positie te verlenen dan op grond van de onderliggende rechtsverhouding.

173. Regres - op de wissel of op de onderliggende rechtsverhouding

Wisselbrieven die in het kader van een cedenten-disconto-overeenkomst worden overgedragen, verlenen de verdisconterende bank het recht, na wanbetaling door de betrokkene, regres te nemen op de trekker, op grond van de wisselbrief, en op dezelfde partij als begunstigde van het discontokrediet. Laatstgenoemde vordering, steunend op de onderliggende rechtsverhouding, kan nuttig worden aangewend wanneer de wisselrechten zijn verjaard.

De borgen van de betrokkene, die ten behoeve van de bank de wisselbrieven hebben ingelost zijn gesubrogeerd in de rechten van de schuldeiser, in casu de verdisconterende bank. Zij kunnen zich derhalve beroepen op alle rechten die de schuldeiser, de bank, toekwam en kunnen zich op deze vordering beroepen, ook na verjaring van de wisselrechten (Gent 25 november 1993, *R.W.* 1993-1994, p. 1334).

174. Wisselbrief - lastgeving voor aval

Een aantal wissels waren getrokken zonder acceptatie van de betrokkene. Een andere partij had zich op de wissels verbonden als aval, met vermelding dat hij handelde als lasthebber voor de betrokkene. De lastgeving zelf werd niet betwist. In dit nogal zonderlinge feitelijk gegeven redeneerde het hof te Brussel (Brussel 4 mei 1993, *J.L.M.B.* 1993, 675) als volgt:

- de betrokkene is niet verbonden aangezien hij niet heeft getekend op de wisselbrief;
- de avalgever heeft uitdrukkelijk gehandeld als lasthebber voor de betrokkene;
- indien deze avalgever geen vertegenwoordigingsbevoegdheid had, zou hij op grond van artikel 8 van de Wet op de wisselbrief verbonden zijn geweest: deze bepaling verklaart de onbevoegde vertegenwoordiger zelf "krachtens de wisselbrief verbonden". Zou hij dan verbonden zijn geweest zoals een avalgever, dan wel een zelfstandige wisselverbintenis hebben aangegaan? In het eerste geval - warvoor art. 32, lid 2 argumenten oplevert - heeft de avalgever dezelfde rechten als de beweerde vertegenwoordigde, en zou hij derhalve niet verbonden zijn geweest, gezien ook de betrokkene geen wisselschuldenaar was. In het tweede geval staat men voor een zelfstandige wisselverbintenis, waarvan het bestaan losstaat van het bestaan van de hoofdverbintenis.

Het Hof koos voor een eenvoudigere oplossing: het werd niet bewezen en evenmin door de eiser in vraag gesteld of de avalgever een volmacht had. Dus was artikel 8 van de Wet op de wisselbrief niet toepasselijk.

Gevolg: de avalgever werd tot geen enkele wisselverbintenis gehouden.

175. Aval op een afzonderlijke akte - wisselverbintenis

De rechtbank van koophandel te Antwerpen (Kh. Antwerpen 13 mei 1994, *T.B.H.* 1995, 214) bevestigt terecht haar bevoegdheid inzake een aval op een afzonderlijke akte. Deze is een wisselrechtelijke verbintenis, geen civielrechtelijke borgstelling of juister garantie.

Ten overvloede herinnert de rechtbank aan de vaststaande regel (art. 31, zie ook nr. 176) dat zonder aanduiding van de begunstigde, het aval geacht wordt gegeven te zijn voor de trekker (zie ook: Kh. Turnhout 1 juni 1992, *Turnh. Rechtsl.* 1993, 20).

176. Wisselbrief - aval - onderliggende borgtocht

Klassiek was de uitgangspositie waarover de Rechtbank van Koophandel te Turnhout diende te oordelen: de zaakvoerder van de BVBA, betrokkene van de wisselbrief, had zich persoonlijk voor aval op de wisselbrief verbonden, doch vergeten te vermelden voor wie hij voor aval tekende. Conform de vaststaande wettelijke regel (artikel 31 Wet op de wisselbrief) en

de vaststaande rechtspraak wordt dit aval geacht voor de trekker gegeven te zijn, derhalve voor de schuldeiser, niet voor de BVBA. Het aval was derhalve zonder voorwerp ten aanzien van de trekker. Het Hof van Cassatie heeft herhaaldelijk geoordeeld dat dit vermoeden niet weerlegbaar is (Cf. Cass. 3 april 1981, *T.B.H.* 1984, noot E. WYMEERSCH, *A.C.* 1980-81, 874; *Pas.* 1981, I, 851; *R.W.* 1982-83, 108; Cass. 12 oktober 1976, *Pas.* 1977, I, 184, *R.W.* 1976-77, 1457; Cass. 16 maart 1961, *Pas.* 1961, I, 775; *J.T.* 1961, 485; Cass. 26 januari 1961, *Pas.* 1961, I, 558, besluit MAHAUX; *R.C.J.B.* 1961, 425, noot P. COPPENS).

Evenwel beriep de eiser zich op de voorbereidende onderhandelingen en dus op de onderliggende rechtsverhouding: de zaakvoerder had zich naar alle waarschijnlijkheid als borg voor zijn BVBA willen verbinden. Met deze "materiële tekortkoming" in de wisselbrief, en de "veronderstelling dat hij zich borg stelde" werd de zaakvoerder als borg tot de betaling van het gevorderde bedrag gehouden.

Nu duidelijk wordt gesteld dat de vordering was ingesteld niet op grond van de wisselbrief, doch op grond van de voorgehouden verbintenis van borgtocht kan deze beslissing worden goedgekeurd. Immers, artikel 31 van de Wet op de wisselbrief raakt enkel de wisselrechtelijke avalverbintenis: de motivering van de regel is overigens gesteund op de veiligheid van het wisselverkeer, met name dat bij afwezigheid van uitdrukkelijke aanduiding van de begunstigde, de waarborg zal gelden ten voordele van de partij die de uiteindelijke schuldenaar is van de wisselbrief, met name de trekker. Deze motivering geldt niet voor de onderliggende verhoudingen. Onderling verbonden partijen kunnen kiezen te vorderen, hetzij op grond van de wisselbrief, hetzij op grond van de onderliggende rechtsverhouding, in welk geval, behoudens aan het beginsel van "actori incumbit probatio", moet zijn voldaan aan de bewijsregelen.

Beroep tegen het vonnis werd ingesteld.

177. Aval - stuiting van de verjaring

Het aval is, in weerwil van de wettelijke bewoordingen, geen borgtocht, doch een zelfstandige wisselverbintenis. Vandaar dat het aval geldig is, zelfs indien het "wegens een andere oorzaak dan een vormgebrek de door de avalgever gewaarborgde verbintenis nietig is" (artikel 32, lid 1 van de Wet op de wisselbrief). Zie betreffende het onderscheid: J. RONSE, *o.c.*, I, nr. 1029, 309.

Men kan een toepassing van deze opvatting ontwaren in het arrest van het hof te Antwerpen (Antwerpen 10 januari 1995, *R.W.* 1994-1995, 1271). De houder van een orderbriefje had de verjaring tegen de schuldenaar gestuit door aangifte in diens faillissement. Tegen de avalgever voor de schuldenaar had hij geen stuitingshandeling gesteld, zodat de vordering voor verjaard moest worden gehouden. Artikel 71, eerste lid van de Wet op de wisselbrief stelt dat de verjaring slechts gevolgen heeft ten aanzien van wie de daad van stuiting werd gesteld. Daarom gold de stuiting tegen de schuldenaar niet als stuiting tegen diens avalgever. Hieruit blijkt de zelfstandigheid van de verbintenis van de avalgever.

178. Disconto onder gewoon voorbehoud

Het hof te Gent (Gent 14 mei 1994, *R.W.* 1995-1996, 90) diende er aan te herinneren dat het disconto "onder gewoon voorbehoud" betekent dat de bank, bij wanbetaling haar regresrechten op de trekker wenst te behouden. Een forfait-disconto-clausule waarbij het verhaal tegen de trekker wordt, moet derhalve worden bewezen

179. Wisselbrief - contrapassatie - behoud van rechten

Wanneer een wisselbrief, na het faillissement van de schuldenaar, in de rekening-courant die de bank met hem onderhoudt, wordt gecontrapasseerd, betreft dit enkel de vaststelling van het bedrag van de vordering in het faillissement. De bank behoudt de eigendomsrechten op de wisselbrief, en kan deze te gelden maken tegen de andere wisselschuldenaars. Ontvangt zij een dividend uit het faillissement, dan dient dit in mindering gebracht te worden op de sommen die door deze andere wisselschuldenaars verschuldigd kunnen zijn (Luik 22 maart 1994, *J.L.M.B.* 1994, 58).

180. Wisselbrief - domiciliëring - fout

Twee wisselbrieven waren door de houder, een Oostenrijkse onderneming, toegestuurd aan de domiciliëbank van de betrokkene.

De bank stuurde beide wisselbrieven terug, met de vermelding dat er onvoldoende fiscale zegels op waren gekleefd. Een van beide wissels was inmiddels vervallen, de andere niet. In feite blijkt de rekening van de betrokkene onvoldoende fonds te hebben bevat, althans voor de betaling van de reeds vervallen wissel. De wissel blijkt achteraf verloren te zijn gegaan.

Het werd de domiciliëbank kwalijk genomen dat zij de wissels had teruggestuurd zonder de nodige veiligheidsmaatregelen te nemen (geen aangetekende zending, geen verzekering, onjuiste adressering), terwijl zij anderzijds, gelet op het geringe bedrag, de zegels zelf had kunnen aanbrengen en verrekenen op de opbrengst van de wisselbrieven.

Zij werd dan ook aansprakelijk geacht voor de betaling van de reeds vervallen wissel: hier had de bank, belast met de betaalopdracht, deze moeten uitvoeren.

Voor de betaling van de andere wissel, die pas twee maanden later verviel, werd de domiciliëbank niet veroordeeld: de rechtbank (Kh. Doornik 26 oktober 1993, *J.L.M.B.* 1993, 1286) was van oordeel dat het vereiste causale verband niet aanwezig was. De houder had immers, nadat hij het verlies van de wisselbrief had vastgesteld, de bijzondere procedure inzake vermiste wisselbrieven (artikel 88 Wet op de wisselbrief) moeten instellen. De oorzaak van het verlies was, in de zienswijze van de rechtbank, niet de fout van de domiciliëbank, doch het stilzitten van de houder.

De aansprakelijkheid van de domiciliëbank tegenover de houder steunt op de algemene regelen van aansprakelijkheid voor onrechtmatige daad (art. 1382 B.W.). De bank treedt op als lasthebber voor de schuldenaar, tussen haar en de schuldeiser ligt geen contractuele band voor.

Eenzijds kan worden betwijfeld of de rechtbank terecht rekening heeft gehouden met de nalatigheid van de houder: de procedure inzake vermiste wisselbrieven raakt immers de rechtspositie van de schuldenaar niet, doch stelt de schuldeiser enkel in staat betaling te bekomen, ook zonder voorlegging van de oorspronkelijke wisselbrief.

Doch ook de bank was onvoorzichtig opgetreden door de wisselbrieven terug te sturen op de hiervoor aangeduide wijze. Beide onrechtmatige daden hadden verder tegen elkaar dienen afgewogen te worden.

181. Verhaal van de houder tegen de acceptant - tenietgaan van de wisselverbintenis - bewijslast

Het Hof van Cassatie deed uitspraak in een zaak waarin door de betrokkene geaccepteerde wisselbrieven werden verdisconteerd door de bank tot waarborg van het debetsaldo van een rekening-courant ten name van de trekker, die vervolgens failliet werd verklaard. In het faillissement van de trekker ontving de bank een dividend dat de cambiale schuld ten dele deed tenietgaan.

In het verhaal van de houder van wisselbrieven tegen de acceptant dient de houder overeenkomstig het arrest van het Hof van Cassatie het dividend in mindering te brengen dat hij in regres lastens het faillissement van de trekker heeft kunnen bekomen. De wisselschuldenaar die voorhoudt bevrijd te zijn dient hiervan het bewijs te leveren. Derhalve kon de feitenrechter oordelen dat de bank niet diende mede te delen dat zij een gedeeltelijk dividend uit het faillissement van de trekker had ontvangen (Cass. 19 november 1993, *Pas.* 1993, I, 975, *Arr. Cass.* 1993, 971). De nogal formalistische beslissing betreft vooral een bewijsmaterie: bij de wisselbrief volstaat voorlegging van het papier.

182. Vervalsingen - tegenwerpelijk door de borgen

De borgen kunnen tegenover de bank tegenwerpen dat zij niet gehouden zijn tot de wisselschulden waarvoor zij door de bank in betaling worden aangesproken, nu deze voortvloeien uit wisselbrieven die door de schuldenaar werden vervalst, hetgeen bleek uit manifeste en gemakkelijk zichtbare wijzigingen van de bedragen. Immers, deze vorderingen vloeien voort uit misdrijven, waarvoor de borgen zich niet rechtsgeldig konden verbinden (Luik 7 oktober 1993, *J.L.M.B.* 1994, 1030).

183. Wisselbrief - betaling per vergissing door de betrokkene niet-acceptant - toepassing van artikel 1377 B.W.

De trekker had een wisselbrief, getrokken voor de levering van koopwaar aan de betrokkene, verdisconteerd bij de bank. De wissel was niet geaccepteerd. De betrokkene, onwetend van de trekking, betaalde de levering, niet aan de trekker, doch aan de leverancier van de trekker, welke evenwel failliet ging. Bij aanbieding van de wissel betaalde de betrokkene aan de bank, houder van de niet-geaccepteerde wisselbrief. Na de dubbele betaling te hebben vastgesteld, stelt de betrokkene verhaal in tegen de bank.

De bank argumenteert dat eens de wisselbrief betaald werd door de betrokkene, deze zijn rechtskracht heeft verloren: de houder kan immers geen regres meer instellen tegen de trekker. Het Hof van Cassatie bevestigde deze belangrijke regel (Cass. 14 januari 1994, *Arr. Cass.* 1994, 35, concl. Eerste adv. gen. D'HOORE; *Pas.* 1994, I, 35; *R.W.* 1994-95, 51).

Het is vaststaande opinie dat de wisselbrief tenietgaat, en dat de wisselrechten vervallen, eens de wisselbrief is betaald geworden. Op het wisselrechtelijke vlak geldt dit ook voor de wissel die door de betrokkene niet-acceptant wordt betaald, vermits de houder niet op de hoogte dient te zijn van de relaties tussen partijen. Heeft de betrokkene derhalve reeds de factuur aan de trekker betaald, dan zal zijn tweede betaling aan de houder wisselrechtelijk rechtmatig zijn, doch zou zij, in beginsel, aanleiding kunnen geven tot terugvordering wegens onverschuldigde betaling, derhalve op grond van het gemeen recht.

Doch hier voerde de bank het tweede luik van haar redenering aan.

De bank beriep zich op de bescherming van het tweede lid van artikel 1377 B.W. Op de regel dat de schuldenaar die per vergissing betaalt, kan terugvorderen, stelt het tweede lid de uitzondering dat dit recht van terugvordering ophoudt, "wanneer de schuldeiser zijn titel vernietigd heeft ten gevolge van die betaling". Immers, in dat geval kan deze schuldeiser, die ten gevolge van betaling geen titel meer heeft, de werkelijke schuldenaar niet meer tot betaling dwingen.

Het "vernietigen" van de titel door de schuldeiser werd door het Hof gelezen als omvattende het geval waarin de titel, hier de wisselbrief, te niet was gegaan ten gevolge van een betaling van de wissel die de betrokkene niet-acceptant per vergissing had verricht.

De rechtspraak heeft dezelfde regel toegepast wanneer de vordering van de bank tegen de trekker zou zijn verjaard, ten gevolge van het feit dat hij de betaling van de betrokkene heeft bekomen (Cass. 22 januari 1988, *Arr. Cass.* 1987-88, 645; *J.T.* 1989, 579, noot E. FELTEN. Deze rechtspraak sluit aan bij de in andere arresten gehuldigde ruime interpretatie van art. 1377, lid 2: Cass. 22 januari 1988, *R.W.* 1988-89, 90 en ann. E. DIRIX, "Over de vermeende betaling van andermans schuld". Vgl. DE PAGE, d. 3, nr. 11, 17, luidens wie de regel tot de verjaring kan worden uitgebreid; meer restrictief: BAUDRY-LACANTINERIE en BARDE, 3e Ed., d. 15, nr. 2829, 476).

De betrokkene heeft geargumenteed dat nu de betaling op dwaling steunde zij niet als rechtsgeldig kon worden beschouwd, en derhalve niet kan leiden tot het tenietgaan van verbintenissen. Het Hof wees deze redenering van de hand: een betaling, zelfs door de betrokkene, schijnbare schuldenaar, doet de wisselrechten teniet. Het effect op de wisselrechtelijke verhouding staat los van de vooraf bestaande, onderliggende verhoudingen. Het tenietgaan van de wisselrechten die het gevolg is van de betaling, treedt derhalve in, ook als de betaling steunt op dwaling begaan door de betrokkene niet-acceptant nopens het aanwezige fonds. In de formulering van het Hof "tast een dwaling begaan door de betrokkene niet-acceptant bij de betaling aan de derde houder nopens het aanwezige fonds, de wisselrechtelijke gevolgen van de betaling niet aan". Hiermede verduidelijkt het Hof de regel die het voorheen had geformuleerd, met name dat de dwaling bij de betaling, de wisselrechtelijke positie - dit is: het verval van de wisselrechten - niet beïnvloedt.

De betrokkene zou evenwel, op grond van artikel 1377, tweede lid B.W. zijn verhaal behouden tegen de werkelijke schuldenaar. Het tweede lid van artikel 1377 B.W. bepaalt immers dat het verhaalsrecht tegen de schuldeiser vervalt, "behoudens het verhaal van diegene die betaald heeft, op de werkelijke schuldenaar". Dit is de vordering de in rem verso (BAUDRY-

LACANTINERIE, *o.c.*, nr. 2830, 477). Over dit gemeenrechtelijke verhaal bevat het arrest geen gegevens.

Het arrest verruimt de toepassing van artikel 1377 B.W., in de mate dat het de regel toepast niet enkel op gevallen waarin "de schuldeiser de titel heeft vernietigd", doch ook deze waarin de in de titel vervatte wisselaanspraken "ex lege" zijn teniet gegaan. Artikel 1377 B.W. was bedoeld om de schuldeiser die te goeder trouw betaling heeft ontvangen van een schuldenaar die per vergissing, doch evenzeer te goeder trouw betaald had, niet het risico van een vordering tegen derden te moeten laten ondergaan, nu hij, bona fide, zijn titel heeft vernietigd. Bij gelijke "fouten", weegt het risico op de schuldenaar, die per vergissing betaalde (in die zin reeds: BAUDRY-LACANTINERIE en BARDE, *o.c.*, nr. 2829 en de verwijzingen aldaar). Vanuit deze invalshoek verdient het arrest bijval: de schuldenaar die een tweede maal betaalt, verdient minder bescherming dan de schuldeiser, die onwetend, regelmatige betaling ontvangt.

De hier voorliggende hypothese is nochtans verschillend: gesteld dat de titel was teniet gegaan, was dit niet aan enige handeling van de schuldeiser te wijten. Hij heeft niets "vernietigd". In zijn verhaal tegen anderen bezit hij nog steeds het document.

Overigens heeft dit document een zekere, zij het niet wisselrechtelijke bewijswaarde behouden. De wisselbrief blijft, ook na de teloorgang als wisselbrief, zijn gemeenrechtelijke bewijswaarde behouden. Hierbij kan men de vraag stellen of de niet-geaccepteerde wissel wel een "titel" vormde: in de verhouding tot de betrokkene kan de houder enkel betaling vragen, niet eisen. Verhaal is enkel tegen de trekker mogelijk.

Tenslotte sloot het Hof het gemeenrechtelijke verhaal van de betrokkene tegen andere partijen niet uit: het nam enkel stelling in ten aanzien van het verhaal tegen de schuldeiser, en zulks in het licht van de wisselbrief: na de betaling waren enkel de wisselverhoudingen teniet gegaan.

184. Protest - Opschorting van de bekendmaking

Artikel 443 F.W. machtigt de kort geding rechter de ontvanger van de registratie bevel te geven een protest uit de lijst weg te laten, zo er ernstige vermoedens bestaan dat de wettelijke voorwaarden niet werden nageleefd. Aldus betwistte de betrokkene zijn schuld onder verwijzing naar de onrechtmatige handelingen die hij de verdisconterende bank aanwreef. Hij beroept zich hierbij op de aansprakelijkheid van de bank inzake leveranciersdisconto. Het hof te Brussel (Brussel 6 mei 1993, *T.B.H.* 1994, 1122, noot) verduidelijkte evenwel dat de schema's inzake aansprakelijkheid bij cedentendisconto verschillend zijn. Aldus werd de wisselbrief verdisconteerd bij een bank met wie de betrokkene geen relaties onderhield, bestaat er geen persoonlijke rechtsverhouding tussen deze bank en de betrokkene, kan de betrokkene, als derde, geen belang laten gelden om de nietigheid van het discontocontract in te roepen, en tenslotte kan hij geen tekortkoming in hoofde van de bank aantonen.

In een ander geval werd de eis afgewezen nu de schuldenaar geen ernstige argumenten kon aanvoeren die er op wezen dat de wisselbrief in strijd met de wet werd opgesteld, of dat de handtekening van de betrokkene werd vervalst (Luik 19 december 1996, *J.T.* 1997, 369). De loutere vrees dat hierdoor aanmerkelijke schade zou worden aangericht, en de kredietwaardigheid van de betrokkene aangetast, zijn niet voldoende. Het is precies de doelstelling van deze bekendmaking de rechtbank en de derden van de staking van de betaling van een handelaar te informeren.

In kort geding besloot de voorzitter van de rechtbank van koophandel te Brussel (Kh. Brussel (Kg.) 6 mei 1997, *J.T.* 1997, 547) tot uitstel van de bekendmaking van protest, nu gebleken was dat de wisselbrieven waren geaccepteerd vooraleer de levering plaats had, welke achteraf niet plaats had, mede ten gevolge van het faillissement van de trekker.

Deze handelwijze lijkt bedenkelijk: wie een wisselbrief accepteert zonder levering van de goederen moet weten dat hij onherroepelijk verbonden is op de wisselbrief. De afwezigheid van fonds is geen argument om de betaling aan een derde houder te weigeren. Artikel 443 F.W. laat enkel toe de bekendmaking van het protest op te schorten indien de wisselbrief ongeldig is, of de handtekening vervalst.

Uit het gepubliceerde vonnis kan niet worden afgeleid of de wisselbrief door een derde houder werd aangeboden.

In kort geding beslist de rechtbank van koophandel te Brussel (Kh. Brussel 19 mei 1998, *Bank Fin.* 1998, 386, noot) dat - aangezien de rechter in kort geding enkel voorlopige maatregelen beveelt zonder de rechtspositie van de partijen definitief te kunnen regelen - geen verbod tot openbaarmaking van de protestakte kan worden gevraagd, doch enkel de tijdelijke opschorting van de bekendmaking. De kosten van het geding waarin een tijdelijke opschorting wordt gevraagd t.a.v. de centrale depositaris, in de zin van artikel 443 van de Faillissementswet van 1851, kunnen niet ten laste van de centrale depositaris worden gelegd, indien deze zijn wettelijke verplichtingen heeft uitgevoerd.

185. Wissel - protest - verval van recht van regres tegen de trekker

De bank die nagelaten heeft tijdig protest op te stellen is vervallen van haar regresrecht tegen de trekker (artikel 53 Wet op de wisselbrief).

Bij elke verlenging van de duurtijd van de wisselbrief moet bij elke vervaldag de formaliteiten worden nageleefd, en onder meer het protest worden opgesteld (zie onder meer J. RONSE, *o.c.*, nr. 1282, p. 38).

Ook na verval van het regres blijft de bank, in het kader van het leveranciersdisconto, een vordering op grond van de disconto-overeenkomst, gesloten tussen de trekker en de bank (Bergen 28 november 1994, *J.L.M.B.* 1995, 467).

AFDELING II. HET CHEQUERECHT

186. Algemeen

Het Belgische chequerecht evolueert op meerdere sporen: enerzijds zijn er de regelen van de chequewet van 1 maart 1961, die in het interne recht de Eenvormige Wet op de cheques, vastgesteld bij Verdrag van Genève van 19 maart 1931 hebben omgezet. Anderzijds zijn er de belangrijke toevoegingen die door de bankpraktijk en de overeenkomsten tussen financiële instellingen zijn ingevoerd. Tenslotte, en nog steeds van bijzonder belang, is er het afzonderlijke regelengeheel dat onder de naam "eurocheque", contractueel in de marge van het eigenlijke chequerecht is gegroeid. Het zal niet verwonderen dat de rechtzoekende van tijd tot tijd zijn weg in dit drievoudig gelaagde systeem verliest, en dat verwarring ontstaat tussen deze drie normensystemen.

In dit overzicht van rechtspraak zal het onderscheid zo duidelijk mogelijk worden gevolgd. Deel 1 is gewijd aan het algemene chequerecht zoals dit voortvloeit uit de toepassing van de chequewet. Hierbij worden de regelen van incasso, zoals tussen de banken overeenkomen, eveneens vermeld. Deel 2 gaat in op de contractuele toevoegingen die het gevolg zijn van de toepassing van de eurocheque-regelen.

PARAGRAAF 1. HET GEMENE CHEQUERECHT

A. RECHTSPOSITIE VAN DE TREKKER

187. Vertegenwoordiging - verweermiddelen (art. 11 Ch. W.)

In afwijking van het gemeen recht verklaart artikel 11 van de chequewet dat de vertegenwoordiger persoonlijk gehouden is tot de verbintenissen die hij, onbevoegdlijk, op de cheque heeft aangegaan. De regel geldt evenzeer inzake de wisselbrieven (art. 8 Wb.). De regel strekt tot zekerheid van het verkeersvertrouwen.

De vraag of vertegenwoordiging voorligt kan worden bewezen niet enkel aan de hand van de formele vermeldingen op de cheque, doch kan, overeenkomstig het gemeen recht, ook

uit de omstandigheden worden afgeleid. De zaakvoerder van een vennootschap, die zonder vermelding van zijn hoedanigheid van zaakvoerder een cheque heeft ondertekend, getrokken voor de vennootschap, verbindt de vennootschap, en niet zichzelf, nu er geen twijfel over kon bestaan dat hij enkel de vennootschap, titularis van de bankrekening, heeft verbonden (Brussel 23 januari 1997, *A.J.T.* 1997-98, 132, noot G.L. BALLON).

De vraag rijst of de vertegenwoordiging uit het papier zelf moet blijken, dan wel door andere middelen kan worden bewezen. Terecht onderwees Prof. J. Ronse (*J. RONSE, Wisselbrief en orderbriefje, o.c.*, deel I, 112-113) dat tussen de onmiddellijk verbonden partijen de vertegenwoordiging ook kon bewezen worden door andere middelen dan een vermelding op de cheque zelf. Tegenover derden dient de vertegenwoordiging uit het papier zelf te blijken: immers derden mogen erop vertrouwen dat de wisselpartijen diegene zijn die op het papier vermeld staan. Indien er verschil bestaat tussen de partij die getekend heeft, en diegene die als wisselpartij wordt aangeduid, zullen ook derden hieruit kunnen afleiden dat de ondertekenende persoon niet voor zichzelf handelt, doch voor de vennootschap, die als wisselpartij staat aangeduid.

188. Ongeoorloofd gedrag van de trekker - 1382 B.W.

De trekker is schadelijktijdig wanneer hij een cheque ter betaling afgeeft waarvan hij weet dat deze door de bank niet zal worden betaald.

In het geval dat aan de vrederechter van La Louvière (Vred. La Louvière 10 juni 1998, *J.L.M.B.* 1998, 892) werd voorgelegd had de trekker voorafgaand aan de uitgifte de cheque bij de bank verzet aangetekend wegens diefstal, teneinde aldus de herstelling van zijn auto te kunnen betalen, de auto te recupereren en later de herstellingsfactuur te betwisten. Zoveel vindingrijkheid werd veroordeeld: de trekker werd omwille van zijn "frauduleus gedrag", op grond van onrechtmatige daad aansprakelijk gesteld en veroordeeld tot de betaling van een schadevergoeding voor de beslomming die hij de begunstigde had berokkend welke vermoedelijk meer bedroeg dan het nominale bedrag van de cheque.

Terloops werd gewezen op een inbreuk op art. 61, Ch. W. (immers, luidens art. 61, 4^e Ch. W. betreft het misdrijf het met oogmerk om te schaden ... het fonds ... geheel of gedeeltelijk onbeschikbaar maken). Deze incriminatie betreft enkel de onbeschikbaarheid van het fonds, niet het verzet. Men kan argumenteren dat het verzet tegen de betaling op grond van diefstal gelijkaardige werking heeft. Het verzet wegens diefstal gaat enerzijds verder: het verbiedt de betrokkene, op straffe van aansprakelijkheid, de cheque te betalen, ongeacht of er fonds is. Anderzijds verplicht het verzet de betrokkene niet de betaling van de cheque te weigeren. Het is daarom voor discussie vatbaar of verzet wegens diefstal valt onder art. 61, 4^e Ch. W. (zie ook nr. 198). Schriftvervalsing bij de verklaring van de diefstal zou, als strafincriminatie, nochtans meer aangewezen zijn geweest.

De vraag of tussen onderling verbonden chequepartijen de algemene regelen van de onrechtmatige daad kunnen worden ingeroepen, werd in het vonnis niet besproken (dezelfde problematiek doet zich voor bij de wisselbrief, zie hierover nr. 168). Deze vraag dient beantwoord te worden aan de hand van de algemene voorschriften die de samenloop van de contractuele aansprakelijkheid en de extra-contractuele aansprakelijkheid beheersen. Indien zoals dikwijls het geval is, de handeling bestaat uit uitgifte van cheques zonder voldoende voorafgaand fonds, zal de strafrechtelijke aard van deze gedraging het slachtoffer in staat stellen, naast de chequerechtelijke, ook de onrechtmatige daadsvordering in te stellen, eventueel bij wijze van burgerlijke partijstelling (in het algemeen, zie Cass. 26 oktober 1990, *A.C.* 1990-1991, 244; zie hierna nr. 201 voor een toepassingsgeval). Eenzelfde vordering komt de houder toe wanneer de onrechtmatige daad voorafgaat aan de uitgifte van de cheque: in dat geval zijn de regelen van de precontractuele aansprakelijkheid van toepassing, en bestaat geen aanleiding tot toepassing van de regelen van de samenloop. In het geval dat aan de vrederechter van La Louvière werd voorgelegd bestond de onrechtmatige handeling in het opzettelijk misleiden van de garagehouder betreffende de betaling: de ongeoorloofde handeling gaat weliswaar aan de trekking van de cheque vooraf, doch maakt deel uit van de uitvoering van de overeenkomst. In dat geval bestaat er aanleiding tot toepassing van de regelen van de samenloop. Enkel in de mate dat de handeling als strafrechtelijk kan worden gekwalificeerd - wat zoals in het vorige lid vermeld, kon worden betwijfeld -, kon de vordering worden toegekend. Het vonnis is in dat opzicht niet volledig duidelijk.

189. Fout van de trekker

Begaat een fout - en moet zelf instaan voor zijn schade - de trekker die als befaamde kledingzaak voor een klein bedrag een cheque aan toonder uitschrijft - veeleer dan in contanten te betalen - zonder enige beveiliging, zonder streepjes voor en na het cijfer- en letterbedrag, en dit ten voordele van een Zaïrees, nu in de dagbladen berichten verschenen betreffende een "Zaïrese connectie" (Kh. Brussel 22 september 1995, *T.B.H.* 1996, 1052).

De vraag naar de verhouding tussen de fout van de trekker en de fout van de betrokkene komt later aan bod (hierna nr. 218).

190. Cheque - betaalmiddel, geen betaling

Ofschoon reeds meerdere malen door het Hof van Cassatie (Cass. 23 september 1983, *J.T.* 1983, 64; Cass. 21 november 1975, *Pas.* 1976, I, 366) anders beslist, wordt soms nog geargumenteed dat wie een cheque afgeeft, de koopsom betaalt.

Dit was het argument van een trekker, die door de begunstigde in regres werd aangesproken nadat de cheques bij deze laatste bleken gestolen te zijn. De begunstigde argumenteerde dat de koopwaar hem niet betaald was. Daarop antwoordde de trekker dat de afgifte van een cheque betaling inhield, zodat hij derhalve geen tweede maal tot betaling kon worden veroordeeld.

Het argument van de trekker werd in het licht van de voormelde cassatierechtspraak van de hand gewezen (Kh. Brussel 11 oktober 1993, *T.B.H.* 1994, 1088, noot J.P. BUYLE en X. THUNIS).

191. Handgift - cheque op naam of aan toonder

Een handgifte kan niet worden gerealiseerd door middel van een cheque op naam (Brussel 19 september 1994, *Rev. trim. dr. fam.* 1996, 595, noot P. DE PAGE). De oplossing is als klassiek aan te duiden (E. DE WILDE D'ESMAEL, "Les donations" in *Rép. Notarial*, deel III, Brussel, Larcier, 1995, 163; H. DU FAUX, "Le chèque au porteur, objet de don manuel", *Rev. Not. b.* 1985, 482-486; Cass. (fr.) 10 februari 1993, *D.* 1994, I.R., 182).

In een andere beslissing (Brussel 19 september 1994, *Rev. trim. dr. fam.* 1996, 595, noot P. DE PAGE) werd aangegeven dat een postcheck, net als een gewone cheque, enkel het voorwerp kan uitmaken van een handgifte indien de check aan toonder is gesteld. Deze uitspraak bevestigt dat aan de voorwaarden van een handgifte voldaan moet zijn op het tijdstip waarop de partijen de bedoeling hebben de schenking te realiseren.

192. Cheque - tijdstip van betaling

Naar heersende mening houden zowel de overschrijving als de cheque eerst betaling in op het tijdstip dat de rekening van de begunstigde wordt gecrediteerd (zie E. WYMEERSCH, "Aspects juridiques de certains nouveaux moyens de paiement", *Bank Fin.* 1995, 26; vgl. A. BRUYNEEL, "Le virement", in *La banque dans la vie quotidienne*, Brussel, Editions du Jeune Barreau, 1986, 387-388; G. DAL en C. CORBIER, "Les instruments de paiement et de crédit: chronique de jurisprudence (1980-1989)", *J.T.* 1990, 435). In enkele hierna besproken beslissingen wordt de regel toegepast (in die zin, doch zonder dit uitdrukkelijk te bepalen: Rb. Eupen, Beslagrechter 25 februari 1992, *J.L.M.B.* 1992, 899; zie ook Arbh. Antwerpen 14 november 1995, *T.B.H.* 1996, 1035; contra: C.G. WINANDY, "La date du paiement par chèque", in: *Hommage à J. Heenen*, Brussel, Bruylant, 1994, 629-632).

Tenzij de partijen anders ondubbelzinnig zijn overeengekomen, is de afgifte van een cheque geen betaling: daarom ook gaat de betaling eerst in bij de creditering van de rekening van de begunstigde. Deze opvatting verplaatst het risico van de betaling naar de begunstigde. Betreffende deze risicoregeling hebben partijen in de regel geen afspraak gemaakt. Verder zou betaling zijn ingetreden zonder dat de begunstigde reeds over de fondsen kan beschikken. Indien de cheque verloren gaat, of het fonds na de afgifte onbeschikbaar wordt, bv. ten gevolge

van het faillissement van de trekker, heeft geen betaling plaatsgehad, en blijft de trekker gehouden.

Deze opvatting wordt door sommige auteurs (P. VAN OMMESLAGHE, *R.C.J.B.* 1975, 671, e.v. nr. 98; P. VAN OMMESLAGHE, "Les obligations. Examen de jurisprudence (1974-1982)", *R.C.J.B.* 1988, 105 e.v., nr. 200) betwist: de schuldenaar die een regelmatige cheque afgeeft, voorzien van het nodige fonds, moet geacht worden betaald te hebben op het tijdstip dat hij de cheque aan de begunstigde heeft overhandigd. Deze zienswijze werd door de Rechtbank te Charleroi (Rb. Charleroi 18 maart 1992, *Rec. Gén. Enr. Not.* 1994, 279, nr. 24.377, noot; *J.T.* 1992, 799) gevolgd, verwijzend naar een Frans cassatiearrest (Cass. fr. 17 mei 1972, *D.* 1973, 129, noot GAVALDA).

Te vermelden valt dat de Nederlandse wetgever de door deze auteurs voorgestelde oplossing aanvankelijk had overwogen doch uiteindelijk zich heeft aangesloten bij de heersende mening naar luid waarvan de betaling eerst plaatsgrijpt bij creditering van de begunstigde (art. 6: 114 lid 2 B.W.; zie hierover: R.E. VAN ESCH en J.M.A. BERKVEN, *Giraal betalingsverkeer. Elektronisch betalingsverkeer*, Deventer, Kluwer, 1988, 19).

193. Niet-tegenwerpelijheid van de verweermiddelen - art. 22

Wanneer de nemer chequerechtelijk regres neemt op de trekker zijn de verweermiddelen, gesteund op hun onderlinge verhoudingen tegenwerpelij, o.m. met inbegrip van de exceptie van ongeoorloofde oorzaak. De oplossing is gelijklopend met deze die wordt aanvaard voor de wisselbrief (art. 22 Ch. W., gelijklopend met art. 17 Wb).

Daarom kan de trekker opwerpen dat de cheque werd getrokken ter vergoeding van ongeoorloofde diensten. (Rb. Gent 7 januari 1993, *R.W.* 1994-1995, 1275; zie het vorige overzicht, *T.P.R.* 1099 e.v.), in casu de betaling voor de dienstverlening in een ontuchthuis. Het argument dat "de houder geacht wordt doelbewust gehandeld te hebben ten nadele van de schuldenaar" is overbodig: deze verwijzing naar de bewoordingen van art. 22 Ch. W. (analoog aan art. 17 Wb) heeft enkel zin in de verhouding tot een derde houder (Rb. Gent 7 januari 1993, *R.W.* 1994-95, 1275). Men vergelijkte met de andere rechtspositie bij betaling door middel van eurocheques, verder nr. 237.

194. Tegenwerpelijheid van verweermiddelen - art. 22

De cheque was lastens de vennootschap getrokken ter betaling van een ereloon dat de zaakvoerder persoonlijk verschuldigd was aan de begunstigde, haar advocaat. De begunstigde en de vennootschap werden als rechtstreeks verbonden partijen aangeduid, met name trekker en begunstigde. Naar heersende mening konden de persoonlijke verweermiddelen uit hun onderliggende rechtsverhoudingen worden tegengeworpen. Nochtans oordeelde het hof te Brussel (Brussel 23 januari 1997, *A.J.T.* 1997-98, 132, noot G.L. BALLON) dat vermits er tussen de vennootschap en de begunstigde geen enkele onderliggende verhouding bestond - het ging immers om de persoonlijke schuld van de zaakvoerder - de vennootschap zich niet op deze verweermiddelen kon beroepen.

Deze beslissing valt moeilijk te begrijpen: de volledige afwezigheid van onderliggende rechtsverhouding is immers het verweermiddel bij uitstek, vermits de schuldenaar kan voorhouden niets verschuldigd te zijn. Indien daarentegen de zaakvoerder een persoonlijke schuld ten laste van de vennootschap heeft willen - en mogen - leggen, zou de vennootschap-trekker tegenover de begunstigde, nemer van de cheque zich wel op de verweermiddelen uit de verhouding zaakvoerder-begunstigde hebben kunnen beroepen.

Feitelijk begrijpt men vanzelfsprekend wel waarom de exceptie niet werd ingeroepen: de vennootschap zou dan immers de persoonlijke schuld van de zaakvoerder dragen. Dit hoeft evenwel niet onrechtmatig te zijn: de zaakvoerder zou bv. de vordering met een andere schuld hebben kunnen compenseren.

4. DE FONDSVEREISTE

195. Begrip en terminologie

De fondsverplichting behoort tot de fundamentele kenmerken van het chequemechanisme, en wordt daarom ook streng strafrechtelijk gesanctioneerd (art. 61, Ch. W.).

Het fonds of provisie bestaat, in de cheque zoals in de wisselbrief, uit de vordering van de trekker op de betrokkene. Zij moet worden tegengesteld aan de "dekking", in de wisselbrief de verbintenis waartoe de trekker tegen de betrokkene is gehouden.

In de rechtspraak worden beide begrippen dikwijls door elkaar gebruikt: de verwijzing naar de "ongedekte cheque" behoort tot de omgangstaal, en is niet verenigbaar met wettelijke terminologie zoals vervat in art. 61, Ch. W.

196. Uitgifte zonder fonds - begrip "uitgifte"

Wanneer een handelaar aan zijn leverancier een cheque overhandigt ter waarborg van zijn verbintenissen, en deze ten tijde van de uitgifte ervan niet van voldoende fonds was voorzien, maakt hij zich schuldig aan het misdrijf bedoeld in artikel 61, 1° Ch. W. Het Hof van Cassatie (Cass. 30 maart 1994, A.C. 1994, 339; Cass. 5 mei 1982, A.C. 1981-1982, 1087) herhaalde zijn gevestigde zienswijze: een cheque is uitgegeven wanneer hij in omloop is gebracht of aan de nemer is overhandigd, ook al wordt hij niet of pas later ter betaling aangeboden. De oplossing is zuiver technisch: bij incasso door de trekker bij de betrokkene zelf, ziet men niet in waarom de bescherming van het circulatieregime van de cheque toepassing zou moeten vinden. De betrokkene - andere dan een bijkantoor - kan immers de handtekening en de aanwezigheid van fonds verifiëren. Het argument werd evenwel duidelijk door het Hof van Cassatie verworpen (Cass. 15 maart 1988, *Pas.* 1988, I, 852).

Wanneer verschillende cheques gezamenlijk werden uitgegeven in een korte tijdsspanne en zij niet allen gehonoreerd kunnen worden moet men aannemen dat ze allen zonder fonds zijn uitgegeven (Rb. Luik 12 oktober 1993, *J.L.M.B.* 1994, 760).

197. Cheque - uitgifte zonder fonds- kasfaciliteiten geen fonds - moreel element

Het fonds bestaat uit een tegoed op rekening, of uit een krediet dat uitdrukkelijk door de bank is toegekend. Moeilijkheden ontstaan bij zogenaamde kasfaciliteiten, waartoe de banken, om commerciële redenen overgaan. Deze faciliteiten bevrijden de trekker niet van zijn wettelijke verplichting te beschikken over een voldoende, voorafgaand fonds. Zij kunnen wel invloed hebben op de beoordelingsvrijheid van de bank om de feitelijke kredietfaciliteit stop te zetten.

Indien de trekker een cheque uitgeeft zonder dat zijn rekening voldoende tegoed bevat, is er geen uitgifte zonder fonds, en derhalve geen misdrijf, zo het bedoelde bedrag ten laste kan worden geboekt van een door de betrokkene toegestaan krediet (Cass. 24 januari 1977, *R.W.* 1976-1977, 2617, noot VANDEPLAS).

Kasfaciliteiten volstaan daartoe evenwel niet (Antwerpen 17 januari 1997, *Limb. Rechtsleven* 1997, 137, noot I. DELBROUCK; zie ook Brussel 12 november 1993, *J.L.M.B.* 1994, 759). Heeft de bank zich in het verleden soepel opgesteld, kan de trekker, na de weigering verdere faciliteiten toe te staan, niet voorhouden dat niet voldaan is aan het moreel element ("wetens en willens") van het misdrijf.

Deze strenge regel inzake kasfaciliteiten machtigt de bank evenwel niet de voorheen toegestane faciliteiten abrupt te beëindigen: hier dient de bank diligent, en met eerbiediging van de rechtmatige verwachtingen van de trekker, te handelen.

198. Fonds - blokkering wegens betwisting - niet toelaatbaar

Het hof te Antwerpen (Antwerpen 10 juni 1992, *R.W.* 1992-1993, 342) verduidelijkte dat een betwisting betreffende de aan de cheque onderliggende overeenkomst de trekker niet toelaat het fonds van zijn cheque te blokkeren, of onmiddellijk na de uitgifte terug te nemen (art. 61, 4° Ch. W.).

199. Beslag op het fonds - houding van de betrokkene

Indien beslag wordt gelegd op de tegoeden van de trekker bij de bank wordt het fonds onbeschikbaar en kan het incasso niet worden gerealiseerd, voor zover het beslag werd gelegd voor de cheque werd geïncasseerd en vooraleer de opbrengst van het incasso werd overgeboekt, op de rekening van een persoon andere dan een schuldenaar. Het derdenbeslag maakt het fonds onbeschikbaar (Rb. Eupen 25 februari 1992, *J.L.M.B.* 1992, 899). De bank, derde beslagene handelt niet onrechtmatig indien zij het fonds blokkeert voor zover het beslag niet manifest onregelmatig is en het incasso nog niet is gebeurd (Rb. Eupen, Beslagrechter, 25 februari 1992, *J.L.M.B.* 1992, 899 (enkel in samenvatting gepubliceerd)).

200. Fondsvereiste als teken van solvabiliteit

De uitgifte van een cheque zonder fonds is in het handelsleven een belangrijk, ongunstig signaal bij de beoordeling van de solvabiliteit van de trekker.

Volgens het hof te Luik kunnen de partijen in een verkoopsconcessie-overeenkomst rechtsgeldig bepalen dat de uitgifte van een cheque zonder fonds een ontbindende voorwaarde zal zijn, waarvan het voortbestaan van de overeenkomst afhankelijk kan worden gesteld (Luik 4 februari 1992, *J.L.M.B.* 1992, 914 met de kritische noot van P. KILESTE). De contractuele vrijheid laat een dergelijk beding toe. Evenwel kan men zich afvragen of de regeling niet onnodig streng is: onverminderd het feit dat de bank nog kredietfaciliteiten kan toestaan, kan bezwaarlijk, op het civiele vlak, elke uitgifte zonder fonds als onrechtmatig worden beschouwd. De strafwet heeft hier trouwens een vereiste van opzet ingevoegd.

201. Cheque - uitgifte zonder fonds - burgerlijke partijstelling

De trekker die desbewust een cheque uitgeeft zonder voldoende fonds begaat een misdrijf (art. 61, 1° Ch. W.). Hij kan door de nemer in betaling worden aangesproken op meerdere gronden: op grond van de cheque (regres), op grond van de onderliggende rechtsverhouding, en in het kader van een burgerlijke partijstelling, ingesteld in het kader van de strafprocedure. In dit laatste geval zal het slachtoffer herstel vorderen van de schade die hij naar aanleiding van dit misdrijf heeft geleden. De toekenning van deze schadevergoeding is onderworpen aan de algemene regelen van art. 1382 B.W., hier in het bijzonder het oorzakelijk verband. Gezien het om een door een strafbepaling gesanctioneerde rechtsbetrekking gaat, rijst de vraag naar samenloop van aansprakelijkheid niet.

Voor het vorderen van de verschuldigde som bij wijze van schadevergoeding is vereist, zoals het Hof van Cassatie opnieuw stelde (Cass. 6 december 1995, *R.W.* 1996-1997, 256, noot VANDEPLAS; *J.T.* 1996, 619; zie ook Cass. 8 oktober 1985, *Arr. cass.* 1985-86, nr. 70), dat tussen partijen de verbintenis waarop de uitgifte van de cheque betrekking heeft, niet zou zijn ontstaan zonder de uitgifte van de cheque. In casu betrof het - vermoedelijk - een transportovereenkomst, waarbij de transporteur toegestemd had bepaalde goederen te vervoeren mits voorafbetaling van de transportprijs, die werd betaald door middel van een cheque welke evenwel zonder fonds werd uitgegeven. Zonder afgifte van de cheque zou de transporteur de overeenkomst niet hebben gesloten.

Deze stellingname beantwoordt aan de vroegere rechtspraak van het Hof en de heersende opvatting in rechtspraak en rechtsleer (zie o.m. Gent 30 juni 1994, *R.W.* 1994-95, 543).

Het slachtoffer van de uitgifte van een cheque zonder fonds kan zijn schade - met name de prijs van de prestatie ter betaling waarvan de cheque werd uitgeschreven - verhalen in het kader van een vordering in onrechtmatige daad, binnen de grenzen die in de vorige paragraaf werd gesteld. De vraag van de samenloop rijst niet in de mate dat de uitgifte van de cheque zonder fonds strafrechtelijk wordt gesanctioneerd (zie G.A. DAL, "La constitution de partie civile de la victime de l'émission de chèques sans provision", *J.T.* 1975, 24). Ook andere schadeposten komen voor vergoeding in aanmerking: aldus werd gevonnist dat de begunstigde van de cheque vergoeding kon bekomen van een onbetaald gebleven cheque en van de kosten die hij geleden heeft tengevolge van de bedoelde cheque-uitgifte (Luik 7 december 1994, *A.J.T.* 1994-95, 538, noot A. WARRINIER), zoals daar zijn de kosten van protest, de inningskosten en zelfs morele schade (D. MERCKX, "De burgerlijke partijstelling in geval van cheque zonder dekking", *R.W.* 1978-79, 1772). Deze kosten behoren evenzeer tot het gebied van de

onderliggende contractuele relaties, dat de voorzienbare schade inzake gebruik van betaalinstrumenten omvat. Gezien deze schade-elementen behoren tot de materies met betrekking tot dewelke de contractspartijen een overeenkomst hadden kunnen sluiten, kunnen zij gerekend worden tot de onderwerpen die aan het samenloopverbod zijn onderworpen, of er aan onttrokken zijn in de gevallen door de rechtspraak geïdentificeerd, in casu van een strafrechtelijk gesanctioneerde gedraging.

202. Cheque - faillissement van de trekker - certificering van de cheque

De buitenbezitstelling, die een gefailleerde handelaar treft, is eveneens toepasselijk op het fonds met betrekking tot cheques die uitgeschreven werden door de toekomstig gefailleerde (Kh. Gent 27 juni 1997, *T.B.H.* 1998, 827, noot J.P. BUYLE en M. DELIERNEUX, die onder meer de vraag bespreken in welke mate de bank tot certificatie is gehouden. Het argument dat de bank niet gehouden is deze dienst te bewijzen, is weinig overtuigend: waarom zou hij deze dienstverlening weigeren, nu hij er geen nadeel bij heeft). Dit geldt zelfs indien dit fonds werd overgeheveld naar een door de certificerende bank geblokkeerde rekening. Het vonnis bepaalt dat de houder van een gecertificeerde cheque in geval van faillissement van de trekker van geen enkel specifiek voorrecht geniet dat hem zou toelaten om bij voorrang boven de andere schuldeisers uit het bedrag van het geblokkeerde fonds betaald te worden. Nochtans kan de houder zich beroepen op het voorrecht dat art. 39 bis Ch.W. hem toekent op de bedoelde vordering (H. BUCKINX, *Artikelsgewijze commentaar, Handels- en economisch recht*, art.39 bis Ch.W.). Het besproken vonnis ontkent het bestaan van dit voorrecht en verwijst hier ten onrechte naar Fredericq, waar enkel wordt gesteld dat de certificatie “in se” geen voorrecht verleent (in deze zin: S. FREDERICQ, *Handboek van Belgisch Handelsrecht*, d. II, Brussel, Bruylant, 1978, 304).

De bank die een cheque certificeert neemt geen enkele persoonlijke verbintenis tot betaling van het bedrag van de cheque op zich (Kh. Gent 27 juni 1997, *T.B.H.* 1998, 827, noot J.P. BUYLE en M. DELIERNEUX). Zij verbindt er zich enkel toe het bedrag van de cheque op een geblokkeerde rekening te boeken op de datum van certificatie. Hoewel de bank geen eigen verbintenis is aangegaan kan zij in het kader van certificatie wel haar contractuele of buitencontractuele aansprakelijkheid op het spel zetten. De aansprakelijkheid van de bank kan niet aangehouden worden indien zij het bestaan van voldoende provisie vaststelt en overgaat tot de certificatie van de cheque, terwijl ze zich in de onwetendheid bevindt van het faillissement van de trekker. Of zij ook tot betaling mag overgaan wordt in het volgende nummer behandeld.

203. Cheque - faillissement van de begunstigde, houder van de cheque

De rechtsgevolgen van de cheque na het faillissement van de trekker geven aanleiding tot uiteenlopende beslissingen.

De betrokkene had een cheque in contanten uitbetaald aan de zaakvoerder van de begunstigde vennootschap: dezelfde dag werd de begunstigde vennootschap failliet verklaard. De zaakvoerder zou de gelden persoonlijk hebben geïncasseerd en aangewend om bepaalde schuldeisers te betalen. De curator vordert tegen de trekker en tegen de betrokkene. Drie vragen verdienen de aandacht.

Op grond van de nul-uur regel oordeelt het hof te Bergen (Bergen 28 april 1997, *J.L.M.B.* 1997, 1211) dat het zonder belang is of de betaling gedateerd is voor of na het tijdstip van de faillietverklaring: deze werkt in elk geval terug tot 0 uur van de dag van faillietverklaring (op grond van Cass. 19 oktober 1987, vaststaande rechtspraak, *J.T.* 1988, 192), ongeacht of het vonnis van faillietverklaring een datum vermeldt of niet (in die zin evenwel: COPPENS T'KINT, “Examen de jurisprudence”, *R.C.J.B.* 1991, 461, n° 75; *Manuel du curateur*, 180, n° 85).

De betaling van de cheque aan de zaakvoerder van de vennootschap- begunstigde van de cheque is, luidens de zienswijze van het hof, niet zonder meer niet-tegenwerpelijk aan de vennootschap. Dit zou enkel het geval zijn indien blijkt dat de zaakvoerder de gelden zou hebben aangewend voor de betaling van schuldeisers die gelden hebben ontvangen die zij niet konden ontvangen in het kader van de rangregeling.

Faillissementsrechtelijk is deze beslissing betwistbaar: de post-faillissementsbetalingen moeten gebeuren in handen van de curator (art. 444, lid 2 F.W, thans artt. 16 en 51 F.W.). Hij moet oordelen op welke wijze de betalingen zullen kunnen worden aangewend, eventueel of het actief toereikend is om de vereffeningskosten te dragen. Het komt de schuldenaar niet toe zelf te beslissen aan welke schuldeisers zal worden betaald.

De betaling aan de zaakvoerder is niet tegenwerpelijk aan de faillissementscurator: de reden ligt vervat in voormelde bepalingen van de F.W., niet in de beperking van de bevoegdheden van de zaakvoerder van een vennootschap. De zaakvoerder blijft immers orgaan van de vennootschap, zij het dat het faillissement haar beschikkingsbevoegheid, en dus dat van haar zaakvoerder sterk beperkt (in die zin: Kh. Charleroi 7 februari 1996, *J.L.M.B.* 1996, 725). Hij kan geen betalingen meer ontvangen, en moet deze met de curator afrekenen.

Ook de vordering van de curatele tegen de betrokkene - bank werd afgewezen: de bank die onwetend is van het faillissement had geen reden om de betaling aan de - weliswaar failliet verklaarde - legitieme houder van de cheque te weigeren. Uiteindelijk zou de trekker het risico van de niet-tegenwerpelijkheid van deze betaling hebben moeten dragen.

De vordering tot vrijwaring van de trekker tegen de betrokkene, op grond van diens onterechte betaling van de cheque, wordt afgewezen, nu niet blijkt dat de bank tekort is geschoten aan haar verbintenissen tegenover de trekker. Overigens was de betrokkene onwetend van het - ambtshalve uitgesproken - faillissement van de begunstigde. Deze zienswijze kan moeilijk worden betwist: de betrokkene moet enkel de orders van de trekker uitvoeren. Eerst indien hij wist dat de begunstigde failliet was verklaard, mag hij niet meer betalen, doch kan enkel de curator de gelden in ontvangst nemen (zie in het algemeen: A. BENOIT-MOURY, "Incidence d'une déclaration de faillite sur la validité du paiement d'un chèque", *Ann. Dr. Liège* 1989, 209).

Het arrest is belangrijk omdat het de grenzen van de nul-uur regel verduidelijkt. Vanuit zijn maatschappelijke betekenis kan deze regel worden bekritiseerd: de wetgever (zie art. 157 § 2 van de wet van 22 maart 1993 op het statuut van en het toezicht op de kredietinstellingen en art. 6 van de wet van 28 april 1999 houdende omzetting van Richtlijn 98/26/EG), thans mede op grond van een Europese richtlijn (Richtlijn 98/26/EG van 19 mei 1998 betreffende het definitieve karakter van de afwikkeling van betalingen in betalings- en afwikkelingssystemen, *P.B.L.* 1998, 166/45) heeft de regel buiten toepassing verklaard op verrichtingen onder financiële instellingen. Uit het besproken arrest zou men kunnen afleiden dat niet alle handelingen van de gefailleerde onder de regel moeten worden gebracht. De scheidingslijn zou luidens het arrest, worden aangewezen door de fout van de betrokkene. In de verhouding tot de trekker is deze van contractuele aard, in de verhouding tot de begunstigde van extra-contractuele aard.

In de rechtspraak wordt nochtans regelmatig geoordeeld dat de betrokkene die cheques betaalt na de datum van het faillissement van de trekker, niet bevrijdend handelt. Tegenover de trekker is deze betaling niet-tegenwerpelijk, ongeacht of de bank van het faillissement op de hoogte was of niet. Betalingen aan de gefailleerde verricht na het faillissement zijn evenzeer niet tegenwerpelijk. Het komt onjuist voor een andere regel te hanteren in de verhouding van de betrokkene tot de houder, dan wel in de verhouding tot de trekker. Evenzeer als de betrokkene die cheques getrokken door een failliete trekker betaalt, niet bevrijdend betaalt ten aanzien van diens failliete massa, ongeacht of hij van het faillissement op de hoogte was of kon zijn (BENOIT-MOURY, *o.c.*, 205-218, deze analyse is inmiddels door de rechtspraak achterhaald), dient ook de betaling aan de failliete houder niet-tegenwerpelijk verklaard te worden.

De bewering, dat de trekker "het risico" moet dragen moet worden genuanceerd: immers indien de betrokkene de cheque om welke reden niet had betaald, blijft het regres van de curator tegen de trekker voortbestaan. De curator en enkel de curator is gerechtigd de betaling te vorderen van de prestatie in betaling waarvan de cheque werd getrokken.

B. DE RECHTSPOSITIE VAN DE HOUDER

204. Vervalsing van een cheque- aansprakelijkheid van de endossant

Een toondercheque was door de begunstigde overgedragen aan onbekenden. Zij zouden het bedrag van de cheque aanzienlijk hebben verhoogd. Na betaling vordert de trekker het verschil terug van de oorspronkelijke begunstigde.

De vrederechter (Vreder. Kraainem 15 mei 1996, *J.T.* 1997, 243) oordeelde uitsluitend op grond van art. 1382 B.W. (betreffende de mogelijkheid tussen chequepartijen de onrechtmatige daadsvordering in te stellen, zie verder nr. 186, 188 en 201). Hij verweet de begunstigde de cheque aan onbekenden te hebben overgemaakt, zonder de cheque te hebben vervolledigd, of de toondercheque in een ordercheque te hebben omgezet.

Het komt zonderling voor de begunstigde het verwijt te maken niet de nodige veiligheidsmaatregelen te hebben genomen, daar waar de trekker daartoe evenzeer, en zelfs veel meer in staat is geweest. De overdracht aan onbekenden van toonderpapier kan niet noodzakelijk als een fout worden gezien. Overigens lag de oplossing vervat in de bepalingen van art. 35 bis, waarover verder nr. 219.

205. Incassobank: verificatieplicht inzake de endossementen

Anders dan de betrokkene, die gehouden wordt de regelmatigheid van de endossementen na te gaan (art. 35, lid 1 Ch. W.), begaat de met een incasso belaste bank geen fout indien zij de rekening crediteert van een houder, aan wie de cheques ten onrechte werden geëndosseerd, nu zij enkel gehouden is de schijnbare regelmatigheid van de endossementen na te gaan (Antwerpen 28 januari 1992, *T.B.H.* 1993, 1004; Antwerpen 4 november 1996, *T.B.H.* 1997, 752, noot J.P. BUYLE en M. DELIERNEUX; Bergen 16 juni 1992, *Bank Fin.* 1994, 238, noot J.F. ROMAIN).

De bank moet zich ook geen vragen stellen betreffende de beweegredenen van de persoon die haar met het incasso van cheques belast. Dit is eerst anders indien bijzondere omstandigheden aanwezig zijn, die elke voorzichtige normaal aandachtige bankier er hadden moeten op wijzen dat misbruik werd gemaakt (Bergen 16 juni 1992, *Bank Fin.* 1994, 238, noot J.F. ROMAIN).

206. Rektacheque - Incasso

De rektacheque is betaalbaar aan de specifiek aangeduide persoon, zonder mogelijkheid van overdracht anders dan volgens de regelen van het gemeen recht (art. 1690 B.W.).

De bank die een dergelijke cheque verzilvert ten gunste van een andere persoon dan de met name genoemde partij, is aansprakelijk tegenover de trekker. Deze aansprakelijkheid geldt "in solidum": de incassobank is aansprakelijk samen met de andere partijen die in de verrichting tussenbeide zijn gekomen en onregelmatigheden hebben gepleegd. Derhalve kan het slachtoffer zijn vordering richten tegen deze bank alleen, zonder de andere partijen te moeten aanspreken (Brussel 9 januari 1992, *J.L.M.B.* 1992, 704, *T.B.H.* 1993, 998).

207. Rektacheque - Incassomandaat

Het komt de trekker van een cheque toe de identiteit van de begunstigde op precieze wijze aan te duiden. In een geval dat aan het hof te Brussel werd voorgelegd (Brussel 14 januari 1992, *T.B.H.* 1993, 1001), was een rektacheque betaalbaar aan een autodealer, op naam gesteld van het automerk dat hij verdeelde. De cheque werd op een verkeerde rekening geïncasseerd en de opbrengst van het incasso in het faillissement van deze onjuiste begunstigde begrepen. Na het faillissement van de dealer, vorderde de trekker schadevergoeding van de incassobank.

De vordering werd afgewezen: de incassobank kon redelijkerwijze en rechtmatig er op afgaan dat de cheque ten behoeve van de autodealer was gesteld, nu deze het door de trekker ingevulde automerk verdeelde. De trekker kan het enkel aan zichzelf toeschrijven dat hij de identiteit van de begunstigde, en onder meer diens rechtsvorm, niet op precieze wijze heeft aangeduid.

Het hof situeerde de aansprakelijkheid op het vlak van de onrechtmatige daad. Tussen de trekker en de bank, belast met incasso ten behoeve van de pseudo-begunstigde kan inderdaad geen contractuele verhouding worden vastgesteld.

208. Medeaansprakelijkheid van de begunstigde

Daar tijdens het incassogebeuren ook andere partijen dan de betrokkene - bv. de begunstigde, of een met het incasso belaste bank - kunnen tussenbeide komen, en ook zij kunnen tekort schieten aan hun zorgvuldigheidsverplichtingen, rijst de vraag in welke mate ook deze partijen aansprakelijk kunnen worden gesteld.

Aldus werd de begunstigde mede aansprakelijk geacht tegenover de trekker nu de cheque werd vervalst, en betaald, onder meer ten gevolge van het feit dat de cheque bij de incassobank in een brievenbus gedeponereerd was geworden en aldaar ontvreemd (Kh. Brussel 22 september 1995, *T.B.H.* 1996, 1052, waarbij ten onrechte werd geoordeeld dat zowel de betrokkene als de incassobank schadeplichtig waren tegenover de trekker voor het gehele bedrag. Logischerwijze zou de betrokkene de rekening van de trekker niet hebben mogen debiteren, gelet op de grove fout (art. 35) terwijl de betrokkene een deel van zijn schade van de incassobank had moeten terugvorderen. Het netto-resultaat zoals door de rechtbank bepaald, is nagenoeg hetzelfde).

209. Rechtstreeks krediet

In enkele beslissingen komt de techniek van het rechtstreeks krediet ter sprake. Dit bestaat er in dat de bank, die met het incasso van de cheque is belast, het bedrag van de cheque onmiddellijk crediteert op de rekening van de begunstigde, zonder te wachten tot de cheque effectief wordt geïnd.

De verrichting is een kredietverrichting, waarvan de terugbetaling plaatsgrijpt aan de hand van het provenu van het incasso. Aldus wordt vermeden dat tot bijkomende boekingen moet worden overgegaan, eens de cheque effectief is geïncasseerd. Deze praktijk hangt nauw samen met die van de hierna vermelde cheque-inhouding, op grond waarvan de cheques worden uitbetaald aan de begunstigde, zonder dat zij fysiek bij de betrokkene voor incasso worden overgelegd.

Indien de cheque evenwel niet betaald wordt, wordt het krediet terugbetaald door middel van een tegenboeking in de rekening van de begunstigde. Deze tegenboeking kan geschieden op grond van het beding "onder voorbehoud van goede afloop", waarmede verwezen wordt naar de realisatie van de incasso-opdracht. De tegenboeking zou ook kunnen geschieden op grond van het chequerechtelijke regres, waarbij evenwel aan de formele voorwaarden (o.m. inzake protest) ervan zou moeten voldaan zijn, wat in de regel niet het geval is.

Het is algemene bankpraktijk dat cheques ter incasso "rechtstreeks gecrediteerd" worden op de rekening van de begunstigde: de begunstigde houder bekomt aldus de vrije beschikking van het chequebedrag, zelfs vooraleer de incassobank deze bij de betrokkene heeft geïnd. De vermelding "o.g.v.", of "onder gewoon voorbehoud", verduidelijkt dat de overeenkomst van incasso een kredietverlening is, die onder ontbindende voorwaarde van niet-betaling van de cheque werd aangegaan (Kh. Brussel 8 februari 1996, *T.B.H.* 1997, 750; Kh. Brussel 5 september 1997, *T.B.H.* 1998, 784) (zie hoger nr. 178).

Derhalve mag de rekeninghouder over het rekeningtegoed beschikken, inclusief de gelden die onder voorbehoud werden gecrediteerd (Antwerpen 30 mei 1995, *DAOR* 1995, nr. 37, 71).

In een vonnis van de rechtbank van koophandel te Brussel (Kh. Brussel 19 februari 1997, *T.B.H.* 1998, 812, noot J.P. BUYLE en M. DELIERNEUX) werd door de rekeninghouder opgeworpen dat hij aan de bank enkel de opdracht had gegeven de cheque te incasseren, doch niet om krediet te verlenen. De rechtbank was van oordeel dat er een bankgebruik (zie hierover de noot van J.P. BUYLE en M. DELIERNEUX, *T.B.H.* 1998, 816-817) geldt, dat erin bestaat dat een bijkomende dienst van rechtstreekse creditering onder voorbehoud van goede afloop wordt geleverd. Tevens werd geargumenteed dat de cliënt de bijkomende dienst had aanvaard door niet te reageren bij de ontvangst van het rekeninguittreksel dat vermeldde dat de creditering onder voorbehoud geschiedde. Overigens verplicht niets de begunstigde van het krediet gebruik te maken.

De bank die bij de uitbetaling van een cheque is tussengekomen, moet worden geacht opgetreden te zijn als mandataris ter incasso, zelfs indien het bedrag ervan "rechtstreeks" op de rekening van de houder werd gecrediteerd. Dit blijkt ook uit de omstandigheid dat de rekening van de houder eerst definitief werd gecrediteerd, na betaling door de betrokkene. De rechtsverhouding wordt derhalve door het gemeen recht, niet door het chequerecht beheerst. Indien de incassobank geen tekortkoming heeft gepleegd bij de uitvoering van haar incasso-opdracht, zal zij gerechtigd zijn het bedrag dat zij de houder heeft voorgeschoten terug te vorderen, zo blijkt dat de cheque onbetaald is gebleven, of dat het bedrag ervan door de betrokkene wordt teruggevorderd, gelet op de vervalsing van een endossement (Antwerpen 10 januari 1995, *R.W.* 1995-1996, 263).

Wanneer een bank de opdracht aanvaardt een cheque getrokken op een buitenlandse bank te incasseren, kan zij niet aansprakelijk worden gesteld zo zij niet voorafgaandelijk het bestaan van deze buitenlandse bank heeft geverifieerd. Heeft de bank daarenboven rechtstreeks krediet voor deze cheque verleend en hebben de begunstigden dit krediet aangewend, zo kunnen zij het de bank niet euvel duiden dat zij het krediet heeft verleend, terwijl de begunstigden zelf wisten dat het krediet onder voorbehoud van goede afloop werd verleend, en zij derhalve zelf onvoorzichtig zijn geweest dit krediet voor het incasso te gebruiken, en verder gelet op de bijzondere omstandigheden van de uitgifte van de cheque attent moesten zijn voor het gevaar van wanbetaling van de cheques (Rb. Brussel 21 februari 1994, *T.B.H.* 1995, 1019; tegen dit vonnis is beroep ingesteld; het beroepsarrest is nog niet bekend).

Dit vonnis overtuigt: rechtstreeks krediet is in de eerste plaats krediet aan de begunstigde ervan, waarbij het chequebedrag de omvang van het krediet omschrijft als zijnde het bedrag dat na incasso normalerwijze zal worden bekomen, terwijl de goede afloop van het incasso de voorwaarde uitmaakt zonder dewelke het krediet ongedaan zal worden gemaakt. Bij wanbetaling blijft de begunstigde, als elke andere kredietnemer, gehouden het krediet terug te betalen (in dezelfde zin: Kh. Brussel 8 februari 1996, inzake de Postcheck, zonder dat aldaar ter sprake is gebracht of de Postcheck het recht had krediet te verschaffen).

De techniek van het rechtstreeks krediet kan de bron zijn van misbruiken, onder meer wanneer de rekening wordt geopend speciaal met het oog op het incasso van een - bij voorkeur vervalste - cheque, en het bedrag ervan onmiddellijk door de begunstigde wordt afgehaald. Deze vraag neemt aan kracht toe wanneer het om een gekruiste cheque gaat, met name "een cheque die door de betrokkene enkel kan worden betaald aan een bankier of een cliënt van een bankier" (art. 38, lid 1, Ch. W.).

Wat deze laatste hypothese betreft, met name de uitbetaling van een gekruiste cheque aan een cliënt van de bank, nam het hof te Antwerpen (Antwerpen 27 september 1994, *T.B.H.* 1995, 1028, noot J.P. BUYLE en X. THUNIS) in een eerste casus aan dat het niet onrechtmatig is wanneer een bank een rekening opent om daarmee een gekruiste cheque te laten incasseren, zelfs wanneer die rekening pas wordt geopend op het tijdstip van het incasso. Het toestaan van rechtstreeks krediet kan in dit geval al evenmin onzorgvuldig worden genoemd. Terecht wordt in de annotatie door J.P. Buyle opgemerkt dat deze minimalistische opvatting van het begrip cliënt als betwistbaar overkomt. De kruising heeft tot doel het cheque-incassoverkeer te beveiligen, overeenkomstig de wil van de trekker. Door het incasso op te leggen ten voordele van bestaande vertrouwde klanten, wil de trekker een mogelijk regres onder controle houden, en eventuele misbruiken, die hem zouden kunnen schaden, verhinderen (zie de annotatie onder Antwerpen, 4 november 1996, *T.B.H.* 1997, 753, noot J.P. BUYLE, voor verdere gegevens bij de grondslag van de regeling van de kruising). De incassobank heeft in het concrete geval, deze bedoeling duidelijk doorkruist.

Overigens is de bewering van het hof dat het verlenen van rechtstreeks krediet aan een toevallige klant niet als onzorgvuldig kan worden beschouwd, niet verantwoord: krediet verschaft men enkel aan partijen die het vertrouwen waardig zijn, niet aan de eerste, de beste passant. Op overtuigende wijze oordeelt de rechtspraak dat de bank aansprakelijk is voor lichtzinnig toegekend krediet.

In een meer recente, overigens feitelijk gelijkaardige casus is het hof (Antwerpen 4 november 1996, *T.B.H.* 1997, 753, noot J.P. BUYLE) op zijn eerder standpunt teruggekomen:

bij kruising kan de bank de cheque eerst uitbetalen indien de klant een reguliere, voorafbestaande bankrelatie onderhoudt.

Deze eerder strikte benadering overtuigt: het is immers niet louter een materie van vertrouwen doch ook van afdwingbaarheid bij eventuele incidenten bij het incasso (zie de analyse bij J.P. BUYLE en X. THUNIS, Antwerpen 4 november 1996, *T.B.H.* 1997, 753). In deze zin is deze casus slechts een bijzondere toepassing van de algemene leer van de aansprakelijkheid van de bank inzake kredietverlening: men geeft geen krediet als men geen redelijke zekerheid heeft dat het debet zal worden aangezuiverd. Indien geen voldoende vertrouwen aanwezig is, zal de bank evenwel niet weigeren de cheque ter incasso aan te bieden, doch het bedrag ervan enkel crediteren na succesvol incasso. Overigens had de bank in casu de handelwijze als verdacht moeten zien, gezien er verschil bestond tussen de handtekening op de cheque en deze op de documenten die bij het incasso waren gebruikt. Hierdoor is zij tekort geschoten in de uitvoering van haar lastgeving in het kader van de incasso-opdracht.

Een andere vraag betreft de mogelijkheid voor de bank die het rechtstreeks krediet heeft verschafft, om tegen de trekker verhaal te nemen, nu zij op haar cliënt, de begunstigde, geen verhaal meer kan nemen, omdat deze het tegoed van de rekening heeft opgenomen. Deze casus kan zich voordoen onder meer wanneer rechtstreeks krediet wordt verstrekt aan "cliënten" die van deze techniek misbruik hebben gemaakt.

De casus deed zich voor in een geval waarin een gekruiste cheque werd getrokken ter betaling van een auto. De verkoper, begunstigde van de cheque had deze geïncasseerd met gebruikmaking van een rekening, die hij daartoe bij een andere bank - de incassobank - had geopend, en waarop de cheque rechtstreeks werd gecrediteerd. De trekker, na vastgesteld te hebben dat de auto niet de begunstigde, maar een leasingmaatschappij toebehoorde, legde de betrokkene verbod op de cheque te betalen (voor een vergelijkbare casus: zie Antwerpen 4 november 1996, *T.B.H.* 1997, 752, noot J.P. BUYLE). Inmiddels had de begunstigde het tegoed opgevraagd, en klaarblijkelijk was hij verdwenen.

De vordering van de incassobank tegen de trekker werd afgewezen. Enerzijds werd deze bank verweten een rekening te hebben geopend aan een persoon die naar oordeel van het hof, geen cliënt was. Men kan toevoegen: "geen betrouwbare cliënt was". Anderzijds werd vastgesteld dat de trekker diligent was opgetreden, onder meer door de cheque te kruisen, zodat hij enkel op identificeerbare wijze geïncasseerd kon worden (Antwerpen 4 november 1996, *T.B.H.* 1997, 752, noot J.P. BUYLE en X. THUNIS).

In een andere zaak werd de trekker in eerste aanleg veroordeeld tot vrijgave van het geblokkeerde fonds, terwijl de bezwaren van de trekker, luidens dewelke de incassobank een fout had gepleegd van de hand werden gewezen. Het vonnis werd bevestigd, zij het op andere gronden (vonnis eerste aanleg: af te leiden uit argumentatie van het hof van beroep).

In beroep werd ten aanzien van de vraag of de trekker het recht had de incassobank te verzoeken de cheque niet te betalen, door het hof gesteld dat verzet van de trekker in handen van de houder slechts geoorloofd is wanneer het gesteund is op een materiële vergissing bij het uitschrijven van de cheque, of nog bij verlies of diefstal van de cheque. Het zou in strijd zijn met het vlot betalingsverkeer en de rol van de cheque als betaalmiddel, dat de trekker op grond van excepties geput uit onderliggende rechtsverhoudingen zich tegen de betaling van de cheque zou kunnen verzetten.

In de annotatie betoogt J.P. Buyle dat de trekker hier geen verzet heeft gedaan, doch dat van een herroeping sprake is geweest. In de verhouding tot de betrokkene is dat juist, niet in de verhouding tot de incassobank. Niets belet de trekker de incassobank te verwittigen van de argumenten die de trekker heeft om de betaling van de cheque tegen te gaan. Deze kunnen steunen op verlies of diefstal, doch ook op andere gronden. De incassobank treedt immers op als lasthebber voor de houder, tegen wie deze argumenten wel kunnen worden ingeroepen (Antwerpen 27 september 1994, *T.B.H.* 1995, 1028).

210. Cheque-inhouding of truncation

De techniek van de cheque-inhouding houdt in dat cheques die ter betaling worden aangeboden bij een kantoor, andere dan de betrokkene, niet meer naar de betrokkene worden toegestuurd, doch bij de uitbetalende bank blijven. Het incasso grijpt dan plaats langs

electronische weg, op grond van de gegevens die op de cheque voorkomen. De niet-betaling door de betrokkene geeft aanleiding tot een tegengestelde gegevensstroom, die uiteindelijk resulteert in een tegenboeking in de rekening van de begunstigde. Deze werkwijze houdt in dat de cheques worden betaald zonder verificatie van de handtekening. Het fonds kan wel worden geverifieerd, zij het dat de verificatie niet plaatsgrijpt op het tijdstip dat de cheque aan de begunstigde wordt uitbetaald, of zijn rekening, bij wijze van voorlopig "rechtstreeks" krediet, wordt gecrediteerd. De gehele regeling steunt op risicoverdeling, ingegeven door de kosten van het chequeïncasso.

Deze procedures, die van het gemeen chequerecht afwijken zijn noodzakelijk gemaakt door het massale gebruik van cheques als betaalmiddel. Aldus bedroeg het aantal via het U.C.V. uitgewisselde cheques in 1998 45,9 miljoen (tegenover 52,3 in 1997).

De rechtspraak heeft ten aanzien van enkele aspecten van de cheque-inhouding stelling genomen (Cass. 27 september 1990, *Bank Fin.* 1992, 37; Vred. Antwerpen 12 juli 1995, *T.B.H.* 1996, 1046).

De bank die een gestolen cheque heeft uitbetaald zonder na te gaan of de rekening voldoende fonds bevatte, en of de handtekening op de cheque met deze van de trekker overeenstemde, was niet verplicht deze cheque te betalen. Zij heeft derhalve op eigen risico betaald.

De regel van de cheque-inhouding of truncation betreft enkel een interbancaire handelwijze, en is de cliënten niet tegenwerpelijk. Zij wijzigt de controleplichten van de bank niet.

211. Incasso van cheques - aansprakelijkheid van de incassobank

De algemene bedingen inzake risico bij incasso van handelseffecten zijn voor de cliënt verbindend indien hij bij de opening van de rekening erkend heeft er een exemplaar van te hebben ontvangen (Kh. Luik 18 december 1996, *T.B.H.* 1997, 755, noot J.P. BUYLE en X. THUNIS).

Bij het incasso van een cheque had de bank een koerier gekozen waarbij het risico van verlies niet door verzekering werd afgedekt: de bank werd aansprakelijk geacht voor haar keuze van de wijze van verzending.

Aansprakelijkheid van de bank vloeit ook voort uit het feit dat zij gedurende zes maanden de opdrachtgever in onwetendheid heeft gelaten van het verlies van een cheque, en die door de verrichting eerst tien maanden later te contrapasseren, de cliënt in de waan heeft gelaten dat hij geen verlies zou lijden (Kh. Luik 18 december 1996, *T.B.H.* 1997, 755, noot J.P. BUYLE en X. THUNIS).

212. Interbancaire relaties - verrekeningskamer - bindende aard

De statuten en de reglementen van de Verrekeningskamer die bij de Nationale Bank zijn ingesteld, hebben bindende kracht tussen de banken. Miskenning van deze regelen, onder meer de niet tijdige teruggave van te incasseren cheques, heeft tot gevolg dat de betaling tussen de banken definitief is (Kh. Brussel 18 november 1993, *T.B.H.* 1994, 1111, noot J.P. BUYLE en X. THUNIS).

Behoudens de gevallen die uitdrukkelijk in het reglement zijn bepaald, kunnen de verrichtingen niet ongedaan gemaakt worden gezien zij niet enkel de rechtsbetrekkingen tussen de procespartijen, maar ook tussen alle andere leden van de Verrekeningskamer betreffen.

C. RECHTSPOSITIE VAN DE BETROKKENE

213. Algemeen

In het gemene chequerecht is de betrokkene passieve chequepartij: hij is tot betaling gehouden tegenover de trekker, zijn opdrachtgever, doch niet tegenover de begunstigde. In beginsel zou de betrokkene enkel mogen betalen op voorlegging van een regelmatige door de trekker ondertekende cheque, waarin een conform de wettelijke vereisten geformuleerd

betaalbevel staat vervat. Eerst in dat geval betaalt hij bevrijdend in zijn verhouding tot de trekker. Zijn betaling zal derhalve niet bevrijdend zijn, indien hij heeft betaald op voorlegging van een document dat niet van de trekker uitgaat, bij voorbeeld omdat diens handtekening werd vervalst. Vandaar dat men er goed aan doet het onderscheid te maken tussen de betrokkene die een cheque betaalt, en deze die, vertrouwend op de echtheid van het voorgelegde document, betaald heeft op voorlegging van een chequeformulier.

214. Cheque of chequeformulier

Verwonderlijk is de bewering van het hof te Luik dat een chequeformulier waarop de handtekening van de trekker werd vervalst, toch nog een cheque is (Luik 9 juni 1994, *T.B.H.* 1995, 1024, noot J.P. BUYLE en X. THUNIS; (bevestigt Kh. Verviers 28 januari 1992, *T.B.H.* 1993, 1006), ook Brussel 11 september 1995, *Bank Fin.* 1995, 605): een dergelijk document steunt niet op de wilsuiting van de trekker. Dat de betrokkene toch nog bevrijdend kan betalen steunt op een andere overweging, die hierna wordt vermeld.

215. De stellers van de chequewet waren zich bewust van de praktische moeilijkheden die zich zouden voordoen wanneer elke cheque door de betrokkene zou moeten worden gecontroleerd op zijn authenticiteit. Vooral in het licht van het hedendaagse massale chequeverkeer werd de zorgvuldigheidsnorm, waartoe de betrokkene gehouden is, verlaagd, terwijl de bewijslast van diens eventuele fout werd omgekeerd. Dit is de draagwijdte van artikel 35 lid 2 Ch. W. luidens hetwelk de betrokkene bevrijdend betaalt ten aanzien van de trekker, "tenzij hem bedrog of grove schuld is te wijten". De aansprakelijkheden in het kader van de werking van het chequemechanisme werden door dit voorschrift verlegd: de normale risico's zijn ten laste van de trekker, enkel de grove fouten komen voor rekening van de bank. De trekker is immers best in staat het risico te bewaken, met name zorg te dragen voor de hem door de bank afgeleverde chequeformulieren (dit argument wordt uitdrukkelijk in sommige vonnissen vermeld. Zie ook: K. BYTTEBIER, *Algemene bankvoorwaarden en girale betaalinstrumenten-Actuele ontwikkelingen in de rechtsverhouding tussen bank en consument*, Antwerpen-Apeldoorn, Maklu, 1994, 297)

Deze regeling moet gelezen worden in samenhang met het door de Belgische wetgever tot de Eenvormige Wet toegevoegde artikel 35 bis, waarover meer hierna.

Het vraagstuk komt herhaaldelijk in de hier onderzochte rechtspraak aan bod, hoofdzakelijk in verband met gestolen en verloren cheques. Deze zijn per hypothese geen cheques aangezien zij niet door de rechtmatige titularis, als trekker, werden ondertekend. Indien de bank deze heeft betaald - wat frequent voorkomt ten gevolge van de massale verwerking van cheques in het kader van het hedendaagse betalingsverkeer - zal deze betaling nochtans bevrijdend zijn, tenzij de trekker kan bewijzen dat de bank een grove fout heeft gepleegd. Hierbij wordt terecht verwezen naar de vertrouwensfunctie - en niet naar de monetaire rol, zoals soms nog wordt vermeld - van dit waardepapier. Het was dit onderscheid tussen chequeverbintenis en risicoaansprakelijkheid dat het in het vorige nummer vermelde arrest van Luik niet duidelijk heeft gemaakt.

216. Verificatieplichten van de betrokkene-bank - verificatie van de endossementen

De bank betaalt bevrijdend wanneer zij zich ervan heeft vergewist dat de cheques haar worden aangeboden op grond van een ononderbroken reeks van endossementen, op grond waarvan de houder als schuldeiser wordt aangewezen (art. 35 lid 1). De bank hoeft zich niet in te laten met de controle van de handtekeningen van de endossanten noch met de verrichtingen die tot deze endossementen hebben geleid. Naar omstandigheden zou men de aansprakelijkheid van de bank kunnen aanvaarden, indien zij, als normaal diligente bankier, op grond van bijzondere specifieke gegevens, had moeten ontdekken, of minstens dat verdenkingen bij haar hadden moeten opkomen, dat de houder de cheques op ongeoorloofde wijze incasseerde, zodat zij derhalve voorzorgsmaatregelen had moeten nemen om het misbruik te doorprikken.

In het onderhavige geval was hiervan geen sprake: de boekhouder van enkele vennootschappen had op eigen naam een reeks cheques geïncasseerd voor een bedrag van meer

dan 7 miljoen Fr. Deze cheques waren getrokken ten behoeve van deze vennootschappen, met vervalsing van de handtekening van de gedelegeerd bestuurder van deze vennootschappen. Hij had de cheques geïncasseerd op zijn persoonlijke rekening. De bank kan geen verwijt worden gemaakt nu zij niet op de hoogte was van de financiële moeilijkheden waarin de boekhouder zich bevond. De bank kan geen onrechtmatige handeling worden verweten die in causaal verband staat tot de schade van de benadeelde vennootschappen (Bergen 16 juni 1992, *Bank Fin.* 1994, 238, noot J.F. ROMAIN).

217. De grove fout van de betrokkene

Dikwijls hebben trekkers die het slachtoffer zijn geweest onder meer van verlies of diefstal van hun chequeformulieren gepoogd de grove fout van de betrokkene te bewijzen. Duidelijkheidshalve dient opgemerkt dat deze regelen ook worden - doch in de regel vruchteloos - ingeroepen in verband met eurocheques, waarover verder meer.

Op grond van het tweede lid van art. 35 betaalt de betrokkene bevrijdend ten aanzien van de trekker, "tenzij hem bedrog of grove schuld is te wijten". Wanneer een dergelijke tekortkoming voorligt, geeft aanleiding tot uiteenlopende casuïstiek:

- de onderzoeks- en verificatieplichten van de betrokkene zijn in de regel beperkt: hij moet de handtekening van de trekker nazien, en bij flagrante discrepantie moet hij de betaling weigeren (Luik 7 april 1995, *Rev. rég. droit* 1995, 311); zonder hierbij te werk te moeten gaan als een schriftdeskundige (vaststaande rechtspraak, zie o.m. Luik 7 april 1995, *Rev. rég. droit* 1995, 311; Kh. Brussel 29 januari 1992, *T.B.H.* 1993, 1008; Kh. Antwerpen, 2 oktober 1992, *T.B.H.* 1993, 1019). De verificatieplicht van de betrokkene moet op een redelijke wijze worden toegepast. Bekend is de gedachte dat hij geen grafologische onderzoeken dient in te stellen. Rekening houdend met de grote aantallen cheques die in omloop zijn gebracht dient een verlaagde standaard aanvaard te worden: deze treft men aan in de artt. 35 en 35 bis. Indien de betrokkene geen bedrog noch grove schuld ten laste kan worden gelegd, draagt de trekker het risico.

In navolging van bepaalde auteurs werd geargumenteed (onder meer VAN RYN en HEENEN, *o.c.*, d. III, nr. 611, 462, en de aldaar vermelde rechtspraak; zie Luik 9 juni 1994, *T.B.H.* 1995, 1024, noot J.P. BUYLE en het vonnis a quo; ook Brussel 11 september 1995, *Bank Fin.* 1995, 605) dat de betrokkene, krachtens bankgebruik de handtekening van de trekker op cheques voor kleine bedragen niet hoeft te verifiëren. Het Hof van Cassatie (Cass. 27 september 1990, *Bank Fin.* 1992, 37) heeft deze gedachte in duidelijke bewoordingen van de hand gewezen: het is een wezenlijk bestanddeel van de overeenkomst tussen trekker en betrokkene dat deze laatste eerst zal betalen op voorlegging van stukken die de handtekening van de trekker dragen. Deze verplichting kan niet het voorwerp zijn van een exoneratiebeding (dit kon reeds worden gesteund op Cass. 25 september 1959, *A.C.* 1960, 86). Dit geldt te meer nu in consumentenzaken dergelijke exoneratiebedingen strijdig zijn met de WHPC (art. 32, 11°).

- de betrokkene mag de betaling weigeren onder meer aan een manifest niet gerechtigde houder; in gevallen waarin wezenlijke twijfel voorlag betreffende het rechtmatig houderschap van de persoon die de cheque ter betaling aanbood, moet hij bijkomende veiligheidsmaatregelen nemen. Naargelang de omvang van de cheque zal de bank nauwkeuriger toezien. Aldus oordeelde de rechtbank van koophandel te Brussel (Kh. Brussel 22 september 1995, *T.B.H.* 1996, 1052) dat de bank die een cheque in contanten uitbetaalt aan een jonge Zaïrees, welke cheque enkele grafische anomalieën blijkt te bevatten, niet vrijuit gaat: voorafgaand aan de betaling had de betrokkene, de trekker, haar klant, moeten contacteren. Het hof te Luik (Luik 7 april 1995, *Rev. rég. droit* 1995, 311) oordeelde daarentegen dat de bank zich onvoorzichtig had gedragen door sommige gestolen chequeformulieren te betalen ofschoon zij de betaling van andere had geweigerd. Haar verhaal tegen de titularis van de rekening voor laatstgenoemde werd dan ook geweigerd.

Hoe ver deze verificatieplicht van de betrokkene bij een gewone cheque reikt wordt verduidelijkt in het vonnis van de rechtbank van koophandel te Brussel (Kh. Brussel 29 januari

1992, *T.B.H.* 1993, 1008). Zelfs bij uitbetaling in contanten moet de betrokkene niet meer dan de gebruikelijke verificaties verrichten. Aldus is hij niet verplicht de trekker om bevestiging te vragen. Dit geldt zelfs bij relatief belangrijke cheques (Brussel 19 november 1992, *T.B.H.* 1993, 1036, noot J.P. BUYLE en X. THUNIS). Doch de omstandigheden kunnen de betrokkene tot grotere diligentie verplichten: ook de betrokkene moet immers zijn overeenkomst met redelijke zorgvuldigheid uitvoeren.

- is het een fout van de betrokkene wanneer hij heeft betaald ofschoon er geen fonds aanwezig was? Het argument luidt dat in beginsel de bank niet tot betaling van cheques overgaat als er geen voldoende fonds voorhanden is. Kan deze regel ook door de titularis van een regelmatig uitgeschreven cheque worden ingeroepen? Het antwoord is dat de trekker de betrokkene niet kan verwijten de cheque betaald te hebben niettegenstaande de afwezigheid van voldoende fonds. Het is niet ongebruikelijk dat de banken hun klanten kasfaciliteiten verlenen (aldus: bv. Brussel 19 november 1992, *T.B.H.* 1993, 1036, noot J.P. BUYLE en X. THUNIS), mede ook om te vermijden dat de trekker een strafrechtelijke inbreuk maakt. Overigens beroept deze trekker zich op zijn eigen onrechtmatig, strafrechtelijk gesanctioneerd gedrag.

- kan de betrokkene niet verweten worden chequeformulieren verspreid te hebben die middels "afwassen" konden worden vervalst: de formulieren waren niet verschillend van deze die zijn vastgesteld door het technische comité van de eurocheque-gemeenschap (aldus: bv. Brussel 19 november 1992, noot J.P. BUYLE en X. THUNIS, die een overzicht geven van de uiteenlopende Franse rechtspraak op dit punt).

- het is geen grove fout een cheque te betalen, ofschoon hij werd vervolledigd in een ander handschrift dan dat van de trekker, gelet op de frequentie waarmee dit gebeurt, o.m. bij blanco cheques die door de houder worden ingevuld (aldus: bv. Brussel 19 november 1992, *T.B.H.* 1993, 1036, noot J.P. BUYLE en X. THUNIS).

218. Verlies en diefstal van chequeformulieren

Wanneer chequeformulieren worden gestolen, moet de aansprakelijkheid van de betrokkene worden beoordeeld aan de hand van art. 35, terwijl de residuaire aansprakelijkheid van de trekker steunt op art 35 bis. Aan de aansprakelijkheidsregeling tussen trekker en betrokkene ligt een cascaderegeling ten grondslag. De betrokkene kan in het normale verkeer betalen, tenzij hij bedrog of grove fout heeft gepleegd. Is dit niet het geval, zo weegt het risico op de trekker, die best geplaatst is om de risico's te beheersen. Indien noch trekker, noch betrokkene enige fout hebben begaan, draagt de trekker het residuaire risico. Deze regeling geldt voor cheques. Zij geldt ook voor chequeformulieren, die op onregelmatige wijze in omloop werden gebracht. Indien deze "schijnbare cheques" betaald werden, en de bank bij deze betaling de vereiste diligentie aan de dag heeft gelegd, zal de betaling door de betrokkene bevrijdend zijn, in zijn verhouding tot de trekker. Ook in dit geval draagt de trekker het residuaire risico. Deze regeling verduidelijkt dat er geen ruimte bestaat om met een lichte fout van de trekker rekening te houden: zowel bij lichte fout, zware fout, als zelfs zonder fout is de trekker steeds aansprakelijk, voor zover hij ten laste van de betrokkene geen grove fout kan aantonen. De omstandigheid dat de bank bij wie de cheques werden geïncasseerd, zich lichtvaardig en dus foutief heeft gedragen, doet niet af aan deze aansprakelijkheid, die enkel de verhouding tussen trekker en betrokkene betreft (Antwerpen 12 oktober 1993, *o.c.*, *T.B.H.* 1994, 1093).

219. Art 35 bis - vervalsing - aansprakelijkheid van opeenvolgende houders

Op de regel van art. 35 bis waarbij de titularis van chequeformulieren aansprakelijk wordt gesteld wegens verlies of diefstal, bepaalt hetzelfde artikel een uitzondering voor het geval "de cheque verloren, gestolen of vervalst werd nadat de wettig geadresseerde hem heeft ontvangen". Indien deze laatste hetzelfde bewijs levert wordt de schade door de volgende geadresseerde gedragen, enz. Deze regel betreft de cheque, die regelmatig door een trekker in omloop is gebracht.

De Rechtbank van Koophandel te Brussel (Kh. Brussel 24 september 1993, *T.B.H.* 1994, 1085, noot J.P. BUYLE en X. THUNIS) paste deze regel toe op een geval waarin een

handelsfirma als begunstigde cheques van diverse klanten had ontvangen en deze had gedeponereerd in de brievenbus van de bank, voor incasso. De cheques werden gestolen, en na vervalsing geïncasseerd. De trekker sprak de begunstigde aan in betaling van het verschil tussen het werkelijke en het vervalste bedrag, zoals dit laatste lastens zijn rekening werd gedebiteerd.

De rechtbank stelde vast, dat althans volgens de toen geldende regelen, het deponeren van cheques ter incasso in de brievenbus van de bank, geen onvoorzichtigheid uitmaakte in hoofde van de begunstigde. Deze bewering lijkt, minstens in het kader van latere rechtspraak voor discussie vatbaar (zie Kh. 22 september 1996, *T.B.H.* 1996, 1052, waar het risico voor rekening van de houder kwam: de betrokkene heeft deze faciliteit ter beschikking gesteld van haar klanten, die er op eigen risico gebruik van maken).

Anderzijds kan de bank, bij wie de cheque op deze wijze gedeponereerd wordt niet aansprakelijk gesteld worden indien de cheques later blijken verdwenen te zijn (Kh. Brussel, 29 januari 1992, *T.B.H.* 1993, 1008).

Luidens het vonnis dient overeenkomstig art. 35 bis het verlies niet ten laste te komen van de begunstigde, vermits de vervalsing eerst had plaats gegrepen nadat hij de cheque uit handen heeft gegeven (zie andersluidende commentaar in annotatie, *T.B.H.* 1994, 1091). Het ultieme risico komt aldus ten laste van de trekker. Deze oplossing lijkt toch verwonderlijk: het stond vast dat de vervalsing was gebeurd nadat de begunstigde de cheques uit handen had gegeven, met name had gedeponereerd voor incasso in de brievenbus. De oplossing lag in artikel 35 bis, laatste zin: de trekker moet niet instaan, indien de vervalsing gebeurd is nadat de "de wettig geadresseerde" hier de begunstigde de cheque had ontvangen. Deze oplossing klemt te meer nu de trekker de begunstigde had kunnen verwijten onvoldoende diligent te zijn bij het incasso van de cheques (zie over de diligentieplicht inzake incasso hoger nr. 211).

220. Bankcheque - bewijs van betaling - bewijslast

Een dame had twaalf jaar na de uitgifte ervan een bankcheque, die door de bank getrokken was op haarzelf, teruggevonden. Zij hield voor dat de cheque nooit betaald was geworden, en vorderde van de bank niet de betaling van de cheque, doch de uitvoering van de onderliggende vordering. Geen van beide partijen bleek nog in staat de verrichting precies te reconstrueren. Op het vlak van het bewijs stelde het hof te Brussel (Brussel 28 oktober 1993, *J.T.* 1994, 296) dat de regel van de bewijsvrijheid geldt wanneer het gaat om het bewijs te leveren van de betaling van een handelseffect (aldus VAN RYN en HEENEN, *o.c.*, d. III, nr. 43, 52; DIEUX, "La preuve en droit commercial belge", *R.D.C.B.* 1986, 92, nr. 4).

Gezien de bank geen bewijs van de redenen van haar betaling kon voorbrengen werd zij veroordeeld tot betaling van de onderliggende schuld.

Opvallend is dat de bewijslast van de eiser werd beperkt door de voorlegging van de cheque: ook nadat hij zijn rechtskracht als cheque heeft verloren, kan het document nog als gemeenrechtelijk bewijsmiddel dienen voor de onderliggende verbintenis. De vervallen cheque geldt dan als gemeenrechtelijke schuldbekentenis (in die zin, voor de wisselbrief: J. RONSE, *o.c.*, 99, vgl. nr. 183).

221. Betaling aan schijnschuldeiser - art. 1376 en 1377 B.W.

De zaakvoerder van een BVBA had de ochtend voor de faillietverklaring van de vennootschap een loketcheque van de bank ontvangen, getrokken op de rekening van de vennootschap. Klaarblijkelijk werd de cheque betaalbaar gesteld ten behoeve van de vennootschap, vertegenwoordigd door de zaakvoerder. De verrichting werd op vrijwillige basis ongedaan gemaakt, waarbij de bank de curator de gehele som terugbetaalde. De fondsen werden in de rekeningen van de vennootschap niet teruggevonden.

In de vordering van de bank tegen de zaakvoerder werd vooreerst overwogen (Bergen 8 december 1993, *T.B.H.* 1994, 919) dat het faillissement retroactief tot nul uur van de dag van faillietverklaring de buitenbezitstelling van de vennootschap tot gevolg had. Bijgevolg heeft de bank de cheque niet bevrijdend betaald, en de fondsen aan de curator overgemaakt.

De terugvordering van de betaling na het faillissement kan niet worden gesteund op art. 1376 B.W. - betaling aan de schijnschuldeiser - doch wel op art. 1377 B.W. - betaling aan een vermeende schuldeiser, zonder oorzaak. Doch de betaling was geschied ten behoeve van de vennootschap, de ware schuldeiser, die evenwel ten gevolge van het faillissement buiten bezit

was gesteld. De handeling was derhalve enkel de rechtspersoon, niet de zaakvoerder toerekenbaar, en deze kan niet tot terugbetaling worden gedwongen. De omstandigheid dat de gelden niet in de failliete massa werden teruggevonden, werd niet relevant geacht. Wellicht had de curator de zaakvoerder kunnen verplichten rekening en verantwoording af te leggen. Maar dit was niet meer het voorwerp van het geding.

222. Verjaring - art. 52 bis

Deze bepaling verleent de houder, na verjaring van de chequerechten een aanspraak tegen de trekker die geen fonds heeft bezorgd, evenals tegen de trekker of de endossant die zich onrechtmatig mocht hebben verrijkt. In casu werd betwist of deze vordering van chequerechtelijke dan wel van gemeenrechtelijke aard was (zie J. RONSE, d. 2, nr. 2199, 664 voor een overzicht van de mogelijke verschilpunten). De juiste inzet van deze betwisting blijkt niet uit het hierna vermelde arrest.

In een het Hof van Cassatie voorgelegd verhaal had het hof van beroep geoordeeld dat de vordering op grond van artikel 52 bis niet van chequerechtelijke aard was, zodat de eiser zich diende te beroepen op de oorspronkelijke overeenkomst. Hierbij werd verwezen naar Van Ryn en Heenen (VAN RYN en HEENEN, *o.c.*, d. III, nr. 623 e.v.). De eiser in cassatie had de feitenrechter verweten zich ten onrechte op de oorspronkelijke overeenkomst te moeten steunen. Hij werd door het Hof afgewezen: het Hof (Cass. 26 november 1992, *Pas.* 1992, I, nr. 755, 1309; *R.W.* 1992-1993, de juiste toedracht van de betwisting blijkt niet uit het besproken arrest) oordeelde dat de bedoelde vordering een gemeenrechtelijke is. De feitenrechter kon derhalve terecht oordelen dat de "vordering niet van chequerechtelijke aard was, zodat de eiser zich op de onderliggende rechtsverhouding moet beroepen".

De vraag welke de juridische aard van deze vordering is het voorwerp van uiteenlopende stellingnames. Deze worden uitvoerig behandeld in de studies die de gelijklopende bepaling in de wet op de wisselbrief hebben ontleed (art. 70 bis). Fredericq meende dat de vordering wisselrechtelijk was voor wat betreft de hypothese waarin de trekker geen fonds heeft bezorgd: hij heeft zich immers schuldig gemaakt aan een schending van de wet op de wisselbrief. De vordering inzake vermogensvermeerdering zonder oorzaak daartegen zou van gemeenrechtelijke aard zijn (FREDERICQ, *Traité de droit commercial belge*, d. 10, Gent, Editions Fecheyr, 1954, nr. 184, p. 521 e.v.). Ronse, verwijzend naar de Zwitserse en Duitse rechtsbonnen, nam aan dat het om een wisselrechtelijke vordering ging, die als overblijfsel van de oorspronkelijke door verjaring aangetaste wisselvordering blijft voortbestaan. Van Ryn en Heenen (J. VAN RYN en J. HEENEN, *Principes de droit commercial*, d. III, Brussel, Bruylant, 1981, nr. 499, 378) denken dat hier bijzondere vorderingen ("recours spéciaux") werden ingesteld die in werking treden eens de verjaring is ingetreden.

De zienswijze van het Hof kan worden gesitueerd in het meer algemene vorderingenstelsel van de houder van een wisselbrief. Niet betwist wordt dat hij steeds kan vorderen op grond van de wisselbrief, of op grond van de onderliggende rechtsverhoudingen, in het laatste geval voor zover hij wederpartij is van de wisselschuldenaar, of deze zich tegenover hem zou hebben verbonden (zie voor het geval van schuldtoetreding, Cass. 28 mei 1964, *R.W.* 1964-1965, 918). Hierbij kan nog een onrechtmatige daadsvordering komen, die vooral bij de cheque wezenlijke betekenis heeft. In geval van verjaring van de wissel- of chequevordering blijven deze laatste mogelijkheden onverkort verder bestaan, overeenkomstig de eigen regelen van toepassing op de onderliggende rechtsverhouding of de onrechtmatige daadsvordering.

Indien het Hof heeft gemeend dat de houder van een verjaarde wissel of cheque op de vordering uit de onderliggende rechtsverhouding dient terug te vallen had de wetgever de artikelen 70 bis W.b. of 52 bis Ch. W. niet moeten uitvaardigen. De hypothese dat de wetgever zich heeft vergist is des te minder geloofwaardig nu hij specifieke voorwaarden aan de vordering heeft gesteld, met name enerzijds uitgifte zonder fonds, anderzijds vermogensvermeerdering zonder oorzaak. De eerste hypothese leunt sterk aan bij de onrechtmatige daadsvordering: sterker bij de cheque dan bij de wisselbrief kan men aanvaarden dat de trekker die een cheque of wisselbrief zonder voldoende fonds heeft uitgegeven zich onrechtmatig heeft gedragen. Indien de houder zijnerzijds de wissel of de cheque heeft laten verjaren, zal men dit gebrek aan diligentie afwegen tegen dat van de trekker. De trekker die

fonds heeft bezorgd, gaat vrijuit: het verlies van het verhaal is te wijten aan het stilzitten van de houder. Men kan de trekker in geen geval verplichten langer dan zes maanden - de verjaringstermijn - gelden op zijn rekening te houden. Indien er geen gelden op zijn rekening bij de betrokkene geboekt stonden, weegt de fout van de trekker zwaarder door: hij zal blijven instaan, zelfs na verjaring. Indien men deze analyse volgt dient men te aanvaarden dat de vordering na verjaring een op de chequewet steunende vordering is, wellicht als "sui generis" te kwalificeren, evenwel verwant met de onrechtmatige daadsvordering. Zij moet nochtans onderscheiden worden van de causale vordering, die in elk geval blijft voortbestaan.

Een analoge redenering kan men volgen voor de hypothese van de vermogensvermeerdering zonder oorzaak: indien er een oorzaak is die aannemelijk maakt waarom het fonds is teloorgegaan - bij voorbeeld: de betrokkene is failliet gegaan - dan komt dit risico voor de houder.

223. Cheque - bevoegdheid - EEX

De Belgische rechtbanken zijn *ratione loci* onbevoegd om een geschil te beslechten inzake de betaling van een cheque getrokken op een Nederlandse bank (artt. 2 en 5 EEX) (Kh. Antwerpen 27 mei 1994, *T.B.H.* 1995, 1022, noot J.P. BUYLE en X. THUNIS).

PARAGRAAF 2. HET RECHT VAN DE EUROCHEQUE

224. Het eurochequesysteem

Het eurochequesysteem zoals ontwikkeld door de Belgische en andere Europese banken, steunt op een stel contractuele verhoudingen, die worden aangegaan in het licht van de trekking van een cheque (voor een goed gedocumenteerd overzicht van deze materie zie F. NICHELS, "De aansprakelijkheid bij verlies of diefstal van postcheckformulieren en de draagwijdte van de wettelijke verplichting tot betalen van een gewaarborgde postcheck", annotatie onder Cass. 25 januari 1996, *T.B.H.* 1996, 896-904). Op grond van deze verbinden de banken zich om een geldsom te betalen, zoals aangeduid op de cheque, voor zover voldaan is aan de voorwaarden bepaald in de eurocheque-overeenkomst.

Deze voorwaarden zijn genoegzaam bekend:

- de waarborg strekt zich uit tot hoogstens 7.000 BEF.; boven dit bedrag kan de houder zich niet op de waarborg beroepen; de trekking van meerdere cheques tot het bedoelde bedrag is geoorloofd en doet de waarborg voor elk van deze cheques ontstaan (Luik 14 februari 1985, *J.L.M.B.* 1985, 215; Kh. Charleroi 3 april 1985, *J.T.* 1985, 428; O. POELMANS, "Vol, perte et utilisation abusive d'eurocheques. Chronique de jurisprudence (1975-1992)", *J.T.* 1993, 418);
- de voorlegging van een ingevuld eurochequeformulier; een ogenschijnlijk regelmatig ingevulde cheque moet worden voorgelegd;
- er dient overeenstemming te zijn tussen de handtekening op de cheque en deze op de chequegarantiekaart;
- er dient overeenstemming te zijn tussen het nummer van de chequegarantiekaart, en het nummer dat op de keerzijde van de cheque is vermeld;

Een cheque uitgegeven op een eurochequeformulier voor een bedrag dat 7000 Fr. overschrijdt is onderworpen aan de regel van het gemeen chequerecht, niet van de afwijkende eurochequeregeling (vgl. Antwerpen 12 juli 1995, *T.B.H.* 1996, 1046).

Eens aan deze voorwaarden is voldaan heeft de houder van dit document een vordering tegen de betrokkene tot betaling van het bedrag dat op de cheque is aangeduid. Deze vordering steunt niet op de cheque - een vergissing die menig gebruiker van dit betaalsysteem heeft begaan - maar op de zelfstandige garantie die de bank is aangegaan tegenover de houder. Het garantiebeding loopt derhalve parallel ten opzichte van het chequemechanisme. De houder vordert niet de betaling van de cheque, doch beroept zich op de garantie. Deze is verschuldigd van zodra, louter formeel, aan de voormelde voorwaarden is voldaan. Het voorleggen van een cheque vervult hier enkel de rol van voorwaarde van eisbaarheid van de som, doch is niet de

grondslag van de vordering. De bank verbindt zich, niet als betrokkene, doch als schuldenaar van een garantieverbintenis (vgl. Bergen 9 oktober 1992, *J.T.* 1993, 162, waar de gedachte van de garantie op grond van eenzijdige wilsverklaring duidelijk wordt geformuleerd. Doch de garantie slaat op de betaling van de cheque, niet op de betaling van een geldsom). De garantie is, als extra-chequerechtelijke verbintenis niet strijdig met het verbod van acceptatie van de cheque zoals geformuleerd in art. 4 van de chequewet.

Deze garantie is best vergelijkbaar met de "zelfstandige garanties" die hoger nr. 56 werden besproken. Ook hier verbindt de bank zich, niet tot betaling van de schuld van de partij wiens verbintenis wordt gewaarborgd, doch tot een eigen, zelfstandige verbintenis die er in bestaat dat zij, in de regel op eerste verzoek, al dan niet op voorlegging van de bedongen documenten, de vermelde som aan de begunstigde zal overhandigen. De bank verbindt zich niet tot betaling van de schuld van de schuldenaar: dit zou immers een borgtocht zijn.

Zoals in de zelfstandige garanties is de begunstigde van een eurocheque gerechtigd de betaling te bekomen van zodra aan de formele voorwaarden van de garantieverklaring is voldaan, ongeacht of de opdrachtgever van de garantie - vgl. de trekker van de cheque - de bedoelde som ook verschuldigd is. Tegen de betaling van de garantie kan niet worden opgekomen tenzij de afroep ervan een manifest misbruik uitmaakt, of manifest strijdig is met de openbare orde. Doch inzake chequegaranties zal de opdrachtgever er zelden in slagen een betaalverbod op te leggen, gezien de identiteit van de - doorgaans bij misbruik: buitenlandse - begunstigde meestal eerst bekend wordt nadat de cheque is uitgeschreven, en door een aangesloten bank is betaald. Zoals inzake garantie worden herroeping en verzet van de opdracht uitgesloten: de bank verbindt zich met name in eigen naam, en deze verbintenis kan door de opdrachtgever niet achteraf ongedaan worden gemaakt (enigzins in die zin: Kh. Brussel 23 januari 1992, *T.B.H.* 1993, 1029, waar verduidelijkt wordt dat de bank moet betalen zelfs bij gebruik van een valse garantiekaart, of zonder de garantiekaart die aan de trekker werd uitgereikt).

Het systeem van de eurocheque heeft aanleiding gegeven tot heel wat wrijvingspunten, hoofdzakelijk wanneer chequeformulieren werden ontvreemd en in het buitenland geïncasseerd. Tegenover de schrijnende toestanden die hieruit zijn ontstaan hebben de banken weinig tegengewichten uitgedacht.

Het risico voor de onfortuinlijke trekkers werd in vele gevallen afgedekt door middel van een verzekering: deze dekt evenwel slechts een deel van het risico, anderzijds wordt de dekking door de bank voor ieder geval bij individuele beslissing toegekend. Indien de trekker nalatig is geweest - wat door de bank wordt beoordeeld - dient hij het risico zelf te dragen.

Een zogenaamde alarmprocedure, waarbij de andere banken worden verwittigd werd ook ingesteld: deze is inefficiënt, aangezien zij enerzijds juridisch niet verplichtend is, anderzijds niet over geheel Europa kan worden uitgebreid (zie Rb. Brussel 7 april 1992, *T.B.H.* 1993, 1032, noot J.P. BUYLE en X. THUNIS, waar de weerslag op de aansprakelijkheid van de betrokkene werd vermeld; Brussel 11 september 1995, *Bank Fin.* 1995, 608). Onduidelijk is wat de juridische draagwijdte van een dergelijk alarm zou zijn.

Sinds meerdere jaren waarschuwen de banken voor de gevaren van oneigenlijk gebruik van de eurocheque: zij stellen dat eurochequeformulieren gelijk te stellen zijn met baar geld. Meer recent raden zij het gebruik van cheques, ook van eurocheques om kostenredenen af. De laatste jaren is het chequeverkeer, in aantal uitgegeven cheques, aanzienlijk teruggelopen.

In 1999 werd uiteindelijk beslist de uitgifte van eurocheques stop te zetten vanaf 1 januari 2002. Hiermede zal een vraagstuk dat heel wat gebruikers, vooral particulieren sinds een drietal decennia heeft geplaagd, definitief van de dagorde verdwijnen. In de rechtspraak zal men ook in de toekomst nog wel een aantal oude betwistingen aantreffen.

225. Wet Handelspraktijken

De toetsing van het eurochequesysteem aan de wet van 14 juli 1991 betreffende de handelspraktijken en de bescherming van de consument laat toe heel wat vragen op te werpen inzake verenigbaarheid van het systeem met deze wetgeving. In de literatuur werden deze vragen aan de orde gesteld (zie van F. NICHELS, *o.c.*, in noot sub Cass. 25 januari 1996, *T.B.H.* 1996, 902-904, hierna vermeld). De rechtspraak blijkt in dit opzicht geen nieuwe perspectieven te bieden. Wel werd geoordeeld dat de beperking van de aansprakelijkheid van de betrokkene tot de grove fout geen inbreuk uitmaakt op art. 32, 11° WHPC, nu deze regeling

vervat ligt in art. 35 en 35 bis Ch.W. (Brussel 11 september 1995, *Bank Fin.* 1995, 607). Hiermede wordt evenwel geen antwoord verschaft op de algemene exonatieregeling die ten grondslag ligt van het eurochequemechanisme, waarbij alle risico's - zoals hierna geïllustreerd - ten laste van de cliënt worden gelegd.

226. Verlies en diefstal - toepassingsgebied van de eurochequeregeling

Wanneer zijn de regelen inzake eurocheque van toepassing: van zodra de bank de trekker eurochequeformulieren ter hand heeft gesteld? Of enkel wanneer hij tot de eurocheque-overeenkomst ook is toegetreden?

Men dient onderscheid te maken tussen beide hypothesen: wat de rechtspositie van de trekker betreft, kan men hem enkel tot de bijzondere bedingen van het eurochequemechanisme houden, indien hij tot de overeenkomst heeft toegestemd. Indien geen garantiokaart werd afgeleverd zal men in de regel kunnen aanvaarden dat de trekker tot deze overeenkomst niet is toegetreden, en dus dat de rechtsverhouding tussen de trekker en de betrokkene volgens de regels van het gemene chequerecht wordt behandeld.

De rechtbank van koophandel te Brussel (Kh. Brussel 23 januari 1992, *T.B.H.* 1993, 1029) leidde de toestemming van de trekker tot de eurochequebedingen af uit de omstandigheid dat de bank eurochequeformulieren had overhandigd, dat deze niet werden geweigerd, terwijl de trekker een volmacht had ondertekend om "eurochequeformulieren" af te halen. Deze argumenten zijn niet zeer overtuigend: enerzijds had de bank geen eurochequekaart aan de trekker uitgereikt, anderzijds mag men toch verwachten dat de bank een duidelijk bewijs voorlegt van een zo belangrijke opdracht vanwege de trekker, met name deze om zich namens de trekker onherroepelijk garant te stellen.

De rechtbank was evenwel van oordeel dat de titularis van de rekening het risico moest blijven dragen, zelfs indien hem geen garantiokaart was afgeleverd (zie Rb. Brussel 7 april 1992, *T.B.H.* 1993, 1032, noot J.P. BUYLE en X. THUNIS, waar dit argument werd gehanteerd om de eurochequeregelen uit het debat te weren; vgl. Luik 7 april 1995, *Rev. rég. droit* 1995, 311, waar uit de niet-toekenning van een chequekaart werd afgeleid dat de eurochequeregelen niet van toepassing waren). Hiermede werd de aansprakelijkheid van de betrokkene verward met die van de titularis van de rekening.

Anderzijds bracht deze bank klaarblijkelijk enkel nog eurochequeformulieren in omloop. Overigens werd de casus afgehandeld volgens de regels van het gemene chequerecht, wat juist is nu de eurocheque-regelen niet van toepassing waren.

226. Anders is de positie van de betrokkene: indien zij eurochequeformulieren ter hand heeft gesteld zonder de trekker ook de garantiokaart te overhandigen - wat klaarblijkelijk veel gebeurt gezien vele banken enkel nog eurochequeformulieren gebruiken - moet de bank het risico dragen dat de formulieren ten onrechte in omloop zullen worden gebracht en als grondslag zullen dienen voor haar garantieverbintenis (men kan het de bank dan ook niet euvel duiden dat zij eurochequeformulieren heeft ter hand gesteld: Luik 9 juni 1994, *T.B.H.* 1995, 1024).

Indien de formulieren werden uitgegeven zonder dat de trekker tot het eurochequesysteem is toegetreden, is tussen hen het gemene chequerecht opnieuw toepasselijk: de trekker zal instaan voor het verlies of diefstal van de formulieren, tenzij hij verzet heeft gedaan in handen van de betrokkene. De bank betaalt bevrijdend zo haar geen bedrog noch grove fout te laste kan worden gelegd (art. 35 lid 2, Ch.W.) (vgl. Luik 9 juni 1994, *T.B.H.* 1995, 1024; zie hoger nr. 217).

Dit risico gaat klaarblijkelijk niet zover dat ook gefotokopieerde formulieren tot de aansprakelijkheid van de bank aanleiding zullen geven. De houder van klaarblijkelijk vervalste eurocheques eiste de betaling voor de rechtbank: de voorgelegde chequeformulieren waren evenwel fotocopies van eurocheques. De eiser beweerde dat nu het kaartnummer op de keerzijde voorkwam en het bedrag het maximaal gewaarborgde bedrag niet overschreden was, de garantie verschuldigd was. Derhalve eiste hij betaling van de bank.

De eis werd terecht door de rechtbank afgewezen (Kh. Brussel 28 maart 1997, *T.B.H.* 1998, 818, noot J.P. BUYLE en X. THUNIS): voor eurocheque is vereist dat de

chequeformulieren regelmatige formulieren zijn, ter beschikking gesteld door de bank. Derhalve kan de chequegarantie niet op deze formulieren tot stand worden gebracht.

Het geval illustreert duidelijk de zelfstandigheid van de eurochequegarantie: immers een cheque op een gefotocopieerd document is geldig, vermits de chequewet geen bepaald formulier oplegt. Nochtans kan de betrokkene het gebruik van bepaalde formulieren opleggen. Deze machtigen de betrokkene de betaling te weigeren, zonder evenwel de regresplicht van de trekker te raken.

Indien de uitbetalende bank met reden heeft kunnen geloven dat de formulieren, die haar werden voorgelegd, originele eurocheques waren, zal de betrokkene bank in het kader van haar garantie haar betaalplicht nochtans gestand moeten doen.

227. Dit onderscheid tussen de contractuele verhouding van trekker tot betrokkene en de externe positie van de betrokkene werd duidelijk geïllustreerd in een overigens zeer uitvoerig gemotiveerd en degelijk gedocumenteerd arrest van het hof te Bergen (Bergen 9 oktober 1992, *J.T.* 1993, 162). De casus had betrekking op een klassieke diefstal van eurochequeformulieren, die naderhand in het buitenland werden geïncasseerd. Bijzonder was dat nadat de rekening was gesloten, de titularis nog een bundel chequeformulieren had bewaard. Overigens had hij nooit een garantiekaart ontvangen, en zou deze in elk geval verstreken zijn geweest. Een deel van de cheques werd betaald na het verzet van de titularis.

Het hof ontleedde de casus vanuit art. 35 bis, dat betrekking heeft op verlies en diefstal van chequeformulieren: de titularis dient het risico te dragen van misbruik van zijn formulieren ook wanneer de rekening reeds is afgesloten. Deze bewering was overbodig: de bank was immers niet gehouden de cheques te waarborgen, enkel de betaling van de som die op deze cheques stond vermeld.

Zich steunend op de bedingen van de eurocheque-overeenkomst oordeelde het hof dat de bank verbonden was, zelfs indien geen garantiekaart werd afgeleverd. De vermelding van een kaartnummer doet vermoeden dat een kaart werd gebruikt en dat de betalende bank de vereiste controles heeft uitgevoerd. Doch deze kaart moet niet de kaart van de titularis zijn: het volstaat dat een geldige kaart werd gebruikt, opdat de garantie van de betrokkene verschuldigd zou zijn. De controle van de conformiteit tussen de kaart en de cheque heeft enkel betrekking op de voorgelegde kaart, niet op de kaart van de titularis. Ook verschillen terzake het aantal op de kaart vermelde cijfers hebben geen invloed op de aansprakelijkheid van de bank, vermits enerzijds de eurocheque-instructies terzake geen gegevens bevatten, anderzijds de verificatie van deze cijfers onverenigbaar wordt geacht met de snelheid en vereiste aan vereenvoudiging waarmee dit betaalsysteem moet kunnen functioneren. De uitbetalende bank kan overigens de authenticiteit van de kaart niet nagaan, noch bewijzen: luidens de overeenkomst van de eurocheque-gemeenschap kan de betrokkene enkel betaling weigeren als belangrijke vermeldingen op het document blijken vervalst te zijn geweest.

Het verzet van de trekker heeft geen effect: hij heeft van dit rechtsmiddel werkzaam afstand gedaan.

Dit arrest weerspiegelt de heersende mening en beantwoordt aan een juiste lezing van het eurocheque-mechanisme. Op enkel punten verdient het nadere commentaar. Enerzijds situeert het arrest de problematiek ten dele in het chequerecht, terwijl het eurocheque mechanisme hiervan los staat. Anderzijds verleent het arrest externe werking aan de regelen van de eurocheque-gemeenschap. Op dit punt wordt verder ingegaan (zie verder nr. 235).

229. Eurocheque - onvolledig ingevulde cheques

In welke mate is de garantieverbintenis verworven indien de cheque niet correct werd ingevuld. Vooral de afwezigheid van de verplichte vermeldingen, bedoeld in artikel 1 Ch.W, kan worden onderzocht. Principeel kan men oordelen dat de garantie slechts verworven is indien de cheque, bij de uitbetaling, de uiterlijke kenmerken van een regelmatige cheque vertoont, en derhalve alle verplichte vermeldingen werden ingevuld. Terecht herinnerde de rechtbank eraan dat in het eurochequesysteem, de garantie van de bank onderworpen is aan de voorlegging van een - minstens schijnbaar - regelmatige cheque (Kh. Brussel 25 november 1991, *T.B.H.* 1992, 965). Daarom werd betaling geweigerd aan de houder van een eurocheque, waarop de datum van uitgifte en de plaats van trekking niet waren ingevuld. De cheque werd geacht onregelmatig te zijn, zodat ook de eurocheque-garantie kwam te vervallen.

Bij de beoordeling of de cheque regelmatig is, zal men evenwel ook met de bepaling van artikel 2 van de Ch.W. rekening moeten houden (H. BUCKINX en W. VAN MINNEBRUGGEN, "Aansprakelijkheid in het betalingsverkeer" in E. Wymeersch (Ed.), *Financieel Recht tussen Oud en Nieuw*, Antwerpen, Maklu, 1996, 774-775). Bij afwezigheid van de vermelding van de plaats van trekking, moet luidens artikel 2, lid 4 van de chequewet deze geacht worden getrokken te zijn in de plaats aangegeven naast de naam van de trekker. Uit de feiten blijkt evenwel niet dat een dergelijke plaats werd vermeld op de cheque. De aanwezigheid van de datum van trekking is een wezenlijke vereiste. Doch het is niet vereist dat deze door de trekker wordt aangebracht. De stempel van de bank kan hierbij als geldige datum gelden (Brussel 11 september 1995, *Bank Fin.* 1995, 605; Kh. Brussel 8 april 1993, *J.L.M.B.* 1993, 1112; deze nietigheidsgonden worden immers door de wet zelf geconverteerd. Zie ook G. DAL en C. CORBISIER, *o.c.*, 436).

230. Eurocheque - diefstal - grove fout

De aansprakelijkheid van de betrokkene moet niet anders worden beoordeeld naargelang de chequegarantiekaart al dan niet werd ontvreemd: immers, de te controleren overeenstemming betreft deze tussen de gegevens op de cheque, en deze op de voorgelegde garantiekaart, of deze nu de kaart van het slachtoffer van de diefstal was of niet (Antwerpen 29 juni 1992, *Turnh. Rechtsleven* 1993, 24; zie ook Bergen 9 oktober 1992, *J.T.* 1993, 162, hoger vermeld). Het hof te Bergen oordeelde daarom terecht dat het zonder invloed is op de aansprakelijkheid van de titularis van de chequeformulieren of er al dan niet een garantiekaart werd afgeleverd (Bergen 9 oktober 1992, *J.T.* 1993, 162). Behoudens de gevallen door het hof vermeld - kaart ten name van co-titularis, van volmachtouder - kan men evenzeer het geval vermelden dat de kaart een derde toebehoorde. De begunstigde, of de uitbetalende bank moet immers enkel de overeenstemming tussen de kaart en de ingevulde cheque controleren, ongeacht of deze kaart de titularis toebehoorde of niet (Brussel 29 maart 1990, *D.A.O.R.* 1991, 19, 85; Gent 20 december 1984, *R.W.* 1984-85, 2628). En het tegenbewijs kan door de titularis nagenoeg onmogelijk geleverd worden: luidens het hof te Bergen (Bergen 9 oktober 1992, *J.T.* 1993, 162) zou de klant moeten aantonen dat geen geldige garantiekaart aan de begunstigde werd voorgelegd.

De informatie, die terzake door de banken wordt gegeven, met name dat de kaart en de chequeformulieren op een afzonderlijke plaats moeten worden bewaard, is derhalve voor onjuist te houden.

De voorlegging van een bundel ingevulde eurocheques is geen teken van onregelmatigheid: immers, deze techniek wordt gebruikt om voor alle cheques zekerheid van betaling te bekomen (Kh. Brussel 8 april 1993, *J.L.M.B.* 1993, 1112; zie ook: Luik 14 februari 1985, *J.L.M.B.* 1985, 215; Kh. Charleroi 3 april 1985, *J.T.* 1985, 428). Naar omstandigheden nochtans blijkt de rechtspraak strenger te zijn: aldus oordeelde het hof te Antwerpen dat het gelijktijdig voorleggen van 28 cheques, elk voor het toegelaten maximumbedrag, op een zelfde datum, verdacht was, te meer nu de cheques niet waren gedateerd, en geen plaats van uitgifte vermeldden (Antwerpen 12 oktober 1993, *T.B.H.* 1994, 1093). Inderdaad, indien er andere elementen voorliggen die wijzen op de verdachte oorsprong van de documenten, moet de uitbetalende bank de betaling weigeren. Deze regel geldt als algemene regel in het chequeverkeer. Inzake documentair krediet - dat met deze materie veel gelijkens vertoont - wordt dit beginsel evenzeer ruim aanvaard (inzake documentair krediet wordt dit beginsel strikter toegepast, gelet op de complexiteit van de verrichtingen: zie *United City Merchants Ltd v. Royal Bank of Canada*, (House of Lords) [1982] 2 All.E.R. 720, luidens hetwelk de betaalplicht van de bank enkel kan worden opgeschort zo er bedrog voorlag en de bank er bewijs van bezit. Zie G. SCHRANS en H. VAN HOUTTE, "Internationaal Handels- en Financieel Recht", Leuven, *Acco* 1991, 478).

231. Is controle op de handtekening vereist ?

Zoals bekend is deze betwisting door het Hof van Cassatie duidelijk opgelost, voor wat de gewone cheque betreft: de controleplicht is een wezenlijke verplichting van de betrokkene, waarvan hij zich niet kan exonereren (Cass. 27 september 1990, *Bank Fin.* 1992, 37).

Blijft de vraag of in het eurochequemechanisme de betrokkene moet verifiëren of de handtekening op de eurocheque overeenstemt met deze van de titularis van de rekening. De rechtspraak heeft dit punt duidelijk gesteld: de overeenstemming betreft niet de voormelde, wel deze tussen de handtekening op de garantiekaart, en deze op het chequeformulier (Kh. Brussel 23 januari 1992, *Bank Fin.* 1993, 43; Brussel 11 september 1995, *Bank Fin.* 1995, 609. Zie ook L. LANOYE, “Knelpunten in verband met de (bank) rekening, (euro)cheque en overschrijving”, in WYMEERSCH en BRAECKMANS, *Handels- Economisch en Financieel recht*, 1995, 409; J.P. BUYLE en A. WILLEMS, “La responsabilité professionnelle des banquiers dans l'établissement et l'utilisation de documents”, *Revue de Droit de l'U.L.B.* 1992, 149-150). Dit leidt ertoe dat de betrokkene de overeenstemming van de handtekening van de titularis van de rekening niet meer moet verifiëren (Bergen 9 oktober 1992, *J.T.* 1993, 162 en de aldaar geciteerde rechtspraak). Logisch gesproken kadert deze regel duidelijk in de voormelde analyse van de chequegarantie. In feite leidt hij tot moeilijk te aanvaarden risico's voor de titularis van de rekening, wiens formulieren werden gestolen of vervalst.

Verschillen in de handtekening tussen deze op de onrechtmatig ingevulde chequeformulieren en deze van de rechtmatige trekker zijn geen argument om de betaling van de cheque door de betrokkene niet bevrijdend te achten: immers het eurochequesysteem berust op de overeenstemming tussen de handtekening op de chequekaart en deze op het chequeformulier. Welnu de chequekaart kan, per hypothese niet meer worden voorgelegd, zodat de niet-naleving van deze verplichting niet meer kan worden bewezen (Kh. Brussel 8 april 1993, *J.L.M.B.* 1993, 1112).

Het is evenwel niet vereist dat melding zou worden gemaakt van de identiteitsdocumenten waarvan de vreemde bank de voorlegging heeft geëist.

De buitenlandse uitbetalende bankier begaat geen fout wanneer zij de voorgelegde cheques vergelijkt met de voorgelegde chequekaart, zelfs indien deze een andere chequekaart is dan deze van de titularis - wiens kaart overigens niet gestolen was - en de identiteitsbewijzen - weliswaar vals - toelieten overeenstemming te bewijzen met de gegevens op de cheque (Brussel 13 juni 1997, *T.B.H.* 1998, 820, noot J.P. BUYLE en M. DELIERNEUX; Kh. Brussel 19 oktober 1993, *T.B.H.* 1994, 1095 noot J.P. BUYLE en X. THUNIS). Controle van de identiteit door de uitbetalende bank is, luidens de eurocheque-gemeenschap, slechts verplichtend indien de houder drie of meer cheques gelijktijdig aanbiedt (aldus in Antwerpen 29 juni 1992, *Turnhouts rechtsleven* 1993, 24).

Inmiddels kent deze problematiek hernieuwde belangstelling in het kader van de toepassing van de wetgeving op het gerechtelijk akkoord (W. 17 juli 1997): wat is het lot van voor het akkoord toegekende kredietopeningen eens de akkoordaanvraag door rechtbank in behandeling wordt genomen? Welk effect moet worden gegeven aan clausules die bepalen dat de kredietovereenkomsten een einde zullen hebben eens een akkoord wordt aangevraagd? Reeds enkele beslissingen werden in deze materie gewezen.

De voorzitter te Luik, in kort geding (Voorz. Kh. Luik 4 mei 1988, *Bank Fin.* 1998, 3312, noot M. TISON) diende de vraag te beantwoorden of ook de commissaris inzake opschorting een vraag tot heropenen van een opgezegd krediet kon instellen. Op grond van een meer dan extensieve interpretatie van artikel 24 van de wet - in hetwelk een zekere bewakingsplicht van de commissaris kan worden gelezen - werd zulks beaamd. De kredietverlening werd bevolen op grond van de overweging dat een schuldeiser niet het gehele moratorium dat door alle schuldeisers is toegekend in de war mag sturen. De regel van de voortzetting van de lopende overeenkomsten (art 28 lid 1, Ger. Akk.) verzet zich hier tegen. De bank kan niet, in haar eigen belang en op grond van een beweerde schending van de contractsverplichtingen, zich aan deze regelen onttrekken.

Het beroepsarrest tegen deze beslissing (Luik 15 september 1998, *Bank Fin.* 1998, 525, noot M. TISON) werd gewezen nadat de bank het krediet had heropend. Het hof oordeelde dat aan artikel 28, inzonderheid aan lid 2, een beperkende uitlegging moet worden gegeven: enkel clausules die de beëindiging van de overeenkomst specifiek verbinden aan de akkoordaanvraag, blijven zonder gevolg. Clausules daartegen die bepalen dat de overeenkomst zal worden beëindigd op grond van wanprestatie blijven onverlet. (I. VEROUGSTRAETE, “Manuel du curateur”, nr. 143 e.v.). De bank behoudt derhalve het recht de overeenkomst op te zeggen, onder meer wegens wanprestatie. Hierbij behield het hof zich het recht voor de opzegging als

abusief aan te merken indien de opzegging gesteund zou zijn op de overweging dat de schuldenaar een akkoord heeft aangevraagd. In welke mate het krediet kan worden heropend nadat het door de bank werd opgezegd, wordt daarbij door het hof gesubsumeerd. In de annotatie onderschrijft Tison de lezing van het hof. Hij wijst op het belang van de analyse van de feitelijke omstandigheden waarin de bank tot de beëindiging van het krediet besluit, waaruit noch rechtsmisbruik mag blijken, noch de overweging dat het krediet werd beëindigd omwille van de akkoordaanvraag.

232. Verlies en diefstal - verschil inzake kaartnummers

Op een bepaald tijdstip werd de verwachting gewekt, aangemoedigd door een arrest van het hof van beroep te Luik (Luik 2 november 1989, *J.L.M.B.* 1990, 1264), dat de trekker aan zijn betaalplicht zou kunnen ontsnappen indien blijkt dat het kaartnummer, dat door de uitbetalende bank moet worden geverifieerd, anders gestructureerd is dan de in België gebruikelijke kaartnummers. Immers, de uitbetalende banken beschikken in hun handleidingen voor eurocheque, over een overzicht van de in de onderscheiden landen gebruikelijke kaartnummers.

Deze hoop werd door de rechtspraak tegengesproken: in de logica van het hiervoor uiteengezette systeem dient de overeenstemming tussen het nummer op de kaart en dit op het chequeformulier nagegaan te worden, niet die met het kaartnummer van de titularis. Daarenboven was in een andere zaak gebleken dat de Belgische banken ook garantiekaarten hadden uitgereikt met vier cijfers, wat de sluitende aard van de lijsten in de handleiding op de helling had gezet (Brussel 19 juni 1991, *T.B.H.* 1993, 1022; zie ook: Brussel 29 maart 1990, *DAOR* 1991, nr. 19, 84, noot H. VAN GOMPEL; Brussel 27 maart 1990, *J.T.* 1990, 707: de beoordeling werd uitgebreid tot de garantienummers zoals gebruikt in alle aangesloten Europese landen: Kh. Brussel 23 januari 1992, *T.B.H.* 1993, 1029, wat voorbijgaat aan afzonderlijk systemen in elk van de staten, zoals gedocumenteerd in de eurocheque-handleiding). Het hof te Antwerpen (Antwerpen 29 juni 1992, *Turnh. rechtsleven* 1993, 24) voegt hieraan toe dat men niet kan verwachten - en dat ook geen enkele overeenkomst deze verplichting oplegt - dat om het even welke begunstigde - een pompbediende bijvoorbeeld - kennis heeft van het gegeven dat chequegarantiekaarten in België steeds acht nummers dragen. Enkel de formele conformiteit tussen beide instrumenten kan worden verlangd. Doch gezien de garantiekaart niet samen met de cheque wordt voorgelegd, is het voor de bestolen trekker niet meer mogelijk het bewijs te leveren van de niet-conformiteit.

Verschillen in het aantal cijfers op de garantiekaart doen niet terzake: immers, dit is een aangelegenheid die aan elke bank afzonderlijk wordt overgelaten door de eurocheque-overeenkomst. Het gebruikelijke aantal kan op elk moment worden gewijzigd (Bergen 9 oktober 1992, *J.T.* 1993, 162).

233. Toepassing van het gemene chequerecht ?

In menig geval steunt de rechtspraak (bv. Kh. Brussel 23 januari 1992, *T.B.H.* 1993, 1029; idem als *Bank Fin.* 1993, 43) de aansprakelijkheid van de titularis van de rekening niet op de regelen van het eurochequemechanisme doch op de algemene regelen van aansprakelijkheid, onder meer de onvoorzichtigheid van de titularis inzake het bewaren van de chequeformulieren. Ook art. 35 bis wordt hierbij ingeroepen (Kh. Brussel 7 april 1992, *T.B.H.* 1993, 1032). De aansprakelijkheid van de betrokkene wordt dan weer gesteund op het feit dat hij een grove fout heeft begaan, met name geen rekening heeft gehouden met het verzet van de titularis (Kh. Brussel 7 april 1992, *T.B.H.* 1993, 1032).

Vanuit het algemeen eurochequemechanisme kunnen deze benaderingen niet gevolgd worden: de aansprakelijkheid van de trekker steunt op de opdracht die hij de bank gegeven heeft de garantie te bedingen ten voordele van de houder. Het chequemechanisme dient hier slechts als aanknopingspunt voor dit betaalsysteem, dat steunt op de formele overeenstemming van documenten. Op deze betaalplicht van de betrokkene bestaan uitzonderingen: zij kunnen enkel op formele gronden worden gesteund. Slechts binnen die grenzen kan ook de titularis, die in vrijwaring wordt aangesproken, excepties opwerpen. Het verzet van de titularis wordt derhalve terecht als niet dienend afgedaan: de garant moet over een onvoorwaardelijk verhaal beschikken

tegen zijn opdrachtgever, nu hij zichzelf onvoorwaardelijk heeft verbonden. Tekortkomingen gesteund op het niet-voldaan zijn aan de garantievooraarden, kunnen daarentegen wel door de bank worden tegengeworpen: in dezelfde mate kan ook de titularis deze inroepen.

Inzake eurocheque begaat geen fout de bank die eurocheques uitbetaalt, zelfs indien deze gestolen zijn, wanneer niet bewezen is dat deze cheques niet beantwoorden aan de voorwaarden die in de eurocheque-overeenkomst werden gesteld: de bewijslast weegt derhalve op de titularis van de cheques (Bergen 9 oktober 1992, *J.T.* 1993, 162 verwijzend naar Rb. Brussel 20 september 1985, *J.T.* 1986, 10).

De bank handelt evenwel met misbruik van recht wanneer zij vier jaar wacht om haar klant, wiens eurochequeformulieren werden gestolen, aan te spreken in betaling van de nalatighedsintresten, waarvan de rentevoet in de overeenkomst was bepaald (Luik 6 februari 1995, *Rev. rég. doit*, 1995, 307).

234. Verlies en diefstal - nieuwe argumenten

In een klassiek geval van diefstal en onrechtmatig incasso van eurocheques bleken de chequeformulieren ten dele betrekking te hebben op een reeds geruime tijd vooraf gesloten bankrekening (Brussel 13 juni 1997, *T.B.H.* 1998, 820, noot J.P. BUYLE en M. DELIERNEUX en Kh. Brussel 19 oktober 1993, *T.B.H.* 1994, 1095, noot J.P. BUYLE en X. THUNIS). De titularis van de rekening had, in strijd met de overeenkomst gesloten met de bank, de chequeformulieren behouden.

De titularis van de rekening beriep zich op volgende argumenten, waarvan enkele afzonderlijk besproken kunnen worden:

1° het eurochequesysteem is buitenmatig gevaarlijk voor de gewone gebruiker.

Dit argument dat in de literatuur (zie de vermeldingen in het arrest Kh. Brussel 19 oktober 1993, *T.B.H.* 1994, 1095, noot J.P. BUYLE en X. THUNIS, die deze opvatting van de hand wijzen: zie Brussel 13 juni 1997, *T.B.H.* 1998, 820, noot J.P. BUYLE en M. DELIERNEUX; de kritische stem werd gehoord bij: E. WYMEERSCH, "Aspects juridiques de certains nouveaux moyens de paiement", *Bank Fin.* 1995, 29-30 en X. THUNIS, "*Responsabilité du banquier et automatisation des paiements*", Namen, Presses Universitaires de Namur, 1996, 246; M. REGOUT-MASSON, "Le système eurochèque, est-il moral?", *T.B.H.* 1992, 59) reeds meerdere malen is vermeld, werd door het hof van de hand gewezen op grond van de contractuele aard van de rechtsverhouding en de vaststelling dat de titularissen voldoende verwittigd zijn geworden van de gevaren van verlies of diefstal, onder meer met de slogan dat een dergelijke cheque "geld waard is".

2° de bank was nalatig door de titularis in het bezit te laten van 185 chequeformulieren.

Onverminderd de vaststelling dat de bank niet tot opvolging gehouden is van het aantal chequeformulieren dat de titularis gebruikt, wijst het hof erop dat het de titularis toekomt het gebruik van de formulieren te bewaken, vermits hij daartoe best in staat is .

Daartegenover staat dat de titularis tot vijf jaar na het sluiten van de rekening, de chequeformulieren had bijgehouden. Men kan de bank niet verplichten de toestand van de rekeningen van cliënten op te volgen tot meerdere jaren na het sluiten ervan.

3° Internationaal alarm

Het hof verweet de bank geen internationaal alarm te hebben afgekondigd op grond waarvan de buitenlandse banken verwittigd zouden zijn van de diefstal van de chequeformulieren. Het hof steunde zich daarbij op een bepaling van de "eurocheque-reglementen", zijnde overeenkomsten tussen de leden van de eurocheque-gemeenschap waaraan de titularis vreemd blijft.

Nu aan de voorwaarden van het alarm voldaan was, oordeelde het hof dat de bank onrechtmatig had gehandeld door geen dergelijke maatregelen te nemen. Daartoe vermeldde het hof dat 5 tot 7 maanden waren verstreken tussen de aangifte van de diefstal en het incasso van de cheques. De schade werd, voor de helft, ten laste van de bank gelegd. Dit betrof evenwel niet de vergoeding voor de cheques die betrekking hadden op de reeds sinds vijf jaar gesloten rekening.

De analyse van het hof, naar luid waarvan de verplichting het alarm af te kondigen deel uitmaakt van de algemene diligentieplichten van de bank, verruimt de kring van de contractuele

verplichtingen tot de uitvoering van overeenkomsten uit het interbancaire gebied, meer in het bijzonder de regelen van de eurocheque-gemeenschap. De materie, zo kan men aannemen, blijft tot de contractuele sfeer behoren.

Van deze werkwijze waarbij contractuele regelen verheven worden tot algemene diligentienorm - in casu van contractuele aard - bestaan meer voorbeelden. Zij zijn het onderwerp geweest van rechtsgeleerd onderzoek (E. WYMEERSCH, "Règles professionnelles et règles standardisées dans les opérations financières", in *C.D.V.A., Le droit des normes professionnelles et techniques*, Brussel, Bruylant, 1985, 47-114; H. BRAECKMANS, "Paralegale normen en lex mercatoria", *T.P.R.* 1986, 1-70. Zie de verschillende bijdragen in "L'autorégulation, colloque organisé à Bruxelles", Brussel, Bruylant, 1995 en in het bijzonder de synthese van P. VAN OMMESLAGHE). Enkele aspecten worden ontwikkeld in het volgend nummer.

Zelfs in het geval dat de contractuele kring aldus werd verruimd, komt het causaal verband tussen schending van de contractuele plicht en de schade nochtans erg zwak voor. Immers, een internationaal alarm verhoogt de kans dat de onrechtmatig uitgegeven cheques zullen worden opgespoord door de buitenlandse bank. Zij geven evenwel geen enkele zekerheid.

Overigens staat de verplichting een international alarm af te kondigen op gespannen voet met de verlaagde diligentieplichten van de bank inzake eurocheque. Immers, zoals hoger uiteengezet hoeft de bank geen toezicht uit te oefenen op de overeenstemming van de handtekening. Verzet of herroeping van de cheque bevrijden haar evenmin van haar betaalplicht. De middelenverbintenis, die het voorwerp is van een internationaal alarm, brengt weinig baat bij voor een titularis die op volstreekte wijze tot betaling wordt gehouden.

De annotatoren van het arrest vermelden een ander argument: zij betogen dat het onlogisch voorkomt dat het hof weigerde rekening te houden met de termijn van incasso van eurocheques (met name twintig dagen na uitgifte), op grond van de overweging dat de titularis zich het recht had onzegd de door hem uitgegeven cheques te herroepen, of tegen de betaling ervan verzet aan te tekenen. Immers, waarom uitvoering geven aan de clausule betreffende het internationaal alarm, en niet aan deze betreffende de incassotermijn?

Indien de termijn van twintig dagen betrekking heeft op de garantie zelf, is de bank na het verstrijken ervan niet meer gehouden haar verbintenis gestand te doen. Derhalve beschikt zij ook niet meer over het recht verhaal te nemen op de titularis van de rekening althans op grond van de garantie. De omstandigheid dat de geldigheidstermijn bedongen is in een interbancaire overeenkomst - en klaarblijkelijk niet in de overeenkomst met de titularis - verhindert niet dat deze laatste er zich op beroept. De interbancaire overeenkomst krijgt in dit geval derdenwerking: men kan in de beperking van de geldigheidsduur een beding onderkennen met beschermende werking voor de derde. Ook het risico van de titularis wordt er met name door beschermd.

235. Eurocheque - effect van de eurocheque-regelen en van andere regelen van Soft Law

In de analyses die in dit overzicht worden afgedrukt komt enkele malen de vraag aan bod in welke mate de regelen die tussen de banken zijn overeengekomen, ook ingeroepen kunnen worden in de verhouding tussen de bank en haar cliënt. Deze vraagstelling ontmoet men vooreerst in de regelen die de werking van het eurochequemechanisme betreffen. Zij wordt ook duidelijk gesteld met betrekking tot de regelen van de Internationale Kamer van Koophandel inzake documentair krediet en inzake garanties, de zogenaamde URU, of Uniforme regelen en usances inzake documentair krediet (zoals in laatste versie bekendgemaakt door de IKK onder het opschrift "ICC Uniforme Regelen en Usances voor documentaire kredieten"), en de URG of uniforme regelen inzake garanties (voor de tekst van deze regelen: *T.B.H.* 1993, 329-336: *Règles uniformes relatives aux garanties sur demande*; zie ook C. MARTIN en M. DELIERNEUX, "Les nouvelles règles uniformes de la C.C.I. relatives aux garanties sur demande", *T.B.H.* 1993, 288-328).

Vooreerst moet het duidelijk zijn dat deze regelen enkel contractuele, geen wettelijke inhoud hebben. Zij werden opgesteld tussen een aantal banken, met beperkte deelname, zo

enige, van de gebruikers (exporteurs voor de laatstgenoemde, consumenten voor de eurochequeregelen). Men heeft dan ook aan deze regelen verweten dat zij eenzijdig werden opgesteld en overwegend met de belangen van de banken rekening houden.

Als privaatrechtelijke codificering binden zij enkel de partijen die er tot toegetreden zijn. Dit zijn in de eerste plaats de banken zelf, in hun onderlinge relaties. Bij afwezigheid van afzonderlijke contractuele verwijzing moeten deze regelen geacht worden niet toepasselijk te zijn. Nochtans moet rekening gehouden worden met de verwijzing die voorkomt in de Swiftvoorschriften, die de transmissie van boodschappen tussen de banken betreft en die een uitdrukkelijke verwijzing naar de URU bevat. Tussen de banken zal men er dus meestal kunnen van op afgaan dat de URU regelen toepasselijk zijn. Het komt dan de banken zelf toe, zowel in hun relaties met de opdrachtgever als met de begunstigde om uitdrukkelijk naar de URU te verwijzen (Kh. Brussel 15 december 1992, *T.B.H.* 1993, 1055, noot J.P. BUYLE en X. THUNIS).

In de Belgische rechtspraak komen enkele beslissingen voor die tot de toepassing van de URU hebben besloten ook bij afwezigheid van een contractuele verwijzing. Deze regelen zouden dan van toepassing zijn als "gebruik" of "gebruikelijk beding" (Kh. Brussel 28 februari 1978, *B.R.H.* 1979, 8; Kh. Brussel 16 november 1978, *Bank Fin.* 1980, 249; Kh. Brussel 11 maart 1981, *B.R.H.* 1981, 366). In de internationale literatuur is dit punt evenwel erg omstreden, en wordt de toepasselijkheid meestal van de hand gewezen (zie M. DELIERNEUX, "Les instruments de paiement international", *Rev. dr. ULB* 1993/2, 141-144; zie ook noot J.P. BUYLE en X. THUNIS, *T.B.H.* 1993, 1058; zie voor Duitsland: C.W. CANARIS, *Bankvertragsrecht*, Berlijn, Walter De Gruyter, 1988, 639-640; zie voor Frankrijk: Cass. 14 oktober 1981, *Banque* 1982, 524, noot L. MARTIN; zie voor Engeland: L. SCHMITTHOFF, *The export trade, the law and practice of international trade*, London, Stevens & Sons, 1975, 217). Wat geldt voor de URU geldt a fortiori voor de meer recente en veel minder bekende URG. De rechtbank van koophandel te Brussel heeft nochtans verwezen naar een van de URG om zelfs zonder contractuele verwijzing een zinvolle uitleg te geven aan de overeenkomst tussen partijen.

Ook wat betreft de regelen van de eurocheque-gemeenschap rijzen analoge vragen: het betreft hier ook een interbancaire overeenkomst, die zich evenwel tot banken in vele landen, met uiteenlopende juridische regimes, uitstrekt. Vooreerst kan het zijn dat de titularis, in de overeenkomst die hij met zijn bank heeft gesloten, zich met deze bedingen akkoord heeft verklaard. In dat geval kan de interbancaire overeenkomst verplichtingen opleggen aan de titularis, die er mede heeft ingestemd. De draagwijdte van een dergelijk instemming vergt onderzoek. Soms zijn deze regelen genoegzaam bekend: de ruim bekende URU inzake documentair krediet kunnen aldus worden aangeduid, doch niet de andere regelen door de IKK vastgesteld (aldus de URG, Uniform Rules for Collections). Voor de eurocheque-regelen liggen de verhoudingen anders: immers, de overeenkomsten zelf worden aan de titularis niet medegedeeld. In de regel worden zij als "vertrouwelijk" aangeduid, en zijn zij zelfs op uitdrukkelijke aanvraag niet beschikbaar. In de regel zal de titularis daarom door deze overeenkomsten niet gebonden zijn, in de zin dat zij hem geen verplichtingen kunnen opleggen.

Van deze eerste vraag duidelijk te onderscheiden is deze die de mate betreft waarin deze interbancaire overeenkomsten rechten kunnen toekennen aan derden, met name aan personen die, als cliënt van de bank, geen contractspartij zijn. Een overeenkomst kan een derde een recht toekennen op grond van een derdenbeding: het recht wordt verleend zonder dat de derde contractspartij dient te worden (art 1121 B.W.). In sommige gevallen hebben overeenkomsten niet onmiddellijk tot doel rechten toe te kennen, doch hebben zij enkel tot effect dat de rechtspositie van de derden wordt beschermd. Dit soort bedingen treft men frequent aan in de interbancaire overeenkomsten, waar regelen worden aangetroffen betreffende de behoorlijke organisatie van de verrichting tussen de banken, of die de veiligheid van de afhandeling van de verrichting ten behoeve van de cliënt op het oog hebben. In de rechtsleer heeft men dit soort overeenkomsten aangeduid als "overeenkomsten met beschermende werking ten aanzien van derden" (zie vooral E. DIRIX, *Obligatoire verhoudingen tussen contracten en derden*, Antwerpen, Maarten Kluwer, 1984, 253 e.v.). Deze derden kunnen er rechten uit putten tegen de contractspartij die deze verplichtingen schendt.

Tenslotte kan aan deze overeenkomsten ook effect worden verleend onder de vorm van de invulling van de algemene normen van goed trouw of van diligent handelen waartoe

hoofdzakelijk professionelen in het rechtsverkeer zijn gehouden. Aldus treft men vonnissen aan die de bank, als professioneel van het financieel verkeer, gehouden verklaart tot gedragsnormen, waarvan de rechter de inhoud vaststelt onder verwijzing naar de beroepsregelen die de banken onder elkaar hebben afgesproken. Deze wijze van invulling betreft zowel de contractuele als de extra-contractuele - dikwijls precontractuele - aansprakelijkheid van de bank. In dit geval verleent de rechter geen uitvoering aan de interbancaire overeenkomst: hij vult enkel de algemene verplichtingen van de bank in aan de hand van de gegevens die hij in deze overeenkomst aantreft (Bergen 9 oktober 1992, *J.T.* 1993, 162; Brussel 11 september 1995, *Bank Fin.* 1995, 605). Aldus zou luidens het hof te Bergen (Bergen 9 oktober 1992, *J.T.* 1993, 162) de klant kunnen aantonen dat de betrokkene een grove fout heeft gemaakt door te bewijzen dat de betalende bank de voorwaarden heeft miskend die in de eurocheque-gemeenschap terzake de betaling werden overeengekomen.

Ook in andere gebieden van het recht treft men gelijkaardige technieken aan. Aldus werden de per definitie niet verbindende Aanbeveling van de Europese Commissie inzake effectentransacties als regel van behoorlijk gedrag aangemerkt (Kh. Brussel 26 oktober 1988, *T.R.V.* 1989, 59, noot K. GEENS). Meer recent werden de corporate governance regelen van de beurs van Brussel als maatstaf gehanteerd bij de bepaling van wat als behoorlijk gedrag kon worden omschreven, of ter interpretatie van bepaald begrippen (zie Vooz. Kh. Brussel 26 oktober 1999, *Bank Fin.* 1999, 478, noot H. DE WULF, 468 e.v.).

236. Eurocheque - 35 bis - verzekering

Het hof te Antwerpen (Antwerpen 10 december 1993, *T.B.H.* 1994, 1101, noot J.P. BUYLE en X. THUNIS) stelde de titularis van eurochequeformulieren aansprakelijk op grond van art. 35 bis, nu de formulieren uit zijn auto gestolen waren. Dit kan worden betwist wanneer bij de Belgische betrokkene tijdig verzet werd aangetekend, kan de betaling van de cheque niet meer plaatsgrijpen. De bank die dan betaalt, begaat een grove fout: haar betaling is niet bevrijdend ten aanzien van de trekker.

De argumentering van het hof had dienen te steunen op de eurocheque-garantie: het resultaat zou evenwel hetzelfde zijn geweest. Immers, verzet tegen de betaling op grond van de garantie kan tegen de bank niet geldend worden gemaakt.

In dezelfde casus kwam het verzekeringsaspect ter sprake: nu de polis uitdrukkelijk diefstal van de formulieren van de verzekering uitsloot, werd de eis afgewezen. Wel werd geoordeeld dat hier geen potestatieve voorwaarde voorlag, nu de bank eenzijdig oordeelt of de dekking al dan niet zal worden toegekend.

In de annotatie wordt gewezen op de kenmerken die deze verzekering dient te hebben: aldus wordt voorgehouden dat een objectieve en niet discriminatoire dekking dient aangeboden, en toegepast te worden. De motivering voor deze beperkende lezing is onduidelijk.

Wat de gebruikelijke verzekeringsdekking betreft, deze blijkt alleen verleend te worden voor zover er een geldige garantietaal wordt voorgelegd. Dit was in het onderhavige geval niet bewezen, zodat zowel de bank als de titularis van de dekking verstoken bleven (Bergen 9 oktober 1992, *J.T.* 1993, 162). Overigens kan men zich afvragen of de titularis van deze vereiste hoe dan ook bewijs kan leveren.

Bij verlies of diefstal van eurochequeformulieren wordt het risico bij vele banken, gedekt door een verzekering. Of de titularis, derde bij het verzekeringscontract, zich hierop kan beroepen werd in de literatuur betwist (zie verwijzingen in Luik 6 februari 1995, *Rev. rég. dr.* 1995, 307). Deze beoordeling lijkt wezenlijk afhankelijk te zijn van de door de partijen gehanteerde bewoordingen.

De verzekeringsdekking wordt niet toegekend bij grove fout van de verzekerde. Het is inmiddels vaststaande rechtspraak geworden dat de titularis van eurochequeformulieren, die deze in zijn wagen achterlaat, een grove fout begaat (Luik 6 februari 1995, *Rev. rég. dr.* 1995, 307). Dit is zelfs het geval wanneer de auto op slot was, doch buiten de garage van de eigenaar was gestationeerd, in een overigens omheinde tuin (Kh. Brussel 8 april 1993, *J.L.M.B.* 1993, 1112; zie ook: Brussel 18 oktober 1984, *J.T.* 1985, 59).

237. Eurocheque - betaling van speelschuld

Welke excepties kan de bank opwerpen tegen de betaling van een eurocheque, uitgegeven onder het stelsel van de chequewaarborg? Het eurochequesysteem werd immers uitgedacht om de begunstigde een volstrekt verhaalsrecht te waarborgen tegen de bank.

In een geval dat aan het hof te Gent (Gent 7 juni 1996, *R.W.* 1996-1997, 713) werd onderworpen waren 44 eurocheques uitgegeven ter betaling van de schuld aangegaan met het oog op de deelname aan kansspelen. De houder vorderde tegen de bank.

Het hof, na aanvaard te hebben dat de trekker geen verzet kan doen tegen de betaling van deze cheques, aanvaardde dat de bank betaling kon weigeren "op grond van de chequerechtelijke bepalingen". Daartoe, overwoog het hof, kan de betrokkene zich beroepen op de regel van art. 22 Ch.W., met name kan hij betaling weigeren als de houder bewust ten nadele van de schuldenaar heeft gehandeld (Bergen 9 oktober 1992, *J.T.* 1993, 162 met verwijzing naar talloze beslissingen; Bergen 9 oktober 1992, *Bank Fin.* 1993, 275). Nu de houder geen rechtsvordering bezit op grond van de onderliggende rechtsverhouding - art. 1965 B.W. - kan deze exceptie uit de onderliggende overeenkomst door de betrokkene worden opgeworpen, vermits de houder, bij het verkrijgen van de cheque bewust ten nadele van de betrokkene heeft gehandeld. De vordering van de houder werd hem op grond van art. 1965 B.W. ontzegd: het betrof immers een speelschuld.

Deze beslissing verwondert op meerdere gronden.

Art. 22 Ch.W. geldt niet in de verhouding tussen de houder en de betrokkene. In het gemeen chequerecht heeft de houder immers geen chequerechtelijk verhaal tegen de betrokkene, enkel tegen de endossanten of de trekker.

Het verhaal van de houder tegen de bank, die zich op grond van het chequegarantiestelsel heeft verbonden, steunt op een techniek van formele garantie. Voor zover aan de gestelde voorwaarden voldaan is, waarborgt de bank dat de begunstigde een som zal ontvangen die gelijk is aan de som die op de cheque is vermeld, voor zover de maximumgrens - 7000 Fr. - niet is overschreden. Deze garantie is van zuiver formele aard: zij strekt er niet toe de chequeverbintenis te waarborgen, zij doelt enkel op de overhandiging van de overeengekomen geldsom.

Vandaar dat - zoals bij de zelfstandige garanties - de excepties uit de - economisch, doch niet formeel - gewaarborgde verbintenis, de garant niet tegenwerpbaar zijn. Dit geldt zelfs, luidens het Franse Hof van Cassatie (Cass. fr. 20 december 1982, *D.* 1983, 365, noot M. VASSEUR; Cass. fr. 13 december 1983, *D.* 1984, 205, noot M. VASSEUR), indien ten aanzien van de betrokken verbintenis, excepties kunnen gelden die gesteund zijn op de ongeoorloofde aard ervan. Als bijkomend argument kan worden vermeld dat zo speelschulden een ongeoorloofde oorzaak hebben, de verliezer niet kan terugvorderen wanneer hij vrijwillig heeft betaald (art. 1967 B.W.) (men vergelijkte betreffende de betaling van een speelschuld door middel van een wisselbrief: Cass. 22 oktober 1896, *Pas.* 1896, I, 295).

De bank had derhalve de betaling niet kunnen weigeren, vermits deze op haar garantie was gesteund. Deze garantie staat los van de verbintenissen tussen opdrachtgever en de begunstigde ervan.

PARAGRAAF 3. DE POSTCHECK

238. Postcheck - toepasselijke wetgeving

Een postcheck is een instrument dat beantwoordt aan de regelen die bepaald zijn in de wet van 2 mei 1956 (Wet op de postcheck). Deze regelen verschillen in menig opzicht van de regelen die gelden overeenkomstig de wet op de cheque van 1 maart 1961. De verwarring tussen beide normatieve systemen blijft aanleiding geven tot onduidelijkheid. De vraag kan hierbij gesteld worden in welke mate de omvorming van het Bestuur van de Postcheck, (na 1991 aangeduid als "De Post") naar de Bank van de Post voor gevolg heeft dat de op deze instelling getrokken cheques voortaan onderworpen zijn aan de regelen betreffende de bankcheque.

In een vonnis van de rechtbank te Hasselt (Rb. Hasselt 6 oktober 1992, *Limb. Rechtsleven* 1992, 325) werd art. 39 bis Ch.W. toegepast op de rechtspositie die ontstaat uit een cheque getrokken ten laste van het bestuur van de Postcheck. In casu betrof het de vraag of

de begunstigde een voorrecht had op het fonds, nu de trekker was overleden. De rechtbank antwoordde bevestigend en paste zonder meer de wet op de cheque toe. Deze zienswijze is ten gronde niet vatbaar voor kritiek: beide wetten bevatten immers een regel die de houder van de cheque een voorrecht verleent op het fonds dat zich in handen van de betrokkene bevindt (zie art. 20 Postcheck W. en art. 39bis Ch.W.).

239. Postcheck v. bankcheque - uiteenlopende regelen o.m. inzake verlies en diefstal

De rechtsregelen bij verlies en diefstal van postchecks, in de regel uitgegeven onder een systeem van chequegarantie dat gelijklopend is met dat van de eurochequegarantie, zijn neergelegd in de wet van 2 mei 1956, het K.B. van 12 januari 1970 en het MB van 12 januari 1970 (K.B. van 12 januari 1970 houdende reglementering van de postdienst; M.B. van 12 januari 1970 houdende reglementering van de postdienst).

Luidens art. 15 van de Postcheckwet is de houder van de rekening aansprakelijk voor de orders gegeven op de check- of overschrijvingsformulieren die hem door de Post zijn bezorgd. Hij draagt de gevolgen die voortvloeien uit verlies, diefstal of verkeerd gebruik van zijn postcheck- en postoverschrijvingsformulieren. Art. 17 Postcheck W. voegt er aan toe dat de Post van alle aansprakelijkheid is ontheven "als het zich gevoegd heeft naar de onderrichtingen van de trekker van een in de vorm regelmatig order". Voormelde regeling is vergelijkbaar met deze die geldt voor de bankcheque zij het dat geen regel voorkomt die vergelijkbaar is met artikel 35, tweede lid Ch.W. naar luid waarvan enkel de betrokkene die de cheque betaalt met bedrog of grove fout, aansprakelijk is. Vanaf de jaren tachtig heeft ook de Post toegestaan dat op haar gewaarborgde cheques werden getrokken. Art. 142 ter en volgende van het M.B. van 12 januari 1970 bevatten een regeling met betrekking tot de voorwaarden onder dewelke de Post zijn waarborg hecht aan op haar getrokken checks. Art. 142 quater van hetzelfde besluit machtigt de daartoe aangewezen ambtenaar een vergoeding toe te kennen in geval van verlies of diefstal, voor zover de rekeninghouder heeft gehandeld als een goede huisvader bij het bewaren van zijn formulieren.

Het Hof van Cassatie oordeelde dat de aansprakelijkheidsregeling die voortvloeit uit de artikelen 15 en 17, 3^o Postcheck W. gesteund is op een stelsel van objectieve of risico-aansprakelijkheid: de aansprakelijkheid weegt uiteindelijk op de rekeninghouder. De wet van 2 mei 1956 op de postcheck bevat een regel die veel gelijkenis vertoont met deze van artikel 35 bis Ch.W. De aansprakelijkheid van de rekeninghouder kan niet, zoals het hof van beroep te Gent had verklaard, gesteund worden op diens fout, en de Post is derhalve niet verplicht deze fout ten laste van de trekker te bewijzen. Het Hof heeft evenwel geen antwoord verschaft op de vraag of de Post op dezelfde wijze behandeld dient te worden als een bank, met name of ook de Post niet bevrijdend betaalt als zij bedrieglijk handelt, of met grove fout. De postcheckwet bevat immers zoals aangegeven, geen bepaling die vergelijkbaar is met het tweede lid van artikel 35 Ch.W. De uiteenlopende aard van de regeling wordt versterkt nu de postcheckwet een uitdrukkelijke regeling bevat inzake verzet bij verlies of diefstal. Voor het bewijs dat de Post betaald heeft met bedrog of grove fout zou, minstens voor de gevallen van verlies of diefstal, geen ruimte meer zijn. De bescherming van de trekker zou aanzienlijk minder gunstig zijn in het geval van de postcheck.

Ofschoon dit niet uitdrukkelijk blijkt uit de toepasselijke wetgeving wordt in de heersende mening nochtans dikwijls aangenomen dat ook de Post aansprakelijk is in geval van bedrog of grove fout (zie voor de uitvoerige verwijzingen de noot F. NICHOLS, *T.B.H.* 1996, 898. Nu het Hof heeft aangenomen dat de volledige aansprakelijkheid op de rekeninghouder rust, zij het enkel "in de regel" (deze verfijning in 's Hof's redenering kan ook verwijzen naar de gevallen van verzet), bestaat de kans dat deze oude controversie nieuw leven wordt ingeblazen. In een hierna te ontleden beslissing van het hof van beroep te Gent werd opnieuw beslist - o.i. ten onrechte, maar op andere gronden gezien het om een gewaarborgde postcheck ging - dat de grove fout van de Post in aanmerking moet worden genomen.

De tweede vraag die aan het Hof werd voorgelegd had betrekking op de vraag of de Post een grove fout had begaan wanneer zij gewaarborgde checks had betaald niettegenstaande

het verzet dat de rekeninghouder bij haar had aangetekend en dat gesteund was op de diefstal van de checkformulieren. Het hof van beroep had een fout aanvaard. Het arrest werd verbroken: de regeling voor de postcheck is een specifieke, die in de reglementering vervat ligt. Zij heeft voor gevolg dat de rekeninghouder steeds aansprakelijk is, ook indien hij verzet heeft aangetekend. Daartoe steunt het Hof op de bepalingen van het KB van 12 januari 1970 en het M.B. van dezelfde datum. Zo art. 142 ter §1 van het MB de voorwaarden bepaalt waaronder de Post het bedrag van de check zal betalen, bepaalt art. 142 quater van het M.B. de regelen bij verlies of diefstal, met mededeling van het verlies of de diefstal aan de Post. Uit art. 142 ter vloeit voort dat de Post de schade kan vergoeden "na onderzoek bij gemotiveerde beslissing". Deze vergoeding is evenwel aan bepaalde maxima onderworpen. In het licht van deze bepaling oordeelde het Hof dat deze regeling precies de aansprakelijkheid van de Post regelt, en dat de Post niet onderworpen is aan de gemeenrechtelijke voorzichtigheidsplicht. Het hof van beroep had derhalve niet kunnen verwijzen naar de grove fout van de betrokkene om de rekeninghouder van zijn aansprakelijkheid te ontlasten.

Uit dit arrest kan men enkele lessen trekken:

- het basisregime van de postcheck is wezenlijk verschillend van dat van de bankcheque: de postcheck is wezenlijk aan een reglementair, publiekrechtelijk statuut onderworpen; ook de waarborgregeling volgt hetzelfde onderscheid;
- wat de gewaarborgde cheques betreft zijn beide regimes voor de trekker even risicovol: tegen de betaling kan niet worden opgekomen. De verzekeringsregeling, die in gebruik is bij de banken, wordt vervangen door een door de ambtenaar bij "gemotiveerde beslissing" vastgestelde vergoeding (zie de noot F. NICHELS, die andere verschillen vermeldt, o.m. de onmogelijkheid om een betaalverbod te vragen tegen de betaling van een gewaarborgde postcheck, wat - minstens theoretisch - mogelijk is bij de gewaarborgde bankcheque).

Het hof van beroep te Gent (Gent 7 juni 1996, *Bank Fin.* 1996, 580, noot M. TISON) had een gelijkaardige zaak te beoordelen: het stelde dat indien de rekeninghouder zich strikt heeft gehouden aan de voorschriften vermeld in artikel 142 quater van het MB van 12 januari 1970, en onder meer het verlies van de formulieren schriftelijk en tijdig heeft gemeld, de Post niet meer tot betaling van de checks mag overgaan, vermits een dergelijke betaling een grove fout zou uitmaken. De postbediende kon, met een minimum aan aandacht, vaststellen dat de handtekeningen verschillend waren of slordig waren nagemaakt.

In het licht van voormeld Cassatiearrest en de voorgaande analyse kan de ontleding van het hof niet worden gevolgd. Artikel 142 ter, §1 van het M.B. gaat uit van de overeenstemming van de handtekeningen op enerzijds de postcheck en anderzijds de postcheckwaarborgkaart. Zoals inzake het eurochequegarantiesysteem kan de betrokkene deze overeenstemming niet meer controleren. "De derde wordt geacht telkens deze gegevens nagezien te hebben op het ogenblik van de aanneming van de postcheck", voegt het laatste lid van §1 er daarom aan toe.

Ten gronde rijst de vraag of in het gewaarborgde postchecksysteem de Post de check betaalt, dan wel de garantie honoreert. Ten aanzien van deze vraag schept de bepaling van artikel 126 van het KB van 12 januari 1970 duidelijkheid: de waarborg strekt ertoe, niet de betaling van de check te waarborgen, doch wel van het "bedrag van de cheque". In deze bepaling werd derhalve een garantie bedongen, niet een borgstelling ter zekerheid van de checkverbintenis. Ook in dit opzicht verschilt het postcheckgarantiesysteem niet van datgene dat door de banken werd ontworpen.

Het hof te Bergen (Bergen 25 oktober 1993, *J.L.M.B.* 1994, 384) paste eenzelfde redenering toe in een klassieke casus van diefstal van postcheckformulieren. Aldus werd beslist dat de regel van de overeenstemming van de handtekeningen niet moet gezien worden als de overeenstemming tussen de handtekening van de trekker en deze op zijn garantiekaart, doch dat enkel overeenstemming vereist is tussen de handtekening op de gebruikte kaart, en deze op het checkformulier. Het gevolg is dat de betrokkene geen controle kan uitoefenen op de overeenstemming van deze handtekeningen.

Opnieuw vergelijkbaar met de regelen in de banksector is de reglementaire bepaling op grond waarvan het Bestuur van de Postcheck kan beslissen een vergoeding toe te kennen aan de bestolen titularis, voor zover deze heeft gehandeld als een "goede huisvader". Doch juridisch is

de regeling verschillend: de beslissing is een ambtelijke en is, behoudens in het geval van machtsmisbruik, niet onderworpen aan het toezicht van de hoven en rechtbanken.

Terecht merkt Nichels (F. NICHELS, “De aansprakelijkheid bij verlies of diefstal van postcheckformulieren en de draagwijdte van de wettelijke verplichting tot betalen van een gewaarborgde postcheck”, noot onder Cass. 25 januari 1996, *T.B.H.* 1996, 903-904) op dat het regime waaraan de postcheck onderworpen is, gelet op haar wettelijke grondslag, niet in aanmerking komt voor toetsing aan de voorschriften van de WHPC.

Deze enkele verschilpunten verduidelijken dat deze betaalinstrumenten, hoewel ze commercieel als gelijkwaardig worden voorgesteld, juridisch wezenlijke verschillen vertonen.

240. Postcheck - voorrecht

De openbare kredietinstelling aan wie een postcheck ter betaling wordt voorgelegd en door wie de check aan de houder wordt betaald, betaalt de Postcheck niet doch geeft rechtstreeks krediet voor het bedrag van de postcheck (Gent 18 februari 1994, *R.W.* 1994-95, 1056). De betaling geschiedt onder voorbehoud van goede afloop, temeer nu de check het bedrag overschreed waarvoor de Post de check kan waarborgen. Nu de check niet overdraagbaar is, kan de overdracht aan de kredietinstelling enkel tot een incasso-opdracht leiden.

De kredietinstelling begaat als lasthebber een fout door de houder van de postcheck eerst na het faillissement van de trekker te verwittigen van de weigering van betaling door de betrokkene: de schade is gelijk aan het credit op de rekening van de trekker ten dage van diens faillissement. Bij tijdige kennisgeving had de houder minstens op die som zijn voorrecht kunnen laten gelden (art. 20 Postcheck W.).

241. Postassignatie

Het FIT (Fonds tot vergoeding van de in geval van sluiting van ondernemingen ontslagen werknemers / Fonds d'indemnisation des travailleurs licenciés en cas de fermeture d'entreprises) vorderde ten laste van de failliete massa als gesubrogeerde schuldeiser tegen de curator van een failliete vennootschap de terugbetaling van vergoedingen die het aan een ontslagen werknemer had betaald. Deze betaling - zo werd beweerd - was geschied door middel van een postassignatie. Als gesubrogeerde schuldeiser diende de eiser het bewijs van zijn betaling voor te leggen. De rechtbank herinnerde aan de regel dat de bevrijdende betaling door middel van een postassignatie slechts kan worden ingeroepen door de schuldenaar die de effectieve overhandiging ervan aan de schuldeiser bewijst (Arbh. Brussel 20 oktober 1988, *J.L.M.B.* 1989, 1078). Van het bestaan van deze assignatie werd geen spoor meer aangetroffen. De rechtbank aanvaardde dat het bewijs van deze betaling door vermoedens kon worden geleverd. Uit een geheel van gegevens werd afgeleid dat de assignatie effectief tot betaling aanleiding had gegeven.

Het gebruik van een postassignatie steunt op een betaling door middel van een lastgever. Indien de schuldeiser beweert niet betaald te zijn, moet de schuldenaar betaling bewijzen. De geldigheidsduur van een postcheck is beperkt tot vijf jaar (art. 11 Postcheck W.). Bijgevolg dient de Post de documentatie betreffende de postassignaties niet langer dan vijf jaar bij te houden (Rb. Charleroi 7 maart 1997, *T.B.H.* 1998, 810, noot J.P. BUYLE en M. DELIERNEUX).

DEEL III - BANKVERRICHTING (Koen TROCH)

DEEL I - KREDIET	1
A. ALGEMEEN	1
1. Verkoop onder voorbehoud van krediet - geen overeenkomst	1
2. Kredietverlening - variabele rentevoet	1
3. Kredietovereenkomst - woeker	2
4. Krediet - strafbeding - samenloop met moratoire intresten	2
5. Kredietaanbod - invloed op de beoordeling van de staking van betaling en de aansprakelijkheid van bestuurders tegenover derden	3
6. Kredietverzekering - aansprakelijkheid tegenover kredietnemer	3
7. Aansprakelijkheid van de bank voor medeplichtigheid aan onrechtmatige daad - krediet aan een groep van vennootschappen	3
8. Aansprakelijkheid als feitelijk bestuurder	5
9. Krediet - inpandgeving van handelsfonds - onderzoeksplicht van de notaris	5
10. Warranten - voorwaarden van geldigheid	5
11. Warrantage - strijdig met een pand op handelsfonds	6
B. AANSPRAKELIJKHEID VAN DE BANK VOOR ONRECHTMATIGE KREDIETVERLENING	6
12. Algemeen	6
13. Fout bij de toekenning van het krediet - onderzoeksplichten van de bank	7
14. Aansprakelijkheid - informatieplicht	8
15. Aansprakelijkheid voor advies- of bewakingsplichten	8
16. Aansprakelijkheid bij kredietoverschrijdingen - diligentie bij de invordering	8
17. Krediet met gebruik van kredietkaart	8
18. Aansprakelijkheid van de bank - kredietverlener - overmatig krediet	9
19. Krediet aan beursvennootschap - overmatig	9
20. Fout van de kredietgever	9
21. Kredietwaardigheid van de borg onvoldoende	Error! Bookmark not defined.
22. Herstelmogelijkheden - Overheidsbeoordeling	10
23. Opzeg - zorgvuldigheidsplicht	11
25. Opzegging van het krediet - opschorting van de opzegging	13
26. Afbetalingsfinanciering - fout van de kredietgever: laattijdige kennisgeving aan de borg - melding aan risicocentrale	15
27. Aansprakelijkheid van de bank - kredietverlener - causaliteit - eigen fout van het slachtoffer	16
28. Aansprakelijkheid kredietverlening - schadebepaling	16
C. WISSELKREDIETEN	17
29. Wisselkredieten - eigen fout van het slachtoffer	17
30. Leveranciersdisconto - causaliteit	17
31. Leveranciersdisconto - subrogatie van de trekker tegen de betrokkene	18
D. LEASING OF FINANCIERINGSHUUR	18
32. Kwalificatie	18
33. Kwalificatie: huur	19
34. Kwalificatie	21
35. Kwalificatie: bijkomende vergoedingen	22
36. Kwalificatie: verjaring	22
37. Uitvoering en revindicatie	23
38. Retentie	24
39. Realisatie van de geleasede voorwerpen	24
40. Sale en lease back - tegenwerpelijheid aan de massa	25
41. Geldigheid - erkenning van leasingmaatschappij	25
42. Strafbedingen	25
E. FACTORING	26
43. Aard van de overeenkomst	26

44. Verzekeringselementen	26
45. Werking na einde van de factoringovereenkomst	27
F. DOCUMENTAIR KREDIET	27
46. Documentair krediet - weigering door de bank - onvoldoende documenten	28
47. Documentair krediet - back-to-back - delegatie	28
48. Documentair krediet - voorlegging van niet-conforme documenten - toepassing van de URU	28
49. Opdracht van de notificerende bank	29
50. Documentair krediet - raadgevingsplicht van de bank	30
51. Uitvoerend beslag	30
52. Uitvoerend beslag	30
53. Toepasselijk recht	31
54. Documentair krediet - bevoegde rechtbank - art. 5, 1° EEX	31
55. Documentair krediet - weerslag op de koop verkoop	32
G. ZELFSTANDIGE GARANTIES	33
56. Onderscheid borgtocht en garantie	33
57. Garantie - kennelijk misbruik bij de afroep	34
58. Garantie - voorwaarden van afroep - glijdende garantie	35
59. Garantie - schuldvergelijking	35
60. Garantie - regres	37
DEEL II - HET WISSEL- EN CHEQUERECHT	38
AFDELING I. HET RECHT VAN DE WISSELBRIEF	38
167. Samenloop wisselrecht - onrechtmatige daadvordering	38
168. Blanco wissel	38
169. Verweermiddelen - geweld - valse handtekening - cedentendisconto	38
170. Wissel - teruggave - vermoeden van betaling - weerlegbaar vermoeden	39
171. Wisselbrief - geen schuldvernieuwing	39
172. Kort geding - verbod een wisselbrief te verhandelen	39
173. Regres - op de wissel of op de onderliggende rechtsverhouding	40
174. Wisselbrief - lastgeving voor aval	40
175. Aval op een afzonderlijke akte - wisselverbintenis	40
176. Wisselbrief - aval - onderliggende borgtocht	40
177. Aval - stuiting van de verjaring	41
178. Disconto onder gewoon voorbehoud	41
179. Wisselbrief - contrapassatie - behoud van rechten	41
180. Wisselbrief - domiciliëring - fout	42
181. Verhaal van de houder tegen de acceptant - tenietgaan van de wisselverbintenis - bewijslast	42
182. Vervalsingen - tegenwerpelijk door de borgen	42
183. Wisselbrief - betaling per vergissing door de betrokkene niet-acceptant - toepassing van artikel 1377 B.W.	43
184. Protest - Opschorting van de bekendmaking	44
185. Wissel - protest - verval van recht van regres tegen de trekker	45
AFDELING II. HET CHEQUERECHT	45
186. Algemeen	45
PARAGRAAF 1. HET GEMENE CHEQUERECHT	45
A. RECHTSPOSITIE VAN DE TREKKER	45
187. Vertegenwoordiging - verweermiddelen (art. 11 Ch. W.)	45
188. Ongeoorloofd gedrag van de trekker - 1382 B.W.	46
189. Fout van de trekker	47
190. Cheque - betaalmiddel, geen betaling	47
191. Handgift - cheque op naam of aan toonder	47

192. Cheque - tijdstip van betaling	47
193. Niet-tegenwerpelijkheid van de verweermiddelen - art. 22	48
194. Tegenwerpelijkheid van verweermiddelen - art. 22	48
4. DE FONDSVEREISTE	48
195. Begrip en terminologie	48
196. Uitgifte zonder fonds - begrip "uitgifte"	49
197. Cheque - uitgifte zonder fonds- kasfaciliteiten geen fonds - moreel element	49
198. Fonds - blokkering wegens betwisting - niet toelaatbaar	49
199. Beslag op het fonds - houding van de betrokkene	49
200. Fondsvereiste als teken van solvabiliteit	50
201. Cheque - uitgifte zonder fonds - burgerlijke partijstelling	50
202. Cheque - faillissement van de trekker - certificering van de cheque	51
203. Cheque - faillissement van de begunstigde, houder van de cheque	51
B. DE RECHTSPOSITIE VAN DE HOUDER	52
204. Vervalsing van een cheque- aansprakelijkheid van de endossant	52
205. Incassobank: verificatieplicht inzake de endossementen	53
206. Rektacheque - Incasso	53
207. Rektacheque - Incassomandaat	53
208. Medeaansprakelijkheid van de begunstigde	54
209. Rechtstreeks krediet	54
210. Cheque-inhouding of truncation	56
211. Incasso van cheques - aansprakelijkheid van de incassobank	57
212. Interbancaire relaties - verrekeningskamer - bindende aard	57
C. RECHTSPOSITIE VAN DE BETROKKENE	57
213. Algemeen	57
214. Cheque of chequeformulier	58
216. Verificatieplichten van de betrokkene-bank - verificatie van de endossementen	58
217. De grove fout van de betrokkene	59
218. Verlies en diefstal van chequeformulieren	60
219. Art 35 bis - vervalsing - aansprakelijkheid van opeenvolgende houders	60
220. Bankcheque - bewijs van betaling - bewijslast	61
221. Betaling aan schijnschuldeiser - art. 1376 en 1377 B.W.	61
222. Verjaring - art. 52 bis	62
223. Cheque - bevoegdheid - EEX	63
PARAGRAAF 2. HET RECHT VAN DE EUROCHEQUE	63
224. Het eurochequesysteem	63
225. Wet Handelspraktijken	64
226. Verlies en diefstal - toepassingsgebied van de eurochequeregeling	65
229. Eurocheque - onvolledig ingevulde cheques	66
230. Eurocheque - diefstal - grove fout	67
231. Is controle op de handtekening vereist ?	67
232. Verlies en diefstal - verschil inzake kaartnummers	69
233. Toepassing van het gemene chequerecht ?	69
234. Verlies en diefstal - nieuwe argumenten	70
235. Eurocheque - effect van de eurocheque-regelen en van andere regelen van Soft Law	71
236. Eurocheque - 35 bis - verzekering	73
237. Eurocheque - betaling van speelschuld	73
PARAGRAAF 3. DE POSTCHECK	74
238. Postcheck - toepasselijke wetgeving	74
239. Postcheck v. bankcheque - uiteenlopende regelen o.m. inzake verlies en diefstal	75
240. Postcheck - voorrecht	77
241. Postassignatie	77

