

Financial Law Institute

Working Paper Series

WP 2008-08



**Eddy WYMEERSCH, Reinhard STEENNOT
& Michel TISON**

**Overzicht van Rechtspraak — Privaat
Bankrecht (1999-2007)**

May 2008

WP 2008-08

Eddy WYMEERSCH, Reinhard STEENNOT & Michel TISON

Overzicht van Rechtspraak - Privaat Bankrecht (1999-2007)

Abstract

*The Law of Banking Transactions and Financial Services.
Case Law Digest 1999-2007*

This overview contains the inventory and discussion of the Belgian case law reported for the period 1999-2007 in the field of the banking transactions and financial services. The main chapters concern credit transactions (including mortgage, documentary credit and guarantees), bank accounts and payment transactions (payment by cheque, bank transfer, electronic payments), securities transactions and investment services and finally the rules applicable to intermediaries for banking and financial services.

A previous overview has been published on SSRN at http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=212815

To be published in

Tijdschrift voor Privaatrecht – 2008



OVERZICHT VAN RECHTSPRAAK

PRIVAAT BANKRECHT

(1999-2007)

HOOFDSTUK I. KREDIETRECHT

8

AFDELING 1. - ALGEMEEN KREDIETRECHT.....	8
§ 1. <i>Algemene vraagstukken</i>	8
1. Omvang schadevergoeding – funding loss.....	8
2. Vermogensvermeerdering zonder oorzaak.....	9
3. Krediet – schuldvernieuwing - Anotocisme– Fout van de bank.....	9
4. Krediet - Notoriëteitsattest.....	9
5. Krediet – Vennootschapsgroep.....	10
6. Krediet aan vennootschap – misbruik in groepsverband – ongeoorloofde oorzaak.....	10
7. Kredietovereenkomst – miskennis van eigenvermogensratio – nietigheid (neen).....	11
8. Bescherming van de persoonlijke levenssfeer van de bankcliënt – gebruik betalingsgegevens voor aanbod van verzekeringsproducten.....	12
§ 2. <i>Aansprakelijkheid van de kredietgever</i>	13
A. Aansprakelijkheid bij de toekenning van het krediet.....	13
9. Aansprakelijkheid kredietverlener ten opzichte van de kredietnemer betreffende de toekenning van een krediet – algemeen.....	13
10. Aansprakelijkheid kredietverlener ten opzichte van de kredietnemer betreffende de toekenning van een krediet – toepassingen.....	14
11. Toekenning van een krediet aan een onderneming in moeilijkheden – aansprakelijkheid ten opzichte van de kredietnemer (neen).....	17
12. Aansprakelijkheid van de kredietverlener ten opzichte van de kredietnemer – bewijslast.....	18
13. Aansprakelijkheid van de kredietverlener te opzichte van derden – voorwaarden.....	19
B. Handhaving of verhoging van het krediet.....	19
14. Krediet – verhoging onder opschortende voorwaarde.....	19
15. Kredietoverschrijdingen – verhoging van het krediet (neen).....	19
16. Toezichtplicht van de kredietverstrekker op de situatie van de kredietnemer.....	20
17. Herschikking van kredieten bij verlaging van de rentevoeten – verplichting van de kredietinstelling (neen).....	21
C. Schorsing of beëindiging van het krediet.....	22
18. Schorsing van een krediet – opheffing van de schorsing door de kortgedingrechter.....	22
19. Eenzijdige beëindiging van een kredietovereenkomst - algemeen.....	22
20. Kredietovereenkomst voor bepaalde duur – eenzijdige beëindiging.....	23
21. Eenzijdige verlaging van het krediet – rechtsmisbruik – rechtsgevolgen.....	25
22. Beoordeling van aansprakelijkheid bij beëindiging van het krediet – algemeen.....	25
23. Eenzijdige beëindiging van krediet met voldoende zekerheden.....	27
24. Eenzijdige beëindiging – betwisting over interestvoet van het krediet.....	28
D. Aansprakelijkheid ten aanzien van de borg.....	28
25. Aansprakelijkheid ten aanzien van de borg – Algemeen.....	28
26. Borgtocht ten gunste van de kredietverlener – nietigheid wegens wilsgebreken.....	29
27. Informatieplicht van de kredietverlener t.a.v. de borg - solvabiliteitsonderzoek.....	30
28. Kredietinstelling – informatieplicht t.a.v. de borg bij kredietverhoging of risicoverzwarend.....	30
29. Aansprakelijkheid t.a.v. de borg jegens foutieve beëindiging van het gewaarborgde krediet.....	31
30. Omvang van de verbintenis van de borg t.a.v. de kredietverstrekker – proportionaliteitstoets (neen).....	31
31. Aansprakelijkheid van de kredietverlener t.a.v. de borg wegens niet-inschrijving van pand handelsfonds.....	32
§ 3. <i>Kredieten en insolventie</i>	32
A. Kredieten en collectieve schuldenregeling.....	33
32. Bijdrage Fonds ter bestrijding van overmatige schuldenlast – geen discriminatie kredietverleners.....	33
33. Collectieve schuldenregeling – voorrang voor de menselijke waardigheid.....	33
34. Collectieve schuldenregeling – geen minnelijke regeling.....	34
35. Collectieve schuldenregeling - schorsing van de loop der interesten.....	34
B. Kredieten en gerechtelijk akkoord.....	35
36. Eenzijdige beëindiging krediet en gerechtelijk akkoord van kredietnemer.....	35
C. Kredieten en faillissement.....	36
37. Aansprakelijkheidsvordering na faillissement van de kredietnemer – alleenrecht curator.....	36
AFDELING 2. - DOCUMENTAIR KREDIET.....	36



38.	bevoegde rechtbank	37
39.	Standby letter of credit – toepasselijk recht	38
40.	Beslag door opdrachtgever	38
41.	Stand-by letter of credit – excepties	38
42.	Laattijdige verwerping van documenten	38
43.	Schadeplicht van de bank	39
44.	Zorgvuldigheidsplicht van de begunstigde	39
AFDELING 3. - GARANTIE		39
45.	Algemeen	40
§ 2.	<i>Borgtocht of garantie</i>	40
46.	Kwalificatie	40
47.	Garantie en de kosteloze borgtocht - wet van 3 juni 2007	41
§ 3.	<i>De zelfstandigheid van de garantie en de documentaire garantie</i>	41
48.	Algemeen	41
49.	Verwijzing naar de valutaverhouding – voorwaarden in de garantie	42
50.	Betwistingen uit de valutaverhouding	43
51.	Garantie – ongeoorloofde valutaverhouding	44
52.	Invloed van de dekkingsverhouding	44
53.	Geen subrogatie na de betaling door de garant	45
§ 4.	<i>De afroep van de garantie</i>	45
54.	Garantiestrengheid	45
55.	De afroep moet tijdig zijn	46
56.	Geen bijzondere vormvereisten	46
57.	Afroep verschillend van de garantie – gevolg	47
58.	Kennisgeving volgens equivalente vormen	48
59.	Kennisgeving: gelijkwaardige formaliteiten – hoofd- of bijkantoor van de bank	48
60.	Niet conforme afroep – waarschuwingsplicht van de bank	49
§ 5.	<i>De betaling van de garantie</i>	49
61.	Consignatie van de garantiesom	49
62.	Garantie en kantonnement	50
63.	In mora stelling	51
64.	Kan een bankgarantie betaling zijn?	51
65.	Documentaire garanties	51
§ 6.	<i>Gemeenrechtelijke vraagstukken</i>	52
66.	Verplichting een garantie te stellen	52
67.	Bankgarantie als misbruik van machtspositie	52
68.	Regres op de opdrachtgever als boedelschuld	53
AFDELING 4. - HYPOTHECAIR KREDIET		53
§ 1.	<i>Hypothecair mandaat</i>	53
69.	Hypothecaire inschrijving krachtens hypothecair mandaat	53
70.	Hypothecaire volmacht – Tegenwerpelijke aan de failliete boedel	55
§ 2.	<i>Hypotheek of zekerheid “voor alle sommen”</i>	55
71.	Rechtsgeldigheid	55
72.	Pand op handelszaak voor “alle sommen” en conflict met latere kredietverleningen	56
§ 3.	<i>Wet Hypothecair Krediet – interpretatievragen</i>	57
73.	art. 45 – aanmaning – sanctieregeling	57
74.	Art. 59 §1 – minnelijke schikking – loonsoverdracht	57
75.	art. 59 §1 – minnelijke schikking – werking in de tijd	57
76.	art. 59 - Minnelijke schikking - draagwijdte	57
77.	Minnelijke schikking – wanprestatie - loyauteit	58
§ 4.	<i>Hypothecair krediet en gezamenlijk aanbod</i>	58
78.	Kredietverlening en verzekering	59
§ 5.	<i>Wet Hypothecair Krediet - algemeen</i>	60
79.	Hypothecair krediet – Uitvoerbare titel	60
80.	Aansprakelijkheid van de notaris – onjuiste hypothecaire staat	61
81.	Hypothecaire kredietverlening – onderzoeksplicht van de notaris inzake de staat van het onroerend goed	61
82.	Aansprakelijkheid van deskundige voor de waardering	62
HOOFDSTUK II. REKENINGEN EN BETAALVERRICHTINGEN		62
AFDELING 1. - GELDREKENINGEN		62
§ 1.	<i>Soorten rekeningen en hun kenmerken</i>	62
A.	Zichtrekeningen	62
83.	Juridische aard – overeenkomst sui generis	62
84.	Rekeningtegoed - schuldvordering	63



85.	Titularis – vermogensvermenging.....	63
86.	Feitelijk gescheiden echtgenoten – geen solidariteit.....	63
B.	Rekening-courant.....	64
87.	Definitie.....	64
88.	Voorwaarden - vereiste van wilsovereenstemming.....	64
89.	Voorwaarden — vereiste van wederzijdse remises.....	65
90.	Kenmerken – (quasi-)novatoir karakter.....	65
91.	Kenmerken – (quasi-)novatoir karakter -verlies van zekerheden.....	65
92.	Kenmerken – (quasi-)novatoir karakter – abstracte verbintenis.....	66
93.	Kenmerken — (quasi-)novatoir karakter - interesten – verjaring.....	66
C.	Bijzondere rekeningen en bijzondere bedingen.....	66
94.	Kwaliteitsrekening – toepassingsgebied.....	66
95.	Derdenrekening advocaat – kwaliteitsrekening – vermenging met privé-gelden - beslag.....	67
96.	Rekening huurwaarborg – niet voldaan aan voorwaarden geblokkeerde rekening – geen voorrecht voor de verhuurder.....	68
97.	Beding van eenheid van rekening – definitie en interpretatie.....	68
98.	Beding van eenheid van rekening – tegenwerpbaarheid aan de massa.....	69
99.	Beding van eenheid van rekening – compensatiebedingen – tegenwerpbaarheid - gerechtelijk akkoord.....	70
100.	Compensatiebedingen – gerechtelijk akkoord.....	71
101.	Contractuele zekerheid – gelijkheid van schuldeisers – geen connexiteit – geen tegenwerpbaarheid.....	71
§ 2.	<i>Openen van een rekening</i>	71
A.	Rekeningovereenkomst is toetredingscontract.....	72
102.	Toetredingscontract- tegenwerpbaarheid – ondertkenening van clausule.....	72
103.	Rechtmatigheid – consumentenbescherming - stakingsvordering.....	72
104.	Rechtmatigheid – consumentenbescherming – onrechtmatige bedingen.....	73
105.	Rechtmatigheid – consumentenbescherming – bedingen die niet onrechtmatig zijn.....	74
106.	Rechtmatigheid – andere toepassingen.....	75
B.	Identificatieverplichting bij het openen van de rekening.....	75
107.	Algemeen.....	75
108.	Rekening – opening van de rekening – fraude van de rekeninghouder.....	75
109.	Opening van de rekening ten name van een vennootschap – vertegenwoordiging door onbevoegde - aansprakelijkheid.....	76
§ 3.	<i>Werking van de rekening</i>	76
A.	Wijziging van de bankvoorwaarden.....	76
110.	Tegenwerpbaarheid.....	76
B.	Geldafhalingen.....	77
111.	Handelingsbekwaamheid – aansprakelijkheid van de bank.....	77
112.	Naamlening –artikel 1239 B.W. - bekrachtiging.....	78
113.	Geen mandaat – geen schijnmandaat – geen protest rekeninguittreksels.....	78
114.	Vervalste overschrijvingsopdrachten – artikel 1239 B.W. – uitzonderingen.....	79
C.	Rente.....	80
115.	Berekening.....	80
116.	Debetinteresten – informatie over de debetrente – sanctionering.....	80
117.	Debetinteresten – niet hoger dan de werkelijk geleden schade – geen matiging.....	81
118.	Rekening-courant – kapitalisatie van interesten – gebruik contra legem.....	81
119.	Zichtrekening –kapitalisatie van interesten – gebruik contra legem?.....	82
D.	Beslag.....	82
120.	Algemeen – creditsaldo onder voorbehoud van de lopende verrichtingen.....	82
121.	Overschrijving in uitvoering – beslagbaar tegoed bij de begunstigde.....	83
122.	Verklaring van derde beslagene – debetsaldo – discretieplicht - sanctie.....	84
123.	Bewarend beslag – opheffing – moet uitdrukkelijk zijn.....	84
E.	Verrichtingen.....	85
124.	Verrichtingen tussen onafhankelijke rekeningen – aansprakelijkheid van de bankier.....	85
§ 4.	<i>Beëindiging van de rekeningovereenkomst</i>	85
125.	Gerechtelijk akkoord – geen automatisch beëindiging van de rekening-courant.....	85
126.	Betwisting van de afrekening.....	86
127.	Interestvoet na afsluiting van de rekening.....	86
128.	Nalatigheidsinteresten – rechtsmisbruik.....	87
129.	Overlijden rekeninghouder – betalingen na overlijden van de rekeninghouder - onverschuldigde betaling – vordering tegen de bank.....	87
AFDELING 2. -	BETAALVERRICHTINGEN.....	87
§ 1.	<i>Wettig betaalmiddel – tijdstip van betaling</i>	87
A.	Wettig betaalmiddel.....	88
130.	Algemeen.....	88
131.	Cheque – geen cheque in de zin van de Chequewet – geen toepassing K.B. nr. 56.....	88
B.	Tijdstip van betaling.....	88
132.	Overschrijving.....	88



133.	Overschrijving – faillissement - tegenwerpbaarheid.....	90
134.	Overschrijving – Verhouding met beslagbaar goeder.....	90
§ 2.	<i>Cheque</i>	91
A.	Definitie – geldigheid van de cheque.....	91
135.	Omschrijving - functies.....	91
136.	Geldigheid – datum – stempel van de bank.....	91
137.	Geldigheid – betrokkene is geen bank – geen geldige cheque.....	92
138.	Cheque aan toonder – geldigheid – identiteit van trekker en betrokkene.....	92
139.	Cheque – bankcheque – geen postassignatie.....	93
B.	De cheque in de verhouding tussen de trekker en de begunstigde.....	93
140.	Cheque – betaalmiddel – geen betaling.....	93
141.	Cheque – diefstal van de cheque – risicoverdeling tussen trekker en begunstigde.....	93
C.	De positie van de betrokkene bank.....	94
142.	Betrokkene is geen schuldenaar op grond van de cheque – aansprakelijkheid op grond van artikel 1382 B.W. – geen regres tegen betrokkene.....	94
143.	Herroeping – herroeping binnen en buiten de aanbiedingstermijn.....	95
144.	Herroeping na aanbiedingstermijn – betaling – aansprakelijkheid tegenover de trekker - onverschuldigde betaling aan de begunstigde.....	95
145.	Herroeping – blokkering van het bedrag op wachtrekening – rechtspositie van de begunstigde.....	96
146.	Herroeping – verzet - verschilpunten.....	96
147.	Verzet door de trekker – geen gevolg geven aan verzet – potentiële aansprakelijkheid tegenover de trekker.....	97
148.	Verzet door de trekker – gevolg geven aan verzet – potentiële aansprakelijkheid tegenover de begunstigde.....	98
D.	Tegenwerpbaarheid van excepties.....	99
149.	Vervalste handtekening – absoluut verweermiddel.....	99
150.	Tegenwerpbaarheid van excepties uit de onderliggende verhouding – rechtstreeks verbonden partijen.....	99
E.	Rechtstreeks krediet.....	100
151.	Omschrijving – juridische aard.....	100
152.	Ontstaan – beding in de bankvoorwaarden – aard van de verrichting.....	101
153.	Rechtstreeks krediet – krediet – terugvordering.....	101
154.	Terugvordering – Sluiting van de rekening.....	102
155.	Terugvordering – telefonisch contact met de betrokkene bij aanbieding van de cheque.....	103
156.	Laattijdige terugvordering – aansprakelijkheid van de bank.....	103
157.	Laattijdige terugvordering – Rechtsverwerking.....	104
158.	Terugvordering – aansprakelijkheid – rol van de interbancaire afspraken.....	104
159.	Verhouding schuldenaar / schuldeiser - tijdstip van betaling.....	105
F.	Aansprakelijkheid voor vervalste cheques en chequeformulieren.....	106
160.	Algemeen – toepassingsgebied.....	106
161.	Chequeformulieren – aansprakelijkheid – vervalste handtekening – grove fout.....	107
162.	Chequeformulieren – aansprakelijkheid – grove fout – geen verplichting tot identificatie houder van een cheque aan toonder.....	107
163.	Chequeformulieren – aansprakelijkheid – grove fout – normale verrichtingen.....	107
164.	Cheque – vervalsing – aansprakelijkheid – uitgifte zonder fonds – eenheid van rekening.....	108
165.	Chequeformulieren – aansprakelijkheid – grove fout – miskennis van de witwaswetgeving.....	109
166.	Cheque – circulaire cheque – vervalste identiteitskaart – aansprakelijkheid.....	110
167.	Cheque – vervalsing – aansprakelijkheid – grove fout van de betrokkene – combinatie van verschillende factoren.....	110
168.	Cheque – vervalsing – aansprakelijkheid – miskennis van de contractueel afgesproken verificatieprocedure – grove fout.....	110
169.	Cheque – vervalsing – aansprakelijkheid – fout van de trekker.....	111
170.	Cheque – verzending door de begunstigde met de post – diefstal – aansprakelijkheid.....	112
171.	Cheque – verlies door de begunstigde – verzet door de trekker – grove fout van de bank?.....	113
172.	Cheque – fraude – meedelen identiteit van de persoon die cheque heeft geïnd – discretieplicht van de betrokkene.....	114
173.	Postcheck – grove fout van De Post - aansprakelijkheid van De Post – vervalste handtekening – fout van de rekeninghouder.....	114
G.	Het fondsvereiste.....	115
174.	Algemeen - waarborgcheque.....	115
175.	Bestanddelen van het fonds - kredietlijn - kasfaciliteiten.....	115
176.	Uitgifte zonder fonds - aansprakelijkheid van de bank voor uitbetaling van een niet geprovisioneerde cheque.....	116
177.	Uitgifte zonder fonds – het begrip “uitgifte”.....	117
178.	Uitgifte zonder fonds – moreel element - behoren te weten dat de cheque niet gedekt was.....	117
179.	Uitgifte zonder fonds – cheque uitgeschreven in het buitenland – strafbaar in België.....	117
180.	Uitgifte zonder fonds – oplichting – listige kunstgreep.....	117
181.	Uitgifte zonder fonds – Burgerlijke partij.....	118



H.	Voorrecht van de houder.....	118
182.	Voorrecht van de houder op het fonds – herroeping van de cheque	118
I.	Verjaring van de chequerechtelijke vordering	119
183.	Toepassingsgebied – vordering van chequerechterlijke aard	119
184.	Toepassingsgebied – terugvordering van het onder voorbehoud gecrediteerde bedrag	119
185.	Vordering tegen de trekker - rechtsgrond	120
186.	Postcheck	120
J.	De reischeque.....	120
187.	Reischeque – aard – verweermiddelen.....	120
§ 3.	<i>Overschrijvingen</i>	121
A.	Algemeen	121
188.	Omschrijving	121
189.	Schenking – onrechtstreekse schenking – bewijs.....	121
B.	Onvoldoende fonds en faillissement van de opdrachtgever	122
190.	Onvoldoende fonds – geen uitvoering op een later tijdstip – bankvoorwaarden – relativiteit van de overeenkomst – geen beding ten gunste van derden - geen aansprakelijkheid tegenover begunstigde	122
191.	Faillissement van de opdrachtgever – uitvoering van de opdracht – onverschuldigde betaling	123
192.	Faillissement van de opdrachtgever – bevestiging van betaling door de bank – geen uitvoering – geen aansprakelijkheid tegenover de begunstigde	123
C.	Afleidingsbedingen	124
193.	Omschrijving -geldigheid	124
194.	Afleidingsbeding – relativiteit van de overeenkomst – aansprakelijkheid tegenover derden	126
195.	Afleidingsbeding – informatieverplichting – aansprakelijkheid tegenover de opdrachtgever.....	126
196.	Conclusie.....	127
D.	Vervalste overschrijvingsopdrachten.....	127
197.	Algemeen	127
198.	Terugvordering van de fraudeur – onverschuldigde betaling	128
199.	Behoud van de debitering of verplichting tot creditering?	128
200.	Toepassing van artikel 1239 B.W. – restitutieverbintenis van de bankier.....	129
201.	Toepassing van artikel 1239 B.W. – restitutieverbintenis van de bankier – kritiek in de rechtsleer	131
202.	Toepassing van artikel 1239 B.W. – Uitzonderingen op de niet-tegenwerpbaarheid.....	132
203.	Toepassing van artikel 1239 B.W. – expliciete afwijking van artikel 1239 B.W. – contractuele aansprakelijkheid.....	132
204.	Toepassing artikel 1239 B.W. - exoneratiebedingen – draagwijdte	133
205.	Aansprakelijkheidsrecht - exoneratiebedingen – geldigheid.....	134
206.	Exoneratiebeding – beoordeling van de zware fout van de bank – verificatie van de handtekening	135
207.	Exoneratiebeding – beoordeling van de zware fout van de bank – miskenning van de interne veiligheidsprocedure	135
208.	Exoneratiebeding – beoordeling van de zware fout van de bank – geen verificatie van overeenstemming van identiteit begunstigde en rekeningnummer.....	136
209.	Toepassing artikel 1239 B.W. - bankvoorwaarden – interpretatie – geen exoneratiebeding	137
210.	Toepassing artikel 1239 B.W. – Uitzonderingen – Schijnleer	137
211.	Toepassing artikel 1239 B.W. – Uitzonderingen – fout van de rekeninghouder	138
212.	Toepassing artikel 1239 B.W. – Uitzonderingen – Bekrachtiging van de verrichting	140
213.	Ondertekening door niet-bevoegde persoon – onverschuldigde betaling.....	140
E.	Foutieve uitvoering van overschrijvingsopdrachten.....	141
214.	Algemeen	141
215.	Vergissing van de opdrachtgever - vordering wegens onverschuldigde betaling – faillissement van de begunstigde – geen revindicatievordering	141
216.	Vergissing van de bank – tegenboeking – vereffening van de rekeninghouder - faillissement	142
217.	Fout van de bank van de begunstigde – aansprakelijkheid van de banken – belang van de kwalificatie 142	
218.	Geen verificatie van overeenstemming van de naam en het rekeningnummer van de begunstigde – aansprakelijkheid – rol van de interbancaire afspraken	144
219.	Geen verificatie van overeenstemming van de naam en het rekeningnummer van de begunstigde – aansprakelijkheid in de interbancaire verhouding.....	145
220.	Dubbele overschrijvingsopdracht – vordering tegen de bank – geen onverschuldigde betaling – geen aansprakelijkheid op grond van artikel 1382 B.W.....	145
221.	Opzegging – geen opdracht – vermogensvermeerdering zonder oorzaak	146
222.	Fout van de bank – geen uitvoering – toepassing artikel 1382 B.W.....	147
F.	Herroeping van een overschrijvingsopdracht.....	147
223.	Herroeping in strijd met afspraken van partijen uit onderliggende verhouding –geen aansprakelijkheid tegenover begunstigde.....	147
§ 4.	<i>Elektronisch betaalverkeer</i>	148
224.	Beschikbaarheid van het systeem – resultaatsverbintenis	148
225.	Kredietkaart – geen opdracht van de kaarthouder – geen mogelijkheid tot debitering – fout kaarthouder irrelevant	151



226.	Wet van 17 juli 2002 – toepassingsgebied ratione materiae – kredietkaarten.....	151
227.	Wet van 17 juli 2002 - toepassingsgebied ratione temporis – aard van de wet.....	152
228.	Debetkaart – bedrieglijk gebruik door een derde – aansprakelijkheid – onrechtmatig beding	152
229.	Elektronisch betaalinstrument – bedrieglijk gebruik door een derde – aansprakelijkheid – kennisgeving – grove nalatigheid - algemeen.....	153
230.	Elektronisch betaalinstrument – bedrieglijk gebruik door een derde – aansprakelijkheid voor kennisgeving – grove nalatigheid - algemeen	153
231.	Elektronisch betaalinstrument – bedrieglijk gebruik door een derde – aansprakelijkheid voor kennisgeving – grove nalatigheid – geen loutere onvoorzichtigheid.....	154
232.	Elektronisch betaalinstrument – bedrieglijk gebruik door een derde – aansprakelijkheid voor kennisgeving – grove nalatigheid – geen verplichting om aanwezigheid instrument permanent te verifiëren ..	154
233.	Elektronisch betaalinstrument – bedrieglijk gebruik door een derde – aansprakelijkheid voor kennisgeving – grove nalatigheid – feitelijke invulling.....	155
234.	Elektronisch betaalinstrument – bedrieglijk gebruik door een derde – aansprakelijkheid voor kennisgeving – grove nalatigheid – verplichting tot kennisgeving.....	155
235.	Elektronisch betaalinstrument – bedrieglijk gebruik door een derde – aansprakelijkheid voor kennisgeving – grove nalatigheid - bewijslast.....	156
236.	Elektronisch betaalinstrument – gebruik na overlijden van de rekeninghouder - onverschuldigde betaling – vordering tegen de bank.....	157
237.	Kredietkaart – fraude met kredietkaartnummer – kaarthouder niet aansprakelijk	157
238.	Kredietkaart – fraude met kredietkaartnummer – terugvordering van de begunstigde	158
239.	Kredietkaart – globale betalingsautorisatie – fraude – aansprakelijkheid van de kaarthouder	158

HOOFDSTUK III. VERRICHTINGEN IN FINANCIËLE INSTRUMENTEN EN BELEGGINGSDIENSTEN **158**

§ 1.	<i>Algemeen kader</i>	158
240.	Algemene verplichtingen van de financiële bemiddelaar –informatieplicht - adviesplicht	158
241.	Algemene verplichtingen van de financiële bemiddelaar – informatieplicht – adviesplicht (vervolg) ..	160
242.	Informatieplicht van de financiële tussenpersoon - aankoop van hoogrisicodragende financiële producten	160
243.	Informatieplicht van de financiële tussenpersoon – Aanbod van hoogrisicodragende financiële producten	161
§ 2.	<i>Orders in financiële instrumenten</i>	162
244.	Orders in financiële instrumenten – Dekkingsverplichting	162
245.	Orders in financiële instrumenten – Geen advies(plicht)	162
246.	Orders in financiële instrumenten - Best execution	163
247.	Orders in financiële instrumenten – Exceptie van spel en weddenschap (art. 1965 B.W.).....	164
248.	Orders in financiële instrumenten – Bewijs.....	164
249.	Orders in financiële instrumenten – laattijdige rapportering aan de opdrachtgever – aansprakelijkheid beursvennootschap	166
§ 3.	<i>Vermogensbeheer en beleggingsadvies</i>	166
250.	Vermogensbeheer – notie	167
251.	Punctueel en niet-vergoed beleggingsadvies – Toepassing K.B. 5 augustus 1991 (neen)	169
252.	Vermogensbeheer en beleggingsadvies – Schriftelijke overeenkomst - sanctie	170
253.	Vermogensbeheer – toepassing in de tijd van het K.B. van 5 augustus 1991	172
254.	Vermogensbeheer en beleggingsadvies – Aansprakelijkheid voor fouten in het beheer/advies.....	172
255.	Vermogensbeheer – discretionaire aard - aansprakelijkheid	174
256.	Vermogensbeheer – Diversificatieplicht.....	175
257.	Vermogensbeheer – beheer in het belang van de belegger.....	176
258.	Vermogensbeheer – rapporteringsverplichting	176
259.	Beleggingsadvies – Toepassing van de gedragsregelen ex art. 36 Wet 6 april 1995 (neen).....	177
§ 4.	<i>Uitgifte en plaatsing van financiële instrumenten</i>	177
260.	Openbare uitgifte van effecten – verplichtingen van de lead manager – due diligence	178
261.	Openbare uitgifte van effecten – Aansprakelijkheid van de <i>lead manager</i> – ‘Barrack Mines’	179
262.	Openbare uitgifte van effecten – Aansprakelijkheid van tussenkomende financiële instellingen ten aanzien van de belegger	181
§ 5.	<i>Overige verrichtingen</i>	182
263.	Wisseltermijntransactie – ogenblik van eigendomsoverdracht en overmacht.....	182

HOOFDSTUK IV. TUSSENPERSONEN IN BANK- EN BELEGGINGSDIENSTEN **182**

AFDELING 1. -	AANBIEDEN VAN BANK- EN BELEGGINGSDIENSTEN	182
264.	verbod voor ziekenfondsen	183
AFDELING 2. -	JURIDISCH STATUUT VAN DE BANKAGENT	184
A.	Toepasselijke wetgeving.....	184
265.	Handelsagentuur - gelijkheidsbeginsel	185
266.	Handelsagentuur – werking in de tijd	185



267.	Tussenpersonen – Administratief toezicht.....	186
AFDELING 3. -	FRAUDE VAN VERTEGENWOORDIGERS VAN KREDIETINSTELLINGEN – SCHIJNLEER	186
268.	Algemeen	186
269.	Schijnleer – documenten op naam van de instelling.....	186
270.	Schijnleer – Kwijting	187
271.	Schijnleer – Personeel & Uithangbord.....	187
272.	Schijnleer - Lokalen van de bank	188
273.	Schijnleer – bankrelatie.....	188
274.	Schijnleer - weigering	189
275.	Schijnleer - Besluit.....	191
276.	Aansprakelijkheid voor onrechtmatige daad – art. 1384, lid 3 B.W.....	191
AFDELING 4. -	BEËINDIGING VAN DE OVEREENKOMST	192
277.	Zelfstandige bankagent – einde overeenkomst.....	192
278.	Zelfstandige bankagent - Kennisgeving van ontslag	192
279.	Zelfstandige bankagent - einde overeenkomst - vergoedingen – aftrek eigen kosten	192
280.	Zelfstandige bankagent – einde overeenkomst – uitwinningsvergoeding	193
281.	Zelfstandige bankagent - einde overeenkomst – kwijting	193
282.	Zelfstandige bankagent – onregelmatig gedrag – dringende redenen.....	193
283.	Bankbediende – ontslag om dringende redenen	194
AFDELING 5. -	TOEPASSINGEN PRIVACY-WETGEVING	194
284.	Zelfstandige bankagent – “zwarte lijst”	194
285.	Zelfstandig bankagent – toezicht door de bank – geen gebruik van cliëntengegevens	194



OVERZICHT VAN RECHTSPRAAK

PRIVAAT BANKRECHT (1999-2007)^{1 2}

Eddy WYMEERSCH³
Buitengewoon hoogleraar,
Instituut Financieel Recht,
UGent

Reinhard STEENNOT⁴
Docent, Instituut Financieel
Recht, UGent

Michel TISON⁵
Hoofddocent, Instituut
Financieel Recht, UGent

Hoofdstuk 1. – Kredietrecht

Afdeling 1. – Algemeen kredietrecht

§ 1. – Algemene vraagstukken

I OMVANG SCHADEVERGOEDING – FUNDING LOSS

De schuldenaar die een krediet van bepaalde duur aangaat en dit voor termijn wil terugbetalen is een schadevergoeding verschuldigd. De bank berekende deze vergoeding op grond van een

¹ Met dank aan de heer Filip Bogaert, assistent, Instituut Financieel Recht, UGent, voor de waardevolle bijstand bij de afwerking van dit overzicht.

² Het overzicht van rechtspraak omvat de jurisprudentie verschenen in de periode 1999 tot en met 2007. Zie voor het vorige overzicht van rechtspraak: E. WYMEERSCH, M. DAMBRE & K. TROCH, “Overzicht van rechtspraak. Privaat bankrecht (1992-1998)”, *T.P.R.* 1999, 1779-2034; Zie voor andere overzichten en kronieken van rechtspraak in de onderzochte periode, onder meer: A. BRUYNEEL en E. VAN DEN HAUTE, “Chronique de droit bancaire privé – Les opérations de banque”, *Bank. Fin. R.* 2000, 539 – 548; A. BRUYNEEL en E. VAN DEN HAUTE, “Chronique de droit bancaire privé – Les opérations de banque (2000 – 2001)”, *Bank. Fin. R.* 2003, 35 – 61; A. BRUYNEEL en E. VAN DEN HAUTE, “Chronique de droit bancaire privé – Les opérations de banque (2002 – 2003)”, *Bank Fin.R.* 2005, 223 – 239; E. VAN DEN HAUTE, “Chronique de droit bancaire privé – Les opérations de banque (2004 – 2006)”, *Bank Fin.R.* 2007, 178 – 194; J.P. BUYLE en M. DELIERNEUX, “Becommentarieerde rechtspraak in bank- en beursrecht”, deel 1, *T.B.H.* 1998, 783-860, deel 2, *T.B.H.* 1999, 22-27; J.P. BUYLE en M. DELIERNEUX, “Becommentarieerde rechtspraak in bank- en beursrecht”, *T.B.H.* 1999, 677-738; J.P. BUYLE en M. DELIERNEUX, “Becommentarieerde rechtspraak in bank- en beursrecht”, *T.B.H.* 2000, 673-746; J.P. BUYLE en M. DELIERNEUX, “Becommentarieerde rechtspraak in bank- en beursrecht”, *T.B.H.* 2001, 779-862; J.P. BUYLE en M. DELIERNEUX, “Becommentarieerde rechtspraak in bank- en beursrecht”, *T.B.H.* 2003, 1-75; J.P. BUYLE en M. DELIERNEUX, “Becommentarieerde rechtspraak in bank- en beursrecht”, *T.B.H.* 2006, 67-138; J.P. BUYLE en M. DELIERNEUX, “Becommentarieerde rechtspraak in bank- en beursrecht”, *T.B.H.* 2007, 39-97; M. TISON, “Kroniek financieel recht (november 2001-januari 2003)”, *T.R.V.* 2003, 158-188; M. TISON, “Kroniek financieel recht (januari 2003-juni 2004)”, *T.R.V.* 2004, 312-343; M. TISON, “Kroniek financieel recht (juli 2004 – augustus 2007)”, *T.R.V.* 2007, 632-678.

³ E. Wymeersch verzorgde de redactie van onderdelen van Hoofdstuk I (randnrs. 1-6, 30-33 en 36-80), evenals Hoofdstuk IV.

⁴ R. Steennot is de auteur van Hoofdstuk II (randnrs. 81-236).

⁵ M. Tison schreef onderdelen van Hoofdstuk I (randnrs. 7-29 en 34-35), en Hoofdstuk III.



“funding loss” benadering met als gevolg dat het verschuldigde bedrag groter was dan de in art. 1907bis B.W. bedoelde forfaitaire wederbeleggingsvergoeding, die verschuldigd is bij een gehele of gedeeltelijke terugbetaling van het krediet. Deze vergoeding werd bepaald als voorwaarde om de schuldenaar in staat te stellen zich van zijn op termijn bepaalde niet-opzegbare kredietenschuld voor termijn te bevrijden. Het staat hem vrij al dan niet op het voorstel van de bank in te gaan. Derhalve vindt art. 1907bis BW, dat geldt voor kredieten op onbepaalde termijn, geen toepassing.⁶

Vanuit financieel oogpunt kan de beslissing van het hof worden bijgetreden: bij kredieten op bepaalde termijn houdt de kredietinstelling rekening met de duurtijd van de passiva die zij moet aantrekken om deze kredieten te financieren. Wordt op verzoek van de kredietnemer in de krediettermijn een wijziging gebracht dan zal de kredietinstelling ook een wijziging moeten doorvoeren in de structuur van haar passiva. Ook in de rentevoet komt dit verschil tot uiting.

2 *VERMOGENSVERMEERDERING ZONDER OORZAAK.*

Een vader had zijn geestelijk zwakke dochter onder morele druk gezet om een krediet op te nemen waarvan hij de opbrengst heeft aangewend om zich onder meer een auto aan te schaffen, die inmiddels reeds was stuk gereden. Nadat de kredietovereenkomst werd vernietigd wegens moreel geweld, werd de vader veroordeeld tot terugbetaling van het krediet op grond van vermogensvermeerdering zonder oorzaak. De vrederechter van Doornik⁷ stelde vast dat de bank een vermogensverlies had geleden en dat de vader de enige was die zich had verrijkt. Deze verrijking steunde niet op enige oorzaak nu de kredietovereenkomst werd vernietigd.

3 *KREDIET – SCHULDVERNIEUWING - ANATOCISME – FOUT VAN DE BANK*

Na de brand in het door een krediet gefinancierde gebouw had de bank de eisbaarheid van de intresten voor een periode van ongeveer tien jaar opgeschort. Hierdoor ontstond een aanzienlijke interestschuld. Deze werd door de bank op een afzonderlijke rekening geboekt, waarvan de eisbaarheid werd uitgesteld voor een bepaalde periode. De bank beweerde dat deze inschrijving op rekening schuldvernieuwing tot gevolg had, zodat zij er interesten kon op aanrekenen. Dit werd door het hof te Luik⁸ geweigerd gelet op het verbod van anatocisme (art. 1154 BW) . De bank werd tevens verweten een fout te hebben begaan door deze uitzonderingstoestand niet contractueel te hebben vastgelegd en verder de schuldenaar niet gewaarschuwd te hebben voor de omvang van de aldus gecumuleerde schuld. Op die grond werd de totale interestschuld met de helft verminderd.

4 *KREDIET - NOTORIËTEITSATTEST*

⁶ Gent 9 april 2003, *R.W.* 2005-2006, 978, noot L. VAN DEN STEEN.

⁷ Vred. 9 mei 2000, *J.L.M.B.* 2001, 1520.

⁸ Luik 9 februari 2006, *J.L.M.B.* 2006, 876.

Een bank had een notoriëteitsattest afgeleverd betreffende een van haar cliënten: zij verklaarde dat zij uitstekende handelsrelaties met hem onderhield en dat zij “*de gelegenheid te baat nam om de solvabiliteit van haar verbintenissen ten aanzien van derden te waarborgen*”. Op grond hiervan oordeelde een schuldeiser dat de bank op een of andere wijze instond voor de solvabiliteit van deze cliënt. Het hof van Bergen⁹ weigerde evenwel deze weg in te slaan: de verklaring moest gelezen worden in haar context en duidt niet op de wil van de bank om de verbintenissen van de cliënt te waarborgen, in de juridische betekenis van het woord. Evenmin werd op foutieve wijze de indruk gewekt dat er een garantie op eerste verzoek werd bedoeld. De annotator betreurt dat dit laatste aspect niet grondig werd onderzocht. De verklaring was vooral gekenmerkt door grote onhandigheid.

5 *KREDIET – VENNOOTSCHAPSGROEP*

Een kredietopening met hypothecaire zekerheid toegekend aan een vennootschap uit een groep van vennootschappen met gezamenlijke eigenaars – hier als “horizontale groep” te zien – werd door het bestuur van deze vennootschap aangewend ter financiering van een zustervenootschap die enige tijd later failliet werd verklaard. De vennootschap schuldenaar riep diverse argumenten in om de vordering in terugbetaling van de kredietverlener af te weren. Een ervan was dat de vennootschap haar maatschappelijke doel had overschreden door een krediet te waarborgen ten voordele van een derde. Het was onduidelijk of de schuldenaar de opbrengst van het krediet had toegestaan, dan wel of deze rechtstreeks aan de zustervenootschap was toegekend, derhalve resulterend in een waarborg van de vennootschapschuldenaar. Hoe dan ook, het hof te Gent¹⁰ steunde zich op een clause in de statuten op grond waarvan de vennootschap persoonlijke en zakelijke borgen ten voordele van derden kon toekennen. Verder werd vastgesteld dat de regelen inzake belangenconflicten (art. 523 W.Venn, voorheen art. 60 SWHV) werden nageleefd. De schuldenaar verweerde zich verder door bedrog van de bank in te roepen bij de totstandkoming van het krediet. Het akkoord van de schuldenaar kon niet in twijfel worden getrokken. Geen bedrog lag voor nu de bank de opbrengst van het krediet had aangewend voor de aanzuivering van haar tegoed, ofschoon de bank mogelijk misbruik van recht werd verweten te meer nu zij elke verdere financiële hulp had ontzegd.

In vennootschapsgroepen wordt aanvaard dat, gelet op de onderlinge afhankelijkheid van de groepsvennootschappen, deze elkaar prestaties, waaronder kredieten kunnen toestaan voor zover deze de solvabiliteit van de vennootschap schuldeiser niet in het gedrang brengen en zij een redelijke tegenprestatie kan verlangen. Ook borgstellingen kunnen onder deze regel worden aanvaard. In het hier besproken arrest werd de problematiek enkel vanuit het vennootschapsdoel benaderd. De argumentatie inzake groepsrecht werd door de partijen niet aangeraakt.

6 *KREDIET AAN VENNOOTSCHAP – MISBRUIK IN GROEPSVERBAND – ONGEORLOOFDE OORZAAK*

⁹ Bergen 19 december 2000, *R.R.D.* 2002, 83, noot Y. Poullet, “La lettre de confort ou les visages multiples de la notion de sûreté personnelle”.

¹⁰ Gent 1 februari 2001, *T.R.V.* 2002, 385, noot F. Jenne, *Recueil annuel de jurisprudence en droit des sociétés*, 2003, 170.



Een kredietinstelling had een omvangrijk, en door zakelijke zekerheden afgedekt krediet toegekend aan een vennootschap, die deze gelden, via een keten van inbrengverrichtingen en aandelencessies, verricht op aangeven van de controleaandeelhouder, aan een andere groepsvennootschap liet toekomen. Deze financiële montage leidde tot een aanzienlijke verarming van de kredietnemer, en uiteindelijk tot diens faillietverklaring. De aangifte van schuldvordering door de kredietinstelling in het bevoorrecht passief van het faillissement werd betwist door de curator, die bij tegenvordering de nietigverklaring van de kwestieuze kredieten vorderde. De rechtbank stelt vooreerst vast dat de kredietnemer, gezien de beperkte omvang van haar middelen, reeds bij de toekenning van het krediet niet in staat was om het hoofd te bieden aan de verplichtingen die eruit voortvloeiden. Voorts acht de rechtbank de betrokken kredietverrichtingen strijdig met het vennootschapsbelang van de kredietnemer: weliswaar kan aanvaard worden dat in een groep van vennootschappen een bepaalde graad van solidariteit tussen de groepsvennootschappen bestaat onder de vorm van een tijdelijke bijstand; deze mag er echter niet toe leiden dat de vennootschap die de bijstand verleent zelf in financiële moeilijkheden komt, doordat ze buitensporige lasten draagt in verhouding tot haar mogelijkheden. De principiële autonomie van elke groepsvennootschap heeft tot gevolg dat de ene vennootschap haar actief niet op het spel mag zetten in het belang van de overige vennootschappen in de groep. De rechtbank concludeert niet enkel tot de absolute nietigheid van de ongeoorloofde intragroepstransacties. Ze breidt deze sanctie, wegens ongeoorloofde oorzaak, tevens uit tot de kredietovereenkomsten, nu de kredietnemer naar het oordeel van de rechtbank op het ogenblik van de toekenning van het krediet de werkelijke bestemming van de ter beschikking gestelde gelden kende, en de negatieve gevolgen ervan kende of behoorde te kennen.¹¹ Daarenboven aanvaardt de rechtbank, op gronden van billijkheid, de schuldvordering van de kredietinstelling in het faillissement van de kredietnemer enkel in het gewone, niet langer in het bevoorrechte passief. Dit “correctief” is in werkelijkheid een logisch gevolg van de nietigheid van de overeenkomst, die immers ook de accessoire zekerheden tenietdoet.¹²

Het hof van beroep te Brussel bevestigt deze zienswijze, en versterkt nog het argument inzake de nietigheid inzake ongeoorloofde oorzaak: volgens het hof treft de nietigheidssanctie elke overeenkomst waarvan het oogmerk erin bestaat afbreuk te doen aan rechten van derden die door een wetgeving van openbare orde beschermd worden, zodra dit oogmerk aanwezig is bij één van de contractspartijen, zonder dat vereist is dat de medecontractant hiervan op de hoogte is.¹³

7 *KREDIETOVEREENKOMST – MISKENNING VAN EIGENVERMOGENSRATIO – NIETIGHEID (NEEN)*

Onder de eigenvermogensvereisten waaraan kredietinstellingen op grond van hun wettelijk statuut zijn onderworpen, behoort het verbod om een overmatige concentratie van risico's op eenzelfde tegenpartij op te bouwen: in principe mag het totale risico op eenzelfde tegenpartij of groep van tegenpartijen niet meer bedragen dan procentuele fractie – thans bepaald op 25%¹⁴ - van het eigen vermogen van de kredietinstelling. De overschrijding van deze ratio's

¹¹ Kh. Brussel 12 september 2000, *T.B.H.* 2001, 787, noot J.P. BUYLE & M. DELIERNEUX.

¹² Zie ook J.P. BUYLE & M. DELIERNEUX, noot sub Kh. Brussel 12 september 2000, *T.B.H.* 2001, 799.

¹³ Brussel 10 september 2004, *Bank Fin.R.* 2006/I, met kritische noot K. MACOURS, “Lendit: gedachten bij een miskennis van het vennootschapsbelang in een groepscontext”.

¹⁴ Zie thans art. III.4 § 1, 1° Besluit van de Commissie voor het Bank-, Financie- en Assurantiewezen van 17 oktober 2006 over het eigen vermogen van de kredietinstellingen en de beleggingsondernemingen, goedgekeurd bij M.B. 27 december 2006, *B.S.* 3 januari 2007, dat voorziet in begrenzing van het totale risico op een

machtigt de Commissie voor het Bank-, Financie- en Assurantiewezen om bepaalde interventie maatregelen te treffen.¹⁵ De wet preciseert evenwel niet of aan de miskennis van deze ratio civielrechtelijke gevolgen vastkleven op het vlak van de geldigheid van de kredietovereenkomst. Het hof van beroep te Brussel beantwoordt deze vraag negatief.¹⁶ Ter staving van haar standpunt, overweegt het hof dat de eigenvermogensratio weliswaar de openbare orde raakt, maar dat het eigenvermogensbesluit van de Commissie voor het Bank- en Financiewezen uitsluitend het interne beheer van kredietinstellingen tot voorwerp heeft. De miskennis ervan heeft bijgevolg niet de nietigheid van de kredietverrichtingen tot gevolg die met miskennis van de ratio zijn gesloten, aangezien deze nietigheid naar het oordeel van het hof ongeschikt is om de prudentiële doelstelling te verwezenlijken die de betrokken reglementering nastreeft. Het hof sluit zich eveneens terecht aan bij de zienswijze van de annotatoren bij het in eerste aanleg gewezen vonnis¹⁷, dat de toepassing van de nietigheidssanctie tot onaanvaardbare rechtsonzekerheid zou leiden, nu de miskennis van de prudentiële ratio's niet automatisch tot specifieke sancties vanwege de toezichthouder leidt: de toezichthouder kan, bij de vaststelling van de overschrijding van de ratio, aan de kredietinstelling een termijn laten waarbinnen ze de nodige maatregelen moet nemen om haar situatie te regulariseren.¹⁸ Tot slot overweegt het hof dat de nietigheidssanctie zou ingaan tegen het beginsel van de niet-inmenging door de CBFA in de individuele relatie tussen een kredietinstelling en haar klanten. Dit laatste argument lijkt minder overtuigend: het aanvaarden van de nietigheid van de overeenkomsten die tot stand komen met miskennis van de eigenvermogensregelen impliceert geen inmenging van de toezichthouder in de relatie tussen de bank en zijn klant, nu de nietigheid een aangelegenheid is die uitsluitend door de rechtbank wordt opgelegd. Overigens is het niet-inmengingsprincipe niet absoluut: de CBFA is wel degelijk gerechtigd om zich in te laten met de individuele relatie tussen een aan het toezicht onderworpen kredietinstelling en zijn cliënten indien dit noodzakelijk is voor de uitoefening van het prudentiële toezicht.¹⁹ De miskennis van een eigenvermogensratio inzake risicoconcentratie vormt precies een voorbeeld van de mogelijkheid voor de CBFA om in te grijpen in zulke relatie, onder meer door de kredietinstelling te bevelen om een overmatige risicopositie op een welbepaalde cliënt binnen de door haar bepaalde termijn af te bouwen.

8 *BESCHERMING VAN DE PERSOONLIJKE LEVENSSFEER VAN DE BANKCLIËNT – GEBRUIK BETALINGSGEGEVENS VOOR AANBOD VAN VERZEKERINGSPRODUCTEN*

Een kredietinstelling bleek de gegevens betreffende betalingsopdrachten van haar cliënteel, met name inzake de betaling van verzekeringspremies aan derden, om de cliënten, met verwijzing naar de desbetreffende betalingsopdracht, erop te wijzen dat ze zelf ook als verzekeringstussenpersoon optrad, en een voorstel tot verdere bespreking formuleerde. Hierop stelde een beroepsvereniging van verzekeringsmakelaars een stakingsvordering in tegen de kredietinstelling, die ze verweet daden te stellen strijdig met de eerlijke handelspraktijken (art.

wederpartij op 25% van het eigen vermogen van de financiële instelling. Voorheen lag de regel vervat in art. 83 van het besluit van de CBF van 5 december 1995, goedgekeurd bij M.B. 31 december 1995.

¹⁵ Zie hiervoor art. 57 Wet 22 maart 1993.

¹⁶ Brussel 23 januari 2003, *NjW* 2003, 1227, noot RS. Het arrest bevestigt hiermee de uitspraak van de rechtbank van koophandel in eerste aanleg: Kh. Brussel 12 september 2000, *T.B.H.* 2001/12, 787, noot J.P. BUYLE & M. DELIERNEUX.

¹⁷ Zie J.P. BUYLE & M. DELIERNEUX, noot sub Kh. Brussel 12 september 2000, *T.B.H.* 2001/12, (787), 797.

¹⁸ Zie met name art. 57 § 1, lid 1 Wet 22 maart 1993.

¹⁹ Zie thans inzake kredietinstellingen: art. 47 Wet 22 maart 1993.

93 WHPC). Bij vonnis van 7 juli 1994 had de voorzitter van de rechtbank van koophandel te Antwerpen de stakingsvordering gegrond verklaard wegens een schending van de Privacywet van 8 december 1992.²⁰ Het hof van beroep²¹ bevestigt het bestreden vonnis. Het overweegt dat de door de kredietinstelling gebruikte informatie betreffende haar cliënteel geen verband houdt met de behoorlijke uitvoering van de betalingsopdracht, maar met de inhoud ervan, hetgeen enkel kon door een inhoudelijk onderzoek van de betalingsopdracht. Bij ontstentenis van toestemming van de cliënt om de gegevens betreffende betalingsopdrachten te gebruiken voor andere doeleinden dat de uitvoering van de betalingsopdracht, moet aangenomen worden dat de toestemming van de klant voor de opslag, de verwerking en het gebruik enkel kan slaan op die inlichtingen die voor de bankier zijn bedoeld, waartoe de vermelding van de redenen van betaling niet behoort. Het hof gaat nog verder: zelfs de toestemming van de klant voor het gebruik van de gegevens betreffende de reden van een betalingsopdracht, volstaat niet om de kredietinstelling vrij te pleiten, aangezien het gebruik ervan in de gegeven omstandigheden als overmatig is te beschouwen, en bijgevolg strijdig met artikel 5 van de Privacywet. De grondslag hiervoor is te vinden in de discretieplicht in de bankrelatie, die volgens het hof ook ten dele geldt tussen bankier en klant. Het hof besluit tot de schending van de Privacywet door de kredietinstelling, hetgeen meteen ook een daad oplevert strijdig met de eerlijke handelsgebruiken.

§ 2. – Aansprakelijkheid van de kredietgever

A. Aansprakelijkheid bij de toekenning van het krediet

9 AANSPRAKELIJKHEID KREDIETVERLENER TEN OPZICHTE VAN DE KREDIETNEMER BETREFFENDE DE TOEKENNING VAN EEN KREDIET –ALGEMEEN

Een arrest van het hof van beroep te Brussel van 6 september 1999²² brengt de beginselen inzake de aansprakelijkheid van de bankier-kredietverlener ten opzichte van de kredietnemer op het vlak van de *toekenning* van een krediet in herinnering. Deze beginselen steunen op een dubbel postulaat: enerzijds het beginsel dat de bancaire dienstverlening, hoewel ze een algemeen belang vertoont, niet gelijk te stellen is met een openbare dienst die bijzondere verbintenissen ten aanzien van de klanten of derden met zich meebrengt; anderzijds het principe van de wilsvrijheid inzake kredietovereenkomsten, dat partijen toelaat om vrij kredietovereenkomsten te onderhandelen en vorm te geven, onder voorbehoud van de toepassing van regelen van openbare orde en van algemene rechtsbeginselen inzake overeenkomstenrecht. Hieruit volgt volgens het hof vooreerst dat de bank de toekenning van een krediet mag weigeren zonder haar beslissing te moeten verantwoorden: haar beoordelingsvrijheid terzake is volkomen discretionair. Deze regel geldt zowel voor de algemene kredietpolitiek van de bank als voor de beslissing tot verhoging of verlenging van een bestaand krediet, onder voorbehoud van de naleving van specifieke verbintenissen die de bank in deze context zou zijn aangegaan, en van de algemene beginselen die de opzegging van een krediet voor onbepaalde duur beheersen. Voorts geldt ten aanzien van de

²⁰ Vz. Antwerpen 7 juli 1994, *D.C.C.R* 1994-95, 77, noot T. LEONARD; *Computerr.* (Ned.) 1994, 244, noot J. DUMORTIER & F. ROBBEN; *T.B.H.* 1995, 297, noot M. DASSESE.

²¹ Antwerpen 3 mei 1999, *A.J.T.* 1999-2000, 437, noot C. DE VOS, *Jaarboek Handelspraktijken en Mededinging* 1999, 524.

²² Brussel 6 september 1999, *T.B.H.* 2000, 703.

kredietinstelling het beginsel van niet-inmenging ten aanzien van de zaken van zijn klant, hetgeen impliceert dat de bank niet gehouden is om tussen te komen teneinde te verhinderen dat zijn klant-kredietnemer ongepaste verrichtingen zou stellen. Dit principe neemt evenwel niet weg dat de partijen bij een kredietovereenkomst, zoals bij elke overeenkomst loyaal moeten handelen. Uit de algemene voorzichtigheids- en zorgvuldigheidsplicht die zich aan elke professionele kredietverlener opdringt, volgt dat de bankier gehouden is om aan de kandidaat-kredietnemer informatie te verschaffen omtrent de verrichting en haar kenmerken, en om aan de cliënt in voorkomend geval eveneens passende adviezen te verstrekken. Deze verplichting wordt evenwel begrensd door de niet-inmengingplicht van de bankier, die zich niet in de plaats mag stellen van zijn klant.²³ Bijgevolg kan de kredietinstelling enkel verweten worden een krediet te hebben verleend dat niet aangepast was aan de behoeften of mogelijkheden van de klant-kredietnemer, indien het om een kennelijke vergissing gaat en indien de bank zich er bewust van kon zijn. De beoordelingsmaatstaf is deze van een normaal voorzichtige en zorgvuldige bankier, geplaatst in dezelfde omstandigheden.²⁴ De omvang van de informatie- en adviesplicht zal tot slot afhankelijk zijn van de graad van complexiteit van de verrichting en van de hoedanigheid van de klant.²⁵

In casu bleek de kredietnemer een deel van de hem toegekende kredieten niet te hebben aangewend voor de in de overeenkomst vermelde doeleinden. Het hof oordeelt hieromtrent dat het in beginsel niet aan de kredietinstelling toekomt om na te gaan of de opgenomen kredieten aangewend worden voor de contractueel bepaalde bestemming, zodat de ontstentenis van controle niet de aansprakelijkheid van de bank ten aanzien van de klant-kredietnemer met zich meebrengt. Het hof sluit echter niet uit dat de afwezigheid van controle tot extracontractuele aansprakelijkheid van de kredietinstelling ten opzichte van derden leidt.

10 AANSPRAKELIJKHEID KREDIETVERLENER TEN OPZICHTE VAN DE KREDIETNEMER BETREFFENDE DE TOEKENNING VAN EEN KREDIET – TOEPASSINGEN

Op het ogenblik van de toekenning van het krediet moet de kredietverstrekker overgaan tot een volledige beoordeling van de financiële en vermogenssituatie van de klant, van diens ondernemingsresultaten en ontwikkelingsperspectieven. De kredietverstrekker kan aansprakelijkheid oplopen indien hij, als gevolg van een onvolledige analyse of een verkeerde beoordeling van de financiële situatie van de klant, een onaangepast krediet verstrekt of het krediet in manifest buitensporige voorwaarden verhoogt.²⁶ Zowel het type krediet als de behoeften van de onderneming moeten dus in dit onderzoek worden betrokken.²⁷ De

²³ Zie ook Rb. Aarlen 13 maart 2003, *DAOR* 3003/65, 78, noot D. BLOMMAERT, “Over krediettoekenning, aansprakelijkheid en borgen: naar een responsabilisering van de borgen?”.

²⁴ Zie ook Luik 29 juni 2001, *J.T.* 2001, 864, dat eraan toevoegt dat de rechtbank zich tot een marginale beoordeling beperkt. In dezelfde zin: Luik 29 april 2004, *T.B.H.* 2006, 86, noot J.P. BUYLE & M. DELIERNEUX; Luik 8 februari 2005, *T.B.H.* 2007, 64, noot J.P. BUYLE & M. DELIERNEUX.; Kh. Brussel 8 november 2002, *T.B.H.* 2004, 169, noot J.P. BUYLE & M. DELIERNEUX;

²⁵ Vgl. ook Cour Supérieure de Justice Luxembourg, 23 mei 2001, *DAOR* 2003/66, 62, dat dezelfde beginselen vooropstelt, maar terzelfder tijd ook duidelijk de eigen onderzoeksplicht van de kredietnemer in de verf zet: de kredietinstelling mag in principe niet aansprakelijk gesteld worden voor de schadelijke gevolgen van de kredietverstrekking voor de kredietnemer. Het komt in laatste instantie aan de klant toe om de opportuniteit te beoordelen van zowel het krediet als van de financiële lasten die dit genereert. (Zie voor dit laatste aspect eveneens Rb. Aarlen 13 maart 2003, *DAOR* 3003/65, 78, noot D. BLOMMAERT, “Over krediettoekenning, aansprakelijkheid en borgen: naar een responsabilisering van de borgen?”).

²⁶ Bergen 20 september 1999, *J.L.M.B.* 2000, 1682;

²⁷ Rb. Aarlen 13 maart 2003, *DAOR* 3003/65, 78, noot D. BLOMMAERT, “Over krediettoekenning, aansprakelijkheid en borgen: naar een responsabilisering van de borgen?”.



kredietverstrekker moet zich bij haar beslissing bekommeren om de terugbetalingsmogelijkheid van de kredietnemer en mag niet overgaan tot de verstrekking van een krediet op grond van de enkele overweging dat het krediet op afdoende wijze is gedekt door de verstrekte zekerheden.²⁸ Wanneer het krediet dient tot aankoop van een onroerend goed dat als hypothecaire waarborg geldt, en de kredietverstrekker zelf de waarde van het gehypothekeerde goed bepaalt, begaat ze een fout wanneer ze niet opmerkt dat de inplanting van het desbetreffende onroerend goed niet conform is aan de stedenbouwkundige voorschriften, terwijl dit op zicht van de kadasterplannen vaststond. De kredietverstrekker had hiermee rekening moeten houden bij de bepaling van de waarde van het onroerend goed en bij de toekenning van het krediet op zich.²⁹

De enkele omstandigheid dat de kredietinstelling ernaar streeft om haar kredietrisico op afdoende wijze af te dekken door middel van zekerheden, kan op zich niet als een fout worden bestempeld. Dit zou enkel het geval zijn indien de kredietinstelling de vestiging van de zekerheden zou opleggen terwijl ze de onherroepelijke financiële toestand van de kredietnemer kende of behoorde te kennen.³⁰

In een arrest van 12 juni 2006 neemt het hof van beroep te Bergen³¹ een gelijkaardige houding aan: de financiële instelling die een krediet toestaat, mag zich niet beperken tot een algemeen onderzoek naar de situatie van de kandidaat-kredietnemer, maar moet op actieve wijze nauwkeurige en volledige informatie inzamelen over diens financiële situatie. De kredietverstrekker moet op een zo nauwgezet mogelijke wijze de kredietcapaciteit van de klant onderzoeken, en meer bepaald nagaan of redelijkerwijze te verwachten valt dat de kredietnemer het vooropgestelde economische project zal kunnen verwezenlijken. Wanneer dit onderzoek uitwijst dat het gevraagde krediet een hoog risicogehalte vertoont, is de kredietverstrekker ertoe gehouden de derde die borg zou staan voor dit krediet, in te lichten over de risicograad. De kredietverstrekker die zulks nalaat, begaat een fout, doordat de toekenning van een duidelijk onaangepast krediet de schijn opwekt dat de kandidaat-kredietnemers in staat zouden zijn om het hoofd te bieden aan hun krediet schulden, terwijl de bank wist of behoorde te weten dat ze, vroeg of laat, onvermijdelijk beroep zou moeten doen op de door de derde gestelde zekerheden.

Het solvabiliteitsonderzoek dat de kredietverstrekker voorafgaand aan de toekenning van het krediet moet organiseren, moet toelaten de principiële haalbaarheid van de geplande operatie na te gaan. Indien de kredietverlener vanaf de aanvang weet of behoort te weten dat het voor de kredietnemers onmogelijk is om, in het licht van hun inkomsten, hun terugbetalingsverplichtingen na te leven, gaat de bank onzorgvuldig te werk. Dit geldt des te meer wanneer blijkt dat het krediet in hoofdzaak dient tot terugbetaling van een eerder krediet: in zulk geval had de kredietverstrekker van bij de aanvang vanwege de onderneming in moeilijkheden een herstel- of reddingsplan moeten eisen. Naast de aldus vastgestelde precontractuele fout (*culpa in contrahendo*) weerhoudt het hof tevens een extracontractuele fout in de kennelijke overwaardering van de hypothecaire waarborg die door de ontleners

²⁸ Kh. Brussel 8 november 2002, *T.B.H.* 2004, 169, noot J.P. BUYLE & M. DELIERNEUX. Zie ook *infra*, nr. 26 betreffende de aansprakelijkheid ten aanzien van de borg.

²⁹ Antwerpen 22 januari 2007, *Not.Fisc.M.* 2007, 115, noot . In *casu* spreekt het Hof zich niet uit over het causaal verband tussen deze onzorgvuldigheid en het nadeel dat de eigenaars van het onroerend goed lijden doordat noch de notaris noch de kredietverstrekker hadden gewezen op het bestaan van een eerdere veroordeling tot herstel in natura van de bouwovertradingen die het onroerend goed troffen: het hof beperkt er zich toe een deskundige aan te stellen en de zaak terug te zenden naar de eerste rechter.

³⁰ Kh. Brussel 19 juni 2003, *Bank Fin.R.* 2004/IV, 237.

³¹ Bergen 12 juni 2006, *J.L.M.B.* 2007, 146.



werd verschaft: door lichtzinnig, d.i. zonder controle van vergelijkingspunten, een totaal overtrokken schatting van haar landmeter over te nemen, heeft de kredietinstelling bij de ontleners de hoop opgewekt dat hun verbintenissen op grond van de lening geen te hoge persoonlijke risico's inhielden.³² Ten gronde besluit het hof evenwel tot een gedeelde aansprakelijkheid, nu ook op de ontleners een onderzoeksplicht bestond naar de haalbaarheid van de geplande kredietoperatie.³³

Het solvabiliteitsonderzoek impliceert volgens de rechtbank van koophandel te Brussel niet dat de kredietverstrekker zelf moet overgaan tot technische studies of boekhoudkundige analyses teneinde de juistheid na te gaan van de gegevens vervat in de (boekhoudkundige) documenten die de kredietaanvrager haar heeft overhandigd, voor zover een normaal nazicht van deze documenten laat uitschijnen dat deze normaal zijn.³⁴

In de lijn van het voorgaande oordeelt het hof van beroep te Luik dat de kredietinstelling aansprakelijk kan worden gesteld indien ze aan een onervaren klant een kennelijk onredelijk krediet heeft toegekend. Dit is echter niet het geval wanneer, na de weigering van de eerste kredietaanvraag wegens onvoldoende persoonlijke inbreng van middelen voor de te financieren overname, de kredietverstrekking gepaard gaat met de verschaffing van zekerheden door de kredietnemers en derden, en het onderzoek van de boekhoudkundige documenten van de met de financiering over te nemen vennootschap er geenszins op wijst dat dit project kennelijk onredelijk is. Het hof onderstreept tot slot dat de bankactiviteit noodzakelijk gepaard gaat met risico's, zodat de realisatie van zulke risico's op zich niet volstaat om een fout ten laste van de kredietinstelling te weerhouden.³⁵

De eigen onderzoeksplicht en de primaire verantwoordelijkheid van de kredietnemer krijgt een sterke accentuering in een arrest van het hof van beroep te Antwerpen van 21 november 2002: het hof weerlegt het verweer van de borgen, die tevens zaakvoerder van de kredietnemer zijn, inroepen tegen de uitwinning door de kredietinstelling-kredietgever, gestoeld op beweerde onzorgvuldige kredietverlening. Volgens het hof komt het in eerste instantie aan de zaakvoerders van de kredietnemer toe om de opportuniteit te beoordelen van het aanvragen van een krediet, meer bepaald het aangaan van afbetalingsleningen om achterstallige belastingschulden voor het bedrijf aan te zuiveren. Daarnaast sluit het hof zich aan bij het argument van de kredietverstrekker dat de kredietverlening niet foutief was, nu dit zich beperkte tot afbetalingsfaciliteiten met betrekking tot een bestaande, geleidelijk opgebouwde schuld.³⁶ Dit arrest lijkt zich, in vergelijking met de hiervoor besproken uitspraken, meer inschikkelijk op te stellen ten aanzien van de kredietinstelling: het benadrukt voornamelijk de eigen verantwoordelijkheid van de zaakvoerders van de onderneming in moeilijkheden, en verzwakt hierdoor de zorgvuldigheidsplicht die doorgaans aan de kredietinstelling wordt toebedeeld om minstens de kandidaat-kredietnemers te waarschuwen voor de gevolgen van het gevraagde krediet.

Een vonnis van de rechtbank van eerste aanleg te Charleroi gaat dieper in op de draagwijdte van de precontractuele informatie- en adviesplicht van de kredietverstrekker ten aanzien van

³² *In casu* was het gehypothekeerde goed eigendom van de ouders-ontleners, zodat het argument enkel pertinent is voor de kinderen die de leningakte mee hebben ondertekend ter financiering van de handelszaak van hun ouders.

³³ Brussel 29 juni 2001, *A.J.T.* 2001-02, 373, noot.

³⁴ Kh. Brussel 19 juni 2003, *Bank Fin.R.* 2004/IV, 237.

³⁵ Luik 29 juni 2001, *J.T.* 2001, 864.

³⁶ Antwerpen 21 november 2002, *DAOR* 2003/66, 69.

de kandidaat-kredietnemer: op de kredietinstelling weegt de verplichting om de klant in te lichten omtrent de verschillende beschikbare krediettechnieken, evenals de plicht om de klant te adviseren betreffende de keuze tussen deze mogelijkheden en gebeurlijk de klant te waarschuwen voor een onaangepaste keuze. De loutere omstandigheid dat de ene kredietformule een betere rentevoet kent dan de andere, volstaat echter niet om te concluderen dat deze beter geschikt is.³⁷ De informatie- en adviesverplichtingen mogen er volgens de rechtbank evenwel niet toe leiden dat de kredietverstrekker de verplichting zou hebben om haar eigen beoordeling in de plaats te stellen van de ondernemer op het gebied van het structurele en financiële bestuur van de onderneming. De ondernemer kan immers geacht worden het best geplaatst te zijn om de kredietbehoeften van de onderneming te kennen en de risico's ervan in te schatten.³⁸

Inzake kredieten onderworpen aan de Wet van 12 juni 1991 betreffende het consumentenkrediet, is de precontractuele zorgvuldigheidsplicht nog scherper geformuleerd in de wet: artikel 15 Wet Consumentenkrediet verbiedt de kredietverlener om een kredietaanbod te formuleren wanneer hij niet is overtuigd van de redelijke terugbetalingsmogelijkheden van de kandidaat-kredietnemer. De miskennis van deze bepaling valt in principe onder het sanctieregime van artikel 86 Wet Consumentenkrediet, dat de rechter toelaat om, als alternatief op de nietigheid van de overeenkomst, de verplichtingen van de consument te reduceren tot het ontleende bedrag met behoud van het voordeel van de termijn.³⁹ Een vonnis van het Vrederegerecht te Sint-Niklaas onderstreept dat de door de Wet Consumentenkrediet opgelegde verplichtingen geen afbreuk doen aan de algemene precontractuele zorgvuldigheidsplicht en de hieruit voortvloeiende schadeplicht (*culpa in contrahendo*). *In casu* legt de rechtbank niet enkel de reductie van het krediet tot het ontleende bedrag op, wegens miskennis van een aantal verplicht in het kredietaanbod op te nemen vermeldingen, maar veroordeelt ze de kredietverstrekker tevens tot een schadevergoeding wegens miskennis van de precontractuele zorgvuldigheidsplicht, die *ex aequo et bono* geraamd wordt op 10% van het kredietbedrag.⁴⁰

II TOEKENNING VAN EEN KREDIET AAN EEN ONDERNEMING IN MOEILIKHEDEN- AANSPRAKELIJKHEID TEN OPZICHTE VAN DE KREDIETNEMER (NEEN)

De bankier die een krediet toekent aan een onderneming die haar betalingen reeds heeft gestaakt, gaat weliswaar onvoorzichtig te werk, maar kan hiervoor niet aansprakelijk worden gesteld ten aanzien van de kredietnemer en zijn actieve bestuurders (onder meer de bestuurder die borg staat voor het krediet), maar enkel ten opzichte van derden. De kredietnemer en zijn bestuurders zijn immers het best op de hoogte van de reddeloze financiële situatie van de onderneming, zodat ze hun eigen fouten niet op de kredietverstrekker kunnen afwentelen⁴¹: de

³⁷ *In casu* stelt de rechtbank vast dat de keuze voor een kaskrediet in de gegeven omstandigheden niet foutief was, nu het aanvraagdossier van de kredietnemer gewag maakte van een snelle terugbetaling dankzij overheidssubsidies.

³⁸ Rb. Charleroi 8 juni 2000, *T.B.H.* 2001, 781, noot J.P. BUYLE & M. DELIERNEUX.

³⁹ Zie voor toepassingen o.m. R. STEENNOT, "Overzicht van rechtspraak. Consumentenbescherming (1998-2002)", *T.P.R.* 2004/4, (1721), nr. 277 e.v., p. 1919 e.v..

⁴⁰ Vred. Sint-Niklaas 28 maart 2001, *D.C.C.R.* 2001, 170, *Jaarboek kredietrecht* 2001, 124, noot G. STRAETMANS.

⁴¹ Luik 8 februari 2005, *T.B.H.* 2007, 64, noot J.P. BUYLE & M. DELIERNEUX.

toestemming van de kredietnemer met de betwiste kredietverrichting is volgens de rechtbank van koophandel te Hasselt in zulk geval op te vatten als een bevrijdingsbeding.⁴²

Bij de beoordeling van de aansprakelijkheid van de kredietinstelling wegens het toekennen van een krediet aan een reddeloos verloren onderneming, leiden de principes inzake marginale toetsing en beoordeling op het ogenblik van de litigieuze feiten tot een verdere nuancering: de loutere omstandigheid dat de kredietverstrekker een vergissing heeft begaan bij de beoordeling van de succesansen van een onderneming, vormt op zich geen fout, voor zover de bank geen onredelijke risico's heeft genomen.⁴³ Dit is des te meer het geval indien het toegekende krediet in werkelijkheid diende om een feitelijk gegroeide debetpositie te regulariseren en als kortetermijnoverbrugging werd beschouwd: in deze omstandigheden kan aan de kredietinstelling niet verweten worden geen uitgebreid herstelplan van de kredietnemer te hebben geëist.⁴⁴

Het hof van beroep te Bergen volgt in dit verband een alternatieve benadering, die met name is gestoeld op de afwezigheid van causaliteit tussen de onvoorzichtigheid van de kredietverstrekker en de door de kredietnemers geleden schade: het hof verwerpt de schade-eis ingesteld door een failliet verklaarde handelaar en zijn echtgenote tegen de kredietverstrekker, strekkende tot vergoeding van de schade geleden door de tegeldemaking van de gehypothekeerde onroerende goederen van de eisers. Het hof stelt vast dat, zelfs zonder het betwiste krediet, de financiële en persoonlijke situatie van de kredietnemer dermate precair was, dat het faillissement onafwendbaar was, en dat de tegeldemaking van de onroerende goederen noodzakelijk was zijn om de overige schulden te delgen.⁴⁵

12 AANSPRAKELIJKHEID VAN DE KREDIETVERLENER TEN OPZICHTE VAN DE KREDIETNEMER – BEWIJSLAST

In beginsel zal, conform het beginsel *actori incumbit probatio*, de kredietnemer die als eiser in aansprakelijkheid optreedt, de bewijslast dragen betreffende de beweerdte fout van de kredietinstelling, in het bijzonder de tekortkomingen in het solvabiliteitsonderzoek. In de rechtspraak in de onderzochte periode is een tendens merkbaar om aan de verwerende kredietinstelling een medewerkingsplicht op te leggen op het vlak van deze bewijsvoering. De reikwijdte van deze medewerkingsplicht krijgt echter geen eenvormige invulling in de rechtspraak. Zo oordeelt het hof van beroep te Gent dat deze medewerkingsplicht op het vlak van de bewijsvoering niet tot gevolg heeft dat de bank spontaan alle stukken moet neerleggen die haar mogelijks zouden kunnen belasten.⁴⁶ Het Hof van beroep te Bergen gaat op dit vlak evenwel beduidend verder: gezien de moeilijkheid die de kredietnemer ondervindt om de materiële elementen te verzamelen die van aard zijn om aan te tonen dat de kredietverstrekker geen afdoende onderzoek naar de situatie van de kandidaat-kredietnemer heeft verricht, komt het aan de kredietverstrekker toe om aan de bewijsvoering mee te werken, onder meer door alle pertinente documenten voor te leggen en mededeling te doen van alle gegevens die de objectieve rechtvaardiging hebben gevormd voor de toekenning van het krediet.⁴⁷

⁴² Kh. Hasselt 15 december 1998, *T.B.H.* 1999, 721.

⁴³ Luik 8 februari 2005, *T.B.H.* 2007, 64, noot J.P. BUYLE & M. DELIERNEUX.

⁴⁴ Luik 29 april 2004, *T.B.H.* 2006, 86, noot J.P. BUYLE & M. DELIERNEUX.

⁴⁵ Bergen 12 juni 2006, *J.L.M.B.* 2007, 146.

⁴⁶ Gent 4 april 2007, *NjW* 2007, 132.

⁴⁷ Bergen 12 juni 2006, *J.L.M.B.* 2007, 146.

13 *AANSPRAKELIJKHEID VAN DE KREDIETVERLENER TE OPZICHTE VAN DERDEN – VOORWAARDEN*

De kredietverlener handelt foutief wanneer hij, door een ondoordacht en onverantwoord krediet toe te staan, een valse schijn bij derden of buitenstaanders opwekt betreffende de kredietwaardigheid van de ondernemer-kredietnemer.⁴⁸

Een vonnis van de rechtbank van koophandel te Brussel van 3 april 2001 brengt de extracontractuele grondslag van de aansprakelijkheid van de kredietverlener ten aanzien van derden in herinnering. Dit legt op het slachtoffer de bewijslast van fout, schade en causaal verband: *in casu* beweerde eiseres dat ze, zonder de door de kredietinstelling beweerdelijk opgewekte foutieve schijn van solvabiliteit betreffende de kredietnemer, nooit aan laatstgenoemde een pakket aandelen zou hebben verkocht met uitgestelde betaling voor een deel van de prijs. De rechtbank stelt evenwel vast dat er geen causaal verband is tussen de toekenning van het krediet aan de koper van de aandelen en de door de verkoper geleden schade, nu het krediet pas na de totstandkoming van de verkoop werd toegekend. Bovendien komt het naar het oordeel van de rechtbank in eerste instantie aan de verkoper toe om zich te vergewissen van de solvabiliteit van haar koper, en om een gebeurlijk risico af te dekken door zekerheden vanwege de koper te eisen.⁴⁹

B. Handhaving of verhoging van het krediet

14 *KREDIET – VERHOGING ONDER OPSCHORTENDE VOORWAARDE*

Een kredietinstelling had aan haar klant-kredietnemer een verhoging van een bestaande kredietlijn toegezegd, met vermelding in de kredietbrief dat aan deze verhoging bepaalde zekerheden waren verbonden, onder meer een pand op de handelszaak in tweede rang. Wanneer blijkt dat op de handelszaak reeds vier pandvestigingen wegen, weigert de bank het krediet te verhogen. De klant eist hierop schadevergoeding vanwege de bank. In eerste aanleg weerhield de rechtbank een fout in hoofde van de kredietinstelling, doordat ze de klant niet onmiddellijk schriftelijk in kennis had gesteld van het niet-ervuld zijn van de voorwaarden voor het krediet. Het hof van beroep hervormt evenwel het vonnis, en verwerpt de eis tot schadevergoeding: het hof analyseert de betrokken zekerheidsstellingen als een opschortende voorwaarde voor de verhoging van het krediet, en leidt hieruit af dat, bij gebreke aan realisatie van de voorwaarde, de kredietverhoging nooit tot stand is gekomen. Dit impliceert volgens het hof dat de kredietinstelling niet de verplichting had om de — nooit tot stand gekomen — kredietverhoging op te zeggen, zodat de bank niet kan worden verweten zijn kredietnemer niet op de hoogte te hebben gebracht van de niet-ervulling van de voorwaarde.⁵⁰

15 *KREDIETOVERSCHRIJDINGEN – VERHOGING VAN HET KREDIET (NEEN)*

⁴⁸ Rb. Antwerpen 28 november 2000, *R.W.* 2001-2002, 1072.

⁴⁹ Kh. Brussel 3 april 2001, *T.B.H.* 2003, 21.

⁵⁰ Brussel 20 mei 1999, *T.B.H.* 2000, 701,

De rechtspraak neemt vrij algemeen aan dat de, zelfs herhaalde, overschrijdingen van het kredietplafond geen verhoging van het kredietbedrag tot gevolg hebben. Zo oordeelt het hof van beroep van Luik dat het loutere gedogen door de kredietinstelling van een overschrijding van het kredietplafond geen contractueel recht toekent aan de kredietnemer op het behoud van deze overschrijding, zelfs indien deze constant en aanzienlijk zijn geweest. Het hof sluit zich dan ook aan bij vroegere jurisprudentie die de *ad nutum* beëindiging van zulke tolerantie toelaat.⁵¹ Evenmin is de, zelfs herhaalde, overschrijding van het kredietplafond en de mogelijkheid om cheques zonder afdoende fonds uit te schrijven, te beschouwen als een stilzwijgende instemming met een verhoging van het bestaande krediet.⁵²

De toezichtplicht van de kredietverstrekker op de situatie van de kredietnemer (zie hierna, nr. 16) impliceert eveneens dat de kredietinstelling geen bovenmatige overschrijdingen van het kredietplafond mag dulden. De kredietinstelling treft evenwel geen fout wanneer ze de kredietnemer bij herhaling op de overschrijdingen heeft gewezen en, op basis van de door de kredietnemer verstrekte uitleg, bepaalde overschrijdingen heeft aanvaard.⁵³

Het recht van de kredietverlener om de kredietoverschrijdingen te verminderen tot het contractueel bepaalde kredietplafond is, net zoals het recht om het krediet op te zeggen, op te vatten als een discretionair recht, dat evenwel aanleiding kan geven tot rechtsmisbruik. Het enkele feit dat door de vermindering van de overschrijding van het kredietplafond schade wordt toegebracht aan een derde, volstaat echter niet om de aansprakelijkheid van de kredietinstelling te aanvaarden, voor zover deze schade niet buiten elke verhouding staat tot het voordeel dat de kredietinstelling voor zichzelf nastreeft. De kredietinstelling mag in deze omstandigheden weigeren om een wisselbrief te honoreren teneinde een verdere overschrijding van het kredietplafond door zijn klant, die de wisselbrief heeft geaccepteerd, te vermijden, zonder dat zulks een fout oplevert ten aanzien van de houder van de wisselbrief.⁵⁴

16 TOEZICHTPLICHT VAN DE KREDIETVERSTREKKER OP DE SITUATIE VAN DE KREDIETNEMER

Aangenomen wordt dat op de kredietgever de verplichting rust om toezicht uit te oefenen op de evolutie van zijn kredietnemer, teneinde na te gaan of de kredietnemer zich niet in een situatie bevindt waarin het krediet niet langer kan gehandhaafd worden. Het hof van beroep te Bergen herneemt in een arrest van 20 september 1999⁵⁵ de beginselen die hieromtrent in de rechtspraak zijn ontwikkeld: de kredietinstelling zal aansprakelijk kunnen worden gesteld indien ze voorheen toegekende kredieten handhaaft in onredelijke omstandigheden, onder meer wanneer ze kan vaststellen dat de onderneming van de kredietnemer zich in een hopeloze situatie bevindt en geen redelijke kansen heeft om aan een faillissement te ontsnappen.⁵⁶ Met het oog hierop beschikt ze over een toezichtplicht op de kredietnemer. Deze houdt in dat de kredietinstelling de balansen en resultatenrekeningen van de klant moet opvolgen, en moet nagaan of de voorwaarden waaraan de toekenning van het krediet zijn verbonden, werden vervuld (bijv. het doorvoeren van een kapitaalverhoging). De omvang van

⁵¹ Luik 26 maart 2002, *J.L.M.B.* 2003, 971, *T.B.H.* 2004, 163, noot J.P. BUYLE & M. DELIERNEUX; Luik 6 maart 2003, *T.B.H.* 2005, 167, noot J.P. BUYLE & M. DELIERNEUX.

⁵² Rb. Brussel 17 februari 2004, *J.L.M.B.* 2005, 255.

⁵³ Kh. Brussel 8 november 2002, *T.B.H.* 2004, 169, noot J.P. BUYLE & M. DELIERNEUX.

⁵⁴ Luik 6 maart 2003, *T.B.H.* 2005, 167, noot J.P. BUYLE & M. DELIERNEUX.

⁵⁵ Bergen 20 september 1999, *J.L.M.B.* 2000, 1684.

⁵⁶ Het is dan ook terecht dat het hof van beroep te Brussel in een arrest van 25 januari 2002 onderstreept dat het enkele risico voor een faillissement van de kredietnemer in hoofde van de kredietverstrekkers geen onthoudingsplicht doet ontstaan betreffende de beëindiging van de kredietrelatie, zelfs indien zou blijken dat de beëindiging van de kredietovereenkomst de continuïteit van de kredietnemer op de helling zet (Brussel 25 januari 2002, *J.L.M.B.* 2003, 952).



deze toezichtplicht zal niet enkel afhangen van de concrete omstandigheden, rekening houdend met onder meer de omvang van het krediet en de hoedanigheid van de kredietnemer en diens reputatie, de aard van de onderneming en de evolutie van diens activiteit. Ook het beginsel van niet-inmenging leidt tot een nuancering van de aansprakelijkheid van de kredietinstelling, aangezien de bedrijfsleider het best geplaatst is om de kredietbehoeften en de financiële risico's die eruit voortvloeien, in te schatten.⁵⁷ Tot slot mag van een normaal voorzichtig en zorgvuldig bankier verwacht worden dat hij bepaalde risico's neemt, voor zover deze niet onredelijk zijn, en dat hij hierbij mag afgaan op informatie die hij redelijkerwijze niet in twijfel diende te trekken.

Wanneer de kredietinstelling een leveranciersdiscontokrediet toekent aan zijn klant, moet ze diens situatie ernstig onderzoeken en op regelmatige tijdstippen opvolgen, evenwel zonder zich te mengen in het bestuur van de onderneming. De kredietinstelling mag het krediet slechts beëindigen wanneer blijkt dat de situatie dermate achteruitgaat dat het herstel van de kredietnemer redelijkerwijze niet meer denkbaar is. De aansprakelijkheid van de bank voor een lichte fout sluit niet uit dat ze een beoordelingsfout uitmaakt, voor zover elke normale en voorzichtige analist, geplaatst in dezelfde omstandigheden, dezelfde vergissing zou hebben begaan. Bij de beoordeling van de vraag of de onderneming redelijkerwijze herstelkansen heeft, mag de kredietverstrekker rekening houden met de financiële steun die de onderneming vanwege de overheid ontvangt, en met de bijstand die andere financiële instellingen bereid zijn te bieden voor de herstructurering van de onderneming. De omstandigheid dat de betrokken steunmaatregelen door de Europese Commissie als onrechtmatige staatssteun werden beschouwd, heeft volgens het hof geen invloed op de beoordeling van het gedrag van de kredietinstelling, in de mate de terugvordering van onwettige staatssteun, die het voortbestaan van de betrokken onderneming zou hebben bedreigd, geen automatisme is.⁵⁸

17 *HERSCHIKKING VAN KREDIETEN BIJ VERLAGING VAN DE RENTEVOETEN – VERPLICHTING VAN DE KREDIETINSTELLING (NEEN)*

Wanneer een algemene daling van de rentestand een aanzienlijk rentevershil (tot 5%) oplevert tussen de rentevoet op voorheen toegekende kredieten en de actuele rentevoet voor nieuwe kredieten, is weliswaar vast te stellen dat deze kredieten niet langer aangepast zijn aan een omgeving van lage rentevoeten en bijgevolg belangrijke kosten genereert. Op zich kan hieruit echter geen juridische verplichting voor de kredietverstrekker worden afgeleid om de bestaande kredieten te herschikken, wanneer de betrokken kredieten, op het ogenblik van de toekenning ervan, aangepast waren aan de behoeften van de kredietnemer: enkel indien de weigering door de kredietinstelling bij wijziging van externe omgevingsfactoren een misbruik van recht zou uitmaken, d.w.z. een gedrag uitmaakt dat kennelijk afwijkt van het gedrag van een normaal voorzichtige en zorgvuldige bankier, zou de weigering als een fout kunnen worden aangemerkt. Hierbij moet volgens de rechtbank tevens rekening gehouden worden met de noodzaak voor de kredietinstelling om zich op haar beurt op de kapitaalmarkten te financieren en de administratieve last en kosten die een herschikking met zich meebrengt.⁵⁹

⁵⁷ Zie ook Gent 7 oktober 2002, 1997/AR/1712, beschikbaar op <www.juridat.be>.

⁵⁸ Luik 25 september 1998, *T.B.H.* 1999, 715, noot J.P. BUYLE & M. DELIERNEUX.

⁵⁹ Kh. Brussel 8 november 2002, *T.B.H.* 2004, 169, noot J.P. BUYLE & M. DELIERNEUX.

C. Schorsing of beëindiging van het krediet

18 *SCHORSING VAN EEN KREDIET – OPHEFFING VAN DE SCHORSING DOOR DE KORTGEDINGRECHTER*

Een kredietnemer genoot bij drie grote kredietinstellingen notoriëteitskredieten, die in essentie gebonden waren aan het behoud van een voldoende niveau aan eigen vermogen. De kredietinstellingen gaan nagenoeg simultaan over tot schorsing van hun kredieten, met het motief dat aan het vereiste eigenvermogensniveau niet langer is voldaan vanwege het dubieuze karakter van een aantal vorderingen. De kredietnemer eist in kortgeding de ‘ontschorsing’ van de kredieten of minstens de terbeschikkingstelling van de positieve saldi op zijn rekeningen, onder verbeurte van een dwangsom. De voorzitter van de rechtbank van koophandel te Gent verwerpt vooreerst de door verweerders ingeroepen excepties van onbevoegdheid en onontvankelijkheid: hierbij wordt onderstreept dat de feitelijke onherroepelijkheid van de opheffing van de schorsing, bijvoorbeeld doordat een beschikbaar voorschot naderhand niet meer kan worden gerecupereerd, geen grond tot onbevoegdheid of onontvankelijkheid oplevert. Ook bij de beoordeling van de spoedeisendheid stelt de rechtbank zich relatief soepel op: de schorsing, die het relevante rechtsfeit is aan de hand waarvan de spoedeisendheid moet worden beoordeeld, creëert in hoofde van de kredietnemer een situatie van urgentie, die gebeurlijk de discontinuïteit van zijn onderneming met zich kan meebrengen.⁶⁰

Ten gronde oordeelt de voorzitter dat bij de beoordeling van de rechtmatigheid van de schorsing waarin de kredietovereenkomsten voorzien, middels een *prima facie* onderzoek slechts een marginale toetsing wordt doorgevoerd op hetgeen als een partijbeslissing is te kwalificeren, teneinde na te gaan of de schorsing in strijd was met het beginsel van de goede trouw of inging tegen het verbod van rechtsmisbruik. *In casu* oordeelt de kortgedingrechter dat de schorsingen voldoende waren gemotiveerd, onder meer met verwijzing naar de noodzaak om de aangetaste eigenvermogenspositie weer op te bouwen, en geen misbruik van recht uitmaakten: er kan immers van een redelijke en voorzichtige bankier, die een notoriëteitskrediet voor onbepaalde duur heeft verschaft, niet worden verwacht dat hij zonder noemenswaardige zekerheden krediet blijft verschaffen bij een gewijzigde eigenvermogenspositie of solvabiliteit van zijn cliënt.

19 *EENZIJDIGE BEËINDIGING VAN EEN KREDIETOVEREENKOMST - ALGEMEEN*

Een kredietovereenkomst voor onbepaalde duur kan op elk ogenblik opgezegd worden, zonder enige verantwoording en dus zonder rechterlijke controle op de motieven ervan. De kortgedingrechter kan bijgevolg niet, bij wijze van voorlopige maatregel, de partij die een einde maakt aan de kredietovereenkomst verplichten om de motieven voor de opzegging bekend te maken.⁶¹

Het voorgaande belet de rechtbank niet om na te gaan of de kredietinstelling haar opzeggingsmogelijkheid te goeder trouw heeft gehanteerd.⁶² De kredietverlener moet bij het

⁶⁰ Vz. Kh. Antwerpen 24 juli 2002, *Bank Fin.R.2002/V*, 298; *P.&B.* 2002, 272 (uittreksel).

⁶¹ Vz. Kh. Hasselt 14 september 1999, *R.W.* 2000-2001, 244.

⁶² Gent 17 februari 2003, 1997/AR/0385, beschikbaar op <www.juridat.be>.



nemen van zijn beslissing met name rekening houden met de gerechtvaardigde belangen van de kredietnemer. Hij mag zijn conventioneel recht tot stopzetting van de kredieten zonder enig voorbericht niet uitoefenen op een wijze die kennelijk de grenzen van een normale rechtsuitoefening door een normaal redelijk en voorzichtig bankier overschrijdt. De rechter mag met name nagaan of de door de kredietgever opgegeven motieven voor de opzegging een redelijke en voldoende zwaarwichtige grond vormen voor de onmiddellijke beëindiging, doch oefent ter zake een marginale controle uit.⁶³

De opzegging van een kredietovereenkomst voor onbepaalde duur maakt in beginsel definitief en onherroepelijk een einde aan de overeenkomst, en sluit bijgevolg elke eis tot gedwongen uitvoering uit: de (kortgeding)rechter is niet bij machte om de heropening van de kredietlijnen te bevelen ingeval de beëindiging onrechtmatig zou zijn geweest. De (bodem)rechter kan enkel rechtsherstel bieden onder de vorm van een schadevergoeding.⁶⁴

Dit betekent niet dat het beroep op de kortgedingrechter, in de gevallen waarin de hoogdringendheid kan worden aanvaard⁶⁵, zinloos is. Zoals het hof van beroep te Brussel aangeeft, kan een vordering tot schadeloosstelling ingesteld voor de bodemrechter geen afdoende rechtsherstel bieden voor de rechtstreekse gevolgen van de betwiste (onmiddellijke) beëindiging van de kredieten, met name de onmiddellijke opeisbaarheid van de kredietbedragen. Deze onmiddellijke opeisbaarheid zal de kredietnemer immers dwingen om de liquiditeiten die noodzakelijk zijn voor de voortzetting van zijn werkzaamheden, te moeten aanwenden voor de terugbetaling van de kredieten, met een reëel risico op staking van betalingen tot gevolg.⁶⁶

20 KREDIETOVEREENKOMST VOOR BEPAALDE DUUR – EENZIJDIGE BEËINDIGING

De gevolgen van de eenzijdige beëindiging van een kredietovereenkomst voor bepaalde duur, en de actiemogelijkheden van de (kortgeding)rechter zijn fundamenteel verschillend. In geval van beëindiging van een krediet voor bepaalde duur op grond van een uitdrukkelijk ontbindend beding, is de rechter wel gerechtigd om de realiteit en pertinentie van de voor verbreking aangehaalde motieven te onderzoeken: is de reden voor de beëindiging foutief of abusief, dan is het herstel van de kredietrelatie wel degelijk mogelijk.⁶⁷

De overeenkomst laat niet steeds toe om duidelijk uit te maken of het krediet voor bepaalde of voor onbepaalde duur geldt. Een illustratie hiervan vormen de feiten die aanleiding hebben gegeven tot het arrest van het hof van beroep te Bergen van 4 december 2002. Een

⁶³ Gent 15 november 2002, *NjW* 2003, 637, noot RS.

⁶⁴ Zie o.m. Gent 17 februari 2003, 1997/AR/0385, beschikbaar op <www.juridat.be>; Kh. Bergen 4 december 2002, *DAOR* 2003/66, 81; Vz. Kh. Gent 25 oktober 1995, *R.W.* 1999-2000, 126; Vz. Bergen 23 februari 1999, *T.B.H.* 2000, 714, noot J.P. BUYLE & M. DELIERNEUX; Vz. Kh. Veurne 17 november 1999, *T.B.H.* 2000, 718, noot J.P. BUYLE & M. DELIERNEUX; S. STIJNS, “De beëindiging van de kredietovereenkomst: macht en onmacht van de (kort geding) rechter”, *T.B.H.* 1996, 100-167.

⁶⁵ Wanneer de kredietnemer inmiddels failliet is gegaan en haar activiteiten werden stopgezet, kan deze zich niet meer beroepen op de hoogdringendheid voor wat betreft de vordering strekkende tot het herstel van de beëindigde kredietlijn: zie Brussel 11 december 2001, *Bank Fin.R.* 2002/V, noot O. STEVENS, “De kortgedingrechter en de eenzijdige beëindiging van een kredietovereenkomst van bepaalde duur”.

⁶⁶ Brussel 25 januari 2002, *J.L.M.B.* 2003, 952.

⁶⁷ Zie voor een toepassing tijdens de onderzochte periode: Vz. Kh. Turnhout 6 december 1996, *T.B.B.R.* 1999, 69, dat het principe in herinnering brengt; het gepubliceerde fragment biedt geen uitsluitsel over de beslissing te gronde.



kredietinstelling had een kredietopening toegekend aan een onderneming, opneembaar onder de vorm van een investeringskrediet voor een duur van 15 jaar met maandelijkse afbetalingen. Deze kredietopening werd, samen met de andere financiële rekeningen van de onderneming, samengebracht in een centrale rekening. Nadat gebleken was dat deze centrale rekening, niettegenstaande de stipte afbetaling van het investeringskrediet, voor langere periodes overschreden werd, ging de kredietinstelling over tot beëindiging van de kredietopening met een voorbericht van 60 dagen. Het hof stelt vast dat de kredietinstelling, door toepassing van een contractueel bepaalde vooropzeg, gebruik heeft gemaakt van de mogelijkheid tot *ad nutum* opzegging, en niet van de mogelijkheid tot onmiddellijke verbreking wegens bepaalde, contractueel geëxpliciteerde, omstandigheden. Dit is naar algemene opvatting echter enkel mogelijk bij een (krediet)overeenkomst voor onbepaalde duur. Rekening houdend met de algemene kredietvoorwaarden, naar luid waarvan de kredietopeningen, behoudens uitdrukkelijke afwijking, voor onbepaalde duur gelden, maakt het hof *in casu* een onderscheid tussen de kredietopening, die voor onbepaalde duur geldt, en het gebruik ervan onder de vorm van een investeringskrediet voor bepaalde duur, die als een opschortende termijn in het voordeel van de schuldenaar is op te vatten. Het toekennen van een *ad nutum* opzegmogelijkheid voor zulk investeringskrediet met een in de tijd gespreide terugbetaling, zou volgens het hof het effect van de opschortende termijn tenietdoen. Wanneer de kredietinstelling de kredietopening voor onbepaalde duur beëindigt, gebruik makend van de *ad nutum* opzegmogelijkheid, zal dit ten aanzien van het investeringskrediet voor bepaalde duur slechts uitwerking krijgen bij het verstrijken ervan, en blijft de overeenkomst bestaan zolang deze duur niet is verstreken, behoudens verbreking ervan op grond van bepaalde, in de overeenkomst opgesomde, motieven.⁶⁸ Het arrest trekt de juiste gevolgen uit het onderscheid tussen de kredietopening, die het contractuele kader vormt waarbinnen krediet kan worden opgenomen enerzijds, en de kredietopeningen zelf, waarvan de modaliteiten inzake duur, vergoeding en bestemming in elk individueel geval kunnen verschillen.

Het hof van beroep te Brussel had – zetelend in kortgeding – te oordelen over de beëindiging door een kredietinstelling van een zuiver notoriëteitskrediet voor bepaalde duur voor een bedrag van 25 miljoen euro toegekend aan Sabena en haar coördinatiecentrum SIC, daags voor het verzoek door Sabena tot het verkrijgen van een gerechtelijk akkoord. De kredietnemers eisten in kortgeding het herstel van het krediet dat voor een bepaald duur was toegekend, en de terbeschikkingstelling van een bedrag van ruim 11 miljoen euro, voortkomend uit de vervroegde afwikkeling ('close out') van posities in afgeleide producten van de kredietnemers, waartoe de kredietinstelling was overgegaan teneinde dit te compenseren met de opeisbaar geworden kredietschuld. Na te hebben vastgesteld dat enkel aan de vereiste van hoogdringendheid is voldaan ten aanzien van SIC⁶⁹, stelt het hof voorop dat de eenzijdige beëindiging van een kredietovereenkomst voor bepaalde duur enkel mogelijk is bij miskenning door de kredietnemer van zijn contractuele verplichtingen. Hieraan was *in casu* niet voldaan, nu de bank de eenzijdige verbreking had gemotiveerd door verwijzing naar de weigering van de kredietnemers om zekerheden te vestigen waarin de overeenkomst niet voorzag, maar die de bank had geëist in het licht van de verslechterende financiële toestand van de kredietnemers. Naar het oordeel van het hof kon de kredietinstelling zulke eis enkel waarmaken voor kredieten voor onbepaalde duur, of voor de kredieten die, hoewel voor bepaalde duur, contractueel voorzagen in een *ad nutum* beëindiging, met vooropzeg. Indien de kredietinstelling zich bovendien had willen beroepen op een in de overeenkomst vervatte uitdrukkelijke ontbindende voorwaarde, diende ze de toepassing ervan nauwkeurig te motiveren in de opzeggingsbrief, en zich niet te beperken tot

⁶⁸ Kh. Bergen 4 december 2002, *DAOR* 2003/66, 83.

⁶⁹ Zie hoger, nr. 19.

een algemene verwijzing naar de bepaling van de overeenkomst die deze ontbindende voorwaarden opneemt.⁷⁰

21 EENZIJDIGE VERLAGING VAN HET KREDIET – RECHTSMISBRUIK – RECHTSGEVOLGEN

Een kredietinstelling was ten aanzien van zijn kredietnemer overgegaan tot verlaging, zonder voorbericht, van een bestaande kredietlijn van 15 naar 10 miljoen BEF, en had geweigerd om een overschrijvingsopdracht die haar kort tevoren door de klant was overhandigd, en die binnen de initiële kredietlimiet viel, uit te voeren. De voorzitter van de rechtbank van koophandel te Verviers oordeelt dat in de gegeven omstandigheden sprake is van een *prima facie* rechtsmisbruik, en dat de vermindering bovendien niet op de contractueel voorgeschreven wijze (m.n. aangetekende brief) heeft plaatsgevonden. Op het vlak van het rechtsherstel volgt de beschikking echter niet de lijn van de jurisprudentie die de onmogelijkheid van herstel *in natura* vooropstelt bij de eenzijdige beëindiging van een krediet voor onbepaalde duur: de voorzitter onderschrijft weliswaar het principe dat de eenzijdige beëindiging van een krediet voor onbepaalde duur onherroepelijk is, maar is van oordeel dat deze regel niet geldt bij een verlaging van de kredietlimiet, nu de contractuele relatie blijft voortbestaan. De beschikking beveelt bijgevolg het herstel van de bestaande kredietopening op het initiële niveau.⁷¹

22 BEOORDELING VAN AANSPRAKELIJKHEID BIJ BEËINDIGING VAN HET KREDIET – ALGEMEEN

De uitoefening van een contractueel bedongen opzeggingsrecht in een kredietovereenkomst is op te vatten als een partijbeslissing, waarover de rechtbank een marginaal toetsingsrecht uitoefent.⁷² De toetsing van de aansprakelijkheid aan de situatie van een normaal en voorzichtig professioneel sluit niet uit dat de bank een appreciatievergissing maakt, zonder dat deze een fout uitmaakt.⁷³ De rechter mag de uitoefening van het contractueel bedongen verbrekingsrecht toetsen aan het principe van de contractuele goede trouw (art. 1134, lid 3 B.W.).⁷⁴

Volgens het Hof van beroep te Brussel moet bij de beoordeling van de aansprakelijkheid van de kredietverlener bij de beëindiging van een krediet een onderscheid gemaakt worden tussen de beslissing tot beëindiging zelf, en de begeleidende omstandigheden ervan, met name het feit dat de bank de beslissing gebeurlijk op een abrupte wijze en zonder enig voorbericht heeft genomen. Dit onderscheid kan, zoals *in casu*, gevolgen hebben voor de beoordeling van het causaal verband met de schade van de kredietnemer indien enkel de wijze waarop de beëindiging gebeurde als foutief is te bestempelen, doch niet de beëindiging op zich: in de mate de beslissing tot beëindiging van het krediet gerechtvaardigd was door de financiële

⁷⁰ Brussel 11 december 2001, *Bank Fin.R.* 2002/V, noot O. STEVENS, “De kortgedingrechter en de eenzijdige beëindiging van een kredietovereenkomst van bepaalde duur”.

⁷¹ Vz. Kh. Verviers 23 januari 1998, *T.B.H.* 1999, 712, noot J.P. BUYLE & M. DELIERNEUX. De rechter had tot dezelfde conclusie kunnen komen door de onregelmatigheid van de kennisgeving van de verlaging van het krediet, die bij aangetekende brief diende te gebeuren, vast te stellen, zodat het kredietplafond kon geacht worden nooit te zijn gereduceerd.

⁷² Antwerpen 25 oktober 2001, *R.W.* 2002-03, 586.

⁷³ Rb. Brussel 5 mei 1999, *R.W.* 1999-2000, 955; vgl. inzake de aansprakelijkheid bij handhaving van een krediet: Luik 25 september 1998, *T.B.H.* 1999, 715, noot J.P. BUYLE & M. DELIERNEUX.

⁷⁴ Brussel 1 april 2004, *J.L.M.B.* 2006, 264.



moelijkheden waarmee de kredietnemer kampte, zal de — in *casu* als foutief weerhouden — abrupte beëindiging weliswaar de neergang van de kredietnemer bespoedigd hebben. Indien echter niet is aangetoond dat een normale opzegging van het krediet de kredietnemer in staat zou gesteld hebben nieuwe kredieten te verkrijgen, ontbreekt het aan het vereiste oorzakelijk verband tussen de foutieve gedraging van de bank en de schade van de kredietnemer en, *a fortiori*, de borg van de kredietnemer.⁷⁵

De onmiddellijke beëindiging van de overeenkomst wordt als gerechtvaardigd beschouwd in de volgende omstandigheden:

- de kredietnemer had reeds 2 vervaldagen van een afbetalingslening niet gerespecteerd, kon al geruime tijd voor de beëindiging haar financiële verbintenissen niet meer naleven, en diens rendement liet niet toe om het hoofd te bieden aan de kosten en afbetalingen⁷⁶
- de kredietnemer, die in gebreke was gebleven inzake één trimestriële interestbetaling en enkele maandelijkse premiebetalingen voor de schuldsaldoverzekering, was herhaaldelijk door de kredietinstelling aangemaand om haar verplichtingen na te komen; bovendien had de kredietinstelling de ter zake wettelijk opgelegde poging tot minnelijke schikking inzake hypothecaire kredieten (art. 59 Wet Hypothecair Krediet) gedaan.⁷⁷
- De kredietnemer is in gebreke gebleven om het aflossingsplan van een investeringskrediet na te leven, en heeft zelf te kennen gegeven hiertoe niet meer in staat te zijn en het krediet te willen beëindigen;⁷⁸
- De bank die een krediet opzegt en de onmiddellijke terugbetaling eist van de debetstand is niet schuldig aan rechtsmisbruik, nu de schuldenaar herhaaldelijk in gebreke is gebleven regelmatige termijnen terug te betalen. De bank is niet verplicht rekening te houden met de onderscheiden schuldherschikkingen die door de schuldenaar vrijwillig worden voorgelegd, noch, en voor zover dit niet in de overeenkomst werd bepaald, om de contractuele rentevoet aan te passen aan de marktrente. De ontbinding van de overeenkomst heeft de onmiddellijke eisbaarheid van het resterende saldo van het krediet tot gevolg.⁷⁹
- De kredietnemer vertoonde een negatief eigen vermogen, een aanzienlijke omzetsdaling, en vertoonde, op grond van faillissementspredictieratio's, een groot risico op faillissement; bovendien kon de kredietverstrekker er te goeder trouw van uitgaan dat de bestuurders, die tevens de belangrijkste aandeelhouders waren, geen duidelijk engagement aangingen om tot een substantiële kapitaalverhoging over te gaan; in zulke omstandigheden is de kredietinstelling er zelf toe gehouden het krediet te beëindigen, op het gevaar af aansprakelijkheid ten aanzien van derden op te lopen wegens de handhaving van een schijnbare solvabiliteit van de kredietnemer.⁸⁰

⁷⁵ Brussel 14 september 2006, *Bank Fin.R.* 2007/1, 40.

⁷⁶ Rb. Brussel 5 mei 1999, *R.W.* 1999-2000, 955.

⁷⁷ Beslagr. Doornik 1 februari 2002, *T.Not.* 2002, 526, noot F.B.

⁷⁸ Rb. Charleroi 8 juni 2000, *T.B.H.* 2001, 781.

⁷⁹ Brussel 23 september 2002, *R.G.A.R.* 2003, 13774.

⁸⁰ Brussel 1 april 2004, *J.L.M.B.* 2006, 264; vgl. omtrent het principe eveneens Luik 26 maart 2002, *J.L.M.B.* 2003, 971, *T.B.H.* 2004, 163, noot J.P. BUYLE & M. DELIERNEUX.

- Een kredietnemer verweet zijn kredietinstelling overgegaan te zijn tot een onzijdige en bruske eenzijdige beëindiging van een kredietopening voor onbepaalde duur, en vordert schadevergoeding vanwege de bank voor dit beweerde rechtsmisbruik, onder meer voor de kosten van herfinanciering, wederbeleggingsvergoedingen, aantasting van de goede naam van de kredietnemers en gedwongen inactiviteit van verschillende maanden. Het hof stelt vast dat de door de kredietinstelling ingeroepen gronden voor onmiddellijke beëindiging, met name de miskennis door de kredietnemer van een investeringsstop en een verbod van wederopname van kredieten bij andere banken, terecht zijn, en dat deze de belangen van de kredietverstrekker aantastten: enerzijds zou de nieuwe investering waartoe de kredietnemer zich reeds had verbonden, gepaard gaan met een overdracht van activa, en bijgevolg een vermindering van het onderpand voor de kredietinstelling; anderzijds beschikte de bank bij wie een wederopname van krediet werd gedaan over een hypotheek in eerste rang op een onroerend goed waarop de kredietinstelling-verweerder slechts een hypothecaire inschrijving in tweede rang had. Tot slot bleek de kredietinstelling aan haar kredietnemer, ondanks de onmiddellijke beëindiging nog een termijn van vier maanden gelaten te hebben om tot terugbetaling van het kapitaal over te gaan. In deze omstandigheden oordeelt het hof dat de beëindiging niet aangetast is door een misbruik van recht.⁸¹

De gevallen waarin de aansprakelijkheid van de kredietverlener ten aanzien van de kredietnemer daadwerkelijk wordt weerhouden, zijn in de gepubliceerde jurisprudentie eerder uitzonderlijk. Zo werd de kredietinstelling aansprakelijk geacht voor het verstrekken van een krediet van 10 miljoen BEF voor een duurtijd van 10 jaar aan een vennootschap die met een negatief eigen vermogen en een bijzonder zorgwekkend lage rendabiliteit kampte, en die duidelijk niet in staat zou zijn om de financiële lasten ervan te dragen, zodat het krediet op termijn tot de financiële verstikking en het faillissement van de kredietnemer zou leiden. Het hof oordeelt dat de kredietverstrekker niet heeft gehandeld als een normaal voorzichtige en zorgvuldige kredietverlener, door een krediet te verlenen aan vennootschap waarvan de financiële situatie onherroepelijk aangetast was, zonder enige herstelmaatregel aan de kandidaat-kredietnemer op te leggen. Hierdoor heeft de kredietinstelling het de betrokken vennootschap mogelijk gemaakt om een deficitaire activiteit verder te zetten die zowel voor haarzelf als voor derden rampzalig was.⁸²

23 EENZIJDIGE BEËINDIGING VAN KREDIET MET VOLDOENDE ZEKERHEDEN

In de mate aan het krediet voldoende zekerheden zijn verbonden, kan de onmiddellijke beëindiging ervan op grond van een uitdrukkelijke ontbindende voorwaarde — *in casu* het beslag op goederen van de kredietnemer, als onrechtmatig worden beschouwd: de inachtneming van een korte opzeggingstermijn kan de kredietnemer toelaten op een normale wijze naar een andere bankier op zoek te gaan, zonder van de ene dag op de andere van haar liquiditeiten te worden beroofd. Zulke omstandigheid kan onder omstandigheden in graad van beroep niet meer leiden tot een hervorming van de in eerste aanleg gewezen beschikking, voor zover de inmiddels verstreken termijn voor de kredietnemer toereikend was om een nieuwe bankrelatie aan te gaan.⁸³

⁸¹ Antwerpen 21 november 2002, *DAOR* 2003/66, 69.

⁸² Luik 10 november 1998, *R.R.D.* 1999, 31.

⁸³ Antwerpen 25 oktober 2001, *R.W.* 2002-03, 586.

Een hypothecair krediet voor hoofdzakelijk professioneel gebruik bevatte een clause van vijfjaarlijkse renteherziening, die in onduidelijke termen verwees naar de toepassing van de rentetarieven op kredieten van dezelfde aard en duurtijd toegekend door de kredietinstelling⁸⁴. Nadat tussen partijen discussie was ontstaan omtrent de precieze invulling van dit herzieningsbeding en de ontleners de door de bank voorgestelde renteverhoging hadden geweigerd, gaat de kredietinstelling uiteindelijk over tot beëindiging van het krediet en tot uitwinning van de hypotheek met het oog op de recuperatie van de betwiste interesten. Het Hof van beroep te Brussel ziet in de beëindiging van het krediet een rechtsmisbruik die aanleiding geeft tot een schadevergoeding ten gunste van de kredietnemers, nu de kredietinstelling zich had kunnen beperken tot het in rechte vorderen van het interestverschil waarop de betwisting tussen partijen sloeg.⁸⁴

D. Aansprakelijkheid ten aanzien van de borg

Diverse uitspraken in de onderzochte periode betreffen de aansprakelijkheid van de kredietverlener ten aanzien van de borg van de kredietnemer. De omvang van de zorgvuldigheidsplicht die op de kredietverlener weegt, hangt hierbij in hoofdzaak af van de mate van betrokkenheid van de borg bij het bedrijf van de kredietnemer: indien de zekerheidsverschaffer tevens bestuurder of zaakvoerder is van de onderneming van de hoofdschuldenaar, zijn de hoven en rechtbanken geneigd om, niettegenstaande de informatie- en adviesplicht van de kredietinstelling, de borg tevens een zekere mate van zorgvuldigheid op te leggen, nu deze in beginsel beter geplaatst zal zijn dan de kredietverstrekker om het risico van de kredietverrichting in te schatten.⁸⁵ Indien de zekerheidsverschaffer daarentegen een meer uitgesproken derde is (bijv. verwanten van de kredietnemer), dan toont de rechtspraak zich doorgaans strenger voor de kredietverstrekker, nu het risico bestaat dat de kredietverstrekker meer roekeloze kredieten toekent in de wetenschap dat het risico hiervoor op de zekerheidsverstrekkers kan worden afgewenteld.

In een arrest van 4 april 2007 neemt het hof van beroep te Gent een schijnbaar strengere houding aan: na te hebben bevestigd dat het toekennen van een onverantwoord krediet de aansprakelijkheid van de bank met zich kan meebrengen wegens het opwekken van een valse indruk van kredietwaardigheid, oordeelt het hof dat een borg zich niet op zulke schijn kan beroepen, nu de oorzaak van de borgtocht daar niet in gelegen is. Hierin verschilt volgens het hof de positie van de borg van deze van een andere schuldeiser, die zijn overeenkomsten met de schuldenaar-kredietnemer wel laat afhangen van deze schijn van kredietwaardigheid. Voorts gaat het hof ervan uit dat de persoonlijke verhouding met de kredietnemer de borg toelaat om minstens even geod als de kredietverstrekker kennis te nemen van de financiële

⁸⁴ Bergen 7 april 2003, *J.L.M.B.* 2005, 258.

⁸⁵ Rb. Aarlen 13 maart 2003, *DAOR* 3003/65, 78, noot D. BLOMMAERT, “Over krediettoekenning, aansprakelijkheid en borgen: naar een responsabilisering van de borgen?”.



toestand van de schuldenaar. Het hof lijkt hierbij geen verdere verfijning door te voeren naargelang de graad van proximateit van de borg met de hoofdschuldenaar. Dit impliceert echter niet dat de kredietinstelling steeds vrijuit gaat ten opzichte van de borg: de kredietverstrekker handelt foutief wanneer hij een krediet toekent waarvan hij redelijkerwijze zeker kan zijn dat de hoofdschuldenaar dit niet zal kunnen terugbetalen, erop speculerend dat de schuld afgedekt is door een solvabele borg.⁸⁶ Op deze wijze wordt de aansprakelijkheid ten aanzien van de borg in essentie gesitueerd binnen het referentiekader van de aansprakelijkheid ten opzichte van de kredietnemer zelf bij de toekenning van een krediet.

26 BORGTOCHT TEN GUNSTE VAN DE KREDIETVERLENER – NIETIGHEID WEGENS WILSGEBREKEN

Doorgaans verwerpen de hoven en rechtbanken de argumenten gestoeld op beweerde wilsgebreken die de toestemming van de borg zouden aantasten. Zo oordeelt het hof van beroep te Antwerpen met betrekking tot het door de borg ingeroepen morele geweld dat de morele dwang van die aard moet zijn dat ze indruk maakt op normale personen, zodat het weinig aannemelijk is dat de betrokkenen, die bestuurders van vennootschappen zijn, zouden zwichten voor zulke druk, te meer daar deze *in casu* beweerdelijk zou zijn uitgegaan van hun vader.⁸⁷ Bij ontstentenis van bewijs van een frauduleuze intentie van de kredietverlener ten aanzien van de borgen kan evenmin sprake zijn van bedrog als nietigheidsgrond voor de borgtocht.⁸⁸

Daarentegen aanvaardde het hof van beroep te Luik het bestaan van bedrog (art. 1116 B.W.) in de situatie waarbij de kredietinstelling, die zich bewust was van de financieel uitzichtloze situatie van de kredietnemer op het ogenblik van het toekennen van het krediet, nagelaten heeft om de personen die borg zouden staan en zakelijke zekerheden zouden toestaan voor dit krediet – *in casu* de ouders van de overnemer van de vennootschap-kredietnemer, behoorlijk in te lichten over de financiële situatie van de hoofdschuldenaar. Parallel met de aansprakelijkheid van de kredietinstelling ten opzichte van de kredietnemer⁸⁹ oordeelt het hof dat de kredietverlener ertoe gehouden was om de borgen, die niet vertrouwd waren met het zakenleven, in te lichten van het feit dat het krediet waarvoor ze zekerheden boden, de hoofdschuldenaar niet in staat zou stellen aan haar financiële moeilijkheden te ontkomen zonder ingrijpende financiële sanering en herstructurering. Het hof stelt vast dat de kredietinstelling, door middel van haar bedrieglijke verzwijging, welbewust de risico's van de kredietverrichting op de borgen heeft willen afschuiven, en verklaart de borgstellingen en toegekende zakelijke zekerheden bijgevolg nietig.⁹⁰ Ten aanzien van de overnemer van de vennootschap-kredietnemer, die eveneens een borgtocht had onderschreven, toont het hof zich minder meegaand: van de overnemer kan verwacht worden dat hij met veel aandacht de financiële situatie van de onderneming onderzoekt, en zich gebeurlijk hierbij laat bijstaan door personen die voldoende vertrouwd zijn met ondernemingsboekhouding en bedrijfsbeheer. Dit leidt *in casu* tot een gedeelde aansprakelijkheid: tegenover de tekortkoming van de kredietinstelling in zijn adviesplicht ten aanzien van de borg, die als een *culpa in contrahendo* is te beschouwen, staat de onvoorzichtigheid van de overnemer zelf,

⁸⁶ Gent 4 april 2007, *NjW* 2007, 133.

⁸⁷ Antwerpen 14 april 1988, *T.B.H.* 1999, 565.

⁸⁸ Brussel 26 maart 2002, *J.L.M.B.* 2003, 966.

⁸⁹ Zie hoger, nr. 9

⁹⁰ Luik 10 november 1998, *R.R.D.* 1999, 31.



onder meer doordat deze zich had laten bijstaan door de raadsman van de overlaters, die er duidelijk belang bij had dat een krediet aan de overnemer zou worden toegekend.⁹¹

27 *INFORMATIEPLICHT VAN DE KREDIETVERLENER T.A.V. DE BORG - SOLVABILITEITSONDERZOEK*

In het algemeen oordeelt de rechtspraak dat het niet in eerste instantie aan de kredietverlener toekomt om ten behoeve van de borg de solvabiliteit van de hoofdschuldenaar-kredietnemer in te schatten: het komt in eerste instantie aan de borg toe om, bij de instemming met de borgstelling, de solvabiliteit van de hoofdschuldenaar waarvan ze de schuld waarborgt, te onderzoeken.⁹² De beoordeling van de mogelijke aansprakelijkheid van de bank zal rekening moeten houden met de kennis van de solvabiliteit van de hoofdschuldenaar die de borgen hadden of moesten hebben. De aard van de rechtsverhouding tussen de borg en de hoofdschuldenaar zal evenwel, zoals hoger reeds aangeduid, hierin een rol spelen: wanneer de borg een orgaan is van de hoofdschuldenaar, en bijgevolg voldoende op de hoogte is van diens financiële situatie, zal de kredietverstrekker geen aansprakelijkheid treffen voor de toekenning van het krediet aan de hoofdschuldenaar.⁹³ In dezelfde lijn oordeelt het hof van beroep te Brussel dat, ingeval er een vertrouwens- en verwantschapsband bestaat tussen de borg en de hoofdschuldenaar, de borg op eenvoudige wijze alle dienstige informatie bij de hoofdschuldenaar kon opvragen betreffende diens solvabiliteit vooraleer de borgstelling aan te gaan. In die omstandigheden kan de borg de kredietverstrekker niet verwijten hem niet te hebben meegedeeld wat hij zelf had moeten weten. Een analoge redenering geldt wanneer de borg een niet-onaanzienlijke aandeelhouder is van de vennootschap-kredietnemer, aangezien hij de mogelijkheid heeft om de rekeningen op te vragen voorafgaand aan de borgstelling.⁹⁴

28 *KREDIETINSTELLING – INFORMATIEPLICHT T.A.V. DE BORG BIJ KREDIETVERHOOGING OF RISICOVERZWARING*

Een voorzichtige bankier doet er in beginsel best aan om de borg ‘voor alle sommen’ in kennis te stellen van de verhoging van een bestaande kredietopening ten aanzien van de schuldenaar.⁹⁵ In dezelfde lijn oordeelt het hof van beroep te Luik dat op de kredietinstelling weliswaar geen verplichting weegt om de borg op de hoogte te houden van de evolutie van de financiële toestand van de hoofdschuldenaar, maar dat hij er wel toe gehouden is de borg in te lichten van een verzwaring van diens risico als gevolg van de verhoging van het krediet van de hoofdschuldenaar. Deze verplichting wordt volgens het hof door de wet gehuldigd in artikel 34 Wet Consumentenkrediet, dat door het hof, minstens impliciet, tot een algemene

⁹¹ Het hof gaat *in casu* over tot verdeling van de aansprakelijkheid in gelijke helften: zie Luik 10 november 1998, *R.R.D.* 1999, (31), 37.

⁹² Luik 15 mei 2001, *R.P.S.* 2003, nr. 6863, p. 68 ; Gent 4 april 2007, *NjW* 2007, 131.

⁹³ Rb. Aarlen 13 maart 2003, *DAOR* 3003/65, 78, noot D. BLOMMAERT, “Over krediettoekenning, aansprakelijkheid en borgen: naar een responsabilisering van de borgen?”. Zie ook Rb. Antwerpen 28 november 2000, *R.W.* 2001-2002, 1072 (*in casu* was de borg, als meewerkende echtgenoot van de zaakvoerster, volgens de rechtbank voldoende op de hoogte van de financiële situatie en de commerciële vooruitzichten van de vennootschap); Kh. Brussel 19 juni 2003, *Bank Fin.R.* 2004/IV, 237 (de ene borg was bestuurder van de onderneming-kredietnemer, de andere fungeerde als stemopnemer bij de algemene vergaderingen).

⁹⁴ Brussel 26 maart 2002, *J.L.M.B.* 2003, 966.

⁹⁵ Zie voor een toepassing Luik 15 mei 2003, *R.P.S.* 2003, nr. 6863, p. 68.



verplichting wordt verheven: *in casu* was de borgstelling niet aan de Wet Consumentenkrediet onderworpen, nu dit betrekking had op de kredietschuld van een vennootschap.⁹⁶

Zoals de burgerlijke rechtbank te Brussel aangeeft, kan deze informatieplicht bezwaarlijk absoluut zijn: indien een beding in de borgtochtovereenkomst tot effect heeft de kredietinstelling te ontslaan van de verplichting om de borg in kennis te stellen van een wijziging van het bedrag of de modaliteiten van het gewaarborgde krediet, is zulke clause in zijn algemeenheid wel bekritiseerbaar, doch niet in het specifieke geval waarin de borg de zaakvoerder is van de hoofdschuldenaar: de borg is immers perfect op de hoogte van de evolutie van de kredietrelatie tussen de hoofdschuldenaar en de bank.⁹⁷ Overigens onderstreept de rechtbank dat de door een natuurlijk persoon gestelde borgtocht niet binnen het toepassingsgebied van de W.H.P.C.⁹⁸, en inzonderheid de bepalingen inzake onrechtmatige bedingen, valt, nu de borg niet is op te vatten als een ‘consument’ die een dienst ontvangt vanwege een verkoper: zich steunend op een exegetische interpretatie, oordeelt de rechtbank dat het veeleer de borg is die zelf een prestatie levert ten behoeve van de kredietinstelling, en niet omgekeerd. De accessoire aard van de borgtocht ten opzichte van de kredietovereenkomst is volgens de rechtbank niet van aard om deze interpretatie te ontcrachten, nu de borgtocht een onderscheiden overeenkomst vormt.⁹⁹

29 *AANSPRAKELIJKHEID T.A.V. DE BORG JEGENS FOUTIEVE BEËINDIGING VAN HET GEWAARBORGDE KREDIET*

Een arrest van het hof van beroep te Gent illustreert de mogelijke implicaties van een ontijdige beëindiging van een kredietovereenkomst door de kredietverlener voor het verhaal op de borg, in een geval waarin deze beëindiging het faillissement van de hoofdschuldenaar had veroorzaakt. Benevens de contractuele aansprakelijkheid ten opzichte van de kredietnemer zelf, oordeelt het hof dat de ontijdige eenzijdige verbreking van de kredietovereenkomst eveneens is aan te merken als een contractuele fout ten aanzien van de borg. Immers, uit hoofde van de borgstellingsovereenkomst heeft de kredietverlener ten opzichte van de borg de (contractuele) verplichting om diens recht van verhaal op de hoofdschuldenaar na betaling niet te schaden. De kredietverlener is bijgevolg gehouden tot vergoeding van de schade - meer bepaald de niet-verhaalbaarheid ten opzichte van de hoofdschuldenaar - die de borg door de fout van de kredietinstelling lijdt. Het herstel van de schade kan de vorm aannemen van een bevrijding van de borg ten opzichte van de schuldeiser-kredietgever.

30 *OMVANG VAN DE VERBINTENIS VAN DE BORG T.A.V. DE KREDIETVERSTREKKER – PROPORTIONALITEITSTOETS (NEEN)*

Er bestond tot voor enkele jaren geen enkele positiefrechtelijke bepaling in Belgisch recht die een proportionaliteitstoets inhield van de verbintenissen van de borg in verhouding tot hun

⁹⁶ Luik 30 september 2005, *J.L.M.B.* 2006, 861.

⁹⁷ Rb. Brussel 12 november 2003, *J.T.* 2004, 185.

⁹⁸ Wet 14 juli 1991 betreffende de handelspraktijken en de voorlichting en bescherming van de consument.

⁹⁹ Vgl. Luik 2 oktober 2000, *T.B.H.* 2003, 429, met kritische noot V. DE FRANQUEN en M.-D. WEINBERGER, “La caution s’engageant à titre privé pour garantir un crédit professionnel doit-elle bénéficier de la protection accordé au consommateur?”.

financiële toestand. In de rechtspraak tijdens de onderzochte periode kwam dit argument evenwel aan de oppervlakte als verweer van borgen tegen de uitwinning door de kredietverstrekker van de doorgaans failliet verklaarde - hoofdschuldenaar. Hierbij werd inspiratie gezocht in het *Macron*-arrest van het Franse Hof van Cassatie¹⁰⁰, dat zulke proportionaliteitstoets oplegde op grond van de goede trouw. De burgerlijke rechtbank te Aarlen verwerpt een analogische toepassing van het *Macron*-arrest, in essentie door erop te wijzen dat ook het Franse Hof van Cassatie haar visie inmiddels in het zogeheten *Nahoum*-arrest¹⁰¹ had genuanceerd voor wat betreft de borg die tevens zaakvoerder is van de onderneming van de hoofdschuldenaar.¹⁰² De rechtbank onderstreept dat de borgen, als zaakvoerder van de onderneming-hoofdschuldenaar, hun beslissing om borg te staan hebben getroffen met volle kennis van zowel het risico voor de onderneming en van hun eigen middelen om eventueel het hoofd te bieden aan hun verbintenissen.¹⁰³

31 AANSPRAKELIJKHEID VAN DE KREDIETVERLENER T.A.V. DE BORG WEGENS NIET-INSCHRIJVING VAN PAND HANDELSFONDS

De zorgplicht die de kredietinstelling in acht moet nemen ten aanzien van de borg van zijn kredietnemer, impliceert eveneens dat de kredietinstelling de nodige stappen onderneemt om aan de borgen na uitwinning een doeltreffend (subrogatoir) verhaal te bieden tegen de schuldenaar. De omstandigheid dat de borgstelling de toepassing van het suppletieve artikel 2037 B.W. uitsluit, biedt volgens de burgerlijke rechtbank te Gent nog geen vrijgeleide aan de kredietinstelling: de kredietinstelling die nalaat om de nodige publiciteitsmaatregelen te treffen betreffende het pand op de handelszaak van de hoofdschuldenaar, miskent hierdoor de rechten waarop de borg redelijkerwijze mocht rekenen, en brengt zijn aansprakelijkheid jegens de borg in het gedrang.¹⁰⁴ Terwijl kan ingestemd worden met de aldus vorm gegeven zorgvuldigheidsplicht, wekt de kwalificatie van de tekortkoming door de kredietinstelling meer verwondering: de rechtbank ontwaart in het verzuim van de kredietinstelling zowel een zware fout, waarvoor geen exoneratie mogelijk is, als een tekortkoming aan haar 'algemene zorgplicht' jegens de borg. Deze benadering valt moeilijk te rijmen met het samenloopverbod bij aansprakelijkheid: gezien de contractuele verhouding tussen kredietinstelling en borg, moet worden aangenomen dat de algemene zorgvuldigheidsplicht wijkt voor de specifieke verplichtingen die aan de overeenkomst kleven, hieronder begrepen de beginselen inzake uitvoering te goeder trouw.

§ 3. – Kredieten en insolventie

¹⁰⁰ Cass. Fr. 17 juni 1997, *Macron*, arrest n° 95-14105, D. 1998, n° 16, p. 208.

¹⁰¹ Hoewel niet in zulke duidelijke termen in het arrest werd vooropgesteld dat enkel voor de borg-zaakvoerder een verstrenging ten opzichte van de *Macron*-jurisprudentie zou gelden. In essentie beperkte het hof in *Nahoum* de gevallen van aansprakelijkheid van de kredietinstelling ten aanzien van de borg tot de gevallen waarin de kredietinstelling over meer informatie beschikte dan de borgen betreffende de terugbetalingskansen van het krediet (Cass.fr. 8 oktober 2002, n° 99-18619, D. 2003, nr. 6).

¹⁰² Er zij bovendien op gewezen dat de wet van 1 augustus 2003 (zogeheten *Loi Dutreil*) aan de proportionaliteitsregel een wettelijke grondslag heeft gegeven, die terzelfder tijd tot een inperking ervan leidt: een professionele kredietverlener mag de borg natuurlijke-persoon niet uitwinnen wanneer diens verbintenis op het ogenblik van de totstandkoming van de overeenkomst disproportioneel is ten opzichte van het vermogen en de inkomsten van de borg, tenzij diens vermogen, op het ogenblik van de uitwinning, toelaat om het hoofd te bieden aan de betaalverbintenis (artikel L-341-4 Code de la Consommation).

¹⁰³ Rb. Aarlen 13 maart 2003, *DAOR* 3003/65, 78, noot D. BLOMMAERT, "Over krediettoekenning, aansprakelijkheid en borgen: naar een responsabilisering van de borgen?".

¹⁰⁴ Rb. Gent 6 oktober 2004, *T.G.R.* 2005, 35.

E. Kredieten en collectieve schuldenregeling¹⁰⁵

32 *BIJDRAGE FONDS TER BESTRIJDING VAN OVERMATIGE SCHULDENLAST – GEEN DISCRIMINATIE KREDIETVERLENERS*

In een procedure voor het Arbitragehof¹⁰⁶ betoogden een aantal kredietverleners dat de bepaling op grond waarvan alleen zij, met uitsluiting van alle andere schuldeisers (verhuurders, belastingen, enz) van personen die beroep doen op een collectieve schuldenregeling, gehouden zijn tot betaling van een bijdrage aan het “Fonds ter bestrijding van de overmatige schuldenlast” (ingesteld bij de wet van 5 juli 1998 betreffende de collectieve schuldenregeling) de artt. 10 en 11 G.G.W schendt. Het beroep tot vernietiging werd van de hand gewezen op grond van de overweging dat er voldoende motivering voor deze ongelijke behandeling voorligt. De wetgever heeft zich redelijkerwijze kunnen baseren op het onderscheid tussen de kredietondernemingen en de overige schuldeisers om uitsluitend eerstgenoemden te doen bijdragen tot het fonds. Daartoe vermeldde het Hof de moeilijkheid om de andere schuldeisers te identificeren alsook de uiteenlopende aard van hun vorderingen. Overigens vertegenwoordigen kredietschulden, vooral het consumentenkrediet een zeer belangrijk deel in de bedoelde schuldenlast. Ook pragmatische benaderingen zoals de inbaarheid en het algemeen statistische volume van een bepaald belang volstaan derhalve om de ongelijke behandeling te verantwoorden.

33 *COLLECTIEVE SCHULDENREGELING – VOORRANG VOOR DE MENSELIJKE WAARDIGHEID*

Wanneer de schulden van de verzoekers zeer hoog oplopen en zij gelet op hun leeftijd geen aanvullende inkomsten kunnen verwachten, is het niet billijk hen tot de volledige terugbetaling van hun schulden te verplichten. Een kwijtschelding in kapitaal moet hen dan toelaten om na de afloop van de aanzuiveringregeling terug een normaal leven te gaan leiden. Dit was de redenering van het hof te Luik.¹⁰⁷

Er is geen reden om over te gaan tot de verkoop van een gehypothekeerde woning wanneer de maandelijkse terugbetaling op het krediet lager ligt dan de normale huurprijs die de verzoekers zouden moeten betalen om zich elders te huisvesten. In dit geval wordt de terugbetaling van de hypothecaire lening buiten de aanzuiveringregeling geplaatst. Het criterium van de menselijke waardigheid heeft de bovenhand.¹⁰⁸

¹⁰⁵ Enkele beslissingen inzake de collectieve schuldenregeling die nauw verband houden met kredietverlening werden in dit overzicht opgenomen. Voor een uitgebreid overzicht van rechtspraak inzake collectieve schuldenregeling wordt verwezen naar E. DIRIX, “Beslag en collectieve schuldenregeling. Overzicht van rechtspraak (1997 – 2001)”, *T.P.R.* 2002., afl. 2., 1187 – 1324.

¹⁰⁶ Arbitragehof nr. 22/00, 23 februari 2000, *J.L.M.B.* 2000, 708.

¹⁰⁷ Luik 17 december 2002, *J.L.M.B.* 2003, 272.

¹⁰⁸ Beslagnr. Dinant 15 maart 2002, *Jaarboek kredietrecht* 2002, 522; Luik 17 december 2002, *J.L.M.B.* 2003, 272.

Wanneer in het kader van een minnelijke schikking één van de schuldeisers weigert het plan goed te keuren, kan de rechter enkel tot een gerechtelijk plan overgaan mits naleving van alle toepasselijke wettelijke bepalingen.¹⁰⁹

Art. 1675/7 §1 Ger. W. bepaalt de schorsing van de loop der interesten vanaf de beschikking van toelaatbaarheid tot de beëindiging van de aanzuiveringsregeling. Deze schorsing is algemeen en geldt ook voor een door een hypotheek gewaarborgde vordering.¹¹⁰ Bij de verkoop van het onroerende goed kan de hypothecaire schuldeiser geen aanspraak maken op de interesten vervallen na de beschikking van toelaatbaarheid.¹¹¹

Deze regeling wijkt op twee punten af van art. 23 Faill. W. Vooreerst schorst het faillissement enkel de interesten van een schuldvordering die niet door een bijzonder voorrecht, hypotheek of pand wordt gewaarborgd. De interesten van een andere, door een bijzonder voorrecht, hypotheek of pand gewaarborgde schuldvordering blijft na het faillissement gewoon doorlopen, met dien verstande dat de interest enkel kan verhaald worden op de goederen die verbonden zijn voor het voorrecht, het pand of de hypotheek. Daarnaast worden de interesten in het kader van een faillissement enkel geschorst ten aanzien van de massa en niet ten aanzien van de schuldenaar.¹¹²

De hypothecaire schuldeiser bekleedt dus een gunstigere positie wanneer de samenloop zijn oorzaak vindt in een faillissement, dan in een collectieve schuldenregeling.

Op grond van art. 1675/7, §1 oordeelde de beslagrechter te Antwerpen¹¹³ dat de hypothecaire schuldeiser enkel recht heeft op de interesten uit de opbrengst van de verkoop tot de beschikking van toelaatbaarheid. Dit geldt ook indien het goed wordt verkocht tijdens de loop van de procedure.¹¹⁴ In casu was de hypothecaire schuldeiser ook gerechtigd tot de betaling uit de verkoopopbrengst van de niet-betaalde levensverzekeringspremies, vervallen voor de beschikking van toelaatbaarheid. Doch in dezelfde omstandigheden dienden de brandverzekeringspremies in de aanzuiveringregeling te worden opgenomen.

De schulden vervallen na de bedoelde beschikking, met inbegrip van de verdere afbetalingen op het hypothecair krediet zoals bevolen in de procedure van collectieve schuldenregeling, dienden uit de boedel te worden betaald.

¹⁰⁹ Luik 17 december 2002, *J.L.M.B.* 2003, 272.

¹¹⁰ Parl. St. *Kamer*, 1996-1997, 1073/11, 46.

¹¹¹ Cass. 15 oktober 2004, *R.W.* 2004-2005, 704.

¹¹² I. VEROUGSTRAETE, *Manuel de la faillite et du concordat*, Kluwer, Brussel, 2003, p. 332, nr. 523-524.

¹¹³ Beslagr. 17 juni 2002, *Jaarboek kredietrecht* 2002, 390, noot B. DE GROOTE “Interesten op hypothecaire schuldvorderingen, boedelschulden en leefgeld, voorlopige aanzuiveringregeling en termijn om een minnelijke aanzuiveringregeling te bereiken”.

¹¹⁴ Zie ook Beslagr. Gent 5 februari 2002, *T.Not.* 2003, 98 contra: Gent 21 mei 2002, *T.Not.* 2003, 104; E. DIRIX en A. DE WILDE, “Materieelrechtelijke aspecten van de collectieve schuldenregeling”, in E. DIRIX en P. TAELEMAN (eds.), *Collectieve schuldenregeling in de praktijk*, Antwerpen, Intersentia, 1999, nr. 56.

F. Kredieten en gerechtelijk akkoord

Het recht op beëindiging van de kredietovereenkomst kent een verdere inperking in situaties van gerechtelijk akkoord van de kredietnemer: artikel 28 van de wet van 17 juli 1997 betreffende het gerechtelijk akkoord neutraliseert immers de uitwerking van ontbindende bedingen — lees ontbindende voorwaarden — in (krediet)overeenkomsten die verwijzen naar de aanvraag tot of toekenning van een voorlopige opschorting. De strikte interpretatie van artikel 28 lid 2 Wet Gerechtelijk Akkoord die in de meerderheid van de rechtsleer wordt bepleit, vindt weerklank in een aantal vonnissen die de vraag naar de rechtmatigheid van de verbreking van een kredietovereenkomst door de kredietinstelling tijdens een gerechtelijk akkoord tot voorwerp hadden. Met verwijzing naar de parlementaire debatten betreffende het wetsontwerp betreffende het gerechtelijk akkoord, oordeelt de voorzitter van de rechtbank van koophandel te Bergen dat artikel 28 Wet Gerechtelijk Akkoord de mogelijkheid voor de kredietverstrekker onverlet laat om een kredietovereenkomst te beëindigen om andere wettelijk of contractueel aanvaarde motieven dan de aanvraag of toekenning van een voorlopige opschorting. De bewijslast terzake weegt op de eisende concordataire schuldenaar.¹¹⁵ De loutere overeenstemming tussen de datum van de verbreking door de kredietinstelling en de datum van neerlegging van het verzoek tot gerechtelijk akkoord, is op zich niet bepalend.¹¹⁶ Aangezien artikel 28, lid 2 Wet Gerechtelijk Akkoord enkel de ontbindende voorwaarden viseert, verzet het zich in principe niet tegen de schorsing van een krediet, zelfs indien de schorsing contractueel is voorzien door het enkele feit van het aanvragen van een gerechtelijk akkoord.¹¹⁷

Diverse beschikkingen bevelen de heropening, onder verbeurte van een dwangsom, van de kredieten die ten aanzien van de concordataire schuldenaar werden beëindigd, met – al dan niet expliciete - verwijzing naar de leer van het rechtsmisbruik. Een beschikking van de voorzitter van de rechtbank van koophandel te Brussel kwalificeert als rechtsmisbruik de onmiddellijke beëindiging van het krediet nadat de kredietnemer die reeds een voorlopige opschorting heeft gekregen, om een nieuwe kredietopneming verzoekt. *In casu* stelde de voorzitter vast dat de door de kredietinstelling ingeroepen motieven reeds maanden aanwezig waren, en de kredietnemer nooit in gebreke was gebleven inzake de betaling van interesten en aflossing van het kapitaal.¹¹⁸ Een beschikking van de voorzitter van de rechtbank van koophandel te Nijvel¹¹⁹ beveelt de heropening van de kredietlijnen die door 2 banken werden beëindigd op de dag van het vonnis dat de voorlopige opschorting toestaat, en verwijst hierbij enerzijds naar de schijnbare miskennis van de opschorting door nog betalingen te aanvaarding in mindering van de kredietlijn, en anderzijds naar de wanverhouding tussen het voordeel van de beëindiging voor de kredietverstrekkers, die over afdoende zekerheden beschikken, en het nadeel van de beëindiging voor de concordataire schuldenaar.

¹¹⁵ Vgl. Vz. Kh. Veurne 17 november 1999, *T.B.H.* 2000, 718, noot J.P. BUYLE & M. DELIERNEUX, die terzake nog soepeler lijkt voor de schuldeiser: de beëindiging mag *niet uitsluitend* ingegeven zijn door de aanvraag of toekenning van een gerechtelijk akkoord.

¹¹⁶ Vz. Bergen 23 februari 1999, *T.B.H.* 2000, 714, noot J.P. BUYLE & M. DELIERNEUX.

¹¹⁷ Zie Vz. Kh. Veurne 17 november 1999, *T.B.H.* 2000, 718, noot J.P. BUYLE & M. DELIERNEUX

¹¹⁸ Vz. Kh. Brussel 16 april 1999, *T.B.H.* 1999, 647.

¹¹⁹ Vz. Kh. Nijvel 15 september 1999, *T.B.H.* 2000, 716, noot J.P. BUYLE & M. DELIERNEUX.



Merkwaardigerwijze refereert geen van beide beschikkingen uitdrukkelijk aan artikel 28 Wet Gerechtelijk Akkoord.¹²⁰

In de gevallen waarin de beëindiging van de kredietovereenkomst zou indruisen tegen artikel 28 Wet Gerechtelijk Akkoord, heeft de rechtbank de mogelijkheid om het herstel van de kredietrelatie te bevelen, in afwijking van het principe dat de opzegging van een kredietovereenkomst voor onbepaald duur definitief en onherroepelijk is. Dit volgt uit de tekst zelf van artikel 28 Wet Gerechtelijk Akkoord, naar luid waarvan de bedingen die verwijzen naar de enkele aanvraag of toekenning van een gerechtelijk akkoord, “zonder gevolg” blijven.¹²¹

G. Kredieten en faillissement

37 AANSPRAKELIJKHEIDSVORDERING NA FAILLISSEMENT VAN DE KREDIETNEMER – ALLEENRECHT CURATOR

Een vaststaande rechtspraak neemt aan dat enkel de curator gerechtigd is om, na faillissement van de kredietnemer, namens de failliete boedel een aansprakelijkheidsvordering in te stellen tegen de kredietinstelling wegens beweerde extracontractuele fout bij de toekenning of handhaving van een krediet.¹²² ondanks de geïsoleerde kritiek op deze jurisprudentie¹²³, geldt het alleenrecht ook voor de vorderingen tot schadevergoeding ingesteld tegen een derde wiens beweerde fout heeft geleid tot een verhoging van het passief van de boedel. Dit principe wordt in de rechtspraak in de onderzochte periode niet in vraag gesteld.¹²⁴ Zo ook oordeelt het hof van beroep te Luik dat de curator ook ontvankelijk is om een kredietverlener aansprakelijk te stellen voor het integrale passief van de failliete vennootschap wegens een beweerde onzorgvuldige kredietverlening zonder dewelke de failliete vennootschap nooit zou zijn opgericht.¹²⁵

Voorgaande regel betreft niet de hypothese waarin de borg van de failliete kredietnemer een aansprakelijkheidsvordering tegen de kredietverlener van de gefailleerde instelt: in zulk geval laat de borg immers een eigen recht gelden, en treedt hij niet als dusdanig op als schuldeiser van de gefailleerde, ook al beschikt de borg over een persoonlijk vorderingsrecht jegens de gefailleerde nog vooraleer hij de gewaarborgde schuldeiser zou hebben betaald.¹²⁶

Afdeling 2. – Documentair krediet

¹²⁰ Zie ook J.P. BUYLE & M. DELIERNEUX, noot sub Vz. Kh. Nijvel 15 september 1999, *T.B.H.* 2000, 723.

¹²¹ Vz. Kh. Bergen 23 februari 1999, *T.B.H.* 2000, 714, noot J.P. BUYLE & M. DELIERNEUX.

¹²² Zie ook conclusies proc-gen. Dubrulle bij cass. 24 oktober 2002, *R.W.* 2002-2003, 903.

¹²³ Zie C. VAN BUGGENHOUT & O. CLEVENBERGH, "L'action en responsabilité pour aggravation du passif.

Préjudice collectif et cumul de préjudices individuels : tentative d'éclaircissement", *T.B.H.* 1995, 536.

¹²⁴ Zie o.m. Bergen 20 september 1999, *J.L.M.B.* 2000, 1684.

¹²⁵ Luik 11 mei 1999, *J.T.* 1999, 749.

¹²⁶ Zie Rb. Aarlen 13 maart 2003, *DAOR* 2003/65, 78, noot D. BLOMMAERT, “Over krediettoekenning, aansprakelijkheid en borgen: naar een responsabilisering van de borgen ?”

Het hof van beroep te Gent diende zich uit te spreken over de vraag of artikel 5, 1° EEX-Verdrag¹²⁷ dat bepaalt dat ten aanzien van verbintenissen uit overeenkomst de verweerder gedaagd kan worden voor het gerecht van de plaats waar de verbintenis die aan de eis ten grondslag ligt, is uitgevoerd of moet worden uitgevoerd, gehanteerd kan worden met betrekking tot de verbintenis die door de kredietopenende bank bij een documentair krediet ten aanzien van de begunstigde wordt aangegaan. Deze verbintenis ontstaat, naar Belgisch recht, immers uit een eenzijdige wilsuïting. Volgens het hof vindt artikel 5, 1° EEX toepassing omdat de verbintenis van de kredietopenende bank tegenover de begunstigde, hoewel ze ontstaat uit een eenzijdige wilsuïting, niet los gezien mag worden van de contractuele relaties tussen de verschillende partijen die aan het ontstaan van het documentair krediet ten grondslag liggen. Het Hof bevestigt daarmee de vroegere rechtspraak¹²⁸.

Wanneer de plaats van uitvoering van de verbintenis is aangewezen krachtens een clause die volgens het nationaal recht dat de overeenkomst beheerst, geldig is, kan ingevolge artikel 5, 1° EEX het gerecht van deze plaats kennis nemen van het geschil. Wanneer de plaats van uitvoering in België is, beschikken de Belgische rechtbanken internationale rechtsmacht voor zover het op het documentair krediet toepasselijke recht zich daar niet tegen verzet.

Nagegaan diende derhalve te worden of het toepasselijke recht de bepaling van de plaats van uitvoering verbodt. Voor de bepaling van het toepasselijke recht dient het EVO-Verdrag te worden gehanteerd. Bij gebrek aan keuze van het toepasselijk recht, dient toepassing te worden gemaakt van het recht van het land waar de overeenkomst het nauwst mee verbonden is. Dit wordt vermoed het land te zijn waar de meest kenmerkende prestant is gevestigd (art. 4 EVO). Inzake bankcontracten wordt aanvaard dat de bank in principe de kenmerkende prestant is. In het kader van een documentair krediet stelt zich echter het specifieke probleem dat verschillende banken die gevestigd zijn in verschillende landen tussenkomen.

In casu oordeelt het hof van beroep te Gent dat de tussenkomst van de Belgische bank niet leidt tot de toepassing van Belgisch recht. Doorslaggevend was daarbij dat het de Italiaanse kredietopenende bank was die de documenten verifieerde en op grond daarvan al dan niet tot aanvaarding en betaling overging. De rol van de Belgische bank was louter beperkt tot het adviseren van het krediet. Uit het arrest mag men dan ook niet afleiden dat het recht van de kredietopenende bank altijd van toepassing is indien een bank, gevestigd in een ander land, tussenbeide komt. In geval van confirmatie van het documentair krediet bijvoorbeeld verricht de confirmerende bank zonder twijfel de meest kenmerkende prestatie. Deze bank heeft immers een eigen verbintenis om de begunstigde te betalen, voor zover deze de vereiste documenten kan voorleggen en mits aan de voorwaarden van het krediet is voldaan.¹²⁹

¹²⁷ In casu werd toepassing gemaakt van het EEX-Verdrag aangezien de vordering werd ingesteld voor de datum van inwerkingtreding van de Verordening (EG) 44/2001 van de Raad van 22 december 2000 betreffende de rechterlijke bevoegdheid, de erkenning en de tenuitvoerlegging van beslissingen in burgerlijke en handelszaken, *PB. L. 2001*, afl. 12/1. Aangezien de bepaling in de verordening sterk lijkt op de bepaling in het EEX-Verdrag is het nog steeds interessant aan deze regel aandacht te besteden.

¹²⁸ Kh. Antwerpen 29 juni 1994, *T.B.H. 1995*, 429, noot M. CLAEYS, “De internationale rechtsmacht ten aanzien van vorderingen voortvloeiend uit het documentair krediet”.

¹²⁹ Gent 26 mei 2004, *T.B.H. 2006*, 33, noot G. CAUWENBERGH”; R. STEENNOT, “Documentair krediet: internationale bevoegdheid en toepasselijk recht”, *T. Internationaal privaatrecht* 2005, 42.

39 *STANDBY LETTER OF CREDIT – TOEPASSELIJK RECHT*

Conform de heersende opvatting besluit een arbitraal college dat het Belgische recht van toepassing is op een Stand-by letter of credit, aangezien - in afwezigheid van een strijdige rechtskeuze - de karakteristieke prestatie wordt geleverd door de bank, in casu een Belgische bank. Ook de er mede verband houdende vordering in onverschuldigde betaling kan aan het Belgische recht worden onderworpen¹³⁰

40 *BESLAG DOOR OPDRACHTGEVER*

In een klassiek geval¹³¹ werd onder de bank beslag gelegd door de opdrachtgever: gelet op de zelfstandige aard van de verbintenis van de bank komt het de bank toe te oordelen of zij zich tegen dit beslag zal verzetten, wat zij in de regel zal doen gelet op haar reputatie. Indien blijkt dat het beslag werd gelegd op grond van geschriften die eenzijdig door de beslaglegger werden opgesteld, kunnen deze bewijsmiddelen niet als “*onderhandse stukken*” in de zin van art. 1445 Ger W. in aanmerking worden genomen en is het beslag ongeldig te meer nu het beslag werd gelegd zonder tussenkomst van de beslagrechter. Aan de verzetplegende bank werd een schadevergoeding toegekend.

41 *STAND-BY LETTER OF CREDIT – EXCEPTIES*

In een uitvoerig gedocumenteerde arbitrale beschikking¹³² werd onderzocht of de confirmerende bank, die op grond van een kredietbrief had uitbetaald, van de begunstigde kon terugvorderen op basis van het argument dat zij betaald had op vermoedelijk valse stukken (een valse handtekening op een orderbriefje) terwijl de causale operatie een schending zou hebben betekend van de Turkse bankprudentiële wetgeving inzake de risicospreiding van de bank. De vordering werd afgewezen omdat niet vaststond dat er schriftvervalsing was gepleegd of dat de begunstigde zich schuldig had gemaakt aan een inbreuk op de Turkse prudentiële wetgeving. Terecht herinnert deze beslissing eraan dat de confirmerende bank haar handtekening leent op grond van een beoordeling van het risico dat zij heeft op de bank die de kredietbrief heeft uitgeschreven en tegenover wie zij later verhaal zal moeten nemen. Behoudens manifeste ongeoorloofdheid in de valutaverhouding, dient de bank van de bijzonderheden van deze geen kennis te nemen.

De boeiende vraag van de medeplichtigheid aan een schending van de prudentiële regelen – in casu inzake risicospreiding - werd niet behandeld.

42 *LAATTIJDIGE VERWERPING VAN DOCUMENTEN*

¹³⁰ Scheidsr. Uitspr. 4 mei 2001, *T.B.H.* 2003, afl. 1, 37, noot J.P. BUYLE en M. DELIERNEUX.

¹³¹ Beslagr. Brussel 19 maart 2001, *T.B.H.* 2003, 31, noot J.P. BUYLE en M. DELIERNEUX; *J.L.M.B.* 2001, 919.

¹³² Scheidsr. Uitspr. 4 mei 2001, *T.B.H.* 2003, 37, noot J.P. BUYLE en M. DELIERNEUX.

Het toen vigerende art. 16 van de Uniforme regelen¹³³ kende de bank een redelijke termijn toe om de documenten te bestuderen en te beslissen of zij die al dan niet aanvaardt. Laattijdig is de betwisting die pas na verloop van een maand en vijf dagen naar voor wordt gebracht en dit nadat de bank daartoe werd aangemaand. Haar bezwaren dienen derhalve geweigerd te worden.¹³⁴ Deze beslissing wekt verwondering aangezien de documenten in de eerste plaats conform dienen te zijn en er geen verbintenis van de bank voorligt bij niet-conforme documenten. Een laattijdige reactie van de bank kan niet voor gevolg hebben dat zij op grond van niet-conforme documenten tot betaling kan worden gehouden. Dat de bank zich diligent dient te gedragen en binnen een redelijke termijn dient te reageren op kleinere gebreken strekt er vooral toe haar in staat te stellen met de opdrachtgever contact te nemen en de discrepanties eventueel te corrigeren. Tekortkomingen op dit vlak zouden de bank schadelijkt kunnen maken, zonder haar evenwel te kunnen verplichten tot betaling.

43 *SCHADEPLICHT VAN DE BANK*

In een cryptisch arrest maakte het Franse hof van Cassatie¹³⁵ onderscheid tussen de schade opgelopen door de begunstigde van een krediet wegens gebruik van valse stuken (schade die afzonderlijk vergoed werd door de opdrachtgever) en de afzonderlijke schade te vergoeden door kredietopenende bank. Deze schade was – vermoedelijk – te wijten aan het verzet van zowel de opdrachtgever als de bank tegen de uitbetaling van het krediet ten gevolge waarvan de begunstigde economisch en procedureel nadeel heeft geleden.

44 *ZORGVULDIGHEIDSP LICHT VAN DE BEGUNSTIGDE*

De begunstigde ten voordele van wie een documentair krediet wordt geopend, dient na te gaan of het krediet beantwoordt aan de voorwaarden van geldigheid en overeenstemt met de valutaverhouding waartoe hij zich heeft verbonden. Aldus dient hij na te zien of er geen onmogelijke of onaanvaardbare voorwaarden in voorkomen en of de documenten die worden verlangd ook effectief kunnen worden voorgelegd. In een casus die aan het hof van beroep te Brussel werd onderworpen¹³⁶ bleken er niet alleen discrepanties te bestaan tussen de kredietbrief en de documenten maar was de kredietbrief opgesteld met betrekking tot een enkele volledige levering, terwijl een gedeeltelijke levering reeds had plaatsgegrepen. De vordering van de begunstigde tegen de kredietopenende bank werd dan ook afgewezen, gelet op het feit dat de begunstigde onmogelijk nog aan de voorwaarde van de kredietbrief kon voldoen.

Afdeling 3. – Garantie¹³⁷

¹³³ De nieuwe versie van de “*Uniforme regels voor documentaire kredieten*” trad op 1 juli 2007 in werking (UCP 600) en kent de bank een termijn toe van vijf bankwerkdagen, te rekenen vanaf de dag na de ontvangst/voorlegging van de documenten om de conformiteit van de documenten te onderzoeken.

¹³⁴ Aix-en-Provence 12 februari 2002, *J.T.* 2003, 138.

¹³⁵ Cass. Fr. 27 september 2005, *Europees vervoersrecht* 2006, 40.

¹³⁶ Brussel 8 mei 2000, *T.B.H.* 2001, 802, noot J.P. BUYLE en M. DELIERNEUX.

¹³⁷ Zie ook: M. DELIERNEUX, “Les garanties indépendantes, quinze ans de jurisprudence et de doctrine (de 1998 à 2003)”, *Bank. Fin. R.* 2003, 343 – 360.

De zelfstandige garantie, voorheen ook wel “*abstracte*” garantie, “*bankgarantie*” of “*garantie op eerste verzoek*” genoemd, heeft binnen de tijdspanne van enkele jaren haar bestaanrecht in de Belgische rechtsorde ten volle gewonnen. Men treft allerhande garanties aan, sommige gesteld door banken, andere door verzekerings- of andere ondernemingen. De garanties blijken zich duidelijk te profileren tegenover aanverwante formules als de borgtocht, de hoofdelijkheid, de ondeelbare schuld enz. De rechtspraak heeft zich de garantieformule en de verfijningen waartoe zij in de praktijk dikwijls aanleiding geeft, volledig eigen gemaakt. De meeste beslissingen zijn dan ook toepassingen van ruim aanvaarde beginselen of regelen.

Enkele hoofdthema’s vallen op: de garantie als zelfstandige verbintenis en haar verhouding ten overstaan van de valutaverhouding, de documentaire garantie, nauw verbonden met het vorige thema, verzet tegen de betaling door de opdrachtgever, zijn zowat de belangrijkste. Maar de rechtspraak is veel rijker dan deze enkele hoofdthema’s. Opvallend is het beperkt aantal duidelijke gevallen van bedrog of misbruik van recht in de gepubliceerde rechtspraak.¹³⁸ Terecht werd beslist dat een afroep ongeoorloofd is en aanleiding geeft tot een betaalverbod wanneer blijkt dat hij betrekking heeft op een schuld die reeds werd betaald. Wel is vereist dat het bewijs van de betaling op gerede wijze kan worden geleverd. Indien onderzoeksmaatregelen noodzakelijk zijn, zal de regel “*eerst betalen, dan reclameren*” ten volle gelden.¹³⁹

§ 4. – *Borgtocht of garantie*

46 KWALIFICATIE

In een betwisting tussen een autofabrikant en een autodistributeur was de bank tussengekomen als solidaire en ondeelbare borg voor de betaling van de facturen van de distributeur. De overeenkomst bepaalde dat de bank zou betalen “op eerste verzoek” van de fabrikant. Later ontstond betwisting over de draagwijdte van deze formulering. De rechtbank hield terecht voor dat het een borgtocht betrof, weliswaar eisbaar “op eerste verzoek” waardoor de bewijslast wordt omgekeerd. Zowel de verwijzing naar de facturen, als de hoofdelijke aard van de verbintenis verwijzen naar een borgtocht, als accessoire overeenkomst, niet naar een garantie die essentieel een zelfstandige verbintenis is.¹⁴⁰ Ook de borgtocht – overigens als elke andere verbintenis - kan op eerste verzoek eisbaar worden gesteld. Hierdoor wordt de bewijslast omgekeerd en moet eerst gepresteerd worden, daarna teruggevorderd.

Een gelijkaardige betwisting ontstond in Bergen¹⁴¹ waar tot een garantieverbintenis werd besloten ofschoon de garant zich verbonden had de goede uitvoering van de werken te waarborgen. Doorslaggevend was echter de verwijzing dat de betaalplicht zou gelden, los van de geldigheid van de valutaverbintenissen, en dit op onherroepelijke wijze. Hieruit werd de zelfstandige aard van de verbintenis van de garant afgeleid. Tevens werd overwogen dat zo de

¹³⁸ Gent 16 november 1999, *A.J.T.* 1999-2000, 406; Brussel 11 februari 2002, *R.W.* 2003-04, 1188.

¹³⁹ Kh. Hasselt 2 oktober 1998, *T.B.H.* 1999, 723, noot J.P. BUYLE en M. DELIERNEUX.

¹⁴⁰ Kh. Brussel 11 februari 1999, *T.B.H.* 2000, 725, noot J.P. BUYLE en M. DELIERNEUX.

¹⁴¹ Bergen 8 april 2002, *T.B.B.R.* 2004, 334, noot C. CAUFFMAN, “Enige bedenkingen bij de bankgarantie op eerste verzoek”.



excepties uit de valutaverhouding niet tegenwerpelijk zijn, de garantieverbintenis zelf beperkingen kan bevatten in verband met haar voorwerp of uitgestrektheid. Zoals bekend werd ook gesteld dat de garant zich niet kan beroepen op de valutaverhouding. Hij kan er dus geen eventuele compensatie tussen de opdrachtgever, de begunstigde en zichzelf uit afleiden. Maar dit verhindert niet dat compensatie zou plaatsgrijpen tussen de garantieschuld en de vordering van de garant tegenover de begunstigde op grond van de verwerving door de garant van een uit een factuur blijkende vordering lastens de begunstigde.

47 *GARANTIE EN DE KOSTELOZE BORGTOCHT - WET VAN 3 JUNI 2007*

De wetgever heeft met de wet van 3 juni 2007, de kosteloze borgtocht, gesteld door particulieren, aan strenge voorwaarden onderworpen¹⁴². De vraag rijst of deze regeling ook zal gelden voor de garanties die gesteld worden door banken¹⁴³, en dit op grond van de beschermende functie van de nieuwe wetgeving. Men kan zich evenwel de vraag stellen waarom de wetgever dit niet uitdrukkelijk geregeld heeft en een met de borgtocht aanverwante, doch juridisch erg verschillende zekerheidstechniek niet duidelijk aan de wet heeft onderworpen. Ook uit dit Overzicht van rechtspraak blijkt dat de hier bedoelde garanties in de regel betrekking hebben op commerciële verrichtingen en niet op verbintenissen van particulieren: zelfs in het domein van de huurgaranties zal deze problematiek niet frequent voorkomen gelet op de vergoedingen die door de banken worden gevraagd. Enkel de kosteloze borgtochten zijn immers aan de wettelijke regeling onderworpen: voor bestuurders van vennootschappen zal deze kosteloosheid niet vlug worden aanvaard, gelet op hun doorgaans wezenlijk belang bij de resultaten van de vennootschap.

§ 5. – *De zelfstandigheid van de garantie en de documentaire garantie*

48 *ALGEMEEN*

Naarmate het gebruik van zelfstandige garanties meer en meer bekendheid geniet, neemt het beroep op de borgtocht wellicht af. Anderzijds blijken garanties dikwijls vermeldingen of verwijzingen te bevatten naar de valutaverhouding, waardoor het risico ontstaat dat afbreuk wordt gedaan aan de zelfstandigheid van de garantie ten aanzien van de valutaverhouding. Dit laatste wordt soms aangeduid als de abstracte aard van de garantie, maar deze term levert inhoudelijk weinig verduidelijking op. Veeleer stelt men vast dat de verhouding tussen de garantie en de valutaverhouding variabel is en van geval tot geval moet worden onderzocht. Als de garantieverhouding in de afhankelijkheid wordt bedongen van de valutaverhouding zal men kunnen besluiten tot een borgtocht, die wezenlijk bijkomstig is ten aanzien van de valutaverhouding. Maar in een aantal gevallen blijft de garantie zelfstandig, ofschoon de eisbaarheid afhankelijk wordt gesteld van de voorlegging van een document dat een wanprestatie in de valutaverhouding weergeeft. Hier speelt het document een zuiver formele rol, zoals in het documentair krediet: de eisbaarheid van de garantieverbintenis is niet afhankelijk van de wanprestatie, maar van het voorleggen van een document waaruit de wanprestatie blijkt of waarin wordt beweerd dat zij blijkt. In enkele gevallen schuift de grens nog verder op: de eisbaarheid van de garantie wordt afhankelijk gesteld van een vonnis of een

¹⁴² Zie hierover E. DIRIX, “De kosteloze borgtocht”, *R.W.* 2007-2008, 219.

¹⁴³ Zie voor een bevestigend antwoord: E. DIRIX, *o.c.*, 219.

arbitrale beslissing betreffende de valutaverhouding. Hier wordt de beoordeling erg moeilijk: indien een definitief vonnis wordt verlangd waaruit de wanprestatie blijkt, is de garant gehouden tot het “*id quod debetur*” en zit men op het spoor van de borgtocht. Is het vonnis enkel een formele vereiste en bvb. nog vatbaar voor beroep, dan is de voorlegging een formaliteit en zal men kunnen aanvaarden dat nog steeds een garantie voorligt. Ook op grond van andere, omringende factoren blijkt de rechtspraak dit interpretatievraagstuk op te lossen.

49 *VERWIJZING NAAR DE VALUTAVERHOUDING – VOORWAARDEN IN DE GARANTIE*

De verwijzing in de garantiebrief naar de valutaverhouding of de onderliggende oorzaak – de verbintenis van de opdrachtgever ten overstaan van de begunstigde – zou naar omstandigheden tot gevolg kunnen hebben dat de garantie verwordt tot een borgtocht, tot het “*id quod debetur*”. Een verwijzing in algemene termen in de garantiebrief dient evenwel niet noodzakelijk altijd zo gelezen te worden: zij kan er enkel toe strekken de garantie te situeren ten aanzien van een onderliggende overeenkomst. Deze verwijzing kan bijzonder nuttig zijn indien er tussen partijen verschillende, bijvoorbeeld repetitieve handelingen werden gesteld, die elk door een garantie werden afgedekt. Dit klemt te meer nu de garantiebrief verder wordt geformuleerd in termen van een onafhankelijke verbintenis.

De zelfstandigheid van de garantieverbintenis staat er niet aan in weg dat zij wordt uitgeschreven ter verwezenlijking van een verbintenis uit de valutaverhouding: deze verbondenheid verhindert niet dat de bank zich op zelfstandige wijze verbindt. In haar regres tegen de opdrachtgever kan de opdrachtgever geen verweer uit de valutaverhouding aan de bank tegenwerpen.¹⁴⁴

Ofschoon de garantieverklaring geen uitdrukkelijke verwijzing bevatte naar de eisbaarheid “*op eerste verzoek*”, kan mede gelet op de internationale context en in afwezigheid van enige beperking toch worden aanvaard dat het om een zelfstandige bankgarantie gaat. De loutere vermelding van de valutaverhouding volstaat niet om de garantie te beperken tot een accessoire borgtocht, doch is veeleer een gegeven dat moet toelaten de garantie te situeren. Betwistingen tussen begunstigde en opdrachtgever, zelfs indien zij ter kennis van de bank zijn gebracht, zijn geen gronden om de uitvoering van de garantie op te schorten. In deze omstandigheden kan de tegengarant geen argumenten hanteren om de vordering van de begunstigde te bestrijden op grond van de valutaverhouding.¹⁴⁵

Een garantie werd gesteld voor de terugbetaling van een voorschot dat door de koper moest worden aanbetaald. Meer bepaald werd de garantie bedongen onder de opschortende voorwaarde dat de koper (de begunstigde van de garantie) bij de bankgarant een voorschot zou storten op een rekening op naam van de verkoper.

Deze storting werd nooit geheel uitgevoerd. Bij de afroep wierp de bank op dat niet aan deze opschortende voorwaarde was voldaan en weigerde zij de garantie te honoreren.

Het hof te Brussel¹⁴⁶ keurde deze houding goed: partijen kunnen een garantie onderwerpen aan uitdrukkelijke voorwaarden. Deze kunnen betrekking hebben op gegevens uit de

¹⁴⁴ Kort Ged. Kh. Brussel 12 december 2000, *T.B.H.* 2001, 812, noot J.P. BUYLE en M. DELIERNEUX.

¹⁴⁵ Luik 8 juni 1999, *T.B.H.* 2000, 731, noot J.P. BUYLE en M. DELIERNEUX.

¹⁴⁶ Brussel 26 april 2002, *N.J.W.* 2003, 278, noot Reinhard STEENNOT.



valutaverhouding zonder de verbintenis te beperken tot deze verhouding. Met dit laatste aspect werd de zelfstandigheid van de garantie onderstreept.

Een geval dat aan de vrederechter te Deurne werd onderworpen¹⁴⁷ betrof een huurgarantie. De opdrachtgever voor de garantie was met de begunstigde klaarblijkelijk overeengekomen dat de garantie onvoorwaardelijk zou zijn. Nochtans had de opdrachtgever een beperking voorzien in zijn opdracht aan de bank en dit nadat de huurovereenkomst was gesloten. De beperking bestond erin dat de garantieverbintenis enkel mocht worden aangewend voor huurschade. De garantiebrief bleek evenwel dit voorbehoud niet te bevatten. Derhalve kon de beperking niet aan de begunstigde van de garantie worden tegengeworpen. Het vonnis verduidelijkt niet of een vermelding naar huurschade inbreuk zou hebben gepleegd op de zelfstandige aard van de garantie: dit hoeft niet zo te zijn indien de garantie verklaard had dat het volstond dat de afroep geschiedde om huurschade te vergoeden, doch niet, dat het bedrag van de huurschade diende bewezen of aanvaard te zijn.

Ook in het vonnis van de rechtbank van koophandel te Brussel¹⁴⁸ kwam de aard van de garantie te sprake: zij werd eisbaar gesteld op afroep mits voorlegging van een verklaring waarin het bedrag van de vordering en diens eisbaarheid diende gesteld te worden. Er was betwisting of dit het bewijs van de vordering dan wel enkel een verklaring van het bestaan ervan betrof. Op grond van een taalkundig advies oordeelde de rechtbank dat het gebruik van het woord “evidencing” niet het bewijs vereist van het bestaan van de vordering, doch enkel een verklaring daaromtrent.

50 BETWISTINGEN UIT DE VALUTAVERHOUDING

Wanneer de rechter heeft vastgesteld dat het om een bankgarantie gaat, getuigt hij van overmatige nauwgezetheid wanneer hij voor elk van de beweerde tekortkomingen van de opdrachtgever onderzoekt of er geen “*manifest misbruik*” voorligt. Tekortkomingen in de valutaverhouding geven immers geen aanleiding tot stopzetting van de afroep, tenzij de begunstigde klaarblijkelijk zonder recht handelt. Hiertoe volstaan gebreken in de valutaverhouding geenszins. De rechtbank van koophandel te Brussel¹⁴⁹ gaf zich erg – o.i. nodeloos – veel moeite om tegemoet te komen aan de argumenten van de begunstigde. De loutere vaststelling dat de tekortkomingen geen misbruik uitmaakten, zou hebben volstaan om het verzet af te wijzen.

In een andere zaak spoort de zienswijze van het hof van beroep te Brussel¹⁵⁰ aan tot verdere nuancering : het betrof een garantie voor de uitvoering van bouwwerken (vooruitbetaling- en voltooiingsgarantie). Het hof oordeelde dat uit de voorgelegde afrekening van de prestaties en de aanbatalingen evidentier moest worden afgeleid dat de begunstigde geen vordering had tegen de opdrachtgever. Geen nader onderzoek door de bank zou vereist zijn. In de afwezigheid van een creditsaldo was de afroep niet als kennelijk abusief te kwalificeren. In casu was het de schuldeiser zelf die de staat had opgesteld!

¹⁴⁷ Vred. Deurne 26 juli 2001, *R.W.* 2003-2004, 115.

¹⁴⁸ Kh. Brussel 21 november 1997, *T.B.H.* 1998, 850, noot J.P. BUYLE en M. DELIERNEUX.

¹⁴⁹ Kh. Brussel 21 november 1997, *T.B.H.* 1998, 850, noot J.P. BUYLE en M. DELIERNEUX.

¹⁵⁰ Brussel 11 februari 2002, *R.W.* 2003-2004, 1188.

Indien dit niet zo was geweest, zou men bezwaarlijk kunnen aanvaarden dat de opdrachtgever van de garantie de bank kan bevrijden van haar verbintenis door beweerdelijk voor te houden dat zij meer heeft gepresteerd dan de aanbetalingen van de begunstigde. Betwistingen van deze aard dienen immers uit het debat betreffende de eisbaarheid van de garantie geweerd te worden. Een dergelijke bewering zou de garantie als zelfstandige verbintenis reduceren tot een borgtocht, die verplicht tot betaling van het *id quod debetur*.

51 GARANTIE – ONGEORLOOFDE VALUTAVERHOUDING

Een piloot in opleiding had in zijn opleidingsovereenkomst aan een vliegtuigmaatschappij beloofd dat hij in ruil voor zijn opleiding een garantie zou verstrekken voor het geval zijn opleiding voortijdig werd beëindigd. De rechtbank stelde vast dat de garantieregeling nauw aansluit bij zijn tewerkstelling, nu de arbeidsovereenkomst drie dagen na de opleidingsovereenkomst werd ondertekend, wat indruiste tegen art. 23, WAO van 3 juli 1978 op grond waarvan van de werknemer geen borgstelling kan worden gevraagd, behoudens als voorzien in een CAO. Derhalve legde de rechter aan de bank een betaalverbod op.¹⁵¹ Een bankgarantie kan inderdaad niet gebruikt worden om aan een ongeoorloofde handeling van de begunstigde rechtsgevolg te verlenen.

52 INVLOED VAN DE DEKKINGSVERHOUDING

De dekkingsverhouding tussen de opdrachtgever en de bank staat evenzeer los van de garantieverhouding: de bank heeft zich verplicht op grond van de opdracht die uit de dekkingsverhouding voortvloeit, maar eens zij deze verplichting heeft uitgevoerd door zich tegenover de begunstigde te verbinden, is de garantie haar persoonlijke verbintenis en wordt deze niet meer beïnvloed door de lotgevallen van de dekkingsverhouding. Wanbetaling door de opdrachtgever bevrijdt de bank derhalve niet: daarom vragen de banken in de regel dat de garantie geheel door zakelijke zekerheden wordt gewaarborgd of dat de som vooraf bij de bank wordt geblokkeerd. In deze zin herinnert de garantie aan haar oorsprong als vervanging van een gelddeposito ter waarborg van de uitvoering van de verbintenissen van de opdrachtgever.

Indien de afroep onrechtmatig blijkt te zijn, poogt de opdrachtgever soms de bank te overhalen haar verbintenis niet gestand te doen. De bank is evenwel niet gehouden hieraan gevolg te geven: luidens een vonnis van de rechtbank van koophandel te Brussel in kortgeding¹⁵² wordt de eis van de opdrachtgever afgewezen gelet op het “abstract en autonoom” karakter van de garantie, dat ook geldt ten aanzien van de opdrachtgever en hem verbiedt zich te verzetten tegen de betaling door de garant. Laatstgenoemde zienswijze kan op verschillende gronden worden gesteund: de zelfstandigheid van de garantie verwijst in de eerste plaats naar de valutaverhouding. Wat betreft de zelfstandigheid ten opzichte van de dekkingsverhouding komt het ons preciezer voor deze af te leiden uit de relativiteit van de overeenkomsten (art 1165 BW) met name de verbintenis van de bankgarant is een eigen verbintenis van de bank, die eens zij door de bank is aangegaan, verder niets te maken heeft

¹⁵¹ Voorz. Kort Ged. Kh. Gent 16 november 1999, *A.J.T.* 1999-2000, 406, bevestigd door Arbh. Gent 20 september 2000, *J.T.T.* 2000, 480.

¹⁵² Kort. Ged. Kh. Brussel 12 december 2000, *T.B.H.* 2001, 812, noot J.P. BUYLE en M. DELIERNEUX.



met de opdracht op grond waarvan de bank zich verbonden heeft. De intrekking van deze opdracht zou daarom de bank niet kunnen bevrijden.

Op deze regel worden uitzonderingen aanvaard, vooral wanneer de garantie er toe strekt een verbintenis uitvoering te verlenen die indruist tegen de openbare orde, de goede zeden of een manifest misbruik uitmaakt. Eerstgenoemd aspect wordt besproken in de annotatie.

Kan de opdrachtgever zich verzetten tegen de uitbetaling van de garantie? Het Hof van beroep te Antwerpen¹⁵³ nam dit aan maar voegde er aan toe dat dit enkel kan indien de begunstigde door bedrog of misbruik van recht is aangetast. Loutere betwistingen zijn daartoe niet voldoende. Het arrest bevestigt de heersende rechtsleer die steunt op de zelfstandige aard van de garantieverbintenis.

53 *GEEN SUBROGATIE NA DE BETALING DOOR DE GARANT*

Bij de garantieovereenkomst verbindt de garant, in dit geval een bank, zichzelf en belooft zij een resultaat – veelal de overhandiging van een bepaalde geldsom – en niet de uitvoering van de verbintenis van de opdrachtgever. In die zin spreekt men van een zelfstandige garantie. In dit opzicht verschilt de garantie van de borgtocht, waar de borg een verbintenis aangaat die wezenlijk de uitvoering van de verbintenis van een ander, de hoofdschuldenaar, tot voorwerp heeft. De verbintenis van de borg is per hypothese een accessoire.¹⁵⁴ De subrogatie bij de borgtocht vindt haar oorsprong in deze bijkomstige aard: wanneer de borg heeft betaald, kan hij de rechten uitoefenen die de schuldenaar toekwamen. Anders liggen de verhoudingen bij de garantie: de betalende garant kan geen subrogatie invoeren gezien hij zijn eigen schuld betaalt. Deze schuld is door de partijen uitdrukkelijk gewenst als losstaande van de verbintenis waarvoor de garant de prestatie verzekert. Er kan dus geen sprake zijn van subrogatie.¹⁵⁵

§ 6. – *De afroep van de garantie*

Er blijken in de rechtspraak nogal wat vragen voor te komen met betrekking tot de afroep op de garantie: opdrachtgevers proberen met deze betwistingen onder hun verplichtingen uit te komen. Zij doen dit door ofwel de afroep zelf te betwisten, dan wel de regresvordering van de bank te doen afwijzen.

54 *GARANTIESTRENGHEID*

De wisselstrengheid is wel bekend (zij het niet onbetwist).¹⁵⁶ Ook voor de garantie geldt een formele gestrengheid: wanneer de afroep niet geschiedt conform de in de garantiebrieven gestelde voorwaarden, is de verbintenis van de garant niet eisbaar. Eens de vervalddag van deze verbintenis verstreken, vervalt de verbintenis algeheel. De begunstigten worden daarom wel eens verrast door de strenge voorschriften waartoe zij gehouden zijn. Hierbij kan men

¹⁵³ Antwerpen 20 december 2000, *DAOR* 2001, 60.

¹⁵⁴ Zie hierover: E. WYMEERSCH, “Borgtocht en garantie”, in *Liber amicorum J. Ronse*, Story-Scientia, Brussel, 1986, 655-670.

¹⁵⁵ Aldus terecht Kh. Gent 12 februari 1999, *T.B.H.* 1999, 727, noot J.P. BUYLE en M. DELIERNEUX.

¹⁵⁶ Zie J. RONSE, *Wisselbrief en orderbriefje*, dl. 2, nr. 1273.



twee aspecten onderscheiden: enerzijds zijn er discrepanties die betrekking hebben op de afroep zelf: de garantie werd afgeroepen op een wijze die juridisch zeker en vaststaand is en werd ter kennis gebracht aan de juiste persoon, maar de vorm van de afroep verschilt van deze bepaald in de garantiebrief. Op dit punt stelt de rechtspraak zich eerder soepel op. Anders ligt het wanneer de inhoudelijke voorwaarden van de garantiebrief niet werden nageleefd, bvb. wanneer de garantietermijn verstreken is of wanneer niet conforme documenten werden voorgelegd. In deze gevallen is de garantie niet eisbaar en in sommige gevallen, bvb. na verloop van de gestelde termijn, is er geen garantieverbintenis meer. Deze gevallen dienen duidelijk onderscheiden te worden van de welbekende gevallen van bedrog of kennelijk misbruik van recht van de zijde van de begunstigde, die beiden de belangrijkste instrumenten zijn om een manifest ongeoorloofde afroep door de rechtbank te laten verbieden, op verzoek van de opdrachtgever, of meer uitzonderlijk van de bank zelf. Bij niet conforme afroep, bij voorbeeld wegens niet-conformiteit van de documenten is er voor de begunstigde geen recht: hij kan geen beslag leggen, noch voorlopige maatregelen eisen. Bij bedrog of misbruik van recht is er recht, doch de rechtbank kan oordelen dat de uitoefening van dit recht kennelijk ongeoorloofd is en een betaalverbod of andere passende maatregelen opleggen. De bewijslast zal, naargelang de hypothese, sterk verschillend zijn.

55 *DE AFROEP MOET TIJDIG ZIJN*

In een arrest van 24 februari 2004¹⁵⁷ werd een garantie op eerste verzoek bedongen betreffende de betaling van facturen verstrekt door de opdrachtgever aan de begunstigde. De garantieverklaring verlangde afroep per aangetekende brief aan de bank “*binnen de tien dagen van de vervaldag van de factuur*” met de vermelding dat de levering had plaatsgegrepen en dat op de vervaldag geen betaling werd bekomen, terwijl een kopie van de factuur diende bijgevoegd te worden. Het hof aanvaardde terecht dat het om een garantieverbintenis ging, waarvan de eisbaarheid aan een aantal, eerder formele vereisten onderworpen was. Het wees evenwel de eis van de begunstigde af, omdat deze de garantie niet had afgeroepen binnen de gestelde tijdsspanne. Immers de facturen werden contant betaalbaar gesteld, terwijl de afroep pas anderhalf jaar later plaats greep, met name na het faillissement van de opdrachtgever. De begunstigde beweerde ten onrechte dat de facturen pas vanaf het faillissement achterstallig zouden zijn. Men kan de bank niet ten laste leggen dat de schuldeiser uitstel heeft verleend aan de schuldenaar.

Wanneer de garantie een bepaalde termijn voor de afroep vooropstelt, is de laattijdige afroep zonder rechtsgevolg.¹⁵⁸

56 *GEEN BIJZONDERE VORMVEREISTEN*

Wanneer een garantie geen bijzondere voorwaarden bepaalt ten aanzien van de afroep, kan deze mondeling geschieden. De bank kan geen verplichting opleggen inzake de formulering van de afroep zoals de verwijzing naar de valutaverhouding.¹⁵⁹

¹⁵⁷ Brussel 24 februari 2004, *J.T.* 2005, 69.

¹⁵⁸ Arrondrb. Luxemburg 22 november 2002, *DAOR* 2003, 785.

¹⁵⁹ Brussel 3 november 1999, *A.J.T.* 2000-2001, noot D. DE MAREZ, “De beoordeling van het beroep op een bankgarantie op eerste (gemotiveerd) verzoek”.

Een garantie op eerste verzoek werd gesteld door een Libische bank ten voordele van de Libische douaneoverheid met betrekking tot de belastingvrije wederuitvoer van materialen, aangewend door een Belgische bouwfirmade belast was geweest met de uitvoering van een bouwopdracht in Libië. Deze garantie was tegengewaarborgd door de Belgische bank van de bouwfirmade. De douane weigerde de wederuitvoer. Na jarenlange discussies en verlengingen van de garantie, riep de douane de garantie af, waarop de Libische bank de tegengarantie tegenover de Belgische bank afriep.

De tegengarantie werd bedongen in de brief waarin de Belgische bank de Libische bank verzocht om de basisgarantie uit te schrijven. De clause werd opgesteld met volledige verwijzing naar de basisgarantie. Zij bevatte geen vermelding van de munt, noch van de plaats van betaling.

De afroep tegen de Belgische bank greep plaats in Zwitserse frank, betaalbaar in Bahrein.

Na weigering werd de Belgische bank in België gedagvaard: zij wierp op dat de afroep niet regelmatig was, gelet dat hij niet geschied was in de munt, noch betaalbaar op de plaats waar de basisgarantie voorzien was. De rechtbank van eerste aanleg te Brussel gaf gevolg aan de argumentatie van de bank in naam van de garantiestrenghed. De discretionaire keuze voor een andere munt en een andere plaats van betaling dan bepaald in de oorspronkelijke garantie maakte de afroep onregelmatig.¹⁶⁰

De annotator merkt enerzijds op dat de door de rechtbank aanvaarde lezing bijzonder streng is, maar vooral dat de afroep hoe dan ook steunde op de weigering van de ultieme begunstigde de materialen vrij te geven.

De eerste vraag was duidelijk een van interpretatie: eens men de clause voor voldoende bepaald en dus geldig houdt, dient de rechter er een inhoud aan te geven. Het lijkt redelijk aan te nemen dat een tegengarantie ter afdekking van een garantie voor werken in Libië, ten voordele van een Libische staatsbank, uiteindelijk bestemd ter afdekking van een Libische overheidsdienst, ook in Libië en in de munt van dat land zou betaald worden. Het is niet redelijk de begunstigde te laten kiezen voor een andere misschien wel sterkere munt, en de tegenpartij het risico van de wisselkoers te laten ondergaan. De keuze van het laatste ogenblik voor een bepaalde afroepmunt geeft de bank ook niet de mogelijkheid haar wisselkoersrisico naar behoren af te dekken, wat op grond van prudentiële vereisten noodzakelijk is. Overigens had de hoofdgarent anders kunnen bedingen. Indien deze lezing aanvaard wordt, verplicht de garantiestrenghed tot het terechte besluit van de rechtbank.

Wat het misbruik bij de afroep betreft, laten de feiten bezwaarlijk een dergelijke conclusie toe: welke betwistingen er geweest zijn met de Libische douanediensten is onduidelijk. Zelfs indien de weigering van wederuitvoer willekeurig zou zijn geweest, kan dit niet door de garent worden opgeworpen, want vreemd aan de garantieverhouding. De garent kan in deze betwistingen niet tussenkomen, tenzij manifest misbruik van de afroep.

¹⁶⁰ Kh. Brussel 11 december 2001, *T.B.H.* 2003, 57, noot J.P. BUYLE en M. DELIERNEUX.

Wanneer gestipuleerd werd dat de afroep bij aangetekende brief diende te geschieden, en later blijkt dat hij bij telex is gebeurd, oordeelde de rechtbank van koophandel te Brussel¹⁶¹ dat hij laattijdig is.

In een andere beslissing¹⁶² werd een afroep bij Swift-boodschap doorgevoerd, ofschoon de garantiebrieven zelf een afroep bij aangetekend schrijven had verlangd. Bijzonder was dat deze afroep de vierde in een rij was, waarbij de begunstigde de bank vroeger in het kader van “extend or pay” verdaging had toegestaan. Bijzonder was ook dat de afroep gebeurde op vrijdag 29 december om 16.31 waardoor de boodschap pas op 2 januari werd ontdekt. Het arrest ging in op het “principe” van de strenge naleving van de garantievooraanwaarden wat de afroep betreft. Aldus werd onder meer gesteld dat het risico van de “koerier” op de begunstigde weegt, zonder dat zijn goede trouw hierbij ter sprake komt. Deze strenge stelling werd evenwel niet aangehouden. In beide gevallen kwam de rechter, na deze “principes” te hebben bevestigd, tot een meer zinvolle oplossing. In het eerste geval steunde hij zich op de afwezigheid van vermelding van de datum van ontvangst van de afroep: de garantiebrieven bevatte alleen een vermelding van de verzending van de afroep en de aangetekende brief was voor het einde van de afroeptermijn verzonden.

In het tweede geval waarin de afroep bij SWIFT boodschap was gebeurd, werd geoordeeld dat de boodschap tijdig was verzonden, zelfs indien hij eerst enkele dagen later door de bank ter kennis werd genomen.

Vanuit een zuiver formeel oogpunt was de afroep onregelmatig vermits een ander communicatiemiddel werd gekozen dan overeengekomen was of gebruikt werd in de vorige aanvragen voor verlenging. Het hof van beroep te Luik¹⁶³ oordeelde dat de garant zich niet hield aan de regels van de uitvoering ter goede trouw van de overeenkomst door de vierde afroep op formele gronden af te wijzen nu ze geen bezwaar had gemaakt tegen de vorige drie. Na vastgesteld te hebben dat de afroep tijdig gebeurde of minstens niet na het verstrijken van de afroeptermijn, werd beslist dat de afroep rechtskrachtig was.

Hier opnieuw (zie ook nr. 59) stelt men vast dat zodra de boodschap rechtszeker en tijdig bij de bank is gekomen, de rechtsmachten deze als werkzaam erkennen, zelfs indien de bedongen vorm niet werd gevolgd, maar vervangen door een juridisch minstens even veilig en rechtszeker communicatie-instrument. Het omgekeerde zou vermoedelijk niet kunnen worden aanvaard.

59 *KENNISGEVING: GELIJKWAARDIGE FORMALITEITEN – HOOFD- OF BIJKANTOOR VAN DE BANK*

Ofschoon de garantie bepaalde dat de afroep bij aangetekende brief gericht aan het bijkantoor van de bank diende te geschieden, werd zij afgeroepen bij brief en fax ter attentie van de bevoegde dienst van de bank op diens hoofdkantoor. De vraag rees of deze afwijking van de formele voorschriften van de garantie de afroep niet in de weg stond. Dit laatste werd immers in enkele vonnissen en arresten aanvaard en dit in naam van het “garantiefomalisme”. De

¹⁶¹ Kh. Brussel 21 november 1997, *T.B.H.* 1998, 850, noot J.P. BUYLE en M. DELIERNEUX.

¹⁶² Luik 11 mei 1999, *DAOR* 2000, 206.

¹⁶³ Luik 24 september 1999, *T.B.H.* 2000, 734, J.P. BUYLE en M. DELIERNEUX; *J.L.M.B.* 2000, 1693.



rechtbank van Leuven oordeelde o.i. terecht dat voldaan was aan de grondregel, met name de tijdige en rechtszekere kennisgeving aan de in de garantie bedoelde partijen: in de gevolgde kennisgevingwijze kon hierover geen twijfel bestaan. De garantiebrief was misleidend opgesteld en vermeldde het hoofdkantoor van de bank, in voetnoot haar adres verduidelijkend, met onder de vermelding van de benaming van de bank het adres van een bijkantoor in een andere stad. De kennisgeving aan het hoofdkantoor moet onbetwistbaar als de juridisch relevante en zekere handelswijze worden gezien. Overigens ging het om delen van dezelfde rechtspersoon. Hiermede weekt het vonnis niet af van het inhoudelijk formalisme: het lijkt zinvol duidelijk onderscheid te maken tussen de strikte naleving van de voorwaarden gesteld aan de eisbaarheid van de garantie en de voorwaarden van kennisgeving, waar de inhoud kan primeren over de vorm, mits de rechtszekerheid maar wordt geëerbiedigd.

Ook hier werd aanvaard dat behoudens bedrog en misbruik van recht, het bestaan van betwistingen tussen partijen geen grond oplevert om de betaling niet te bevelen.¹⁶⁴

60 *NIET CONFORME AFROEP – WAARSCHUWINGSPLICHT VAN DE BANK*

Wanneer de begunstigde aan de bank documenten voorlegt die niet overeenstemmen met de op grond van de garantie vereiste documenten, is de bank verplicht de begunstigde hierop te wijzen en hem de kans te geven binnen de afroeptermijn de juiste documenten voor te leggen. Deze verplichting kan worden gesteund op de goede trouw in de uitvoering van de verbintenissen.¹⁶⁵ Vgl. ook onder de URU documentaire krediet, art. 16, hoger nr. 42 .

§ 7. – *De betaling van de garantie*

61 *CONSIGNATIE VAN DE GARANTIESOM*

Een Belgische opdrachtgever, exporteur van machines, werd geconfronteerd met de afroep van een uitvoeringsgarantie gesteld door een Belgische bank, in opdracht van een Algerijnse koper. De garantie had betrekking op de goede uitvoering van de installatie van de machines in Algerije. Zij bepaalde onder meer dat de afroep op documenten diende te geschieden, ten vroegste een maand na de oplevering van de machines. Ook diende een formele vaststelling van de niet betaling van de vergoeding door de exporteur voorgelegd te worden. De garantie werd afgeroepen, niettegenstaande de machines twee maanden na de verscheping nog steeds op de kade in Algiers stonden. Van installatie ervan kon dus geen sprake zijn.

In eerste aanleg werd onmiddellijke betaling bevolen. Het hof te Brussel¹⁶⁶ heeft de bank verplicht de bedoelde som neer te leggen bij de Deposito- en Consignatiekas, tot een beslissing ten gronde zal zijn geweest. De beslissing van eerste aanleg waarbij de onmiddellijke betaling werd bevolen werd ongedaan gemaakt. In deze procedure was het onduidelijk of de overeenkomst al dan niet werd uitgevoerd en of de begunstigde gerechtigd was tot de garantiesom.

¹⁶⁴ Kh. Leuven 18 mei 2004, *T.B.H.* 2006, 106, noot J.P. BUYLE en M. DELIERNEUX.

¹⁶⁵ Brussel 2 maart 2001, *T.B.H.* 2002, 484 noot W. DERIJCKE, “Een zonneklare toepassing van de leer inzake bankgaranties op eerste verzoek”.

¹⁶⁶ Brussel 11 januari 2002, *T.B.H.* 2004, 181, noot J.P. BUYLE en M. DELIERNEUX.



Een parallelle procedure tussen dezelfde partijen maar met betrekking tot een andere garantieovereenkomst betrof evenzeer een garantie voor de teruggave van een voorschot. Deze werd door een Belgische bank tegengewaarborgd, maar onder voorwaarden die aanzienlijk strenger waren dan de oorspronkelijke garantie. Dit stelt het vraagstuk van de uiteenlopende voorwaarden van beide garantieovereenkomsten. De betwisting betrof evenwel de regresverhouding van de bank op de opdrachtgever, in casu op grond van de tegengarantie. De weigering van de opdrachtgever om de bank fonds te bezorgen werd door de rechtbank van Koophandel te Luik¹⁶⁷ goedgekeurd omdat de bank, ofschoon zij volledig op de hoogte was van de onderhandelingen tussen opdrachtgever en begunstigde van de hoofdgantie zich verder had verbonden dan haar opdracht luidde, met name het waarborgen van de oorspronkelijke garantie. De bank werd derhalve verplicht om de gantiesom op een afzonderlijke rekening van de opdrachtgever te blokkeren en dit tot een beslissing ten gronde zou worden gewezen. Wanneer de tegengaande garantie de hoofdgantie overschrijdt, handelt de bank op eigen risico en kan zij voor het excedent geen verhaal nemen op de opdrachtgever.

62 GARANTIE EN KANTONNEMENT

Na beslag op een schip werd een bankgarantie gesteld tot zekerheid van de betaling van iedere veroordeling tegen de eigenaar van het schip.

De garantie werd afgeroepen op grond van een vonnis van de rechtbank. De opdrachtgever stelde tegen dit vonnis beroep in.

Tezelfdertijd verzette hij zich tegen de afroep, wegens gebrek aan conformiteit van het vonnis met de garantie, en in ondergeschikte orde, om aan de bank de verplichting op te leggen de bedoelde som te deponeren beide deposito en consignatiekas. Kort daarna gaf de opdrachtgever een belangrijke som in bewaring aan een gerechtsdeurwaarder met het oog op de procedure van kantonnement. Dit bedrag werd kort daarop aan de Deposito- en Consignatiekas overgedragen.

De rechtbank¹⁶⁸ oordeelde dat het kantonnement een onvervreemdbaar recht is van de schuldenaar waarvan hij enkel beroofd kan worden indien de schuldeiser een gemotiveerd verzoek aan de rechter ten gronde voorlegt en daartoe een formele en expliciete beschikking bekomt. Dit kan enkel indien de vertraging in de betaling de schuldeiser ernstig nadeel zou toebrengen. De onmiddellijke uitbetaling van de garantie zou een omzeiling en miskenning uitmaken van het recht van de schuldenaar tot kantonnement. De afroep zou derhalve een misbruik uitmaken in hoofde van de schuldeiser, op grond waarvan de rechtbank de betaling van de garantie verbood.

Deze beslissing valt af te keuren: de opdrachtgever handelt in strijd met het order van de rechtbank om een garantie te stellen om het schip vrij te geven. Ook handelt hij in strijd met zichzelf wanneer hij enerzijds weigert de gevolgen van deze door hem beloofde garantie te ondergaan en daarbij het recht zelf in handen neemt door een kantonnement aan de schuldeiser op te leggen (“venire contra proprium factum”). Overigens zou deze rechtspraak het beroep op de zelfstandige ganties onderuit halen.

¹⁶⁷ Kh. Luik 2 juli 2002, *T.B.H.* 2004, 183, noot J.P. BUYLE en M. DELIERNEUX.

¹⁶⁸ Kh. Antwerpen 14 mei 2001, *T.B.H.* 2003, 47, noot J.BUYLE en M. DELIERNEUX.

63 *IN MORA STELLING*

Na de afroep en betaling van de hoofdsom eiste de begunstigde dat moratoire intresten werden verrekend voor de periode tussen de afroep en de eigenlijke betaling. De rechtbank onderzoekt uitvoerig de betekenis van in mora stelling en stelt vast dat de in mora stelling is gebeurd niet op de dag van de afroep, maar op deze van de vordering. Het beroep op de garantie komt niet overeen met een in mora stelling.¹⁶⁹

64 *KAN EEN BANKGARANTIE BETALING ZIJN?*

Art. 1402 Ger.W. verbiedt dat de rechters in beroep de tenuitvoerlegging van een vonnis verbieden of schorsen. De schuldenaar werd veroordeeld tot een bepaalde geldsom en het vonnis was uitvoerbaar bij voorbaat. In geldnood biedt hij aan een bankgarantie te doen stellen. Is dit gelijkwaardig met een betaling ter uitvoering van een vonnis?

Het hof¹⁷⁰ komt op grond van een vergelijking met het kantonement tot een negatief besluit. In dat geval verliest de schuldenaar de beschikking over zijn fondsen en kan de schuldeiser zich deze toe-eigenen indien het betwiste vonnis bevestigd wordt, ongeacht wat er met de schuldenaar zou gebeuren. Dit is niet het geval voor een bankgarantie: de schuldeiser heeft niet de zekerheid dat hij de fondsen zal ontvangen eens het arrest in beroep tussenkomt. Het faillissement kan verhinderen dat de garantie verder in voege blijft vermits de bank verdere dekking van de garantie kan verlangen. In feite meent het hof, komt het voorstel van een bankgarantie neer op een uitstel van de uitvoering van het vonnis wat door het hof, gelet op art. 1402 Ger W. niet kan worden toegekend.

Afhankelijk van de wijze waarop de garantie werd bepaald, verleent zij evenwel een sterker verhaalsrecht voor de schuldeiser. Indien de garantie verstrekt werd op loutere afroep of onder de voorwaarde van de voorlegging van een beroepsarrest, kan de schuldeiser rekenen op de onmiddellijk uitvoering door de bank. Het argument dat verdere dekking door de opdrachtgever moet worden geleverd geldt niet: de garantie is een eigen verbintenis van de bank, die los staat van de dekkingverhouding.

Een garantie die gesteld wordt voor datgene waartoe de schuldenaar wordt veroordeeld is geen garantie, maar een borgtocht.

65 *DOCUMENTAIRE GARANTIES*

Het gebruik van garanties waarbij de afroep slechts kan geschieden mits voorlegging van bepaalde documenten kan tot moeilijke situaties leiden wanneer de valutaverhouding manifest niet werd uitgevoerd en de begunstigde niet in staat is de vereiste documentatie voor te leggen. Dit was het geval met een bouwbetwisting waarbij de bouwheer een garantie had bedongen ten laste van de aannemer, die evenwel tijdens de bouwwerken failliet is gegaan. De garantie vereiste de voorlegging, voor een bepaalde datum, van een eensluidend afschrift

¹⁶⁹ Kh. Brussel 7 juni 2001, *T.B.H.* 2003, 52, noot J.P. BUYLE en M. DELIERNEUX.

¹⁷⁰ Luik 29 april 2003, *T.B.H.* 2005, 178, noot J.P. BUYLE en M. DELIERNEUX; *J.T.* 2004, 50; *R.R.D.* 2003, 298.

van een in kracht van gewijsde getreden gerechtelijke beslissing waarbij de opdrachtgever – dus: de aannemer – veroordeeld wordt wegens wanprestatie op grond van de valutaverhouding. Nu de aannemer failliet was bestond er geen mogelijkheid een dergelijke beslissing te bekomen. Derhalve kon de begunstigde van de garantie deze niet afroepen. Na de in de garantie bepaalde termijn kan geen afroep meer geschieden.¹⁷¹ Aldus vervalt de verbintenis van de garant, wanneer de voorwaarden waaronder de garantie kan worden afgeroepen niet meer verwezenlijkt kunnen worden. Deze gedachte sluit aan bij de formele aard van de afroep. Anderzijds is dit een verwittiging voor de partijen die garanties bedingen, met name dat deze voldoende precies dienen opgesteld te zijn om ook deze gevallen te omvatten.

§ 8. – Gemeenrechtelijke vraagstukken

66 VERPLICHTING EEN GARANTIE TE STELLEN

In een betwisting tussen een douaneagent en zijn klant oordeelde het hof te Antwerpen¹⁷² dat de douaneagent gerechtigd is tot een bankgarantie, te stellen door de klant, voor douanerechten verschuldigd voor verrichtingen die de klant aan de agent zou hebben of heeft opgedragen. Het hof wijst er op dat de douaneagenten persoonlijk instaan voor de onjuistheden en onvolkomenheden bij de douaneverrichtingen die zij afhandelen voor hun opdrachtgever. Als lasthebbers zijn zij gerechtigd kosten, voorschotten en verliezen te verhalen op de opdrachtgever (art. 1999 en 2000 BW). Derhalve wordt de klant veroordeeld tot het stellen van een garantie.

Deze beslissing gaat een stap verder dan de beide aangehaalde bepalingen uit het BW waar alleen een ex post verhaal voor vernoemde kosten en verliezen werd bedoeld. Hier dient de klant voorafgaandelijk deze sommen te waarborgen. Het hof wijst ook op de algemeen verspreide techniek in die zin. Dit is evenwel nog geen reden om de klant tot een overeenkomst – zijnde de overeenstemmende wilsuiting van beide partijen – te verplichten. De rechter spreekt hier geen recht meer.

67 BANKGARANTIE ALS MISBRUIK VAN MACHTSPOSITIE

Het eisen van een bankgarantie kan, in bepaalde omstandigheden tot een misbruik van machtspositie leiden. Dit is de strekking van een vonnis in kortgeding van de rechtbank van koophandel te Brussel¹⁷³ waarbij Elia NV als aanbieder van elektriciteit de toegang weigerde aan een Franse operator, tenzij laatstgenoemde binnen een zeer korte tijdsspanne een bankgarantie zou kunnen stellen voor een zeer aanzienlijke som waarvan het bedrag noch de motivering op geen enkele wijze was aangeduid. De rechtbank verplichtte Elia de Franse operator toegang te verlenen tot het net en binnen een redelijke tijdsspanne een voorstel voor te leggen voor een onderhandelde en redelijke regeling tot waarborg van de betalingen.

¹⁷¹ Brussel 14 februari 2000, *DAOR* 2000, 269, noot Cl. LEWALLE.

¹⁷² Antwerpen 25 oktober 2004, *N.J.W.* 2005, 591, noot Reinhard STEENNOT.

¹⁷³ Kh. Brussel 12 februari 2002, *J.L.M.B.* 2002, 1147.

Wanneer de opdrachtgever het financieel niet goed stelt en tijd tracht te winnen, gebeurt het nogal eens dat de betaling van de garantie wordt uitgesteld. Dit wordt dan door de bank toegestaan, op grond van een verzoek “betaal, of stel uit” (extend or pay). Wordt de afroep uitgesteld tot na de datum van de faillietverklaring van de opdrachtgever, en eerst daarna afgeroepen, kan niet betwijfeld worden dat de bank tot betalen gehouden is, gezien de zelfstandige aard van haar verbintenis. In de regresvordering van de bank op de opdrachtgever, zou de datum van de afroep misschien een rol kunnen spelen: indien de toelating tot het uitstel werd gegeven na het faillissement, zou, zo wordt opgeworpen in een vonnis rechtbank van koophandel te Brussel¹⁷⁴ de vordering een boedelschuld van de gefailleerde opdrachtgever kunnen uitmaken. Een vordering in de zin werd in het voormelde vonnis afgewezen: de afroep werd geacht gesteund te zijn op een verlenging van voor de faillietverklaring. De vraag is evenwel theoretisch in de mate dat ofwel de bank zelfstandig heeft beslist te verlengen, in welk geval ze op eigen risico heeft gehandeld, ofwel heeft gehandeld na overleg met de opdrachtgever, die evenwel na het faillissement niet meer handelingsbevoegd is. Enkel indien de curator de toestemming tot betaling zou geven, kan van een boedelschuld sprake zijn. Dit kan zich voordoen wanneer de tegenprestatie die de curator verwacht van de begunstigde meer waarde heeft dan de bevrijding van de garantie. In casu bleek dat de curator de betaling door de bank had geweigerd en werd de bank derhalve het recht ontzegd zich bij de schulden van de boedel aan te melden.

Afdeling 4. – Hypothecair krediet¹⁷⁵

§ 9. – Hypothecair mandaat

69 *HYPOTHECAIRE INSCHRIJVING KRACHTENS HYPOTHECAIR MANDAAT*

In een aantal beslissingen vechten schuldenaars van een hypothecair krediet de beslissing aan van de bank die op grond van een volmacht voor hypotheek een inschrijving heeft genomen op het onroerend goed. De vraag betreft hoofdzakelijk de diligentieplicht van de bank tegenover de kredietnemer, die plots vaststelt dat de inschrijving genomen is.

In de meeste gevallen wordt gesteld dat de bank de inschrijving kan nemen zonder hiervan de schuldenaar voorafgaandelijk te verwittigen of zelfs betaling van het krediet te vorderen. Dit was in het bijzonder het geval wanneer de schuldenaar, na een weigering van de bank om verder krediet te verstrekken, had gedreigd om een tweede bank in te schakelen voor verdere kredietverlening. In dat geval loopt de eerste bank het risico dat haar virtuele zekerheid in het gedrang zou worden gebracht door de hypothecaire inschrijving die de tweede bank naar alle waarschijnlijkheid zal nemen. Indien aanvaard zou worden dat een dergelijke actie van de bank rechtsmisbruik zou uitmaken, dan zou de zekerheidswaarde van de volmacht voor

¹⁷⁴ Kh. Brussel 21 november 1997, *T.B.H.* 1998, 850, noot J.P. BUYLE en M. DELIERNEUX.

¹⁷⁵ De andere bijzondere wetgeving inzake kredietverlening, nl. de wet op het consumentenkrediet, werd opgenomen in het overzicht van rechtspraak consumentenbescherming: zie R. STEENNOT, “Overzicht van rechtspraak. Consumentenbescherming (1998 – 2002)”, *T.P.R.* 2004, afl. 4, 1721 – 2056.



hypotheek komen te vervallen¹⁷⁶. Volgens voormeld arrest van Gent is de toekenning van krediet mits een hypothecair mandaat een gunst die steunt op het vertrouwen in de schuldenaar : dit wordt verbroken als blijkt dat de schuldenaar bij een andere bank een krediet met hypothecaire inschrijving heeft aangegaan. Anderzijds beperkt deze benadering de mogelijkheid bijkomend krediet bij een andere kredietgever op te nemen: de kredietnemer die zulks toch wenst te doen dient diligent op te treden en de eerste kredietgever te verwittigen met alle gevolgen van dien.

Het hof te Brussel¹⁷⁷ heeft evenwel anders geoordeeld. Het oordeelde dat de bank bij de uitoefening van haar wilsrecht tot inschrijving van de hypotheek niet willekeurig en naar eigen goedvinden mag handelen, maar dat zij haar belangen en die van de schuldenaar zorgvuldig en evenwichtig dient af te wegen. Dit houdt onder meer in dat zij de kredietnemer voorafgaandelijk moet inlichten en hem de motieven moet mededelen waarom zij tot inschrijving overgaat. De omstandigheid dat de bank haar vorderingen reeds na wanbetaling van twee termijnen en zonder de schuldenaar hiervan effectief te verwittigen aan de kredietverzekeraar had overgemaakt, werd als onzorgvuldig handelen van de bank gekwalificeerd. Deze beslissing, die indruist tegen de voorheen geciteerde rechtspraak, wekt verwondering nu zij de economische functie van het hypothecair mandaat sterk beperkt. Zij kan begrepen worden uit een - niet duidelijk uit de feiten blijkende - verzuurde relatie tussen schuldenaar en bank, waarbij deze laatste reeds bij een geringe wanbetaling maatregelen ondernam. De goede trouw en de proportionaliteitsvereiste gelden in hoofde van beide partijen. Doch men kan begrijpen dat een hypothecaire inschrijving niet kan worden aangewend als een sanctiemiddel tegen de schuldenaar.

In een arrest van 26 maart 2006, nr. C 03.0626.N heeft het Hof van Cassatie deze benadering verworpen en het arrest van 4 september 2002 verbroken. Het Hof overweegt, met herinnering aan de algemene beginselen van de uitlegging van overeenkomsten en de voorschriften inzake toetsing van overeenkomsten, dat nu de overeenkomst niets bepaalde betreffende de voorafgaandelijk verwittiging van de kredietnemer, “de uitoefening van de volmacht niet kan worden onderworpen aan een voorafgaande kennisgeving aan de lastgever van het voornemen de hypotheek te vestigen”.

Wanneer de bank overgaat tot inschrijving van de hypotheek, maakt zij gebruik van haar wilsrecht zoals dit voortvloeit uit de volmachtsakte. Zoals voor elke andere bevoegdheid moet deze ter goede trouw worden uitgeoefend en rekening houdend met het verbod van rechtsmisbruik. In een geval heeft de rechtbank van eerste aanleg van Brussel¹⁷⁸ rechtsmisbruik aanvaard, nu de bank de inschrijving per verrassing had genomen, zonder de schuldenaar te verwittigen, terwijl zij duidelijk op de hoogte was van de aan de gang zijnde onderhandelingen ter hernegotiatie van de kredieten bij een andere bank. De abrupte wijze waarop zij de schuldenaar een dag vooraf verwittigde van de nakende inschrijving, het feit dat zij deze reeds maanden vooraf had voorbereid en dit klaarblijkelijk zonder de schuldenaar te verwittigen, alsook de afwezigheid van een dringende noodzaak wegens gevaar voor de solvabiliteit van de schuldenaar waren elementen die tot onrechtmatig gedrag van de bank hebben doen besluiten. Evenwel blijkt men de inschrijvingen zelf niet ongedaan gemaakt te hebben: of hieruit mededingingsbeperkende gedragingen kunnen worden afgeleid, werd niet aangeraakt.

¹⁷⁶ Brussel 30 september 2003, *R.W.* 2004-2005, 674, waar verwezen wordt naar een proportionaliteitstoets; Kort. Ged. Kh. Brussel 9 november 1999, *R.W.* 2000, 1379; Gent 4 april 2005, *R.A.B.G.* 2007, 457.

¹⁷⁷ Brussel 4 september 2002, *R.G.A.R.* 2003, nr. 13740.

¹⁷⁸ Brussel 20 februari 2004, *T.B.H.* 2006, 91, noot J.P. BUYLE en M. DELIERNEUX.

Het hof van Cassatie¹⁷⁹ oordeelde dat de hypotheek ingeschreven krachtens een hypothecaire volmacht, niet tegenwerpelijk is aan de failliete massa indien zij is ingeschreven tijdens de verdachte periode, zelfs indien de volmacht voorheen werd toegekend. Er kan geen terugwerkende kracht worden toegekend aan de latere hypotheekvestiging. Deze rechtspraak stoelt op de juiste ontleding van het volmachtbegrip op grond waarvan de rechtshandeling eerst ontstaat nadat de volmachthouder de rechtshandeling heeft gesteld.

§ 10. – *Hypotheek of zekerheid “voor alle sommen”*

De hypotheek als koningin van de zekerheden vereiste vroeger een duidelijke identificatie: de schuldvordering diende in de akte als een bestaande schuld vastgesteld en begroot te worden¹⁸⁰. De praktijkbehoeften van de financiële instellingen hebben aan deze vereisten een einde gesteld en nieuwsoortige hypotheek toelaatbaar gemaakt: men spreekt van de invoering van de “omgekeerde hypotheek”. In de rechtspraak wordt heel wat aandacht besteed aan het krediet gewaarborgd door een “*hypotheek voor toekomstige schulden*” (art. 51 bis W. H.K.) en nu ook de hypotheek “voor alle sommen”. De wetgever heeft aan deze onzekerheid grotendeels een einde gemaakt.

De hypotheek voor “*alle sommen*” is het voorwerp geweest van een verhaal in cassatie tegen een arrest van Brussel van 8 oktober 1999¹⁸¹. De cassatieargumenten waren gesteund op enerzijds de onbepaalde duur van de hypotheek die, zoals de eiser beweerde, niet kan worden afgelost, wat strijdig zou zijn met de openbare orde, ook omdat aldus bepaalde onroerende goederen aan de handel zouden worden onttrokken. Art. 544 BW, basisbepaling van het eigendomsrecht werd ingeroepen om te beweren dat dergelijke hypotheek een eeuwige last legt op het onroerende goed, terwijl art. 80 eerste lid, Hyp. W. als geldigheidsvereiste vooropstelt dat het “bedrag waarvoor de hypotheek is verleend in de akte is bepaald”. Een vergelijking met de – voortaan wettelijk geregelde - hypotheek voor toekomstige schuldvorderingen verduidelijkt dat deze laatste vereist dat de schulden bepaald of bepaalbaar zijn en steeds kan worden opgezegd. Hieruit zou, luidens de eisers in Cassatie, volgen dat de hypotheek voor “*alle sommen*” nietig zou zijn.

Het verhaal werd door het Hof verworpen¹⁸². In een sobere argumentering, die ook wel inging op de principiële argumentering van de eiser, stipte het Hof aan dat de feitenrechter had geoordeeld dat de WHK erkent dat een hypotheek voor alle bedragen kan worden gesteld (art. 51bis, §2: “toekomstige schuldvorderingen die over een onbepaalde duur kunnen ontstaan”) en aldus een einde heeft gesteld aan de discussies betreffende deze mogelijke belemmering op het vrije verkeer van goederen.

¹⁷⁹ Cass. 24 oktober 2002, *R.W.* 2002-2003, 1343, noot V. SAGAERT.

¹⁸⁰ Zie bijv. Cass. 28 maart 1974, *R.W.* 1974-1975, 339.

¹⁸¹ Brussel, 8 oktober 1999, *R.C.J.B.* 2001, 361.

¹⁸² Cass. 14 december 2000, *Arr. Cass.* 1999; *R.C.J.B.* 2001, J.L. LEDOUX: “L’hypothèque pour toutes sommes, Une panacée?”.

Het argument dat een ander regime zou gelden voor de hypotheke “voor alle sommen” dan voor deze betreffende toekomstige schuldvorderingen en dat derhalve een regime van onbeschikbaarheid van de betrokken goederen in het leven werd geroepen, werd door het Hof weerlegd onder verwijzing naar art. 51 bis §2 WHK waarbij alle hypotheke voor onbepaalde schulden aan een opzegrecht onderworpen zijn. De beslissing van het hof van beroep was derhalve naar recht verantwoord.

Dit opzegrecht geldt ongeacht of in de akte een beding voorkomt dat er naar verwijst. Het geldt derhalve ook voor de hypotheke die voor het inwerkingtreden van de wet werden toegestaan.

De hypotheek tot waarborg van alle sommen vereist dat de gewaarborgde verbintenissen bepaald zijn, minstens bepaalbaar. Zij neemt, als zakelijke zekerheid rang op de dag van haar inschrijving, zelfs indien de vorderingen eerst later zouden ontstaan.¹⁸³

72 *PAND OP HANDELSZAAK VOOR “ALLE SOMMEN” EN CONFLICT MET LATERE KREDIETVERLENINGEN*

In de betwistingen rond het failliete Lernout en Hauspie¹⁸⁴ werd de vraag gesteld in welke mate een clause van waarborg “voor alle sommen” met betrekking tot het handelsfonds kon ingeroepen worden door een van de partijen bij een later gesloten overeenkomst van wentelkrediet (“revolving credit”) die werd aangegaan door de nieuwe bankiers van de groep. De “alle sommen” clauses waren indertijd bedongen in de kredietovereenkomsten die de toenmalige bankiers aan L & H hadden toegestaan. In 2000 werd evenwel een groot revolving credit toegestaan door de drie grootste banken van het land, waarvan een behoorde tot de oorspronkelijke kredietgevers die daarenboven een van de vorige kredietgevers had opgeslorpt, samen met een andere bank. In de nieuwe multibancaire kredietovereenkomst hadden de kredietverleners een “pari passu” clause bedongen waarbij zij elk op voet van gelijkheid tot de zekerheid gerechtigd zouden zijn. Na het faillissement van L & H beweerde de fusiebank dat zij zich kon beroepen op de “alle sommen” bedingen voor de terugbetaling van de opnames in het multibancaire wentelkrediet. Dit werd door het hof te Gent¹⁸⁵ van de hand gewezen. De redenering van het hof steunt op een nauwgezette analyse van de gedragingen van de partijen, waardoor het aannemelijk wordt gemaakt dat de kredietverlenende banken, bij het sluiten van de nieuwe kredietovereenkomst van 2000, er van uitgingen – wat trouwens volledig logisch was – dat de zekerheidsaanspraken uit vorige overeenkomsten niet zouden doorleven naar de nieuwe multibancaire kredietverlening, zoniet zou de gelijke behandeling niet meer kunnen worden nageleefd. Het ligt voor de hand dat in een multibancaire overeenkomst de gelijke behandeling van elk van de kredietverleners behoort tot de kern van de verhouding tussen de kredietverleners. Verder werd onder meer overwogen dat de vorige kredieten volledig waren terugbetaald en dat de fusiebank geen voorbehoud had gemaakt. De rechtbank, daarin gevolgd door het hof, gaf ook veel gewicht aan het argument dat de individuele zekerheid niet zou kunnen gelden ten aanzien van het deel van de fusiebank in de collectieve kredietverlening, gezien het hier een totaal nieuwe

¹⁸³ Bergen 11 september 2006, *J.T.* 2006, 747.

¹⁸⁴ Gent 10 april 2006, *T.R.V.* 2007, 59, noot Fl. PAREIN, De fusie van ondernemingen en “alle sommen” zekerheden, *DAOR* 2006, 198, zekerheid voor “alle sommen”, *T.G.R.* en *T.W.R.* 2006, 235.

¹⁸⁵ Gent 10 april 2006, *DAOR* 2006, 198, waarin het – ten dele in het arrest overgenomen – vonnis van de rechtbank van koophandel te Ieper werd bevestigd.

zakenrelatie betreft, waarin de fusiebank in een consortium met verschillende andere banken betrokken was.

Het argument van de rechtsopvolging door de fusiebank werd door het hof niet verder onderzocht. In de fusie zouden evenwel alle rechten en plichten op de overnemende bank overgegaan zijn. Dit zou de uitkomst van de beslissing niet hebben gewijzigd, die gesteund was op de onverenigbaarheid van het – impliciete – voortbestaan van de zekerheid voor de oude kredieten, met de nieuwe multibancaire overeenkomst. Een uitdrukkelijke afstand van recht had evenwel deze gehele betwisting kunnen voorkomen.

§ 11. – *Wet Hypothecair Krediet – interpretatievragen*

73 *ART. 45 – AANMANING – SANCTIEREGELING*

De rechter moet art. 45 WHK ambtshalve opwerpen. Niet naleving ervan verhindert de toepassing van de verhoging bedoeld in art. 1907 BW en leidt tot een uitstel van 6 maanden van de verschuldigde bedragen. Dit uitstel kan invloed hebben op het al dan niet voorliggen van een achterstal voor de latere betalingen.¹⁸⁶

74 *ART. 59 §1 – MINNELIJKE SCHIKKING – LOONSOVERDRACHT*

Vanuit een – o.i. betwistbare – analyse dat loonsoverdracht een tenuitvoerlegging uitmaakt in de zin van art. 59, §1 WHK besluit de rechter¹⁸⁷ tot nietigheid van de betekening van de loonsafstand. De nietigheid is een relatieve in de zin van art. 867 Ger.W.

Of een loonsafstand als een “*tenuitvoerlegging*” moet worden beschouwd steunt luidens het vonnis op de overweging dat de schuldeiser op grond ervan tot uitwinning van het vermogen van de schuldenaar kan overgaan. De “*tenuitvoerlegging*” is evenwel een van de loonsoverdracht losstaande handeling, zodat enkel bij de aanwending van de machtiging een poging tot minnelijke schikking moet worden ondernomen.

75 *ART. 59 §1 – MINNELIJKE SCHIKKING – WERKING IN DE TIJD*

Art. 59, §1 WHK geldt ook voor kredietovereenkomsten aangegaan onder de vroegere wetgeving van 1936. Het betreft immers een procesmiddel dat op grond van de algemene regelen van de werking van de wet in de tijd van onmiddellijke toepassing is.¹⁸⁸

76 *ART. 59 - MINNELIJKE SCHIKKING - DRAAGWIJDTE*

¹⁸⁶ Luik 10 maart 2006, *J.T.* 2006, 247.

¹⁸⁷ Brussel 12 oktober 1999, *R.W.* 2000-2001, 1608.

¹⁸⁸ Brussel 12 oktober 1999, *R.W.* 2000-2001, 1608.

De in art. 59 WHK bepaalde verzoeningsplicht geldt voor alle uitvoeringsmaatregelen ter betaling van de vordering ontstaan uit een hypothecair krediet. Zij geldt evenzeer voor de vordering betreffende een niet gehypothekeerd onroerend goed.¹⁸⁹ Deze bepaling wordt gesanctioneerd door een relatieve nietigheid, die evenwel ongedaan kan worden gemaakt door een verzoeningspoging hetzij na de betekening van het beslag, zelfs na het verzoek tot aanstelling van de notaris.¹⁹⁰

In het kader van een verzoening heeft de schuldeiser het recht geïnformeerd te worden over de toestand van de debiteur zonder dat dit een inbreuk op diens privacy uitmaakt. De verplichting tot verzoening geldt niet enkel wanneer de hypothecaire schuldeiser de gehypothekeerde goederen uitwint, maar ook wanneer hij andere goederen van de debiteur wil beslaan.¹⁹¹

In het kader van de verzoeningsprocedure van art. 59 dient een nieuwe verzoening plaats te grijpen indien een nieuw betalingsbevel wordt gelanceerd te meer daar de vorige procedure vier jaar voorheen had plaatsgegrepen, overigens voor een territoriaal onbevoegde rechter.¹⁹²

De nietigheid van de procedure wegens gebrek aan verzoening - art. 59 - kan door de borg niet worden ingeroepen nu de hypothecaire zekerheid strekte tot financiering van en commerciële activiteit, en de WHK niet van toepassing was. Het is daarbij zonder belang dat de borg zelf geen handelaar was¹⁹³.

De wet op het hypothecair krediet - in casu art. 59 - is niet van toepassing op een hypotheeklening ten voordele van een buitenlandse schuldenaar die in de akte uitdrukkelijk woonplaats kiest in het buitenland. Deze wet geldt enkel voor schuldenaars die hun gebruikelijke woonplaats in België hebben¹⁹⁴.

77 *MINNELIJKE SCHIKKING – WANPRESTATIE - LOYAUTEIT*

Ofschoon gemeenrechtelijk de rechterlijke toetsing bij contractuele wanprestatie beperkt is tot de vaststelling van de niet-uitvoering van de verbintenissen waardoor de overeenkomst wordt ontbonden - art. 1184 BW - , oordeelde het hof te Luik¹⁹⁵ dat de partij die zich op de ontbinding van de overeenkomst van hypothecair krediet beroept, op grond van de loyaleit en de solidariteit, gehouden is rekening te houden met de rechtmatige belangen van zijn medecontractant. In het kader van de verzoeningsprocedure dient nagegaan te worden of de uitwinning van het gebouw dat de schuldenaar voor zijn bewoning aanwendt, werkelijk onontbeerlijk is, rekening houdend met het feit dat de schuldenaar voor een nieuwe woning meer zal moeten betalen dan de maandelijkse aanbataling op de lening.

§ 12. – *Hypothecair krediet en gezamenlijk aanbod*

¹⁸⁹ Zie ook: Luik 9 september 2003, *R.R.D.* 2003, 469.

¹⁹⁰ Beslagr. Charleroi 12 februari 2002, *J.L.M.B.* 2002, 1525.

¹⁹¹ Luik 9 september 2003, *R.R.D.* 2003, 469.

¹⁹² Luik 30 maart 2000, *J.L.M.B.* 2000, 1653.

¹⁹³ Beslagr. Brugge 4 december 2001, *T. Not.* 2003, 551.

¹⁹⁴ Rb Brussel, 7 december 2000, *Rev. Not. B.* 2001, 195; *Jaarboek kredietrecht* 2000, 17.

¹⁹⁵ Luik 23 juni 2003, *J.L.M.B.* 2004, 1050, noot P. DEJEMEPPE.

Met een arrest van Brussel¹⁹⁶ heeft het hof de krijtlijnen aangegeven binnen dewelke het aanbod van een hypothecair krediet verwijzend naar een verplichte brandpolis of een schuldsaldoverzekering, niet gekwalificeerd kan worden als een ongeoorloofd gezamenlijk aanbod. De vordering werd ingesteld door de Federatie van verzekeringsmakelaars tegen ASLK - Bank, op grond van het bezwaar dat heel wat kredietnemers ook een polis bij ASLK - Verzekeringen onderschreven. Dit zou een gezamenlijk aanbod uitmaken, dat onverenigbaar is met art. 54 WHPC, maar tevens met art. 6, § 2, Wet Hypothecair krediet en zelfs met art. 30 W. Landverzekeringsovereenkomst en art. 31 WHPC.

De redenering van het hof steunt op een analyse van de feitelijke gedragingen waaruit blijkt dat de partijen beide overeenkomsten sluiten *“als resultaat van onderhandelingen, (die) evenwichtig bedongen verbintenissen (in het leven roepen) tot afname van meerdere goederen of diensten, waarbij zij overigens de afzonderlijke prijs van elk product of dienst met elkaar laten interfereren”*. Deze toestand dient duidelijk onderscheiden te worden van deze die de wetgever met het verbod van gezamenlijk aanbod op het oog had, met name dat de verkrijging van een goed of dienst wordt gebonden aan de verkrijging van een ander goed of dienst.

Uit het geheel van elementen leidde het hof af dat de keuze voor de verzekeringsmaatschappij door de kandidaat ontlener autonoom werd gemaakt, weze het na onderhandelingen waarbij aan een bepaalde keuze financiële voordelen werden verbonden. Met dit laatste doelde het hof op de prijsvermindering die kon worden onderhandeld bij het onderschrijven van een polis bij de verbonden verzekeringsonderneming. Het kon niet worden bewezen dat de vermelding in de polissen dat de cliënt zelf de verzekeraar had gekozen, onjuist was. Verder bleek dat de formulieren geen blanco's waren maar telkens opnieuw werden ingevuld.

Vanuit het oogpunt van de toepassing van art. 54 WHPC was het belangrijk vast te stellen dat het publicitair aanbod aan de kandidaat kredietnemers geen vermelding van deze bijzondere handelswijze bevatte¹⁹⁷ in die zin, zegt het hof, dat niet bewezen is *“dat een restorno niet kon worden verkregen indien ook de verzekeringen niet worden afgesloten bij de ASLK verzekeringen”*.

Vanuit de toepassing van art. 6 § 2 WHK werd een zelfde redenering gevolgd, zij het dat het hof aannam dat geen *“rechtstreekse of zijdelingse”* verplichting voorlag op grond van de toekenning van een restorno bij keuze voor een bepaalde verzekeraar. Indien de kredietnemer het restorno zou verliezen bij opzeg van de verzekering ontstaat voor hem een negatief gevolg, dat een ontradend effect heeft, maar deze keuze steunt niet op een verplichting. Derhalve is art. 6 § 2 niet overtreden.

¹⁹⁶ Brussel 23 maart 1999, *T.B.H.* 2001, 172, noot H. COUSY, “Gezamenlijk aanbod van financiële diensten. Een nieuwe lente, ook een nieuw geluid?”; *D.C.C.R.* 1999, nr. 42, 41, noot G. STRAETMANS, “Preciseringen aan het verbod van gezamenlijk aanbod. Individuele onderhandelingen als reële uitzondering?”; *Jaarboek handelspraktijken* 1999, 299, noot J. TIMMERMANS “De koppeling van veredelingsproducten aan een hypothecair krediet”, *Bank. Fin.* 1999, 157; *Jaarboek Kredietrecht* 1998, noot F. VAN DER HERTEN; voor het vonnis a quo, zie Kh. Brussel 27 maart 1998, *T.B.B.R.* 2001, 221, noot F. VAN DER HERTEN, “Zijn voorwaardelijke rentekortingen bij hypothecaire kredieten toegelaten?”.

¹⁹⁷ G. STRAETMANS, “Preciseringen aan het verbod van gezamenlijk aanbod. Individuele onderhandelingen als reële uitzondering?”, *D.C.C.R.* 1999, 55.

Het cassatieverzoek tegen dit arrest werd door het Hof afgewezen.¹⁹⁸ Enerzijds stelt het Hof dat, nu er geen strijdige wetsbepaling voorligt, art. 54 evenzeer van toepassing is op kredietverrichtingen, maar anderzijds dat de WHPC met het verbod van art. 54 geen afbreuk heeft willen doen aan de vrije onderhandeling van de contractspartijen. Er is geen gezamenlijk aanbod als het aanbod niet bekend is aan alle consumenten doch het resultaat is van individuele onderhandelingen. Ten aanzien van de interpretatie van art. 6 §2, komt het de feitenrechter toe te oordelen of de bedoelde voorwaarden van aard zijn de kredietnemer zijdelings te verplichten het aangehechte contract te sluiten bij een door de kredietgever aangewezen verzekeraar, mits hij het begrip “zijdelingse verplichting” niet miskent. Gelet op de voormelde feitelijke gegevens en de individuele onderhandeling van de voorwaarden nam het Hof aan “*dat er te dezen geen sprake was van de bedoelde zijdelingse verplichting*”.

De beslissing heeft vooral waarde vanuit de praktijk van de financiële instellingen, die uiteenlopende diensten aanbieden, hetzij afzonderlijk – wat niet steeds mogelijk is – hetzij als een pakket voor een prijs die minder bedraagt dan de samengevoegde voordelen. De toepassing van de regelen op het gezamenlijk aanbod, zijn hoofdzakelijk gedacht voor het aanbod van materiële goederen. Op het vlak van de diensten waar de prestaties contractueel telkens opnieuw kunnen worden gedefinieerd en aangepast, heeft een dergelijke regeling weinig zin. Het is meer efficiënt in dit gebied de doorzichtigheid te verzekeren door de “*unbundling*” van de diensten en de openbaarheid van de voorwaarden van elk van hen op te leggen.¹⁹⁹

Deze arresten zetten evenwel de deur niet open voor een algehele opheffing van het verbod van gezamenlijk aanbod voor financiële diensten. De voorwaarden die door het hof te Brussel werden afgelijnd dienen duidelijk geëerbiedigd te worden, in die zin dat een individuele onderhandeling kan worden vastgesteld, minstens mogelijk moet blijven. Verder mag er geen aanbod voorliggen dat de diverse prestaties van bij de aanvang omvat. Een wenselijke, meer organieke regeling kan enkel door de wetgever worden ingevoerd.

§ 13. – *Wet Hypothecair Krediet – algemeen*

79 *HYPOTHECAIR KREDIET – UITVOERBARE TITEL*

Verschillende arresten van het hof van beroep te Brussel verduidelijken, op het gebied van het hypothecair krediet, de vraag wanneer hypothecaire kredietakten authentieke rechtskracht hebben, en bijgevolg, op grond van artikel 19 van de Ventôse-wet, een uitvoerbare titel vormen. Sedert het Cassatie-arrest van 21 juni 1990 is het vaststaande jurisprudentie dat hiertoe twee bijkomende voorwaarden moeten zijn vervuld: de akte moet in al zijn samenstellende delen authenticiteit bezitten, en ze moet alle parameters bevatten die toelaten de zekere, effen en opeisbare aard van de schuldvordering te bepalen, zonder hiervoor op andere elementen te moeten terugvallen²⁰⁰. Aan beide voorwaarden is voldaan in het geval van een voor notaris verleden akte kredietopening, waarvan het lastenkohier in de akte is geïntegreerd, en dat naast de rentevoet op jaarbasis eveneens de progressieve aflossingstabel van het kapitaal bevat.²⁰¹ Ook de notariële akte waarin een kredietopening wordt toegekend en door partijen wordt aanvaard met inachtneming van de bepalingen en algemene

¹⁹⁸ Cass. 30 maart 2001, *Pas.* 2001, 554; *Bank Fin. R.* 2001, 256, noot G . STRAETMANS.

¹⁹⁹ Zie K.B. van 23 maart 1995 op de prijsaanduiding van homogene financiële diensten.

²⁰⁰ Cass. 21 juni 1990, *Arr. Cass.* 1989-90, 1361; *Pas.* 1990, I, 1206; Brussel 10 februari 1998, *J.T.* 1998, 490.

²⁰¹ Brussel 16 oktober 2001, *Rev. Not.b.* 2002, 38, noot.

voorwaarden van het kadercontract dat aan de akte is gehecht en door partijen is geparafeerd, is als een uitvoerbare akte te beschouwen, indien de notariële akte duidelijk de omvang van de onderschreven verbintenissen omschrijft en alle elementen van de schuldvordering op grond van de specificaties in de notariële akte kunnen worden bepaald.²⁰²

80 *AANSPRAKELIJKHEID VAN DE NOTARIS – ONJUISTE HYPOTHECAIRE STAAT*

De notaris is op grond van zijn adviesplicht, wezenlijk gehouden een hypothecaire staat te lichten. Indien hij daartoe is overgegaan doch zonder te melden dat met betrekking tot het gehypothekeerde goed een verdeling heeft plaats gehad op grond waarvan de schuldenaar slechts op een fractie van het goed zakelijke zekerheid heeft verworven, begaat hij een fout die leidt tot zijn aansprakelijkheid. Of de – twijfelachtige – belofte van de notaris een hypotheek in eerste rang te waarborgen geoorloofd is, diende derhalve niet onderzocht te worden. De omstandigheid dat de kredietverlener een openbare instelling was, doet geen afbreuk aan de adviesplicht van de notaris.

Bij de vaststelling van de schade werd rekening gehouden met de minwaarde van de onroerende goederen in het betrokken gebied op grond van de parameters aangeleverd door het studiebureau van een andere hypotheekonderneming.²⁰³

81 *HYPOTHECAIRE KREDIETVERLENING – ONDERZOEKSP LICHT VAN DE NOTARIS INZAKE DE STAAT VAN HET ONROEREND GOED*

Naar aanleiding van een kredietverlening gewaarborgd door een hypothecair mandaat, belastte de kredietinstelling een notaris met de voorbereiding van de notariële akte, en verzocht de notaris hierbij om na te gaan of het desbetreffende onroerende goed vrij en onbelast was van alle hypothecaire inschrijvingen. Wanneer de kredietverlener naderhand, gezien de verslechterende financiële toestand van de kredietnemer, overgaat tot omzetting van het hypotheekmandaat, blijkt het goed belast te zijn met een levenslang vruchtgebruik, dat reeds op het hypotheekkantoor was overgeschreven ten tijde van de toekenning van het hypotheekmandaat, doch niet door de notaris aan de kredietinstelling was meegedeeld. Het hof van beroep van Gent weerhoudt de uitsluitende aansprakelijkheid van de notaris ten aanzien van de kredietinstelling voor het recuperatieverlies dat de kredietinstelling ten aanzien van de inmiddels faillietverklarde kredietnemer lijdt, en oordeelt dat de kredietinstelling geen onzorgvuldigheid heeft begaan die tot een gedeelde aansprakelijkheid zou kunnen leiden. Het hof kwalificeert het verzuim van de notaris om de overschrijving van de verkoopakte betreffende het vruchtgebruik op de hypotheekstaat op te merken als een fout, nu hij zich niet gekwetend heeft van zijn taak om de juridische toestand van het te bezwaren pand nauwkeurig te onderzoeken en de partijen hieromtrent in te lichten. De omstandigheid dat de kredietinstelling naderhand, bij het overmaken van het dossier door de notaris, de bewuste overschrijving niet zelf heeft opgemerkt op de hypotheekstaat, kan de bank niet ten kwade worden geduid: volgens het hof behoorde het in de gegeven omstandigheden niet tot de taak van de bank om de haar door de notaris verstrekte inlichtingen nogmaals te controleren. Evenmin is er aanleiding om de causaliteit tussen deze fout en de door de kredietinstelling geleden schade te ontkennen, met het argument dat laatstgenoemde reeds het krediet had

²⁰²Brussel 22 maart 2002, *Rev. not.b.* 2002, 826; Brussel 25 april 2002, *Rev. Not.b.* 2002, 823

²⁰³Brussel 3 oktober 2000, *Rev. Not. b.* 2001, 237.

geopend vooraleer over de inlichtingen van de notaris te beschikken: het hof stelt vast dat de algemene bankvoorwaarden, waarnaar in de kredietbrief wordt verwezen, aangeven dat de kredieten slechts worden toegekend onder de opschortende voorwaarde van de verstrekking en tegenwerpelijke van de aan het krediet verbonden zekerheden.²⁰⁴

82 AANSPRAKELIJKHEID VAN DESKUNDIGE VOOR DE WAARDERING

Een deskundige aangesteld door de hypotheekmaatschappij kan niet aansprakelijk worden gesteld op grond van art. 1382 BW, nu hij de aanwezigheid van een koopvernietigend gebrek niet heeft opgemerkt, met name de aanwezigheid van huiszwam in het verkochte gebouw waarvan onzeker was of het bij het deskundigenbezoek bewezen had kunnen worden. Immers deze deskundige trad eerst op nadat de koop tot stand was gekomen, terwijl zijn opdracht enkel de waardering van het gebouw betrof²⁰⁵.

Hoofdstuk 2. – Rekeningen en betaalverrichtingen

Afdeling 5. – Geldrekeningen

§ 14. – Soorten rekeningen en hun kenmerken

H. Zichtrekeningen

83 JURIDISCHE AARD – OVEREENKOMST SUI GENERIS

Er bestaat heel wat discussie in de rechtsleer met betrekking tot de aard van de zichtrekening. Sedert het cassatie-arrest van 1993 is het duidelijk dat de zichtrekening niet kan worden beschouwd als een contract van bewaargeving. Weliswaar rust op de bankier volgens het Hof van Cassatie een restitutieverbintenis die analoog is aan deze van de bewaarnemer maar van een echte bewaargeving kan geen sprake zijn²⁰⁶. Twee kwalificaties werden en worden nog verdedigd in de rechtspraak en rechtsleer. Volgens bepaalde rechtsleer en rechtspraak vormt de rekeningovereenkomst een verbruiklening²⁰⁷. Het is de cliënt die gelden ontleent aan de bank en bijkomend geniet van de dienstverlening die aan de zichtrekening is verbonden.

Volgens andere rechtsleer gaat het om een overeenkomst *sui generis*, die kenmerken van verschillende civielrechtelijke figuren (bewaargeving, verbruiklening en lastgeving) in zich draagt, doch niet tot één enkele van deze figuren kan worden gereduceerd²⁰⁸. Deze laatste

²⁰⁴ Gent 7 oktober 2004, *T. Not.*, 2006, 76.

²⁰⁵ Brussel 25 september 2000, *R.W.* 2000-2001, 1606.

²⁰⁶ Cass. 16 september 1993, *Bank Fin.* 1994, 43.

²⁰⁷ H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, V, Brussel, Bruylant, 1952, 258; R. HENRION, “Nature juridique des dépôts bancaires”, *Bank Fin.* 1962, 400-411. In die zin ook na het cassatie-arrest: Brussel 23 december 1998, *T.B.H.* 1999, 681, noot J.P. BUYLE en M. DELIERNEUX.

²⁰⁸ G.A. DAL, “Nature juridique du compte de dépôt à vue”, in *Mélanges Roger Dalcq. Responsabilités et assurances*, Brussel, Larcier, 1994, 60-61; O. POELMANS en A. DEOME, “Les relations entre le banquier et son

stelling werd in de besproken periode bevestigd door het hof van beroep te Brussel en het hof van beroep te Gent²⁰⁹. Ook wij hebben ons in het verleden bij deze stelling aangesloten²¹⁰. Het belang van deze discussie mag overigens niet overschat worden gelet op de gedetailleerde regeling van de rechten en plichten van de partijen die men aantreft in de bankvoorwaarden²¹¹.

84 REKENINGTEGOED - SCHULDVORDERING

De rekeninghouder is geen eigenaar van de gelden die zich op de rekening bevinden. Hij beschikt slechts over een schuldvordering tegenover de financiële instelling²¹². Gelet op het bestaan van een obligatoire verhouding tussen de bank en de rekeninghouder is een revindicatie van de gelden uitgesloten (zie ook infra nr. 213).

85 TITULARIS – VERMOGENSVERMENGING

Wanneer de documenten die strekken tot opening van een zichtrekening niet meer kunnen worden voorgelegd, kan het moeilijk zijn te bepalen wie titularis is van de rekening. De vraag rijst dan of uit de feitelijke omstandigheden kan worden afgeleid wie titularis is. Deze vraag kwam aan bod in een geval waarin de zichtrekening een debetsaldo vertoonde, de fysieke persoon – rekeninghouder, reeds was veroordeeld tot terugbetaling van het debetsaldo, doch nu ook de veroordeling werd gevraagd van een vennootschap die volgens de bank als medetitularis van de rekening als solidaire medeschuldenaar gehouden was. De vennootschap betwist haar gehoudenheid op grond van de overweging dat zij geen titularis was van de rekening. De rechtbank komt tot het besluit dat de vennootschap wel titularis was van de rekening en steunt zich daarbij op het feit dat er nagenoeg volledige vermenging was van de vermogens van de fysieke persoon en de vennootschap²¹³.

86 FEITELIJK GESCEIDEN ECHTGENOTEN – GEEN SOLIDARITEIT

Indien een bank op de hoogte wordt gebracht van de feitelijke scheiding van de echtgenoten waarvan er één titularis was van de zichtrekening en één mandataris en later wordt overgegaan tot de afsluiting van deze rekening (omdat deze een belangrijk debetsaldo vertoont), dan kan de hoofdelijkheid tussen de echtgenoten bij de afsluiting van de rekening niet worden ingeroepen. Dit geldt niet enkel voor het deel van het debetsaldo dat is ontstaan nadat de bank op de hoogte werd gebracht van de feitelijke scheiding, doch tevens voor het

client titulaire d'un compte en banque après l'arrêt de la Cour de Cassation du 16 septembre 1993", *Bank Fin.* 1994, 418.

²⁰⁹ Brussel 18 november 1999, *T.B.H.* 2000, 680, noot J.P. BUYLE en M. DELIERNEUX ; *A.J.T.* 2001-2002, 68, noot R. STEENNOT ; Brussel 4 maart 2004, *Bank Fin. R.* 2004, 227, noot R. STEENNOT ; Brussel 16 oktober 2001, *J.L.M.B.* 2002, 844 ; Brussel 25 november 2005, *T.B.H.* 2007, 52, noot J.P. BUYLE en M. DELIERNEUX ; Gent 13 februari 2006, *NjW* 2006, 615.

²¹⁰ G. SCHRANS en R. STEENNOT, *Algemeen Deel van het Financieel Recht*, Antwerpen, Intersentia, 2003, 204.

²¹¹ Gent 13 februari 2006, *NjW* 2006, 615.

²¹² Brussel 25 november 2005, *T.B.H.* 2007, 52, noot J.P. BUYLE en M. DELIERNEUX ; Brussel 28 mei 1999, *R.W.* 1999-2000, 877.

²¹³ Rb. Antwerpen 31 oktober 2001, *T. Not.* 2004, 225.

debetsaldo dat dateert van voor de kennisgeving van de feitelijke scheiding. Doorslaggevend is het tijdstip waarop de rekening wordt afgesloten, omdat dit het tijdstip is waarop de vordering tot terugbetaling van het debetsaldo ontstaat²¹⁴. Bij de lezing van het arrest blijkt wel dat het hof zich bij het nemen van deze beslissing in belangrijke mate heeft laten leiden door de feiten, met name het feit dat de afsluiting plaatsvond geruime tijd na de feitelijke scheiding en het feit dat het belangrijkste deel van het debetsaldo werd veroorzaakt door betalingen na de feitelijke scheiding.

I. Rekening-courant

87 DEFINITIE

De rekening-courant kan worden omschreven als een overeenkomst waarbij twee of meer personen die met elkaar in een zakenrelatie staan, overeenkomen de wederzijdse schuldvorderingen en schulden die uit hun verrichtingen ontstaan op te nemen in een rekening ten einde een boedel te vormen en de vereffening ervan op te schorten op voorwaarde dat bij de afsluiting van de rekening het saldo dat uit de algemene compensatie zal resulteren, wordt betaald²¹⁵.

88 VOORWAARDEN - VEREISTE VAN WILSOVEREENSTEMMING

Essentieel is dat de rekening-courant berust op een overeenkomst tussen de partijen²¹⁶. Er moet dus in hoofde van de partijen wilsovereenstemming – minstens impliciet - zijn om een rekening-courant verhouding te creëren²¹⁷, i.e. om niet elke schuldvordering individueel af te wikkelen, doch de vereffening uit te stellen tot een later tijdstip²¹⁸. Of dergelijke gemeenschappelijke bedoeling aanwezig is, zal in bepaalde gevallen moeten blijken uit de feiten. In de besproken periode werd bijvoorbeeld geoordeeld dat de aanwezigheid van contractuele clausules die precies bepalen wanneer een bepaalde schuld eisbaar is en die preciseren dat de schuldeiser de mogelijkheid heeft om de uitvoering van de overeenkomst op te schorten indien de schuldenaar niet tijdig betaalt, erop wijzen dat de partijen niet de intentie hebben gehad een rekening-courant tot stand te brengen²¹⁹. In een andere zaak werd beslist dat de mogelijkheid die de factuurvoorwaarden bieden om de vervoersfacturen te

²¹⁴ Luik 23 juni 2003, *T.B.H.* 2005, 141, noot J.P. BUYLE en M. DELIERNEUX. Het arrest hervormt op dit punt het vonnis a quo (Rb. Aarlen 7 september 2000, *DAOR* 2003, afl. 66, 33, noot).

²¹⁵ Bergen 8 oktober 2001, *T.B.H.* 2003, 6, noot J.P. BUYLE en M. DELIERNEUX; Kh. Gent 28 november 2000, *T.G.R.* 2001, 102; H. BRAECKMANS, “Bankrekeningen, betaal- en kredietverrichtingen”, in *Beginselen van Belgisch Privaatrecht. Handels- en Economisch recht, Deel I Ondernemingsrecht*, Brussel, Story Scientia, 1989, 563; K. BYTTEBIER, *Handboek Financieel Recht*, Antwerpen, Kluwer, 1995, 248; J. VAN RYN en J. HEENEN, *Principes de Droit Commercial*, IV, Brussel, Bruylant, 1988, 352 en 357; E. WYMEERSCH, M. DAMBRE en K. TROCH, “Privaat bankrecht. Overzicht van rechtspraak (1992-1998)”, *T.P.R.* 1999, 1994.

²¹⁶ Kh. Brussel 11 februari 1999, *T.B.H.* 2000, 725, noot J.P. BUYLE en M. DELIERNEUX; Kh. Gent 2 maart 1999, *A.J.T.* 1999-2000, 82.

²¹⁷ Bergen 28 juni 2004, *J.L.M.B.* 2004, 1451; Kh. Gent 28 november 2000, *T.G.R.* 2001, 102, waarbij de nadruk wordt gelegd op het schuldvernieuwend karakter van de rekening-courant.

²¹⁸ Bergen 8 oktober 2001, *T.B.H.* 2003, 8, noot J.P. BUYLE en M. DELIERNEUX.

²¹⁹ Bergen 8 oktober 2001, *T.B.H.* 2003, 6, noot J.P. BUYLE en M. DELIERNEUX.



compenseren met de remboursements die de klant toekomen geen rekening-courant met schuldvernieuwing tot stand brengt²²⁰.

89 VOORWAARDEN — VEREISTE VAN WEDERZIJDSE REMISES

Opdat sprake zou kunnen zijn van een rekening-courant dient er een verstrengeling te zijn van wederzijdse afgiften²²¹. De rekening-courant vereist dus dat schuldvorderingen in hoofde van beide partijen in de rekening worden opgenomen²²². Is het steeds dezelfde partij die schuldeiser is, dan geen sprake zijn van een rekening-courant.

90 KENMERKEN — (QUASI-)NOVATOIR KARAKTER

Volgens de klassieke leer bestaat één van de kenmerken van de rekening-courant erin dat de schuldvorderingen die worden ingeschreven in rekening-courant genoveerd worden en worden vervangen door credit- en debetposten die een ondeelbaar geheel vormen²²³. In werkelijkheid gaat het dus niet om een perfecte novatie, aangezien de ene schuldvordering niet wordt vervangen door de andere, doch slechts over een quasi-novatie, erin bestaande dat een schuldvordering wordt vervangen door een rekeningpost²²⁴. Het (quasi-) novatoir karakter van de rekening-courant werd ook in de besproken periode aanvaard in de rechtspraak²²⁵.

91 KENMERKEN — (QUASI-)NOVATOIR KARAKTER -VERLIES VAN ZEKERHEDEN

Indien een schuldvordering wordt opgenomen in rekening-courant verdwijnen de zekerheden en voorrechten die aan de vordering zijn verbonden²²⁶. Dit is een gevolg van het (quasi-)novatoir karakter van de rekening-courant²²⁷. De partijen kunnen evenwel overeenkomen dat de zekerheden, verbonden aan de in rekening-courant ingeboekte vorderingen, zullen dienen om het saldo van de rekening-courant te waarborgen. In dergelijk geval dienen de voorwaarden die gelden voor de vestiging van deze zekerheden opnieuw te worden nageleefd. Artikel 1278 B.W. dat toelaat om in geval van novatie de voorrechten en hypotheeken die verbonden zijn aan de genoveerde schuldvorderingen te transfereren naar de nieuwe schuldvorderingen, vindt geen toepassing²²⁸.

²²⁰ Kh. Gent 28 november 2000, *T.G.R.* 2001, 102.

²²¹ Gent 6 december 2001, *DAOR* 2002, afl. 64, 428.

²²² Kh. Brussel 11 februari 1999, *T.B.H.* 2000, 725, noot J.P. BUYLE en M. DELIERNEUX.

²²³ Kh. Gent 28 november 2000, *T.G.R.* 2001, 102; Kh. Gent 2 maart 1999, *A.J.T.* 1999-2000, 82.

²²⁴ J. VAN RYN en J. HEENEN, *Principes de droit commercial*, IV, Brussel, Bruylant, 1988, 369-370; G. SCHRANS en R. STEENNOT, *Algemeen Deel van het Financieel Recht*, Antwerpen, Intersentia, 2003, 206.

²²⁵ Brussel 25 november 2005, *T.B.H.* 2007, 52, noot J.P. BUYLE en M. DELIERNEUX; Kh. Charleroi 8 juni 2000, *T.B.H.* 2001, 781, noot J.P. BUYLE en M. DELIERNEUX; Kh. Gent 28 november 2000, *T.G.R.* 2001, 102; Kh. Gent 2 maart 1999, *A.J.T.* 1999-2000, 82.

²²⁶ H. BRAECKMANS, "Bankrekeningen, betaal- en kredietverrichtingen", in *Beginselen van Belgisch Privaatrecht. Handels- en Economisch recht, Deel I Ondernemingsrecht*, Brussel, Story Scientia, 1989, 565; J. VAN RYN en J. HEENEN, *Principes de droit commercial*, IV, Brussel, Bruylant, 1988, 371.

²²⁷ Bergen 28 juni 2004, *J.L.M.B.* 2004, 1451.

²²⁸ Bergen 28 juni 2004, *J.L.M.B.* 2004, 1451.



Het spreekt voor zich dat het verlies van zekerheden het bewijs vergt van het bestaan van een rekening-courant. Zo werd in de besproken periode geoordeeld dat de curatoren zich niet konden beroepen op de novatie verbonden aan het inboeken van een schuldvordering op rekening-courant om de schuldeisers het voorrecht bepaald in artikel 20, 1° van de Hypotheekwet te ontzeggen, nu niet het bewijs van de intentie om een rekening-courant tot stand te brengen kon worden geleverd²²⁹.

92 KENMERKEN – (QUASI-)NOVATOIR KARAKTER – ABSTRACTE VERBINTENIS

Het quasi-novatoir karakter van de rekening-courant brengt met zich mee dat de op rekening geboekte post niet langer een geldsom is die aan een onderliggende verbintenis beantwoordt, doch een abstracte verbintenis in rekening-courant is geworden. In een zuivere rekening-courant kan dan ook geen betwisting meer worden gevoerd over de onderliggende verbintenis met als doel de daaraan beantwoordende post uit de rekening te lichten. Meer concreet kan de koper bijvoorbeeld de niet-conformiteit van de levering niet meer inroepen eenmaal hij aanvaard heeft dat het bedrag van de factuur op rekening-courant is geboekt²³⁰.

93 KENMERKEN — (QUASI-)NOVATOIR KARAKTER - INTERESTEN – VERJARING

Artikel 2277 B.W. bepaalt dat interesten van geleende sommen verjaren door verloop van een termijn van vijf jaren. Deze bepaling kan gelet op het novatoir effect van de rekening-courant geen toepassing vinden op interesten die worden opgenomen in de rekening-courant. Als gevolg van hun inschrijving in de rekening-courant verliest de interestvordering zijn aard, zodanig dat de verjaring eigen aan deze vordering niet meer kan worden ingeroepen. Zodra de rekening-courant echter wordt afgesloten, gelden de gemeenrechtelijke bepalingen, hetgeen impliceert dat interesten, die ontstaan na afsluiting van de rekening-courant, onderworpen zijn aan de verkorte verjaringstermijn van vijf jaar²³¹.

J. Bijzondere rekeningen en bijzondere bedingen

94 KWALITEITSREKENING – TOEPASSINGSGBIED

Een kwaliteitsrekening is een rekening waarbij bij de tenaamstelling wordt aangegeven dat de titularis de rekening houdt in een bepaalde kwaliteit of hoedanigheid²³². Eigen aan een kwaliteitsrekening is dat de tegoeden die geboekt worden op de rekening ingevolge de

²²⁹ Bergen 8 oktober 2001, *T.B.H.* 2003, 6, noot J.P. BUYLE en M. DELIERNEUX.

²³⁰ Kh. Gent 2 maart 1999, *A.J.T.* 1999-2000, 82.

²³¹ Vred. Ukkel 21 oktober 2005, *Jaarboek Kredietrecht 2005*, 83.

²³² E. DIRIX, “Kwaliteitsrekeningen: algemene inleiding en toepassingsgevallen”, in E. DIRIX en R. VRIESENDORP (ed.), *Inzake Kwaliteit*, Deventer, Kluwer, 1998, 5; E. DIRIX en K. BROECKX, *Beslag*, in *A.P.R.* Deurne, Kluwer Rechtswetenschappen, 1992, 339; H. SWENNEN, “Trustachtige rechtsfiguren”, *T.P.R.* 1992, 1114; L. LANOYE, “Knelpunten in verband met (bank)rekening, (euro)cheque en overschrijving”, in *Handels-, Economisch en Financieel Recht. Postuniversitaire Cyclus Willy Delva 1994-1995*, Gent, Mys & Breesch, 1995, 414; A.M. STRANART, O. CLEVENBERGH en G. BLOCK, “La saisie-arrêt bancaire”, in *Répertoire partique du droit belge*, Complément, VIII, Brussel, Bruylant, 1995, 824.

bijzondere bestemming die aan de rekening wordt gegeven, worden afgescheiden van het vermogen van de rekeninghouder²³³. Het onmiddellijk voordeel van een dergelijke affectatie van het rekeningtegoed is dat de tegoeden die geboekt werden op de kwaliteitsrekening niet blootgesteld kunnen worden aan het verhaalsrecht van de privé-schuldeisers van de rekeninghouder²³⁴.

In de rechtspraak werd geheel terecht beslist dat op de figuur van de kwaliteitsrekening geen beroep kan worden gedaan indien de titularis van de rekening en de zogenaamde economische eigenaar van de gelden die op de rekening zijn geboekt dezelfde persoon zijn²³⁵.

95 *DERDENREKENING ADVOCaat – KWALITEITSREKENING – VERMENGING MET PRIVÉ-GELDEN*
- *BESLAG*

Veelal wordt aanvaard dat de derdenrekening van een advocaat, dit is de rekening van de advocaat waarop de gelden die bestemd zijn voor derden worden geboekt, als een kwaliteitsrekening moet worden beschouwd, hetgeen impliceert dat de privé-schuldeisers van de advocaat zich niet kunnen verhalen op deze gelden²³⁶. In een geval waarin er op de derdenrekening vermenging had plaatsgevonden tussen de persoonlijke gelden van de advocaat en de gelden van derden werd door het hof van beroep te Brussel geoordeeld dat het mogelijk was voor de privé-schuldeisers van de advocaat om beslag te leggen op de tegoeden op de derdenrekening²³⁷. Op het eerste zicht lijkt het dat de vermenging tussen de privé-gelden van de advocaat en de gelden bestemd voor derden slechts een bijkomend element was voor het hof ter rechtvaardiging van het derdenbeslag²³⁸. Het hof stelt immers in absolute termen dat de privé-schuldeisers van de advocaat beslag kunnen leggen op de gelden op diens derdenrekening.

Moet men nu uit deze afspraak afleiden dat het hof het statuut van kwaliteitsrekening aan de derdenrekening van de advocaat ontzegt? Gelet op de vroegere rechtspraak van hetzelfde hof²³⁹ lijkt het gevaarlijk – en het is ook niet wenselijk – dergelijke conclusie te trekken. Overigens, wordt de beslissing van het hof door Sagaert sterk bekritiseerd, niet enkel omdat een derdenrekening (waarop geen vermenging heeft plaatsgevonden) een kwaliteitsrekening uitmaakt, doch tevens omdat volgens de auteur de vermenging van privé-gelden van de advocaat met de gelden bestemd voor derden geen afbreuk mag doen aan de zakenrechtelijke bescherming van de belanghebbenden van de derdenrekening. Meer concreet argumenteert de auteur dat in een dergelijk geval het verhaal van de privé-schuldeisers moet worden beperkt

²³³ E. DIRIX en K. BROECKX, *Beslag*, in *A.P.R.* Deurne, Kluwer Rechtswetenschappen, 1992, 339. Voor een recent overzicht van de gronden ter rechtvaardiging van het bestaan van kwaliteitsrekening verwijzen we naar V. SAGAERT, “De derdenrekening van de advocaat: een algemene kwaliteitsrekening?”, noot onder Brussel 26 maart 2002, *T.B.B.R.* 2003, 318 e.v.

²³⁴ E. DIRIX, “De kwaliteitsrekening”, *T.P.R.* 1996, 76; L. LANOYE, “Beslag onder derden op kwaliteits-/derdenrekeningen”, in E. DIRIX en R. VRIESENDORP (ed.), *Inzake Kwaliteit*, Deventer, Kluwer, 1998, 115. Zie in de rechtspraak: Antwerpen 13 februari 1996, *R.W.* 1997-1998, 610.

²³⁵ Rb. Brussel 18 december 2001, *J.T.* 2002, 389.

²³⁶ V. SAGAERT, “De derdenrekening van de advocaat: een algemene kwaliteitsrekening?”, noot onder Brussel 26 maart 2002, *T.B.B.R.* 2003, 321.

²³⁷ Brussel 26 maart 2002, *NjW* 2003, 46; *T.B.B.R.* 2003, 314, noot V. SAGAERT.

²³⁸ Het hof stelt “on relèvere surabondamment”.

²³⁹ Brussel 16 april 1987, *J.T.* 1987, 575.

tot het aandeel van de advocaat in het geheel van de vermenging²⁴⁰. Hoe zeer we ook de stelling genegen zijn dat een derdenrekening van een advocaat als een kwaliteitsrekening moet worden beschouwd en dat dergelijke rekening de zogenaamde economische eigenaar beschermt tegen aanspraken van privé-schuldeisers van de rekeninghouder, kunnen we niet anders dan vaststellen dat deze stelling in rechtspraak en rechtsleer ook op tegenstand stuit²⁴¹.

Tot slot nog dit, zelfs indien men, zoals wij, het bestaan van een kwaliteitsrekening aanvaardt, mag de bank in geval van beslag de gelden niet afgeven aan de belanghebbende derden. De bank moet zich terughoudend opstellen. Zij zal in haar verklaring als derde-beslagene melding moeten maken van de kwaliteitsrekening en van kwalitatieve aard ervan en de afgifte van de gelden moeten weigeren. Het is aan de belanghebbenden om tot revindicatie van het saldotegoed over te gaan²⁴².

96 REKENING HUURWAARBORG – NIET VOLDAAN AAN VOORWAARDEN GEBLOKKEERDE REKENING – GEEN VOORRECHT VOOR DE VERHUURDER

Artikel 10 van de Woninghuurwet bepaalt dat de verhuurder beschikt over een voorrecht op het actief van de geïndividualiseerde rekening op naam van de huurder waarop de huurwaarborg bestaande uit een som geld werd gestort²⁴³. De voorwaarde voor het bestaan van het voorrecht is dat het gaat om een geblokkeerde rekening waarover slechts kan worden beschikt na voorlegging van een rechterlijke beslissing of een schriftelijk akkoord tussen huurder en verhuurder, opgesteld ten vroegste na de beëindiging van de huurovereenkomst. In casu oordeelde de rechtbank dat de verhuurders niet over een voorrecht beschikten aangezien de rekening nooit een geblokkeerde huurrekening was geworden. De rekeninghouder had immers nooit de overeenkomst tot het blokkeren van gelden teruggestuurd²⁴⁴.

97 BEDING VAN EENHEID VAN REKENING – DEFINITIE EN INTERPRETATIE

Bedingen van eenheid van rekening hebben tot gevolg dat, behoudens bijzondere overeenkomst, alle door de bank op naam van dezelfde titularis geopende rekeningen, ongeacht hun munt, ongeacht hun aard of modaliteiten²⁴⁵, slechts een onderdeel vormen van

²⁴⁰ V. SAGAERT, “De derdenrekening van de advocaat: een algemene kwaliteitsrekening?”, noot onder Brussel 26 maart 2002, *T.B.B.R.* 2003, 323-324.

²⁴¹ Beslagr. Brussel 20 januari 2000, *T.B.H.* 2001, 856, noot J. BUYLE en M. DELIERNEUX.

²⁴² V. SAGAERT, “De derdenrekening van de advocaat: een algemene kwaliteitsrekening?”, noot onder Brussel 26 maart 2002, *T.B.B.R.* 2003, 325.

²⁴³ Het voorrecht waarborgt elke schuldvordering die de verhuurder heeft ten gevolge van het volledig of gedeeltelijk niet nakomen van de verplichtingen van de huurder.

²⁴⁴ Rb. Gent 27 maart 2001, *R.W.* 2003-2004, 671.

²⁴⁵ C.G. WINANDY, “Les comptes en banque”, in *La banque dans la vie quotidienne*, Brussel, Editions de Jeune Barreau, 1986, 47-48; Y. MERCHERS, P. COLLE en M. DAMBRE, “Algemeen handelsrecht, handelscontracten, bank-, krediet- en chequeverrichtingen. Overzicht van rechtspraak (1987-1991)”, *T.P.R.* 1992, 923. Een verschil in datum waarop het saldo van de rekeningen opeisbaar is, zal evenwel een aanduiding zijn voor het feit dat partijen elke rekening als een verschillende eenheid hebben beschouwd: Brussel 3 februari 1986, *T.B.H.* 1988, 702, noot M. GREGOIRE; J. VAN RYN en J. HEENEN, *Principes de droit commercial*, IV, Brussel, Bruylant, 1988, 402.



een enige en ondeelbare rekening-courant²⁴⁶. Met andere woorden, het beding van eenheid van rekening strekt ertoe te bepalen dat de verschillende rekeningen slechts boekhoudkundige onderverdelingen uitmaken van één enkele rekening. De rekening vertoont één enkel saldo, dat bij de afsluiting wordt gevormd door de compensatie van credit- en debetsaldi van de verschillende subrekeningen waaruit zij is samengesteld.

Uit een arrest van het hof van beroep te Brussel blijkt duidelijk dat bedingen van eenheid van rekening beperkend moeten worden geïnterpreteerd. In casu bepaalden de bankvoorwaarden dat alle rekeningen “en monnaie belge, soit en monnaie étrangère” die werden geopend op naam van de rekeninghouder slechts een onderdeel vormden van een enkele ondeelbare rekening courant. Op grond van deze bepaling was de bank van oordeel dat er ook eenheid van rekening bestond tussen de rekening-courant en de effectenrekening waarover haar cliënt beschikte, waardoor zij over de mogelijkheid beschikte om de creditpositie van de effectenrekening te transfereren naar de rekening-courant. Het Hof wijst de vordering van de bank af, omdat de clausule slechts betrekking heeft op geldrekeningen, hetgeen onder meer moet blijken uit de plaats waar de bepaling in de algemene bankvoorwaarden is opgenomen²⁴⁷.

98 *BEDING VAN EENHEID VAN REKENING – TEGENWERPBAARHEID AAN DE MASSA*

De vraag rijst of bedingen van eenheid van rekening kunnen worden tegengeworpen in geval van faillissement. Een interessante toepassing vindt men in een geval waarin een bank één enkel krediet verleent aan vier vennootschappen die tot dezelfde groep behoren. De overeenkomst bepaalt dat elk van deze vennootschappen gebruik kan maken van het krediet, hetgeen praktisch wordt georganiseerd door vier subrekeningen te openen. De algemene voorwaarden bevatten een beding van eenheid van rekening tussen deze verschillende rekeningen. De vraag rijst of dit beding geldig is en kan worden tegengeworpen aan derden (curatoren) in geval van faillissement. De rechtbank stelt dat bedingen van eenheid van rekening geldig zijn en tegenwerpbaar aan derden, voor zover dat ze niet kunstmatig zijn. Dit impliceert dat ze niet gesloten mogen zijn in de verdachte periode, dat er geen sprake mag zijn van fraude en dat ze moeten beantwoorden aan een economische realiteit.

Wat het laatste element betreft, wordt geoordeeld dat het in de praktijk gebruikelijk is om in het geval waarin via een rekening-courant één enkel krediet wordt toegekend aan vier vennootschappen van dezelfde groep, deze rekening op te splitsen in vier subrekeningen. Dergelijke handelswijze biedt een aantal praktische voordelen, in het bijzonder vergemakkelijkt zij het voeren van de boekhouding in hoofde van elk van de vennootschappen. Gelet op het feit dat de vier vennootschappen tot dezelfde groep behoren, complementaire en nauw verbonden activiteiten uitoefenen, een kapitaal hebben waarvan de oorsprong identiek is en het bestuur wordt waargenomen door dezelfde personen, beantwoordt het beding van eenheid van rekening aan een economische realiteit. Het kan dan ook worden tegengeworpen in geval van faillissement²⁴⁸.

²⁴⁶ Kh. Brussel 23 juni 1983, *T.B.H.* 1987, 760; H. BRAECKMANS, “Bankrekeningen, betaal- en kredietverrichtingen”, in *Beginselen van Belgisch Privaatrecht. Handels- en Economisch recht, Deel I Ondernemingsrecht*, Brussel, Story Scientia, 1989, 579.

²⁴⁷ Brussel 15 juni 2001, *J.L.M.B.* 2002, 838.

²⁴⁸ Kh. Hoei 5 januari 2005, *Bank Fin. R.* 2005, 284.

Ook in een andere zaak werd geoordeeld dat een beding van eenheid van rekening tegenwerpbaar is aan de massa voor zover er geen fraude is begaan en het beding een werkelijke verknochtheid vaststelt. Meer concreet werd beslist dat het bestaan van een verknochtheid kan voortvloeien uit een kaderovereenkomst die werd gesloten ver voor de verdachte periode. Het feit dat één enkel krediet wordt onderverdeeld in verschillende rubrieken en dat specifieke garanties werden verstrekt voor de verschillende delen van het krediet doet geen afbreuk aan de geldigheid en tegenwerpbaarheid van het beding van eenheid van rekening²⁴⁹.

Tot slot kan nog worden opgemerkt dat het verkrijgen van een gerechtelijk akkoord op zich geen afbreuk doet aan de geldigheid en tegenwerpbaarheid van een beding van eenheid van rekening, waarop de bank zich beroept nadat het faillissement is ingetreden²⁵⁰.

99 *BEDING VAN EENHEID VAN REKENING – COMPENSATIEBEDINGEN – TEGENWERPBAARHEID - GERECHTELIJK AKKOORD*

Bedingen van eenheid van rekening moeten onderscheiden worden van compensatiebedingen die men eveneens meestal vindt in de bankvoorwaarden. De doelstelling van deze bedingen bestaat er niet in de verschillende rekeningen als louter boekhoudkundige onderverdelingen te zien van een enkele rekening, maar wel de saldi van de rekeningen, die juridisch zelfstandig zijn, te compenseren²⁵¹. Het compensatiebeding heeft aldus een aanvullende functie ten aanzien van het beding van eenheid van rekening²⁵². Immers, het compensatiebeding kan ook aangewend worden om tot compensatie over te gaan indien de verschillende rekeningen geen boekhoudkundige onderverdelingen vormen van eenzelfde rekening, doch een zelfstandig juridisch statuut bezitten²⁵³.

Gelet op het verbod om tot schuldvergelijking over te gaan na faillissement rijst de vraag in welke mate compensatiebedingen een rol kunnen spelen in geval van faillissement. In de rechtspraak werd in de besproken periode – in navolging van de rechtspraak van het Hof van Cassatie²⁵⁴ - herhaaldelijk geoordeeld dat compensatie na faillissement tot de mogelijkheid behoort niet alleen wanneer de vorderingen voortvloeien uit eenzelfde overeenkomst, maar ook wanneer tussen de vorderingen een nauwe samenhang bestaat²⁵⁵. Dit is onder meer het geval indien de connexiteit wordt bedongen, in welk geval de bedongen connexiteit niet kunstmatig mag zijn en moet beantwoorden aan de realiteit van de verhouding tussen partijen

²⁴⁹ Luik 15 oktober 2002, *DAOR* 2003, afl. 66, 27, *T.B.H.* 2004, 138, noot J.P. BUYLE en M. DELIERNEUX.

²⁵⁰ Luik 15 oktober 2002, *DAOR* 2003, afl. 66, 27, *T.B.H.* 2004, 138, noot J.P. BUYLE en M. DELIERNEUX.

²⁵¹ Brussel 3 februari 1986, *T.B.H.* 1988, 702, noot M. GREGOIRE; C.G. WINANDY, “Les comptes en banque”, in *La banque dans la vie quotidienne*, Brussel, Editions de Jeune Barreau, 1986, 43; J. VAN RYN en J. HEENEN, *Principes de Droit Commercial*, IV, 1988, 401; J. VAN LANCKER, “De Escrow Agreement in het kader van overnameovereenkomsten”, *V&F* 1998, 323. Zie ook: I. DEMUYNCK, “Onrechtmatige bedingen en de financiële sector: het uitzonderingsregime van de WHPC”, *Bank Fin. R.* 2001, 82, die de geldigheid van bedingen van eenheid van rekening en van compensatiebedingen in vraag stelt vanuit de onrechtmatige bedingenleer.

²⁵² E. WYMEERSCH, M. DAMBRE en K. TROCH, “Privaat bankrecht. Overzicht van rechtspraak (1992-1998)”, *T.P.R.* 1999, 1982.

²⁵³ Brussel 10 september 1987, *T.B.H.* 1989, 67; Kh. Charleroi 20 april 1988, *J.L.M.B.* 1989, 416; H. BRAECKMANS, “Bankrekeningen, betaal- en kredietverrichtingen”, in *Beginselen van Belgisch Privaatrecht. Handels- en Economisch recht, Deel I Ondernemingsrecht*, Brussel, Story Scientia, 1989, 580.

²⁵⁴ Cass. 2 september 1982, *R.W.* 1983-1984, 523.

²⁵⁵ Luik 7 april 2000, *T.B.H.* 2001, 541; Bergen 28 juni 2004, *J.L.M.B.* 2004, 1451.

en aan de economie van de overeenkomst die tussen hen bestaat²⁵⁶. Wat dit laatste betreft, oordeelde het hof van beroep te Brussel dat de onderlinge samenhang tussen de rekeningen van een cliënt bij een kredietverlener *ipso facto* beantwoordt aan de economische realiteit van het zaken doen tussen partijen²⁵⁷.

100 COMPENSATIEBEDINGEN – GERECHTELIJK AKKOORD

Het hof van beroep te Bergen diende zich ook uit te spreken over de vraag of het gerechtelijk akkoord zich verzet tegen elke vorm van schuldvergelijking. Het hof oordeelt dat het gerechtelijk akkoord op zich de schuldvergelijking niet verhindert. Vereist is wel dat voldaan is aan de voorwaarden die vervuld moeten zijn opdat schuldvergelijking na faillissement mogelijk zou zijn, i.e. dat het compensatiebeding tot stand is gekomen voor de aanvang van de akkoordprocedure en dat geen fraude aanwezig is²⁵⁸. De tegenwerpbaarheid van compensatiebedingen moet dus volgens het hof in geval van gerechtelijk akkoord en in geval van faillissement op dezelfde wijze worden beoordeeld.

101 CONTRACTUELE ZEKERHEID – GELIJKHEID VAN SCHULDEISERS – GEEN CONNEXITEIT – GEEN TEGENWERPBAARHEID

In de bankvoorwaarden worden vaak clausules opgenomen waarin wordt bepaald dat alle sommen, waarden en goederen die door de bank voor rekening van haar cliënt worden gehouden strekken tot zekerheid van de schulden die de cliënt heeft tegenover de bank. Dergelijke clausules machtigen de bank in de regel ook om de waarden en goederen te realiseren in het geval waarin de cliënt in gebreke blijft om aan zijn verplichtingen te voldoen. In een arrest van het hof van beroep te Brussel wordt dergelijk beding beschouwd als een compensatiebeding²⁵⁹. Het moge duidelijk zijn dat dergelijke clausules geen echte compensatiebedingen inhouden. Veeleer gaat het om een lastgevingsovereenkomst waarbij de bank wordt gemandateerd om tot de verkoop van de waarden en goederen van haar cliënt over te gaan.

Wat er ook van zij, clausules die zekerheden in het leven roepen die niet door de wet zijn voorzien, kunnen gelet op het principe van gelijkheid van de schuldeisers na faillissement slechts worden tegengeworpen indien voldaan is aan de voorwaarden om na faillissement tot schuldvergelijking over te gaan. Dit impliceert dat er tussen beide schulden een nauwe band moet bestaan, dat beiden onderling verknocht moeten zijn²⁶⁰. In het betrokken geval kwam het hof tot het besluit dat geen nauwe band bestond tussen enerzijds de vordering van de bank resulterend uit de betaling van een garantie en anderzijds de vordering van de cliënt ten belope van het creditsaldo op een effectenrekening.

§ 15. – Openen van een rekening

²⁵⁶ Zie: E. WYMEERSCH, M. DAMBRE en K. TROCH, “Privaat bankrecht. Overzicht van rechtspraak (1992-1998)”, *T.P.R.* 1999, 1982 en de door deze auteurs geciteerde rechtsleer. Zie ook: Brussel 23 december 1998, *T.B.H.* 1999, 681.

²⁵⁷ Brussel 28 mei 1999, *R.W.* 1999-2000, 877.

²⁵⁸ Bergen 28 juni 2004, *J.L.M.B.* 2004, 1451.

²⁵⁹ Brussel 15 juni 2001, *J.L.M.B.* 2002, 838.

²⁶⁰ Brussel 15 juni 2001, *J.L.M.B.* 2002, 838.

K. Rekeningovereenkomst is toetredingscontract

102 TOETREDINGSCONTRACT- TEGENWERPBAARHEID – ONDERTKENENING VAN CLAUSULE

De algemene bankvoorwaarden moeten worden beschouwd als een toetredingscontract. Opdat toetredingscontracten de cliënt zouden kunnen verbinden is het bij toepassing van het gemeen recht noodzakelijk dat de cliënt voor de totstandkoming van de overeenkomst kennis heeft genomen of redelijkerwijs kennis heeft kunnen nemen van de contractvoorwaarden en deze voorwaarden uitdrukkelijk of stilzwijgend heeft aanvaard. Wanneer de cliënt bij het sluiten van de rekeningovereenkomst een document ondertekent waarin hij verklaart “een exemplaar van de algemene regeling te hebben ontvangen en de toepassing ervan uitdrukkelijk te aanvaarden”, kan hij later niet meer betwisten verbonden te zijn door de algemene voorwaarden²⁶¹. In een dergelijk geval moet er immers van uitgegaan worden dat voldaan is aan de voorwaarden die het gemeen recht stelt opdat de cliënt verbonden zou zijn door een toetredingscontract. Zelfs het argument dat men de Nederlandse taal niet machtig is, kan in het geval waarin men dergelijke verklaring heeft ondertekend, geen grond opleveren om de tegenwerpbaarheid van de bankvoorwaarden nog te betwisten²⁶².

De bewijslast inzake de tegenwerpbaarheid van de bankvoorwaarden ligt bij de bank. Slaagt deze er niet in een document van opening van de rekening voor te leggen, dan kan zij niet bewijzen dat de cliënt heeft verklaard verbonden te zijn door de bankvoorwaarden²⁶³. Zij kunnen dan ook niet aan de cliënt worden tegengeworpen, tenzij op een andere wijze kan worden aangetoond dat de cliënt redelijkerwijze kennis heeft kunnen nemen van de bankvoorwaarden en deze minstens impliciet heeft aanvaard.

103 RECHTMATIGHEID – CONSUMENTENBESCHERMING - STAKINGSVORDERING

Bij de beoordeling van de rechtmatigheid van de algemene bankvoorwaarden moet in de verhouding tot consumenten rekening worden gehouden met de artikelen 31 en 32 van de wet handelspraktijken. Artikel 31 WHPC bevat de zogenaamde algemene toetsingsnorm bij toepassing waarvan elk beding dat een kennelijk onevenwicht creëert tussen de rechten en de plichten van de partijen verboden en nietig is. Artikel 32 WHPC bevat een lijst van bedingen die in alle omstandigheden nietig zijn. Het hof van beroep te Luik diende zich in het kader van een door Test-Aankoop ingestelde stakingsvordering uit te spreken over de verenigbaarheid met de wet handelspraktijken van enkele bedingen in de bankvoorwaarden van Dexia²⁶⁴.

²⁶¹ Antwerpen 12 januari 2006, *Bank Fin. R.* 2006, 87; Brussel 21 november 2003, *Journ. Proc.* 2004, afl. 492, 25; Rb. Gent 27 maart 2001, *R.W.* 2003-2004, 671; Rb. Aarlen 7 september 2000, *DAOR* 2003, afl. 66, 33, noot; Kh. Brussel 29 maart 2004, *T.B.H.* 2006, 79, noot J.P. BUYLE en M. DELIERNEUX.

²⁶² Brussel 25 november 2003, *RABG* 2005, 324, noot L. VANDEKERCKHOVE.

²⁶³ Antwerpen 18 november 2004, *Bank Fin. R.* 2005, 280.

²⁶⁴ Luik 26 januari 2007, *Bank Fin. R.* 2007, 344, noot E. VAN DEN HAUTE; *DCCR* 2008, 73, noot L. VAN DEN STEEN.

Vooreerst was de vraag aan de orde of een consumentenorganisatie wel de mogelijkheid heeft om een stakingsvordering in te stellen op grond van de algemene toetsingsnorm (art. 31 WHPC). Artikel 31 WHPC bepaalt dat de rechter bij de beoordeling van het onrechtmatig karakter van een beding rekening moet houden met de omstandigheden rond het sluiten van de overeenkomst, hetgeen volgens de bank en bepaalde rechtspraak²⁶⁵, impliceert dat een stakingsvordering ingesteld door een consumentenorganisatie onontvankelijk is. Er zijn immers geen omstandigheden rond de totstandkoming van de overeenkomst die in overweging kunnen worden genomen. Dit argument wordt door het hof niet aanvaard. Terecht stelt het hof dat het niet uitgesloten is dat het vereiste onevenwicht uit een beding zelf voortvloeit, los van de omstandigheden rond het sluiten van de overeenkomst. Bepaalde bedingen kunnen inderdaad dermate in het nadeel van de consument zijn dat de gegeven omstandigheden nooit met zich mee kunnen brengen dat het beding toch rechtmatig zou zijn.

104 RECHTMATIGHEID – CONSUMENTENBESCHERMING – ONRECHTMATIGE BEDINGEN

Meer concreet worden volgende bedingen door het hof als onrechtmatig beschouwd, dit omdat zij een kennelijk onevenwicht creëren tussen de rechten en de plichten van de partijen:

- het beding dat, voor zover geen andersluidende wettelijke bepalingen bestaan, de rechtbanken van de plaats waar de bank gevestigd is als enige bevoegd verklaart en enkel de bank (dus niet de consument) de mogelijkheid biedt om de zaak voor andere op grond van het gemeen recht bevoegde rechtbanken te brengen. De consument dient over dezelfde mogelijkheid te beschikken, zoniet is er een kennelijk onevenwicht.
- het beding dat bepaalt dat de bank alle kosten die door de cliënt *veroorzaakt* (causé) zijn in rekening mag brengen: dit beding kan immers in die zin geïnterpreteerd worden dat het ook betrekking heeft op vergoedingen die verschuldigd zijn omdat de consument een fout heeft begaan (schadevergoedingen). Er bestaat een kennelijk onevenwicht omdat niet is voorzien in een beding dat de consument dezelfde mogelijkheid biedt (geen wederkerigheid).
- het beding dat bepaalt dat de bank aan de rekeninghouder een kredietopening kan toestaan die niet onder de toepassing van de wet consumentenkrediet valt, omdat het beding derwijze kan worden geïnterpreteerd dat het tevens tot doel heeft de wet consumentenkrediet buiten toepassing te verklaren in gevallen waar de wet objectief genomen van toepassing is. Met andere woorden, er moet uitdrukkelijk worden vermeld dat deze mogelijkheid slechts bestaat voor kredietopeningen van minder dan 1250 euro die terugbetaalbaar zijn binnen drie maanden (art. 3 WCK).
- het beding dat met betrekking tot termijnrekeningen bepaalt dat geldafhalingen maar mogelijk zijn vanaf een bepaald minimumbedrag dat door de bank aan de cliënt wordt medegedeeld. Het beding creëert een kennelijk onevenwicht niet omdat het de bank onrechtstreeks de mogelijkheid biedt om dit minimumbedrag eenzijdig te wijzigen, doch wel omdat niet gepreciseerd wordt onder welke voorwaarden de bank tot een dergelijke wijziging kan overgaan.
- het beding van eenheid van rekening dat bepaalt dat alle geldrekeningen slechts onderdeel vormen van een enkele rekening, ongeacht hun aard en de voorwaarden die erop van toepassing zijn, waarbij het hof verwijst naar het feit dat de rechtspraak en rechtsleer aanvaardt dat bepaalde rekeningen met een bijzondere aard niet het voorwerp kunnen uitmaken van een beding van eenheid van rekening.

²⁶⁵ Kh. Brussel 16 juni 2003 (drie beslissingen), *DCCR* 2004, afl. 63, 69 e.v.

- het beding dat de bank toelaat naar believen (à son gré) de vorderingen te kiezen waarop een compensatiebeding wordt toegepast, dit omdat de consument niet over een zelfde keuzerecht beschikt. Bovendien biedt dit beding aan de bank een discretionaire bevoegdheid die aan geen enkele objectieve voorwaarde is onderworpen. Het beding is volgens het hof overigens ook onrechtmatig op grond van artikel 32, 14° WHPC dat bedingen verbiedt die de consument verbieden zijn schuld tegenover de verkoper te compenseren met een schuldvordering die de consument op de verkoper zou hebben.

Bekijkt men deze rechtspraak dan springen twee elementen in het oog. Vooreerst valt op dat een aantal bedingen vatbaar zijn voor verschillende interpretaties. Het hof gaat het beding dan eerst interpreteren op een wijze die nadelig is voor de consument om dan vervolgens de staking ervan te bevelen. Dergelijke werkwijze is in se correct aangezien de regel uit artikel 31 §4 WHPC die voorschrijft dat in geval van twijfel het beding steeds geïnterpreteerd moet worden in het voordeel van de consument niet geldt in het geval waarin een stakingsvordering werd ingesteld²⁶⁶. Niettemin moeten we vaststellen dat het hof in casu wel zeer ver gaat in deze redenering. In het bijzonder hebben we het moeilijk met de argumenten die gehanteerd worden om 1) het beding inzake de mogelijkheid om kredietopeningen toe te kennen die niet onder de WCK vallen²⁶⁷ en 2) het beding inzake eenheid van rekening als onrechtmatig te bestempelen. De bedoeling van het eerste beding lijkt er immers niet in te bestaan de bank vrij te stellen van de verplichting om de wet consumentenkrediet na te leven indien deze van toepassing is, doch wel om de bank de mogelijkheid te bieden om kredietopeningen toe te staan die niet onder het toepassingsgebied van deze wet vallen (kredietopeningen met een bedrag kleiner dan 1250 euro en terugbetaalbaar binnen de drie maanden).

Een tweede element dat opvalt, is het belang dat het hof hecht aan het bestaan van wederkerigheid. Het risico op het bestaan van een kennelijk onevenwicht is duidelijk groter wanneer de consument niet over dezelfde of vergelijkbare rechten beschikt als de bank.

105 RECHTMATIGHEID – CONSUMENTENBESCHERMING – BEDINGEN DIE NIET ONRECHTMATIG ZIJN

Werd daarentegen door het hof niet als onrechtmatig beschouwd, het beding dat bepaalt dat de relaties tussen de bank en de consument beheerst worden door de in België of op internationaal aanvaarde bankgebruiken. In het bijzonder wordt erop gewezen dat deze gebruiken onmogelijk allemaal vermeld kunnen worden in de algemene voorwaarden en dat ze slechts een rol spelen voor zover de algemene voorwaarden en bijzondere reglementen geen afwijkende bepalingen bevatten. De vaststelling dat gebruiken kunnen wijzigen en dat de gebruiken een bron van rechten en verplichtingen zijn, impliceert niet dat de bank zich onrechtstreeks de mogelijkheid heeft voorbehouden om de kenmerken van de dienst eenzijdig te wijzigen (hetgeen in strijd zou zijn met artikel 32, 3° WHPC).

Ook het beding dat bepaalt dat om veiligheidsredenen geldafhalingen beperkt zijn tot een bepaald bedrag (dat naar aanleiding van een geldafhaling aan de consument wordt medegedeeld) werd niet als onrechtmatig bestempeld. Doorslaggevend waren voor het hof

²⁶⁶ Zie hierover: R. STEENNOT, “Artikel 31 WHPC”, in *Artikelsgewijze Commentaar Handels- en Economisch Recht*, Kluwer, losbl.

²⁶⁷ In die zin ook: E. VAN DEN HAUTE, “Le règlement général des opérations de banque et les clauses abusives: vers la consécration de concept de “consommateur responsable”?”, noot onder Luik 26 januari 2007, *Bank Fin. R.* 2007, 354.



enerzijds dat bij een voorafgaandelijke verwittiging van de bank het wel mogelijk is om een groter bedrag af te halen, anderzijds dat de beperking van geldafhalingen tot een bepaald bedrag is ingegeven door veiligheidsoverwegingen.

Werden verder niet als onrechtmatig beschouwd:

- het beding dat de bank de mogelijkheid biedt om de uitvoering van een operatie afhankelijk te stellen van de mededeling van bepaalde inlichtingen of bewijzen die ze noodzakelijk acht.
- verschillende bedingen die de bank machtigen om de door haar gemaakte kosten in rekening te brengen, omdat het in de betrokken bedingen duidelijk niet ging om vergoedingen die ertoe strekken enige schade te vergoeden.
- het beding dat bepaalt dat de bank het saldo of een deel ervan om legitieme redenen voor een beperkte periode onbeschikbaar mag maken.

106 RECHTMATIGHEID – ANDERE TOEPASSINGEN

De vraag naar de rechtmatigheid van bedingen in de contractuele voorwaarden is ook in andere beslissingen aan bod gekomen. Het betreft de vraag naar de rechtmatigheid van exoneratiebedingen waarbij de bank zijn aansprakelijkheid uitsluit voor de uitvoering van vervalste overschrijvingsopdrachten (infra nr. 202), de rechtmatigheid van bedingen die de bank vrijstellen van de verplichting rekening te houden met een verzet tegen de uitbetaling van een cheque (infra nr. 145) en de rechtmatigheid van zogenaamde afleidingsbedingen die de bank toe te laten overschrijvingen af te leiden naar een andere dan door de opdrachtgever opgegeven rekening (infra nr. 115). De rechtmatigheid van deze bedingen wordt om redenen van samenhang elders besproken.

L. Identificatieverplichting bij het openen van de rekening

107 ALGEMEEN

Op de financiële instelling rust de verplichting om bij het openen van de rekening de cliënt te identificeren en diens bekwaamheid en bevoegdheid te verifiëren. Deze verplichting vloeit niet enkel voort uit de witwaswetgeving, doch tevens uit het gemeen recht. In wat volgt, komen twee gevallen aan bod waarin de vraag rees of de bank aansprakelijk gesteld kon worden wegens het niet naleven van haar verplichting om de identiteit en bevoegdheid van een natuurlijk persoon te verifiëren.

108 REKENING – OPENING VAN DE REKENING – FRAUDE VAN DE REKENINGHOUDER

Rekeningen worden in bepaalde gevallen geopend om fraude mogelijk te maken, waarbij dan gebruik wordt gemaakt van een valse identiteit. In een dergelijk geval kan het slachtoffer van de fraude proberen de bank die de rekening heeft geopend buitencontractueel aansprakelijk te stellen indien de bank niet heeft voldaan aan haar verplichting om de identiteit van de

rekeninghouder te verifiëren. Dergelijke vordering veronderstelt uiteraard het bewijs van een fout in hoofde van de bank. Uit het loutere feit dat de identificatie heeft plaatsgevonden aan de hand van een vervalst paspoort kan niet worden afgeleid dat de bank een fout heeft begaan. Nagegaan moet worden of een normaal voorzichtig bankier, geplaatst in dezelfde omstandigheden diende te twijfelen over de echtheid van het voorgelegde document²⁶⁸. De bank zal dus aansprakelijk zijn indien geen enkele verificatie heeft plaatsgevonden, alsook wanneer een normaal zorgvuldig bankier zou hebben opgemerkt dat een vervalst identiteitsbewijs werd voorgelegd.

109 OPENING VAN DE REKENING TEN NAME VAN EEN VENNOOTSCHAP – VERTEGENWOORDIGING DOOR ONBEVOEGDE - AANSPRAKELIJKHEID

Indien een rekening op naam van een vennootschap wordt geopend, zal de bank moeten nagaan of de persoon die voor de vennootschap tot de opening van de rekening overgaat wel bevoegd is om de vennootschap te vertegenwoordigen. Het hof van beroep te Brussel besliste in dit kader dat een bankier zich bij het openen van een bankrekening niet kan beperken tot het passief registreren van gegevens die hem worden medegedeeld. Op de bankier rust daarentegen de verplichting om met alle beschikbare middelen de juistheid van de medegedeelde gegevens na te trekken.

In het bijzonder werd aan de bankier verweten niet te hebben geverifieerd of de bestuurder van een vennootschap bevoegd was om alleen op naam van de vennootschap een rekening te openen. Dergelijke verificatie kan nochtans eenvoudig geschieden aan de hand van het in de bijlagen tot het Belgisch Staatsblad gepubliceerde uittreksel van beslissing van de algemene vergadering. De bank die nalaat dergelijke elementaire verantwoordingsstukken te doen overleggen ter verificatie en die verrichtingen laat uitvoeren zonder dit stuk – waarvan de overlegging nochtans werd beloofd – begaat een fout in de zin van artikel 1382 B.W. De bank is aansprakelijk voor de door die fout veroorzaakte schade (in casu geldafnames die niet werden besteed om betalingen te verrichten ten voordele van de vennootschap)²⁶⁹.

§ 16. – Werking van de rekening

M. Wijziging van de bankvoorwaarden

110 TEGENWERPBAARHEID

Financiële instellingen houden zich in de bankvoorwaarden veelal het recht voor om de contractuele voorwaarden te wijzigen. In de besproken periode trachtte een cliënt zich te verweren, niet door de geldigheid van dergelijk beding te betwisten maar door te argumenteren dat de nieuwe voorwaarden hem niet kon worden tegengeworpen. Enerzijds werd geargumenteed dat de bank niet kon bewijzen hem op de hoogte te hebben gesteld van

²⁶⁸ Brussel 19 november 2002, *R.W.* 2005-2006, 1626, noot S. RUTTEN.

²⁶⁹ Het arrest is onder 2 verschillende data gepubliceerd: Brussel 7 september 1999, *R.W.* 2001-2002, 704; Brussel 7 november 1999, *RPS* 2000, 345.

de wijziging van de bankvoorwaarden (zodat er geen redelijke mogelijkheid tot kennisname was met betrekking tot de gewijzigde voorwaarden), anderzijds dat hij de wijziging niet zou hebben aanvaard.

Wat de mogelijkheid tot kennisname betreft, oordeelt het hof van beroep te Antwerpen dat het volstaat dat de het feit van de wijziging onder de vorm van een rekeninguittreksel aan de cliënten werd medegedeeld²⁷⁰. De vaststelling dat de cliënt die de voorwaarden effectief wenst te raadplegen zelf het initiatief dient te nemen om via een plaatselijk bankkantoor een exemplaar van de voorwaarden te verkrijgen, staat de redelijke mogelijkheid tot kennisname niet in de weg. Het is dus niet vereist dat de gewijzigde voorwaarden in “full text” bij rekeninguittreksel worden overgemaakt²⁷¹. Bijzonder was ook nog dat de cliënt betwistte het betrokken rekeninguittreksel te hebben ontvangen. Het hof oordeelt dat, hoewel de bank niet daadwerkelijk bewijst dat het rekeningafschrift aan alle cliënten werd verzonden, kan worden aanvaard dat het rekeningafschrift systematisch en aan alle rekeninghouders werd verzonden. De bewijslast wordt op die manier dus op de rekeninghouder gelegd, die het bewijs moet leveren van een negatief feit.

Wat de aanvaarding van de wijziging betreft, stelt het hof van beroep te Antwerpen dat inzake toetredingscontracten sprake is van een stilzwijgende aanvaarding wanneer niet uitdrukkelijk of stilzwijgend wordt geprotesteerd tegen de gewijzigde voorwaarden waarvan men kennis heeft genomen of kennis heeft kunnen nemen. In een andere zaak stelde het hof de aanvaarding vast op grond van het feit dat de cliënt verder gebruik was blijven maken van de bankdiensten. Het hof steunde zich daarbij op de vermelding in de bankvoorwaarden dat de cliënt in geval van wijziging de keuze heeft om verder gebruik te maken van de dienst onder de gewijzigde voorwaarden ofwel om van de dienst af te zien²⁷².

Wat de eerste zaak betreft, valt het op dat het hof de piste bewandelt van de aanvaarding van de nieuwe voorwaarden door de cliënt. Een aanvaarding van de voorgestelde wijziging is echter niet noodzakelijk indien de bank zich het recht heeft voorbehouden om tot een eenzijdige wijziging van de bankvoorwaarden over te gaan. De geldigheid van dergelijke clausules wordt in de verhouding tot professionele cliënten²⁷³ immers aanvaard. In de betrokken zaak had de bank zich het recht voorbehouden om de algemene voorwaarden “te wijzigen”, waaruit het hof terecht heeft afgeleid dat de bank niet beschikte over een eenzijdig wijzigingsrecht. Dergelijk beding dient immers geïnterpreteerd te worden in het voordeel van degene die zich heeft verbonden en houdt dan ook gewoon een bevestiging in van het gemeen recht, dat wijzigingen in gemeenschappelijk overleg steeds toelaat. Het hof onderzocht dan ook terecht of de door de bank voorgestelde wijziging werd aanvaard.

N. Geldafhalingen

III HANDELINGSBEKWAAMHEID – AANSPRAKELIJKHEID VAN DE BANK

²⁷⁰ Antwerpen 12 januari 2006, *Bank Fin. R.* 2006, 87.

²⁷¹ Zie ook: Antwerpen 12 januari 2006, *Bank Fin. R.* 2006, 91.

²⁷² Antwerpen 12 januari 2006, *Bank Fin. R.* 2006, 91.

²⁷³ In de verhouding tot consumenten moet rekening worden gehouden met artikel 32 WHPC.



Zelfs indien een persoon handelingsonbekwaam is, kunnen de feitelijke omstandigheden met zich meebrengen dat de bank de gelden op een rekening niet mag vrijgeven. Aldus werd beslist in een geval waarin de rekeninghouder juridisch gezien weliswaar handelingsbekwaam was, doch de bank op de hoogte was van het feit dat de rekeninghouder mentaal gehandicapt was. Meer concreet werd de bank verweten het leeuwendeel van de gelden die geboekt waren op de spaarrekening van de jongen aan een derde over te maken, dit enkele dagen nadat de jongen meerderjarig was geworden. Door dit te doen beging de bank een fout waarvoor ze aansprakelijk is²⁷⁴.

112 NAAMLNING – ARTIKEL 1239 B.W. - BEKRACHTIGING

In een geval waarin een derde met een vervalste volmacht erin slaagt gelden af te halen van een op een andere persoon geopende termijnrekening tracht de bank zich te verweren op grond van de theorie van naamkening. De bank argumenteert dat de rekening weliswaar werd geopend op naam van een bepaalde persoon, doch dat dit gebeurde ten behoeve van een andere persoon die de economische eigenaar was van de daarop gestorte gelden. Aangezien de persoon die de gelden afhaalde dus in werkelijkheid eigenaar was, had de bank aan zijn verplichtingen voldaan. Het hof van beroep te Brussel stelt dat naamkening het bestaan van een overeenkomst veronderstelt waarbij de naamleener zich ertoe verbindt om in eigen naam maar voor rekening van een opdrachtgever een of meerdere rechtshandelingen (in casu het openen van een rekening) te stellen²⁷⁵. In casu kon de bank het bestaan van naamkening niet aantonen, zodat het niet mogelijk was op die manier aan haar verplichtingen tegenover de rekeninghouder te ontkomen.

De bank tracht zich vervolgens te baseren op het feit dat de rekeninghouder laattijdig heeft geprotesteerd tegen de geldafhaling en derhalve de verrichting heet bekrachtigd. Het wordt vooreerst niet betwist door de partijen dat artikel 1239 B.W.²⁷⁶ van toepassing is, hetgeen impliceert dat de bank het bedrag op de rekening in beginsel slechts geldig kan uitbetalen aan de schuldeiser, in casu de rekeninghouder. Door dit niet te doen, is de geldafhaling niet tegenwerpelijk aan de rekeninghouder. Artikel 1239, lid 2 B.W. voorziet echter in een uitzondering voor het geval waarin de schuldeiser de betaling (in casu de geldafhaling) heeft bekrachtigd. De bank argumenteert dat dergelijke bekrachtiging kan worden afgeleid uit het laattijdig protesteren van de rekeninguittreksels (in casu meer dan een jaar na de verrichting). Het hof oordeelt dat het laattijdige protest *in de gegeven omstandigheden* niet als foutief en niet als een bekrachtiging kan worden aangemerkt. Beslissend was daarbij dat de rekeninguittreksels op het kantoor werden bewaard, op geen enkele manier aan de rekeninghouder de rekeningstand werd medegedeeld en dat van de rekeninghouder niet kan worden verwacht dat hij zijn uittreksels gaat raadplegen indien hij in de periode waarop de uittreksels betrekking hebben zelf geen verrichtingen heeft gesteld.

113 GEEN MANDAAT – GEEN SCHIJNMANDAAT – GEEN PROTEST REKENINGUITTREKSELS

²⁷⁴ Rb. Gent 7 november 2002, *T.G.R.* 2003, 13.

²⁷⁵ Antwerpen 18 november 2004, *Bank Fin.R.* 2005, 280.

²⁷⁶ De betaling moet gedaan worden aan de schuldeiser of aan iemand die volmacht van hem heeft of die gemachtigd is voor hem te ontvangen.



In een andere zaak bestond betwisting over de geldafhalingen die door de schoondochter van de rekeninghouder, zonder daartoe uitdrukkelijk gemandateerd te zijn, gedurende verschillende jaren werden verricht. De feitelijke omstandigheden waren bijzonder: de rekeninghoudster had wel een volmacht gegeven aan haar zoon, die voor zijn eigen rekening (niet voor de rekening van zijn moeder) een volmacht had gegeven aan zijn echtgenote. De bank trachtte zich vooreerst te verweren tegen de eis tot creditering van de rekening met de door de schoondochter afgehaalde gelden door te stellen dat zij op grond van deze elementen er mocht van uitgaan dat de schoondochter ook gemandateerd was om gelden af te halen van de rekening van haar schoonmoeder. Daartoe wordt het bestaan van een stilzwijgend mandaat of minstens een schijnmandaat ingeroepen.

Het hof van beroep te Brussel aanvaardt noch het bestaan van een stilzwijgend mandaat, noch het bestaan van een schijnmandaat²⁷⁷. Het hof steunt zich daarbij vooral op de overweging dat de bank beschikte over geëigende formulieren die door de cliënt moeten worden ingevuld om een mandataris aan te duiden. Doordat dit geëigende geschrift niet werd ondertekend (en er dus geen uitdrukkelijk mandaat werd gegeven), kan de bank er volgens het hof niet rechtmatig op vertrouwen dat een mandaat voorligt (geen schijnmandaat). Een stilzwijgend mandaat mag niet worden afgeleid uit het loutere feit dat de zoon voor zijn rekening een mandaat aan zijn echtgenote heeft gegeven, hetgeen overigens wel via de geëigende formulieren was gebeurd.

Vervolgens tracht de bank zich te verweren door te wijzen op het feit dat de rekeninghouder gedurende jaren niet heeft geprotesteerd tegen de betwiste verrichtingen. In het bijzonder wordt verwezen naar de bepaling in de bankvoorwaarden die stelt dat de rekeninghouder de verrichtingen die zijn vermeld op de rekeninguittreksels aanvaardt, wanneer zij niet binnen de dertig dagen worden betwist. Niettemin is het hof van oordeel dat de afwezigheid van protest in casu niet tot een goedkeuring van de op de rekeninguittreksels vermelde verrichtingen kan leiden, dit omdat de rekeninguittreksels steeds werden meegegeven aan de schoondochter van wie ten onrechte werd aangenomen dat ze gemandateerd was. Bijkomend werd in overweging genomen dat de rekeninghouder de uittreksels zelf niet kon afhalen aangezien ze in het buitenland verbleef en dat haar zoon, de volmachtdrager niets kan worden verweten omdat hij geen verrichtingen op de rekening verwachtte.

114 *VERVALSTE OVERSCHRIJVINGSOPDRACHTEN – ARTIKEL 1239 B.W. – UITZONDERINGEN*

Op de toepassing van artikel 1239 B.W. op vervalste overschrijvingsopdrachten wordt verder in dit overzicht ingegaan. Op dit punt kan worden volstaan met de opmerking dat in de rechtspraak de toepassing van artikel 1239 B.W. op vervalste overschrijvingsopdrachten veelal wordt aanvaard, hetgeen impliceert dat de debitering van de rekening in uitvoering van de vervalste overschrijvingsopdracht aan de rekeninghouder in principe niet tegenwerpelijk is. Er bestaan echter tal van uitzonderingen op dit principe die met zich meebrengen dat het in de praktijk voor de bank, die geen zware fout heeft begaan, meestal wel mogelijk is de debitering van de rekening te behouden (infra nr. 200 e.v.).

²⁷⁷ Brussel 25 november 2003, *RABG* 2005, 324, noot L. VANDEKERCKHOVE.



O. Rente

115 BEREKENING

De berekening van de interesten van de rekening geschiedt in de banksector volgens de methode van 360 dagen in plaats van 365 of 366 dagen. In de besproken periode werd in de rechtspraak voor het eerst onderzocht of deze methode, die in het voordeel is van de bank, wel gerechtvaardigd is. De rechtbank van koophandel te Gent komt tot het besluit dat de methode van 360 dagen een algemene norm is die in de bankwereld van kracht is en die gerechtvaardigd is door haar eenvoud²⁷⁸. In de annotatie wordt er terecht op gewezen dat het gebruik van dergelijke methode slechts aanvaard kan worden voor zover zij niet ingaat tegen bepalingen van dwingend recht die een andere berekeningsmethode voorschrijven. Ter zake kan worden verwezen naar de regelgeving inzake consumentenkrediet en de wet van 14 mei 2001 tot regeling van de debetrente op zichtrekeningen.

116 DEBETINTERESTEN – INFORMATIE OVER DE DEBETRENTE – SANCTIONERING

De meeste kredietinstellingen bieden aan hun cliënteel de mogelijkheid om tijdelijk en in beperkte mate in het rood te gaan, dit middels een kredietopening verbonden aan hun zichtrekening. Deze kredietopening valt veelal niet onder de toepassing van de wet consumentenkrediet die kredietopeningen voor een bedrag kleiner dan 1250 euro en terugbetaalbaar binnen een termijn van drie maanden van haar toepassingsgebied uitsluit (art. 3 WCK).

Om de rekeninghouder²⁷⁹ te informeren over de debetrente die aan dergelijke kredietopeningen is verbonden werd de wet van 14 juli 1998 houdende verplichting om informatie te verstrekken over de debetrente op de bij kredietinstellingen of andere rechtspersonen geopende rekeningen²⁸⁰ uitgevaardigd. De wet van 14 juli 1998 vindt toepassing op alle zichtrekeningen, geopend bij een kredietinstelling of een andere rechtspersoon op het Belgische grondgebied, voor zover het debetsaldo niet ressorteert onder de toepassing van de wet consumentenkrediet.

Wanneer een zichtrekening die onder de toepassing van de wet ressorteert een debetsaldo vertoont, moet elk rekeningafschrift dat volgens de normaal overeengekomen modaliteiten en frequentie ter beschikking wordt gesteld van de klant, melding maken van de toegepaste jaarlijkse debetrentevoet. Deze verplichting, die geldt vanaf het eerste rekeningafschrift na het ontstaan van het debetsaldo, blijft bestaan tot het tijdstip waarop het debetsaldo werd

²⁷⁸ Kh. Gent 21 januari 1999, *T.B.H.* 2000, 674, noot J.P. BUYLE en M. DELIERNEUX.

²⁷⁹ De wet vindt geen toepassing indien de rekening werd geopend op naam van een rechtspersoon en evenmin wanneer ze door een natuurlijk persoon werd geopend voor professionele doeleinden en de debetrentevoet in het kader van een kredietovereenkomst is vastgesteld aan de hand van afgesproken parameters.

²⁸⁰ *B.S.* 18 september 1998. Zie over deze wet ook: C. BIQUET-MATHIEU, noot onder Rb. Verviers 6 mei 1998, *T. Vred.* 2000, 171; P. LETTANY, “Wet van 14 juli 1998 houdende verplichting om informatie te verstrekken over de debetrente op de bij kredietinstellingen of andere rechtspersonen geopende rekeningen”, in *Artikelsgewijze commentaar Financieel Recht*, Kluwer, 2001, losbl.



aangezuiverd (art. 3). Indien deze bepaling niet wordt nageleefd, kan geen rente worden aangerekend voor de periode tijdens dewelke de inbreuk heeft plaatsgevonden (art. 5)²⁸¹.

117 *DEBETINTERESTEN – NIET HOGER DAN DE WERKELIJK GELEDEN SCHADE – GEEN MATIGING*

In een geval waarin de rekeninghouder een niet toegelaten debetsaldo had gecreëerd en de bank om die reden een interest aanreken van 15,95 % werd door de rekeninghouder gevraagd over te gaan tot de matiging van deze interest tot de wettelijke interestvoet op grond van artikel 1153 B.W. en 1226 B.W. Door het hof van beroep te Brussel wordt geoordeeld enerzijds dat de rekeninghouder niet aantoont dat de bedongen interest kennelijk hoger is dan de door de bank werkelijk geleden schade, anderzijds dat het om een niet toegelaten overschrijding gaat. Dit laatste laat volgens het hof een hogere rentevoet toe, aangezien de bank kosten moet maken om de verschuldigde sommen te recupereren en omdat de bank het risico loopt van insolventie van de klant²⁸². Ook in een andere uitspraak komt duidelijk naar voor dat het feit dat het gaat om een niet toegelaten overschrijding een hogere debetrente (in casu 21,6% en 18%) rechtvaardigt, waardoor in casu volgens de rechtbank geen sprake kon zijn van woekerinteresten²⁸³.

Wat de beoordeling van de debetrentevoet betreft, moet in de verhouding tot consumenten heden rekening gehouden worden met de wet van 14 mei 2001 tot regeling van de debetrente op zichtrekeningen. De wet is er gekomen om de hoge debetrente bij kredietopeningen die niet onder toepassing van de wet consumentenkrediet vielen aan banden te leggen. Bij toepassing van deze wet mag de debetrente verbonden aan een kredietopening gekoppeld aan een zichtrekening (kredietopening die niet onder de toepassing van de WCK valt) vooreerst niet hoger zijn dan het maximale jaarlijkse kostenpercentage dat met toepassing van de wet van 12 juni 1991 op het consumentenkrediet is vastgesteld voor de kredietopeningen voor onbepaalde duur tot 1250 euro, waarvoor de kosten verbonden aan de betaal- of legitimatiekaart niet moeten zijn opgenomen in de totale kostprijs van het krediet (heden 13 %). Ook in geval van overschrijding van het toegestane debetbedrag beschermt de wet de consument tegen een overdreven debetrente. Meer concreet mag in geval van overschrijding van de consument als enige sanctie een vergoeding worden geëist van maximaal 10 % van de overeengekomen debetrente, dit op het gedeelte dat het toegestane debetbedrag overschrijdt. Bijvoorbeeld is de overeengekomen debetrente 13% en wordt het toegestane debetbedrag met 500 euro overschreden dan mag een debetrente van 14,3% worden toegepast op het bedrag van de overschrijding (500 euro). Worden de bepalingen van deze wet overtreden, dan is de consument voor de periode waarin de overtreding heeft plaatsgevonden van rechtswege vrijgesteld van de betaling van rente (art. 5).

118 *REKENING-COURANT – KAPITALISATIE VAN INTERESTEN – GEBRUIK CONTRA LEGEM*

Artikel 1154 B.W. laat kapitalisatie van interesten slechts toe onder zeer strikte voorwaarden. Vervallen interesten van kapitalen kunnen slechts interest opbrengen ofwel ten gevolge van een gerechtelijke aanmaning ofwel ten gevolge van een bijzondere overeenkomst en voor zover de aanmaning of de overeenkomst betrekking heeft op interesten die ten minste voor

²⁸¹ Vred. Spa 16 oktober 2003, *Jaarboek Kredietrecht 2003*, 128, noot J. VAN LYSEBETTENS.

²⁸² Brussel 21 november 2003, *Journ. Proc.* 2004, afl. 492, 25.

²⁸³ Rb. Aarlen 7 september 2000, *DAOR* 2003, afl. 66, 33, noot.

een geheel jaar verschuldigd zijn. Hoewel in de regel wordt aanvaard dat deze bepaling van openbare orde is, wordt tevens aangenomen dat er een gebruik *contra legem* bestaat bij toepassing waarvan deze bepaling niet van toepassing is op de rekening-courant²⁸⁴. Eens de rekening-courant echter wordt afgesloten vindt het voorschrift uit artikel 1154 B.W. opnieuw toepassing. Dit werd in de besproken periode bevestigd in de rechtspraak²⁸⁵.

119 ZICHTREKENING – KAPITALISATIE VAN INTERESTEN – GEBRUIK CONTRA LEGEM?

Er bestaat discussie over de vraag of artikel 1154 B.W. toepassing vindt op de zichtrekening²⁸⁶. In de besproken periode kan uit een arrest van het hof van beroep te Luik geoordeeld dat artikel 1154 B.W., althans volgens het hof, geen toepassing vindt gedurende het bestaan van de zichtrekening²⁸⁷. Het is maar na afsluiting van de rekening dat artikel 1154 B.W. opnieuw van toepassing is en dat kapitalisatie van interesten maar mogelijk is onder de voorwaarden van artikel 1154 B.W.

Net als de meerderheid van de auteurs zijn wij van oordeel dat de van het gemeen recht afwijkende regel, die geldt met betrekking tot de interestberekening in rekening-courant, tevens aangewend kan worden voor andere rekeningen²⁸⁸. De periodieke afsluiting is immers een techniek van het bankwezen die van toepassing is op alle bankrekeningen en niet enkel op de rekening-courant.

P. Beslag

120 ALGEMEEN – CREDITSALDO ONDER VOORBEHOUD VAN DE LOPENDE VERRICHTINGEN

Het derdenbeslag in handen van een bank is één van de meest voorkomende gevallen van beslag onder derden. Door middel van een dergelijk beslag wordt door de schuldeiser van een cliënt van een bank (beslaglegger) beslag gelegd in handen van de bank (derde-beslagene) en dit op alle tegoeden die zijn schuldenaar (beslagene) heeft bij die bank, i.e. alles wat de bank aan haar cliënt verschuldigd is (vb. creditsaldo van een rekening, effecten in open bewaargeving, tegoeden op deposito- en renteboekjes)²⁸⁹. Ingevolge het beslag mag de bank de beslagen tegoeden niet meer uit handen geven, op straffe van gewoon schuldenaar te worden verklaard voor de oorzaken van het beslag (art. 1451 Ger.W.)²⁹⁰.

²⁸⁴ Brussel 6 september 1999, *T.B.H.* 2000, 703, noot J.P. BUYLE en M. DELIERNEUX; Rb. Aarlen 7 september 2000, *DAOR* 2003, afl. 66, 33, noot.

²⁸⁵ Kh. Hasselt 1 oktober 2003, *NjW* 2004, 315; Vred. Ukkel 21 oktober 2005, *Jaarboek Kredietrecht 2005*, 83.

²⁸⁶ Kh. Hasselt 1 oktober 2003, *NjW* 2004, 315, dat enkel melding maakt van dit gegeven.

²⁸⁷ Luik 23 juni 2003, *T.B.H.* 2005, 141, noot J.P. BUYLE en M. DELIERNEUX.

²⁸⁸ J. VAN RYN en J. HEENEN, *Principes de Droit Commercial*, IV, 1988, 320; H. DE PAGE, *o.c.*, III, 1967, 358; J.M. NELISSEN, *Rekening courant*, Berchem, Kluwer, 1976, 358; L. SIMONT en A. BRUYNEEL, “Chronique de droit bancaire privé. Les opérations de banque (1978-1979)”, *Bank Fin.* 1979, 683; C. VERBAEKEN en A. DE SCHOUTHEETE, “L’anatocisme”, *J.T.* 1989, 103. Zie in de rechtspraak: Bergen 1 december 1994, *J.T.* 1995, 650. Anders: C. PARMENTIER, “Anatocisme, compte courant et compte en banque”, noot onder Rb. Luik 16 september 1987, *J.L.M.B.* 1989, 409-410.

²⁸⁹ Opgemerkt moet worden dat het beslag door de beslaglegger beperkt kan worden tot een bepaalde rekening, in welk geval het beslag enkel deze rekening betreft.

²⁹⁰ E. DIRIX en K. BROECKX, *Beslag*, in *A.P.R.*, Deurne, Kluwer Rechtswetenschappen, 1992, 330.

Traditioneel wordt geoordeeld dat het beslag betrekking heeft op het creditsaldo²⁹¹ ten tijde van het beslag onder voorbehoud van de lopende verrichtingen²⁹². Aanvaard wordt dat, met het oog op de vaststelling van het voor beslag vatbare saldo, niet alleen rekening moet gehouden worden met het creditsaldo ten tijde van het beslag, doch tevens met de lopende verrichtingen. Het betreft het zogenaamde “differé” van de rekening, dit wil zeggen alle schuldvorderingen die blijkens hun aard tot de rekeningverhouding behoren maar die nog niet op het “disponible” werden opgenomen. Deze lopende verrichtingen vallen onder het beslag, omdat de verplichting tot afgifte reeds “in de kiem” bestaat²⁹³.

121 OVERSCHRIJVING IN UITVOERING – BESLAGBAAR TEGOED BIJ DE BEGUNSTIGDE

In dit kader rees de vraag vanaf welk ogenblik tegoeden deel uitmaken van het beslagbaar tegoed van de begunstigde van een betaalopdracht. Meer concreet diende het Hof van Cassatie zich in de besproken periode uit te spreken over de vraag of en vanaf welk tijdstip het bedrag van een overschrijving in uitvoering onder het beslag valt dat op de rekening van de begunstigde wordt gelegd. Het Hof beslist dat het bedrag van de overschrijving in uitvoering slechts onder het beslag valt indien er in hoofde van de bank van de begunstigde reeds een verplichting tot afdracht aan de rekeninghouder bestaat. Dergelijke verplichting tot afdracht ontstaat volgens het Hof op het tijdstip van de verrekening tussen de banken²⁹⁴. Het is dus niet noodzakelijk, opdat het bedrag onder het beslag zou vallen, dat de rekening van de begunstigde zelf wordt gecrediteerd.

Omgekeerd, volstaat de vaststelling dat de opdracht tot uitvoering werd gegeven of nog dat de rekening van de opdrachtgever werd gedebiteerd niet opdat het bedrag van de overschrijving onder het beslagbaar tegoed (bij de begunstigde) zou vallen. Vindt de verrekening op interbancair niveau plaats nadat beslag werd gelegd, dan gaat het dus om vers geld. Het is op dit punt dat het arrest van het Hof van Cassatie het beroepsarrest hervormt. In beroep werd immers beslist dat het tijdstip van de interbancaire vereffening irrelevant was, omdat reeds voorafgaand aan dit tijdstip een virtuele verplichting zou bestaan tot afgifte in hoofde van de bank van de beslagen debiteur²⁹⁵.

²⁹¹ Volgens De Leval (*Traité des saisies*, Luik, 1988, 614-616) betreft het beslag de rekening zelf en niet het creditsaldo. Deze stelling, die tot gevolg heeft dat de rekening zelf geblokkeerd wordt, kan niet gevolgd worden: E. DIRIX en K. BROECKX, “Beslagrecht. Overzicht van rechtspraak (1970-1990)”, *T.P.R.* 1991, 143; C. HERINCKX en T. LEONARD, “La saisie-arrêt et les opérations bancaires”, *Ann. Dr. Louvain* 1992/1, 37-44; A.M. STRANART, “La saisie-arrêt - Questions récentes”, in *Les voies conservatoires et d'exécution - bilan et perspectives*, Brussel, Editions du jeune barreau, 1982, 127.

²⁹² E. DIRIX en K. BROECKX, “Beslagrecht. Overzicht van rechtspraak (1991-1996)”, *T.P.R.* 1996, 1456; L. LANOYE, “Knelpunten in verband met (bank)rekening, (euro)cheque en overschrijving”, in *Handels-, Economisch en Financieel Recht. Postuniversitaire Cyclus Willy Delva 1994-1995*, Gent, Mys & Breesch, 1995, 424-425; M. GREGOIRE, *Théorie générale du concours des créanciers en droit belge*, Brussel, Bruylant, 1992, 402.

²⁹³ Brussel 2 maart 2005, *NjW* 2006, 803; E. DIRIX en K. BROECKX, *Beslag*, in *A.P.R.*, Deurne, Kluwer Rechtswetenschappen, 1992, 337; J.M. NELISSEN GRADE, “Derdenbeslag op bankrekeningen”, in *Liber Amicorum Dumon*, Antwerpen, Kluwer Rechtswetenschappen, 687.

²⁹⁴ Cass. 15 juni 2006, *Bank Fin.R.* 2006, 385, noot R. STEENNOT.

²⁹⁵ Brussel 2 maart 2005, *NjW* 2005, 803.

In de besproken periode is opnieuw de vraag aan bod gekomen of de bank in geval van derdenbeslag in de verklaring van derdebeslagene (zie artikel 1452 Ger. W.) melding moet maken van de rekeningen die een debetsaldo vertonen. Door de beslagrechter te Brussel werd geoordeeld dat de verklaring van derdebeslagene op exhaustieve wijze alle informatie moet bevatten met betrekking tot de bestanddelen van het vermogen van de beslagen schuldenaar en derhalve ook melding moet maken van rekeningen die een debetsaldo vertonen. Dergelijke informatie kan immers nuttig zijn voor de beslagleggende schuldeiser. Het argument dat er een gebruik zou bestaan in de banksector bij toepassing waarvan enkel melding gemaakt moet worden van rekeningen die een creditsaldo vertonen, werd niet aanvaard²⁹⁶.

Deze stelling werd (in een andere zaak) bevestigd door het hof van beroep te Brussel dat stelt dat de verklaring van derdebeslagene melding moet maken van het saldo van elke rekening afzonderlijk, ongeacht of het over een creditsaldo, dan wel een debetsaldo gaat²⁹⁷. In het betrokken geval stond het vast dat het debetsaldo groter was dan het creditsaldo en had de bank, die zich daarbij beriep op een beding van eenheid van rekening, zich beperkt tot de verklaring dat zij niets verschuldigd was aan de rekeninghouder. Dergelijke verklaring is volgens het hof onvoldoende precies en in strijd met de verplichting om een exact overzicht van de situatie van de schuldenaar te geven. Vervolgens trachtte de bank aan haar aansprakelijkheid te ontkomen middels een beroep op de discretieplicht van de bankier. Geargumenteed werd dat een precieze opgave van credit- en debetsaldo in strijd zou zijn met de verplichting tot discretie die op de bank in haar verhouding tot de rekeninghouder rust. Dit argument wordt niet aanvaard. De discretieplicht kan geen afbreuk doen aan artikel 1452 Ger.W. dat vereist dat precieze informatie wordt gegeven.

Indien de bank onvoldoende precies is in de verklaring van derdebeslagene rijst de vraag welke sanctie hieraan verbonden kan zijn. Welnu, bij toepassing van artikel 1456 Ger.W. kan de derde geheel of gedeeltelijke schuldenaar worden verklaard voor de oorzaken van het beslag. Melding moet op dit punt worden gemaakt van het feit dat de beslagrechter soeverein beslist of en in welke mate deze sanctie toepassing vindt, waarbij rekening kan worden gehouden met de kwaliteit van de derde beslagene. Is de derdebeslagene een bank, dan kan het loutere feit dat de bank vrijwillig een onvolledige verklaring heeft afgelegd, volstaan om haar schuldenaar te verklaren voor de oorzaken van het beslag. De wet vereist ook niet dat de onvolledigheid van de verklaring van derdebeslagene schade heeft veroorzaakt in hoofde van de beslaglegger²⁹⁸.

123 BEWAREND BESLAG – OPHEFFING – MOET UITDRUKKELIJK ZIJN

Het Hof van Cassatie besliste met betrekking tot een bewarend beslag op een bankrekening dat de beslagrechter die gevat wordt met de vraag om een bewarend beslag op te heffen de opheffing van het beslag uitdrukkelijk moet uitspreken. Er kan in principe geen sprake zijn van een impliciete opheffing die de derdebeslagene zou vrijstellen van de verplichting om het

²⁹⁶ Beslagr. 20 januari 2000, *T.B.H.* 2001, 856, op dit punt kritische noot J.P. BUYLE en, M. DELIERNEUX. Anders ook : A. BRUYNEEL en E. VAN DEN HAUTTE, “Chronique de droit bancaire privé – les opérations de banque (2002-2003)”, *Bank Fin. R.* 2003, 40.

²⁹⁷ Brussel 22 juni 2004, *RABG* 2005, 306.

²⁹⁸ Brussel 22 juni 2004, *RABG* 2005, 306.

rekeningtegoed onbeschikbaar te houden²⁹⁹. De derdebeslagene mag dus geen enkele betaling verrichten en moet de gelden blokkeren tot een eventuele uitdrukkelijke opheffing van het beslag door de beslagrechter.

Q. Verrichtingen

124 *VERRICHTINGEN TUSSEN ONAFHANKELIJKE REKENINGEN – AANSPRAKELIJKHEID VAN DE BANKIER*

Uit een vonnis van de vrederechter te Doornik blijkt dat een bank niet zomaar verrichtingen kan doen tussen twee onafhankelijke rekeningen die toebehoren aan niet gehuwde, doch feitelijk samenwonende titularissen³⁰⁰. De bank had op eigen initiatief en zonder de rekeninghouders daarover te informeren, tal van verrichtingen doorgevoerd tussen deze rekeningen. Nochtans was daartoe noch een wettelijke, noch een conventionele grond voorhanden. Geoordeeld werd vooreerst dat de bank door op deze wijze te handelen de verplichting om de overeenkomst te goeder trouw uit te voeren, had miskend. Verder werd vastgesteld dat door deze praktijk de rekening voor de rekeninghouders totaal onbegrijpelijk was geworden. Daarom kon volgens de vrederechter de vordering slechts ingewilligd worden ten belope van het bedrag dat door de rekeninghouder aan de bank verschuldigd was voorafgaand aan het tijdstip waarop de bank was begonnen met de transfers tussen de onafhankelijke rekeningen.

§ 17. – *Beëindiging van de rekeningovereenkomst*

125 *GERECHTELIJK AKKOORD – GEEN AUTOMATISCH BEËINDIGING VAN DE REKENING-COURANT*

Bij toepassing van artikel 28 van de Wet op het Gerechtelijk akkoord maakt het vonnis tot toekenning van voorlopige opschorting geen einde aan de overeenkomsten gesloten voor die datum, dus ook niet aan de overeenkomst inzake rekening-courant. Meer nog, elk beding, en inzonderheid een ontbindende voorwaarde, volgens hetwelk de ontbinding van de rekening-courant overeenkomst geschiedt door het enkele feit dat een akkoord is aangevraagd of verkregen, blijft zonder gevolg. Dit betekent niet dat de bank, in geval van gerechtelijk akkoord geen einde kan stellen aan de rekening-courant, doch dergelijke beëindiging moet zijn ingegeven door andere redenen dan het gerechtelijk akkoord.

De vraag rijst of, in het geval waarin de bank overgaat tot de opzegging van de kredieten (om een andere redenen dan het gerechtelijk akkoord), dergelijke opzegging ook automatisch een einde stelt aan de rekening-courant. Hieromtrent bestaat enige discussie in de rechtsleer. Volgens bepaalde auteurs leidt de opzegging van het krediet, die wordt gemotiveerd door het gebrek aan vertrouwen vanwege de bankier, automatisch tot de beëindiging van de rekening-courantovereenkomst. Volgens andere auteurs is het bezit van een bankrekening in het kader van de akkoordprocedure van dermate groot belang dat de rekening blijft bestaan, doch wordt

²⁹⁹ Cass. 26 oktober 2000, *Act. Dr.* 2001, 125, noot F. GEORGES.

³⁰⁰ Vred. Doornik 4 december 2001, *J.L.M.B.* 2003, 650.



omgevormd tot een zichtrekening. Het gaat hier evenwel slechts om een vermoeden. Uit de feiten kan blijken dat de rekening-courantovereenkomst toch is blijven bestaan³⁰¹. Door het hof van beroep te Luik werd in ieder geval geoordeeld dat de opschorting van de kredieten niet leidt tot de beëindiging van de rekening-courantovereenkomst wanneer deze normaal is blijven functioneren, i.e. wanneer er nog sprake is van wederzijdse remises³⁰². In het betrokken geval werd de rekening-courantovereenkomst afgesloten door het faillissement van de wederpartij van de bank. Opgemerkt moet worden dat deze uitspraak geen toepassing maakte van de wet van 1997, doch we zien niet in waarom de beslissing vandaag anders zou moeten zijn.

126 BETWISTING VAN DE AFREKENING

Uit een arrest waarin de rekeninghouder na afsluiting van de rekening (die een belangrijk debetsaldo vertoonde) de afrekening opgesteld door de bank betwistte, blijkt duidelijk het belang van de houding die de rekeninghouder gedurende het bestaan van de rekeningovereenkomst heeft aangenomen. Meer concreet werd geargumenteed dat de rekeninghouder die de afrekening betwist te kwader trouw is wanneer hij gedurende het bestaan van de overeenkomst bij ontvangst van de rekeninguittreksels steeds de stilte heeft bewaard, dit terwijl de rekeningovereenkomst hem verplichtte om de fouten die de rekeninghouder vaststelt onmiddellijk te melden na ontvangst van de rekeninguittreksels³⁰³.

127 INTERESTVOET NA AFSLUITING VAN DE REKENING

In de praktijk bepalen de bankvoorwaarden veelal dat, wanneer de sluiting van de rekening leidt tot het ontstaan van een debetsaldo, interesten van rechtswege verschuldigd zijn en dit tegen de interestvoet die ook van toepassing was tijdens het bestaan van de rekening (of tegen een iets hogere interestvoet). De vraag rijst of de conventionele interest ook toegepast kan worden indien de bankvoorwaarden niet uitdrukkelijk bepalen welke interestvoet na de beëindiging van de rekeningovereenkomst zal gelden. Er bestaat heel wat discussie op dit punt. Bepaalde rechtsleer en rechtspraak zijn van oordeel dat bij ontstentenis van een uitdrukkelijke bepaling in de bankvoorwaarden slechts toepassing gemaakt kan worden van de wettelijke interestvoet³⁰⁴. Andere rechtsleer is de mening toegedaan dat de conventionele rentevoet ook na de beëindiging van de rekeningovereenkomst kan worden toegepast, waarbij men zich steunt op de gemeenschappelijke bedoeling van de partijen (bedoeling om de conventionele rentevoet te blijven toepassen) en in ondergeschikte orde op het bestaan van een gebruik in die zin³⁰⁵. Het hof van beroep te Luik heeft zich in de besproken periode aangesloten bij de stelling dat de conventionele rentevoet ook toepassing vindt na de afsluiting van de rekening³⁰⁶. Het valt daarbij op dat het hof niet verantwoordt waarom dit het geval is.

³⁰¹ Luik 15 oktober 2002, *T.B.H.* 2004, 141-142, noot J.P. BUYLE en M. DELIERNEUX.

³⁰² Luik 15 oktober 2002, *T.B.H.* 2004, 138, noot J.P. BUYLE en M. DELIERNEUX; *DAOR* 2003, afl. 66, 27.

³⁰³ Luik 23 juni 2003, *T.B.H.* 2005, 141, noot J.P. BUYLE en M. DELIERNEUX. Zie ook in die zin het vonnis a quo: Rb. Aarlen 7 september 2000, *DAOR* 2003, afl. 66, 33, noot.

³⁰⁴ Bijvoorbeeld: Rb. Nijvel 19 april 1994, *T.B.H.* 1995, 1070; Rb. Verviers 6 mei 1998, *T. Vred.* 2000, 170.

³⁰⁵ Luik 23 juni 2003, *T.B.H.* 2005, 143, noot J.P. BUYLE en M. DELIERNEUX.

³⁰⁶ Luik 23 juni 2003, *T.B.H.* 2005, 141, noot J.P. BUYLE en M. DELIERNEUX. Zie ook in die zin het vonnis a quo: Rb. Aarlen 7 september 2000, *DAOR* 2003, afl. 66, 33, noot.

Wij hebben het toch wat moeilijk met deze stelling. Of er daadwerkelijk sprake is van een gebruik om de conventionele interestvoet toe te passen, is vatbaar voor discussie, in het bijzonder omdat bepaalde banken in de praktijk zich tevreden stellen met de wettelijke interestvoet. Het argument dat deze banken vrijwillig afstand doen van het voordeel dat hen door het gebruik wordt verleend, overtuigt niet. Ook het feit dat het de gemeenschappelijke bedoeling is van de partijen om stilzwijgend afstand te doen van artikel 1153 B.W., bij toepassing waarvan behoudens afwijkend beding de nalatigheidsinteressen lopen tegen de wettelijke interestvoet, lijkt ons kunstmatig.

128 *NALATIGHEIDSINTERESTEN – RECHTSMISBRUIK*

Indien de schuldenaar, bijvoorbeeld de rekeninghouder in het geval waarin de rekening na afsluiting een debetsaldo vertoont, niet overgaat tot een tijdige terugbetaling, kan de schuldeiser aanspraak maken op nalatigheidsinteressen. Het recht op verwijlinteressen heeft echter als keerzijde dat de schuldeiser redelijke maatregelen moet nemen om de schade te beperken. Een bank die na jaren van passiviteit (in casu 4 en een half jaar) zijn recht op verwijlinteressen gaat uitoefenen, maakt zich schuldig aan rechtsmisbruik omdat zij op die manier de grenzen overschrijdt van een normale uitoefening van dat recht door een redelijk en voorzichtig persoon. In een dergelijk geval dient het misbruik van recht herleidt te worden tot een normale uitoefening van dat recht³⁰⁷.

129 *OVERLIJDEN REKENINGHOUDER – BETALINGEN NA OVERLIJDEN VAN DE REKENINGHOUDER - ONVERSCHULDIGDE BETALING – VORDERING TEGEN DE BANK*

Wanneer door een mutualiteit, die niet op de hoogte is van het overlijden van de rekeninghouder ten onrechte nog sommen op de rekening van de overleden rekeninghouder worden gestort, rijst de vraag of de mutualiteit zich tot de bank kan wenden, enerzijds omdat het een onverschuldigde betaling betreft, anderzijds omdat de bank een fout heeft begaan die haar aansprakelijkheid in het gedrang brengt. Terecht werd vooreerst beslist dat tegen de bank geen vordering wegens onverschuldigde betaling kan worden ingesteld³⁰⁸. Dergelijke vordering kan enkel worden gericht tegen degene die ten onrechte werd betaald, i.e. de overleden rekeninghouder (en zijn erfgenamen). Verder werd geoordeeld dat de bank niet aansprakelijk was voor de geldafhalingen die na het overlijden van de rekeninghouder werden verricht. Zolang de bank niet op de hoogte is van het overlijden van de rekeninghouder (en daarvan niet op de hoogte behoort te zijn) begaat de bank geen fout. In het bijzonder werd verwezen naar artikel 2008 B.W. dat bepaalt dat hetgeen de lasthebber doet zonder weet te hebben van het overlijden van de lastgever, geldig is³⁰⁹.

Afdeling 6. – Betaalverrichtingen

§ 18. – Wettig betaalmiddel – tijdstip van betaling

³⁰⁷ Kh. Hasselt 1 oktober 2003, *NjW* 2004, 315.

³⁰⁸ Cass. 19 december 2002, *DAOR* 2003, afl. 66, 7.

³⁰⁹ Vred. Brussel 4 februari 2005, *J.L.M.B.* 2005, 1477; *Jour. Proc.* 2005, afl. 501, 29, noot P.T.

R. Wettig betaalmiddel

130 ALGEMEEN

Enkel de in euro luidende munten en biljetten zijn in België wettig betaalmiddel. Dit impliceert dat een schuldenaar in principe zijn schuld enkel in chartaal geld bevrijdend kan betalen. Hij kan de schuldeiser niet verplichten om op een andere wijze (BV. via overschrijving of cheque) betaling te aanvaarden. Op dit principe bestaan echter tal van uitzonderingen. Zo kunnen de partijen uitdrukkelijk of impliciet overeenkomen om betaling in giraal geld te aanvaarden en kan een schuldeiser door bijzondere wetgeving verplicht zijn om een girale betaling te aanvaarden. Op dit punt kan worden verwezen naar de witwaswetgeving en het K.B. nr. 56 van 10 november 1967 tot bevordering van het gebruik van giraal geld.

131 CHEQUE – GEEN CHEQUE IN DE ZIN VAN DE CHEQUEWET – GEEN TOEPASSING K.B. NR. 56

Indien door de schuldenaar een document wordt gepresenteerd dat de vermelding draagt “cheque”, doch dat niet werd getrokken op een bank, dan kan dit document niet als een cheque in de zin van Chequewet worden beschouwd (infra nr. 135)³¹⁰. Aangezien dergelijke “cheque” niet als een cheque in de zin van de Chequewet kan worden beschouwd, kan deze ook niet onder de toepassing vallen van artikel 3 van het K.B. nr. 56 van 10 november 1967 tot bevordering van het gebruik van giraal geld, dat de schuldeiser in de verhouding tussen handelaars onderling verplicht om boven 10.000 frank betaling met een cheque te aanvaarden.

S. Tijdstip van betaling

132 OVERSCHRIJVING

Geen enkele wettelijke regel bepaalt vandaag wanneer – in het geval waarin gebruik wordt gemaakt van een giraal betaalinstrument - betaling plaatsvindt in de verhouding tussen schuldenaar en schuldeiser. In het verleden werden in de rechtspraak dan ook verschillende stellingen verdedigd met betrekking tot het tijdstip waarop betaling geschiedt. De discussie is vandaag overigens nog niet geheel beslecht (infra).

In een eerste opvatting wordt geargumenteed dat de betaling slechts geschiedt op het tijdstip van de creditering van de rekening van de begunstigde³¹¹. Slechts wanneer de rekening van de begunstigde wordt gecrediteerd, is de schuldenaar bevrijd van zijn verbintenis om betaling te voldoen. Deze stelling, die klassiek als de meerderheidsopvatting wordt beschouwd, wordt tevens gehanteerd in enkele omringende landen. In het Nederlandse Burgerlijk Wetboek

³¹⁰ Kh. Hasselt 24 november 1999, *R.W.* 2002-2003, 1431.

³¹¹ Gent 4 februari 2000, *Bank Fin.* 2000, 475, noot R. STEENNOT en M. TISON; A. BRUYNEEL, “Le virement”, in X (ed.), *La banque dans la vie quotidienne*, Brussel, Editions du jeune barreau, 1986, 387-388; L. CORNELIS, *Algemene theorie van de verbintenis*, Antwerpen-Groningen, Intersentia Rechtswetenschappen, 2000, 506; P. WERY, “La nature juridique du virement bancaire de fonds”, *J.T.* 1988, 389.



bijvoorbeeld wordt uitdrukkelijk bepaald dat een girale betaling, behoudens andersluidende contractuele afspraken, slechts voltrokken is op het tijdstip waarop de rekening van de schuldeiser wordt gecrediteerd³¹². Ook in de Franse rechtspraak en rechtsleer wordt dit standpunt nagenoeg unaniem aanvaard³¹³.

Deze oplossing werd in de jaren '80 en '90 steeds vaker op de korrel genomen. Geargumenteed werd dat de betaling reeds plaatsvindt op een vroeger tijdstip. Daarbij wordt een onderscheid gemaakt naargelang de opdrachtgever en de begunstigde hun rekening voeren bij een zelfde of bij een verschillende financiële instelling. In het eerste geval zou de betaling plaatsvinden op het tijdstip van de debitering van de rekening, in het tweede geval op het ogenblik van de interbancaire compensatie³¹⁴. Het kan moeilijk ontkend worden dat de aanvaarding van deze stelling in bepaalde gevallen vooral op billijkheidsoverwegingen werd gesteund. Door het tijdstip van betaling op een vroeger ogenblik te plaatsen, kan men verhinderen dat voor de schuldenaar onaangename gevolgen worden gecreëerd (vb. inwerkingtreding van een schadebeding).

In de besproken periode lijkt het Hof van Cassatie in een strafzaak de in de rechtspraak en rechtsleer bestaande discussie omtrent het tijdstip van betaling te hebben beslecht in het voordeel van de traditionele meerderheidsopvatting. Het arrest is in deze optiek in verschillende opzichten merkwaardig, doordat het enerzijds wordt geveld op grond van een ambtshalve opgeworpen middel, en anderzijds in een strafrechtelijke materie zijdelings uitspraak doet over een privaatrechtelijke aangelegenheid. De uitspraak van het Hof in deze zaak moet worden gesitueerd in de context van de mogelijkheid voor het openbaar ministerie om een strafvervolgung te doen vervallen via een procedure van minnelijke schikking (art. 216bis Sv.) Opdat de strafvordering in toepassing van artikel 216bis Sv. zou vervallen, is het noodzakelijk dat de door de Procureur des Konings voorgestelde minnelijke geldboete binnen een eveneens door de Procureur te bepalen termijn (in casu vóór 27 december 1998) wordt betaald. In het voorliggende geval ging de Procureur des Konings evenwel over tot dagvaarding van de dader voor het verstrijken van de termijn gelaten aan de dader om de minnelijke geldboete te regelen. In casu werd in hoger beroep geoordeeld enerzijds dat de opdracht tot dagvaarding (3 december 1998) werd gegeven vooraleer kon worden vastgesteld of het voorstel tot minnelijke schikking werd voldaan en anderzijds dat de betaling tijdig had plaatsgevonden. Volgens de correctionele rechtbank was de betaling immers geschied op 24 december 1998, de datum waarop de rekening van de opdrachtgever werd gedebiteerd. De vaststelling dat de rekening van de begunstigde slechts op 28 december 1998, i.e. na het verstrijken van de termijn waarbinnen de betaling diende te gebeuren, wordt gecrediteerd, is volgens de rechtbank van geen enkel belang.

Het Hof van Cassatie oordeelt dat het argument van de rechtbank betreffende het tijdstip van betaling niet naar recht verantwoord is. Betaling grijpt niet plaats op het tijdstip waarop de rekening van de opdrachtgever wordt gedebiteerd, maar op het tijdstip waarop de rekening van de begunstigde wordt gecrediteerd. Hoewel het arrest werd geveld door de tweede kamer van het Hof van Cassatie (bevoegd in strafzaken) lijkt de kans ons bijzonder groot dat ook de

³¹² Art. 6: 114, lid 2; R.E. VAN ESCH en J.M.A. BERKVENNS, *Giraal betalingsverkeer. Elektronisch betalingsverkeer*, Deventer, Kluwer, 1988, 19.

³¹³ Cass. (fr.) 23 juni 1993, *D.* 1994, 27, noot D. MARTIN, C. GAVALDA en J. STOUFFLET, *Droit bancaire*, Parijs, Litec, 1994, 114.

³¹⁴ In de besproken periode: Kh. Namen 3 februari 2000, *T.B.H.* 2000, 442, noot; J. VAN RYN en J. HEENEN, *Principes de droit commercial*, T.IV, Brussel, Bruylant, 1988, 328-330; M. DASSESE, "Le moment d'exécution du virement entre deux banques. Vers une remise en cause de la conception traditionnelle", noot onder Rb. Antwerpen 19 mei 1982, *Rev. Not.* 1987, 426.

eerste kamer van het Hof (bevoegd voor burgerlijke en handelszaken) - onder meer om onverenigbaarheden in de rechtspraak te vermijden - in de toekomst zal oordelen dat bij een girale betaling in het algemeen (vb. betaling met een debetkaart) en bij een overschrijving in het bijzonder de schuldenaar zijn betalingsverbintenis slechts heeft uitgevoerd op het tijdstip waarop de rekening van de schuldeiser wordt gecrediteerd³¹⁵. Immers, op geen enkele wijze kan uit de regeling van artikel 216 Sv. of uit de eigenheid van de strafprocedure worden afgeleid dat de bepaling van het tijdstip van girale betaling zou afwijken van de situatie in normale privaatrechtelijke verhoudingen. Een dergelijke interpretatie, die echter niet unaniem wordt aanvaard³¹⁶, ligt bovendien in de lijn van enkele andere arresten van het Hof van Cassatie waarin door de eerste kamer werd beslist dat in geval van betaling met een cheque, de verbintenis van de schuldenaar slechts teniet gaat bij de ter beschikking stelling aan de begunstigde van het bedrag van zijn schuldvordering³¹⁷. Door verschillende auteurs werd in het verleden reeds aanvaard dat dit slechts het tijdstip is waarop de rekening van de begunstigde definitief wordt gecrediteerd³¹⁸.

133 OVERSCHRIJVING – FAILLISEMENT - TEGENWERPBAARHEID

De betaling die door de gefailleerde wordt gedaan na de buitenbezitstelling kan niet worden tegengeworpen aan de massa. Indien een betaling geschiedt door middel van een overschrijving en het faillissement plaatsvindt tussen de datum waarop de opdracht werd gegeven en de rekening van de begunstigde werd gecrediteerd rijst de vraag of het tijdstip van betaling bepaalt of de overschrijving kan worden tegengeworpen aan de massa. Twee stellingen worden verdedigd: volgens een eerste stelling kan de betaling slechts worden tegengeworpen indien de betaling geheel werd afgewikkeld voorafgaand aan het faillissement³¹⁹. In een tweede opvatting wordt geargumenteed dat het niet noodzakelijk is dat de betaling reeds is voltooid. Het volstaat dat de rekening van de opdrachtgever werd gedebiteerd of dat interbancaire compensatie heeft plaatsgevonden³²⁰.

134 OVERSCHRIJVING – VERHOUDING MET BESLAGBAAR TEGOED

In 2006 besliste het Hof van Cassatie dat het bedrag van de overschrijving in uitvoering onder het beslag ten laste van de begunstigde rekeninghouder valt indien er in hoofde van de bank van de begunstigde reeds een verplichting tot afdracht aan de rekeninghouder bestaat en dat

³¹⁵ In die zin ook: M. DREESEN, “De overschrijving en het tijdstip van betaling: een controversieel duo”, Antwerpen 14 september 2006, *T.B.H.* 2007, 364, noot M. DREESEN. A. BRUYNEEL en E. VAN DEN HAUTE, “Chronique de droit bancaire privé: opérations de banque (2000-2001)”, *Bank Fin. R.* 2003, 44-45.

³¹⁶ C.G. WINANDY, “Contribution à l'étude sur la nature juridique du virement”, *Bank Fin. R.* 2002, 187-203.

³¹⁷ Cass. 23 september 1982, *A.C.* 1982-1983, 127; Cass. 2 mei 1986, *A.C.* 1985-1986, 1183.

³¹⁸ A. BENOIT-MOURY, “Incidence d'une déclaration de faillite sur la validité du paiement d'un chèque”, noot onder Bergen 7 maart 1988, *Ann. Dr. L.* 1989, 207; L. CORNELIS, *Algemene theorie van de verbintenis*, Antwerpen-Groningen, Intersentia Rechtswetenschappen, 2000, 506.

³¹⁹ In die zin: Kh. Namen 3 februari 2000, *T.B.H.* 2000, 442, waarbij er dan wel wordt van uitgegaan dat de betaling reeds geschiedt bij de interbancaire compensatie. Zie verder: R. STEENNOT, *Elektronisch betalingsverkeer: een toepassing van de klassieke principes*, Antwerpen, Intersentia, 2002, 212-213 en de daar geciteerde rechtsleer.

³²⁰ Debitering: A. BRUYNEEL, “Le virement”, in *La banque dans la vie quotidienne*, Brussel, Editions du jeune barreau, 1986, 397-402; I. VEROUGHSTRAETE, *Manuel de la faillite et du concordat*, Diegem, Kluwer, 1998, 289; Compensatie: Y. MERCHIERS, P. COLLE en M. DAMBRE, “Algemeen Handelsrecht, Handelscontracten, Bank-, Krediet-, Wissel- en Chequeverrichtingen. Overzicht van rechtspraak (1987-1991)”, *T.P.R.* 1992, 928.

dergelijke verplichting tot afdracht ontstaat op het tijdstip van de verrekening tussen de banken³²¹. De vraag kan worden opgeworpen of men uit dit arrest ook conclusies kan of moet trekken met betrekking tot het tijdstip van betaling. Mag of moet men uit het arrest afleiden dat betaling in de verhouding tussen schuldenaar en schuldeiser uit de onderliggende verhouding geschiedt op het ogenblik dat de verrekening op interbancair niveau heeft plaatsgevonden, dit is op het tijdstip dat de rekening van de bank van de begunstigde wordt gecrediteerd?

Deze vraag moet ontkennend worden beantwoord³²². Het is niet omdat de begunstigde over een vordering beschikt tegenover zijn financiële instelling (bij toepassing waarvan hij het recht heeft op creditering van zijn rekening) dat reeds betaling heeft plaatsgevonden in de onderliggende verhouding tussen schuldenaar en schuldeiser. Men dient beide verhoudingen nauwkeurig uit elkaar te houden. Opdat betaling in de onderliggende verhouding zou hebben plaatsgevonden, is het vereist dat de schuldeiser kan beschikken over de tegoeden, hetgeen minstens de creditering van zijn rekening veronderstelt.

§ 19. – *Cheque*

T. Definitie – geldigheid van de cheque

135 *OMSCHRIJVING - FUNCTIES*

De cheque is een geschreven, in beginsel onvoorwaardelijke betaalopdracht waarmee de houder van een rekening zijn bank mandateert om het chequebedrag te betalen aan de rechtmatige houder van de cheque, op zicht van het handelseffect³²³. De cheque is dus in wezen een betaalinstrument, maar kan ook voor andere doeleinden gebruikt worden. Zo kunnen de partijen overeenkomen dat de cheque wordt uitgegeven / ontvangen als garantie (zgn. waarborgcheque)³²⁴. Om geldig te zijn als cheque, dient het document bepaalde vermeldingen te bevatten, zoals de onvoorwaardelijke opdracht tot betaling van een geldsom, de naam van de betrokkene, de handtekening van de trekker, ... (zie artt. 1 en 2 Ch.W.). De geldigheid van de cheque is ook in de besproken periode in de rechtspraak aan bod gekomen.

136 *GELDIGHEID – DATUM – STEMPEL VAN DE BANK*

Artikel 1 Ch.W. vereist dat de cheque op straffe van nietigheid de datum en de plaats van trekking van de cheque dient te vermelden. Er kan geen sprake zijn van een geldige cheque indien geen datum op de cheque wordt vermeld (art. 2 Ch.W.). Op dit punt moet wel worden

³²¹ Cass. 15 juni 2006, *Bank Fin.R.* 2006, 385, noot R. STEENNOT.

³²² Ook in het verleden werd reeds geargumenteed dat het loutere feit dat het bedrag van de in uitvoering zijnde overschrijving onder het beslagbaar tegoed bij de begunstigde valt niet impliceert dat in de onderliggende verhouding betaling heeft plaatsgevonden: C. HOUSSA, “La saisie-arrêt en matière bancaire”, in *4de Permanente Vorming van Gerechtsdeurwaarders 1998*, Antwerpen, Story-Scientia, 1999, 17; G. SCHRANS en R. STEENNOT, *Algemeen Deel van het Financieel Recht*, Antwerpen, Intersentie, 2003, 318-320 en 331.

³²³ Gent 9 februari 2001, *T.B.H.* 2003, 16, noot J.P. BUYLE en M. DELIERNEUX; Gent 30 november 2005, *NjW* 2006, 658.

³²⁴ Gent 30 november 2005, *NjW* 2006, 658.

opgemerkt dat het niet vereist is dat de datum van trekking door de trekker zelf bij de uitgifte van de cheque op de cheque wordt geschreven. Het is een courante bankpraktijk om de datum in te vullen wanneer deze bij de aanbidding van de cheque op de titel ontbreekt³²⁵. De geldigheid van deze praktijk werd in de besproken periode bevestigd. Met name werd geoordeeld dat een stempel op de cheque aangebracht door de bank kan volstaan opdat de cheque geldig zou zijn (zie art. 13 Ch.W.)³²⁶.

137 GELDIGHED – BETROKKENE IS GEEN BANK – GEEN GELDIGE CHEQUE

Artikel 3 Ch.W. bepaalt dat de cheque moet worden getrokken op een bankier. Indien door de schuldenaar een document wordt gepresenteerd dat de vermelding draagt “cheque”, doch dat niet werd getrokken op een bank, dan kan dit document niet als een cheque in de zin van Chequewet worden beschouwd en kunnen er niet de rechtsgevolgen van een cheque aan verbonden worden³²⁷. Aangezien dergelijke “cheque” niet als een cheque in de zin van de Chequewet kan worden beschouwd, kan deze ook niet onder de toepassing vallen van artikel 3 van het K.B. nr. van 10 november 1967 tot bevordering van het gebruik van giraal geld, dat de schuldeiser verplicht om boven 10.000 frank betaling met een *cheque* te aanvaarden (supra nr. 129).

138 CHEQUE AAN TOONDER – GELDIGHED – IDENTITEIT VAN TREKKER EN BETROKKENE

In het arrest van 22 april 2004 bevestigde³²⁸ het Hof van Cassatie dat een cheque die de naam van de nemer niet vermeldt en die door de trekker op zichzelf wordt getrokken geen geldige cheque is³²⁹. De redenering is als volgt. Artikel 5, laatste lid Ch.W. bepaalt dat de cheque die geen melding maakt van de nemer moet worden beschouwd als een cheque aan toonder. Een cheque aan toonder kan bij toepassing van artikel 6, lid 3 Ch.W. door de trekker niet op zichzelf worden getrokken en is dus geen geldige cheque. Het Hof verwijst in het arrest naar het doel van deze bepaling. Door de trekker te verbieden cheques aan toonder op zichzelf te trekken wilde de wetgever vermijden dat banken door de uitgifte van dergelijke cheques effecten in omloop zouden brengen die net als bankbiljetten van hand tot hand overdraagbaar zijn, betaalbaar op zicht en mogelijks gedurende lange tijd in omloop kunnen blijven. De uitgifte van dergelijke waardepapieren zou volgens het Hof immers indruisen tegen het aan de bevoegde monetaire instanties gegeven monopolie inzake uitgifte van bankbiljetten.

Aan de vaststelling dat een cheque aan toonder die de trekker op zichzelf heeft getrokken geen geldige cheque is, kan volgens het Hof overigens niet worden verholpen door gegevens buiten de cheque zelf³³⁰. Het feit dat de omstandigheden duidelijk maken dat een bepaalde

³²⁵ P. DE VROEDE, *De Cheque*, Antwerpen, Kluwer, 1981, 31.

³²⁶ Brussel 22 mei 2002, *DAOR* 2003, afl. 66, 127. Zie ook in die zin: H. BUCKINX, “Artikel 1 Ch.W.”, in *Artikelsgewijze commentaar handels- en economisch recht*, Kluwer, losbl.; O. POELMANS, “Chronique jurisprudence: vol, perte et utilisation abusive d’eurochèques (1975-1992)”, *J.T.* 1993, 417.

³²⁷ Kh. Hasselt 24 november 1999, *R.W.* 2002-2003, 1431.

³²⁸ Zie: J. VAN RYN en J. HEENEN, *Principes de Droit Commercial*, T. III, Brussel, Bruylant, 1981, 8-9 en H. BUCKINX, “Artikel 6 Chequewet”, in *Artikelsgewijze Commentaar Handels- en Economisch Recht*, Kluwer, losbl.

³²⁹ Cass. 22 april 2004, *NjW* 2004, 1277; *Pas.* 2004, 693; *R.W.* 2006-2007, 759.

³³⁰ Cass. 22 april 2004, *NjW* 2004, 1277; *Pas.* 2004, 693.



persoon bij het trekken van de cheque als de begunstigde (nemer) ervan moet worden beschouwd, kan de cheque dus niet geldig maken.

139 *CHEQUE – BANKCHEQUE – GEEN POSTASSIGNATIE*

Wanneer een cheque strekkende tot de uitbetaling van het vakantiegeld wordt getrokken op een bank, dan gaat het om een bankcheque en niet om een postassignatie. De wet van 17 mei 1920 betreffende de betalingen uitgevoerd door de publieke administraties met tussenkomst van de diensten van de Postcheque, kan dan ook geen toepassing vinden³³¹. Deze vaststelling is van belang aangezien artikel 2 van deze wet een bijzondere regeling bevat inzake de bevrijding van de staat.

U. De cheque in de verhouding tussen de trekker en de begunstigde

140 *CHEQUE – BETAALMIDDEL – GEEN BETALING*

De cheque is enkel een betaalmiddel en de loutere overhandiging van de cheque aan de schuldeiser houdt geen betaling in. Indien een schuldenaar de schuldeiser wil betalen met een cheque, dan gaat de schuld niet teniet bij de overhandiging van de cheque, doch slechts wanneer het bedrag van de schuldvordering aan de begunstigde van de cheque ter beschikking wordt gesteld³³², i.e. wanneer de rekening van de begunstigde definitief³³³ wordt gecrediteerd met het op de cheque vermelde bedrag³³⁴.

Wanneer de begunstigde van de cheque de cheque niet kan innen, bijvoorbeeld omdat intussen verzet werd ingesteld, heeft de schuldenaar niet voldaan aan de uit de onderliggende rechtsverhouding voortvloeiende betalingsverplichting³³⁵. Hij zal dus opnieuw moeten betalen.

141 *CHEQUE – DIEFSTAL VAN DE CHEQUE – RISICOVERDELING TUSSEN TREKKER EN BEGUNSTIGDE*

In de besproken periode is ook de vraag aan bod gekomen wie in de onderliggende verhouding het risico loopt van het feit dat de cheque, die met de post wordt verzonden, wordt gestolen. In een eerste zaak werd een circulaire cheque, strekkende tot de uitbetaling van het vakantiegeld met de post verzonden, doch werd de postzak waarin de cheque zich bevond,

³³¹ Arbh. 30 juni 2004, *J.T.T.* 2005, 422.

³³² Gent 9 februari 2001, *T.B.H.* 2003, 16, noot J.P. BUYLE en M. DELIERNEUX; Arbh. Antwerpen 30 juni 2004, *J.T.T.* 2005, 422; Rb. Ieper 24 juni 2005, *T.G.R.* 2005, 169. Zie ook: Cass. 23 september 1983, *J.T.* 64; E. WYMEERSCH, M. DAMBRE en K. TROCH, “Privaat bankrecht. Overzicht van rechtspraak (1992-1998)”, *T.P.R.* 1999, 1916.

³³³ Dit impliceert dat het niet volstaat dat het op de cheque vermelde bedrag wordt gecrediteerd onder voorbehoud van goede afloop (infra nr. xxx).

³³⁴ E. WYMEERSCH, M. DAMBRE en K. TROCH, “Privaat bankrecht. Overzicht van rechtspraak (1992-1998)”, *T.P.R.* 1999, 1916.

³³⁵ Rb. Ieper 24 juni 2005, *T.G.R.* 2005, 169.

gestolen³³⁶. In een tweede zaak waren de omstandigheden waarin de cheque werd gestolen minder duidelijk³³⁷. In beide gevallen komt men echter tot dezelfde beslissing. Het is aan de schuldenaar om te bewijzen dat het bedrag van de schuldvordering aan de schuldeiser, i.e. aan de begunstigde van de cheque ter beschikking werd gesteld. Slaagt de schuldenaar niet in dit bewijs, dan dient hij de schuldeiser opnieuw te betalen, dit bij toepassing van artikel 1239 B.W. Deze rechtspraak overtuigt, aangezien de loutere overhandiging van de cheque geen betaling inhoudt. In de eerstgenoemde zaak trachtte de schuldenaar (de RVJ) zich nog te verweren door te argumenteren dat het de schuldeiser was die ervoor had gekozen om betaling te ontvangen via het toezenden van een cheque, doch dit veranderde volgens het Hof niets aan de analyse.

Men moet er zich wel voor hoeden uit voorgaande rechtspraak verkeerde conclusies te trekken. Stel dat de diefstal van de cheque plaatsvindt nadat deze aan de begunstigde werd overhandigd, dan zal het niet de trekker zijn die het risico van de diefstal moet dragen. Rekening moet immers worden gehouden met artikel 35bis Ch.W. dat bepaalt dat de trekker niet aansprakelijk kan worden gesteld indien hij kan bewijzen dat verlies of diefstal van de cheque heeft plaatsgevonden nadat deze aan de wettige geadresseerde werd overhandigd (infra nr. 168). In die zin is het dan ook niet noodzakelijk dat het op de cheque vermelde bedrag aan de begunstigde werd uitbetaald of op zijn rekening werd gecrediteerd. Het volstaat te bewijzen dat de cheque aan de begunstigde werd overhandigd en dat deze later werd gestolen. Artikel 35bis Ch.W. vormt aldus een verweermiddel tegen de vordering die door de begunstigde, aan wie de cheque wordt ontstolen, op grond van artikel 1239 B.W. wordt ingesteld.

V. De positie van de betrokkene bank

142 *BETROKKENE IS GEEN SCHULDENAAR OP GROND VAN DE CHEQUE – AANSPRAKELIJKHEID OP GROND VAN ARTIKEL 1382 B.W. – GEEN REGRES TEGEN BETROKKENE*

In de rechtspraak werd opnieuw bevestigd dat de betrokkene van de cheque geen cheque- of wisselschuldenaar is³³⁸. De betrokkene kan de cheque niet accepteren. Tussen de houder en de betrokkene bestaat dan ook geen enkele chequerechterlijke of contractuele band³³⁹. De betrokkene is enkel ten aanzien van de trekker contractueel gehouden om de cheque te betalen³⁴⁰.

Dit alles betekent uiteraard niet dat de houder nooit enige vordering zou kunnen instellen tegen betrokkene wanneer deze laatste in de fout is gegaan. Alleen zal deze vordering nooit op de cheque zelf kunnen steunen en zal de houder niet over een contractuele vordering beschikken. Heeft de betrokkene een fout begaan waardoor de houder schade lijdt, is enkel een vordering mogelijk op grond van artikel 1382 B.W. (extracontractuele aansprakelijkheid).

³³⁶ Arbh. Antwerpen 30 juni 2004, *J.T.T.* 2005, 422.

³³⁷ Bergen 13 juli 2006, *J.L.M.B.* 2007, 195.

³³⁸ Brussel 27 september 2005, *T.B.H.* 2007, 41, noot J.P. BUYLE en M. DELIERNEUX.

³³⁹ Gent 9 februari 2001, *T.B.H.* 2003, 16, noot J.P. BUYLE en M. DELIERNEUX.

³⁴⁰ H. BUCKINX, "Artikel 3 Chequewet", in *Artikelsgewijze Commentaar Handels- en Economisch Recht*, Kluwer, losbl.

Aangezien de betrokkene geen chequeschuldenaar is, kan de houder van de cheque ook nooit regres instellen tegen de betrokkene³⁴¹.

143 *HERROEPING – HERROEPING BINNEN EN BUITEN DE AANBIEDINGSTERMIJN*

Wat betreft de herroeping van de cheque moet een onderscheid gemaakt worden naargelang de herroeping al dan niet plaatsvindt binnen de aanbiedingstermijn. De herroeping van de cheque heeft immers eerst gevolg na het einde van de aanbiedingstermijn (art. 32 Ch.W.). Vindt de herroeping plaats binnen de aanbiedingstermijn, dan hoeft de betrokkene er in de regel geen rekening mee te houden, en dit ongeacht de reden van de herroeping. Benadrukt moet evenwel worden dat de betrokkene, hoewel hij daartoe niet verplicht is, ook voor het verstrijken van de aanbiedingstermijn, rekening kan houden met de herroeping, daar hij chequerechterlijk niet verbonden is tegenover de houder van de cheque. De betrokkene moet er enkel over waken dat zijn weigering de cheque te betalen in de verhouding tot de begunstigde geen onrechtmatige daad is³⁴².

144 *HERROEPING NA AANBIEDINGSTERMIJN – BETALING – AANSPRAKELIJKHEID TEGENOVER DE TREKKER - ONVERSCHULDIGDE BETALING AAN DE BEGUNSTIGDE*

Eens de aanbiedingstermijn is verstreken, is de betrokkene dus verplicht rekening te houden met de herroeping, die niet gemotiveerd hoeft te zijn. De betrokkene betaalt niet bevrijdend indien hij na het verstrijken van de aanbiedingstermijn geen rekening houdt met de herroeping³⁴³, zelfs niet indien de herroeping binnen de aanbiedingstermijn werd gedaan³⁴⁴. Het komt aan de betrokkene niet toe – en hij is dan ook uiteraard niet verplicht – om de legitimiteit van de herroeping te onderzoeken³⁴⁵. Indien de betrokkene na het verstrijken van de aanbiedingstermijn geen rekening houdt met de herroeping en de rekening van de trekker als gevolg van de uitbetaling van de cheque debiteert, zal de betrokkene deze rekening dus opnieuw moeten crediteren.

De vraag rijst of in een dergelijk geval de betrokkene de betaalde bedragen kan terugvorderen van de houder. Deze vraag werd in de rechtspraak bevestigend beantwoord, dit op grond van de leer van de onverschuldigde betaling. Uitgangspunt van de redenering is dat een cheque een mandaat inhoudt om tot betaling over te gaan. Indien de cheque na het verstrijken van de aanbiedingstermijn wordt herroepen, dan is de bank niet langer gemandateerd om de cheque uit te betalen. Nu ze de houder heeft betaald zonder daartoe gemandateerd te zijn, vond betaling plaats bij vergissing en kan zij dus teruggevorderd worden. De vaststelling dat de houder van de cheque beschikt over een schuldvordering tegenover de trekker ervan (die de cheque heeft herroepen), is bij dit alles irrelevant. Of de betaling al dan niet onverschuldigd is, moet immers uitsluitend beoordeeld worden in de verhouding tussen de betrokkene en de

³⁴¹ Gent 30 november 2005, *NjW* 2006, 658.

³⁴² H. BUCKINX, “Artikel 32 Chequewet”, in *Artikelsgewijze Commentaar Handels- en Economisch Recht*, Kluwer, losbl.; R. STEENNOT, “Juridische aspecten van klassieke en moderne betaalmiddelen”, in *Privaatrecht in de reële en virtuele wereld*, Antwerpen, Kluwer, 2002, 203.

³⁴³ Kh. Nijvel 8 juni 1999, *T.B.H.* 2000, 677, noot J.P. BUYLE en M. DELIERNEUX.

³⁴⁴ P. DE VROEDE, *De cheque, de postcheque en de reischeque*, Antwerpen, Kluwer Rechtswetenschappen, 1981, 54.

³⁴⁵ J.P. BUYLE en M. DELIERNEUX, noot onder Kh. Nijvel 8 juni 1999, *T.B.H.* 2000, 680.

houder³⁴⁶. Dit kan ook blijken uit de rechtspraak betreffende foutief uitgevoerde overschrijvingsopdrachten.

145 *HERROEPING – BLOKKERING VAN HET BEDRAG OP WACHTREKENING – RECHTSPPOSITIE VAN DE BEGUNSTIGDE*

Indien de betrokkene en de trekker overeenkomen dat het bedrag van de cheque (die na het verstrijken van de aanbiddingstermijn werd herroepen), wordt geblokkeerd op een wachtrekening, dan kan de begunstigde het op de wachtrekening geblokkeerde bedrag enkel vorderen onder de strikte voorwaarden die door de betrokkene met de trekker zijn afgesproken en aan de begunstigde werden medegedeeld³⁴⁷. Meer concreet werd na herroeping van de cheque het bedrag ervan op een wachtrekening geblokkeerd, waarbij tussen de betrokkene en de trekker werd afgesproken enerzijds dat over de geblokkeerde sommen slechts kon worden beschikt na akkoord tussen de partijen of na een gerechtelijke beslissing, anderzijds dat de maatregel slechts gold voor een termijn van zes maanden na de aanbiddingstermijn. Na deze termijn, gelijk aan de verjaringstermijn, zou de som opnieuw aan de trekker worden overgemaakt, tenzij wanneer voor het verstrijken van deze termijn een gerechtelijke procedure werd ingeleid. De begunstigde van de cheque werd hierover ingelicht door de betrokkene.

De begunstigde laat na tijdig een procedure in te stellen, doch vordert later het bedrag van de betrokkene. Hij argumenteert dat de betrokkene zich had verbonden onder opschortende voorwaarde, dat deze weliswaar na het verstrijken van de periode van zes maanden in vervulling is gegaan, doch dat zij terugwerkt tot de datum waarop de verbintenis door de bank was aangegaan. De begunstigde steunt zich dus op de terugwerkende kracht van de vervulling van de opschortende voorwaarde om de nadelige gevolgen van het laattijdig instellen van een procedure te vermijden. Het hof aanvaardt deze redenering echter niet: het vervullen van de voorwaarde na het verstrijken van de termijn waarvoor de verbintenis is aangegaan, kan niet tot gevolg hebben dat de verbintenis alsnog moet worden uitgevoerd. Inderdaad er werd duidelijk afgesproken dat de begunstigde enkel aanspraak kon maken op een verlenging van de termijn door voor het verstrijken ervan een gerechtelijke procedure in te leiden.

146 *HERROEPING – VERZET - VERSCHILPUNTEN*

De herroeping dient nauwkeurig te worden onderscheiden van het verzet tegen de uitbetaling van een cheque. Het verzet is in tegenstelling tot de herroeping niet wettelijk geregeld en kan worden omschreven als de handeling, waardoor getracht wordt de betaling van de cheque voorlopig te verhinderen, dit terwijl de herroeping een definitief karakter heeft³⁴⁸. Een bijkomend onderscheid tussen verzet en herroeping bestaat erin dat herroeping enkel mogelijk is door de trekker en voor zover men te maken heeft met een regelmatige, door de trekker getrokken cheque³⁴⁹. Verzet is ook mogelijk indien een frauduleuze derde een

³⁴⁶ Kh. Nijvel 8 juni 1999, *T.B.H.* 2000, 677, noot J.P. BUYLE en M. DELIERNEUX. In die zin ook: H. BUCKINX, “Artikel 32 Chequewet”, in *Artikelsgewijze Commentaar Handels- en Economisch Recht*, Kluwer, losbl.

³⁴⁷ Brussel 27 september 2005, *T.B.H.* 2007, 41, noot J.P. BUYLE en M. DELIERNEUX.

³⁴⁸ Gent 30 november 2005, *NjW* 2006, 658.

³⁴⁹ O. POELMANS, “Chronique jurisprudence: vol, perte et utilisation abusive d’eurochèques (1975-1992)”, *J.T.* 1993, 419.

chequeformulier of cheque heeft gestolen en kan bovendien niet alleen uitgaan van de trekker, doch tevens van een derde³⁵⁰. Uit hetgeen volgt, zal ook blijken dat het verzet gemotiveerd moet zijn, dit in tegenstelling tot de herroeping.

147 VERZET DOOR DE TREKKER — GEEN GEVOLG GEVEN AAN VERZET — POTENTIËLE AANSPRAKELIJKHEID TEGENOVER DE TREKKER

Het verschil tussen herroeping en verzet heeft tot gevolg dat de regelen inzake herroeping die in de Chequewet vervat liggen, niet kunnen worden toegepast in geval van verzet³⁵¹. In wat volgt, wordt enkel aandacht besteed aan de hypothese waarin het verzet door de trekker aan de betrokkene wordt gericht, niet omdat de cheque werd gestolen (in welk geval het verzet tegen de uitbetaling van de cheque door de betrokkene gemakkelijker wordt aanvaard), doch omdat de onderliggende overeenkomst die hij heeft gesloten met de begunstigde houder van de cheque niet werd gerespecteerd.

Uitgangspunt in de verhouding tot de trekker is dat de betrokkene niet persoonlijk is gehouden tegenover de houder van de cheque om tot betaling over te gaan. Het is dan ook logisch dat de betrokkene de betaling van de cheque *kan* opschorten in geval binnen de aanbiddingstermijn door de trekker verzet wordt geformuleerd. Indien het verzet is ingegeven wegens dringende redenen en met het oog op het vermijden van dreigende schade en voor zover de beweegredenen van de trekker rechtmatig schijnen, moet de bank, op risico van aansprakelijkheid, zelfs weigeren om tot betaling over te gaan³⁵². De bank zal er goed aan doen de provisie te blokkeren op een afzonderlijke rekening.

Vanuit juridisch oogpunt kan de mogelijkheid om rekening te houden met het verzet tevens verklaard worden vanuit de opvatting dat de verweermiddelen uit de onderliggende verhouding kunnen worden ingeroepen tussen rechtstreeks verbonden partijen. Uit de praktijk blijkt dat de aanvaarding van het verzet vaak beperkt blijft tot eerder extreme excepties die wijzen op een aantasting van de wil van de trekker of betrekking hebben op de afwezigheid of ongeoorloofdheid van de oorzaak³⁵³. Verzet op grond van excepties uit de onderliggende verhouding moet naar onze overtuiging ook mogelijk zijn wanneer de exceptie het louter contractuele overstijgt en er elementen zijn die wijzen op fraude³⁵⁴.

In de bankvoorwaarden wordt vaak bepaald dat de betrokkene binnen de aanbiddingstermijn in geen geval rekening moet houden met het verzet van de trekker gesteund op excepties uit de onderliggende verhouding. Vooreerst kan worden opgemerkt dat de betrokkene ook in dergelijk geval nog rekening *kan* houden met het verzet van de trekker. Het gaat hier dan om een onderling overeengekomen afwijking van de bankvoorwaarden³⁵⁵. Moeilijker is de vraag of dergelijk beding wel geldig is, of het niet als een onrechtmatig beding kan worden

³⁵⁰ Zie ook: E. VAN DEN HAUTE, “Chronique de droit bancaire privé: les opérations de banque (2004-2006)”, *Bank Fin. R.* 2007, 188.

³⁵¹ Gent 30 november 2005, *NjW* 2006, 658.

³⁵² O. POELMANS, “Chronique jurisprudence: vol, perte et utilisation abusive d’eurochèques (1975-1992)”, *J.T.* 1993, 419.

³⁵³ Zie hierover: H. BUCKINX, “Artikel 32 Ch.W.”, in *Artikelsgewijze Commentaar Handels- en Economisch Recht*, Kluwer, losbl.

³⁵⁴ In die zin ook: H. BUCKINX, “Artikel 32 Ch.W.”, in *Artikelsgewijze Commentaar Handels- en Economisch Recht*, Kluwer, losbl.

³⁵⁵ Gent 30 november 2005, *NjW* 2006, 658; H. BUCKINX, “Artikel 32 Ch.W.”, in *Artikelsgewijze Commentaar Handels- en Economisch Recht*, Kluwer, losbl.

beschouwd, in het bijzonder in de verhouding tot consumenten. Buckinx verwijst naar de erkenning van dergelijke clausules in het kader van de eurochequereglementering³⁵⁶. De analogie gaat naar onze overtuiging niet op, omdat in het gemeen chequerecht de betrokkene tegenover de begunstigde niet gehouden is tot betaling. Geargumenteed zou kunnen worden dat bedingen die de bank er in *alle* omstandigheden van vrijstellen om binnen de aanbiddingstermijn rekening te houden met een verzet op grond van de onderliggende verhouding een kennelijk onevenwicht creëren tussen de rechten en plichten van de partijen (art. 31 WHPC). De bank moet immers behulpzaam zijn in de bescherming van haar cliënt tegen fraude

148 VERZET DOOR DE TREKKER – GEVOLG GEVEN AAN VERZET – POTENTIËLE AANSPRAKELIJKHEID TEGENOVER DE BEGUNSTIGDE

Ook in de verhouding tussen de betrokkene en de houder is het uitgangspunt dat de betrokkene chequerechterlijk niet gehouden is om tot betaling over te gaan, al moet de betrokkene erover waken dat hij door rekening te houden met het verzet binnen de aanbiddingstermijn de algemene zorgvuldigheidsnorm (art. 1382 B.W.) niet overschrijdt. De betrokkene bevindt zich dus niet een eenvoudige positie. Door rekening te houden met het verzet, kan hij zijn aansprakelijkheid in het gedrang brengen tegenover de houder, door er geen rekening mee te houden, kan hij zijn aansprakelijkheid in het gedrang brengen tegenover de trekker³⁵⁷.

Het is aan de betrokkene om te oordelen of hij binnen het algemene kader van de Chequewet de betaling als gevolg van het verzet moet uitstellen. Zo werd bijvoorbeeld geoordeeld dat de betrokkene het verzet tegen de uitbetaling van de cheque niet lichtzinnig mag aanvaarden, omdat dit het vertrouwen van de deelnemers aan het betalingsverkeer in de cheque als betalingsinstrument zou kunnen schaden. Meer concreet werd beslist dat indien de trekker het verzet steunt op het feit dat de cheque een waarborgcheque was (een cheque die wordt gebruikt als garantie in plaats van als betaalinstrument), de betrokkene de voorlegging van stukken dient te vragen op grond waarvan minstens *prima facie* de ernst van het ingeroepen motief kon beoordeeld worden. Doet de betrokkene dit, dan handelt de betrokkene in strijd met de algemene zorgvuldigheidsnorm, in het bijzonder wanneer niet wordt overgegaan tot het blokkeren van de voorhanden zijnde provisie³⁵⁸.

In deze zaak trachtte de betrokkene nog aan zijn aansprakelijkheid te ontkomen door zich te beroepen op de algemene regelen inzake lastgeving. Meer concreet werd door de betrokkene geargumenteed dat hij enkel optrad als lasthebber van de trekker en dat het de trekker is die als lastgever verantwoordelijk is voor de fouten die de lasthebber binnen de perken van zijn mandaat heeft gemaakt. Dit argument wordt terecht niet aanvaard. De lasthebber is immers wel persoonlijk aansprakelijk voor de fouten begaan in uitvoering van het mandaat, indien een buitencontractuele fout wordt begaan waardoor een derde – dit kan ook de medecontractant zijn van de lastgever (trekker) – schade lijdt³⁵⁹. De schade bestaat erin dat het voor de houder onmogelijk is geworden om betaling te verkrijgen van het op de cheque vermelde bedrag.

³⁵⁶ H. BUCKINX, “Artikel 32 Ch.W.”, in *Artikelsgewijze Commentaar Handels- en Economisch Recht*, Kluwer, losbl.

³⁵⁷ Zie ook: E. VAN DEN HAUTE, “Chronique de droit bancaire privé: les opérations de banque (2004-2006)”, *Bank Fin. R.* 2007, 188.

³⁵⁸ Gent 30 november 2005, *NjW* 2005, 658.

³⁵⁹ Zie bijvoorbeeld ook: Brussel 7 mei 2003, *R.W.* 2005-2006, 1426.

W. Tegenwerpbaarheid van excepties

149 *VERVALSTE HANDTEKENING – ABSOLUUT VERWEERMIDDEL*

De valse handtekening is een absoluut verweermiddel dat door de eigenaar van het chequeboekje kan worden ingeroepen tegen de onbetaalde houder van de cheque, zelfs indien deze laatste te goeder trouw is. De houder van de “cheque”, die alsnog het op de cheque vermelde bedrag van de eigenaar van het chequeboekje wil verkrijgen, zal daarom zijn vordering moeten steunen op het gemeen recht. Indien er geen contractuele band bestaat tussen de houder en de trekker, dan kan de vordering enkel extracontractueel van aard zijn (art. 1382 B.W.). Aangetoond moet worden dat de eigenaar van het chequeboekje een fout heeft begaan en de houder schade heeft geleden die daarmee in causaal verband staat³⁶⁰. Dat de vervalste handtekening een absoluut verweermiddel is, mag niet verwonderen, nu de handtekening de toestemming van de trekker vaststelt en de handtekening van de trekker een voorwaarde is opdat men van een geldige cheque zou kunnen spreken³⁶¹.

150 *TEGENWERPBAARHEID VAN EXCEPTIES UIT DE ONDERLIGGENDE VERHOUDING – RECHTSTREEKS VERBONDEN PARTIJEN*

Artikel 22 Ch.W. bepaalt dat zij die uit hoofde van de cheque worden aangesproken, de verweermiddelen die gegrond zijn op hun persoonlijke verhouding tot de trekker of tot vroegere houders niet aan de houder kunnen tegenwerpen, tenzij deze laatste bij de verkrijging van de cheque desbewust ten nadele van de schuldenaar heeft gehandeld. De verbintenissen van degenen die de cheque ondertekenen bezitten derhalve een zelfstandig karakter. De verbintenissen zijn autonoom, geabstraheerd van de onderliggende verhouding³⁶².

In de besproken periode werd bevestigd dat deze niet-tegenwerpelijkheid van de verweermiddelen voortspruitend uit de onderliggende rechtsverhouding niet geldt tussen onmiddellijk verbonden partijen³⁶³. Meer concreet werd bijvoorbeeld geoordeeld dat indien de trekker zich verzet tegen de uitbetaling van de cheque aan de houder, die tevens zijn medecontractant is in de verhouding die heeft geleid tot de uitgifte van de cheque, het verzet aanvaard kan worden wanneer het gesteund is op excepties die wijzen op een aantasting van de wil van de trekker of die betrekking hebben op de ongeoorloofdheid van de oorzaak en deze exceptie *prima facie* gegrond voorkomt³⁶⁴.

In een andere zaak was de vraag aan de orde of de trekker kan inroepen dat de cheque werd uitgegeven zonder dat er sprake was van een onderliggende verhouding en op grond van deze

³⁶⁰ Antwerpen 24 oktober 2002, *NjW* 2003, 596.

³⁶¹ E. WYMEERSCH, M. DAMBRE en K. TROCH, “Privaat bankrecht. Overzicht van rechtspraak (1992-1998)”, *T.P.R.* 1999, 1932.

³⁶² P. DE VROEDE, *De cheque*, Antwerpen, Kluwer, 1981, 13.

³⁶³ Zie voor vroegere rechtspraak: E. WYMEERSCH, M. DAMBRE en K. TROCH, “Privaat bankrecht. Overzicht van rechtspraak (1992-1998)”, *T.P.R.* 1999, 1918.

³⁶⁴ Gent 30 november 2005, *NjW* 2006, 658.

overweging de aan de begunstigde betaalde sommen kan terugvorderen op grond van de leer van de onverschuldigde betaling. Geoordeeld werd dat de chequerechterlijke abstractie dergelijke vordering niet in de weg staat, omdat de partijen in het geding onmiddellijk met elkaar verbonden partijen waren³⁶⁵. In een dergelijk geval kunnen de verweermiddelen uit de onderliggende verhouding worden ingeroepen. De afwezigheid van een onderliggende verhouding impliceert dat tussen rechtstreeks verbonden partijen de betaalde bedragen kunnen worden teruggevorderd op grond van de leer van de onverschuldigde betaling.

Verder kan op dit punt ook nog melding gemaakt worden van een arrest waaruit blijkt dat de trekker van een cheque zich tegenover de houder niet kan beroepen op excepties die worden geput uit de rechtsverhouding tussen de houder en derden³⁶⁶. Ook dit arrest bevestigt het zelfstandige karakter van de verbintenissen van de chequeschuldenaar (trekker).

X. Rechtstreeks krediet

151 OMSCHRIJVING – JURIDISCHE AARD

De techniek van het rechtstreeks krediet wordt toegepast indien de cheque door de begunstigde ter incasso aan zijn eigen bankier wordt aangeboden. Meer concreet bestaat de techniek erin dat de bank de rekening van de begunstigde van de cheque onmiddellijk crediteert, zonder te wachten tot de cheque effectief wordt geïnd bij de bank van de trekker. De begunstigde van de cheque kan gebruik maken van de onder voorbehoud gecrediteerde gelden³⁶⁷.

Vanuit juridisch oogpunt is het rechtstreeks krediet een verrichting die bestaat enerzijds uit een incassomandaat - d.w.z. een mandaat gegeven door de begunstigde van de cheque aan zijn financiële instelling tot inning van de cheque - en anderzijds uit een kredietverlening - d.w.z. dat de financiële instelling onmiddellijk betaalt of de rekening crediteert bij wijze van voorschot, onder voorbehoud van effectieve inning van de cheque³⁶⁸. Het voorschot wordt toegekend onder de ontbindende voorwaarde van niet-effectieve betaling van de cheque door de schuldenaar³⁶⁹. Het is het intreden van de ontbindende voorwaarde dat de bank het recht verleent de verrichting te vernietigen, hetzij in de vorm van een tegenboeking (bij creditering onder voorbehoud), hetzij in de vorm van een eis in terugbetaling (bij uitbetaling in speciën).

³⁶⁵ Kh. Brussel 1 december 2004, *J.T.* 2005, 151.

³⁶⁶ Brussel 16 april 2002, *R.W.* 2004-2005, 349.

³⁶⁷ E. WYMEERSCH, M. DAMBRE en K. TROCH, "Privaat bankrecht. Overzicht van rechtspraak (1992-1998)", *T.P.R.* 1999, 1926.

³⁶⁸ Antwerpen 7 september 1998, *A.J.T.* 1999-2000, 395, noot R. STEENNOT; M. HANSEN, "Creditering onder gewoon voorbehoud en ongedekte cheque", noot onder Corr. Tongeren 28 september 1983, *Limb. Rechtsl.* 1984, 112.

³⁶⁹ Brussel 13 december 2005, *T.B.H.* 2007, 46, noot J.P. BUYLE en M. DELIERNEUX; Antwerpen 22 februari 1999, *DAOR* 1999, afl. 51, 128. Zie ook: Brussel 18 april 1981, *T.B.H.* 1984, 105, noot E. WYMEERSCH; J. VAN RYN en J. HEENEN, *Principes de droit commercial*, t. IV, Brussel, Bruylant, 1988, 548; J.M. NELISSEN en Y. MERCHIERS, "Wissel- en chequerecht. Overzicht van rechtspraak (1960-1980)", *T.P.R.* 1981, 1139.

Het hof van beroep te Gent bevestigt dat het niet noodzakelijk is dat bij een individuele verrichting uitdrukkelijk wordt bedongen dat de creditering onder voorbehoud geschiedt³⁷⁰. Het volstaat dat in de algemene bankvoorwaarden een bepaling werd opgenomen die aangeeft dat het bedrag van een handelspapier op het credit van de rekening van de begunstigde wordt geboekt onder voorbehoud van incassering³⁷¹. Het hof gaat evenwel nog verder en stelt dat het voorbehoud zelfs niet moet worden bedongen in de bankvoorwaarden, nu de aanwezigheid van het voorbehoud voortvloeit uit de aard van de verrichting zelf³⁷². Hoewel ook wij van oordeel zijn dat het voorbehoud voortvloeit uit de aard van de verrichting (het gaat immers om een *incassomandaat*), is waakzaamheid geboden. De bank moet erover waken dat zij door haar handelen bij de begunstigde niet het rechtmatige vertrouwen creëert dat de gelden definitief verworven zijn. Meer concreet doet de bank, die noch in haar algemene voorwaarden, noch bij de aanvaarding van het document ter incasso, de cliënt informeert over het feit dat de creditering onder voorbehoud geschiedt, er goed aan op het rekeninguittreksel of op het ontvangstborderel te vermelden dat de creditering is geschied onder voorbehoud.

In geen geval kan een beding in de algemene voorwaarden dat de bank toelaat om onder voorbehoud gecrediteerde sommen terug te debiteren indien geen betaling wordt bekomen bij de bank van de trekker niet als een onrechtmatig beding beschouwd worden in de zin van artikel 31 WHPC dat bedingen verbiedt die een kennelijk onevenwicht creëren tussen de rechten en de plichten van de partijen³⁷³. Men kan inderdaad moeilijk ontkennen dat deze praktijk ook in het voordeel is van de cliënt die reeds de mogelijkheid bezit om gebruik te maken van de gelden, vooraleer deze definitief zijn verworven. Overigens is de operatie niet zonder risico voor de betrokkene, aangezien de creditering onder voorbehoud een kredietverlening inhoudt.

Indien de financiële instelling van de begunstigde, die de rekening van haar cliënt onder voorbehoud heeft gecrediteerd, geen betaling bekomt en derhalve de terugbetaling van het krediet niet kan geschieden aan de hand van het provendu van het incasso³⁷⁴, dan kan zij de rekening van de begunstigde opnieuw debiteren met het bedrag van de cheque. Zij kan zich daarbij op twee verschillende gronden steunen. Vooreerst kan zij zich baseren op de kredietverlening³⁷⁵. Tevens zou zij regres kunnen nemen op de begunstigde die als endossant aansprakelijk is tegenover zijn financiële instelling, de geëndosseerde (art. 40 Ch.W.). Aangezien het regres veronderstelt dat aan de formele voorwaarden inzake protest is voldaan - wat veelal niet het geval is - opteren financiële instellingen er in de praktijk vaak voor het

³⁷⁰ Gent 29 maart 2001, *DAOR* 2001, 266, noot R. STEENNOT.

³⁷¹ Zie voor andere toepassingen in de rechtspraak: Antwerpen 7 september 1998, *A.J.T.* 1999-2000, 395, noot R. STEENNOT; Brussel 18 april 1981, *T.B.H.* 1984, 105.

³⁷² Zie ook: Kh. Hasselt 7 juni 1967, *R.W.* 1968-1969, 1038; H. BUCKINX, in *Artikelsgewijze Commentaar Handelsrecht*, Kluwer, artikel 15-9; A. WILLEMS en J.P. BUYLE, "Les usages en droit bancaire", *DAOR* 1990, afl. 17, 84.

³⁷³ Brussel 21 november 2003, *Journ. Proc.* 2004, afl. 492, 25.

³⁷⁴ Brussel 18 april 1981, *T.B.H.* 1984, 109, noot E. WYMEERSCH.

³⁷⁵ Brussel 18 april 1981, *T.B.H.* 1984, 109, noot E. WYMEERSCH.

toegekende krediet terug te vorderen op grond van het bij de creditering gemaakte voorbehoud³⁷⁶.

In een arrest van het hof van beroep te Antwerpen, waar de bank terugbetaling vorderde op grond van de leer van de onverschuldigde betaling, wordt beslist dat de terugvordering van de onder voorbehoud gecrediteerde sommen inderdaad kan geschieden op grond van de niet-gerechtigde verrijking (een stelling die men ook terugvindt in bepaalde rechtsleer³⁷⁷) of in geval van vergissing of onzorgvuldigheid van de bank op grond van de onverschuldigde betaling³⁷⁸. Dat terugvordering van het onder voorbehoud gecrediteerde bedrag kan geschieden, staat buiten kijf, maar de rechtsgrond lijkt ons een andere te zijn, met name terugvordering van het verleende krediet. Van een terugvordering op grond van de verrijking zonder oorzaak kan naar onze overtuiging geen sprake zijn, gelet op het subsidiair karakter van een dergelijke vordering. Ook de theorie van een onverschuldigde betaling kan moeilijk aanvaard worden, gelet op de analyse van de figuur van het rechtstreeks krediet als een kredietverlening.

Tot slot nog dit: voor zover men de terugvordering op grond van de leer van de onverschuldigde betaling aanvaardt, dan belet de onzorgvuldigheid van de bank inderdaad niet dat de bank op grond van de onverschuldigde betaling het betrokken bedrag terugvordert. De onzorgvuldigheid van de persoon die ten onrecht heeft betaald, verhindert een vordering wegens onverschuldigde betaling immers niet. Maar indien de bank onzorgvuldig is geweest en deze onzorgvuldigheid tot schade heeft geleid, kan dit haar aansprakelijkheid in het gedrang brengen (*infra* nr. 154), in welk geval compensatie tussen beide vorderingen (vordering wegens onverschuldigde betaling en vordering tot schadevergoeding) zal plaatsvinden. In de betrokken zaak was er overigens geen schade aangezien bij controle voorafgaand aan de creditering, de creditering geweigerd zou zijn geweest. Het resultaat bij een spoedige terugvordering van het onder voorbehoud gecrediteerde bedrag en de weigering van een creditering (zelfs onder voorbehoud) is hetzelfde.

154 TERUGVORDERING – SLUITING VAN DE REKENING

In de praktijk geschiedt de terugvordering door een debietring van de rekening die onder voorbehoud werd gecrediteerd. Indien enige tijd verstrijkt tussen de creditering onder voorbehoud en de terugvordering van het bedrag door de betrokkene is het mogelijk dat de begunstigde, die de bank heeft belast met het incasso van de cheque zijn rekening heeft afgesloten voorafgaand aan het tijdstip waarop de bank tot terugvordering overgaat. De vraag rijst dan of de bank, met het oog op de terugvordering van de onder voorbehoud gecrediteerde sommen, de rekening mag heropenen. Meer concreet beriep de bank zich op een clause in de algemene voorwaarden waarin werd bepaald dat de rekeninghouder ook na afsluiting van de rekening aansprakelijk blijft voor de verrichtingen die na de afsluiting nog plaatsvinden

³⁷⁶ De mogelijkheid om regres in te stellen tegen de trekker kan in de praktijk evenwel interessant zijn indien het onder voorbehoud gecrediteerde bedrag niet van de begunstigde gerecupereerd kan worden omdat deze het bedrag heeft opgemaakt. Evenwel kan de trekker het op de cheque vermelde bedrag bij wege van schadevergoeding recupereren van de financiële instelling die met het incasso van de cheque was belast, indien deze zich onzorgvuldig heeft gedragen: Antwerpen 4 november 1996, *T.B.H.* 1997, 754, noot J.P. BUYLE en M. DELIERNEUX.

³⁷⁷ J. LIEBAERT, “De rechtstreekse vordering van de bankier tegen de remittent van rechtstreeks gecrediteerde en onbetaald gebleven cheques”, *R.W.* 1974-1975, k. 1488.

³⁷⁸ Antwerpen 22 februari 1999, *DAOR* 1999, afl. 51, 128.

om de rekening te heropenen. Het hof van beroep te Brussel aanvaardde deze werkwijze op grond van de contractuele afspraken³⁷⁹, die dus volgens het hof ook nog kunnen worden ingeroepen na het afsluiten van de rekeningovereenkomst. Dit mag niet verwonderen, nu de betrokken clausule net de hypothese na afsluiting van de rekening betreft.

155 *TERUGVORDERING – TELEFONISCH CONTACT MET DE BETROKKENE BIJ AANBIEDING VAN DE CHEQUE*

In een geval waarin de bank van de begunstigde was overgegaan tot de debitering van de onder voorbehoud gecrediteerde sommen en tot de invordering van het eruit resulterende debetsaldo, werd door de begunstigde voorgehouden dat de debitering onmogelijk was geworden doordat bij de aanbieding van de cheque telefonisch contact was genomen met de bank van de trekker en deze op dat tijdstip had bevestigd dat er voldoende geld op de rekening van de trekker aanwezig was. Meer concreet was de begunstigde van oordeel dat hij uit dergelijke mededeling kon afleiden dat de cheque werd gehonoreerd. Deze redenering werd terecht niet gevolgd. Dergelijke mededeling impliceert enkel dat er op dat tijdstip voldoende provisie aanwezig is, doch niet dat dit ook nog het geval zijn op een later tijdstip, met name bij de aanbieding van de cheque aan de bank van de trekker. De provisie kan immers van het ene op het andere moment wijzigen³⁸⁰.

156 *LAATTIJDIGE TERUGVORDERING – AANSPRAKELIJKHEID VAN DE BANK*

De vraag naar aansprakelijkheid van de bank rijst wanneer de bank pas na lange tijd overgaat tot een terugvordering van het onder voorbehoud gecrediteerde bedrag. De laattijdige terugvordering door de bank van de begunstigde, die reeds lange tijd op de hoogte is van de niet-betaling van de cheque door de bank van de trekker, maakt naar onze overtuiging een fout uit. Uitgangspunt van de redenering is dat de begunstigde van de cheque er na een zekere tijd moet kunnen op vertrouwen dat de creditering van zijn rekening definitief is geworden. Immers, in de bankpraktijk wordt de begunstigde, behoudens andersluidende afspraken, niet op de hoogte gebracht van het feit dat het voorbehoud is verdwenen³⁸¹. De begunstigde moet er aldus kunnen op vertrouwen dat zijn wederpartij aan haar contractuele verbintenissen heeft voldaan, indien zijn financiële instelling niet binnen een bepaalde termijn, die in de bankwereld normaal is voor de afwikkeling van een betaling met een cheque, zijn rekening opnieuw heeft gedebiteerd³⁸². De financiële instelling die de gebruikelijke termijn laat voorbijgaan, begaat dus een fout die, voor zover zij in oorzakelijk verband staat met de geleden schade, aanleiding geeft tot aansprakelijkheid. De aansprakelijkheid van de financiële instelling is van contractuele aard. Zij heeft niet voldaan aan de verplichtingen die op haar rusten als (bezoldigd) lasthebber (art. 1992 B.W.), belast met het incasso van de cheque³⁸³. Meer bepaald is zij tekort geschoten aan haar verplichting om haar lastgever binnen de kortst mogelijke tijd op de hoogte te brengen van de niet-betaling van de cheque³⁸⁴.

³⁷⁹ Brussel 13 december 2005, *T.B.H.* 2007, 46, noot J.P. BUYLE en M. DELIERNEUX.

³⁸⁰ Brussel 21 november 2003, *Journ. Proc.* 2004, afl. 492, 25.

³⁸¹ Kh. Brussel 8 februari 1996, *T.B.H.* 1997, 752, noot J.P. BUYLE en M. DELIERNEUX.

³⁸² Kh. Luik 18 december 1996, *T.B.H.* 1997, 755, noot X.

³⁸³ Kh. Luik 18 december 1996, *T.B.H.* 1997, 759, noot J.P. BUYLE en M. DELIERNEUX.

³⁸⁴ Gent 18 februari 1994, *R.W.* 1994-1995, 1056.

Zoals reeds vermeld, kan er slechts sprake zijn van aansprakelijkheid indien de veroorzaakte schade in causaal verband staat met de schade, hetgeen niet steeds het geval zal zijn³⁸⁵. Schade kan zich bijvoorbeeld voordoen indien de begunstigde, wiens rekening opnieuw wordt gedebiteerd, er niet meer in slaagt het verschuldigde bedrag van de trekker te recupereren, nu deze failliet is gegaan, alsook wanneer de creditering van de rekening de begunstigde er toe gebracht heeft bijkomende betalingen met een cheque van een zelfde persoon te aanvaarden³⁸⁶.

Het spreekt voor zich dat de incassobankier niet aansprakelijk gesteld kan worden wanneer een geldig exonerationbeding in de contractuele voorwaarden werd geïncorporeerd. Bepaalde bankvoorwaarden bepalen ter zake dat de laattijdige kennisgeving slechts aanleiding kan geven tot schadevergoeding indien de cliënt bewijst dat de bank een zware nalatigheid heeft begaan en dat hij bepaalde schade heeft geleden. Dergelijk beding is, zelfs in de verhouding tot consumenten, geldig. Artikel 32, 11° W.H.P.C. verbiedt immers enkel bedingen die de aansprakelijkheid van de verkoper uitsluiten in geval van grove schuld of opzet. Het is de feitenrechter die zal moeten beslissen of de laattijdige kennisgeving in een concreet geval een zware nalatigheid uitmaakt.

157 LAATTIJDIGE TERUGVORDERING – RECHTSVERWERKING

In een gelijkaardige zaak (betreffende een girokaart, i.e. een Nederlands betaalinstrument) werd door de eiser geargumenteed dat de financiële instelling niet tot de debitering van de onder voorbehoud gecrediteerde rekening van de begunstigde kon overgaan, aangezien zij haar rechten had verwerkt door geruime tijd te wachten³⁸⁷. Dit argument werd niet aanvaard. Niet alleen werd benadrukt dat de rechtsverwerking in het Belgische recht geen algemeen rechtsbeginsel uitmaakt³⁸⁸, tevens werd gesteld dat uit het louter stilzitten van een persoon geen rechtsverwerking afgeleid kan worden. Rechtsverwerking vereist begeleidende omstandigheden die in het betrokken geval niet aanwezig waren. Ook in andere gevallen lijkt het ons de voorkeur te genieten niet de weg van de rechtsverwerking in te slaan. Veeleer moet de begunstigde zich beroepen op de fout van zijn financiële instelling, die als lasthebber aansprakelijk zal zijn van zodra zij zich bij het incasso van de cheque niet als een redelijk zorgvuldig bankier heeft gedragen (beoordeling in abstracto).

158 TERUGVORDERING – AANSPRAKELIJKHEID – ROL VAN DE INTERBANCAIRE AFSPRAKEN

In de reeds vermelde zaak waarin de begunstigde van de cheque zijn rekening had afgesloten voorafgaand aan de terugvordering van de onder voorbehoud gecrediteerde sommen en waarin de bank de rekening opnieuw had geopend om tot terugvordering over te gaan, kwam ook de vraag aan bod of de bank aansprakelijk kon worden gesteld omdat de terugvordering van de onder voorbehoud gecrediteerde sommen pas geschiedde na meer dan twee maanden. Door het hof van beroep te Brussel wordt geoordeeld dat de bank, belast met het incasso niet aansprakelijk is omdat deze zich heeft gedragen als een normaal, redelijk zorgvuldig

³⁸⁵ Bijvoorbeeld Gent 29 maart 2001, *DAOR* 2001, 266, noot R. STEENNOT.

³⁸⁶ J. LIEBAERT, “De rechtstreekse vordering van de bankier tegen de remittent van rechtstreeks gecrediteerde en onbetaald gebleven cheques”, *R.W.* 1974-1975, k. 1493-1494.

³⁸⁷ Antwerpen 7 september 1998, *A.J.T.* 1999-2000, 395, noot R. STEENNOT.

³⁸⁸ Zie: Cass. 17 mei 1990, *A.C.* 1990-91, 1188; Cass. 6 december 1991, *A.C.* 1991-1992, 315.

bankier³⁸⁹. Bij een lezing van het arrest wordt duidelijk dat vooral de interbancaire afspraken een belangrijke rol hebben gespeeld bij de beslissing van het hof. De interbancaire afspraken van de Verrekenkamer bepalen dat de bank van de begunstigde, die de cheque in de Verrekenkamer aanbiedt, er zich toe verbindt om het bedrag van de cheque aan de bank van de trekker onmiddellijk terug te betalen, voor zover de terugbetaling wordt gevraagd omwille afwezigheid of onregelmatigheid van het endossement en dit binnen de drie maanden na de vereffening van de cheque. Ook de creditering van de rekening van de bank, belast met het incasso vindt aldus plaats onder voorbehoud.

In het arrest bepaalt het hof dat een cliënt die zijn bank belast met het incasso van de cheque zich bewust moet zijn van het feit dat het incasso van de cheque geschiedt in de Verrekenkamer en dat de verrichting derhalve onderworpen is aan het reglement van de Verrekenkamer. Hoewel we het eens zijn met de uiteindelijke beslissing, namelijk dat de bank geen fout heeft begaan, hebben wij het moeilijk met de argumentatie. Men kan moeilijk verwachten dat een cliënt zich bewust is van de wijze waarop betaalopdrachten op het interbancaire niveau worden verwerkt. Bovendien moet men rekening houden met het principe van de relativiteit van de overeenkomsten. Voor zover de interbancaire afspraken niet werden geïncorporeerd in de algemene bankvoorwaarden, bijvoorbeeld middels een verwijzing naar de interbancaire afspraken, kan de bank er zich niet rechtstreeks op beroepen tegenover haar cliënt die er geen partij was. Dit alles betekent echter niet dat de interbancaire afspraken geen enkele rol kunnen spelen bij de beoordeling van de aansprakelijkheid van de bankier in de verhouding tot zijn cliënt. Het feit dat de bank heeft gehandeld in overeenstemming met de interbancaire afspraken, kan immers een belangrijke indicatie opleveren dat de bank zich wel degelijk heeft gedragen als een normaal zorgvuldige bankier. Wil men besluiten tot de afwezigheid van aansprakelijkheid in hoofde van de bank, dan kan men de interbancaire afspraken dus invoeren als feitelijk gegeven ter ondersteuning van het bewijs van diligent handelen³⁹⁰.

159 VERHOUDING SCHULDENAAR / SCHULDEISER - TIJDSTIP VAN BETALING

Het rechtstreeks krediet situeert zich in de verhouding tussen de begunstigde van de cheque en zijn financiële instelling. Het is de financiële instelling, die met het incasso van de cheque is belast, die krediet verleent aan de begunstigde van de cheque. Het mag dan ook geen verwondering wekken dat het hof van beroep te Gent³⁹¹ beslist dat de creditering onder voorbehoud van de rekening van de begunstigde van een cheque geen betaling impliceert in de onderliggende verhouding tussen de schuldenaar (trekker) en de schuldeiser (begunstigde). De schuldenaar heeft slechts aan zijn betalingsverbintenis voldaan op het tijdstip waarop het bedrag van de schuldvordering daadwerkelijk ter beschikking wordt gesteld van de begunstigde, dit is wanneer zijn rekening definitief wordt gecrediteerd³⁹². Slechts wanneer het voorbehoud verdwijnt, dit is wanneer de bank van de begunstigde het bedrag van de cheque ontvangt van de bank van de trekker, is de schuldenaar bevrijd van zijn betalingsverbintenis.

³⁸⁹ Brussel 13 december 2005, *T.B.H.* 2007, 46, noot J. BUYLE en M. DELIERNEUX.

³⁹⁰ Vgl. D. DEVOS, "Les effets externes des conventions en matière financière", in *Le contrat et les tiers, les effets externes et la tierce complicité*, Brussel, 1995, 218-221; P. VAN OMMESLAGHE, "Les Obligations. Examen de Jurisprudence (1974-1982)", *R.C.J.B.* 1986, 184.

³⁹¹ Gent 29 maart 2001, *DAOR* 2001, 266, noot R. STEENNOT.

³⁹² A. BENOIT-MOURY, "Incidence d'une déclaration de faillite sur la validité du paiement d'un chèque", noot onder Bergen 7 maart 1988, *Ann. Dr. L.* 1989, 207; L. CORNELIS, *Algemene theorie van de verbintenis*, Antwerpen-Groningen, Intersentia Rechtswetenschappen, 2000, 506. Zie ook: Cass. 30 januari 2001.

Y. Aansprakelijkheid voor vervalste cheques en chequeformulieren

160 ALGEMEEN – TOEPASSINGSGBIED

Twee artikelen in de Chequewet betreffen de aansprakelijkheid van de betrokkene in het geval van fraude. Artikel 35, lid 2 Ch.W. bepaalt dat de betrokkene door de betaling van de cheque wettig is bevrijd tenzij hem bedrog of grove schuld te wijten is. Artikel 35bis Ch.W. bepaalt dat de eigenaar van een chequeboekje aansprakelijk is voor de orders gegeven op de chequeformulieren uit zijn boekje. Hij draagt alle gevolgen die voortvloeien uit het verlies, de diefstal of het verkeerd gebruik van die formulieren, tenzij hij bewijst, ofwel dat aan de betrokkene bedrog of grove schuld te wijten is, ofwel dat de cheque verloren, gestolen of vervalst werd nadat de wettige geadresseerde hem ontvangen had. Indien deze laatste hetzelfde bewijs levert wordt de schade door de volgende geadresseerde gedragen.

Artikel 35, lid 2 Ch.W. betreft uitsluitend de aansprakelijkheid van de betrokkene die een cheque uitbetaalt en regelt niet de aansprakelijkheid van de trekker die een cheque in omloop brengt of de aansprakelijkheid van de volgende houders. Artikel 35 Ch.W. legt een formele controleplicht op aan de betrokkene. De betrokkene zal slechts aansprakelijk zijn indien hij bij de uitoefening van de controleplicht een grove fout begaat (BV. met betrekking tot de verificatie van de handtekening)³⁹³.

Artikel 35bis Ch.W. is gegrond op een systeem van objectieve aansprakelijkheid in hoofde van de eigenaar van chequeformulieren. De eigenaar is aansprakelijk tenzij hij kan bewijzen dat de betrokkene een grove fout heeft begaan of dat de cheque aan de wettige geadresseerde werd overhandigd. Artikel 35bis Ch.W. betreft dus niet enkel de aansprakelijkheid in de verhouding tussen de eigenaar van het chequeboekje en de betrokkene, doch tevens de verhouding tussen de trekker en begunstigde van de cheque. Artikel 35bis Ch.W. impliceert dat de betrokkene ook bevrijdend kan betalen indien er geen sprake is van een cheque (de eigenaar heeft immers zijn handtekening niet geplaatst)

Opdat de aansprakelijkheidsverdeling uit deze bepalingen toepassing zou kunnen vinden, is het noodzakelijk dat de cheque daadwerkelijk werd uitbetaald. Indien dit niet het geval is kan de aansprakelijkheid van de bank, bij wie de cheque is zoek geraakt, dan ook niet op grond van artikel 35 of 35bis Ch.W. worden weerhouden³⁹⁴. De vaststelling dat artikel 35bis Ch.W. slechts toepassing vindt indien de betrokkene heeft betaald, impliceert tevens dat de *onbetaalde* houder te goeder trouw van vervalste chequeformulieren zich niet op deze bepaling kan steunen om betaling te bekomen³⁹⁵. In beide gevallen vindt het gemeen aansprakelijkheidsrecht toepassing. In het eerste geval impliceert dit een vordering tegen de betrokkene, in het tweede geval een vordering tegen de eigenaar van het chequeboekje. Wendt de onbetaalde houder zich tot de eigenaar van het chequeboekje en heeft hij geen contractuele relatie met deze laatste, dan dient de vordering gebaseerd te worden op artikel 1382 B.W. In deze context werd door het Hof geargumenteed dat de houder van het chequeboekje geen

³⁹³ Zie: H. BUCKINX, “Artikel 35 Chequewet” in *Artikelsgewijze Commentaar Handels- en Economisch Recht*, Kluwer, losbl.

³⁹⁴ Gent 29 maart 2001, *DAOR* 2001, 266, noot R. STEENNOT.

³⁹⁵ Antwerpen 24 oktober 2002, *NjW* 2003, 596.

fout begaat en derhalve niet aansprakelijk kan worden gesteld omdat hij een grote hoeveelheid chequeformulieren op een zelfde plaats bewaart, met name in brandkast van handtafelmodel die werd gestolen.

161 *CHEQUEFORMULIEREN – AANSPRAKELIJKHEID – VERVALSTE HANDTEKENING – GROVE FOUT*

Wanneer de handtekening van de trekker wordt vervalst, bepaalt de mate waarin de handtekening op de cheque verschilt met de handtekening op het specimen of de betrokkene een grove fout kan worden verweten en derhalve of de betrokkene aansprakelijk is. De bank begaat een grove fout indien de vervalsing van de handtekening van aard is dat ze opgemerkt zou worden bij een normaal onderzoek door een normaal voorzichtig en diligent bankier, bijvoorbeeld omdat de handtekening duidelijk werd nagebootst of duidelijk verschilt met deze op het specimen³⁹⁶. Is er daarentegen een bijna perfecte overeenstemming, dan kan er van een grove fout geen sprake zijn³⁹⁷. Van de bank kan niet verwacht worden dat zij handelt als een schriftdeskundige.

162 *CHEQUEFORMULIEREN – AANSPRAKELIJKHEID – GROVE FOUT – GEEN VERPLICHTING TOT IDENTIFICATIE HOUDER VAN EEN CHEQUE AAN TOONDER*

Indien de aansprakelijkheid van de betrokkene niet kan worden weerhouden omdat de handtekening van de trekker op de cheque ogenschijnlijk overeenstemt met deze op het specimen, zal de eigenaar van de chequeformulieren vaak trachten op grond van andere elementen de grove fout van de bank aan te tonen, dit om aan aansprakelijkheid te ontkomen. Zo werd bijvoorbeeld geargumenteed dat artikel 34 Ch.W. - dat bepaalt dat de betrokkene die de cheque betaalt, kan vorderen dat deze hem wordt uitgeleverd, voorzien van de kwijting van de houder - de verplichting inhoudt voor de betrokkene om de houder van de cheque te identificeren. Dit argument werd niet aanvaard. Geoordeeld werd dat inzoverre artikel 34 Ch.W. betrekking zou hebben op de identificatie van de houder, hetgeen wordt betwist, het artikel slechts de mogelijkheid formuleert dit te doen. Het gaat niet om een verplichting, zodat het niet identificeren van de houder van een cheque aan toonder geen miskenning inhoudt van artikel 34 Ch.W. en derhalve geen grove fout uitmaakt³⁹⁸.

163 *CHEQUEFORMULIEREN – AANSPRAKELIJKHEID – GROVE FOUT – NORMALE VERRICHTINGEN*

In dezelfde zaak werd door de eigenaar van de ontstolen chequeformulieren geargumenteed dat hij niet de gewoonte had om cheques aan toonder, niet gekruist, voor dergelijke bedragen uit te geven en dat de bank een grove fout had begaan door de cheques te honoreren. Ook dit argument kan het hof van beroep te Brussel niet overtuigen: van een betrokkene kan niet worden verwacht dat zij nagaat of een aangeboden cheque, die op zicht betaalbaar is, regelmatig of verdacht voorkomt in acht genomen de gewoonten van haar cliënt om cheques uit te geven³⁹⁹.

³⁹⁶ Brussel 22 mei 2002, *DAOR* 2003, afl. 66, 127.

³⁹⁷ Brussel 30 januari 2003, *T.B.H.* 2005, 145, noot J.P. BUYLE en M. DELIERNEUX.

³⁹⁸ Brussel 30 januari 2003, *T.B.H.* 2005, 145, noot J.P. BUYLE en M. DELIERNEUX.

³⁹⁹ Brussel 30 januari 2003, *T.B.H.* 2005, 145, noot J.P. BUYLE en M. DELIERNEUX.

In een andere zaak werd de grove fout en derhalve de aansprakelijkheid van de bank wel weerhouden op grond van de omstandigheden van het geval⁴⁰⁰. De feiten waren kort geschetst de volgende: een cheque van 1.305.928 BEF wordt door de begunstigde aangeboden aan de bank. De bank betaalt de cheque bij een tweede presentatie ervan uit, dit hoewel slechts een bedrag van ongeveer 60.000 BEF op de zichtrekening van de trekker aanwezig was. De uitbetaling van een dermate hoog bedrag maakt volgens het hof onder de gegeven omstandigheden (door de uitbetaling ontstaat een belangrijk debetsaldo) een zware fout uit⁴⁰¹. Deze uitspraak lijkt ons dan ook niet onverenigbaar met het reeds besproken arrest van het hof van beroep te Brussel van 30 januari 2003 (*supra* nr. 159-160)⁴⁰². In beide gevallen ging het weliswaar om verrichtingen die als ongewoon konden worden beschouwd, maar enkel in deze zaak ontstond als gevolg van de uitbetaling van de cheque een belangrijk debetsaldo. Vooral dit laatste moet de bank dus tot bijkomende voorzichtigheid aanmanen.

Ook de argumenten die door de bank worden aangehaald om de uitbetaling te rechtvaardigen worden door het hof niet aanvaard. Meer concreet probeerde de bank zich te verweren door erop te wijzen dat de spaarrekening van de trekker wel voldoende geprovisioneerd was en dat een beding van eenheid van rekening (*supra* nr. 97) aanwezig was in de bankvoorwaarden, waardoor er volgens de bank wel fonds voor de cheque was. Verder beriep de bank zich ook op het bestaan van een kredietopening en op de mogelijkheid die een bank heeft om kasfaciliteiten toe te staan.

Een beding van eenheid van rekening moet volgens het hof strikt worden geïnterpreteerd, zodat de loutere aanwezigheid van dergelijk beding in de bankvoorwaarden niet volstaat om te besluiten dat de rekening waarop de cheque wordt getrokken en die onvoldoende is geprovisioneerd, samen beschouwd met de spaarrekening, plots wel voldoende is geprovisioneerd. Deze vaststelling dringt zich volgens het hof nog meer op nu uit de rekeninguittreksels blijkt dat geen enkele overboeking van de spaarrekening naar de zichtrekening heeft plaatsgevonden. In het verleden werd in de rechtsleer nochtans geargumenteed dat men in het geval waarin een beding van eenheid van rekening in de bankvoorwaarden is opgenomen, alle direct opeisbare rekeningen van de trekker in acht moeten worden genomen om te bepalen of er voldoende provisie is en niet alleen de rekening waarop de cheque wordt getrokken⁴⁰³. Twee punten dienen te worden benadrukt: ten eerste het creditsaldo was aanwezig op de spaarrekening, ten tweede het arrest betreft specifiek de vraag naar aansprakelijkheid van de betrokkene. De ontwikkelde redenering lijkt niet zonder meer te kunnen worden toegepast op de problematiek van uitgifte van een cheque zonder fonds, aangezien een ruime interpretatie van het beding van eenheid van rekening alsdan in het voordeel is van de rekeninghouder.

⁴⁰⁰ Brussel 18 oktober 1999, *DAOR* 2000, afl. 54, 147.

⁴⁰¹ Dat het loutere feit dat het creditsaldo ontoereikend is niet volstaat, blijkt uit een andere zaak (Brussel 22 mei 2002, *DAOR* 2003, afl. 66, 127) waarin door de uitbetaling van de cheque slechts een debetsaldo van ongeveer 22.000 BEF ontstond.

⁴⁰² Brussel 30 januari 2003, *T.B.H.* 2005, 145, noot J.P. BUYLE en M. DELIERNEUX.

⁴⁰³ H. BUCKINX, "Artikel 3 Chequewet", in *Artikelsgewijze Commentaar Handels- en Economisch Recht*, Kluwer, losbl.

Ook de piste van de kredietopening en de kasfaciliteiten wordt niet aanvaard, nu een kredietopening het akkoord van beide partijen vereist en ook kasfaciliteiten niet eenzijdig door de bank kunnen worden opgelegd aan de cliënt.

165 *CHEQUEFORMULIEREN – AANSPRAKELIJKHEID – GROVE FOUT – MISKENNING VAN DE WITWASWETGEVING*

De vraag rijst verder of de miskennis van de verplichtingen die voortvloeien uit de witwaswetgeving tot de aansprakelijkheid kan leiden van de betrokkene. De argumentatie luidt als volgt: artikel 4 van de witwaswetgeving houdt voor de bank de verplichting in om degene die een cheque ter betaling aanbiedt te identificeren indien het bedrag van de cheque 10.000 euro of meer bedraagt. Door deze identificatieverplichting niet uit te voeren begaat de bank een fout en is ze aansprakelijk. Maar gaat deze redenering ook op?

Een onderscheid moet volgens het hof van beroep te Brussel worden gemaakt tussen de toepassing van artikel 35bis Ch.W. en het gemeen aansprakelijkheidsrecht. Wat de toepassing van artikel 35bis Ch.W. betreft, stelde het hof dat de miskennis van de identificatieverplichting uit de witwaswetgeving geen grove fout uitmaakt in de zin van artikel 35bis Ch.W.⁴⁰⁴. Het hof steunt zich daarbij vooreerst op de doelstelling van de betrokken bepalingen en merkt op dat de witwaswetgeving niet tot doel heeft de particuliere belangen van een houder van chequeformulieren te beschermen. Bovendien stelt het hof betreft de grove fout uit artikel 35bis Ch.W. enkel de hypothese waarin een cheque ten onrechte wordt uitbetaald ofwel omdat de geldigheidsvoorwaarden ervan niet werden gerespecteerd, ofwel omdat de omstandigheden de cheque dermate verdacht maken dat hij niet uitbetaald had mogen worden.

De vaststelling dat de miskennis van de witwaswetgeving geen grove fout uitmaakt in de zin van artikel 35bis Ch.W. en dat de witwaswetgeving niet gericht is op de bescherming van private belangen betekent echter volgens het hof niet dat de betrokkene op civielrechtelijk vlak niet aansprakelijk zou kunnen worden gesteld. Meer concreet houdt de miskennis van de identificatieverplichting uit de witwaswetgeving een fout in die op basis van het gemeen aansprakelijkheidsrecht tot aansprakelijkheid kan leiden. Evenwel betekent dit niet dat de betrokkene aansprakelijk is voor het op de vervalste cheques vermelde bedragen. De identificatie van de houder zou immers de uitbetaling van de cheques niet verhinderd hebben. De identificatie zou enkel hebben kunnen leiden tot de mogelijkheid om de dief op te sporen. De schade is dan ook beperkt tot het verlies van een kans.

Deze rechtspraak onderscheidt zich van de Franse rechtspraak, waarin - kort geschetst - wordt aanvaard dat de miskennis van de identificatieverplichting uit de witwasreglementering, geen aanleiding kan geven tot civielrechtelijk aansprakelijkheid omdat de bedoeling van deze bepaling er niet in bestaat de private belangen te beschermen. Meer algemeen wordt in Frankrijk dus aanvaard dat een civielrechtelijke sanctionering niet mogelijk is indien de geschonden bepaling slechts het algemeen belang beoogt. De geleden schade kan dan immers niet in causaal verband staan met de fout⁴⁰⁵.

⁴⁰⁴ Brussel 30 januari 2003, *T.B.H.* 2005, 145, noot J.P. BUYLE en M. DELIERNEUX.

⁴⁰⁵ Zie hierover: Brussel 30 januari 2003, *T.B.H.* 2005, 150-151, noot J.P. BUYLE en M. DELIERNEUX en de aldaar geciteerde rechtsleer en rechtspraak van het Hof van Cassatie.

Eigen aan een circulaire cheque is onder meer dat deze niet kan worden geëndosseerd. De bank bij wie de cheque ter betaling wordt aangeboden, moet dan ook verifiëren of hij wordt aangeboden door de op de cheque vermelde persoon. Doet de bank dat niet, dan zal zij aansprakelijk zijn. Verricht de bank wel een controle, doch merkt ze daarbij niet op dat de persoon die zich aanmeldt niet de op de cheque vermelde persoon is, dan moet onderzocht worden of de bankier zich wel heeft gedragen als een redelijk zorgvuldige bankier. Zo werd geoordeeld dat de bankier niet aansprakelijk kan worden gesteld indien bij de verificatie gebruik werd gemaakt van een vervalste identiteitskaart, die er ogenschijnlijk regelmatig uitziet, en de vermeldingen op de cheque (handtekening aangebracht bij uitbetaling) gelijken op deze die op de identiteitskaart zijn aangebracht⁴⁰⁶.

167 *CHEQUE – VERVALSING – AANSPRAKELIJKHEID – GROVE FOUT VAN DE BETROKKENE – COMBINATIE VAN VERSCHILLENDE FACTOREN*

Een vonnis van de rechtbank van koophandel te Brussel maakt duidelijk dat het bestaan van een grove fout in hoofde van de bank ook kan worden afgeleid uit een combinatie van verschillende factoren, die misschien elk op zich genomen, onvoldoende zijn om tot een grove fout en aansprakelijkheid in hoofde van de betrokkene te besluiten⁴⁰⁷. Meer concreet werd in het betrokken geval de aansprakelijkheid van de betrokkene wegens grove fout weerhouden gelet op 1) de sporen van vervalsing, die bij een “iets meer dan oppervlakkige lezing” opvallen (weggewerkte kruising, eigenaardige cijfers, verschillend handschrift) 2) de commerciële relatie tussen de betrokkene en de trekker, waaruit afgeleid kon worden dat de trekker een vaste praktijk hanteerde om per cheque enkel kleine bedragen over te maken en 3) de overschrijding van het kaskrediet met meer dan 10 %. Deze drie elementen samen hadden de betrokkene er moeten toe brengen voorafgaand aan de uitbetaling van de cheque de trekker te contacteren. Door dit niet te doen, beging de betrokkene een grove fout.

168 *CHEQUE – VERVALSING – AANSPRAKELIJKHEID – MISKENNING VAN DE CONTRACTUEEL AFGESPROKEN VERIFICATIEPROCEDURE – GROVE FOUT*

Bij het beantwoorden van de vraag of de betrokkene bij de uitbetaling van een vervalste cheque een grove fout heeft gemaakt, moet rekening worden gehouden met de contractuele afspraken die de trekker en de betrokkene in voorkomend geval hebben gemaakt met betrekking tot de verificatie van de cheque. Miskent de betrokkene de contractuele afspraken en gaat zij als gevolg van deze miskennis over tot de uitbetaling van de cheque, dan begaat zij een zware fout waarvoor zij aansprakelijk is⁴⁰⁸. In casu waren de bank en haar cliënt overeengekomen dat de bank slechts tot uitbetaling van een buitenlandse cheque zou overgaan indien zij de aangeboden cheque had vergeleken met een duplicaat ervan dat door de trekker aan de bank bij trekking van een cheque werd overgemaakt. De bank deed dit niet. Aangezien een eenvoudig nazicht duidelijk gemaakt zou hebben dat de naam van de begunstigde werd gewijzigd, werd de bank aansprakelijk gesteld. Het verweer van de bank

⁴⁰⁶ Bergen 13 juli 2006, *J.L.M.B.* 2007, 195.

⁴⁰⁷ Kh. Brussel 21 september 2001, *A.J.T.* 2001-2002, 556, noot R. STEENNOT.

⁴⁰⁸ Antwerpen 8 mei 2000, *A.J.T.* 2001-2002, 106, noot R. STEENNOT.

dat de cheque door de begunstigde was aangeboden als een binnenlandse cheque en als dusdanig werd verwerkt, werd door het hof van beroep niet aanvaard. De manier waarop een bank haar eigen diensten organiseert, kan immers niet aan de cliënt worden tegengeworpen. De cliënt mag erop vertrouwen dat de contractuele afspraken worden nageleefd.

169 CHEQUE – VERVALSING – AANSPRAKELIJKHEID – FOUT VAN DE TREKKER

Het arrest van het hof van beroep te Antwerpen bevat evenwel nog een punt dat onze aandacht verdient. De betrokkene, appellante in hoger beroep, voert in ondergeschikte orde aan dat hij, zelfs indien een grove fout in zijn hoofd wordt vastgesteld slechts gedeeltelijk aansprakelijk kan worden gesteld, *aangezien ook de trekker een fout heeft begaan*, met name door de cheque met de post te verzenden. In eerste aanleg wordt beslist dat de trekker geen fout heeft begaan, enerzijds omdat het niet ongebruikelijk is een cheque per post te verzenden en anderzijds omdat de cheque op naam was en bovendien gekruist was⁴⁰⁹.

In hoger beroep wordt met geen woord gerept over een mogelijke fout of aansprakelijkheid in hoofd van de trekker. De vraag rijst of we hieruit mogen afleiden dat het hof van oordeel is dat een eventuele fout in hoofd van de trekker niets kan wijzigen aan de aansprakelijkheid van de betrokkene in wiens hoofd het bestaan van een grove schuld werd bewezen. Bij ontstentenis van uitdrukkelijke stellingname van het hof, lijkt het ons de voorkeur te genieten te besluiten dat het hof hieromtrent geen standpunt heeft ingenomen.

In de rechtsleer worden twee stellingen verdedigd. Vooreerst wordt geargumenteed dat het volstaat dat de houder van de chequeformulieren erin slaagt de grove schuld van de betrokkene te bewijzen. De betrokkene, aan wie een grove schuld te wijten is, kan niet aan een gedeelte van zijn aansprakelijkheid ontsnappen door zich te beroepen op de fout van de trekker⁴¹⁰. In een tweede stelling wordt dit wel aanvaard. De betrokkene is slechts gedeeltelijk aansprakelijk indien hij kan aantonen dat de trekker een fout heeft begaan⁴¹¹. De tweede stelling is in hoofdzaak gebaseerd op de equivalentieleer, in toepassing waarvan aanvaard wordt dat iedere fout die in causaal verband staat met de schade in aanmerking moet worden genomen bij de verdeling van de aansprakelijkheid⁴¹².

Hoewel het geen twijfel lijdt dat de equivalentieleer in toepassing van het gemeen recht gehanteerd moet worden, kan de vraag gesteld worden of artikel 35, lid 2 en artikel 35bis Ch.W. geen andere regeling vereisen. Persoonlijk zijn wij de mening toegedaan dat de

⁴⁰⁹ Zie ook in die zin: Kh. Brussel 21 september 2001, *A.J.T.* 2001-2002, 556, noot R. STEENNOT

⁴¹⁰ Bergen 29 juni 1984, *Pas.* 1984, II, 144; G.A. DAL, “La Responsabilité des propriétaires de carnets de chèques en cas de perte, de vol ou de l’emploi abusif”, *J.T.* 1977, 691; F. TOP, “Is de eigenaar van verloren of gestolen chequeformulieren voldoende beschermd in het eurochequesysteem?”, in *Liber Amicorum Jan Ronse*, Story-Scientia, 1986, 468. Vgl. E. WYMEERSCH, M. DAMBRE en K. TROCH, “Privaat bankrecht. Overzicht van rechtspraak (1992-1998)”, *T.P.R.* 1999, 1935.

⁴¹¹ Luik 2 november 1989, *J.L.M.B.* 1990, 1264; H. BUCKINX en W. VAN MINNEBRUGGEN, “Aansprakelijkheid in het betalingsverkeer”, in E. WYMEERSCH (ed.), *Financieel Recht tussen Oud en Nieuw*, Antwerpen-Apeldoorn, Maklu, 1996, 773; Luik 9 juni 1994, *T.B.H.* 1995, 1027, noot J.P. BUYLE en X. THUNIS; O. POELMANS, “Vol, perte et utilisation abusive d’eurochèques (1975-1992)”, *J.T.* 1993, 414; J. VAN RYN en J. HEENEN, *Principes de Droit Commercial*, T. III, Brussel, Bruylant, 1981, 461.

⁴¹² Enkel BUCKINX EN VAN MINNEBRUGGEN baseren zich op een ander argument. Meer bepaald steunen zij zich op het feit dat artikel 35, lid 2 Ch.W. en artikel 35bis Ch.W. naast een aansprakelijkheidsregeling ook een bewijslastregeling bevatten. Eens de trekker heeft bewezen dat de betrokkene een grove fout heeft begaan, rust de bewijslast op de betrokkene. De betrokkene moet bewijzen dat ook de trekker een fout heeft begaan: p. 773.



risicoverdeling die vervat ligt in artikel 35bis Ch.W. moet gezien worden als een cascaderегeling waarbij ofwel de trekker ofwel de betrokkene moet instaan voor het oneigenlijk gebruik van chequeformulieren of de vervalsing van de cheque. Voor een verdeling van de aansprakelijkheid in toepassing van de equivalentie-leer is geen plaats, nu de artikelen 35, lid 2 en 35bis Ch.W. als *lex specialis* ertoe strekken een bijzonder van het gemeen recht afwijkend regime te creëren. Een bijkomend argument voor deze stelling kan nog gevonden worden in de vaststelling dat beide artikelen (artt. 35, lid 2 en 35bis Ch.W.) in hoofde van de trekker een risico-aansprakelijkheid creëren⁴¹³. De aansprakelijkheid van de trekker in het chequeverkeer is niet gebaseerd op de fouten die hij heeft begaan, doch wel geconcipieerd in functie van de risico's die het gebruik van cheques en chequeformulieren creëren. De trekker draagt het risico, tenzij wanneer de betrokkene een grove fout heeft begaan. De trekker draagt dit risico, omdat hij het best geplaatst is om het risico te beheersen. Hij bevindt zich in de beste positie om te vermijden dat het oneigenlijk gebruik zich voordoet. Hierin komt verandering wanneer de betrokkene een grove fout heeft begaan. Indien een grove fout aanwezig is, is het de betrokkene die de mogelijkheid heeft om het oneigenlijk gebruik op eenvoudige wijze vast te stellen of de vervalsing op te sporen. Een zorgvuldige controle van de cheque zal immers leiden tot een weigering om de cheque te betalen. De vaststelling dat de artikelen 35, lid 2 en 35bis Ch.W. in belangrijke mate geconcipieerd zijn vanuit de theorie van de risicobeheersing⁴¹⁴ levert derhalve een krachtig argument om te besluiten dat de trekker en de houder van de chequeformulieren niet aansprakelijk gesteld kunnen worden (zelfs niet gedeeltelijk) van zodra het bestaan van een grove fout in hoofde van de betrokkene kan worden bewezen, zelfs niet indien de trekker, respectievelijk de houder van het chequeboekje, zelf nalatig of grof nalatig is geweest.

170 *CHEQUE – VERZENDING DOOR DE BEGUNSTIGDE MET DE POST – DIEFSTAL – AANSPRAKELIJKHEID*

Wanneer de begunstigde de cheque heeft ontvangen, kan de trekker in ieder geval niet meer aansprakelijk worden gesteld. Artikel 35bis Ch.W. bepaalt immers dat de trekker die bewijst dat de cheque gestolen of vervalst werd nadat de wettige geadresseerde hem heeft ontvangen niet meer aansprakelijk kan worden gesteld⁴¹⁵. De trekker kan dus in geen geval het risico dragen van de verzending door de begunstigde van de cheque met de gewone post. Weliswaar zal de rekening van de trekker gedebiteerd worden, doch deze zal de begunstigde niet opnieuw moeten betalen, dit hoewel het bedrag van de schuldvordering niet aan hem ter beschikking werd gesteld.

In de verhouding tussen de begunstigde van de cheque en de betrokkene werd beslist tot de aansprakelijkheid van de begunstigde. Enerzijds was de rechtbank van oordeel dat de begunstigde, gelet op het risico van verlies, diefstal of vervalsing, een fout heeft begaan in de zin van artikel 1382 B.W. door een niet gekruiste cheque te deponeren in een gewone

⁴¹³ H. BUCKINX en W. VAN MINNEBRUGGEN, "Aansprakelijkheid in het betalingsverkeer", in E. WYMEERSCH (ed.), *Financieel Recht tussen Oud en Nieuw*, Antwerpen-Apeldoorn, Maklu, 1996, 771; J. VAN RYN en J. HEENEN, *Principes de droit commercial*, T. III, Brussel, Bruylant, 1981, 459.

⁴¹⁴ Vgl. in Duitsland *Sphärentheorie*: C. REISER, "Rechtliche Aspekte der Zahlungsverkehrsnetze", *W.M.* 1986, 1402-1403; C.P. SCHNEIDER, *Point of Sale-Zahlungen mit der ec-Karte*, Konstanz, Hartung-Gorre Verlag, 1990, 124-125 en 128-130; E. ULMER, *Das Recht der Wertpapiere*, Stuttgart, Rothhammer, 1938, 308. Zie ook: L. THEVENOZ, *Error and Fraud in Wholesale Funds Transfers. U.C.C. Article 4 A and the UNCITRAL Harmonization Process*, Zürich, Schulthess Polygraphischer Verlag, 29-30.

⁴¹⁵ Kh. Antwerpen 17 september 2004, *R.W.* 2006-2007, 850.

brievenbus met het oog op verzending en incasso ervan. Anderzijds werd beslist dat de betrokkene haar onderzoeks- en verificatieverplichting niet had miskend, aangezien de cheque deskundig werd vervalst en van de betrokkene niet kan worden verwacht dat hij overgaat tot een diepgaand schriftonderzoek⁴¹⁶.

171 *CHEQUE – VERLIES DOOR DE BEGUNSTIGDE – VERZET DOOR DE TREKKER – GROVE FOUT VAN DE BANK?*

Het spreekt voor zich dat in het geval waarin de begunstigde een regelmatige cheque verliest en de trekker als gevolg daarvan verzet doet bij de betrokkene, deze laatste rekening kan houden met het verzet. De betrokkene is chequerechterlijk immers niet gehouden tegenover de rechtmatige houder, laat staan tegenover de persoon die de cheque van de rechtmatige houder heeft ontstolen. De vraag rijst echter of de betrokkene in een dergelijke situatie door de begunstigde van de cheque aansprakelijk kan worden gesteld indien hij geen rekening heeft gehouden met het verzet van de trekker en tot betaling van de cheque is overgegaan.

Het hof van beroep te Gent is van oordeel dat door het verzet van de trekker de betrokkene in principe niet wordt ontslagen van zijn verplichting te betalen. Het hof steunt zich daarbij op de overweging dat de cheque betaalbaar is op zicht en elke daarmee strijdige vermelding voor niet geschreven moet worden gehouden⁴¹⁷. Het hof besluit dan ook dat er geen sprake kan zijn van een grove fout in hoofde van de betrokkene en dat deze bijgevolg niet aansprakelijk kan zijn in de verhouding tot de begunstigde van de cheque. Vooreerst moet worden opgemerkt dat waar het hof spreekt over een verplichting, deze verplichting enkel kan bestaan in de verhouding tot de trekker. Indien de trekker verzet aantekent tegen de uitbetaling van de cheque kan er dan ook naar onze overtuiging van geen enkele verplichting tot uitbetaling van de cheque meer sprake zijn.

In de annotatie bij het arrest wordt bovendien geargumenteed dat het hof ten onrechte een grove fout vereist om de betrokkene aansprakelijk te kunnen stellen⁴¹⁸. Uitgangspunt van de redenering is dat in het geval waarin de betrokkene geen rekening houdt met het verzet uitgaande van de trekker nagegaan moet worden of de betrokkene tegenover de trekker een contractuele fout heeft begaan. Het bedrag van de betrokkene dient getoetst te worden aan dat van een normaal, redelijk zorgvuldig bankier, geplaatst in dezelfde omstandigheden (*culpa levis in abstracto*). In geval van fout kan de trekker de door hem geleden schade vergoed zien. Punt is evenwel dat de trekker niet noodzakelijkerwijze schade zal lijden. Hoewel de cheque geen betaling inhoudt en de begunstigde dus bij toepassing van het gemeen recht opnieuw betaling zou kunnen vragen (art. 1239 B.W.), zal de trekker zich, zoals reeds werd vermeld, kunnen verweren door zich te beroepen op artikel 35bis Ch.W. De trekker is immers niet aansprakelijk indien de cheque werd gestolen nadat hij aan de wettige geadresseerde werd overhandigd. Het is dan de begunstigde die schade lijdt en die op grond van artikel 1382 B.W. de betrokkene aansprakelijk moet stellen. Hij moet bewijzen dat de contractuele fout tegenover de trekker, erin bestaan geen rekening te hebben gehouden met het verzet uitgaande van de trekker, ook *los van het contract* een schending inhoudt van de algemene zorgvuldigheidsnorm.

⁴¹⁶ Kh. Antwerpen 17 september 2004, *R.W.* 2006-2007, 850.

⁴¹⁷ Gent 9 februari 2001, *T.B.H.* 2003, 16, noot J.P. BUYLE en M. DELIERNEUX.

⁴¹⁸ Zie ook: Gent 9 februari 2001, *T.B.H.* 2003, 19, noot J.P. BUYLE en M. DELIERNEUX..

172 *CHEQUE – FRAUDE – MEEDELEN IDENTITEIT VAN DE PERSOON DIE CHEQUE HEEFT GEÏND – DISCRETIEPLICHT VAN DE BETROKKENE*

In geval van fraude kan de bank zich niet verstoppen achter haar discretieplicht om niet over te gaan tot de mededeling aan de trekker van de door haar genoteerde identiteit van de persoon die de cheque ten onrechte heeft geïnd (de verificatie van de identiteit is niet vereist bij een cheque aan toonder, wel bij een cheque aan order⁴¹⁹). De discretieplicht moet immers worden uitgeoefend in het voordeel van de cliënt van de bank en niet in het voordeel van derden. Meer nog, indien de gerechtelijke instanties in geval van fraude aan de bank de mededeling vragen van de betrokken cheque moet de betrokkene de genoteerde identiteit van de persoon die de cheque heeft geïnd onmiddellijk mededelen. Dit vloeit voort uit de verplichting om de overeenkomst met de trekker, haar cliënt, te goeder trouw uit te voeren⁴²⁰. Deze stelling mag niet verwonderen, nu het onmiddellijk opsporen van de betrokken persoon kan bijdragen in het recupereren van het verlies. De aansprakelijkheid van de betrokkene kan worden weerhouden voor zover schade en causaal verband kunnen worden aangetoond.

173 *POSTCHECK – GROVE FOUT VAN DE POST - AANSPRAKELIJKHEID VAN DE POST – VERVALSTE HANDTEKENING – FOUT VAN DE REKENINGHOUDER*

Artikel 15 van de wet van 2 mei 1956 op de postcheck bepaalt dat de houder van een postcheckrekening aansprakelijk is voor de orders gegeven op de postcheckformulieren die hem door De Post werden bezorgd. De rekeninghouder draagt al de gevolgen die voortvloeien uit het verlies, de diefstal of het verkeerde gebruik van de postcheck. Opdat de houder van de postcheckrekening op grond van deze bepaling aansprakelijk zou kunnen worden gesteld, is het niet vereist dat het bewijs wordt geleverd van een fout in hoofde van de rekeninghouder⁴²¹. Deze aansprakelijkheid berust immers niet op fout⁴²².

In de besproken periode werd geoordeeld dat deze bepaling echter geen toepassing kan vinden wanneer De Post heeft gehandeld met bedrog of een grove fout heeft begaan bij de uitbetaling van een cheque. In een dergelijke hypothese is het volgens het hof van beroep te Brussel in navolging van artikel 35bis van de Chequewet (dat weliswaar niet rechtstreeks van toepassing is), mogelijk De Post aansprakelijk te stellen⁴²³. Meer concreet kan de aansprakelijkheid van De Post weerhouden worden wanneer zij niet heeft opgemerkt dat de handtekening op de cheque duidelijk verschilt van de handtekening van de rekeninghouder. Het verweer van De Post, erin bestaande dat zij de handtekening van de trekker niet kon verifiëren nu de cheque in de Verrekenkamer door een andere bank op magnetische drager werd aangeboden⁴²⁴, werd

⁴¹⁹ O. POELMANS, “Chronique jurisprudence: vol, perte et utilisation abusive d’eurochèques (1975-1992)”, *J.T.* 1993, 418.

⁴²⁰ Brussel 22 mei 2002, *DAOR* 2003, afl. 66, 127.

⁴²¹ Brussel 29 maart 2001, *J.T.* 2002, 411.

⁴²² Cass. 25 januari 1996, *T.B.H.* 1996, 893, noot F. NICHELS.

⁴²³ F. NICHELS, “De aansprakelijkheid bij verlies of diefstal van postcheckformulieren en de draagwijdte van de wettelijke verplichting tot betaling van een gewaarborgde postcheck”, noot onder Cass. 25 januari 1996, *T.B.H.* 1996, 898. Zie verder: E. WYMEERSCH, M. DAMBRE en K. TROCH, “Privaat bankrecht. Overzicht van rechtspraak (1992-1998)”, *T.P.R.* 1999, 1956.

⁴²⁴ Het betreft de zogenaamde *cheque truncation*, waarbij de cheques door de bank van de begunstigde niet fysiek worden overgezonden naar de bank van de trekker, waardoor een controle van de handtekening onmogelijk wordt. Zie hierover: E. WYMEERSCH, M. DAMBRE en K. TROCH, “Privaat bankrecht. Overzicht van

door het hof van beroep terecht niet aanvaard. Indien een bank ervoor kiest de handtekening op de cheque niet te verifiëren door toe treden tot een systeem dat dergelijke verificatie onmogelijk maakt, dan moet zij daar de gevolgen van dragen. De Post, net als om het even welke andere bank, kan zich overigens niet exonereren van de verplichting om de handtekening te verifiëren, aangezien dergelijke exoneratie ingaat tegen de essentiële verbintenis van de bankier om enkel orders uit te voeren waartoe hij gemandateerd werd, i.e. orders waartoe de rekeninghouder zijn toestemming heeft gegeven⁴²⁵.

Tot slot werd in deze zaak nog geargumenteed dat de rekeninghouder en de erfgenamen ervan zelf in de fout was gegaan, waarbij onder meer werd voorgehouden dat niet tijdig verzet gedaan. Door het hof wordt ter zake opgemerkt dat niet van de erfgenamen kan worden verwacht dat zij zich bij het overlijden eerst en vooral bezighouden met het tellen van postcheckformulieren en dat in het licht van de omstandigheden het verzet binnen een normale termijn geschiedde. Dat het hof hier inderdaad onderzoekt of de rekeninghouder of zijn erfgenamen zelf een fout hebben begaan, mag niet verwonderen, aangezien de aansprakelijkheid van De Post gesteund wordt op het gemeen recht (en niet op de artikelen 35 en 35bis Ch.W.; *supra* nr. 167 over de rol van de fout van de trekker bij de toepassing van deze artikelen) en bij toepassing van de equivalentieleer in het geval waarin verschillende partijen een fout hebben begaan, besloten moet worden tot een gedeelde aansprakelijkheid.

Z. Het fondsvereiste

174 ALGEMEEN - WAARBORGHEQUE

Een cheque mag door de trekker enkel worden uitgegeven wanneer hij voldoende is geprovisioneerd. Het fonds of de provisie bestaat in de cheque uit de vordering van de trekker op de betrokkene⁴²⁶. Bij toepassing van artikel 61 Ch.W. is de trekker die wetens en willens een cheque uitgeeft zonder voorafgaand, toereikend en beschikbaar fonds strafbaar met een gevangenisstraf en met een geldboete. De uitgifte van een cheque zonder fonds is derhalve een misdrijf. De verplichting om te voorzien in voldoende provisie bestaat niet enkel wanneer de cheque wordt gebruikt als betaalinstrument, doch geldt tevens voor een zogenaamde waarborgcheque, i.e. een cheque die enkel dient ter garantie⁴²⁷.

175 BESTANDELEN VAN HET FONDS - KREDIETLIJN - KASFACILITEITEN

Het fonds kan niet alleen bestaan uit het creditsaldo op de rekening waarop de cheque wordt getrokken, doch kan tevens bestaan uit een kredietlijn verbonden aan de rekening. Heeft de trekker in de verhouding tot de betrokkene recht op krediet, i.e. een recht om tot een bepaald bedrag in min te gaan op zijn rekening, dan levert dit krediet de noodzakelijke provisie.

rechtspraak (1992-1998)”, *T.P.R.* 1999, 1930; R. STEENNOT, “Incasso van handelspapier en de algemene bankvoorwaarden”, in *Algemene Bankvoorwaarden, Cahiers AEDBF*, Brussel, Bruylant, 2005, 407.

⁴²⁵ Cass. 27 september 1990, *Bank Fin.* 1992, 37 noot J.P. ROMAIN, “La responsabilité du banquier qui exécute un chèque ou un virement comportant une fausse signature”.

⁴²⁶ E. WYMEERSCH, M. DAMBRE en K. TROCH, “Privaat bankrecht. Overzicht van rechtspraak (1992-1998)”, *T.P.R.* 1999, 1919

⁴²⁷ Luik 9 december 2002, *T.B.H.* 2004, 154, noot J.P. BUYLE en M. DELIERNEUX.

Beschikt de trekker daarentegen niet over een krediet, verbonden aan de rekening waarop de cheque wordt getrokken en werden in het verleden slechts kasfaciliteiten toegekend, dan is niet voldaan aan het vereiste van een voorafgaandelijk beschikbare provisie, aangezien kasfaciliteiten een loutere gedogenheid uitmaken en de bank niet verplicht is om deze in de toekomst opnieuw te verstrekken⁴²⁸.

De vraag is nu of, opdat er sprake zou zijn van een recht op krediet, een formele overeenkomst in die zin moet bestaan, of dat het volstaat dat er door de betrokkene in het verleden herhaaldelijk kasoverschrijdingen werden toegekend. In een vonnis van de correctionele rechtbank te Hasselt wordt geargumenteed dat herhaalde kasoverschrijdingen erop wijzen dat de overschrijding geschiedt met toestemming van de bank en dat de trekker er daardoor mocht van uitgaan dat er een krediet bestond. In een dergelijke situatie kan niet worden bewezen dat de trekker wetens en willens een cheque zonder dekking heeft uitgegeven en maakt hij zich dan ook niet schuldig aan het misdrijf van uitgifte van een cheque zonder dekking⁴²⁹. Deze beslissing wordt in de annotatie bekritiseerd. Ook in het verleden werd aanvaard dat kasfaciliteiten niet volstaan. Er dient een kredietlijn aanwezig te zijn.

176 *UITGIFTE ZONDER FONDS - AANSPRAKELIJKHEID VAN DE BANK VOOR UITBETALING VAN EEN NIET GEPROVISIONEERDE CHEQUE*

Zoals reeds werd vermeld, moet de trekker ervoor zorgen dat de cheque voldoende geprovisioneerd is. De vraag rijst of de trekker, in het geval waarin er onvoldoende provisie aanwezig is en de betrokkene toch tot uitbetaling van de cheque is overgegaan, de betrokkene aansprakelijk kan stellen voor de schade die resulteert uit de uitbetaling. Meer concreet werd door de trekker van een waarborgcheque geargumenteed dat de bank een fout begaat door zonder voorafgaandelijk contact op te nemen met hem een cheque te betalen terwijl deze onvoldoende is geprovisioneerd. In eerste aanleg wordt de trekker van de cheque gedeeltelijk in zijn redenering gevolgd. Er wordt beslist dat zowel de trekker (door een cheque zonder toereikend fonds uit te geven) als de bank (door die te betalen zonder voorafgaand contact op te nemen) een fout hebben begaan, hetgeen leidde tot een gedeelde aansprakelijkheid.

In beroep wordt anders beslist: er wordt geoordeeld dat een bank die een cheque uitbetaalt zonder dat deze voldoende is geprovisioneerd niet noodzakelijk een fout maakt. In het bijzonder wordt daarbij verwezen naar het feit dat de bank door de cheque te betalen ook handelt in het voordeel van haar cliënt. Door de cheque te betalen, bespaart de bankier de trekker het risico van strafrechtelijk vervolging voor uitgifte van een cheque zonder fonds. Bovendien stelt het hof: door de betaling van een cheque zonder fonds voert de bank louter een order van haar cliënt uit. Door het order te geven, aanvaardt de cliënt de gevolgen ervan te dragen. De schade die in hoofde van de trekker van een cheque zonder fonds ontstaat, kan dan ook niet worden verhaald op de bank⁴³⁰.

⁴²⁸ Brussel 18 oktober 1999, *DAOR* 2000, afl. 54, 147; Corr. Hasselt 10 november 1999, *Limb. Rechtsl.* 2000, 76, noot I. DELBROUCK.

⁴²⁹ Corr. Hasselt 10 november 1999, *Limb. Rechtsl.* 2000, 76, noot I. DELBROUCK.

⁴³⁰ Luik 9 december 2002, *T.B.H.* 2004, 154, noot J.P. BUYLE en M. DELIERNEUX.

177 *UITGIFTE ZONDER FONDS – HET BEGRIP “UITGIFE”*

Opdat een persoon strafrechtelijk gesanctioneerd zou kunnen worden voor de uitgifte van een cheque zonder fonds, is vooreerst vereist dat de cheque werd uitgegeven, i.e. dat de cheque in omloop werd gebracht. In bepaalde omstandigheden kan de ondertekening van een blanco cheque niet als een uitgifte ervan beschouwd worden. Zo werd geoordeeld dat van een uitgifte geen sprake is indien een cheque door twee bestuurders moet worden ondertekend en één van de bestuurders voorafgaand aan zijn afwezigheid een blanco cheque ondertekent die dan ten burele zou worden bewaard in afwachting van een uitgifte door de tweede bestuurder⁴³¹. In een dergelijke situatie mag de eerste bestuurder ervan uitgaan dat de tweede bestuurder bij het in omloop brengen van de cheque zal nagaan of deze geprovisioneerd is.

178 *UITGIFTE ZONDER FONDS – MOREEL ELEMENT - BEHOREN TE WETEN DAT DE CHEQUE NIET GEDEKT WAS*

Het moreel element van het in artikel 61, 1° Ch.W. bepaalde misdrijf bestaat in het feit dat de trekker bij de uitgifte van de cheque weet of behoort te weten dat er onvoldoende provisie is. Opdat de trekker strafrechtelijk veroordeeld zou kunnen worden voor de uitgifte van een cheque zonder fonds volstaat het dus dat de rechter uit de feiten kan afleiden dat de trekker op de hoogte behoorde te zijn van het feit dat er op het ogenblik van de uitgifte van cheque onvoldoende fonds aanwezig was⁴³². Dit werd in de besproken periode nogmaals door het Hof van Cassatie bevestigd⁴³³.

179 *UITGIFTE ZONDER FONDS – CHEQUE UITGESCHREVEN IN HET BUITENLAND – STRAFBAAR IN BELGIË*

Indien een cheque zonder fonds wordt uitgegeven in het buitenland rijst de vraag of dergelijke uitgifte strafbaar kan worden gesteld in België. Deze vraag dient bevestigend te worden beantwoord voor zover één van de bestanddelen van het misdrijf geheel of gedeeltelijk in België is gepleegd. Zo bijvoorbeeld is het mogelijk de trekker in België strafrechtelijk te veroordelen voor de uitgifte van een cheque in Nederland wanneer de cheque is getrokken op een rekening zonder fonds van een in België gevestigde bank⁴³⁴.

180 *UITGIFTE ZONDER FONDS – OPLICHTING – LISTIGE KUNSTGREEP*

Opdat sprake zou kunnen zijn van oplichting in de zin van artikel 496 Sw. is ondermeer vereist dat gebruik wordt gemaakt ofwel van valse namen of hoedanigheden ofwel van listige kunstgrepen. Het Hof van Cassatie bevestigde⁴³⁵ in de besproken periode haar vroegere rechtspraak en stelde dat de uitgifte van een cheque zonder fonds een listige kunstgreep kan

⁴³¹ Corr. Hasselt 10 november 1999, *Limb. Rechtsl.* 2000, 76, noot I. DELBROUCK.

⁴³² Cass. 13 januari 1999, *A.C.* 1999, 39.

⁴³³ Zie vroeger: Cass. 5 mei 1982, *A.C.* 1982, 1087.

⁴³⁴ Gent 4 januari 1999, *T.W.V.R.* 1999, 113.

⁴³⁵ Cass. 4 november 1974, *Pas.* 1975, I, 265, *A.C.* 1975, 288.

zijn in de zin van artikel 496 Sw., dit zelfs wanneer de trekker die de cheque uitschrijft geen andere arglistigheid heeft aangewend om de begunstigde te doen geloven aan het bestaan van een denkbeeldig krediet⁴³⁶. In casu werd door de trekker geargumenteed dat geen sprake van oplichting kon zijn omdat de nemer van de cheque of diens aangestelde op eigen initiatief de betalingsvoorwaarden had versoepeld en omdat de partijen waren overeengekomen dat de cheque enkel als waarborg zou gelden. Het Hof van Cassatie oordeelt dat geen van beide vaststellingen verhindert dat de overhandiging van de cheque zonder fonds een listige kunstgreep uitmaakt.

181 UITGIFTE ZONDER FONDS – BURGERLIJKE PARTIJ

De trekker kan in het geval van uitgifte zonder fonds door de nemer op verschillende gronden worden aangesproken: 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. Het slachtoffer vordert alsdan het herstel van de schade die hij naar aanleiding van het misdrijf heeft geleden⁴³⁷. Belangrijk is hierbij te benadrukken dat de burgerlijke partij het bedrag van de cheque enkel bij wege van schadevergoeding kan vorderen, indien de cheque de enige en onmiddellijke oorzaak is van de verrichte prestatie, i.e. indien de verbintenis tussen de partijen waarop de cheque betrekking heeft zonder de uitgifte van de cheque niet was ontstaan⁴³⁸.

Het hof van Cassatie herhaalde in de besproken periode zijn vroegere rechtspraak⁴³⁹, waarin werd beslist dat deze regel ook geldt wanneer de uitgifte van de cheque geschiedt ten titel van doorstorting van rembours gelden die derden hebben betaald voor aan hen geleverde prestaties⁴⁴⁰. De schade ontstaat dan enkel als gevolg van de uitgifte zonder fonds indien zonder de uitgifte van de cheque de prestatie niet zou zijn verleend.

AA. Voorrecht van de houder

182 VOORRECHT VAN DE HOUDER OP HET FONDS – HERROEPING VAN DE CHEQUE

Bij toepassing van artikel 39bis Ch.W. heeft de houder van een cheque tegenover de schuldeisers van de trekker een bevoorrechte schuldvordering op het fonds dat de betrokkene schuldig was ten tijde van de aanbieding van de cheque, onverminderd de toepassing van artikel 17 Faill.W. Deze bepaling is volgens het hof van beroep te Brussel niet van toepassing, indien de vordering ingesteld door de begunstigde niet van cambiairrechtelijke aard is, doch gesteund is op de onrechtmatige herroeping van de cheque⁴⁴¹.

⁴³⁶ Cass. 13 mei 2003, *Pas.* 2003, 968, *T. Strafr.* 2004, 282. Zie ook: Brussel 15 april 2005, *NjW* 2005, 1030.

⁴³⁷ E. WYMEERSCH, M. DAMBRE en K. TROCH, "Privaat bankrecht. Overzicht van rechtspraak (1992-1998)", *T.P.R.* 1999, 1921.

⁴³⁸ Bergen 23 februari 1999, *Rev. Dr. Pén.* 1999, 1058.

⁴³⁹ Cass. 6 december 1995, *A.C.* 1995, 1086.

⁴⁴⁰ Cass. 24 mei 2005, *Pas.* 2005, 1101.

⁴⁴¹ Brussel 27 september 2005, *T.B.H.* 2007, 41, noot J.P. BUYLE en M. DELIERNEUX.

Deze beslissing wordt in de annotatie sterk bekritiseerd, omdat de houder *in het betrokken geval* niet enkel een vordering tegen de betrokkene bank had ingesteld (dit tot nakoming van de contractuele verbintenis die zij was aangegaan om het bedrag van de cheque gedurende een termijn van zes maanden op een wachtrekening te plaatsen en onder bepaalde voorwaarden over te maken aan de begunstigde (*supra* nr. 143)), doch tevens een vordering die strekte tot de veroordeling van de trekker⁴⁴². Laatstgenoemde vordering is ongetwijfeld van cambiairrechtelijke aard. In ieder geval zou dit gegeven in de betrokken zaak niet tot een andere oplossing geleid hebben aangezien de vordering tegen de trekker evenzeer werd ingesteld na het verstrijken van de verjaringstermijn.

BB. Verjaring van de chequerechtelijke vordering

183 TOEPASSINGSGBIED – VORDERING VAN CHEQUERECHTERLIJKE AARD

Artikel 52 Ch.W. bepaalt dat de regresvorderingen van de houder tegen de endossanten, de trekker en de andere chequeschuldenaars verjaren door verloop van zes maanden, te rekenen vanaf het einde van de aanbiedingstermijn. Deze bepaling vindt maar toepassing indien de vordering van cambiairrechtelijke aard is⁴⁴³. Bijvoorbeeld, is de handtekening van de houder van een chequeboekje vervalst, dan zal de vordering die door de onbetaalde houder te goeder trouw van de cheque wordt ingesteld tegen de houder van het chequeboekje, noodzakelijkerwijze gesteund zijn op het gemeen recht (*supra* nr. 142). Deze vordering is onderworpen aan de gemeenrechtelijke verjaringstermijnen. De verkorte verjaringstermijn van artikel 52 Ch.W. is niet van toepassing bij ontstentenis van geldige chequerechtelijke verbintenis⁴⁴⁴.

De betrokkene is chequerechtelijk niet gehouden tot betaling van de houder. De verkorte verjaringstermijn uit artikel 52, lid 1 Ch.W. zal dan ook niet ingeroepen kunnen worden voor vorderingen tussen de houder en de betrokkene. Zo werd bijvoorbeeld geoordeeld dat de verkorte verjaringstermijn uit artikel 52, lid 1 Ch.W. geen toepassing vindt wanneer de betrokkene de houder, die hij ten onrechte heeft betaald, aanspreekt op grond van de leer van de onverschuldigde betaling⁴⁴⁵.

184 TOEPASSINGSGBIED – TERUGVORDERING VAN HET ONDER VOORBEHOUD GE-CREDITEERDE BEDRAG

Een ander geval waarin de toepassing van de verkorte verjaringstermijn uit artikel 52, lid 1 Ch.W. werd afgewezen betrof de vordering ingesteld door de bankier belast met het incasso van de cheque tegen haar cliënt. De vordering betrof meer concreet de terugvordering van het onder voorbehoud gecrediteerde bedrag. Bijzonder aan het geval was dat de cliënt van de bank in het betrokken geval niet als een endossant van de cheque kon worden beschouwd doordat hij bij de afgifte van de cheque aan zijn bankier niet was overgegaan tot de

⁴⁴² Brussel 27 september 2005, *T.B.H.* 2007, 44-45, noot J.P. BUYLE en M. DELIERNEUX..

⁴⁴³ Antwerpen 24 oktober 2002, *NjW* 2003, 596.

⁴⁴⁴ Antwerpen 24 oktober 2002, *NjW* 2003, 596.

⁴⁴⁵ Kh. Nijvel 8 juni 1999, *T.B.H.* 2000, 677, noot J.P. BUYLE en M. DELIERNEUX.

rugtekening van de cheque⁴⁴⁶. De terugvordering van de onder voorbehoud gecrediteerde sommen diende aldus gesteund te worden op het gemeen recht, omdat de begunstigde de cheque niet had geëndoseerd.

Ook in een andere zaak werd geoordeeld dat de terugvordering van de onder voorbehoud gecrediteerde sommen niet onder de verkorte verjaringstermijn uit artikel 52, lid 1 Ch.W. viel, omdat de vordering strekte tot terugvordering van het debetsaldo dat was ontstaan ingevolge de debitering van de rekening met het onder voorbehoud gecrediteerde bedrag⁴⁴⁷.

Uit deze rechtspraak blijkt duidelijk dat de verkorte verjaringstermijn uit artikel 52, lid 1 Ch.W. enkel toepassing vindt indien de vordering van de betrokkene bank gestoeld is op de cheque zelf en de cliënt wordt aangesproken in zijn hoedanigheid van endossant van de cheque.

185 *VORDERING TEGEN DE TREKKER - RECHTSGROND*

Artikel 52 bis Ch.W. bepaalt dat in geval van verjaring een rechtsoverdracht blijft bestaan tegen de trekker die geen fonds heeft bezorgd en tegen een trekker of endossant die zich onrechtmatig zou hebben verrijkt. Deze vordering is niet chequerechtelijk van aard en verjaart dan ook niet na zes maanden⁴⁴⁸. Aangezien de rechtsoverdracht niet onder de toepassing van het wisselrecht valt, dient de uitoefening ervan gesteund te zijn op de oorspronkelijke rechtsverhouding, die heeft geleid tot de uitgifte van de cheque⁴⁴⁹.

186 *POSTCHECK*

Artikel 27, 1° van de wet van 2 mei 1956 op de postcheck bepaalt dat elk verhaal uit hoofde van postcheck verjaart door verloop van zes maanden te rekenen van de datum van uitgifte. Deze bepaling is echter niet van toepassing indien de aansprakelijkheidsvordering, ingesteld tegen De Post gesteund is op een fout van De Post. Dergelijke vordering resulteert immers niet uit de postcheck. Het gaat om een gemeenrechtelijke vordering waarop de gemeenrechtelijke verjaringstermijn van toepassing is⁴⁵⁰.

CC. De reischeque

187 *REISCHEQUE – AARD – VERWEERMIDDELEN*

De reischeque vormt in tegenstelling tot de cheque niet het voorwerp van enige specifieke reglementering. In de rechtsleer bestaat heel wat discussie over de vraag of de reischeque kan

⁴⁴⁶ Brussel 13 december 2005, *T.B.H.* 2007, 46, noot J.P. BUYLE en M. DELIERNEUX.

⁴⁴⁷ Brussel 21 november 2003, *Journ. Proc.* 2004, afl. 492, 25.

⁴⁴⁸ Brussel 7 mei 2001, *J.L.M.B.* 2002, 1313; Kh. Nijvel 8 juni 1999, *T.B.H.* 2000, 677, noot J.P. BUYLE en M. DELIERNEUX.

⁴⁴⁹ Brussel 7 mei 2001, *J.L.M.B.* 2002, 1313. Zie ook: Cass. 26 november 1992, *Pas.* 1992, I, 1309.

⁴⁵⁰ Brussel 29 maart 2001, *J.T.* 2002, 411.

worden beschouwd als een cheque in de zin van de Chequewet en in ontkennend geval of de Chequewet bij analogie kan worden toegepast⁴⁵¹. Het hof van beroep te Brussel oordeelde in de besproken periode dat de reischeque niet als een cheque in de zin van de Chequewet kan worden beschouwd. Het hof sluit zich daarmee aan bij de stelling die door de meerderheid van de auteurs wordt verdedigd.

Het hof stelt in dit arrest niet enkel dat de reischeque geen cheque is, doch geeft tevens aan wat het wel is, met name een cambiaire titel *sui generis*⁴⁵². De vaststelling dat het om een cambiaire titel gaat, is van belang, aangezien de houder van een dergelijke titel, ingevolge het zelfstandig karakter ervan, een recht heeft op betaling van de op de titel vermelde sommen, zonder dat hem daarbij excepties kunnen worden tegengeworpen die gesteund zijn op de onderliggende verhouding. Dit recht is volgens het hof echter niet absoluut. Enerzijds is het noodzakelijk dat alle vormvereisten betreffende de uitgifte en de verhandelbaarheid van de titel werden gerespecteerd, anderzijds dat de houder bij de verwerving van de titel te goeder trouw is. Wat het eerste aspect betreft, was in het betrokken geval het probleem dat het formalisme eigen aan de reischeque - erin bestaand dat de koper van de reischeque bij de verwerving ervan zijn handtekening aanbrengt en de reischeque een tweede keer moet ondertekenen bij de overhandiging ervan aan de begunstigde - niet werd nageleefd (de houder had in casu een blanco reischeque ontvangen). Bovendien kon in het betrokken geval de houder niet als te goeder trouw worden beschouwd, aangezien die in het licht van de omstandigheden de frauduleuze oorsprong van de reischeques had moeten opmerken.

Het arrest is vanuit juridisch oogpunt van bijzonder belang omdat het duidelijk maakt dat de regel inzake de niet-tegenwerpbaarheid van excepties ook geldt bij de reischeque, dit omwille van het abstract of zelfstandig karakter ervan.

§ 20. – Overschrijvingen

DD. Algemeen

188 OMSCHRIJVING

De overschrijving is een verrichting waarbij de rekeninghouder aan zijn bank de opdracht geeft om zijn rekening te debiteren en de rekening van een door hem aangewezen begunstigde met hetzelfde bedrag te crediteren⁴⁵³. Een overschrijving is vormvrij. Zij kan schriftelijk, al dan niet op een vooraf gedrukt standaardformulier, mondeling en elektronisch worden gegeven.

189 SCHENKING – ONRECHTSTREEKSE SCHENKING – BEWIJS

⁴⁵¹ Zie voor een overzicht: Brussel 25 januari 2001, *T.B.H.* 2003, 14, noot J.P. BUYLE en M. DELIERNEUX.

⁴⁵² Brussel 25 januari 2001, *T.B.H.* 2003, 9, noot J.P. BUYLE en M. DELIERNEUX. Het arrest hervormt Kh. Brussel 24 juli 2000, *J.T.* 2001, 490.

⁴⁵³ Antwerpen 11 december 2003, *RABG* 2005, 321; Gent 13 februari 2006, *NjW* 2006, 615.

Wanneer een bepaald bedrag door middel van een overschrijving wordt geschonken, dan kan er geen sprake zijn van een handgift. De handgift vereist immers de overhandiging van een lichamelijk goed, hetgeen niet gebeurt bij de uitvoering van een overschrijving. Er kan dan ook slechts sprake zijn van een onrechtstreekse schenking⁴⁵⁴. Gelet op het neutrale karakter van de overschrijving, kan het bewijs van de wil om te schenken niet afgeleid worden uit het enkele feit dat een overschrijving heeft plaatsgevonden. Het bewijs dat de overschrijving geschiedde uit vrijgevigheid (*animus donandi*) kan geleverd worden met alle middelen van recht⁴⁵⁵, met inbegrip van getuigen en vermoedens.

EE. Onvoldoende fonds en faillissement van de opdrachtgever

190 ONVOLDOENDE FONDS – GEEN UITVOERING OP EEN LATER TIJDSTIP – BANKVOORWAARDEN – RELATIVITEIT VAN DE OVEREENKOMST – GEEN BEDING TEN GUNSTE VAN DERDEN - GEEN AANSPRAKELIJKHEID TEGENOVER BEGUNSTIGDE

Wanneer een bank een overschrijvingsopdracht ontvangt en er onvoldoende fondsen aanwezig zijn op de rekening, kan zij, doch hoeft zij de overschrijving niet uit te voeren (behoudens wanneer de cliënt recht heeft op een krediet en de limiet daarvan niet wordt overschreden). Om toe te laten overschrijvingen alsnog op een later tijdstip uit te voeren, bepalen de bankvoorwaarden vaak dat de bank het recht heeft om in het geval waarin het rekeningsaldo ontoereikend is op het ogenblik dat de opdracht wordt gegeven, de overschrijvingsopdracht op een latere datum *al dan niet* uit te voeren. Met andere woorden, is het saldo op de rekening op een later tijdstip wel toereikend, dan heeft de bank bij toepassing van dit beding de mogelijkheid het order uit te voeren, maar is ze daartoe niet verplicht.

In een geval waarin de rekeninghouder failliet wordt verklaard, wordt de bank door de begunstigde van twee niet-uitgevoerde overschrijvingsopdrachten verweten de overschrijvingsopdrachten niet te hebben uitgevoerd. Weliswaar was er geen voldoende fonds op het tijdstip waarop de opdrachten werden gegeven, maar de aanwezigheid van voldoende fondsen op een later tijdstip verplichtte volgens de begunstigde de bank de overschrijvingen uit te voeren. Geargumenterd wordt dat de bank zich niet zou kunnen beroepen op het hierboven vermelde beding, onder meer gelet op de relativiteit van de overeenkomst, dat de overschrijvingsopdracht een beding ten gunste van derden inhoudt en dat de bank een fout heeft begaan die haar buitencontractuele aansprakelijkheid in het gedrang brengt. Geen van de argumenten wordt door het hof van beroep te Gent aanvaard⁴⁵⁶.

Dit arrest erkent vooreerst de geldigheid van bedingen die de bank de mogelijkheid bieden, doch voor de bank geen verplichting inhouden, om in het geval waarin de rekening onvoldoende geprovisioneerd is op het tijdstip waarop een overschrijvingsopdracht wordt gegeven, deze opdracht later uit te voeren. Dergelijke bedingen zorgen ervoor dat de bank niet aansprakelijk kan worden gesteld door haar cliënt omdat zij het order op een later tijdstip wel of juist niet heeft uitgevoerd. Maar dergelijk beding heeft niet enkel gevolgen in de verhouding tussen de cliënt en zijn financiële instelling. De bank kan zich ook op het bestaan

⁴⁵⁴ Brussel 8 maart 2002, *J.L.M.B.* 2003, 1211, noot J. SACE; Luik 7 maart 2000, *J.L.M.B.* 2000, 1079, noot J. Sace, *Rec. Gén. Enr. Not.* 2000, 431, noot B. GOFFAUX.

⁴⁵⁵ Luik 7 maart 2000, *J.L.M.B.* 2000, 1079, noot J. Sace, *Rec. Gén. Enr. Not.* 2000, 431, noot B. GOFFAUX.

⁴⁵⁶ Gent 13 februari 2006, *NjW* 2006, 615.

van dit beding beroepen tegenover de begunstigde van de niet-uitgevoerde overschrijving. Dit is niet strijdig met de relativiteit van de overeenkomst, aangezien de relatieve werking beperkt is tot de obligatoire gevolgen van het contract, doch geenszins de tegenwerpelijke van het bestaan van de overeenkomst aan derden in de weg staat.

Vervolgens bevestigt het hof dat de overschrijvingsopdracht geen beding ten gunste van derden inhoudt. Het hof steunt zich daarbij onder meer op de overweging dat een overschrijvingsopdracht, behoudens andersluidend beding, door de opdrachtgever kan worden herroepen, dat de overschrijving een abstract karakter heeft en dat het loutere feit dat iemand voordeel haalt uit de uitvoering van overschrijving niet impliceert dat het om een beding ten gunste van derden zou gaan.

Wat tot slot de vordering op grond van artikel 1382 B.W. betreft, stelt het hof - na te hebben verduidelijkt dat het bestaan van een overeenkomst tussen de bank en haar cliënt de buitencontractuele aansprakelijkheid tegenover derden niet verhindert indien de beweerde miskenning van de contractuele verplichtingen ook los van het contract de schending oplevert van de voor iedereen geldende algemene zorgvuldigheidsnorm – dat de bank in casu geen enkele fout heeft begaan door het order op een later tijdstip (waarop voldoende fondsen aanwezig waren) niet uit voeren, waarbij opnieuw wordt verwezen naar de bepaling in de bankvoorwaarden.

191 FAILLISSEMENT VAN DE OPDRACHTGEVER – UITVOERING VAN DE OPDRACHT – ONVERSCHULDIGDE BETALING

Indien een overschrijvingsopdracht door de bank wordt uitgevoerd nadat de opdrachtgever failliet werd verklaard, rijst de vraag of deze betaling tegenwerpelijk is aan de massa en of, indien dit niet het geval is, de bank het bedrag van de opdracht van de begunstigde kan terugvorderen op grond van de onverschuldigde betaling. Deze vragen kwamen aan bod in een arrest van het hof van beroep te Antwerpen⁴⁵⁷. Bijzonder aan het geval was dat de rekening van de gefailleerde door de bank slechts werd gedebiteerd, de dag na het faillissement van de opdrachtgever.

Het hof komt tot het besluit dat de bank kan overgaan tot de terugvordering van het bedrag van de overschrijving op grond van de onverschuldigde betaling. De redenering is als volgt: ingevolge het faillissement wordt een einde gesteld aan het mandaat van de bank om tot de uitvoering van overschrijvingsopdrachten over te gaan. Immers het kennelijk onvermogen van de lastgever – aanvaard wordt dat het faillissement als kennelijk onvermogen geldt – stelt van rechtswege een einde aan het mandaat. Door, zonder daartoe nog gemandateerd te zijn, over te gaan tot de uitvoering van de overschrijvingsopdracht heeft de bank een onverschuldigde betaling gedaan. Deze stelling verdient te worden goedgekeurd.

192 FAILLISSEMENT VAN DE OPDRACHTGEVER – BEVESTIGING VAN BETALING DOOR DE BANK – GEEN UITVOERING – GEEN AANSPRAKELIJKHEID TEGENOVER DE BEGUNSTIGDE

⁴⁵⁷ Antwerpen 14 september 2006, *T.B.H.* 2007, 359, noot M. DREESSEN.

In een andere zaak was de vraag aan de orde of een bank die een overschrijvingsorder ontvangt na de faillietverklaring van haar cliënt door de begunstigde van die opdracht aansprakelijk kan worden gesteld, dit omdat zij het order niet heeft uitgevoerd. Bijzonder aan het geval was dat de bank na de datum van faillietverklaring, doch zonder van de faillietverklaring op de hoogte te zijn, op vraag van haar cliënt de begunstigde had bevestigd het order te zullen uitvoeren⁴⁵⁸.

Het spreekt voor zich dat een bank er niet toe gehouden is overschrijvingsopdrachten uit te voeren wanneer deze worden ontvangen na de faillietverklaring. Dit spreekt voor zich: de opdrachtgever is immers, eens hij failliet is verklaard, niet meer bekwaam om betalingsopdrachten te geven. Het enkele feit dat niet tot uitvoering werd overgegaan, kan dan ook geen fout inhouden in de verhouding tot de begunstigde van de overschrijvingsopdracht.

De vraag is echter of de bank tegenover de begunstigde op één of andere manier gehouden kan zijn, doordat zij heeft bevestigd tot uitvoering over te gaan. Door het hof van beroep te Antwerpen wordt vooreerst beslist dat dergelijke bevestiging geen contractuele relatie tot stand brengt tussen de bank en de begunstigde. De aansprakelijkheid van de bank kan dan ook enkel extracontractueel van aard zijn. In casu werd de aansprakelijkheid van de bank niet weerhouden omdat geen fout kon worden bewezen. Meer concreet werd geoordeeld dat de bank geen fout begaat door niet uitdrukkelijk aan te geven dat de bevestiging geldt onder voorbehoud van onvoorziene omstandigheden die alsnog de betaling verhinderen. Dit is immers vanzelfsprekend. Ook het feit dat de bank de begunstigde niet op de hoogte heeft gebracht van het faillissement van de opdrachtgever – eens de bank daar zelf van op de hoogte was - werd niet als foutief beschouwd.

FF. Afleidingsbedingen

193 OMSCHRIJVING -GELDIGHEID

Afleidingsbedingen zijn bedingen waarbij een bank zich het recht voorbehoudt om het bedrag van een overschrijving, dat overeenkomstig de instructies van de opdrachtgever moet worden overgemaakt op een rekening die de begunstigde aanhoudt bij een andere bank, te boeken op de rekening die de begunstigde bij haar heeft. Dergelijke clausules worden in de algemene bankvoorwaarden ingelast, omdat zij toelaten de kosten die verbonden zijn aan het betalingsverkeer te reduceren. De informatisering heeft de banken immers de mogelijkheid geboden om gelden vlot af te leiden naar eigen rekeningen, hetgeen goedkoper uitvalt voor de banken en doorgaans een snellere afhandeling van overschrijvingen tot gevolg heeft. Daarnaast bieden deze clausules kredietinstellingen de mogelijkheid compensatiebedingen in werking te laten treden (ingevolge de creditering van de rekening die de begunstigde bij de bank houdt, kan een creditsaldo ontstaan dat gecompenseerd kan worden met hetgeen de begunstigde aan de bank verschuldigd is).

De vraag rijst of dergelijke afleidingsbedingen, die men aantreft in de algemene bankvoorwaarden, geldig zijn. In de besproken periode treft men hieromtrent twee tegenstrijdige uitspraken aan. In een eerste arrest oordeelt het hof van beroep te Gent dat een

⁴⁵⁸ Antwerpen 26 juni 2000, *A.J.T.* 2001-2002, 490, noot C. MICHIELS.



afleidingsbeding nietig is, in het bijzonder omdat dergelijk beding de kredietinstelling een recht biedt dat onmiskenbaar aanleiding kan geven tot misbruiken en fraude⁴⁵⁹. Bovendien stelt het hof is het beding intern tegenstrijdig waar het ruimte laat voor andersluidende instructies van de opdrachtgever, aangezien het opgeven van het bankrekeningnummer van de begunstigde als een andersluidende instructie moet worden beschouwd. In een tweede arrest, ditmaal van het hof van beroep te Brussel, wordt de geldigheid van afleidingsbedingen wel erkend, op grond van de overweging dat het mechanisme gebruikelijk is in de banksector⁴⁶⁰. Zoals later zal blijken, vereist het hof wel dat de opdrachtgever wordt geïnformeerd omtrent de afleiding van de overschrijvingsopdracht (*infra* nr. 193).

Wij hebben het moeilijk met de redenering die door het hof van beroep te Gent wordt ontwikkeld. De volgens het hof aanwezige interne tegenstrijdigheid van het bankreglement vormt op zich naar onze overtuiging geen grond tot nietigverklaring van een contractuele clause. Is er een tegenstrijdigheid, dan moeten de regels inzake de interpretatie van overeenkomsten gehanteerd worden. Een coherente interpretatie van de clause noopt tot de conclusie dat de loutere vermelding door de opdrachtgever van het rekeningnummer van de begunstigde bij een andere financiële instelling niet te beschouwen is als een “andersluidende instructie” die de kredietinstelling niet langer machtigt om de overschrijving af te leiden naar een in haar boeken geopende rekening van de begunstigde. Hier anders over oordelen, zoals het hof in het geannoteerde arrest doet, ontnemt aan de clause nagenoeg elke praktische betekenis voor de kredietinstelling, hetgeen bezwaarlijk verzoenbaar lijkt met art. 1157 B.W. Immers, de mogelijkheid voor de kredietinstelling om de overschrijvingsopdracht af te leiden naar een rekening die de begunstigde bij haar aanhoudt, speelt enkel in de hypothesen waarin de cliënt de opdracht heeft gegeven om de rekening van de begunstigde bij een ander financiële instelling te crediteren.

Ook de vaststelling dat een recht *aanleiding kan geven* tot misbruiken of fraude is op zich geen reden om een clause nietig te verklaren. Ofwel impliceert een clause op zich fraude of misbruik, in welk geval zij een ongeoorloofde oorzaak heeft en nietig is (art. 1131 B.W.). Ofwel wordt het in de clause aan de financiële instelling toegekende recht aangewend op een wijze die in strijd is met de goede trouw⁴⁶¹. In dat geval kan niet tot de nietigheid van de clause besloten worden, doch moet de uitoefening van het recht beperkt worden tot de normale uitoefening ervan of moet de door de kennelijk onredelijke uitoefening van het recht veroorzaakte schade hersteld worden⁴⁶². Het is echter weinig waarschijnlijk dat de uitoefening door de kredietinstelling van het contractueel toegekende recht om de rekening die de begunstigde bij haar voert te crediteren, rechtsmisbruik oplevert.

⁴⁵⁹ Gent 4 februari 2000, *Bank Fin.* 2000, 475, noot R. STEENNOT en M. TISON.

⁴⁶⁰ Brussel 9 oktober 2002, *T.B.H.* 2004, 143, noot J.P. BUYLE en M. DELIERNEUX.

⁴⁶¹ Krachtens het principe van de beperkende werking van de goede trouw kan de rechter nagaan of de toegekende contractuele rechten niet worden uitgeoefend op een wijze die in strijd is met de goede trouw: Cass. 16 januari 1986, *R.W.* 1987-1988, 1470; Cass. 19 september 1983, *R.C.J.B.* 1986, 282, noot J.L. FAGNART, “L’exécution de bonne foi des conventions: un principe en expansion”; Cass. 18 juni 1987, *R.W.* 1987-1988, 502. Het toetsingscriterium is het rechtsmisbruik, zodat de rechter moet nagaan of de titularis van het recht zijn recht heeft uitgeoefend op een wijze die kennelijk de grenzen te buiten gaat van een normale uitoefening van dat recht door een voorzichtig en bedachtzaam mens: Cass. 20 november 1987, *R.W.* 1987-1988, 1099; Cass. 15 oktober 1987, *R.W.* 1987-1988, 1506; H. BOCKEN, “De goede trouw bij de uitvoering van verbintenissen”, *R.W.* 1989-1990, 1045.

⁴⁶² Cass. 16 december 1982, *Pas.* 1983, I, 472.

194 *AFLEIDINGSBEDING – RELATIVITEIT VAN DE OVEREENKOMST – AANSPRAKELIJKHEID TEGENOVER DERDEN*

In de zaak die aan het hof van beroep te Brussel⁴⁶³ werd voorgelegd, werd door de bankier van de begunstigde (tevens schuldeiser van de begunstigde) geargumenteed dat het afleidingsbeding dat aanwezig was in de overeenkomst tussen de opdrachtgever en diens bank, hem niet kon worden tegengeworpen op grond van de relativiteit van de overeenkomst. Dit argument wordt door het hof terecht niet aanvaard. Artikel 1165 B.W. verhindert enkel dat derden rechtstreeks rechten halen uit een overeenkomst waarbij ze geen partij zijn of dat derden op grond van een overeenkomst waarbij ze geen partij zijn verplichtingen worden opgelegd. Artikel 1165 B.W. impliceert niet dat de overeenkomst voor derden niet bestaat. De overeenkomst kan daarentegen als feitelijk gegeven aan derden worden tegengeworpen. Derden zijn dus in beginsel gehouden de gevolgen van de overeenkomst tussen de contracterende partijen te erkennen.

In dezelfde zaak argumenteerde de bank van de begunstigde in ondergeschikte orde dat de uitvoering van het afleidingsbeding in hoofde van de bank van de opdrachtgever een fout impliceert, waardoor zij gehouden is de door die fout veroorzaakte schade te vergoeden. De buitencontractuele aansprakelijkheid van de bank van de opdrachtgever wordt echter door het hof niet weerhouden. Geoordeeld wordt dat de bank van de opdrachtgever bij de toepassing van het afleidingsbeding heeft gehandeld zoals een normale beroepsbeoefenaar in dezelfde omstandigheden gehandeld zou hebben. Om tot dit besluit te komen overweegt het hof onder meer dat de bank van opdrachtgever er mag van uitgaan dat de begunstigde van de overschrijving de schuldeiser is van de opdrachtgever. Op de bank die geen kennis heeft van het doel van de overschrijving rust geen verplichting om de onderliggende beweegreden van de overschrijving te achterhalen vooraleer tot de afleiding wordt overgegaan. Deze stelling mag niet verwonderen gelet op de zogenaamde neutraliteit van de overschrijving.

195 *AFLEIDINGSBEDING – INFORMATIEVERPLICHTING – AANSPRAKELIJKHEID TEGENOVER DE OPDRACHTGEVER*

Tot dusver ging de bank, die in uitvoering van het afleidingsbeding de rekening crediteerde die de begunstigde bij haar voerde, vrijuit. Maar de bank van de opdrachtgever wordt ook door de opdrachtgever aansprakelijk gesteld en op dit punt wordt de aansprakelijkheid van de bank wel weerhouden. Het hof stelt dat de bankier die op grond van de algemene bankvoorwaarden effectief betalingen afleidt en uitdrukkelijk gegeven opdrachten anders uitvoert dan op de wijze waarop ze worden gegeven, een fout begaat of minstens een grote onvoorzichtigheid, indien hij de opdrachtgever er niet tijdig van verwittigt dat de opdracht anders wordt uitgevoerd dan gevraagd. Meer concreet dient de opdrachtgever volgens het hof op die wijze geïnformeerd te worden dat hij nog tijdig kan beslissen, hetzij om de opdracht te annuleren, hetzij om ze op één of andere wijze aan te passen, hetzij om andere maatregelen te nemen. Met andere woorden, een afleidingsbeding is geldig, maar in de verhouding tot de opdrachtgever bestaat een informatieplicht die erin bestaat voor de uitvoering van het order en de toepassing van het afleidingsbeding de opdrachtgever op de hoogte te brengen van het voornemen om het afleidingsbeding toe te passen. De schuldenaar kan er immers belang bij hebben dat de betaling van de schuldeiser op een bepaalde rekening geschiedt.

⁴⁶³ Brussel 9 oktober 2002, *T.B.H.* 2004, 143, noot J.P. BUYLE en M. DELIERNEUX.

Vooral het aspect dat de informatie verstrekt moet worden voorafgaand aan de toepassing van het afleidingsbeding (en derhalve de uitvoering van de overschrijving) en dat blijkbaar ruimte moet worden gelaten voor een reactie van de opdrachtgever wordt in de annotatie sterk bekritiseerd⁴⁶⁴. Dergelijke verplichting zou immers onverenigbaar zijn met de snelheid waarmee overschrijvingsopdrachten worden uitgevoerd en de verwachtingen die de opdrachtgever op dit punt heeft. En inderdaad we kunnen de bezorgdheid van de commentatoren begrijpen: indien een opdrachtgever een overschrijvingsopdracht geeft aan het einde van de betalingstermijn waarover hij in de verhouding tot de begunstigde beschikt, dan kan de naleving van een dergelijke informatieverplichting de uitvoering van de overschrijving dermate vertragen dat de betaling in de verhouding tussen schuldenaar en schuldeiser laattijdig geschiedt, met alle gevolgen van dien. Bovendien zal het de schuldenaar in de meeste gevallen niet uitmaken welke rekening van de begunstigde wordt gecrediteerd.

196 CONCLUSIE

Bekijkt men beide arresten, dan stelt men vast dat de rechtspraak zich kritisch opstelt met betrekking tot afleidingsbedingen, hetzij door ze nietig te verklaren, hetzij door op risico van aansprakelijkheid een informatieverplichting op te leggen die de toepassing van afleidingsbedingen in de praktijk bijzonder bemoeilijkt. Rekening houdend met de voordelen die afleidingsbedingen creëren voor cliënten (minder kosten), kan de vraag worden opgeworpen of de geldigheid van afleidingsbedingen niet zonder meer moet worden erkend en worden aangenomen dat de cliënt voldoende is geïnformeerd omtrent het afleidingsbeding als gevolg van de omschrijving ervan in de bankvoorwaarden. *Conditio sine qua non* voor de geldigheid van het afleidingsbeding lijkt ons wel te zijn dat ruimte wordt gelaten voor andersluidende instructies, waarbij het louter opgeven van een rekeningnummer van de begunstigde bij een andere bank dan uiteraard niet als een andersluidende instructie kan worden beschouwd. Van een andersluidend instructie kan bijvoorbeeld sprake zijn indien de cliënt aan het loket mededeelt dat de opgegeven rekening van de begunstigde moet worden gecrediteerd en geen andere.

Wij willen in dit kader ook nog opmerken dat de problematiek betreffende de geldigheid en de toepassing van afleidingsbedingen niet aan de orde is wanneer de opdrachtgever bij het invullen van de overschrijvingsopdracht enkel melding maakt van het rekeningnummer van de begunstigde, dit zonder de identiteit ervan te vermelden. De bank van de opdrachtgever kan alsdan niet weten of de begunstigde bij haar een rekening voert. De uitvoering van opdrachten zonder vermelding van identiteit van de begunstigde is vandaag mogelijk tot een bedrag van 10.000 euro (zie ook *infra* nr. 206).

GG. Vervalste overschrijvingsopdrachten

197 ALGEMEEN

⁴⁶⁴ Brussel 9 oktober 2002, *T.B.H.* 2004, 152-153, noot J.P. BUYLE en M. DELIERNEUX.

In wat volgt, wordt aan de hand van de gepubliceerde rechtspraak een overzicht geboden van de belangrijkste principes inzake de uitvoering van vervalste overschrijvingsopdrachten. Voor zover men kan vertrouwen op de gepubliceerde rechtspraak kan vooraf worden opgemerkt dat fraude vooral plaatsvindt met betrekking tot overschrijvingsopdrachten die manueel worden gegeven. In die zin lijken elektronische overschrijvingen dan ook veiliger. Bovendien is een natuurlijk persoon (consument of professioneel) in het geval waarin er zich toch fraude zou voordoen doorgaans beter beschermd bij elektronische overschrijvingen dan bij schriftelijke overschrijvingsopdrachten. Immers, bij elektronische overschrijvingen kan de rekeninghouder enkel aansprakelijk worden gesteld indien gebruik werd gemaakt van zijn toegangsmiddelen. Bovendien is deze aansprakelijkheid beperkt tot 150 euro, tenzij wanneer de bank zou kunnen bewijzen dat de rekeninghouder grof nalatig heeft gehandeld (*infra* nr. 227).

198 TERUGVORDERING VAN DE FRAUDEUR – ONVERSCHULDIGDE BETALING

Wanneer een financiële instelling een vervalste overschrijvingsopdracht uitvoert, kan zij het betrokken bedrag terugvorderen van de persoon wiens rekening ten onrechte werd gecrediteerd (leer van de onverschuldigde betaling)⁴⁶⁵. Hetzelfde geldt overigens indien de rekening van een persoon om een andere reden ten onrechte werd gecrediteerd (BV. wegens foutieve uitvoering).

In de besproken periode werd - in een geval waarin de financiële instelling een opdracht had uitgevoerd die werd ondertekend door een persoon die daartoe binnen de rechtspersoon niet bevoegd was - evenwel geoordeeld dat een terugvordering van het ten onrechte gecrediteerde bedrag op grond van de onverschuldigde betaling niet mogelijk is wanneer de pseudo-opdrachtgever eveneens een bedrag verschuldigd was aan de persoon wiens rekening ten onrechte werd gecrediteerd⁴⁶⁶. Dit argument kan niet worden bijgetreden. Om te bepalen of in de verhouding tussen de financiële instelling en haar cliënt de betaling al dan niet verschuldigd is, moet men niet nagaan of de pseudo-opdrachtgever een bedrag verschuldigd is aan de gecrediteerde persoon, doch wel of de financiële instelling een bedrag aan deze persoon verschuldigd is⁴⁶⁷. Dit was in casu niet het geval. De financiële instelling van de “begunstigde” was immers niet gemandateerd door de rekeninghouder om het bedrag op zijn rekening te boeken. Zij heeft derhalve een schuld betaald waartoe zij niet gehouden was⁴⁶⁸. De vaststelling dat de financiële instelling zelf een fout heeft begaan is hierbij naar Belgisch recht niet relevant.

199 BEHOUD VAN DE DEBITERING OF VERPLICHTING TOT CREDITERING?

Slaagt zij er niet in het betrokken bedrag van de pseudo-begunstigde te recupereren - ofwel omdat deze niet gelokaliseerd kan worden, ofwel omdat hij het betrokken bedrag heeft opgemaakt - dan rijst de vraag of de financiële instelling de rekening van haar cliënt voor het bedrag van de vervalste overschrijvingsopdracht mag debiteren. In de praktijk is het de rekeninghouder die zich tot de financiële instelling zal moeten wenden. Hij zal, wanneer hij

⁴⁶⁵ J. VAN RYN en J. HEENEN, *Principes de droit commercial*, T. III, Brussel, Bruylant, 1960, 299.

⁴⁶⁶ Kh. Antwerpen 27 april 2001, *R.W.* 2001-2002, 846, noot R. STEENNOT.

⁴⁶⁷ J. VAN RYN en J. HEENEN, *Principes de droit commercial*, T. III, Brussel, Bruylant, 1960, 299.

⁴⁶⁸ Antwerpen 11 december 2003, *RABG* 2005, 321; A. BRUYNEEL, “Le virement”, in *La banque dans la vie quotidienne*, Brussel, Editions du jeune barreau, 1986, 419 en 423.

vaststelt dat zijn rekening werd gedebiteerd ter uitvoering van een verrichting waarvoor hij zijn instemming niet heeft verleend, de financiële instelling moeten verzoeken om zijn rekening opnieuw te crediteren.

In wat volgt, wordt vooreerst aandacht besteed aan de juridische basis waarop de rekeninghouder de debitering van zijn rekening kan betwisten. Nadien komt de rechtspraak aan bod die betrekking heeft op de vele uitzonderingen die met zich meebrengen dat de bank veelal de debitering van de rekening in uitvoering van een vervalste overschrijvingsopdracht kan behouden.

200 TOEPASSING VAN ARTIKEL 1239 B.W. – RESTITUTIEVERBINTENIS VAN DE BANKIER

In de rechtspraak wordt de niet-tegenwerpelijke van de debitering van de rekening naar aanleiding van de uitvoering van een vervalste overschrijvingsopdracht veelal gebaseerd op artikel 1239 B.W. Dit was ook het geval in de besproken periode⁴⁶⁹. Artikel 1239 B.W. bepaalt dat de schuldenaar slechts bevrijd is indien de betaling geschiedt aan de schuldeiser of aan iemand die gemachtigd is om voor hem te ontvangen (*qui paie mal, paie deux fois*). Toegepast op de uitvoering van een vervalste overschrijvingsopdracht, luidt het dat de financiële instelling niet heeft betaald aan haar schuldeiser (cliënt) of de persoon die voor hem gemachtigd was te ontvangen (bij een regelmatige overschrijvingsopdracht is dit de begunstigde). Van belang is dat de toepassing van artikel 1239 B.W. niet vereist dat de schuldenaar een fout heeft begaan. Het volstaat dat de betaling niet aan de schuldeiser of diens gemachtigde heeft plaatsgevonden. Er moet dus in het licht van de toepassing van artikel 1239 B.W. niet onderzocht worden of de bank die de vervalste overschrijvingsopdracht heeft uitgevoerd al dan niet zorgvuldig heeft gehandeld, bijvoorbeeld bij de controle van de handtekening⁴⁷⁰.

In bepaalde rechtspraak werd aangevoerd dat artikel 1239 B.W. bij de uitvoering van een vervalste overschrijvingsopdracht geen toepassing kan vinden. Geargumenteed werd dat artikel 1239 B.W. een werkelijke schuld veronderstelt in hoofde van de persoon die tot betaling gehouden is. In hoofde van de financiële instelling, die de rekening van haar cliënt debiteert en de rekening van een fraudeur crediteert, zou geen werkelijke schuld bestaan (verhouding tussen de financiële instellingen en pseudo-begunstigde). De financiële instelling zou dan ook geen betaling in de zin van artikel 1239 B.W. verrichten⁴⁷¹. Deze stelling kan naar onze overtuiging niet gevolgd worden. Het begrip “betaling”, bedoeld in artikel 1239

⁴⁶⁹ Brussel 5 maart 2005, *Bank Fin. R.* 2006, 82, *RABG* 2006, 265; Brussel 18 maart 2003, *T.B.H.* 2005, 152, noot J.P. BUYLE en M. DELIERNEUX; Antwerpen 12 januari 2006, *Bank Fin. R.* 2006, 87; Antwerpen 15 november 2001, onuitg.; Brussel 16 oktober 2001, *J.L.M.B.* 2002, 844; Brussel 19 november 2002, *R.W.* 2005-2006, 1626, noot S. RUTTEN; Brussel 18 november 1999, *A.J.T.* 2001-2002, 69, noot R. STEENNOT. Ook de meerderheid van de rechtsgeleerden baseert zich op artikel 1239 B.W.: G.L. BALLON, “Le paiement par une banque d’une somme d’argent sur base d’un faux ordre”, *D.C.C.R.* 1992-1993, 78; A. BRUYNEEL, “Le virement”, in *La banque dans la vie quotidienne*, Brussel, Editions du jeune barreau, 1986, 420; J.P. BUYLE en O. POELMANS, “L’article 1239 du Code Civil et les ordres de paiement portant fausse signature ou dont les mentions ont été falsifiées”, noot onder Kh. Brussel 9 februari 1990, *T.B.H.* 1992, 713, noot J.P. BUYLE en O. POELMANS; L. LANOYE, “Knelpunten i.v.m. (bank)rekening, (euro)cheque en overschrijving”, in *Handels-, Economisch en Financieel Recht, Postuniversitaire Cyclus Delva 1994-1995*, Gent, Mys & Breesch, 1995, 468.

⁴⁷⁰ Bijvoorbeeld: Brussel 5 maart 2005, *Bank Fin. R.* 2006, 82, *RABG* 2006, 265.

⁴⁷¹ Kh. Brussel 30 september 2004, *T.B.H.* 2006, 81, noot J.P. BUYLE en M. DELIERNEUX; Zie voorheen ook: Brussel 10 september 1991, *J.L.M.B.* 1992, 1085, noot F. DE PATOUL; Brussel 18 december 1987, *T.B.H.* 1989, 788.



B.W., moet ruim geïnterpreteerd worden⁴⁷². Artikel 1239 B.W. heeft niet uitsluitend betrekking op de betaling van een geldsom, doch betreft de uitvoering van iedere verbintenis⁴⁷³. Gaat de financiële instelling over tot de uitvoering van een *vervalste* overschrijvingsopdracht, dan betaalt zij aan een persoon die niet gemachtigd is om voor de rekeninghouder te ontvangen⁴⁷⁴.

In bepaalde rechtspraak en rechtsleer wordt de onmogelijkheid om de rekening van de rekeninghouder te debiteren (mede) gesteund op de restitutieplicht die bestaat in hoofde van de bankier⁴⁷⁵. Hoewel de rekeningovereenkomst niet gekwalificeerd kan worden als een bewaargeving (*supra* nr. 81), rust op de bankier een resultaatsverbintenis - analoog aan deze van de bewaarnemer - om de fondsen die zich op de rekening bevinden aan de rekeninghouder of aan een door hem aangewezen persoon terug te geven⁴⁷⁶. De bankier miskent deze verbintenis, wanneer hij de rekening van zijn cliënt debiteert in uitvoering van een vervalste overschrijvingsopdracht⁴⁷⁷. Terecht wordt benadrukt dat het mogelijk is de niet-tegenwerpelijkheid van de debitering van de rekening zowel op artikel 1239 B.W. als op de restitutieplichting te steunen. Het is immers artikel 1239 B.W. dat vereist dat de restitutie geschiedt aan de schuldeiser of een door hem aangewezen persoon en niet aan een derde⁴⁷⁸. Aangezien de restitutieverbintenis een resultaatsverbintenis is, moet de rekeninghouder, net als bij de toepassing van artikel 1239 B.W., niet bewijzen dat de financiële instelling een fout heeft begaan. Ook in de besproken periode wordt duidelijk het verband gelegd tussen de restitutieverbintenis en artikel 1239 B.W.⁴⁷⁹.

De rechtspraak die de toepassing van artikel 1239 B.W. verwerpt, baseert zich op de analyse van de overschrijvingsopdracht als een mandaat en de verplichting om het order correct uit te voeren. In tegenstelling tot wat het geval is bij de toepassing van artikel 1239 B.W. worden de verplichtingen van de financiële instelling in deze theorie geanalyseerd vanuit het aansprakelijkheidsrecht⁴⁸⁰. Het is dan ook de rekeninghouder die de bewijslast draagt. Hij moet aantonen dat de bank tekort is geschoten aan haar verplichting om de overschrijvingsopdracht correct uit te voeren⁴⁸¹.

⁴⁷² Antwerpen 12 januari 2006, *Bank Fin. R.* 2006, 87; Brussel 19 november 2002, *R.W.* 2005-2006, 1626, noot S. RUTTEN.

⁴⁷³ Zie: L. CORNELIS, *Algemene theorie van de verbintenis*, Antwerpen-Groningen, Intersentia Rechtswetenschappen, 2000, 481; P. VAN OMMESLAGHE, *Droit des Obligations*, Brussel, Presses Universitaires de Bruxelles, 1980-1981, 525.

⁴⁷⁴ Brussel 18 november 1999, *A.J.T.* 2001-2002, 69, noot R. STEENNOT; L. CORNELIS, *Algemene theorie van de verbintenis*, Antwerpen-Groningen, Intersentia Rechtswetenschappen, 2000, 481.

⁴⁷⁵ Brussel 5 maart 2005, *Bank Fin. R.* 2006, 82, *RABG* 2006, 265; Brussel 19 november 2002, *R.W.* 2005-2006, 1626, noot S. RUTTEN.

⁴⁷⁶ Cass. 16 september 1993, *Bank Fin.* 1994, 43.

⁴⁷⁷ Brussel 16 oktober 2001, onuitg.; Brussel 27 juni 1997, *T.B.H.* 1998, 806, noot J.P. BUYLE en M. DELIERNEUX; Brussel 18 november 1999, *T.B.H.* 2000, 680, noot J.P. BUYLE en M. DELIERNEUX.

⁴⁷⁸ P. VAN OMMESLAGHE, "La notion de restitution. Le fait générateur, les fondements légaux et contractuels de l'obligation de restitution", in *De restitutieverbintenissen van de bankier*, Brussel, Bruylant, 1998, 19.

⁴⁷⁹ Antwerpen 12 januari 2006, *Bank Fin. R.* 2006, 87; Brussel 18 november 1999, *A.J.T.* 2001-2002, 69.

⁴⁸⁰ Kh. Brussel 9 februari 1990, *T.B.H.* 1992, 701, noot J.P. BUYLE en O. POELMANS; O. POELMANS en A. DEOME, "Les relations entre le banquier et son client titulaire d'un compte de banque après l'arrêt de la Cour de Cassation du 16 septembre 1993", *Bank Fin.* 1994, 413. Vgl. Bergen 29 maart 1999, *T.B.B.R.* 2001, 76, noot R. STEENNOT.

⁴⁸¹ Kh. Brussel 30 september 2004, *T.B.H.* 2006, 81, noot J.P. BUYLE en M. DELIERNEUX.

In tegenstelling tot de rechtspraak waarin de toepassing van artikel 1239 B.W. nagenoeg unaniem lijkt te zijn aanvaard, werden de laatste jaren in de rechtsleer verschillende kritieken geformuleerd met betrekking tot deze these. Zonder hierbij de verschillende stellingen exhaustief te willen schetsen, achten we het nuttig om kort de verschillende stellingen op een rijtje te zetten. Winandy acht een ruime interpretatie van het begrip “betaling” uit artikel 1239 B.W. artificieel omdat ze (buiten het geval van fraude) inhoudt dat men de begunstigde van de overschrijvingsopdracht moet gaan beschouwen als mandataris van de opdrachtgever (om betaling te ontvangen). Dergelijke constructie veronderstelt volgens de auteur immers dat compensatie geschiedt tussen de verbintenis van de lasthebber om rekenschap af te leggen en de betalingsverbintenis van de opdrachtgever, die dan net de oorzaak vormt van de overschrijving. Meer concreet is Winandy de mening toegedaan dat in geval van uitvoering van een vervalst order de bank aansprakelijk is omdat zij een fout heeft begaan. Zij moet dan ook de schade die daardoor ontstaat vergoeden (behoudens wanneer zij zich kan beroepen op een geldig exonatiebeding)⁴⁸². De analyse geschiedt dus vanuit het aansprakelijkheidsrecht.

Ook Rutten bekritiseert de toepassing van artikel 1239 B.W. op vervalste overschrijvingsopdrachten. Uitgangspunt van de redenering zijn enerzijds het onderscheid tussen de verplichtingen die voortvloeien uit de rekeningovereenkomst en de verplichtingen die resulteren uit een concrete overschrijvingsopdracht en anderzijds artikel 1235 B.W. dat bepaalt dat elke betaling een schuld veronderstelt. In geval van een vervalste overschrijvingsopdracht bestaat er geen schuld in hoofde van de bank (om een order uit te voeren) bij gebreke aan opdracht van de rekeninghouder⁴⁸³. Artikel 1239 B.W. kan dan ook geen toepassing vinden. Ook de theorie van de restitutieverbintenis kan niet gehanteerd worden volgens Rutten aangezien de restitutieverbintenis van de bankier enkel speelt bij de beëindiging van de contractuele relatie tussen de bankier en zijn cliënt en niet bij de uitvoering van een bepaald order. Meer concreet pleit Rutten ervoor de risicoverdeling te laten geschieden op grond van de vertrouwensleer. De bank draagt het risico tenzij wanneer zij een beroep kan doen op de vertrouwensleer, i.e. kan aantonen dat zij er mocht op vertrouwen dat het order uitging van de cliënt. Het is op dit punt dat men rekening moet houden met de onderzoeksplichten van de bank.

Tot slot willen we melding maken van de stelling van Creplet. Net als Winandy verwerpt hij de toepassing van artikel 1239 B.W. omdat het artificieel is de begunstigde van de overschrijving als een lasthebber van de opdrachtgever te beschouwen. Maar de stelling van Creplet innoveert waar de auteur argumenteert dat de uitvoering van een vervalste overschrijvingsopdracht beschouwd moet worden als een eenzijdige rechtshandeling die nietig is wegens gebrek aan oorzaak. De determinerende beweegreden om de opdracht uit te voeren, met name te denken dat men aan de rekeninghouder een dienst verstrekt, ontbreekt. Aangezien de nietigheid enkel kan worden ingeroepen door de bank, die de handeling heeft gesteld, zal de rekeninghouder de debitering van zijn rekening enkel kunnen betwisten indien

⁴⁸² C.G. WINANDY, “Contribution à l’étude sur la nature du virement”, *Bank Fin. R.* 2002, 202. Deze stelling wordt gedeeld door J.P. BUYLE en M. DELIERNEUX, noot onder Brussel 20 december 2005, *T.B.H.* 2007, 62.

⁴⁸³ S. RUTTEN, “Het risico bij een valse overschrijvingsopdracht: geen vraagstuk op het vlak van de nakoming maar op het vlak van de totstandkoming van de overeenkomst”, noot onder Brussel 19 november 2002, *R.W.* 2005-2006, 1627.

de bank een fout heeft begaan, waarbij dan ook nog eens rekening moet worden gehouden met het bestaan van exoneratiebedingen⁴⁸⁴.

202 *TOEPASSING VAN ARTIKEL 1239 B.W. – UITZONDERINGEN OP DE NIET-TEGENWERPBAARHEID*

Het principe dat de financiële instelling ertoe gehouden is de rekening van haar cliënt opnieuw te crediteren wanneer zij zijn rekening in uitvoering van een vervalste overschrijvingsopdracht heeft gedebiteerd, kent tal van uitzonderingen die er in de praktijk toe leiden dat de debitering van de rekening van de cliënt veelal behouden kan blijven. Concreet is de debitering van de rekening aan de cliënt tegenwerpelijk:

- wanneer de financiële instelling kan aantonen dat haar cliënt een fout heeft begaan⁴⁸⁵;
- wanneer zij kan bewijzen dat de overschrijvingsopdracht schijnbaar regelmatig was (toepassing van de schijnleer);
- wanneer zij zich kan beroepen op een afwijkend beding dat de contractrelatie met haar cliënt beheerst;
- wanneer de rekeninghouder de transactie heeft geratificeerd (art. 1239, lid 2 B.W.) en
- wanneer de rekeninghouder voordeel heeft gehaald uit de uitvoering van de vervalste overschrijvingsopdracht (onwaarschijnlijk) (art. 1239, lid 2 B.W.).

Met uitzondering van deze laatste uitzonderingen, zijn deze uitzonderingen in de besproken periode allemaal aan bod gekomen. Zij worden hieronder toegelicht.

203 *TOEPASSING VAN ARTIKEL 1239 B.W. – EXPLICIETE AFWIJKing VAN ARTIKEL 1239 B.W. – CONTRACTUELE AANSPRAKELIJKHEID*

Vandaag de dag bevatten de meeste bankvoorwaarden een uitdrukkelijke afwijking van artikel 1239 B.W. en de restitutieverbintenis van de bankier. In de rechtspraak werd terecht geoordeeld dat een dergelijk beding – dat impliceert dat de rekeninghouder zich niet meer op artikel 1239 B.W. kan beroepen om de debitering van zijn rekening te betwisten⁴⁸⁶ - geldig is, in het bijzonder dat het geen afbreuk doet aan het voorwerp van de overeenkomst, dat het er niet elke zin en betekenis aan ontnemt⁴⁸⁷. Ook op grond van de bepalingen in de wet handelspraktijken lijkt het ons niet mogelijk de geldigheid van dergelijk beding aan te vechten, aangezien het de mogelijkheid om de bank aansprakelijk te stellen op grond van haar (zware) fout onverlet laat.

Wordt er uitdrukkelijk afgeweken van artikel 1239 B.W., dan kan de debitering van de rekening enkel betwist worden op grond van het aansprakelijkheidsrecht. Het gaat hierbij om contractuele aansprakelijkheid geleet op de contractuele verhouding die bestaat tussen de bank

⁴⁸⁴ O. CREPLET, “Les conséquences juridiques de l’exécution d’un faux virement dans le rapport entre le titulaire du compte débité et la banque”, *Bank Fin. R.* 2006, 69 e.v.

⁴⁸⁵ Bergen 29 maart 1999, *T.B.B.R.* 2001, 76, noot R. STEENNOT; Antwerpen 15 november 2001, onuitg.

⁴⁸⁶ Kh. Brussel 29 maart 2004, *T.B.H.* 2006, 79, noot J.P. BUYLE en M. DELIERNEUX.

⁴⁸⁷ Antwerpen 12 januari 2006, *Bank Fin. R.* 2006, 91.

en de rekeninghouder (opdrachtgever). Een extracontractuele vordering is niet mogelijk, behoudens in het geval waarin aan de voorwaarden inzake samenloop van aansprakelijkheid is voldaan⁴⁸⁸.

204 TOEPASSING ARTIKEL 1239 B.W. - EXONERATIEBEDINGEN – DRAAGWIJDTE

In de veronderstelling dat de bankvoorwaarden artikel 1239 B.W. en de restitutieplicht niet expliciet buiten spel zetten, rijst de vraag of klassieke exoneratiebedingen, die de bank vrijstellen van aansprakelijkheid wanneer zij slechts een lichte fout heeft begaan, artikel 1239 B.W. buiten spel kunnen zetten.

In de rechtspraak werd door het hof van beroep te Brussel herhaaldelijk geoordeeld dat de financiële instelling zich niet kan beroepen op dergelijk exoneratiebeding⁴⁸⁹. Meer concreet mogen bedingen die de aansprakelijkheid beperken niet worden toegepast voor andere situaties dan deze waarvoor zij door de partijen werden bedoeld (principe van de restrictieve interpretatie van exoneratiebedingen). Exoneratiebedingen kunnen volgens het hof dan ook niet worden gehanteerd wanneer bij de uitvoering van een vervalste overschrijvingsopdracht de debitering van de rekening wordt betwist op grond van artikel 1239 B.W. en de restitutieplichting⁴⁹⁰. Deze stelling is ingegeven door de overweging dat een exoneratie voor een of andere fout geen afwijking kan inhouden van artikel 1239 B.W., nu dit artikel geen enkele fout veronderstelt. Aanvaardt men deze rechtspraak, dan impliceert dit dat in situaties waarin een rekeninghouder zich steunt op artikel 1239 B.W. of de restitutieplichting, bedingen in de bankvoorwaarden slechts uitwerking kunnen hebben indien zij uitdrukkelijk afwijken van artikel 1239 B.W. en de restitutieplicht⁴⁹¹.

Wij hebben enige moeite met deze stelling. Hoewel artikel 1239 B.W. niet vereist dat de schuldeiser het bewijs levert van een fout in hoofde van de schuldenaar, en hoewel een betaling die geschiedt aan een persoon die niet gemachtigd is om voor de schuldeiser te ontvangen in se geen contractuele wanprestatie in hoofde van de schuldenaar veronderstelt⁴⁹², kan niet ontkend worden dat de financiële instelling door de uitvoering van een vervalste overschrijvingsopdracht en de daaruit voortvloeiende debitering van de rekening van haar cliënt haar contractuele verplichtingen tegenover de rekeninghouder heeft miskend, hetgeen tot haar contractuele aansprakelijkheid leidt⁴⁹³. Middels exoneratieclausules beogen de financiële instellingen zich niet alleen te exonereren voor de schade die veroorzaakt wordt door de werkelijke fouten die zij bij de controle van de handtekening begaan, doch tevens

⁴⁸⁸ Brussel 5 september 2006, *RABG* 2007, 487, noot E. VANDEKERCKHOVE.

⁴⁸⁹ Brussel 5 maart 2005, *Bank Fin. R.* 2006, 82, *RABG* 2006, 265; Brussel 18 november 1999, *A.J.T.* 2001-2002, 69, noot R. STEENNOT.

⁴⁹⁰ Zie ook: Brussel 7 februari 1992, *D.C.C.R.* 1992-1993, 73; Brussel 18 november 1999, *T.B.H.* 2000, 680, noot J.P. BUYLE en M. DELIERNEUX; O. POELMANS en O. DEOME, “Les relations entre le banquier et son client titulaire d’un compte en banque après l’arrêt de la Cour de Cassation du 16 septembre 1993”, *Bank Fin.* 1994, 416.

⁴⁹¹ Zie ook: O. POELMANS en A. DEOME, “Les relations entre le banquier et son client titulaire d’un compte en banque après l’arrêt de la Cour de Cassation du 16 septembre 1993”, *Bank Fin.* 1994, 416.

⁴⁹² H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, T. III, Brussel, Bruylant, 1936, 374. Zo zal er geen contractuele wanprestatie zijn indien de schuldenaar binnen de contractueel overeengekomen termijn alsnog betaalt aan de schuldeiser.

⁴⁹³ Dit kan tevens blijken uit een arrest van het Hof van Cassatie waarin de schuldenaar, die niet aan de schuldeiser of aan zijn lasthebber had betaald, zich beriep op overmacht om aan zijn contractuele verbintenissen te ontkomen: Cass. 13 maart 1947, *Pas.* 1947, I, 108.

voor de schade die het gevolg is van het feit dat werd betaald aan een ander persoon dan de schuldeiser of de persoon die gemachtigd is om voor de schuldeiser te ontvangen. Deze stelling lijkt ons niet in strijd met de regel dat exoneratiebedingen restrictief geïnterpreteerd moeten worden. Een dergelijke interpretatie is immers slechts noodzakelijk indien het betrokken beding en de gemeenschappelijke bedoeling van de partijen onvoldoende duidelijk zijn. Ik acht de bedoeling van het in de bankvoorwaarden geïncorporeerde beding voldoende duidelijk, met name de bank enkel de mogelijkheid te ontzeggen om de rekening te debiteren in het geval waarin zij een zware of opzettelijke fout heeft gemaakt bij de uitvoering van een vervalste overschrijvingsopdracht.

205 *AANSPRAKELIJKHEIDSRECHT - EXONERATIEBEDINGEN – GELDIGHEID*

Bij toepassing van het gemeen aansprakelijkheidsrecht moet worden bewezen dat de bank een fout heeft begaan die in causaal verband staat met de schade die de rekeninghouder heeft geleden. Maar in de praktijk zal niet elke fout die schade veroorzaakt leiden tot de aansprakelijkheid van de bank. Rekening moet immers worden gehouden met exoneratiebedingen die in de bankvoorwaarden vervat liggen. In de verhouding tot professionele cliënten zijn exoneratiebedingen geldig, voor zover het eigenlijke voorwerp van de overeenkomst er niet wordt door wegbedongen en voor zover zij geen exoneratie inhouden voor bedrog of een opzettelijke fout⁴⁹⁴. In de verhouding tot consumenten moet rekening worden gehouden met artikel 32, 11° WHPC dat bedingen verbiedt waarbij de bank haar aansprakelijkheid uitsluit voor zware fout (of die van haar lasthebbers) of het niet-uitvoeren van één van de voornaamste prestaties van de overeenkomst.

Ook artikel 31 WHPC, dat bedingen verbiedt die een kennelijk onevenwicht creëren tussen de rechten en de plichten van de partijen, kan een rol spelen. Dit kan blijken uit een arrest van het hof van beroep te Bergen⁴⁹⁵. Aan de orde was de geldigheid van een clause krachtens dewelke de cliënten de gehele verantwoordelijkheid dragen voor de gevolgen die zouden kunnen voortvloeien uit de mededeling aan de bank van onvolledige, incorrecte of niet-authentieke documenten en krachtens dewelke de bank, voor wat betreft de documenten die zijn opgemaakt in een vreemd land, geen aansprakelijkheid op zich neemt ter zake van hun authenticiteit, geldigheid, vertaling of interpretatie. Aangezien de vervalsing van de overschrijvingsopdracht in casu afgeleid kon worden uit andere elementen dan de vervalste handtekening, diende de bank zich op deze bepaling te beroepen. Een beroep op de clause die de bank vrijstelde van aansprakelijkheid voor zover de bank geen zware fout heeft begaan volstond niet.

De bank voerde aan dat deze clause voor gevolg had dat zij enkel de aanwezigheid van voldoende fondsen op de rekening en de conformiteit van de handtekening moet verifiëren. Het hof verwerpt deze redenering en argumenteert dat een clause die in dergelijke algemene bewoordingen is opgesteld aan het bankcontract zijn eigenlijk voorwerp ontnemt. Immers, de verplichting van de bank bestaat erin enkel instructies die gegeven worden door haar lastgever uit te voeren. Het hof besluit dat deze clause een kennelijk onevenwicht creëert tussen de rechten en de plichten van de partijen (art. 31 W.H.P.C.) en gaat over tot de vernietiging van het beding in toepassing van artikel 33 van de Wet Handelspraktijken. Het is nuttig erop te wijzen dat de nietigheid van de betwiste clause ook gebaseerd kon worden op

⁴⁹⁴ Antwerpen 12 januari 2006, *Bank Fin. R.* 2006, 87.

⁴⁹⁵ Bergen 29 maart 1999, *T.B.B.R.* 2001, 76, noot R. STEENNOT.

artikel 32, 11° van de Wet Handelspraktijken. Dit impliceert dat het hof dit artikel, waarvan de schending door de partijen wellicht niet werd aangevoerd, niet ambtshalve heeft opgeworpen.

206 *EXONERATIEBEDING – BEOORDELING VAN DE ZWARE FOUT VAN DE BANK – VERIFICATIE VAN DE HANDTEKENING*

De bankvoorwaarden bepalen in de praktijk dat de bank bij de uitvoering van een vervalste overschrijvingsopdracht enkel aansprakelijk is wanneer zij bij de controle van de handtekening een zware fout begaat. Bij de beoordeling van de zware fout moet men rekening houden met het feit dat de bank geen schriftdeskundige is en dat van de bank niet kan worden verwacht dat zij tot een grafologisch onderzoek overgaat. De bank kan dan ook niet aansprakelijk zijn indien de handtekening op de vervalste opdracht lijkt op deze op het specimen⁴⁹⁶. Handtekeningen evolueren immers en kunnen dan ook licht wijzigen over de tijd⁴⁹⁷.

207 *EXONERATIEBEDING – BEOORDELING VAN DE ZWARE FOUT VAN DE BANK – MISKENNING VAN DE INTERNE VEILIGHEIDSPROCEDURE*

In een geval waarin een vervalste overschrijvingsopdracht vanuit het buitenland werd gegeven, was het hof van beroep te Brussel van oordeel dat de bank aansprakelijk was omdat zij een zware fout had begaan⁴⁹⁸. De feitelijke omstandigheden waren kort geschetst de volgende: een persoon, gedomicilieerd in Congo, beschikt over een zichtrekening en termijnrekening bij de bank in België. Op een bepaalde dag ontvangt de bank een telefonische opdracht om een belangrijk bedrag over te maken. Omdat de bank weigert op grond van een mondeling order een bedrag over te schrijven, wordt een schriftelijke bevestiging, voorzien van een vervalste handtekening aan de bank overgemaakt. De bank voert het order uit en crediteert een rekening bij een Zuid-Afrikaanse bank. Bij ontvangst van de rekeninguittreksels betwist de rekeninghouder de debitering van haar rekening. De bank is van oordeel dat zij niet aansprakelijk kan worden gesteld, aangezien zij 1) bij toepassing van de algemene voorwaarden enkel de handtekening moet verifiëren, 2) daarbij slechts aansprakelijk kan zijn in geval van grove fout en 3) de handtekening goed werd vervalst.

Niettemin besluit het hof tot de aansprakelijkheid van de bank, dit omdat de bank de door haar zelf uitgewerkte veiligheidsprocedure voor orders afkomstig uit het buitenland niet had nageleefd (deze procedure bestond erin *na* een schriftelijke overschrijvingsopdracht te hebben ontvangen telefonisch contact te nemen met de rekeninghouder). Dit is volgens het hof een zware fout die leidt tot aansprakelijkheid. De aansprakelijkheid van de bank moet volgens het hof immers niet enkel beoordeeld worden aan de hand van de contractuele afspraken die de partijen hebben gemaakt bij het sluiten van de overeenkomst, maar ook in het licht van de bijzondere maatregelen die de bank heeft genomen met betrekking tot overschrijvingsopdrachten die afkomstig zijn uit het buitenland. Hoewel het hof niet besluit

⁴⁹⁶ Kh. Brussel 30 september 2004, *T.B.H.* 2006, 81, noot J.P. BUYLE en M. DELIERNEUX. *A fortiori* kan ze dan ook niet aansprakelijk zijn wanneer de gelijkens frappant is: Brussel 5 september 2006, *RABG* 2007, 487, noot E. VANDEKERCKHOVE.

⁴⁹⁷ Kh. Brussel 29 maart 2004, *T.B.H.* 2006, 79, noot J.P. BUYLE en M. DELIERNEUX.

⁴⁹⁸ Brussel 20 december 2005, *T.B.H.* 2007, 58, noot J.P. BUYLE en M. DELIERNEUX.

tot de ongeldigheid van het exoneratiebeding wordt de draagwijdte ervan ingeperkt. Hoewel het beding duidelijk stelde dat de bank enkel gehouden was de handtekening te verifiëren, wordt de aansprakelijkheid van de bank op grond van een ander element weerhouden.

Dit arrest maakt opnieuw duidelijk dat de aansprakelijkheid van de bank bij de uitvoering van een vervalste overschrijvingsopdracht niet uitsluitend in functie van de verificatieverplichting van de handtekening mag worden beschouwd. In die zin sluit het arrest aan bij het arrest van het hof van beroep te Bergen (*supra* nr. 203)

208 *EXONERATIEBEDING – BEOORDELING VAN DE ZWARE FOUT VAN DE BANK – GEEN VERIFICATIE VAN OVEREENSTEMMING VAN IDENTITEIT BEGUNSTIGDE EN REKENINGNUMMER*

Zoals nog zal blijken (*infra* nr. 216) bij de bespreking van de problematiek van de foutieve uitvoering van overschrijvingsopdrachten gaan financiële instellingen niet altijd over tot een verificatie van overeenstemming van het rekeningnummer van de begunstigde en diens identiteit. Indien een fraudeur het op een overschrijvingsformulier vermelde rekeningnummer wijzigt, zal de bank dan ook niet opmerken dat het rekeningnummer en de naam van de begunstigde naar een andere persoon verwijzen. In de rechtspraak is de vraag aan bod gekomen of in een dergelijk geval de aansprakelijkheid van de bank kan worden weerhouden.

In een geval waarin de rekening van de begunstigde werd gevoerd in dezelfde bank als de rekening van de opdrachtgever werd door het hof van beroep te Antwerpen geoordeeld dat de niet-verificatie van overeenstemming van het rekeningnummer en de naam van de begunstigde een zware fout is die leidt tot aansprakelijkheid van de bank⁴⁹⁹. Een verificatie van overeenstemming van de naam en het rekeningnummer van de begunstigde in haar eigen bestanden is volgens het hof immers een voor de bank zeer eenvoudig te honoreren verplichting en haar cliënt-opdrachtgever moet er kunnen op vertrouwen dat minstens de meest eenvoudige veiligheidsprocedures worden nageleefd.

De vraag rijst of uit dit arrest ook gevolgen kunnen worden getrokken voor de gevallen waarin de begunstigde zijn rekening voert bij een andere bank. Wij denken het wel. Rekening moet immers worden gehouden met het feit dat interbancaire afspraken (gemaakt binnen het UCV) in hoofde van de bank van de begunstigde van een overschrijving de verplichting creëren om bij overschrijvingsopdrachten die 10.000 euro overschrijden de overeenstemming tussen het rekeningnummer en de identiteit van de begunstigde te verifiëren. Welnu, indien de fraudeur op een overschrijvingsopdracht die 10.000 euro overschrijdt enkel het rekeningnummer wijzigt en de fraude derhalve door de bank (in casu bank waar de fraudeur een rekening heeft geopend) zou zijn opgemerkt indien zij ware overgegaan tot verificatie van overeenstemming van rekeningnummer en identiteit, dan kan de bank aansprakelijk worden gesteld. De niet-naleving van de interbancaire afspraken levert naar onze overtuiging immers het bewijs van het feit dat de bank zich niet heeft gedragen als een redelijk zorgvuldig bankier, geplaatst in dezelfde omstandigheden, meer nog dat zij een zware fout heeft begaan. Deelnemers aan het betaalverkeer moeten er immers te allen tijde kunnen op vertrouwen dat de interbancaire afspraken worden gerespecteerd. In de regel zal de aansprakelijkheid van de bank extracontractueel van aard zijn, nu er veelal geen contractuele relatie bestaat tussen de bank en de gedupeerde rekeninghouder.

⁴⁹⁹ Antwerpen 12 januari 2006, *Bank Fin. R.* 2006, 87.

Wat overschrijvingsopdrachten betreft die 10.000 euro niet overschrijden, bestaat bij toepassing van de interbancaire afspraken niet de verplichting om de overeenstemming tussen rekeningnummer en identiteit van de begunstigde te verifiëren. Het zal dan ook minder evident zijn om aan te tonen dat de bank in een dergelijk geval een zware fout heeft begaan door de overeenstemming van rekeningnummer en identiteit niet te verifiëren. Uiteraard betekent dit niet dat de bank nooit aansprakelijk kan zijn. Er kunnen immers andere elementen zijn die fraude kunnen doen vermoeden (vb. wijzigingen aangebracht in het rekeningnummer). Tevens is het mogelijk dat interne veiligheidsprocedures voor bepaalde opdrachten of in bepaalde gevallen een verificatieverplichting creëren.

209 *TOEPASSING ARTIKEL 1239 B.W. - BANKVOORWAARDEN - INTERPRETATIE - GEEN EXONERATIEBEDING*

In bepaalde gevallen kan discussie ontstaan over de vraag of een bepaald beding in de bankvoorwaarden kan worden beschouwd als een exoneratiededing. Zo werd bijvoorbeeld geoordeeld dat een beding dat bepaalt dat “de cliënt verklaart alle opdrachten goed te keuren die zijn voorzien van een handtekening die niet flagrant verschilt van de handtekening op het specimen en de gevolgen te dragen van de uitvoering van deze opdrachten” niet als een exoneratiededing kan worden beschouwd. Het beding strekt ertoe te bepalen welke orders door de bank uitgevoerd moeten worden⁵⁰⁰. Op grond van deze redenering wijst de rechtbank de vordering van de rekeninghouder gebaseerd op artikel 1239 B.W. af. De bank was immers volgens het hof gerechtigd het order uit te voeren.

210 *TOEPASSING ARTIKEL 1239 B.W. - UITZONDERINGEN - SCHIJNLEER*

Aanvaard wordt veelal dat de financiële instelling aan de niet-tegenwerpelijke van de debitering van de rekening, voortvloeiend uit artikel 1239 B.W., kan ontsnappen indien zij kan aantonen dat zij te goeder trouw heeft betaald aan een persoon die schijnbaar van de rekeninghouder de bevoegdheid had verkregen om voor hem te ontvangen⁵⁰¹. Het is in toepassing van deze theorie niet vereist dat de rekeninghouder (opdrachtgever) een fout heeft begaan. Vereist is wel dat de schijn kan worden toegerekend aan de rekeninghouder, dat het de rekeninghouder is die door zijn handelen of nalaten – dat dus niet noodzakelijk foutief hoeft te zijn - de schijn heeft gecreëerd dat de overschrijvingsopdracht van hem afkomstig is⁵⁰². Zo werd in de rechtspraak bijvoorbeeld geoordeeld dat aan deze voorwaarden was

⁵⁰⁰ Kh. Brussel 30 september 2004, *T.B.H.* 2006, 81, noot J.P. BUYLE en M. DELIERNEUX.

⁵⁰¹ G.L. BALLON, “Le paiement par une banque d’une somme d’argent sur base d’un faux ordre”, *D.C.C.R.* 1992-1993, 79-80; A. BRUYNEEL, “Le virement”, in X (ed.), *La banque dans la vie quotidienne*, Brussel, Editions du jeune barreau, 1986, 421; L. LANOYE, “Knelpunten in verband met (bank)rekeningen, (euro)cheque en overschrijving”, in M. STORME, E. WYMEERSCH en H. BRAECKMANS (eds.), *Handels-, Economisch en Financieel Recht. Postuniversitaire Cyclus Delva 1994-1995*, Gent, Mys & Breesch, 1995, 469; J.F. ROMAIN, “Chèque, ordre falsifié, droit commun, obligation de vérification de la banque”, *Bank Fin.* 1992, 43. Zie ook: Brussel 27 juni 1997, *T.B.H.* 1998, 806, noot J.P. BUYLE en M. DELIERNEUX; Kh. Brussel 3 november 1992, *T.B.H.* 1993, 992, noot J.P. BUYLE en X. THUNIS; Kh. Brussel 11 februari 1994, *J.L.M.B.* 1994, 1052; Kh. Brussel 23 juni 1994, *T.B.H.* 1995, 220. Contra: Brussel 16 oktober 2001, onuitg.; Brussel 18 november 1999, *T.B.H.* 2000, 680, noot J.P. BUYLE en M. DELIERNEUX; C.G. WINANDY, “Contribution à l’étude sur la nature du virement”, *Bank Fin. R.* 2002, 202.

⁵⁰² Brussel 5 maart 2005, *Bank Fin. R.* 2006, 82, *RABG* 2006, 265. Zie ook: Brussel 16 oktober 2001, *J.L.M.B.* 2002, 844 waarin de toepassing van de schijnleer van de hand wordt gewezen.



voldaan indien het vervalste overschrijvingsorder melding maakt van de geheime code die de bank en de rekeninghouder hebben afgesproken om vervalsingen te vermijden en blijkt dat de rekeninghouder deze geheime code aan tien mensen heeft medegedeeld⁵⁰³.

Uiteraard is een beroep op de schijnleer ook maar mogelijk indien de opgewekte schijn rechtmatig is, indien de bank er mag van uitgaan dat het om een opdracht van de rekeninghouder gaat. Dit zal bijvoorbeeld niet het geval zijn indien de opdracht niet schijnbaar gelijk op de voorheen door de rekeninghouder gegeven regelmatige overschrijvingsopdrachten, de opdracht vol spellingfouten staat en is opgesteld in gebrekkig Frans, dit terwijl de rekeninghouder Franstalig is⁵⁰⁴.

De toepassing van de schijnleer werd echter niet altijd aanvaard in de besproken periode. Zo bijvoorbeeld weigerde het hof van beroep te Brussel de schijntheorie te hanteren⁵⁰⁵. Deze theorie is volgens het hof slechts van subsidiaire betekenis en kan geen afbreuk doen aan de bepalingen van het Burgerlijk Wetboek, die tot een andere oplossing leiden. In het bijzonder kan volgens het hof artikel 1240 B.W., krachtens het welke een betaling geldig is indien zij ter goeder trouw is gedaan aan een persoon die in het bezit is van de schuldvordering, niet gehanteerd worden. Het hof verwijst daarbij naar DE PAGE die argumenteert dat artikel 1240 B.W. nooit toepassing kan vinden indien de vermeende schuldeiser een fraudeur is die niet in het bezit is van de werkelijke titel van de schuldvordering⁵⁰⁶. De vaststelling dat geen ruimte zou zijn voor de toepassing van de schijnleer en artikel 1240 B.W. gaat in tegen de gevestigde rechtsleer, die van oordeel is dat de bank wel aan de toepassing van artikel 1239 B.W. kan ontsnappen op grond van de schijnleer⁵⁰⁷ en artikel 1240 B.W.⁵⁰⁸.

211 TOEPASSING ARTIKEL 1239 B.W. – UITZONDERINGEN – FOUT VAN DE REKENINGHOUDER

Ook wanneer de bank kan aantonen dat de cliënt een fout heeft begaan, vindt artikel 1239 B.W. – zoals vermeld - geen toepassing. Daarbij is het duidelijk dat het loutere feit dat een derde toegang heeft gehad tot de gegevens van de rekeninghouder en erin geslaagd is om een vervalste overschrijvingsopdracht te creëren niet het bewijs kan leveren van een fout in hoofde van de rekeninghouder⁵⁰⁹.

Het enkele feit dat een rekeninghouder in Congo gebruik maakte van een postbus om zijn overschrijvingsopdrachten over te maken aan zijn financiële instelling werd niet als een fout

⁵⁰³ Brussel 19 november 2002, *R.W.* 2005-2006, 1626, noot S. RUTTEN.

⁵⁰⁴ Bergen 29 maart 1999, *T.B.B.R.* 2001, 76, noot R. STEENNOT.

⁵⁰⁵ Brussel 18 november 1999, *A.J.T.* 2001-2002, 68, noot R. STEENNOT. Zie ook: Brussel 16 oktober 2001, *J.L.M.B.* 2002, 844.

⁵⁰⁶ H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, T. III, Brussel, Bruylant, 1967, 431.

⁵⁰⁷ A. BRUYNEEL, “Le virement”, in *La banque dans la vie quotidienne*, Brussel, Editions du jeune barreau, 1986, 421; L. LANOYE, “Knelpunten in verband met (bank)rekeningen, (euro)cheque en overschrijving”, in M. STORME, E. WYMEERSCH en H. BRAECKMANS (eds.), *Handels-, Economisch en Financieel Recht. Postuniversitaire Cyclus Delva 1994-1995*, Gent, Mys & Breesch, 1995, 469; J.F. ROMAIN, “Chèque, ordre falsifié, droit commun, obligation de vérification de la banque”, *Bank Fin.* 1992, 43; zie ook: Brussel 27 juni 1997, *T.B.H.* 1998, 806, noot J.P. BUYLE en M. DELIERNEUX; Kh. Brussel 3 november 1992, *T.B.H.* 1993, 992, noot J.P. BUYLE en X. THUNIS; Kh. Brussel 11 februari 1994, *J.L.M.B.* 1994, 1052; Kh. Brussel 23 juni 1994, *T.B.H.* 1995, 220.

⁵⁰⁸ J. BUYLE en O. POELMANS, “L’article 1239 du Code Civil et les ordres de paiement portant fausse signature ou dont les mentions ont été falsifiées”, noot onder Kh. Brussel 9 februari 1990, *T.B.H.* 1992, 711-713; Brussel 18 november 1999, *T.B.H.* 2000, 687, noot J.P. BUYLE en M. DELIERNEUX.

⁵⁰⁹ Brussel 16 oktober 2001, *J.L.M.B.* 2002, 844.

beschouwd. Het argument van de bank dat deze handelwijze foutief was, daar zij fraudeurs de mogelijkheid zou bieden kennis te nemen van het rekeningnummer en alle andere gegevens die nodig zijn om valse overschrijvingen ten laste van de rekening van de titularis te kunnen doorvoeren wordt door het hof verworpen als een bewering die door geen objectieve gegevens wordt gestaafd⁵¹⁰.

In een geval waarin de rekeninghouder de overschrijvingsopdracht met de gewone post aan de bank had verzonden en het order wordt onderschept en vervalst, wordt door de bank beweerd dat de rekeninghouder een fout heeft begaan door het overschrijvingsformulier per gewone post te versturen. Het hof van beroep te Brussel aanvaardt dit niet en stelt dat de verzending van een overschrijvingsorder per gewone post in de gegeven omstandigheden niet als foutief kon worden aangemerkt⁵¹¹.

Uit het arrest kan worden afgeleid dat een verzending van een overschrijvingsopdracht met de post in de regel geen fout uitmaakt in hoofde van de rekeninghouder, die toelaat de rekening in afwijking van artikel 1239 B.W. te debiteren. De rekeninghouder moet er volgens het hof niet van uitgaan dat een order, dat wordt verzonden met de post, kan worden onderschept en vervalst. Benadrukt moet op dit punt worden dat bepaalde banken recentelijk heel wat inspanningen hebben geleverd om cliënten te wijzen op het feit dat het verzenden van overschrijvingen met de post of het deponeren van overschrijvingen in de brievenbus van de bank bijzonder risico's inhoudt (maar ze blijven het vaak wel toelaten!). Dat dergelijke communicatie, samen met de aanwezigheid van bijzondere bedingen in de bankvoorwaarden een belangrijke invloed kan hebben op de uitkomst van een geschil kan blijken uit een arrest van het hof van beroep te Brussel. De invalshoek is wel verschillend, in die zin dat het hof zich niet uitspreekt over de vraag of de rekeninghouder die een overschrijving deponereert in brievenbus van de bank een fout begaat, doch over de vraag of de bank een fout begaat waarvoor ze aansprakelijk is door toe te laten dat overschrijvingen worden gedeponereerd in een brievenbus waaruit dergelijke formulieren ook weer kunnen uitgehaald worden.

Meer concreet wordt door het hof beslist dat de bank niet aansprakelijk gesteld kan worden omdat het gaat over een normale brievenbus (gelet op het feit dat ze ook bestemd was om grote poststukken te ontvangen), de bank op de brievenbus zelf de cliënt wijst op de risico's die verbonden zijn aan het deponeren van overschrijvingen in dergelijke brievenbus en in de bankvoorwaarden een clause is opgenomen die duidelijk bepaalt dat het deponeren van overschrijvingen in de brievenbus geschiedt op risico van de rekeninghouder⁵¹².

In een andere zaak werd de fout van de rekeninghouder wel weerhouden. Meer concreet werd geoordeeld dat het medelen aan tien personen van een geheime code die de bank en de rekeninghouder hebben om fraude te vermijden een fout impliceert, in het bijzonder wanneer niet kan worden bewezen dat een dergelijke mededeling noodzakelijk is voor het goede beheer van de vereniging⁵¹³.

⁵¹⁰ Bergen 29 maart 1999, *T.B.B.R.* 2001, 76, noot R. STEENNOT.

⁵¹¹ Brussel 5 maart 2005, *Bank Fin. R.* 2006, 82, *RABG* 2006, 265. In die zin ook: Brussel 16 oktober 2001, *J.L.M.B.* 2002, 844.

⁵¹² Brussel 5 september 2006, *RABG* 2007, 487, noot E. VANDEKERCKHOVE.

⁵¹³ Brussel 19 november 2002, *R.W.* 2005-2006, 1626, noot S. RUTTEN.

212 TOEPASSING ARTIKEL 1239 B.W. – UITZONDERINGEN – BEKRACHTIGING VAN DE VERRICHTING

In artikel 1239, lid 2 B.W. wordt bepaald dat de betaling die is gedaan aan een persoon die niet gemachtigd was om voor de schuldeiser te ontvangen niettemin bevrijdend is wanneer de betaling door de schuldeiser wordt bekrachtigd. In het bijzonder rijst de vraag of een dergelijke bekrachtiging afgeleid kan worden uit het loutere feit dat de rekeninghouder (i.e. pseudo-opdrachtgever), wiens rekening ingevolge de uitvoering van een vervalste overschrijvingsopdracht werd gedebiteerd, niet of laattijdig heeft geprotesteerd tegen de debitering van zijn rekening. De betwisting dient te geschieden binnen een redelijke termijn, voor zover de contractuele voorwaarden de termijn voor betwisting niet uitdrukkelijk bepalen⁵¹⁴.

Onderzocht moet dus worden wat de gevolgen zijn van de afwezigheid van protest. Heeft de rekeninghouder die niet tijdig protesteert de verrichting aanvaard of ontstaat er slechts een vermoeden in die zin, hetgeen impliceert dat de rekeninghouder kan bewijzen dat het laattijdige protest in de gegeven omstandigheden niet als een aanvaarding of goedkeuring van de verrichting kan worden beschouwd⁵¹⁵. Het hof van beroep te Brussel heeft zich bij de laatste stelling aangesloten⁵¹⁶. Bepalen de bankvoorwaarden niet uitdrukkelijk dat een laattijdig protest een goedkeuring of aanvaarding van de verrichting inhoudt, dan kan de afwezigheid van tijdig protest slechts een weerlegbaar vermoeden van ratificatie inhouden.

Het is dus aan de rekeninghouder om aan te tonen dat zijn stilzwijgen niet als een aanvaarding beschouwd kan worden. Meer concreet kan de rekeninghouder volgens het Hof het tegenbewijs leveren door te bewijzen dat hij ingevolge omstandigheden buiten zijn wil niet in de mogelijkheid verkeerde kennis te nemen van de rekeninguittreksels of er tegen te protesteren. In ieder geval kan de rekeninghouder volgens het hof niet in dit opzet slagen indien dit tot een miskennis van het principe van de uitvoering te goeder trouw zou leiden. Zo zal de rekeninghouder er niet in slagen te bewijzen dat in werkelijkheid geen aanvaarding heeft plaatsgevonden indien hij zelf zijn verbintenis om de rekeninguittreksels regelmatig te verifiëren niet is nagekomen. In die zin sluit deze beslissing aan bij andere rechtspraak waarin werd geoordeeld dat het laattijdig protest in de gegeven omstandigheden niet als een bekrachtiging kon worden beschouwd omdat de rekeninghouder niet kon worden verweten geen kennis te hebben van de onbevoegdlijk verrichte geldafhalingen (*supra* nr. 111).

213 ONDERTEKENING DOOR NIET-BEVOEGDE PERSOON – ONVERSCHULDIGDE BETALING

Een financiële instelling begaat ook een fout en is derhalve aansprakelijk wanneer zij een overschrijvingsopdracht uitvoert die wordt ondertekend door een persoon die niet bevoegd is om de rechtspersoon (cliënt van de financiële instelling) te vertegenwoordigen⁵¹⁷. Deze beslissing overtuigt: het spreekt voor zich dat een financiële instelling moet nagaan of overschrijvingsopdrachten ondertekend worden door de persoon die daartoe bevoegd is.

⁵¹⁴ Brussel 5 maart 2005, *Bank Fin. R.* 2006, 82, *RABG* 2006, 265.

⁵¹⁵ Deze vraag rijst overigens niet enkel met betrekking tot vervalste overschrijvingsopdrachten, doch stelt zich met betrekking tot elke debitering van de rekening waartoe geen opdracht werd gegeven.

⁵¹⁶ Brussel 4 maart 2004, *Bank Fin. R.* 2004, 227, noot R. STEENNOT.

⁵¹⁷ Kh. Antwerpen 27 april 2001, *R.W.* 2001-2002, 846, noot R. STEENNOT.



Eventueel zou zij zich kunnen beroepen op de leer van het schijnmandaat of op de fout van de rekeninghouder om (ten dele) aan haar aansprakelijkheid te ontsnappen.

HH. Foutieve uitvoering van overschrijvingsopdrachten

214 ALGEMEEN

De vraag naar aansprakelijkheid rijst ook wanneer een overschrijvingsopdracht foutief wordt uitgevoerd. Onder de noemer van foutieve uitvoering behandelen we in dit overzicht niet enkel de gevallen waarin de bank bij de uitvoering van een correcte overschrijvingsopdracht in de fout gaat, doch tevens de situaties waarin de opdrachtgever een fout begaat of zich vergist en de bank het order correct uitvoert. Het betreft dus alle situaties waarin het door de opdrachtgever beoogde doel niet wordt bereikt.

215 VERGISSING VAN DE OPDRACHTGEVER - VORDERING WEGENS ONVERSCHULDIGDE BETALING – FAILLISSEMENT VAN DE BEGUNSTIGDE – GEEN REVINDICATIEVORDERING

Wanneer de opdrachtgever van een overschrijving een vergissing begaat en een te groot bedrag overschrijft aan de begunstigde, dan spreekt het voor zich dat het te veel overgemaakte bedrag door de opdrachtgever kan worden teruggevorderd van de begunstigde. Het gaat dan immers over een onverschuldigde betaling (art. 1235 B.W.)⁵¹⁸.

In een geval waarin de begunstigde van een overschrijvingsopdracht failliet ging, beriep de opdrachtgever die een te groot bedrag had overgeschreven zich op artikel 101 van de Faillissementswet, dat bepaalt dat het faillissement geen afbreuk doet aan het recht van terugvordering van de eigenaar van de goederen die in het bezit zijn van de schuldenaar, om aan de samenloop te ontsnappen. Geargumenteed werd door de opdrachtgever dat hij eigenaar was van de te veel overgemaakte gelden. Bijgevolg is het volgens de opdrachtgever mogelijk om deze gelden van de begunstigde te revindiceren. Het hof van beroep te Brussel volgt deze stelling niet⁵¹⁹. Wanneer de opdrachtgever zich vergist en een overschrijvingsopdracht heeft gegeven voor een te hoog bedrag, is de opdrachtgever volgens het hof geen eigenaar van het te veel overgemaakte bedrag. De rekeninghouder beschikt immers slechts over een schuldvordering tegenover zijn financiële instelling. Hij is geen eigenaar van de gelden op zijn rekening⁵²⁰. Ook door de uitvoering van de overschrijving wordt de opdrachtgever geen eigenaar van de gelden die bij vergissing te veel werden overgeschreven. Bovendien, stelt het hof, zelfs indien de opdrachtgever zou beschikken over een zakenrechtelijke vordering, kan dit de oplossing niet veranderen, aangezien het veel overgemaakte werd ingeschreven in een rekening-courant. Het quasi-novatoir karakter van de rekening-courant (*supra* nr. 88 e.v.), brengt met zich mee dat het overgemaakte bedrag niet langer individualiseerbaar is, hetgeen een revindicatie in elk geval uitsluit.

⁵¹⁸ Brussel 25 november 2005, *T.B.H.* 2007, 52, noot J.P. BUYLE en M. DELIERNEUX.

⁵¹⁹ Brussel 25 november 2005, *T.B.H.* 2007, 52, noot J.P. BUYLE en M. DELIERNEUX.

⁵²⁰ Zie ook: H. BRAECKMANS, "Bankrekeningen, betaal- en kredietverrichtingen", in *Beginselen van Belgisch Privaatrecht. Handels- en Economisch recht, Deel I Ondernemingsrecht*, Brussel, Story Scientia, 1989, 547; E. WYMEERSCH, "Aspects juridiques de certains nouveaux moyens de paiement", *Bank Fin.* 1995, 26. Anders: J. VANBELLE, "Geld juridisch bekeken", *A.J.T.-Dossier* 1994-1995, 64-67.

216 VERGISSING VAN DE BANK – TEGENBOEKING – VEREFFENING VAN DE REKENINGHOUDER -
FAILLISEMENT

Wanneer een bank de rekening van een cliënt ten onrechte crediteert (als gevolg van de foutieve uitvoering van een overschrijvingsopdracht), dan heeft zij het recht om tot een tegenboeking over te gaan⁵²¹. Niet alleen wordt dit vaak uitdrukkelijk bepaald in de bankvoorwaarden. Het gaat bovendien om een onverschuldigde betaling in hoofde van de bank. Tot dusver geen probleem.

In de besproken periode is de vraag aan bod gekomen of dergelijke tegenboeking tegenstelbaar is aan de massa van de schuldeisers wanneer zij geschiedt tijdens de periode van vereffening van een vennootschap en de vennootschap in vereffening later failliet wordt verklaard. De rechtbank van koophandel te Charleroi is van oordeel dat de tegenboeking de gelijkheid onder de schuldeisers niet in gedrag brengt. Enkel in de gevallen bepaald in de artikelen 17 en 18 van de Faillissementswet of in het geval waarin voldaan is aan de voorwaarden van de *actio pauliana*, kan de tegenboeking worden aangevochten⁵²².

In de annotatie bij dit vonnis wordt uitgebreid aandacht besteed aan de aard van het recht om tot een tegenboeking over te gaan. In het bijzonder wordt erop gewezen dat dergelijke tegenboeking uiteraard mogelijk is zolang de rekening-courant niet werd afgesloten. De in vereffening stelling van een vennootschap is volgens de auteurs niet van aard een onmiddellijk einde te stellen aan de rekening-courant, zodat een tegenboeking ook in deze periode veelal tot de mogelijkheid zal behoren. Indien de rekening-courant echter wel werd afgesloten - omdat contractueel is bepaald dat de in vereffening stelling de rekening-courant beëindigt of omdat de in vereffening stelling het noodzakelijke vertrouwen om een rekening-courant verhouding te onderhouden ondermijnt - bepaalt de aard van de tegenboeking of deze na de afsluiting van de rekening nog mogelijk is. Beschouwt men de tegenboeking als een rechtzetting van een creditering als gevolg van een vordering die retroactief is teniet gegaan, dan kan de tegenboeking ook na de sluiting van de rekening-courant nog plaatsvinden. Is men daarentegen van oordeel dat de tegenboeking het resultaat is van een vordering tot terugbetaling van hetgeen ten onrechte werd betaald, dan wordt de tegenboeking na afsluiting van de rekening-courant onmogelijk⁵²³.

217 FOUT VAN DE BANK VAN DE BEGUNSTIGDE – AANSPRAKELIJKHEID VAN DE BANKEN –
BELANG VAN DE KWALIFICATIE

Voor zover geen bijzondere wetgeving toepassing vindt, dient de vraag naar de aansprakelijkheid van de bank in geval van foutieve uitvoering van een overschrijvingsopdracht te worden beantwoord aan de hand van het gemeen recht. De kwalificatie van de overschrijving is daarbij van doorslaggevend belang. In de rechtspraak wordt in overwegende mate aanvaard dat de bank van de opdrachtgever handelt als lasthebber van de opdrachtgever en dat de bank van de begunstigde handelt als een gesubstitueerde

⁵²¹ Kh. Charleroi 30 november 1999, *T.B.H.* 2000, 688, noot J.P. BUYLE en M. DELIERNEUX.

⁵²² Kh. Charleroi 30 november 1999, *T.B.H.* 2000, 688, noot J.P. BUYLE en M. DELIERNEUX.

⁵²³ Charleroi 30 november 1999, *T.B.H.* 2000, 691-692, noot J.P. BUYLE en M. DELIERNEUX.

mandataris. Aanvaardt men deze kwalificatie, dan dient artikel 1994 B.W. te worden toegepast.

Bij toepassing van artikel 1994 B.W. kan de lasthebber enkel aansprakelijk worden gesteld voor de fouten die worden begaan door zijn plaatsvervanger indien de plaatsvervanging niet was toegelaten, alsook wanneer deze wel was toegelaten zonder aanwijzing van een bepaalde persoon en de lasthebber een blijkbaar onbevoegd of onvermogen persoon heeft gekozen. In de rechtspraak werd geoordeeld dat door het vermelden van het rekeningnummer van de begunstigde de opdrachtgever zelf impliciet maar noodzakelijk aanduidt welke bankier in de plaats wordt gesteld van zijn eigen bank. Dit impliceert dat de aansprakelijkheid van de eigen bankier enkel kan worden weerhouden indien deze zelf een fout heeft begaan. Voor fouten van de bank van de begunstigde staat hij niet in. Daartegenover staat dat de opdrachtgever wel beschikt over een rechtstreekse vordering tegen de bankier van de begunstigde die een fout heeft begaan, dit bij toepassing van artikel 1994, lid 2 B.W.⁵²⁴. De aansprakelijkheid van de bankier van de begunstigde tegenover de opdrachtgever is van contractuele aard⁵²⁵.

De kwalificatie als lastgeving wordt afgewezen in een recent arrest van het hof van beroep te Gent⁵²⁶, waarin evenwel de problematiek van aansprakelijkheid wegens foutieve uitvoering van de opdracht niet aan de orde was. Terecht wordt naar onze overtuiging geoordeeld dat de bank de opdrachtgever niet vertegenwoordigt, doch enkel een instructie uitvoert. Gelet op de afwezigheid van vertegenwoordiging kan er van lastgeving geen sprake zijn. Indien de bank van de opdrachtgever niet optreedt als lasthebber dan kunnen andere tussenkomende banken uiteraard ook niet handelen als een gesubstitueerd mandataris. In het verleden hebben wij geargumenteed dat het mogelijk is om de tussenkomende banken, evenals de bank van de begunstigde te beschouwen als een uitvoeringsagent van de bank van de opdrachtgever. Dit heeft belangrijke gevolgen op het niveau van de aansprakelijkheid, aangezien de tussenkomende banken en de bank van de begunstigde als uitvoeringsagent niet rechtstreeks door de opdrachtgever aansprakelijk kunnen worden gesteld (quasi-immuniteit van de uitvoeringsagent). Een contractuele vordering, ingesteld door de opdrachtgever tegen zijn eigen bank voor de fouten begaan door de tussenkomende banken is wel mogelijk, althans indien dergelijke vordering door een geldig exoneratiebeding niet wordt uitgesloten⁵²⁷.

Opgemerkt moet worden dat het belang van de kwalificatie voor wat betreft de verdeling van aansprakelijkheid in geval van foutieve uitvoering van overschrijvingsopdrachten de laatste jaren sterk is afgenomen. Dit is te wijten aan het feit dat verschillende wettelijke regelingen de aansprakelijkheid van de bank in het geval van foutieve uitvoering uitdrukkelijk regelen⁵²⁸. Meer concreet vindt de gemeenrechtelijke aansprakelijkheidsregeling vandaag enkel nog toepassing op overschrijvingsopdrachten die door rechtspersonen worden gegeven en op bepaalde – i.e. niet onder de wet grensoverschrijdende overschrijvingen ressorterende – schriftelijk geïnitialeeerde overschrijvingsopdrachten.

⁵²⁴ Antwerpen 3 oktober 2002, *R.W.* 2003-2004, 1307, noot.

⁵²⁵ Antwerpen 3 oktober 2002, *R.W.* 2003-2004, 1307, noot.

⁵²⁶ Gent 13 februari 2006, *NjW* 2006, 615.

⁵²⁷ Zie uitgebreid: R. STEENNOT, *Elektronisch betalingsverkeer: een toepassing van de klassieke principes*, Antwerpen, Intersentia, 2002, 137 en 401.

⁵²⁸ Het betreft de wet van 9 januari 2000 betreffende grensoverschrijdende geldoverschrijvingen en betalingen en de wet van 17 juli 2002 betreffende de transacties uitgevoerd met instrumenten voor elektronische overmaking van geldmiddelen. Zie het overzicht van rechtspraak “Consumentenbescherming” in *T.P.R.* 2004, 1721-2056.

In heel wat gevallen is de foutieve uitvoering van een overschrijvingsopdracht te wijten aan het feit dat de rekeninghouder zich heeft vergist bij het invullen van het rekeningnummer. Indien de rekeninghouder bij het invullen van het overschrijvingsformulier naast het foutieve rekeningnummer ook de naam van de begunstigde heeft ingevuld, rijst de vraag of de rekeninghouder de bank kan aansprakelijk stellen voor de foutieve uitvoering. Immers, indien de bank tot verificatie van overeenstemming van naam en rekeningnummer van de begunstigde ware overgegaan, dan zou zij de fout hebben opgemerkt. Vooraleer deze vraag te beantwoorden, is het nuttig op te merken dat op het interbancaire niveau (binnen het UCV) afspraken werden gemaakt met betrekking tot deze verificatieverplichting. Een onderscheid wordt vandaag de dag gemaakt tussen enerzijds overschrijvingsopdrachten die een bedrag van 10.000 euro (vroeger 2500 euro) niet te boven gaan en anderzijds overschrijvingsopdrachten van 10.000 euro of meer. Enkel wat laatstgenoemde betreft, bepalen de interbancaire afspraken dat de bank van de begunstigde tot een verificatie van overeenstemming van rekeningnummer en naam van de begunstigde moet overgaan. Voor andere overschrijvingsopdrachten bestaat geen dergelijke verplichting.

Er bestaat vandaag nagenoeg eensgezindheid over het feit dat in het geval waarin de bank interbancair gehouden is de overeenstemming tussen het rekeningnummer en de identiteit van de begunstigde te verifiëren, de bank die deze verplichting niet naleeft, aansprakelijk is tegenover de opdrachtgever⁵²⁹. Deze stelling mag niet verwonderen. Door de interbancaire afspraken ter zake niet te respecteren, begaat de bank ook in de verhouding tot de opdrachtgever een fout die haar contractuele aansprakelijkheid in het gedrang brengt. De miskennis van de interbancaire afspraken levert het bewijs dat de bank zich ook in de verhouding tot de opdrachtgever niet heeft gedragen als een normaal redelijk zorgvuldig persoon, geplaatst in dezelfde omstandigheden. In de besproken periode werd beslist dat in een dergelijk geval enkel de bank van de begunstigde aansprakelijk is. Nochtans heeft ook de rekeninghouder een fout begaan door een verkeerd rekeningnummer in te vullen, hetgeen bij toepassing van de equivalentie leer tot een gedeelde aansprakelijkheid zou moeten leiden. Maar tot dergelijke gedeelde aansprakelijkheid wordt dus niet altijd beslist. Meer concreet oordeelde het hof van beroep te Antwerpen dat de fout van de rekeninghouder niet in oorzakelijk verband staat met de schade⁵³⁰, waardoor dus enkel de bank aansprakelijk is voor de geleden schade.

Zoals reeds werd vermeld, bestaat de verificatieverplichting bij toepassing van de interbancaire afspraken maar indien de opdracht een bepaald bedrag te boven gaat. De vraag rijst of de bank van de begunstigde zich kan beroepen op deze interbancaire afspraken om aan haar aansprakelijkheid te ontkomen indien zij vandaag een order uitvoert beneden 10.000 euro. Vooreerst dient te worden opgemerkt dat deze vraag in ieder geval bevestigend moet worden beantwoord indien de algemene bankvoorwaarden uitdrukkelijk bepalen dat voor dergelijke overschrijvingsopdrachten de uitvoering uitsluitend geschiedt op grond van het rekeningnummer. Bevatten de bankvoorwaarden geen dergelijke vermelding, dan wordt het moeilijker. Vast staat dat de bank zich niet rechtstreeks op de interbancaire afspraken kan beroepen gelet op de relativiteit van de overeenkomst. Zij kunnen enkel als feitelijk gegeven worden aangereikt. In de besproken periode kwam deze problematiek niet aan bod, maar uit

⁵²⁹ Antwerpen 3 oktober 2002, *R.W.* 2003-2004, 1307, noot.

⁵³⁰ Antwerpen 3 oktober 2002, *R.W.* 2003-2004, 1307, noot.



een arrest van het hof van beroep te Antwerpen - dat weliswaar betrekking had op een overschrijving waarvoor ook volgens de interbancaire afspraken controle van overeenstemming noodzakelijk was – zou men kunnen afleiden dat de verplichting tot verificatie van overeenstemming van rekeningnummer en identiteit van de begunstigde steeds bestaat (bij afwezigheid van andersluidende bepaling in de bankvoorwaarden). Naar het bestaan van de interbancaire afspraken wordt in het arrest immers maar “ten overvloede” verwezen⁵³¹.

219 *GEEN VERIFICATIE VAN OVEREENSTEMMING VAN DE NAAM EN HET REKENINGNUMMER VAN DE BEGUNSTIGDE – AANSPRAKELIJKHEID IN DE INTERBANCAIRE VERHOUDING*

Wat de verdeling van aansprakelijkheid betreft in de interbancaire verhouding kan er geen twijfel bestaan over de toepasselijkheid van de interbancaire afspraken. Indien de bank van de begunstigde bij de uitvoering van een overschrijvingsopdracht niet overgaat tot de verificatie van overeenstemming van het rekeningnummer en de naam van de begunstigde - terwijl zij daar volgens de interbancaire afspraken toe gehouden is - begaat zij een fout en is zij aansprakelijk tegenover de bank van de opdrachtgever (voor zover deze schade lijdt). Indien ook de bank van de opdrachtgever een fout heeft begaan, dan dient beslist te worden tot een gedeelde aansprakelijkheid tussen beide banken⁵³². De rekeninghouder kan in geen geval niet aansprakelijk gesteld worden wanneer hij zelf geen enkele fout heeft begaan (in casu was het order gegeven door een persoon die daartoe niet bevoegd was binnen de rechtspersoon).

220 *DUBBELE OVERSCHRIJVINGSOPDRACHT – VORDERING TEGEN DE BANK – GEEN ONVERSCHULDIGDE BETALING – GEEN AANSPRAKELIJKHEID OP GROND VAN ARTIKEL 1382 B.W.*

Een overschrijvingsopdracht wordt telefonisch gegeven en nadien schriftelijk bevestigd. De bank voert het order twee keer uit. Hoewel het geen twijfel lijdt dat de bank de mogelijkheid heeft om het ten onrechte gecrediteerde bedrag op grond van de leer van de onverschuldigde betaling terug te vorderen van de begunstigde⁵³³, kan het bedrag in casu niet gerecupereerd worden. De begunstigde was intussen immers failliet verklaard. De opdrachtgever wendt zich tot zijn financiële instelling en beroept zich op de leer van de onverschuldigde betaling, de buitencontractuele aansprakelijkheid en de leer van de vermogensvermeerdering zonder oorzaak.

De vordering op grond van de onverschuldigde betaling wordt afgewezen omdat er in de verhouding tussen de opdrachtgever en de bank geen onverschuldigde betaling heeft plaatsgevonden⁵³⁴. De vordering op grond van artikel 1382 B.W. wordt afgewezen op grond van het samenloopverbod. Dit is logisch. Een buitencontractuele vordering is slechts toelaatbaar indien fout en schade vreemd zijn aan het contract⁵³⁵, hetgeen niet het geval is

⁵³¹ Antwerpen 3 oktober 2002, *R.W.* 2003-2004, 1307, noot.

⁵³² Kh. Antwerpen 27 april 2001, *R.W.* 2001-2002, 846, noot R. STEENNOT.

⁵³³ J. VAN RYN en J. HEENEN, *Principes de droit commercial*, T. IV, Brussel, Bruylant, 1988, 330-331.

⁵³⁴ Antwerpen 19 maart 2001, *A.J.T.* 2001-2002, 1002, noot R. STEENNOT.

⁵³⁵ Cass. 7 december 1973, *A.C.* 1974, 395. Voor een beschrijving van de samenlooptheorie: E. DIRIX en A. VAN OEVELEN, “Kroniek van het verbintenissenrecht (1985-1992)”, *R.W.* 1992-1993, 1226-1228; I. DE WEERDT,



indien eenzelfde overschrijvingsopdracht twee keer wordt uitgevoerd. De vordering op grond van de vermogensvermeerdering zonder oorzaak wordt afgewezen op grond van het subsidiariteitsprincipe dat inhoudt dat een vordering op grond van vermogensvermeerdering zonder oorzaak slechts mogelijk is indien op grond van de wet of een contract geen andere vordering kan worden ingesteld. Bovendien, stelt het hof, kan men er ernstig aan twijfelen of er in hoofde van de bank sprake is van een vermogensvermeerdering.

Dit alles betekent uiteraard niet dat de bank die een order twee keer uitvoert steeds vrijuit zal gaan. Nagegaan moet worden of de bank contractueel aansprakelijk kan worden gesteld, i.e. of zij een fout heeft begaan door het order twee keer uit te voeren (de feitelijke omstandigheden zullen bepalend zijn). Voor zover geen exoneratiebedingen vervat liggen in de bankvoorwaarden volstaat een lichte fout opdat de bank aansprakelijk zou zijn. Exoneratiebedingen kunnen de bank van aansprakelijkheid ontslaan, in de verhouding tot consumenten voor hun lichte fout, in de verhouding tot professionele cliënten zelfs voor hun zware fout.

221 *OPZEGGING – GEEN OPDRACHT – VERMOGENSVERMEERDERING ZONDER OORZAAK*

In een geval waarin de bank ten onrechte een som overmaakt aan de administratie van de belastingen wordt door de bank geargumenteed dat zij de betrokken sommen van de rekeninghouder kan terugvorderen op grond van de theorie van de vermogensvermeerdering zonder oorzaak. De feiten waren de volgende: een rekeninghouder sluit met een bank een contract af dat ertoe strekt een bijzondere rekening te openen die moet dienen om een voorafbetaling aan de administratie van de belastingen te financieren. Bijzonder is dat de overeenkomst wordt opgezegd – en deze opzegging wordt aanvaard - vooraleer de voorafbetaling wordt verricht. Niettemin maakt de bank het betrokken over aan de administratie van de belastingen, die weigert het bedrag terug te storten. Het hof van beroep te Luik willigt de eis op grond van vermogensvermeerdering zonder oorzaak in, omdat de vergissing van de bank een verarming heeft veroorzaakt in hoofde van de bank en een verrijking in hoofde van de rekeninghouder, die zonder oorzaak is gelet op de opzegging van de overeenkomst⁵³⁶.

In de annotatie bij het arrest wordt deze beslissing terecht bekritiseerd. Geargumenteed wordt dat de vordering wegens verrijking zonder oorzaak een subsidiaire vordering is die slechts ingewilligd mag worden indien er geen andere vordering mogelijk is. Welnu, aanvaard wordt dat een bank die ten onrechte, bijvoorbeeld omdat ze daartoe niet gemandateerd is, een som overmaakt, deze som van de ten onrechte gecrediteerde persoon of entiteit kan terugvorderen op grond van de leer van de onverschuldigde betaling. Om die reden diende de vordering van de bank tegen de rekeninghouder dan ook te worden afgewezen. Bijzonder was dat de fiscus niet tot terugbetaling van het onverschuldigde wilde overgaan op grond van artikel 166 K.B./WIB dat bepaalt dat elke som die aan de belastingschuldige moet worden teruggegeven krachtens de bepalingen betreffende de onverschuldigde betaling door de ontvanger van de directe belastingen zonder formaliteit kan worden aangezuiverd op de door die belastingschuldige verschuldigde voorheffingen, belastingen en ermee gelijkgestelde belastingen in hoofdsom, opcentiemen, verhogingen, interesten en kosten (hetgeen volgens

“Samenloop en coëxistentie van contractuele en buitencontractuele aansprakelijkheid in het maritiem recht”, in *Zeerecht. Grondbeginselen van het Belgisch Privaatrechtelijk Zeerecht*, Antwerpen, ETL, 1998, 273-308.

⁵³⁶ Luik 1 maart 2002, *J.L.M.B.* 2003, 961, noot C.G. WINANDY.

het hof de terugvordering op grond van de onverschuldigde betaling uitsluit). Terecht wordt in de annotatie opgemerkt dat deze bepaling in het betrokken geval de administratie van de belastingen niet toeliet de ten onrechte gecrediteerde sommen te behouden, tenzij wanneer de bank sommen aan de fiscus verschuldigd zou zijn geweest⁵³⁷. De vordering wegens onverschuldigde betaling was dus wel mogelijk (hetgeen in casu overigens door de partijen niet werd aangevoerd).

222 *FOUT VAN DE BANK – GEEN UITVOERING – TOEPASSING ARTIKEL 1382 B.W.*

In een geval waarin een bank er niet in slaagde een overschrijving uit te voeren, werd door het hof van beroep te Gent geoordeeld dat de bank van de opdrachtgever een extra-contractuele fout had begaan tegenover de begunstigde van de opdracht⁵³⁸. De feiten zijn als volgt: een Franse bank kreeg de opdracht om de rekening die de begunstigde voerde bij een bank in Wetteren (België) te crediteren. De Franse bank neemt echter contact op met een bank in het Duitse Wetteren, waar de begunstigde onbekend is. Na te hebben meegedeeld aan de opdrachtgever dat de opdracht niet kon worden uitgevoerd, wordt de opdracht door de opdrachtgever herroepen. Het hof van beroep te Gent oordeelt dat de Franse bank een buitencontractuele fout heeft begaan tegenover de begunstigde, enerzijds omdat de Franse bank, gelet op haar hoedanigheid van professioneel bankier in casu diende te weten dat de overschrijving voor een Belgische schuldeiser was bestemd, anderzijds omdat de Franse bank in een fax aan de begunstigde had bevestigd het bedrag op de rekening van de begunstigde te hebben gestort. De begunstigde mocht bij een dergelijke verklaring er rechtmatig op vertrouwen dat de betaling was uitgevoerd. Benadrukt moet wel nog worden dat naast fout het bewijs van schade en causaal verband geleverd moet worden opdat de bank daadwerkelijk aansprakelijk zou zijn.

II. Herroeping van een overschrijvingsopdracht

223 *HERROEPING IN STRIJD MET AFSPRAKEN VAN PARTIJEN UIT ONDERLIGGENDE VERHOUDING – GEEN AANSPRAKELIJKHEID TEGENOVER BEGUNSTIGDE*

In een geval waarin de opdrachtgever een gegeven overschrijvingsopdracht herroept en de bank van de opdrachtgever met deze herroeping rekening houdt, wordt door de begunstigde geargumenteed dat de bank een fout heeft begaan door gevolg te geven aan de herroeping van de overschrijvingsopdracht. Deze stelling wordt door het hof van beroep te Brussel niet aanvaard⁵³⁹. De bank moet volgens het hof geen rekening houden met het al dan niet foutief karakter van de herroeping in de verhouding tussen schuldenaar en schuldeiser, aangezien de bank enkel gehouden is tegenover haar cliënt (de opdrachtgever) en in die verhouding rekening moet houden met de instructies van haar cliënt.

⁵³⁷ C.G. WINANDY, “Le contrat de crédit pour financier un versement anticipé d’impôt », noot onder Luik 1 maart 2002, *J.L.M.B.* 2003, 965-966 ; A. BRUYNEEL en E. VAN DEN HAUTTE, “Chronique de droit bancaire privé – les opérations de banque (2002-2003)”, *Bank Fin. R.* 2003, 230.

⁵³⁸ Gent 3 januari 2002, *onuitg.*

⁵³⁹ Brussel 25 januari 2000, *DAOR* 2001, afl. 57, 71, noot L. JACOBS.

Deze beslissing verdient te worden goedgekeurd. Opgemerkt kan nog worden dat de bankvoorwaarden veelal bepalen dat een herroeping niet mogelijk is, in welk geval de bank niet verplicht is, doch nog steeds de mogelijkheid heeft, om met de herroeping rekening te houden. Wat door natuurlijke personen elektronisch geïntialiseerde overschrijvingsopdrachten betreft, ligt de onherroepelijkheid van de opdracht overigens vervat in artikel 8 van de wet van 17 juli 2002 betreffende transacties met instrumenten voor de elektronische overmaking van geldmiddelen. Gelet op het feit dat de wet strekt tot bescherming van de houder van het instrument, belet deze wet echter niet dat de bank in een concreet geval rekening zou houden met een herroeping van dergelijke opdracht (hoewel het onwaarschijnlijk is dat deze tijdig kan gebeuren indien de opdracht elektronisch werd gegeven), dit zonder op die manier haar aansprakelijkheid tegenover de begunstigde in het gedrang te brengen. Volledigheidshalve kan hier nog aan toegevoegd worden dat een herroeping volgens de meerderheidsopvatting mogelijk is zolang de rekening van de begunstigde niet met het bedrag van de overschrijving werd gecrediteerd⁵⁴⁰.

§ 21. – Elektronisch betaalverkeer

224 BESCHIKBAARHEID VAN HET SYSTEEM – RESULTAATSVERBINTENIS

De onbeschikbaarheid van een elektronisch betalingssysteem kan leiden tot bijzonder onaangename situaties. Handelaars worden met verliezen⁵⁴¹ geconfronteerd doordat cliënten, die geen geld op zak hebben, niet in staat zijn te betalen. Cliënten worden geconfronteerd met ongemakken en bijkomende kosten doordat ze later moeten terugkeren om op een andere wijze te betalen. Een dergelijke situatie deed zich voor toen het netwerk van Banksys uitviel ingevolge problemen te wijten aan de omschakeling naar de euro. Enkele organisaties die de belangen van handelaars vertegenwoordigen (Unizo en het VDV), en twee handelaars die een overeenkomst met Banksys hadden gesloten, spanden een kort geding aan. Zij vroegen Banksys te verplichten de permanente beschikbaarheid van het systeem te garanderen, alsook Banksys te veroordelen tot het verbeuren van een dwangsom van 10 miljoen frank (247.893, 52 Euro) per dag waarop de elektronische betaalsystemen uitvallen. In eerste aanleg werd de vordering afgewezen⁵⁴².

Het hof van beroep te Brussel komt tot het besluit dat op Banksys een resultaatsverbintenis rust om het door haar georganiseerde betalingssysteem permanent ter beschikking te stellen. Meer bepaald moet Banksys ervoor zorgen dat opdrachten met debetkaarten steeds geïntialiseerd en verwerkt kunnen worden. Is deze mogelijkheid niet aanwezig, dan moet Banksys een dwangsom betalen van 200.000 Euro per dag waarop de elektronische betalingssystemen uitvallen. Enkel wanneer de onbeschikbaarheid noodzakelijk is (vb. met het oog op de verbetering of de aanpassing van de systemen) en behoorlijk vooraf wordt aangekondigd of wanneer de onbeschikbaarheid te wijten is aan een vreemde oorzaak kan Banksys volgens het hof ontsnappen aan haar verbintenis om de continuïteit van het systeem te garanderen.

⁵⁴⁰ Zie hierover: R. STEENNOT, *Elektronisch betalingsverkeer: een toepassing van de klassieke principes*, Antwerpen, Intersentia, 2002, 233 e.v.

⁵⁴¹ In werkelijkheid gaat het over het derven van winsten.

⁵⁴² Rb. Brussel 20 juli 2001, *T.B.H.* 2001, 771, noot F. DE CLIPPELE.

De uitspraak van het hof is voornamelijk van belang waar zij bepaalt dat de verplichting om het elektronisch betalingssysteem ter beschikking te stellen een resultaatsverbintenis inhoudt en geen inspanningsverbintenis. Het hof baseert zich daarbij in eerste instantie sterk op het algemeen reglement dat de verhouding beheerst tussen Banksys en de geaffilieerde handelaars. Artikel 4 van het reglement bepaalde destijds: “zowel Banksys als de aangesloten banken verbinden zich ertoe de transacties *die door de terminal werden aanvaard* correct en tijdig uit te voeren”. De vraag rijst of deze formulering wel toelaat te besluiten dat Banksys zich heeft verbonden om het systeem continu ter beschikking te stellen. Geargumenteed zou immers kunnen worden dat de verplichting opdrachten correct uit te voeren, zoals zij wordt verwoord in artikel 4 van het reglement, enkel betrekking heeft op de situatie waarin een opdracht daadwerkelijk door Banksys wordt geautoriseerd⁵⁴³. Met andere woorden, indien uit deze zinsnede al het bestaan van een resultaatsverbintenis afgeleid kan worden, dan kan deze enkel gelden met betrekking tot de uitvoering van opdrachten en niet met betrekking tot de beschikbaarheid van het systeem. Een dergelijke interpretatie dringt zich naar onze overtuiging ook op in toepassing van artikel 1162 B.W.⁵⁴⁴.

Bovendien kan, zoals blijkt uit het vonnis a quo, ook rekening gehouden worden met artikel 9 van het algemeen reglement, waarin wordt bepaald: “Banksys is enkel aansprakelijk voor de rechtstreekse schade die de nemer lijdt wegens een fout in de werking van de terminal en/of de computer van Banksys waarvan de nemer (handelaar) het bewijs kan leveren”. Het is de handelaar die bij toepassing van deze bepaling, die zowel speelt op het niveau van de terbeschikkingstelling van het systeem als op het niveau van de uitvoering van de transactie, het bewijs van het bestaan van een fout moet leveren. Hoewel deze bepaling betrekking heeft op de omvang van de aansprakelijkheid en derhalve op zich niet toelaat de aard van de verbintenis te bepalen, kan zij een indicatie opleveren dat de partijen slechts de bedoeling gehad hebben Banksys een inspanningsverbintenis op te leggen⁵⁴⁵. De vraag of in dit concreet geschil een fout aanwezig is, dient door de rechter, die zich moet uitspreken over de grond van de zaak, beoordeeld te worden.

Daarnaast wordt het bestaan van een resultaatsverbintenis in hoofde van Banksys volgens het hof nog versterkt door het feit dat Banksys over een monopoliepositie beschikt. De vraag kan gesteld worden of het feit dat een private onderneming een monopoliepositie heeft mede kan bepalen of een contractuele verplichting de aard van een inspannings- of resultaatsverbintenis heeft. De aard van de verbintenis moet volgens het Hof van Cassatie vastgesteld worden aan de hand van de gemeenschappelijke bedoeling van de partijen⁵⁴⁶.

Het belang van dit arrest vandaag de dag is beperkt, omdat Banksys is overgegaan tot een aanpassing van zijn algemene voorwaarden. De algemene voorwaarden bepalen heden zeer duidelijk dat op Banksys slechts een inspanningsverbintenis rust om het elektronisch betaalsysteem ter beschikking te stellen. Er kan dus vandaag geen twijfel meer bestaan over het feit dat de gemeenschappelijke bedoeling van de partijen er slechts in bestaat een

⁵⁴³ A. BRUYNEEL en E. VAN DEN HAUTTE, “Chronique de droit bancaire privé – les opérations de banque (2002-2003)”, *Bank Fin.R.* 2003, 229. Anders: F. PETILLION, “Het Bansys-arrest een instinker”, *Computerr.* 2002, 368 e.v.

⁵⁴⁴ Zie hierover uitgebreid: R. STEENNOT, “De aard van de verbintenis om een elektronisch betalingssysteem ter beschikking te stellen”, noot onder Brussel 12 februari 2002, *Bank Fin. R.* 2002, 179. Anders: F. PETILLION, “Het Bansys-arrest een instinker”, *Computerr.* 2002, 370, die van oordeel is dat er geen ruimte is voor interpretatie en dat indien met artikel 1162 B.W. toch wil toepassen, dit impliceert dat het beding moet worden geïnterpreteerd ten voordele van de handelaars.

⁵⁴⁵ Anders: F. PETILLION, “Het Bansys-arrest een instinker”, *Computerr.* 2002, 371.

⁵⁴⁶ Cass. 18 mei 1990, *Arr. Cass.* 1989-1990, 1195; Cass. 3 mei 1984, *Arr. Cass.* 1983-1984, 1147.

inspanningsverbintenis te creëren in hoofde van de aanbieder van dit elektronisch betaalsysteem. De beweerde monopoliepositie kan daar niets aan veranderen. Wij denken wel dat de vraag of Banksys al dan niet beschikt over een monopoliepositie kan spelen op een ander niveau. Meer bepaald kan naar onze overtuiging de beweerde monopoliepositie van Banksys in aanmerking genomen worden wanneer men argumenteert dat Banksys misbruik maakt van zijn machtspositie in de zin van artikel 3 van de wet tot bescherming van de economische mededinging. Geargumenteed zou dan moeten worden vooreerst dat Banksys op de betrokken Belgische markt of op een wezenlijk deel ervan inderdaad over een machtspositie beschikt⁵⁴⁷ en vervolgens dat Banksys zijn machtspositie misbruikt door contractueel te bepalen dat zij enkel een inspanningsverbintenis heeft ter zake van de terbeschikkingstelling van het systeem. Meer concreet moet daarbij nagegaan worden of de omschrijving van de verbintenis van Banksys als een inspanningsverbintenis leidt tot een onevenwicht in de contractprestaties dat van die aard is dat het als een misbruik van machtspositie beschouwd kan worden (art. 3, 1)⁵⁴⁸. Dit lijkt ons niet het geval, nu voor de gebruikers op het gebied van betalingen voldoende substitutiemogelijkheden voor het elektronisch betalingsverkeer bestaan.

Zelfs indien men aanvaardt dat de verbintenis van Banksys om het betalingssysteem ter beschikking te stellen geanalyseerd moet worden als een resultaatsverbintenis, kan Banksys zich beroepen op de aanwezigheid van een vreemde oorzaak om de niet-uitvoering van haar verbintenis te rechtvaardigen. Wat betreft de invulling van het begrip “vreemde oorzaak” kan verwezen worden naar de omschrijving die traditioneel aan het begrip “overmacht” wordt gegeven. Inzake overmacht wordt in het Belgisch recht de theorie van de ontoerekenbare onmogelijkheid gehanteerd. Dit impliceert dat er slechts sprake kan zijn van overmacht indien de omstandigheid die als vreemde oorzaak ter bevrijding van de schuldenaar wordt aangevoerd, de nakoming van de verbintenis van de schuldenaar onmogelijk maakt en de schuldenaar dienaangaande geen enkele fout treft. Overmacht veronderstelt een onoverkomelijk beletsel en kan enkel voortvloeien uit een gebeurtenis buiten de menselijke wil die door deze wil niet kon worden voorzien, noch worden vermeden⁵⁴⁹. Vooral het onvoorzienbaar en onvermijdbaar karakter van de gebeurtenis laat toe te besluiten dat het wellicht niet mogelijk is technische storingen, die leiden tot de onbeschikbaarheid van het systeem, vlug als overmacht te kwalificeren. Het is immers perfect te voorspellen dat informaticasystemen kunnen uitvallen. Dit leidt tot de opvatting dat de aansprakelijkheid beoordeeld moet worden in functie van de maatregelen die werden genomen om de onbeschikbaarheid te vermijden⁵⁵⁰.

Bovendien moet benadrukt worden dat er niet automatisch sprake van overmacht is wanneer blijkt dat de onbeschikbaarheid het resultaat is van problemen bij een derde instelling waarop de schuldenaar een beroep moet doen om zijn contractuele verplichtingen uit te voeren. De

⁵⁴⁷ Een onderneming heeft een machtspositie in de zin van artikel 3 van de wet, indien zij in staat is de instandhouding van een daadwerkelijke mededinging te verhinderen en zij zich in de mogelijkheid bevindt om zich jegens haar concurrenten, afnemers of leveranciers in belangrijke mate onafhankelijk te gedragen.

⁵⁴⁸ Artikel 3, 1) bepaalt dat het misbruik met name kan bestaan in het rechtstreeks of zijdelings opleggen van onbillijke aan- of verkoopprijzen of van *andere onbillijke contractuele voorwaarden*.

⁵⁴⁹ Cass. 8 november 1985, *Arr. Cass.* 1985-1986, 328; R. KRUIHOF, “Schuld, risico, imprevisie en overmacht bij de niet nakoming van contractuele verbintenissen. Een rechtsvergelijkende benadering”, in *Hulde aan René Dekkers*, Brussel, Bruylant, 1982, 281-310; W. RAUWS, *Civielrechtelijke beëindigingswijzen van de arbeidsovereenkomst: nietigheid, ontbinding en overmacht*, Antwerpen, Kluwer Rechtswetenschappen, 1987, 622-632.

⁵⁵⁰ X. THUNIS, “Tendances récentes de la responsabilité des banques dans les opérations de transferts électroniques de fonds”, *R.D.A.I.* 1991, 954, 967.

schuldenaar is, algemeen gesteld, aansprakelijk voor de tekortkomingen van de uitvoeringsagenten waarop hij een beroep heeft gedaan⁵⁵¹. Slechts wanneer zou blijken dat er zich in hoofde van de uitvoeringsagent omstandigheden hebben voorgedaan die ook de schuldenaar, in zijn verhouding tot de schuldeiser, bevrijd zouden hebben, kan de schuldenaar zich beroepen op overmacht⁵⁵². Meer concreet: Banksys kan niet aan zijn aansprakelijkheid ontkomen louter en alleen omdat de storing bijvoorbeeld werd veroorzaakt door Belgacom (tenzij wanneer de storing bij Belgacom op zijn beurt wordt veroorzaakt door een vreemde oorzaak).

225 *KREDIETKAART – GEEN OPDRACHT VAN DE KAARTHOUDER – GEEN MOGELIJKHEID TOT DEBITERING – FOUT KAARTHOUDER IRRELEVANT*

Betaalopdrachten met kredietkaarten kunnen op verschillende wijzen worden gegeven, bijvoorbeeld middels de ondertekening van een sales-slip, het ingeven van een geheime code, het meedelen van het nummer en de vervaldatum van de kredietkaart,... Belangrijk is te beseffen dat in geen geval mag worden overgegaan tot een debitering van de kaarthouder indien geen opdracht tot betaling werd gegeven. Aldus werd geoordeeld in een geval waarin de kaarthouder in het verleden zijn kredietkaartgegevens had overgemaakt aan een onderneming en deze onderneming deze gegevens op een later tijdstip nogmaals gebruikt om een betaling te verkrijgen. In een dergelijk geval is er voor de tweede transactie geen opdracht geweest. Door de kaartmaatschappij werd nog geargumenteed dat de kaarthouder de risico's moet dragen die verbonden zijn aan het bekend maken van de gegevens van de kaart aan een derde. Dit argument werd door de rechtbank terecht niet aanvaard⁵⁵³. De fout van de kaarthouder kan geen enkele rol spelen indien niet het bewijs van een (vervalste) betaalopdracht wordt geleverd.

226 *WET VAN 17 JULI 2002 – TOEPASSINGSGEBIED RATIONE MATERIAE – KREDIETKAARTEN*

De wet van 17 juli 2002 betreffende transacties uitgevoerd met instrumenten voor de elektronische overmaking van geldmiddelen bevat een aantal belangrijke bepalingen die toepassing vinden zodra een natuurlijke persoon van een uitgever een instrument voor de elektronische overmaking van geldmiddelen heeft verkregen. Het betreft onder meer informatieverplichtingen en regelen betreffende de aansprakelijkheid in geval van foutieve uitvoering van een opdracht en in geval van frauduleus gebruik van een instrument voor de elektronische overmaking van geldmiddelen⁵⁵⁴.

In de besproken periode diende het hof van beroep te Brussel zich uit te spreken over de vraag of een Visa-kaart als een instrument voor de elektronische overmaking van geldmiddelen kan worden beschouwd. Een instrument voor de elektronische overmaking van geldmiddelen

⁵⁵¹ Zie over de aansprakelijkheid van de schuldenaar voor de fouten begaan door de uitvoeringsagenten waarop hij een beroep heeft gedaan: C. PAUWELS, *Contractuele aansprakelijkheid voor hulppersonen of uitvoeringsagenten*, Antwerpen-Apeldoorn, Maklu, 1995, 231 e.v.

⁵⁵² P. VAN OMMESLAGHE, "Examen de Jurisprudence (1974-1982). Les Obligations", *R.C.J.B.* 1986, 212.

⁵⁵³ Kh. Brussel 23 februari 1999, *T.B.H.* 2000, 692, noot J.P. BUYLE en M. DELIERNEUX.

⁵⁵⁴ Voor een bespreking van de wet: L. LAMBERT, "La loi du 17 juillet 2002 relative aux opérations effectuées au moyen d'instruments de transfert électroniques de fonds", *T.B.H.* 2002, 573-588; R. STEENNOT, "De wet betreffende de transacties uitgevoerd met instrumenten voor de elektronische overmaking van geldmiddelen", *Bank Fin. R.* 2002, afl. 5, 255-271.

wordt in de wet van 17 juli 2002 omschreven als elk middel dat toelaat om bepaalde in de wet genoemde verrichtingen, zoals de opvraging van contant geld en overmaking van geldmiddelen, geheel of gedeeltelijk langs elektronische weg te verwezenlijken (art. 2, 1°). Het hof bevestigt dat een Visa-kaart beantwoordt aan deze omschrijving⁵⁵⁵. Een Visa-kaart biedt inderdaad de mogelijkheid gelden op te vragen en over te maken, dit op elektronische wijze. Overigens wordt ook op Europees niveau aanvaard dat een kredietkaart een elektronisch betaalinstrument is⁵⁵⁶.

227 WET VAN 17 JULI 2002 - TOEPASSINGSGEBIED RATIONE TEMPORIS – AARD VAN DE WET

In de rechtspraak is ook de vraag aan bod gekomen of de wet van 17 juli 2002 kan worden toegepast op feiten die dateren van voor de datum van inwerkingtreding van de wet, i.e. of de wet onmiddellijke of exclusieve werking heeft. Het hof van beroep te Brussel was van oordeel dat de wet onmiddellijke werking heeft en steunde zich daarbij op het feit dat de wet van openbare orde is⁵⁵⁷. Twijfels kunnen geuit worden bij de vraag of de wet van openbare orde is. Betreft de wet werkelijk de juridische basis waarop de economische of morele orde van de maatschappij rust⁵⁵⁸? Wij denken het niet. Naar onze overtuiging beschermt de wet enkel private belangen, hetgeen dan volgens de klassieke leer⁵⁵⁹ impliceert dat de wet van dwingend recht en niet van openbare orde is⁵⁶⁰.

228 DEBETKAART – BEDRIEGLIJK GEBRUIK DOOR EEN DERDE – AANSPRAKELIJKHEID – ONRECHTMATIG BEDING

In een geschil dat dateerde van voor de inwerkingtreding van de wet van 17 juli 2002 betreffende de transacties uitgevoerd met instrumenten voor de elektronische overmaking van geldmiddelen diende de rechter zich enerzijds uit te spreken over de geldigheid van de bedingen in de algemene voorwaarden die de aansprakelijkheid in het geval van verlies of diefstal van de kaart tussen de kaarthouder en de bank verdelen, anderzijds over de verdeling van de aansprakelijkheid⁵⁶¹. De feiten waren de volgende: een kaarthouder wordt geconfronteerd met een defecte geldautomaat en gaat ervan uit de kaart werd ingeslikt. Een aanwezige die intussen de kaart heeft weten te bemachtigen, raadt de kaarthouder aan de pincode nogmaals in te typen, omdat dit de kaart zou kunnen terugbrengen. In de volgende dagen worden enkele geldafhalingen verricht. De bedingen die destijds werden opgenomen in de bankvoorwaarden van de betrokken bank verdeelden de aansprakelijkheid als volgt: de bank is aansprakelijk na kennisgeving van verlies of diefstal. Voor transacties die plaatsvinden voor kennisgeving is de aansprakelijkheid van de kaarthouder beperkt tot 6000

⁵⁵⁵ Brussel 13 september 2005, *Bank Fin. R.* 2006, 145, en Brussel 4 oktober 2005, *Bank Fin. R.* 2006, 148, noot R. STEENNOT.

⁵⁵⁶ Zie artikel 2, b van de Europese aanbeveling van 30 juli 1997.

⁵⁵⁷ Brussel 13 september 2005, *Bank Fin. R.* 2006, 145, en Brussel 4 oktober 2005, *Bank Fin. R.* 2006, 148, noot R. STEENNOT.

⁵⁵⁸ Cass. 9 december 1948, *Pas.* 1948, I, 699.

⁵⁵⁹ Opgemerkt kan worden dat wij in het verleden, net als bepaalde andere auteurs de vraag hebben opgeworpen of het onderscheid tussen openbare orde en dwingend recht niet te absoluut is gesteld. Zie: R. STEENNOT, *Elektronisch betalingsverkeer: een toepassing van de klassieke principes*, Antwerpen, Intersentia, 2002, 64 e.v. en de daar geciteerde rechtsleer.

⁵⁶⁰ W. VAN GERVEN, *Verbintenissenrecht*, Leuven, Acco, 1999, 30.

⁵⁶¹ Vred. Brussel 23 september 2003, *T.B.H.* 2004, 160, noot J.P. BUYLE en M. DELIERNEUX.



frank, behoudens in geval van fraude of grove nalatigheid van de kaarthouder, in welk geval de kaarthouder onbeperkt aansprakelijk is.

Met verwijzing naar de destijds bestaande reglementering (artikel 61 wet consumentenkrediet), de Europese aanbeveling van 30 juli 1997 en de wet van 17 juli 2002, die allen een gelijkaardige regeling bevatten, komt de rechter terecht tot het besluit dat er geen sprake kan zijn van een kennelijk onevenwicht tussen de rechten en plichten van de partijen. De bedingen in de bankvoorwaarden die de aansprakelijkheid verdelen, werden dan ook niet nietig verklaard. Eigenaardig genoeg gaat de rechter dan bij de verdeling van de aansprakelijkheid de fouten van de kaarthouder en de bank tegenover elkaar afwegen. Niet alleen de kaarthouder zou zich onzorgvuldig gedragen hebben door het codenummer opnieuw in te typen. Ook de bank heeft fouten begaan doordat zij niet de nodige maatregelen heeft genomen om ervoor te zorgen enerzijds dat een kaart niet in een defecte automaat kan worden gestopt en anderzijds dat er op het scherm een mededeling verschijnt die aangeeft dat de automaat defect is. Op grond van deze gegevens wordt de aansprakelijkheid in een verhouding van drie tot twee verdeeld.

Deze beslissing kan niet gevolgd worden: ofwel had de rechter moeten vaststellen dat er een grove nalatigheid was, in welk geval de houder onbeperkt aansprakelijk diende te zijn, ofwel dat er geen grove nalatigheid was, in welk geval de aansprakelijkheid van de houder beperkt diende te zijn tot 6000 frank. De contractuele voorwaarden bepaalden immers duidelijk hoe de aansprakelijkheid verdeeld diende te worden en de fout van de bank speelde daarbij geen rol. In ieder geval, onder de gelding van de huidige wetgeving, kan er geen rekening worden gehouden met de eventuele fout van de uitgever van de kaart. De verdeling van de aansprakelijkheid dient uitsluitend te gebeuren op grond van de elementen die door de wet worden aangereikt (*infra*).

229 *ELEKTRONISCH BETAALINSTRUMENT – BEDRIEGLIJK GEBRUIK DOOR EEN DERDE – AANSPRAKELIJKHEID – KENNISGEVING – GROVE NALATIGHEID - ALGEMEEN*

Door de wet van 17 juli 2002 betreffende de transacties voor de elektronische overmaking van geldmiddelen werd een regeling ingevoerd die ertoe strekt de aansprakelijkheid te verdelen tussen de houder en de uitgever van een elektronisch betaalinstrument in geval van verlies of diefstal van een dergelijk instrument. Bij toepassing van artikel 8 van de wet van 17 juli 2002 dient een onderscheid te worden gemaakt tussen transacties die voor en na kennisgeving van verlies of bedrieglijk gebruik van het instrument hebben plaatsgevonden. Meer concreet is de uitgever aansprakelijk voor alle transacties die hebben plaatsgevonden na kennisgeving, tenzij wanneer de houder zelf frauduleus heeft gehandeld. Wat transacties betreft die voor kennisgeving hebben plaatsgevonden is de houder aansprakelijk maar zijn aansprakelijkheid is beperkt tot 150 euro, tenzij wanneer hij grof nalatig of frauduleus heeft gehandeld.

230 *ELEKTRONISCH BETAALINSTRUMENT – BEDRIEGLIJK GEBRUIK DOOR EEN DERDE – AANSPRAKELIJKHEID VOOR KENNISGEVING – GROVE NALATIGHEID - ALGEMEEN*

Wat de invulling van het begrip “grove nalatigheid” betreft, bepaalt de wet van 17 juli 2002 dat onder andere als een grove nalatigheid worden beschouwd (art. 8 §2):

- het feit, vanwege de houder, zijn persoonlijk identificatienummer of enige andere code in een gemakkelijk herkenbare vorm te noteren, en met name op het elektronisch instrument voor de overmaking van geldmiddelen, of op een voorwerp of een document dat de houder bij het instrument bewaart of met dat instrument bij zich draagt, alsook
- het feit van de uitgever niet onverwijld in kennis te hebben gesteld van het verlies of de diefstal.

Het blijkt duidelijk uit de tekst van de wet dat deze opsomming niet limitatief van aard is. De rechter kan ook andere gedragingen als een grove nalatigheid aanmerken, daarbij rekening houdend met het geheel van de feitelijke omstandigheden.

231 ELEKTRONISCH BETAALINSTRUMENT – BEDRIEGLIJK GEBRUIK DOOR EEN DERDE – AANSPRAKELIJKHEID VOOR KENNISGEVING – GROVE NALATIGHEID – GEEN LOUTERE ONVOORZICHTIGHEID

Door het hof van beroep te Brussel werd beslist dat een loutere onvoorzichtigheid van de houder niet voldoende is om tot de aanwezigheid van een grove nalatigheid te besluiten⁵⁶². De feiten moeten minstens ernstige aanwijzingen bevatten van een onzorgvuldige bewaring die grenst aan een grove nalatigheid. Deze vaststelling is van belang en kan worden goedgekeurd. Immers, is niet elk verlies van een betaalinstrument, anders dan de diefstal ervan, het gevolg van een onvoorzichtigheid? Door een aansprakelijkheidsregeling uit te werken die niet alleen geldt in geval van diefstal maar ook in geval van verlies heeft de wetgever impliciet doch duidelijk gesteld dat een loutere onvoorzichtigheid onvoldoende is om tot een onbeperkte aansprakelijkheid van de kaarthouder te besluiten. Of om het met de woorden van De Page te stellen (waar de auteur het heeft over het vergelijkbare begrip “zware fout”), het moet gaan over een fout of nalatigheid die dermate zwaar en excessief is dat zij niet begrijpbaar is voor een redelijk persoon⁵⁶³.

232 ELEKTRONISCH BETAALINSTRUMENT – BEDRIEGLIJK GEBRUIK DOOR EEN DERDE – AANSPRAKELIJKHEID VOOR KENNISGEVING – GROVE NALATIGHEID – GEEN VERPLICHTING OM AANWEZIGHEID INSTRUMENT PERMANENT TE VERIFIËREN

Uit de rechtspraak blijkt duidelijk dat de kaarthouder niet de verplichting heeft om bij elk gebruik van de portefeuille te verifiëren of de kaart nog steeds in de portefeuille zit. In het betrokken geval werd de Visa-kaart ontvreemd tijdens een cafébezoek. De houder werd tijdens dit bezoek aangesproken door een man die aan de tafel achter hem plaats had genomen en die beweerde de portefeuille te hebben gevonden. De kaarthouder beweert zijn portefeuille te hebben nagekeken toen hij deze terugkreeg maar het verlies van de kaart niet te hebben opgemerkt omdat het hoesje waarin de kaart verborgen zit nog in de portefeuille aanwezig was. In dergelijke omstandigheden begaat de houder geen grove nalatigheid⁵⁶⁴.

Ook voor de inwerkingtreding van de wet werd overigens aanvaard dat in hoofde van de kaarthouder niet de verplichting bestaat om permanent te verifiëren of een bepaald instrument

⁵⁶² Brussel 4 oktober 2005, *Bank Fin. R.* 2006, 148, noot R. STEENNOT.

⁵⁶³ H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil*, T. III, Brussel, Bruylant, 1964, 585.

⁵⁶⁴ Brussel 4 oktober 2005, *Bank Fin. R.* 2006, 148, noot R. STEENNOT.

nog in zijn bezit is. Meer concreet werd geoordeeld dat de houder niet grof nalatig is indien hij pas na een maand ontdekt dat de kredietkaart verloren is gegaan⁵⁶⁵. Let wel, de omstandigheden van het geval kunnen tot een andere oplossing leiden. Heeft de houder bijvoorbeeld rekeninguittreksels ontvangen die de frauduleuze transacties vermelden of zijn elektronisch rekeningoverzicht dat melding maakt van deze transacties, geraadpleegd, dan moet hij onmiddellijk tot kennisgeving overgaan. Vanaf dat tijdstip moet de houder immers geacht worden kennis te hebben van het verlies of de diefstal van de kaart.

233 *ELEKTRONISCH BETAALINSTRUMENT – BEDRIEGLIJK GEBRUIK DOOR EEN DERDE – AANSPRAKELIJKHEID VOOR KENNISGEVING – GROVE NALATIGHEID – FEITELIJKE INVULLING*

Uit de rechtspraak betreffende het begrip “grove nalatigheid” uit de wet van 17 juli 2002 kan worden afgeleid dat het niet zichtbaar wegbergen van de kaart in een afgesloten ruimte (vb. wagen, bureau dat slechts voor één persoon toegankelijk is) in principe geen grove nalatigheid uitmaakt. In casu had de houder die enkele werken diende uit te voeren zijn kaart opgeborgen in het handschoenkastje van zijn vergrendelde wagen die geparkeerd stond op een openbare parking⁵⁶⁶. Dit vormde volgens het hof van beroep te Brussel geen grove nalatigheid. Omgekeerd, zal er wel sprake zijn van een grove nalatigheid indien men zijn instrument achterlaat in een ruimte die toegankelijk is voor derden. Zo werd beslist dat de houder van een kredietkaart de meest elementaire zorgvuldigheidsnorm schendt wanneer hij zijn tas waarin zich de kredietkaart bevindt achterlaat op een ziekenhuiskamer die toegankelijk is voor derden, dit terwijl de houder afwezig is voor onderzoeken⁵⁶⁷.

In deze laatste zaak komt ook het belang van de feitelijke omstandigheden duidelijk naar voor. Geargumenteed werd dat er in casu geen grove nalatigheid was omdat de houder van hoge leeftijd was en werd geconfronteerd met de stress van een ziekenhuisopname. In dergelijke omstandigheden kan men de houder toch niet verwijten er niet aan te denken zijn kredietkaart te beveiligen. Dit argument werd door de vrederechter van de hand gewezen, in het bijzonder omdat de kaarthouder er wel aan gedacht had om haar geld in een kluis op te bergen. De rechter besluit dat men dezelfde maatregelen moet nemen met betrekking tot zijn kredietkaart als met betrekking tot geld.

Ook in een andere zaak komt het belang van de feitelijke omstandigheden naar voor en wordt geoordeeld dat volgende elementen kunnen wijzen op het bestaan van een (ernstige) nalatigheid⁵⁶⁸: het tijdens het ontbijt achterlaten op een hotelkamer van zijn handtas met daarin zijn bankkaarten (samen met een draagbare computer en een digitaal fototoestel) en het meenemen op vakantie van bankkaarten die men enkel voor professionele doeleinden gebruikt, terwijl men zijn uitgaven op vakantie steeds cash betaalt.

234 *ELEKTRONISCH BETAALINSTRUMENT – BEDRIEGLIJK GEBRUIK DOOR EEN DERDE – AANSPRAKELIJKHEID VOOR KENNISGEVING – GROVE NALATIGHEID – VERPLICHTING TOT KENNISGEVING*

⁵⁶⁵ Brussel 27 mei 2002, *NjW* 2003, 311, *T.B.H.* 2004, 158, noot J.P. BUYLE en M. DELIERNEUX.

⁵⁶⁶ Brussel 13 september 2005, *Bank Fin. R.* 2006, 145, noot R. STEENNOT.

⁵⁶⁷ Vred. Brussel 7 juli 2006, *Bank Fin.R.* 2007, 134.

⁵⁶⁸ Kh. Brussel 27 november 2006, *Bank Fin. R.* 2007, 137.

Uit een zaak die dateert van voor de inwerkingtreding van de wet van 17 juli 2002 kan worden afgeleid dat de afwezigheid van kennisgeving niet altijd als een grove nalatigheid mag worden beschouwd. In casu was de kaarthouder niet tot een kennisgeving bij Card Stop overgegaan omdat zij ervan overtuigd was dat haar kaart door een defecte automaat was ingeslikt (in werkelijkheid werd de kaart door de automaat met enige vertraging teruggegeven). In een dergelijk geval kan de afwezigheid van kennisgeving aan Card Stop volgens de rechter niet als een grove nalatigheid beschouwd worden⁵⁶⁹. Ook bij toepassing van de wet van 17 juli 2002 is een dergelijke beslissing mogelijk. Enerzijds bepaalt de wet dat de rechter het bestaan van een grove nalatigheid beoordeelt in het licht van de feitelijke omstandigheden, anderzijds ontstaat de verplichting tot onmiddellijke kennisgeving maar vanaf het tijdstip waarop de houder op de hoogte is of behoort te zijn van verlies of diefstal.

235 *ELEKTRONISCH BETAALINSTRUMENT – BEDRIEGLIJK GEBRUIK DOOR EEN DERDE – AANSPRAKELIJKHEID VOOR KENNISGEVING – GROVE NALATIGHEID - BEWIJSLAST*

Het hof van beroep te Brussel besliste dat het de uitgever van een instrument voor de elektronische overmaking van geldmiddelen is die het bewijs moet leveren van het bestaan van een grove nalatigheid⁵⁷⁰. Deze stelling mag niet verwonderen, aangezien artikel 8 §2 van de wet van 17 juli 2002 het gebruik van een vermoeden van grove nalatigheid verbiedt, waar het bepaalt dat uit het loutere gebruik van het instrument en de geheime code niet het bestaan van een grove nalatigheid mag worden afgeleid. Dit is niet altijd zo geweest. Voor de inwerkingtreding van de wet werd een vermoeden van grove nalatigheid veelal wel aanvaard, hetgeen bijzonder nadelig was voor de houder. Indien de houder niet kon bewijzen dat hij niet grof nalatig was geweest (bewijs van een negatief feit), dan was hij onbeperkt aansprakelijk. Het wettelijke verbod om een vermoeden van grove nalatigheid te hanteren, verhindert derhalve dat de aansprakelijkheidsbeperking tot 150 euro voor transacties die plaatsvinden voor kennisgeving een fictie wordt.

Het verbod om een vermoeden van grove nalatigheid te hanteren, impliceert enkel dat de rechter uit het loutere gebruik van het instrument en de code geen grove nalatigheid kan afleiden. De rechter kan zich wel steunen op andere vermoedens. Ook dit werd in de rechtspraak beslist⁵⁷¹. Uit het vonnis blijkt dat de feitelijke omstandigheden opnieuw een belangrijke rol spelen. Belangrijk was onder meer dat het oneigenlijke gebruik van het instrument had plaatsgevonden in Italië en een kaart betrof die door de houder in Italië niet was gebruikt. In een dergelijk geval, stelt de rechtbank, kan de dief in ieder geval de code niet achterhaald hebben door mee te kijken wanneer deze werd ingetoetst. Gelet op het feit dat het nagenoeg onmogelijk is de code op grond van het instrument te achterhalen en het feit dat de houder zijn code blijkbaar zelf niet goed kent, kan men ervan uitgaan dat de houder zijn code heeft genoteerd.

De vaststelling dat de bewijslast inzake het bestaan van een grove nalatigheid op de uitgever rust, betekent overigens niet dat van de houder geen enkel bewijs vereist kan worden. De houder dient aan te tonen dat er wel degelijk diefstal of verlies van het instrument is geweest, i.e. dat het frauduleus werd gebruikt door een derde⁵⁷². Samengevat kan men met betrekking

⁵⁶⁹ Vred. Brussel 23 september 2003, *T.B.H.* 2004, 160, noot J.P. BUYLE en M. DELIERNEUX.

⁵⁷⁰ Brussel 4 oktober 2005, *Bank Fin. R.* 2006, 148, noot R. STEENNOT.

⁵⁷¹ Kh. Brussel 27 november 2006, *Bank Fin. R.* 2007, 137.

⁵⁷² Kh. Brussel 27 november 2006, *Bank Fin. R.* 2007, 137.

tot de bewijslast het volgende stellen: de uitgever moet eerst bewijzen dat er wel degelijk een transactie met het instrument van de houder heeft plaatsgevonden. Vervolgens moet de houder bewijzen dat er sprake is van oneigenlijk gebruik van het instrument. Slaagt de houder in dit bewijs, is het aan de uitgever om het bewijs te leveren van een grove nalatigheid.

236 *ELEKTRONISCH BETAALINSTRUMENT – GEBRUIK NA OVERLIJDEN VAN DE REKENINGHOUDER – ONVERSCHULDIGDE BETALING – VORDERING TEGEN DE BANK*

Het spreekt voor zich dat elke geldafhaling die na het overlijden van de rekeninghouder plaatsvindt met een Bancontact kaart een vorm van onbevoegd gebruik uitmaakt, aangezien de kaarthouder de enige is die gebruik mag maken van dergelijke kaart. In de rechtspraak was de vraag aan de orde of een entiteit die na het overlijden van de rekeninghouder ten onrechte sommen op de rekening heeft gestort (omdat zij niet op de hoogte was van het overlijden) zich tot de bank kan wenden, enerzijds omdat het een onverschuldigde betaling betreft, anderzijds omdat de bank een fout heeft begaan die haar aansprakelijkheid in het gedrang brengt. Terecht werd vooreerst beslist dat tegen de bank geen vordering wegens onverschuldigde betaling kan worden ingesteld. Dergelijke vordering kan enkel worden gericht tegen degene die ten onrechte werd betaald, i.e. de overleden rekeninghouder (en zijn erfgenamen). Verder werd geoordeeld dat de bank niet aansprakelijk was. Zolang de bank niet op de hoogte is van het overlijden van de rekeninghouder (en daarvan niet op de hoogte behoort te zijn) begaat de bank geen fout door de geldafhalingen met Bancontact toe te laten. Het is maar wanneer de bank weet heeft (of moet hebben) van het overlijden dat zij het verdere gebruik van de kaart moet verhinderen⁵⁷³.

Indien de rechter over dezelfde zaak uitspraak zou moeten doen met toepassing van de wet 17 juli 2002 zou men althans wat de geldafhalingen met de Bancontact kaart betreft, tot een ander resultaat komen. Meer bepaald impliceert de toepassing van de wet van 17 juli 2002 dat de aansprakelijkheid van de overleden rekeninghouder (en diens erfgenamen) beperkt is tot 150 euro, tenzij wanneer de bank het bestaan van een grove nalatigheid of fraude in hoofde van de rekeninghouder of diens erfgenamen kan bewijzen.

237 *KREDIETKAART – FRAUDE MET KREDIETKAARTNUMMER – KAARTHOUDER NIET AANSPRAKELIJK*

In de praktijk gebeurt het frequent dat betalingen op afstand (in het bijzonder betalingen via Internet) worden verricht middels het doorgeven van het nummer en de vervaldatum van de kredietkaart⁵⁷⁴. Wanneer een derde, die daartoe niet bevoegd is, gebruik maakt van deze gegevens om een betaling te verrichten, dan kan de rechtmatige houder daarvoor niet verantwoordelijk worden gesteld. Artikel 8§4 van de wet van 17 juli 2002 bepaalt immers dat de houder niet aansprakelijk gesteld kan worden indien een verrichting geschiedt zonder dat het instrument fysiek wordt gepresenteerd en zonder dat het elektronisch werd geïdentificeerd⁵⁷⁵.

⁵⁷³ Vred. Brussel 4 februari 2005, *J.L.M.B.* 2005, 1477; *Jour. Proc.* 2005, afl. 501, 29, noot P.T.

⁵⁷⁴ In bepaalde gevallen wordt ook de mededeling van een op de kaart vermelde verificatiecode vereist.

⁵⁷⁵ Brussel 18 juni 2007, *NjW* 2007, 935.

238 *KREDIETKAART – FRAUDE MET KREDIETKAARTNUMMER – TERUGVORDERING VAN DE BEGUNSTIGDE*

Uit de vaststelling dat de kaarthouder niet aansprakelijk gesteld kan worden indien een derde betalingen verricht aan de hand van zijn kaartnummer, mag echter niet afgeleid worden dat het de uitgever van de kaart is die het risico van een frauduleus gebruik draagt. In de overeenkomsten die worden gesloten met de begunstigde handelaren, die betalingen op grond van een kredietkaartnummer aanvaarden, wordt immers bepaald dat in het geval waarin de kaarthouder de verrichting betwist, de rekening van de begunstigde opnieuw gedebiteerd mag worden met het bedrag van de verrichting. In een zaak die werd voorgelegd aan het hof van beroep te Brussel werd de geldigheid van dergelijke clausule betwist. Het hof oordeelt echter dat het betrokken beding geldig is en dat het systeem dat betalingen met het nummer van een kredietkaart toelaat niet gebrekkig is⁵⁷⁶. Aldus wordt het risico van bedrieglijk gebruik van de gegevens van de kredietkaart (kaartnummer en vervaldatum) ten laste gelegd van de begunstigde handelaar.

239 *KREDIETKAART – GLOBALE BETALINGSAUTORISATIE – FRAUDE – AANSPRAKELIJKHEID VAN DE KAARTHOUDER*

Tot slot willen we melding maken van een geval waarin door de houder van een kredietkaart een zogenaamde globale betalingsautorisatie werd verstrekt. De feiten waren als volgt: bij aankomst in een hotel overhandigt de houder van de kaart haar kredietkaart aan de hotelier, samen met haar identiteitskaart. Van de kredietkaart wordt een doorslag gemaakt. Bij ontvangst van de factuur van de kaartmaatschappij worden de uitgaven in het hotel betwist. Meer concreet argumenteert de kaarthouder dat de persoon met wie zij een kamer deelde haar vertrouwen heeft misbruikt en ongevoegdlijk gebruik heeft gemaakt van “de kaart”. Door het hof van beroep te Brussel wordt geoordeeld dat de kaarthouder aansprakelijk is. Door de kaart aan de receptie af te geven en er een doorslag te laten van maken wordt een algemene betaalopdracht gegeven voor uitgaven die binnen het hotel worden verricht⁵⁷⁷. Noch de kaartmaatschappij, noch de hotelier moet dit risico dragen.

Hoofdstuk 3. – Verrichtingen in financiële instrumenten en beleggingsdiensten

§ 22. – Algemeen kader

240 *ALGEMENE VERPLICHTINGEN VAN DE FINANCIËLE BEMIDDELAAR –INFORMATIEPLICHT - ADVIESPLICHT*

⁵⁷⁶ Brussel 18 juni 2007, *NjW* 2007, 935.

⁵⁷⁷ Brussel 15 maart 2007, *DCCR* 2007, afl. 77, 45, noot J. DEWEZ.

Een arrest van het hof van beroep te Gent van 13 december 2004⁵⁷⁸ schetst de beginselen die de zorgvuldigheidsplicht van een kredietinstelling beheersen ten aanzien van de cliënt die bepaalde beleggingen wil verrichten. In het voorliggende geval had de cliënt, deels op aangeven van zijn financiële instelling, de op een spaarrekening aangehouden gelden die als dekking dienden voor de terugbetaling van een krediet, belegd in een Bevek, waarop de belegger naderhand een ernstig verlies zou lijden. De cliënt vorderde in rechte de vergoeding van het geleden verlies.

Het arrest stelt als basisregel voorop dat op een bankier, behalve bij een uitdrukkelijke andersluidende overeenkomst (bijv. vermogensbeheer of beleggingsadvies) geen algemene adviesplicht rust, maar enkel een informatie- of inlichtingsplicht.⁵⁷⁹ De te verstrekken informatie, die niet raad- of richtinggevend is, moet volgens het hof de cliënt toelaten om het mechanisme en de draagwijdte van een beleggingsdienst of –product te begrijpen, zodat de cliënt zelf een keuze kan maken en zelf kan bepalen welk risico hij loopt.

Voorts beklemtoont het hof van beroep, in de lijn van constante rechtspraak, dat voormelde informatieplicht, net zoals de adviesplicht bij vermogensbeheer, enkel een middelenverbintenis inhoudt: de bankier moet voorzichtig, bedachtzaam en nauwgezet te werk gaan, zonder zich te verbinden om een welbepaald resultaat te bereiken. De maatstaf voor de beoordeling van een eventuele aansprakelijkheid is deze van een normaal voorzichtig bankier geplaatst in dezelfde omstandigheden (*culpa levis in abstracto*). Hierbij rust ook op de informatieschuldeiser-clieënt de nodige zorgvuldigheid: het hof van beroep oordeelt dat de cliënt op de hoogte behoort te zijn van de gegevens die bij het brede publiek bekend zijn, onder meer het feit dat beurstransacties altijd een zeker risico inhouden en dat het aangewezen is de risico's zoveel mogelijk te spreiden.

Tot slot stelt het hof van beroep voorop dat op de bank geen algemene bevoogdingsplicht rust: eens zij de cliënt behoorlijk en volledig heeft ingelicht (*in casu* door met de cliënt de productfiche van de betrokken Bevek te doorlopen), heeft ze niet tot taak “te voorkomen dat de cliënt mogelijk domme dingen doet”.

In een vroeger arrest van 10 februari 1999 stelde het hof van beroep zich inzake de aansprakelijkheid van de financiële instelling voor de door haar verstrekte inlichtingen schijnbaar strenger op voor de cliënt: de financiële bemiddelaar zou slechts aansprakelijk zijn voor manifest verkeerde inlichtingen⁵⁸⁰, hetgeen lijkt te wijzen op het criterium van de zware fout.⁵⁸¹

⁵⁷⁸ Gent 13 december 2004, *D.A.O.R.* 2005, nr. 76, 359, noot G. GATHEM, “Quelques réflexions sur la faute du banquier en matière de conseils en placements”. De gepubliceerde tekst draagt verkeerdelijk de datum ‘4 april 2005’ (zie ook de juiste referenties naar het arrest in <http://www.juridat.be>) en bevat tevens verkeerdelijk de samenvatting van een arrest dat hetzelfde hof van beroep op 4 april 2005 heeft gewezen (zie Gent 4 april 2005, *T.B.B.R.* 2005, 535, noot G. GATHEM, “La responsabilité du fait des conseils en placement: quand l’aléa chasse la faute !”).

⁵⁷⁹ Zie eveneens over de afwezigheid van een algemene adviesplicht: J.P. BUYLE & D. GOFFAUX, “Les devoirs du banquier à l’égard de l’entreprise”, in *La banque dans la vie de l’entreprise*, Brussel, Jeune Barreau, 2005, p. 16 e.v.

⁵⁸⁰ Gent 10 februari 1999, *T.B.H.* 2000, 739, noot J.P. BUYLE & M. DELIERNEUX.

⁵⁸¹ In die zin J.P. BUYLE & M. DELIERNEUX, noot onder Gent 10 februari 1999, *T.B.H.* 2000, 742.

241 ALGEMENE VERPLICHTINGEN VAN DE FINANCIËLE BEMIDDELAAR – INFORMATIEPLICHT – ADVIESPLICHT (VERVOLG)

Het hof van beroep te Brussel zoekt in zijn arrest van 23 januari 2004⁵⁸² de grondslag voor de informatie- en adviesverplichtingen van de financiële bemiddelaar ten aanzien van de belegger in het leerstuk van de (contractuele) goede trouw; deze informatieverplichting omvat eveneens de verplichting om rekenschap te geven aan de cliënt-opdrachtgever in alle gevallen waarin de transacties een risico of een onzekerheid bevatten, en niet enkel bij de eigenlijke lastgeving. De intensiteit van deze verplichting hangt evenwel af van de concrete omstandigheden, onder meer de onderlegdheid van de cliënt. Ten aanzien van een gemiddelde cliënt zal de financiële instelling in beginsel aan zijn rekenschapsverplichtingen voldoen door de afgifte van de borderellen, wanneer deze op duidelijke wijze de aard en modaliteiten van de transactie — *in casu* reportverrichtingen op een welbepaald effect — weergeven.⁵⁸³ De adviesplicht ('obligation de conseil') impliceert naar het oordeel van het hof het bestaan van een waarschuwingsplicht ('obligation de mise en garde'): de bemiddelaar moet de belegger gebeurlijk wijzen op het rampzalige karakter van zijn beleggingsstrategie en de hoge risico's die eraan zijn verbonden. *In casu* oordeelt het hof dat een normaal voorzichtige beursvennootschap de belegger zou moeten wijzen op het bestaan van andere financiële producten en op het gevaar om het geheel van de beleggingen te concentreren in één effect in het kader van een eenmalige speculatieve verrichting. Tot slot onderstreept het hof dat de financiële bemiddelaar niet op een redelijke en voorzichtige manier heeft gehandeld door na te laten om bij de belegger de contractueel toegelaten bijkomende dekking op te vragen, zowel voor de deteriorerende rekeningstand als voor de aankoop van bijkomende effecten.⁵⁸⁴ Deze handelwijze heeft bij de belegger minstens impliciet een bovenmatig vertrouwen opgewekt omtrent de slaagkansen van de speculatieve belegging.

In casu weerhoudt het hof echter geen schadeplicht ten aanzien van de belegger: enerzijds acht het hof het niet bewezen dat een effectieve waarschuwing van de belegger deze laatste tot een andere, schadeverminderende gedraging zou hebben bewogen, zodat geen causaal verband tussen fout en schade voorligt; anderzijds overweegt het hof dat de informatieplicht van de financiële instelling geen afbreuk doet aan de verplichting van de belegger om zijn financiële instelling om regelmatige en volledige informatie te verzoeken. De desinteresse van de belegger is gelijk te stellen met de afwezigheid van redelijke maatregelen om de schade te beperken.

242 INFORMATIEPLICHT VAN DE FINANCIËLE TUSSENPERSOON - AANKOOP VAN HOOGRISICODRAGENDE FINANCIËLE PRODUCTEN

Een belegger verweet zijn financiële instelling ongevraagd tot de aankoop van callopties op deviezen te zijn overgegaan zonder hem hierover afdoende te hebben geïnformeerd, waardoor hij een aanzienlijk financieel verlies had geleden, dat hij in rechte wil vergoed zien. De

⁵⁸² Brussel 23 maart 2004, *T.B.H.* 2006/1, 112, noot J.P. BUYLE & M. DELIERNEUX.

⁵⁸³ Brussel 23 maart 2004, *T.B.H.* 2006/1, 112, noot J.P. BUYLE & M. DELIERNEUX.

⁵⁸⁴ Ten onrechte verbindt de samenvatting van het arrest de dekkingsverplichting aan de waarschuwingsplicht ("Deze waarschuwing kan gebeuren door de cliënt te verzoeken om een dekking te verstrekken"). De tekst van het arrest laat niet toe om te besluiten dat het opvragen van een bijkomende dekking op zich *in casu* had volstaan om aan de waarschuwingsplicht te voldoen.

rechtbank van koophandel te Brussel⁵⁸⁵ verwerpt de diverse argumenten van de belegger: vooreerst weerlegt de rechtbank het bestaan van een volledige en spontane adviesverplichting in hoofde van de financiële instelling: hooguit is sprake van een verplichting voor laatstgenoemde om op eigen initiatief te informeren naar de bestanddelen waar de leek een wezenlijk belang aan hecht, en op basis van die informatie voor advies in te staan. De goede trouw impliceert volgens de rechtbank evenwel dat de bankier zijn advies kan baseren op de feitelijke gegevens die hem door de belegger zijn bekendgemaakt, zonder verdere onderzoeksverplichting. De rechtbank verwerpt voorts de beweerde miskennis van de informatieplicht ex artikel 30 WHPC: aangezien de plicht tot voorlichting over de aangeboden diensten ingevolge artikel 30 WHPC mede afhangt van de door de consument uitgedrukte behoefte, concludeert de rechtbank dat, in de gegeven omstandigheden, de financiële instelling kon volstaan met informatie omtrent de kenmerken van het product. De rechtbank verwerpt bijgevolg de vordering.

Tegen de trend in van andere rechtspraak lijkt de rechtbank hier dus uit te gaan van het bestaan van een *adviesplicht* in hoofde van de financiële instelling, zij het in onduidelijke termen afgebakend: de rechtbank lijkt veeleer de “adviesplicht” als synoniem te zien voor een (precontractuele) informatieplicht, nu de financiële instelling aan haar “adviesplicht” heeft voldaan door de belegger voldoende in te lichten. Voorts illustreert het vonnis de beperkte toegevoegde waarde van de voorlichtingsplicht ex artikel 30 WHPC inzake financiële transacties in het licht van de invulling die de rechtspraak geeft aan de precontractuele informatieplicht bij beleggingsdiensten.

243 *INFORMATIEPLICHT VAN DE FINANCIËLE TUSSENPERSOON – AANBOD VAN HOOGRISICODRAGENDE FINANCIËLE PRODUCTEN.*

Bij arrest van 25 oktober 2005 weerhoudt het hof van beroep te Brussel een miskennis van de gedragsregelen ex artikel 36 van de Wet van 6 april 1995 ten aanzien van gevolmachtigde agenten van een beursvennootschap.⁵⁸⁶ De betrokken agenten, die krachtens de agentuurovereenkomst die hen met de beursvennootschap bond, gehouden waren tot naleving van alle deontologische regelen en van de wet, werd verweten risicovolle financiële producten te hebben aangeboden aan cliënten met een laag risicoprofiel, meer bepaald een combinatie van een obligatielening en het schrijven van een putoptie met als onderliggend actief de AEX-index van de beurs van Amsterdam. Het hof stelt vast dat de zelfstandige agenten deze producten hadden aangeboden aan particuliere beleggers zonder hun risicoprofiel vooraf te onderzoeken, en hadden nagelaten de cliënten correct in te lichten omtrent de risico's verbonden aan de aangeboden producten. Het hof onderstreept hierbij eveneens dat de overhandiging door de agenten aan hun cliënteel van brochures en nota's betreffende de effecten- en optiebeurzen van Amsterdam en Brussel de tekortkoming aan de informatieplicht niet elimineert, in de mate de belegger meestal reeds was overtuigd op basis van informatie die hem voordien was verstrekt.

Het arrest leidt er niet toe aan de zelfstandige agent van een kredietinstelling of beleggingsonderneming een persoonlijke verplichting op te leggen inzake de naleving van de gedragsregelen bij het verlenen van beleggingsdiensten: de benadeelde beleggers zullen zich, voor zover de agent binnen het kader van zijn mandaat heeft gehandeld, in principe

⁵⁸⁵ Rb. Brussel 22 februari 1999, *T. Not.* 2002, 673.

⁵⁸⁶ Brussel 25 oktober 2005, *T.B.H.* 2007/1, 73, noot J.P. BUYLE & M. DELIERNEUX.

uitsluitend tot de kredietinstelling of beursvennootschap zelf kunnen wenden.⁵⁸⁷ De incorporatie van de verplichting tot naleving van de wettelijke gedragsregelen in de contractuele verhouding tussen agent en principaal betreft enkel de interne contractuele verhouding, en kan gebeurlijk een grond tot (onmiddellijke) beëindiging van de agentuurovereenkomst en schadeplicht van de agent ten opzichte van de principaal opleveren.

§ 23. – *Orders in financiële instrumenten*

244 *ORDERS IN FINANCIËLE INSTRUMENTEN – DEKKINGSVERPLICHTING*

De wettelijke regel die een financiële bemiddelaar verplichtte om bij orders in financiële instrumenten een dekking te vragen, op straffe van ontoelaatbaarheid van de vordering jegens de cliënt-opdrachtgever⁵⁸⁸, werd door de financiële hervorming van 1990 (wet 4 december 1990) opgeheven. Voor de transacties die op de Beurs van Brussel werden uitgevoerd, voorzag het marktreglement enkel nog in een optionele regel terzake, met name de mogelijkheid voor de leden om de transacties in financiële instrumenten te onderwerpen aan de levering van een dekking door de opdrachtgever.⁵⁸⁹ De verplichting waarin het marktreglement (art. 86) ten aanzien van de leden voorzag om hun verplichtingen in de markt door afdoende garanties af te dekken, bepaalde geen gekwantificeerde dekkingsplicht ten aanzien van de opdrachtgevers van financiële transacties. Het hof van beroep te Brussel bouwt in een arrest van 21 maart 2002 op deze beginselen voort, en preciseert dat de levering van een (integrale) dekking voor transacties in financiële instrumenten niet als een bankgebruik is te beschouwen.⁵⁹⁰ De opdrachtgevers die in gebreke blijven om hun debetpositie, volgend op de vervroegde afwikkeling van een positie in afgeleide producten, aan te zuiveren, kunnen niet aan hun schuld ten opzichte van de beursvennootschap ontkomen met het argument dat laatstgenoemde gehouden was de integrale dekking van hun openstaande positie te eisen.

In het hoger besproken arrest van 23 januari 2004⁵⁹¹ onderstreept hetzelfde hof evenwel dat het niet benutten van de contractuele mogelijkheid voor de financiële bemiddelaar om bijkomende dekking te vragen voor bestaande en nieuwe speculatieve transacties, onder omstandigheden een miskennis van de zorgvuldigheidsplicht kan uitmaken: de beursvennootschap kan gebeurlijk verweten worden bij de cliënt een overmatig vertrouwen te hebben gewekt betreffende de kansen op goede afloop van de speculatieve belegging.⁵⁹²

245 *ORDERS IN FINANCIËLE INSTRUMENTEN – GEEN ADVIES(PLICHT)*

⁵⁸⁷ In de aangelegenheid die aanleiding heeft gegeven tot het arrest van het hof te Brussel d.d. 25 oktober 2005, had de beursvennootschap-principaal met de benadeelde cliënten een dadingsovereenkomst gesloten.

⁵⁸⁸ De sanctie van ontoelaatbaarheid lag vervat in art. 6, lid 1 K.B. nr. 10 van 15 oktober 1934 “betreffende den termijnhandel in de ter beurs genoteerde effecten”, *B.S.* 15 oktober 1934.

⁵⁸⁹ Het huidige (contractuele) marktreglement (‘rule book’) van Euronext Brussel, dat sedert 2001 het marktreglement van de Beurs van Brussel vervangt, bevat geen enkele bepaling meer op het vlak van de dekking van open posities door opdrachtgevers bij de financiële bemiddelaars.

⁵⁹⁰ Brussel 21 maart 2002, *T.B.H.* 2004, 193, noot J.P. BUYLE & M. DELIERNEUX.

⁵⁹¹ Zie hoger, nr. 241.

⁵⁹² Brussel 23 maart 2004, *T.B.H.* 2006/1, 112, noot J.P. BUYLE & M. DELIERNEUX.

Het hiervoor (*supra*, nr. 244) aangehaalde arrest van het hof van beroep te Brussel d.d. 21 maart 2002 bevestigt de zienswijze dat op de financiële bemiddelaar geen adviesplicht rust: *in casu* hadden de opdrachtgevers, die door het Hof als onderlegde beleggers werden aanzien, speculatieve beleggingen verricht in warranten, en deze aangehouden niettegenstaande de waarschuwing door de beursvennootschap betreffende de hoge risico's die de beleggers namen. Nadat de beleggers in gebreke waren gebleven een afdoende bijkomende dekking te leveren van de openstaande positie in warranten, had de beursvennootschap de positie in de betrokken afgeleide instrumenten vervroegd afgewikkeld, en de aanzuivering van de debetpositie op de rekening geëist. Het hof van beroep ontwaart in het gedrag van de beursvennootschap geen miskennis van de gedragsregelen vervat in artikel 36 van de Wet van 6 april 1995, nu er tussen partijen geen overeenkomst van vermogensbeheer bestond en de beursvennootschap zich beperkte tot de uitvoering van de orders gegeven door de beleggers. Voorts onderstreept het hof dat de beursvennootschap de beleggers bij herhaling gewezen heeft op het risico van het behoud van de positie in de betrokken afgeleide producten, en hen heeft aangeraden deze positie af te dekken door middel van een "stop loss"-order. Tot slot weerlegt het hof het argument dat de aankoop van een "call" instrument, zoals door de beleggers werd gedaan, noodgedwongen zou moeten gepaard gaan met een tegengestelde verrichting, met name de aankoop van "put"-instrumenten.

246 ORDERS IN FINANCIËLE INSTRUMENTEN - BEST EXECUTION

Op een beursvennootschap rust, naar het oordeel van het hof van beroep te Brussel⁵⁹³ de contractuele plicht om, wanneer bij een beursorder de plaats van uitvoering niet is bepaald, te beslissen waar de order wordt uitgevoerd. De beursvennootschap begaat een contractuele fout wanneer de door de cliënt bepaalde limietkoers niet werd behaald op de door hem gekozen financiële markt, terwijl die wel werd gehaald op andere markten waar de aandelen tevens werden verhandeld, en waar ze initieel werden aangekocht. Merkwaardig is dat het arrest geen enkele referentie inhoudt aan de "best execution"-verplichting zoals die ten tijde van de litigieuze feiten vervat lag in artikel 36 § 1, 2° van de Wet van 6 april 1995. Hierdoor ontwijkt het hof niet enkel de vraag naar de afdwingbaarheid van de gedragsregelen in privaatrechtelijke verhoudingen, waaromtrent in de regeling van de Wet van 6 april 1995 geen volkomen eensgezindheid bestond bij de commentatoren. Het arrest illustreert eveneens dat de in de gedragsregelen vervatte verplichtingen tot op zekere hoogte de loutere explicitering zijn van verplichtingen die inherent zijn aan de contractsverhouding – *in casu* een commissieovereenkomst — tussen de financiële instelling en de belegger.

Op het vlak van het rechtsherstel, veroordeelt het hof de beursvennootschap tot een schadevergoeding gelijk aan het verschil tussen de aankoopprijs van de effecten, die de cliënt ten tijde van de uitspraak nog steeds in zijn bezit heeft, en de door de cliënt in het niet-uitgevoerde order bepaalde limietkoers. Op deze vergoeding wordt de wettelijke interest toegekend ten titel van vergoeding voor gedeerde winst. Deze oplossing roept diverse vragen op: vooreerst is vast te stellen dat het slachtoffer de effecten nog steeds in zijn bezit had, zodat gebeurlijk valt te argumenteren dat, gezien de mogelijke opwaartse evolutie van de effectenkoersen in de toekomst, de schade nog niet definitief was ingetreden; een alternatief, dat wellicht nauwer aansluit bij de beginselen inzake herstel van het nadeel, had erin kunnen bestaan dat de rechtbank de afgifte van de kwestieuze effecten aan de financiële instelling had

⁵⁹³ Brussel 30 juni 2003, *Bank Fin.R.* 2004/III, 175, noot V. DE VUYST, "Beste uitvoering" (best execution) van beursorders: de zorgvuldigheidnorm nader bekeken".

bevolen, en een vergoeding voor geleden verlies had toegekend gelijk aan de gederfde verkoopprijs van de effecten.⁵⁹⁴ Ook de toekenning van de wettelijke interest als compensatie voor de gederfde winst komt eerder approximatief over, maar vormt veeleer de regel in de recente rechtspraak⁵⁹⁵: een concrete schadebegroting, die als het verlies van een kans is op te vatten, zou rekening moeten houden met de perspectieven inzake herbelegging van de gelden, rekening houdend met het specifieke beleggingsprofiel van het slachtoffer.

De rechtbank van eerste aanleg te Aarlen toont zich in een vonnis van 19 mei 2005 relatief streng voor de financiële bemiddelaar bij de uitoefening van een order in financiële instrumenten (*in casu* de wijziging van compartimenten van eenzelfde beleggingsfonds waarvoor de betrokken bank de financiële dienst verzorgt). De rechtbank leidt uit de gedragsregelen die op de bemiddelaar wegen inzake behartiging van de belangen van de cliënt (toentertijd: artikel 36, 1°-2° Wet 6 april 1995) af dat de financiële instelling een ontvangen order snel — volgens de rechtbank binnen de 24 uur — en op de best mogelijke wijze moet uitvoeren. De laattijdige uitvoering van de aankooporder, op een ogenblik waarop de inventariswaarde van het fonds reeds gestegen was, leidt bijgevolg tot schadeplicht voor de financiële instelling ten belope van het koersverschil tussen de datum van de veronderstelde en van de werkelijke uitvoering van het order.⁵⁹⁶

247 ORDERS IN FINANCIËLE INSTRUMENTEN – EXCEPTIE VAN SPEL EN WEDDENSCHAP (ART. 1965 B.W.)

In zijn arrest van 18 februari 2004 bevestigt het hof van beroep te Gent de inmiddels traditionele zienswijze betreffende de beperkte toepassing van de exceptie van spel of weddenschap op verrichtingen in financiële instrumenten: in de gevallen waarin de toepassing van artikel 1965 B.W. niet is uitgesloten door een uitdrukkelijke wetsbepaling⁵⁹⁷, betekent het louter speculatieve karakter van een belegging niet dat zij het karakter van een spel of een weddenschap heeft. Tevens bevestigt het hof dat de exceptie van spel niet kan worden ingeroepen voor een deviezentermijnverrichting die door een belegger aan een financiële instelling wordt toevertrouwd om te worden uitgevoerd op een markt⁵⁹⁸

248 ORDERS IN FINANCIËLE INSTRUMENTEN – BEWIJS

Volgens vaststaande rechtspraak en doctrine is een order in financiële instrumenten niet aan enig vormvereiste onderworpen, zodat het geldig per telefoon kan worden gesloten.⁵⁹⁹ Een

⁵⁹⁴ Vgl. ook de bemerkingen van V. DE VUYST sub Brussel 30 juni 2003, *Bank Fin.R.* 2004/III, 184-185.

⁵⁹⁵ Zie ook verder, nr. 261.

⁵⁹⁶ Rb. Aarlen 19 mei 2005, *DAOR* 2007/82, 251, noot H. COUSY, “‘Gedragsnormen’: een nieuwe rechtsbron in het financiële recht”, *J.L.M.B.* 2007, 152.

⁵⁹⁷ Zie thans met name art. 32 Wet 2 augustus 2002 betreffende het toezicht op de financiële sector en de financiële diensten, naar luid waarvan artikel 1965 B.W. niet van toepassing is op de transacties in financiële instrumenten uitgevoerd op een gereguleerde markt of op enige andere door de Koning aangeduide markt, uitgevoerd met tussenkomst van een gekwalificeerde tussenpersoon of met zulke persoon als tegenpartij, zelfs indien zulke transactie bij differentieel wordt afgewikkeld.

⁵⁹⁸ Gent 18 februari 2004, *RABG* 2005/04, 297, noot D. BLOMMAERT, *NjW* 2004, nr. 77, 806, noot RS.

⁵⁹⁹ Zie o.m. A.S. PIJCKE, “La contrepartie, la compensation, l’obligation de délivrance d’un bordereau, le privilège boursier et l’exception de jeu dans la loi du 6 avril 1995”, in *De hervorming van de financiële markten en bemiddelaars*, reeks: Cahiers AEDBF-Belgium, 5, Brussel, Bruylant, 1997, 380-381.

volkomen bewijs in burgerlijke zaken van het order kan worden geleverd aan de hand van een begin van bewijs door geschrift, aangevuld door vermoedens (art. 1347 B.W.). Het borderel dat de modaliteiten van de verrichting weergeeft en door de financiële bemiddelaar aan de cliënt werd opgestuurd en niet binnen korte termijn door laatstgenoemde werd betwist, kan als zulk begin van bewijs door geschrift dienen.⁶⁰⁰ Deze zienswijze vindt in de onderzochte periode bevestiging in een arrest van het hof van beroep te Gent van 18 februari 2004: in de mate de opdrachtgever nooit binnen korte termijn de opgestuurde borderellen heeft betwist, mag terdege worden vermoed dat de financiële bemiddelaar de orders overeenkomstig de instructies van de cliënt heeft uitgevoerd.⁶⁰¹ Ook inzake termijntransacties op deviezen is de afwezigheid van protest vanwege de klant tegen de door hem ontvangen rekeninguittreksels op te vatten als een instemming met de in de uittreksels weergegeven verrichtingen.⁶⁰²

De vraag binnen welke tijdspanne de opdrachtgever een borderel zou moeten betwisten om de mogelijke bewijswaarde ervan te ontcrachten, is in essentie een feitelijke aangelegenheid.⁶⁰³ In een arrest van 13 december 2001 toont het Gentse hof van beroep zich terzake vrij strikt: in de gegeven omstandigheden, waarbij de partijen hun onderlinge relatie grotendeels langs elektronische weg verrichtten, bleek dat de cliënt reeds op de dag van het litigieuze order kennis had genomen van de stand van zijn effectenrekening via het systeem van thuisbankieren. In die omstandigheden oordeelt het hof dat het 2 dagen later door de cliënt geuite protest bij kennisname van zijn normale rekeninguittreksels laattijdig is.⁶⁰⁴

Overigens bevestigt het hof de beginselen op het vlak van de bewijslast betreffende orders in financiële instrumenten: in beginsel zal het aan de cliënt toekomen het bewijs te leveren van haar beweringen (*in casu* de afwezigheid van een order). Volgens het hof kan niet van de bank verwacht worden om het bewijs van het order te leveren op grond van de theorie van de ‘betere geschiktheid’ inzake bewijsvoering: bij een onmiddellijk uit te voeren telefonisch beursorder, zoals *in casu* voorlag, valt het volgens het hof niet in te zien waarom de bank beter geplaatst is om het bewijs van mondelinge afspraken te leveren. Deze vaststelling is evenwel met de nodige omzichtigheid te hanteren: vandaag de dag zullen de telefoongesprekken met de *traders* van de financiële instelling in vele gevallen automatisch opgenomen en gearhiveerd worden⁶⁰⁵, zodat de financiële instelling zich wel degelijk in een betere positie bevindt op het vlak van de bewijsvoering. De bewijslastverdeling kan tevens het

⁶⁰⁰ Een alternatieve benadering bestaat erin toepassing te maken van artikel 1348 B.W., dat in een afwijking voorziet op de regelen van het schriftelijke bewijs in de gevallen waarin het de schuldeiser niet mogelijk is zich een schriftelijk bewijs te verschaffen.

⁶⁰¹ Gent 18 februari 2004, *RABG* 2005/04, 297, noot D. BLOMMAERT, *NjW* 2004, nr. 77, 806, noot RS. In dezelfde zin: Brussel 23 maart 2004, *T.B.H.* 2006/1, 112, noot J.P. BUYLE & M. DELIERNEUX.

⁶⁰² Gent 23 mei 2002, 1994/AR/2755, beschikbaar op <www.juridat.be>.

⁶⁰³ Zie hieromtrent eveneens K. BYTTEBIER & PH. DELSAUT, “Analyse van de privaatrechtelijke regels inzake de overeenkomst tot uitvoering van een beursorder”, in B. TILLEMANS, B. DU LAING (eds.), *Bankcontracten*, Reeks Recht en Onderneming 9, Brugge, Die Keure, 2004, (289), p. 301-304, nrs. 18-21.

⁶⁰⁴ Gent 13 december 2001, *Bank Fin.R.* 2002/III, 167, noot S. DEJONGHE, “Het bewijs van beursorders en protest tegen de uitvoering ervan. De invloed van electronic banking”

⁶⁰⁵ Vgl. S. DEJONGHE, “Het bewijs van beursorders en protest tegen de uitvoering ervan. De invloed van electronic banking”, noot sub Gent 13 december 2001, *Bank Fin.R.* 2002/III, p. 170, nr. 4, met verwijzing naar de CESR standaarden van maart 2002 inzake beleggersbescherming. In de MiFID-richtlijn 2004/39/EG wordt thans aan beleggingsondernemingen en kredietinstellingen de verplichting opgelegd om alle gegevens betreffende de door haar verrichte diensten bij te houden (art. 13(6) MiFID-Richtlijn), hetgeen ook zou kunnen slaan op de opname van telefoongesprekken. De bepaling werd nagenoeg letterlijk overgenomen in art. 62bis § 5 Wet 6 april 1995 inzake het statuut van en het toezicht op beleggingsondernemingen. Het voorstel van de Europese Commissie om bij de uitvoeringsmaatregelen van de MiFID-richtlijn een specifieke bepaling op te nemen betreffende de bewaring van de opgenomen telefoongesprekken gedurende een bepaalde termijn, werd uiteindelijk niet in de richtlijn opgenomen.

voorwerp uitmaken van een contractuele regeling: *in casu* bepaalden de algemene bankvoorwaarden dat de bank, behoudens wettelijke verplichtingen, niet gehouden was het bewijs te leveren van de haar bezorgde opdrachten. Het hof van beroep oordeelde dat zulke clause geen onrechtmatig beding was dat een beperking voor de consument inhoudt betreffende de aan te wenden bewijsmiddelen (art. 32, 18° WHPC), nu de clause louter de verdeling van de bewijslast betrof.

249 *ORDERS IN FINANCIËLE INSTRUMENTEN – LAATTIJDIGE RAPPORTERING AAN DE OPDRACHTGEVER – AANSPRAKELIJKHEID BEURSVENNOOTSCHAP*

De burgerlijke rechtbank van Mechelen⁶⁰⁶ oordeelt dat, op grond van de regelen inzake lastgeving, op de beursvennootschap de resultaatsverbintenis weegt om zijn opdrachtgever binnen de kortste keren het resultaat te melden van de uitvoering van een order in financiële instrumenten. *In casu* had de opdrachtgever de order herroepen nadat de buitenlandse correspondent-makelaar van de beursvennootschap deze reeds had uitgevoerd, maar laatstgenoemde had nagelaten eerstgenoemde hiervan op de hoogte te brengen. De rechtbank kwalificeert de buitenlandse makelaar als een uitvoeringsagent van de beursvennootschap, die op zijn beurt als lasthebber⁶⁰⁷ van de cliënt-opdrachtgever is te beschouwen. De rechtbank leidt hieruit terecht af dat de uitvoering van de order door de correspondent-makelaar toegerekend kan worden aan de opdrachtgever, zodat deze de order niet meer kan herroepen. Dit doet volgens de rechtbank niet af aan het bestaan van een professionele fout in hoofde van de beursvennootschap, nu deze heeft nagelaten om binnen de kortste keren aan de opdrachtgever het resultaat van de uitgevoerde transactie te melden. De grondslag voor deze verplichting is volgens de rechtbank te vinden in de verplichting voor de lasthebber om rekenschap te geven van de uitvoering van zijn opdracht (art. 1993 B.W.). Bij ontstentenis van deze tekortkoming, had de opdrachtgever de schade ten gevolge van het inmiddels ingetreden koersverlies enigszins kunnen beperken. De rechtbank beschouwt dit als een verlies van een kans, die ze, bij ontstentenis van juiste wiskundige gegevens, *ex aequo et bono* begroot op 250.000 BEF.

§ 24. – *Vermogensbeheer en beleggingsadvies*

De rechtspraak betreffende het vermogensbeheer en beleggingsadvies valt *grosso modo* uiteen in twee groepen: enerzijds de vonnissen en arresten die de vraag aan de orde stellen in welke mate sprake is van een (gereguleerde) overeenkomst van vermogensbeheer of beleggingsadvies, die in de onderzochte periode beheerst werd door het koninklijk besluit van 5 augustus 1991 betreffende het vermogensbeheer en het beleggingsadvies (*B.S.* 20 augustus 1991); anderzijds de rechtspraak betreffende de precontractuele en contractuele aansprakelijkheid inzake vermogensbeheer en beleggingsadvies.

⁶⁰⁶ Rb. Mechelen 3 april 2001, *R.W.* 2005-06, 111.

⁶⁰⁷ De kwalificatie als lastgeving wijkt af van de klassieke benadering, die de rechtsverhouding tussen beursvennootschap en cliënt bij de ontvangst en uitvoering van orders in financiële instrumenten als een commissieovereenkomst kwalificeert. (Zie o.m. J. VAN RYN & J. HEENEN, *Principes de droit commercial*, IV, 2^e ed., Brussel, Bruylant, 1988, 179; K. BYTTEBIER & PH. DELSAUT, “Analyse van de privaatrechtelijke regels inzake de overeenkomst tot uitvoering van een beursorder”, in B. TILLEMANN, B. DU LAING (eds.), *Bankcontracten*, Reeks Recht en Onderneming 9, Brugge, Die Keure, 2004, (289), 292, nr. 3) In de interne rechtsverhouding tussen opdrachtgever en beursvennootschap, die hier aan de orde is, is dit onderscheid evenwel irrelevant, nu deze ook bij de commissieovereenkomst de regelen inzake lastgeving volgt.

De evolutie in wet- en regelgeving betreffende vermogensbeheer en beleggingsadvies noopt ertoe de rechtspraak in de juiste context te plaatsen. Een deel van de vonnissen en arresten betreffen feiten die voorafgaan aan de invoering van een specifieke reglementering betreffende overeenkomsten voor vermogensbeheer en beleggingsadvies: de aansprakelijkheidsproblematiek is in deze gevallen te beoordelen naar gemeen recht, en kon gebeurlijk het voorwerp uitmaken van exoneratiebedingen. Voor de overeenkomsten die tot stand zijn gekomen na de inwerkingtreding van het K.B. van 5 augustus 1991 is daarentegen rekening te houden met bijzondere regelen die zowel de totstandkoming van de overeenkomst beïnvloeden (vereiste van een geschrift) als de beoordeling van de precontractuele en contractuele aansprakelijkheid beïnvloeden (onderzoeks- en informatieplicht, verbod van exoneratiebedingen, ...).⁶⁰⁸ Daarenboven is, althans voor kredietinstellingen en beleggingsondernemingen, vanaf medio jaren '90 rekening te houden met de gedragsregelen van artikel 36 van de Wet van 6 april 1995, in Belgisch recht ingevoerd ter omzetting van de Europese ISD-richtlijn 93/22/EG. Deze lijken evenwel, voor de overeenkomsten die aan het K.B. van 5 augustus 1991 zijn onderworpen, op het vlak van de aansprakelijkheid weinig nieuwe elementen toe te voegen.

Het wettelijke kader voor de beoordeling van de aansprakelijkheid in de context van vermogensbeheer en beleggingsadvies zal in de toekomst opnieuw grondig wijzigen: de omzetting in Belgisch recht van richtlijn 2004/39/EG inzake markten in financiële instrumenten (de zogeheten MiFID-Richtlijn), heeft een herpositionering van de bepalingen ter bescherming van de belegger tot gevolg. Ten eerste wordt het beleggingsadvies een volwaardige beleggingsdienst, waardoor de ondernemingen die deze activiteit ontplooiën thans een volwaardig Europees paspoort genieten. Dit komt overigens tot uiting in de 'fusie' van het wettelijk statuut van deze ondernemingen: voortaan vormt de 'vennootschap voor vermogensbeheer en beleggingsadvies' één enkele categorie van beleggingsonderneming, naast de beursvennootschap. Belangrijker is evenwel de verscherping van de gedragsregelen voor de verstrekkers van diensten van vermogensbeheer en beleggingsadvies, met een variabele intensiteit naargelang de onderlegdheid van de cliënt. Het K.B. van 5 augustus 1991, dat terzake geen onderscheid maakte naargelang de identiteit van de tegenpartij, is opgeheven, en het bestaansformalisme dat de overeenkomsten kenmerkte, wordt afgezwakt: voortaan geldt enkel nog de wettelijke verplichting om een schriftelijke overeenkomst op te maken voor de overeenkomsten van vermogensbeheer gesloten met particuliere cliënten.⁶⁰⁹ Doordat de wettelijke definitie van "beleggingsadvies" gevoelig werd verruimd in vergelijking met de omschrijving in het K.B. van 5 augustus 1991, werd het vereiste van een geschrift niet gehandhaafd.

250 VERMOGENSBEHEER – NOTIE

De rechtspraak in de onderzochte periode illustreert de kwalificatiemoeilijkheden die geregeld opduiken betreffende de overeenkomst van vermogensbeheer voor de toepassing van de privaatrechtelijke bepalingen vervat in het K.B. van 5 augustus 1991. In vele gevallen

⁶⁰⁸ Zie hieromtrent eveneens in het algemeen: J.P. BUYLE, "Les obligations d'information, de renseignement, de mise en garde et de conseil des professionnels de la finance", in F. GLANSDORFF (ed.), *Les obligations d'information, de renseignement, de mise en garde et de conseil*, Reeks 'Commission Université-Palais (CUP)', nr. 86, Brussel, Larcier, 2006, 159-210; F. LONGFILS, "La responsabilité des intermédiaires financiers", in X., *Responsabilités. Traité théorique et pratique*, Kluwer, 2006, Boek 27, p. 61-75

⁶⁰⁹ Zie art. 27 § 7, lid 2 Wet 2 augustus 2002: de wet maakt gewag van een schriftelijke overeenkomst, op papier of op een andere duurzame drager.

beroepen beleggers die verliezen hebben geleden op hun effectenportefeuille zich ten onrechte op het bestaan van een overeenkomst van vermogensbeheer. Uit een constante rechtspraak en eensgezinde rechtsleer blijkt dat de overeenkomst van vermogensbeheer essentieel steunt op een lastgeving, die de vermogensbeheerder de bevoegdheid verleent om in naam en voor rekening van de cliënt beheersdaden te stellen, hoewel vele elementen in de overeenkomst tevens affiniteit vertonen met een huur van diensten (aanneming).⁶¹⁰ Daarentegen bestaat minder duidelijkheid over de rol die de cliënt inzake vermogensbeheer kan spelen bij de concrete invulling van de beleggingsbeslissingen, meer bepaald de vraag of de cliënt nog over een instructierecht beschikt. Sedert de Wet van 6 april 1995 refereert de wettelijke omschrijving van “vermogensbeheer”, in navolging van de definitie in de Richtlijn Beleggingsdiensten 93/22/EG, naar het beheer “op discretionaire basis”, hetgeen impliceert dat de beleggingsbeslissingen in essentie door de vermogensbeheerder worden genomen, rekening houdend met de door de cliënt geuite beleggingsdoelstellingen. Voordien was de wettelijke definitie van vermogensbeheerder (art. 157, lid 1, 2° Wet 4 december 1990) niet duidelijk op dit punt, en verwees het enkel naar het beheer van vermogensbestanddelen van spaarders, met de bevoegdheid om zo nodig daden van beschikking te stellen met betrekking tot deze vermogensbestanddelen.

De opeenvolging van wettelijke definities geeft aan dat, minstens sedert de wet van 6 april 1995, het vermogensbeheer in beginsel het alleenrecht veronderstelt van de vermogensbeheerder betreffende de beleggingsbeslissingen voor rekening van de cliënt. Voor 1995 bood de wet de mogelijkheid van een ruimere begripsinvulling, die situaties onder de noemer “vermogensbeheer” bracht die, in het huidige wettelijke begrippenkader veeleer zijn op te vatten als overeenkomsten van beleggingsadvies, gekoppeld aan de uitvoering van orders in financiële instrumenten op instructie van de cliënt.

Een arrest van het hof van beroep te Gent van 5 mei 2004⁶¹¹ betrof een overeenkomst onder de benaming “contract van beheer onder volmacht”, naar luid waarvan de financiële instelling het recht had om, met betrekking tot de neergelegde portefeuille, alle daden van beheer te stellen voor rekening van de klant, *op instructies van de klant*. Ook in een ander arrest van het hof van beroep te Gent d.d. 18 februari 2004⁶¹² neemt het hof aan dat er een overeenkomst van vermogensbeheer voorlag, terwijl de uiteenzetting van de feiten uitwijst dat de litigieuze verrichtingen in opdracht van de cliënt waren uitgevoerd.

In de gevallen waarin de partijen hun rechtsbetrekking niet zelf vooraf duidelijk als vermogensbeheer hebben gekwalificeerd, wordt bij betwisting de kwalificatie als vermogensbeheer in de regel niet weerhouden. In een arrest van 10 februari 1999 beklemtoont het hof van beroep te Gent het duidelijke onderscheid tussen een overeenkomst inzake vermogensbeheer en de loutere, zelfs frequente, aankoop- en verkoopopdrachten, die gepaard gaan met eigen kosten die telkens op de verrichtingsborderellen zijn gespecificeerd. De omstandigheid dat de cliënt zich op alle mogelijke manieren poogt te informeren over wat koopwaardig of te verkopen is, en hierbij gebeurlijk aan zijn financiële instelling vraagt wat deze ervan denkt, brengt niet met zich mee dat er sprake is van vermogensbeheer.⁶¹³

⁶¹⁰ Zie hieromtrent P. WERY, “La gestion de fortune au regard du droit commun du mandat”, in B. TILLEMANS & B. DU LAING (eds.), *Bankcontracten*, Reeks: Recht en Onderneming, Brugge Die Keure, 2004, nr. 3, p. 324-325.

⁶¹¹ Gent 5 mei 2004, *NjW* 2005, nr. 106, p. 413, met kritische noot RS.

⁶¹² Gent 18 februari 2004, *RABG* 2005/04, 297, noot D. BLOMMAERT, *NjW* 2004, nr. 77, 806, noot RS.

⁶¹³ Gent 10 februari 1999, *T.B.H.* 2000, 739, noot J.P. BUYLE & M. DELIERNEUX.

Enigszins merkwaardig is de zienswijze van de rechtbank van eerste aanleg te Brussel, die de eenmalige aankoop door een financiële instelling van financiële instrumenten voor rekening van haar cliënt zonder van deze laatste de handtekening te hebben verkregen voor de order, kwalificeert als een daadwerkelijk vermogensbeheer (*‘une véritable gestion de patrimoine’*). De aankoop, die was gevolgd op besprekingen tussen partijen en de formulering van een concreet beleggingsvoorstel door de kredietinstelling, had aanleiding gegeven tot de levering van de betrokken financiële instrumenten zonder enig protest vanwege de belegger. De rechtbank neemt aan dat noch de inbezitneming van de effecten, noch de ondertekening van een ontvangstbewijs hiervoor, te beschouwen zijn als een erkenning van de orders of van een kwijting van aansprakelijkheid van de financiële instelling. Veeleer dan te besluiten tot de afwezigheid van een overeenkomst tussen partijen, oordeelt de rechtbank dat de financiële instelling aansprakelijk is voor de door de belegger geleden verliezen, en heropent ze de debatten met het oog op de bepaling van de omvang van de schade.⁶¹⁴ Zoals de commentatoren bij het vonnis terecht onderstrepen, is de zienswijze van de rechtbank moeilijk verdedigbaar: eerder dan het beheer van een vermogen, dat bij veronderstelling een pluraliteit van beheersdaden veronderstelt, is in dit geval hooguit sprake van een onbevoegd gestelde handeling in de context van een lastgeving, die voor bevestiging vatbaar is. Naar analogie met de rechtspraak inzake de stilzwijgende aanvaarding van orders bij ontstentenis van tijdig protest, valt aan te nemen dat de inontvangstneming van de effecten en de afwezigheid van enig protest gedurende enkele maanden, gelijk te stellen is met een ratificatie van het mandaat. De rechtspraak van de burgerlijke en de commerciële rechtbanken lijkt in deze materie niet steeds eenstemmig.

251 *PUNCTUEEL EN NIET-VERGOED BELEGGINGSADVIES – TOEPASSING K.B. 5 AUGUSTUS 1991 (NEEN)*

In de rechtspraak duikt geregeld betwisting op betreffende de draagwijdte van de begrippen “vermogensbeheer” en “beleggingsadvies” voor de toepassing van het K.B. van 5 augustus 1991, en de toepasselijkheid van de formaliteiten van artikel 8 in het bijzonder.

De rechtbank van koophandel te Brussel oordeelt bij vonnis van 2 april 1999⁶¹⁵ dat het punctuele en niet-vergoede advies dat een kredietinstelling aan haar cliënt verstrekt over de eigen financiële producten niet als “beleggingsadvies” in de zin van het K.B. van 5 augustus 1991 is aan te merken.⁶¹⁶ De rechtbank stelt *in casu* vast dat de partijen nooit de intentie hebben gehad om een specifieke contractuele relatie inzake beleggingsadvies tot stand te brengen, en dat de bankier het punctuele advies op vrijwillige basis aan haar cliënt heeft verstrekt in de context van een ruimere zakenrelatie die tussen hen bestond. Bovendien onderstreept de rechtbank dat de toenmalige wettelijke definitie van beleggingsadviseur⁶¹⁷ noodzakelijkerwijze inhoudt dat het beleggingsadvies “tegen vergoeding” wordt geleverd. De

⁶¹⁴ Rb. Brussel 29 april 2005, *T.B.H.* 2007/1, 69, noot J.P. BUYLE & M. DELIERNEUX.

⁶¹⁵ Kh. Brussel 2 april 1999, *T.B.H.* 2000, 743, noot J.P. BUYLE & M. DELIERNEUX.

⁶¹⁶ Dit standpunt vindt ook ruime weerklank in de rechtsleer. Zie o.m. J.F. ROMAIN, “La réforme financière de 1990 — La gestion de fortune et le conseil en placement”, *J.T.* 1991, 629-630; Recenter: J.F. ROMAIN, “La responsabilité des intermédiaires financiers”, in Ch. JASSOGNE & G. BLOCK, *Traité pratique de droit commercial*, Tome 5: *Droit bancaire et financier*, Kluwer, 2003, nr. 1050, p. 34.

⁶¹⁷ Op het ogenblik van de feiten vervat in artikel 157 § 1, 3° Wet 4 december 1990 betreffende de financiële transacties en de financiële markten. De bepaling werd later hernomen in art. 119 Wet 6 april 1995, die tot aan de omzetting van de MiFID-richtlijn door het K.B. van 27 april 2007 (met ingang van 1 november 2007) in voege is gebleven.

enkele omstandigheid dat de kredietinstelling het advies heeft verstrekt binnen het kader van een ruimer geheel van diensten waarvoor ze wordt vergoed, volstaat volgens de rechtbank niet om vast te stellen dat het beleggingsadvies eveneens vergoed is.

Voormelde zienswijze vindt bevestiging in een andere betwisting, die aanleiding gaf tot een arrest van het hof van beroep te Brussel op 12 oktober 2001⁶¹⁸: ook in dit geval beriep de cliënt die verliezen op zijn beleggingen had geleden, zich op het bestaan van een overeenkomst van beleggingsadvies met de beursvennootschap bij wie hij een effectenrekening had geopend en de erop gestorte gelden onmiddellijk in aandelen had belegd. Het Hof oordeelt dat het beleggingsadvies dat een beursvennootschap levert slechts binnen het toepassingsgebied van het K.B. van 5 augustus 1991 valt wanneer de betrokken personen de intentie hadden een specifieke contractuele relatie inzake beleggingsadvies tot stand te brengen. Hierbij wordt volgens het hof naar algemeen aanvaarde opvatting een onderscheid gemaakt tussen het beleggingsadvies in het kader van een activiteit tegen vergoeding, en het punctuele, niet-vergoede advies dat de financiële bemiddelaar aan zijn cliënt verstrekt in het kader van een belegging door die cliënt. Bij ontstentenis van een wettelijk vermoeden betreffende het bestaan van een overeenkomst van beleggingsadvies tussen een financiële bemiddelaar die een order in financiële instrumenten uitvoert, en de cliënt-ordergever, komt het bijgevolg volgens het Hof aan laatstgenoemde toe om het bewijs te leveren van het bestaan van een overeenkomst van beleggingsadvies. Het Hof onderstreept tot slot het specifieke karakter van de vergoeding: noch het commissieloon dat de financiële instelling ontvangt bij de uitvoering van de orders van zijn cliënt, noch het bewaarloon dat aan diezelfde instelling is verschuldigd voor de effectenrekening, kunnen in verband worden gebracht met een “vergoeding” voor beleggingsadvies.

De betwisting die aanleiding gaf tot het arrest van het hof van beroep te Gent van 15 oktober 2003⁶¹⁹ bevestigt de restrictieve invulling van de notie beleggingsadvies voor de toepassing van het K.B. van 5 augustus 1991. *In casu* had de cliënt aan haar financiële instelling advies gevraagd omtrent de belegging van een bedrag van 10 miljoen BEF, rekening houdend met bepaalde door haar geformuleerde prioriteiten (in hoofdzaak laag risico en in tweede instantie hoog rendement). De financiële instelling had in antwoord hierop twee beleggingsvoorstellen geformuleerd en een ervan nader uitgewerkt (‘portefeuille A’). Wanneer de door de cliënt aanvaarde portefeuille A na ruim een jaar verliezen lijdt ingevolge het faillissement van één van de vennootschappen waarvan obligaties in de portefeuille waren opgenomen, dagvaardt de cliënt de financiële instelling in aansprakelijkheid voor het geleden verlies.

Het hof van beroep kwalificeert het door de financiële instelling verstrekte advies als occasioneel en onbezoldigd. De omstandigheid dat de financiële instelling onrechtstreeks voordeel kon halen uit de aanvaarding van haar beleggingsvoorstellen door de cliënt, doet hieraan geen afbreuk, zodat geen overeenkomst van beleggingsadvies voorligt.

252 VERMOGENSBEHEER EN BELEGGINGSADVIES – SCHRIFTELIJKE OVEREENKOMST - SANCTIE

Artikel 8 van het K.B. van 5 augustus 1991 betreffende het vermogensbeheer en het beleggingsadvies houdt voor de overeenkomsten van zowel het vermogensbeheer als het

⁶¹⁸ Brussel 12 oktober 2001, *D.C.C.R.* 2003, nr. 60, p. 49, dat leidt tot hervorming van Kh. Brussel 25 juni 1999, *T.B.H.* 1999, 735.

⁶¹⁹ Gent 15 oktober 2003, *RABG* 2005/04, 285, noot S. DELAËY.

beleggingsadvies de verplichting van een schriftelijke overeenkomst in, die onder meer de doelstellingen van de cliënt inzake het beheer c.q. het advies moet vermelden. Het ontbreken van een schriftelijke overeenkomst wordt luidens een constante rechtspraak gesanctioneerd door de nietigheid van de overeenkomst⁶²⁰. De nietigheidssanctie zal eveneens gelden wanneer de – weliswaar op schrift gestelde — overeenkomst op ontoereikende wijze de doelstellingen van de belegger inzake het vermogensbeheer expliciteert. Zo oordeelt de rechtbank van eerste aanleg te Brussel in een vonnis d.d. 23 september 2004⁶²¹ dat de in de overeenkomst van vermogensbeheer op te nemen doelstellingen inzake belegging voldoende betekenisvol moeten zijn teneinde de vermogensbeheerder toe te laten zijn engagementen ten aanzien van de cliënt optimaal te verwezenlijken. De rechtbank oordeelt *in casu* dat de loutere vermelding “aandelen” bij de doelstellingen inzake belegging een dermate ruime speelruimte aan de vermogensbeheerder laat dat ze, gezien de interpretatievragen waartoe dit aanleiding kan geven, de wettelijke verplichting miskent, en de nietigheid van de overeenkomst van vermogensbeheer tot gevolg heeft: het komt aan de bankier-vermogensbeheerder toe om een schriftelijke overeenkomst te redigeren die toelaat om redelijkerwijze de doelstellingen van de cliënt inzake het vermogensbeheer te bepalen. De rechtbank van koophandel te Brussel is daarentegen van oordeel dat de vermelding in de overeenkomst van de beleggingsdoelstelling “portefeuille ‘aandelen’, belegd in aandelen en liquiditeiten en maximum 100% aandelen bevattend, d.w.z. met heel hoog risico” op afdoende wijze de doelstelling inzake het beheer verwoordt: volgens de rechtbank beantwoordt deze vermelding formeel aan het wettelijke vereiste, ook al kan men zich verwonderen over het gebrek aan verfijning in de verwoording van de beleggingsdoelstellingen.⁶²² Ook op dit punt lijkt de rechtspraak van de burgerlijke en de commerciële rechtbanken uiteen te lopen.⁶²³

De nietigheid van de overeenkomst van vermogensbeheer werkt retroactief, en leidt tot de teruggave, lastens de financiële instelling, van het initieel door de cliënt aan de vermogensbeheerder toevertrouwde kapitaal. Het voormelde vonnis van de rechtbank van eerste aanleg te Brussel d.d. 23 september 2004 aanvaardt evenwel een correctief op de retroactieve nietigheid, rekening houdend met de omstandigheid dat het vermogensbeheer een overeenkomst met opeenvolgende prestaties inhoudt: om die reden aanvaardt de rechtbank dat de door de financiële instelling ontvangen commissies ten titel van beheersvergoeding niet aan de cliënt moeten worden teruggegeven, nu ze gecompenseerd kunnen worden met de prestaties die de vermogensbeheerder heeft verricht.⁶²⁴ Deze redenering wekt enigszins verwondering, in de mate ze aan de vermogensbeheerder het behoud van de beheersvergoeding laat voor beheersprestaties waarvan wordt verondersteld dat ze niet in overeenstemming met de beleggersbeschermende bepalingen van de wet zijn gebeurd. Overigens is het correctief op de retroactieve nietigheid bijzonder selectief: een consequente toepassing van het leerstuk zou ertoe moeten leiden alle tot op het ogenblik van de betwisting gestelde handelingen van vermogensbeheer als geldig te beschouwen, en de nietigheid in essentie een uitwerking *ex nunc* te geven. Dit zou impliceren dat de meer- of minwaarde op het beheerde vermogen eveneens ontsnapt aan de retroactieve werking van de nietigheid, en dat alle kosten gedragen in het kader van het vermogensbeheer (bijv. makelaarsvergoedingen voor aan- en verkopen van financiële instrumenten) ten laste van de cliënt blijven. Een

⁶²⁰ Zie, inzake vermogensbeheer, Gent 5 mei 2004, *NjW* 2005, nr. 106, p. 413, noot RS; inzake beleggingsadvies: Kh. Brussel 25 juni 1999, *T.B.H.* 1999, 735, noot J.P. BUYLE & M. DELIERNEUX, dat — minstens impliciet — de nietigheid als relatief beschouwt; Brussel 12 oktober 2001, *D.C.C.R.* 2003, nr. 60, p. 49.

⁶²¹ Rb. Brussel 23 september 2004, *T.B.H.* 2006/1, 125, noot J.P. BUYLE & M. DELIERNEUX.

⁶²² Kh. Brussel 2 september 2004, *T.B.H.* 2006/1, 119, noot J.P. BUYLE & M. DELIERNEUX.

⁶²³ Zie ook hoger, nr. 250, betreffende de begripsinhoud van ‘vermogensbeheer’ en ‘beleggingsadvies’.

⁶²⁴ Rb. Brussel 23 september 2004, *T.B.H.* 2006/1, 125, noot J.P. BUYLE & M. DELIERNEUX.

juistere benadering bestaat erin enkel correctieven op de retroactieve uitwerking van de nietigheid te aanvaarden in de mate de retroactiviteit tot verrijking zonder oorzaak van een van de partijen zou leiden. Nu de cliënt geen enkel vermogensvoordeel heeft gehaald uit de uitvoering van de overeenkomst van vermogensbeheer, is er geen reden om hem het recht op teruggave van betaalde beheersvergoedingen te ontzeggen.⁶²⁵ Gezien de *ratio legis* van de dwingende bepalingen inzake de vormelijke en inhoudelijke vereisten die het K.B. van 5 augustus 1991 aan de overeenkomst van vermogensbeheer stelt, sluit de integrale retroactieve uitwerking van de overeenkomst tot slot nauwer aan bij de bescherming die de wet- en regelgeving aan de cliënt wenst te bieden.

253 VERMOGENSBEHEER – TOEPASSING IN DE TIJD VAN HET K.B. VAN 5 AUGUSTUS 1991

In twee arresten verdedigt het hof van beroep te Gent het standpunt dat overeenkomsten voor vermogensbeheer die voor de inwerkingtreding van het K.B. van 5 augustus 1991 werden gesloten, ook voor de periode na 1991 niet aan de bepalingen van dit koninklijk besluit zijn onderworpen. Hieraan zijn verschillende gevolgtrekkingen te verbinden. In zijn arrest van 18 februari 2004⁶²⁶ stelt het hof vast dat de inwerkingtreding van het K.B. van 5 augustus 1991, dat de verplichting inhoudt van een schriftelijke overeenkomst, de geldigheid van voorheen gesloten overeenkomsten niet aantast, nu de nieuwe reglementering geen verplichting oplegde om een nieuwe overeenkomst op te maken. In het arrest van 5 mei 2004⁶²⁷ leidt het hof uit de anterioriteit van de overeenkomst aan het besluit van 5 augustus 1991 af dat het exoneratiebeding ten voordele van de vermogensbeheerder voor bedrog of daarmee gelijk te stellen zware fout, geldig blijft.⁶²⁸ Terwijl de eerste gevolgtrekking consistent is met het principe van de eerbiedigende werking van nieuwe wetgeving op regelmatig tot stand gekomen rechtsverhoudingen⁶²⁹, is het behoud van een exoneratieclausule moeilijker te verantwoorden. De recente jurisprudentie van het Hof van Cassatie wijst uit dat het principe van de eerbiedigende werking in contractuele aangelegenheden in toenemende mate moet wijken voor de onmiddellijke werking van de nieuwe wet, niet enkel wanneer deze van openbare orde is, maar eveneens bij louter imperatieve regelen.⁶³⁰

254 VERMOGENSBEHEER EN BELEGGINGSADVIES – AANSPRAKELIJKHEID VOOR FOUTEN IN HET BEHEER/ADVIES

Een constante rechtspraak neemt aan dat op de vermogensbeheerder en de beleggingsadviseur een middelenverbintenis rust. Een loutere minwaarde op de portefeuille onder beheer of advies kan bijgevolg op zich niet de aansprakelijkheid van de vermogensbeheerder c.q.

⁶²⁵ Vgl. inzake aannemingsovereenkomsten R. KRUTHOF, H. BOCKEN, F. DE LY en B. DE TEMMERMAN, “Overzicht van rechtspraak (1981-1992). Verbintenissen”, *T.P.R.* 1994, (171), p. 607-608, nr. 306.

⁶²⁶ Gent 18 februari 2004, *RABG* 2005/04, 297, noot D. BLOMMAERT, *NjW* 2004, nr. 77, 806, noot RS

⁶²⁷ Gent 5 mei 2004, *NjW* 2005, nr. 106, p. 413, met kritische noot RS.

⁶²⁸ Evenwel is het hof niet volkomen affirmatief op dit punt. Immers, het hof overweegt bijkomend dat, zelfs indien de werking van het K.B. van 5 augustus 1991 op de voorheen gesloten overeenkomsten zou worden aanvaard, *in casu* niet het bewijs wordt geleverd van een bedrog of zware fout.

⁶²⁹ Zie o.m. Cass. 12 februari 1993, *Arr.Cass.* 1993, 181; P. POPELIER, *Toepassing van de wet in de tijd. Vaststelling van temporele functies*, in *A.P.R.*, Antwerpen, Kluwer, 1999, nr. 79, p. 51.

⁶³⁰ Zie Cass. 28 februari 2003, *R.W.* 2004-05, 1462.

beleggingsadviseur impliceren⁶³¹, zeker niet in een context van sterke degradatie van de financiële markten in het algemeen⁶³². Bijgevolg komt het aan de belegger toe om het bewijs te leveren van een tekortkoming door de vermogensbeheerder bij het beheer van de portefeuille.⁶³³ De beoordeling van deze aansprakelijkheid moet slaan op het beheer in zijn globaliteit, en niet verrichting per verrichting.⁶³⁴ Voor de overeenkomsten van vermogensbeheer die voor de invoering van een wettelijk statuut voor vermogensbeheerders tot stand zijn gekomen (Wet 4 december 1990 en K.B. 5 augustus 1991) kunnen de deontologische verplichtingen die in voormelde wet- en regelgeving zijn vervat volgens het hof van beroep te Gent niettemin als aanknopingspunt dienen, nu deze naar het oordeel van het hof de codificatie vormen van een aantal professionele gebruiken en traditioneel vooraf bestaande deontologische regelen.⁶³⁵

Bij de invulling van het zorgvuldigheidscriterium geldt de regel van de *culpa levis in concreto*: er zal een fout weerhouden worden indien is aangetoond dat de vermogensbeheerder c.q. beleggingsadviseur niet heeft gehandeld zoals een normaal voorzichtig vermogensbeheerder c.q. beleggingsadviseur geplaatst in dezelfde omstandigheden.⁶³⁶ De omstandigheid dat de vermogensbeheerder een middelenverbintenis opneemt bij de beoordeling van de opportuniteit van de verwezenlijking van bepaalde beleggingen voor rekening van hun cliënten, impliceert volgens twee vonnissen van de rechtbank van koophandel te Brussel dat hen een zekere foutmarge moet worden toegekend: een verkeerde inschatting van risico's houdt op zich geen fout in; de fout van een specialist moet *in concreto* worden beoordeeld, met als vergelijkingspunt de situatie van een normaal voorzichtige en diligente professioneel van dezelfde categorie, geplaatst in dezelfde omstandigheden en op hetzelfde tijdstip.⁶³⁷

Er kan evenwel een resultaatsverbintenis voorliggen wanneer de financiële instelling een bepaald rendement verbindt aan de beheerde portefeuille of aan de geadviseerde belegging. Een belangwekkende toepassing hiervan vormt het arrest van het hof van beroep te Gent van 15 oktober 2003: de cliënt was ingegaan op een door de financiële instelling op haar verzoek uitgewerkt beleggingsvoorstel. De financiële instelling had bij de overmaking van het beleggingsvoorstel volgende melding toegevoegd: "In deze portefeuille zonder risico kapitaal te verliezen wordt het accent eerder op het vast en zeker rendement gelegd dan op de dadelijke opvraagbaarheid van de fondsen". Het hof van beroep oordeelt in het licht van de voorliggende feiten dat, ondanks de afwezigheid van een overeenkomst van beleggingsadvies (zie hoger, nr. 251) de financiële instelling, door de verwijzing naar de garantie 'zonder risico kapitaal te verliezen', een specifieke verbintenis is aangegaan, met name de garantie dat

⁶³¹ Inzake vermogensbeheer, zie o.m. Brussel 12 oktober 2001, *D.C.C.R.* 2003, nr. 60, p. 49; Gent 18 februari 2004, *RABG* 2005/04, 297, noot D. BLOMMAERT, *NjW* 2004, nr. 77, 806, noot RS; inzake beleggingsadvies: Kh. Brussel 9 september 2003, *T.B.H.* 2005/2, 187, noot J.P. BUYLE & M. DELIERNEUX.

⁶³² Kh. Brussel 2 september 2004, *T.B.H.* 2006/1, 119, noot J.P. BUYLE & M. DELIERNEUX; Kh. Brussel 30 september 2004, *Bank Fin.R.* 2005/I, 61.

⁶³³ Zie o.m. Gent 5 mei 2004, *NjW* 2005, nr. 106, p. 413, noot RS.

⁶³⁴ Kh. Brussel 30 september 2004, *Bank Fin.R.* 2005/I, 61; vgl. inzake beleggingsadvies: Kh. Brussel 9 september 2003, *T.B.H.* 2005/2, 187, noot J.P. BUYLE & M. DELIERNEUX.

⁶³⁵ Gent 18 februari 2004, *RABG* 2005/04, 297, noot D. BLOMMAERT, *NjW* 2004, nr. 77, 806, noot RS.

⁶³⁶ Inzake vermogensbeheer: Gent 18 februari 2004, *RABG* 2005/04, 297, noot D. BLOMMAERT, *NjW* 2004, nr. 77, 806, noot RS; inzake beleggingsadvies: Kh. Brussel 9 september 2003, *T.B.H.* 2005/2, 187, noot J.P. BUYLE & M. DELIERNEUX.

⁶³⁷ Kh. Brussel 2 september 2004, *T.B.H.* 2006/1, 119, noot J.P. BUYLE & M. DELIERNEUX; Kh. Brussel 30 september 2004, *Bank Fin.R.* 2005/I, 61, beiden met verwijzing naar D. ROGER & M. SALMON, "Réflexions relatives à la responsabilité contractuelle des gérants de fortune et des conseillers en placements", *J.T.* 1998, 396-397.

kapitaalverlies is uitgesloten. Deze garantieverbintenis houdt volgens het hof van beroep een resultaatsverbintenis in, en impliceert bijgevolg een omkering van bewijslast: het komt aan de financiële instelling toe om aan te tonen dat de betrokken belegging in obligaties als (quasi) risicovrij mocht worden beschouwd. In de mate de financiële instelling niet aantoonde dat het door de cliënt geleden verlies het gevolg is van voor haar totaal onvoorziebare en onvermijdbare omstandigheden — hetgeen is op te vatten als een referentie aan overmacht als bevrijdingsgrond voor de garantieverbintenis — concludeert het hof dat de financiële instelling moet instaan voor het verlies dat de cliënt heeft geleden.

Een arrest van het hof van beroep te Bergen d.d. 7 oktober 2004⁶³⁸ had te oordelen over de mogelijke aansprakelijkheid inzake vermogensbeheer betreffende feiten voorafgaand aan de invoering van een wettelijk regime voor vermogensbeheerders (Wet 4 december 1990 en K.B. 5 augustus 1991). Steunend op de kwalificatie van het vermogensbeheer als een lastgeving, én op de deontologische regelen die op financiële dienstenverstrekkers wegen, is het hof van oordeel dat de vermogensbeheerder de plicht had om zijn klanten in te lichten over de risico's verbonden aan het beheer en over het resultaat van de beleggingen. Evenwel formuleert het hof de principiële aansprakelijkheid in het algemeen in vrij restrictieve termen: een marginale beoordeling van de aansprakelijkheid dringt zich op, waarbij men zich moet terugplaatsen op het ogenblik van de litigieuze feiten. Bovendien is het hof van oordeel dat de aansprakelijkheid slechts met omzichtigheid kan worden weerhouden, rekening houdend met het aleatoire karakter van beslissingen en raadgevingen in beursaangelegenheden, en met de graad van onderlegdheid en ervaring van de cliënt.

255 VERMOGENSBEHEER – DISCRETIONAIRE AARD - AANSPRAKELIJKHEID

Een vonnis van de rechtbank van koophandel te Gent van 28 november 2000⁶³⁹ biedt verduidelijking bij de verhouding tussen de discretionaire aard van het vermogensbeheer en het inmengingsrecht van de cliënt in het beheer, en de implicaties hiervan voor de beoordeling van de aansprakelijkheid van de vermogensbeheerder. De betwisting sloeg op de beslissing van de financiële instelling om, ongeveer een half jaar na het sluiten van een overeenkomst van vermogensbeheer met de cliënt, diens portefeuille in een periode van dalende aandelenmarkten integraal te realiseren teneinde verder verlies op de portefeuille tegen te gaan, en dit ondanks het protest van de cliënt tegen deze voorgenomen realisatie. De rechtbank toetst het gedrag van de vermogensbeheerder aan de vereiste van een zorgvuldig beheer, afgestemd op het profiel van de cliënt en in overeenstemming met de door de cliënt gestelde doelstellingen. Vastgesteld wordt dat de beslissing tot tegeldemaking van de volledige portefeuille werd genomen in een situatie van wereldwijde en aanhoudend dalende effectenmarkten. *In casu* acht de rechtbank het niet foutief dat de beheerder, door de verkoop van de in de portefeuille vervatte waarden, een einde stelt aan zich doorzettende verliezen, die op dat ogenblik ongeveer een kwart van de initiële waarde van de portefeuille bedroegen, te meer daar de portefeuille over geen enkele buffer beschikte die weerstand bood aan de dalende markt. De rechtbank leidt hieruit af dat de financiële instelling gehandeld heeft als een voorzichtige professionele belegger.⁶⁴⁰

⁶³⁸ Bergen 7 oktober 2004, *Bank Fin.R.* 2006/II, 94, noot S. DELAEY, “Diversificatie: een gouden beleggingsregel”.

⁶³⁹ Kh. Gent 28 november 2000, *Bank Fin.R.* 2001/III, 188, noot S. DEJONGHE.

⁶⁴⁰ Men vergelijkte met de zienswijze van de rechtbank van koophandel te Brussel in een andere betwisting, waarin de beleggers de financiële instelling precies immobilisme verweten, door bepaalde sterk verlieslatende waarden in de portefeuille niet te verkopen: de rechtbank oordeelt in deze casus dat, rekening houdend met haar

Omtrent de mogelijke inmenging van de cliënt in het door de financiële instelling gevoerde beheer, verleent de rechtbank een juiste draagwijdte aan de discretionaire aard van het vermogensbeheer: “het kan niet verwacht worden van een beheerder van een portefeuille, dat hij de instructies van zijn klant zou opvolgen, nu daarbij het risico bij de beheerder blijft.” De klant die zich niet kon vinden in de voorgenomen beslissing van de vermogensbeheerder, beschikte volgens de rechtbank over de mogelijkheid om onmiddellijk een einde te stellen aan het beheersmandaat, dat immers *ad nutum* herroepbaar is.

256 VERMOGENSBEHEER – DIVERSIFICATIEPLICHT

De rechtspraak tijdens de onderzochte periode benadrukt het algemene principe dat het vermogensbeheer de verplichting voor de beheerder tot diversificatie van de beleggingen inhoudt.⁶⁴¹ Deze verplichting is evenwel te beoordelen met inachtneming van de grenzen van het beheersmandaat en de in de overeenkomst verwoorde doelstellingen van het beheer. Zo oordeelt de rechtbank van koophandel te Brussel bij vonnis van 2 september 2004 dat de mogelijkheid voor de vermogensbeheer om, op grond van het mandaat, te beleggen in aandelen tot 100% van de portefeuille, de vermogensbeheerder niet ontslaat van een zekere diversificatie betreffende de aandelen.⁶⁴²

Het hof van beroep te Bergen weerhoudt bij arrest van 7 oktober 2004⁶⁴³ een (contractuele) beheersfout ten aanzien van de vermogensbeheerder, met name door een gebrek aan diversificatie in de beleggingsportefeuille, die in slechts 2 aandelen was belegd. Het Hof gaat ervan uit dat het beheer van de toevertrouwde portefeuille als een goed huisvader de verplichting impliceert om een voldoende spreiding van de portefeuille in aandelen, obligaties en liquiditeiten te bewerkstelligen, evenals een voldoende diversificatie binnen deze categorieën.⁶⁴⁴ Het Hof leest in dit beginsel geen algemeen principe, maar ziet dit veeleer als een omkering van bewijslast: het komt aan de vermogensbeheerder toe om aan te tonen dat de cliënt een minder gediversifieerde, meer speculatieve belegging wenste. Het louter gebrek aan reactie door de cliënt op de aankoopborderellen waaruit de niet-gediversifieerde belegging bleek, vormt hiertoe geen voldoende aanwijzing. Tevens onderstreept het hof terecht dat de discretionaire aard van het vermogensbeheer op zich niet gelijk te stellen is met een speculatief beheer, maar in essentie de vermogensbeheerder enkel vrijstelt van de verplichting om voor elke transactie de toelating van de cliënt te vragen. Tot slot verwerpt het hof het beroep door de vermogensbeheerder op de in de overeenkomst vervatte exoneratieclausule — waartegen voor de invoering van het wettelijke regime voor vermogensbeheer bij wet van 4 december 1990 geen bezwaar bestond: het hof kwalificeert de tekortkoming van de vermogensbeheerder als een zware fout, waarvoor geen contractuele bevrijding van aansprakelijkheid mogelijk is.

marginale beoordelingsbevoegdheid, de bekommernis om bepaalde verlieslatende waarden niet te verkopen zonder reële kans om de opgelopen verliezen via andere beleggingen te recupereren door middel van andere beleggingen, niet als een fout is aan te merken (Kh. Brussel 2 september 2004, *T.B.H.* 2006/1, 119, noot J.P. BUYLE & M. DELIERNEUX).

⁶⁴¹ Kh. Brussel 30 september 2004, *Bank Fin.R.* 2005/I, 61.

⁶⁴² Kh. Brussel 2 september 2004, *T.B.H.* 2006/1, 119, noot J.P. BUYLE & M. DELIERNEUX.

⁶⁴³ Bergen 7 oktober 2004, *Bank Fin.R.* 2006/II, 94, noot S. DELAEY, “Diversificatie: een gouden beleggingsregel”. Het arrest betreft feiten voorafgaand aan het K.B. van 5 augustus 1991 (zie ook hoger, nr. 253).

⁶⁴⁴ Vgl. Kh. Brussel 30 september 2004, *Bank Fin.R.* 2005/I, 61, waarin de rechtbank eveneens oordeelt dat de discretionaire aard van het vermogensbeheer de verplichting om de beleggingsportefeuille te diversifiëren, niet uitsluit.

Ten gronde weerhoudt het hof een gedeelde aansprakelijkheid van vermogensbeheerder en belegger (*a rato* van 85-15%), nu laatstgenoemde volgens het hof ook tekort was geschoten in zijn elementaire verplichting om gedurende jaren de evolutie van zijn portefeuille te volgen. Met betrekking tot de omvang van de schade, acht het hof het niet bewezen dat een afdoende diversificatie van de portefeuille elk verlies op de toevertrouwde gelden zou hebben geëlimineerd, rekening houdend met het moeilijke beursklimaat. Het hof gaat terzake uit van een verlies van een kans, met begroting van de schade *ex aequo et bono* op de helft van het op de portefeuille geleden verlies.

257 VERMOGENSBEHEER – BEHEER IN HET BELANG VAN DE BELEGGER

Een belegger verweet de vermogensbeheerder te hebben belegd in deelbewijzen van collectieve beleggingsinstellingen waarvoor ze zelf als promotor was opgetreden. De belegger zag hierin een schending van de gedragsregel van artikel 36 § 1, 6° van de wet van 6 april 1995 (verplichting tot het vermijden van belangenconflicten) en van artikel 79 § 1 van dezelfde wet (verplichting voor de vermogensbeheerder om in het uitsluitende belang van de cliënt te handelen). De rechtbank⁶⁴⁵ oordeelt dat de voornoemde wettelijke regelen geen algemeen en absoluut verbod voor de vermogensbeheerder inhouden om te beleggen in een door haar uitgegeven financieel instrument.⁶⁴⁶ De rechtbank aanvaardt het argument van de financiële instelling dat de belegging in “huis”beleggingsfondsen zelfs het belang van de cliënt kan dienen, in vergelijking met de belegging in deelbewijzen van andere financiële instellingen, onder meer door de veronderstelde betere kennis van het product bij de vermogensbeheerder en de afwezigheid van bewaarloon op de betrokken deelbewijzen.

258 VERMOGENSBEHEER – RAPPORTERINGSVERPLICHTING

De overeenkomsten van vermogensbeheer moeten de modaliteiten en periodiciteit van de rapportering aan de cliënt bepalen.⁶⁴⁷ Deze periodieke rapportering moet minstens semestrieel gebeuren, en ten minste melding maken van de waarde van de portefeuille, de spreiding van de risico's en het bedrag van de aangerekende beheersprovisie.⁶⁴⁸ Het vonnis van de rechtbank van koophandel te Brussel van 30 september 2004 illustreert het belang van de rapportering bij de beoordeling van de mogelijke aansprakelijkheid van de vermogensbeheerder: de rechtbank stelt vast dat de cliënt verondersteld wordt onmiddellijk zijn bemerkingsen te formuleren betreffende het beheer, zoals dit gerapporteerd wordt in de — in casu trimestriële — verslagen van de vermogensbeheerder, indien dit volgens hem niet

⁶⁴⁵ Kh. Brussel 2 september 2004, *T.B.H.* 2006/1, 119, noot J.P. BUYLE & M. DELIERNEUX.

⁶⁴⁶ Deze benadering van belangenconflicten vormt tevens de basisfilosofie van de regeling in de MiFID-richtlijn: veeleer dan een algemeen verbod aan de financiële instelling op te leggen wanneer deze zich in een situatie van belangenconflict zou bevinden, moeten organisatorische maatregelen (inzonderheid ‘Chinese walls’) de situaties van belangenconflict minimaliseren. De residuele conflicten worden opgevangen door de loyauteitsplicht die op de financiële instelling weegt om in het (uitsluitende) belang van de cliënt te handelen: zie hierover uitgebreid M. KRUIHOF, “Conflicts of interest in institutional asset management”, in L. THEVENOZ & R. BAHAR (eds.), *Conflicts of interest. Corporate governance and financial markets*, Alphen a/d Rijn, Kluwer, 2007, 277-335.

⁶⁴⁷ Art. 8 § 1, 7° K.B. 5 augustus 1991.

⁶⁴⁸ Zie voor meer details art. 16 K.B. 5 augustus 1991. De regel is thans, na de opheffing van het K.B. 5 augustus 1991, opgenomen in art. 20 § 2, 10° K.B. 3 juni 2007 tot bepaling van nadere regels tot omzetting van de richtlijn betreffende markten voor financiële instrumenten, *B.S.* 18 juni 2007.

strookt met zijn verwachtingen. Deze verplichting, die *in casu* in de overeenkomst werd geëxpliciteerd, ontnemt volgens de rechtbank aan de belegger weliswaar niet elke mogelijkheid om de wijze van beheer te betwisten; de afwezigheid van reactie vanwege de belegger op de periodieke verslagen vormt evenwel een vermoeden dat de structuur van de portefeuille overeenstemde met de verwachtingen van de cliënt.⁶⁴⁹

259 *BELEGGINGSADVIES – TOEPASSING VAN DE GEDRAGSREGELEN EX ART. 36 WET 6 APRIL 1995 (NEEN)*

In een geding waarin een belegger zijn kredietinstelling aansprakelijk stelde voor tekortkomingen bij het verlenen van beleggingsadvies, oordeelt de rechtbank van koophandel te Brussel dat de gedragsregelen vervat in artikel 36 van de Wet van 6 april 1995 niet toepasselijk zijn op de activiteit van beleggingsadvies, nu de grieven van de eisers geen betrekking hebben op ‘transacties’ in financiële instrumenten.⁶⁵⁰ Deze strikte interpretatie van het toepassingsgebied van artikel 36 werd tevens in een deel van de rechtsleer voorgehouden⁶⁵¹, maar strookt niet met de plicht tot richtlijnconforme interpretatie van de norm: artikel 11 van de richtlijn 93/22/EG, waarvan deze bepaling de omzetting in Belgisch recht vormde, verplicht de beleggingsondernemingen en kredietinstellingen immers om de gedragsregelen ten allen tijde, en gebeurlijk ook bij de verstrekking van nevendiensten – hieronder begrepen beleggingsadvies – na te leven.

De omzetting van de Europese MiFID-richtlijn 2004/39/EG in Belgisch recht en het nieuwe regime van gedragsregelen dat thans vervat ligt in de artikelen 27 e.v. Wet 2 augustus 2002 betreffende het toezicht op de financiële sector en de financiële diensten, maakt een definitief einde aan deze interpretatievraag: voortaan is de verplichting voor beleggingsondernemingen, met inbegrip van de vennootschappen voor vermogensbeheer en beleggingsadvies, tot naleving van de gedragsregelen niet meer vastgeknoopt aan ‘transacties’ in financiële instrumenten, maar aan het verrichten van beleggingsdiensten en in voorkomend geval nevendiensten. Over de toepasselijkheid van de gedragsregelen bij de activiteit van beleggingsadvies, dat thans een beleggingsdienst vormt⁶⁵², bestaat bijgevolg geen twijfel meer.

§ 25. – *Uitgifte en plaatsing van financiële instrumenten*

⁶⁴⁹ Kh. Brussel 30 september 2004, *Bank Fin.R.* 2005/1, 61.

⁶⁵⁰ Kh. Brussel 9 september 2003, *T.B.H.* 2005/2, 187, noot J.P. BUYLE & M. DELIERNEUX; zie ook Kh. Brussel 17 januari 2006, AR A/04/07919, *onuitgegeven* : « L’article 36, § 1^{er}, 5^o de la loi du 6 avril 1995 est également inapplicable car il suppose l’existence d’une transaction sur instrument financier, ce que la conclusion d’un contrat de conseils en placements n’est pas ».

⁶⁵¹ Zie o.m. L. CORNELIS & J. PEETERS, “Gedragsregels van bemiddelaars bij transacties in financiële instrumenten, getoetst aan het aansprakelijkheidsrecht”, in E. WYMEERSCH (ed.), *Financieel recht tussen oud en nieuw*, Antwerpen, Maklu, 1996,(621), p. 629, nr. 6, die terzake evenwel op de gespannen verhouding met de Europese regelgeving wezen; zie tevens de instemmende bemerkingen van de annotatoren bij het kwestieuze vonnis (*T.B.H.* 2005/2, p. 193); er is hierbij evenwel op te merken dat één van de auteurs van de annotatie tevens optrad als raadsman voor de verwerende kredietinstelling in het geding.

⁶⁵² Zie de definitie in art. 46 Wet 6 april 1995 inzake het statuut van en het toezicht op beleggingsondernemingen.

Einde 1992, begin 1993 plaatste de Canadese verzekeringsmaatschappij Confederation Life een omvangrijke achtergestelde obligatielening op de Belgische en Luxemburgse markt. Met het oog op de uitgifte en plaatsing van deze effecten werd een uitgiftesyndicaat van financiële instellingen gevormd, dat voor de Belgische markt geleid werd door de toenmalige ASLK-Bank. Nadat Confederation Life in 1994 onder gerechtelijke curatele was geplaatst, en duidelijk werd dat de beleggers, gezien de achtergestelde aard van de obligatielening, geen kans hadden op terugbetaling van het kapitaal van de obligaties, vorderden honderden particuliere beleggers schadevergoeding jegens ASLK Bank, die werd verweten onzorgvuldig te hebben gehandeld in haar hoedanigheid van *lead manager*. Bij vonnis van 26 maart 1997 oordeelde de rechtbank van koophandel te Brussel⁶⁵³ dat ASLK-Bank een fout had begaan door de beleggers die aan haar loketten op de kwestieuze obligatielening hadden ingeschreven, niet afdoende te hebben geïnformeerd door hen niet te hebben gewezen op de achtergestelde aard van de lening. Daarentegen weerhield de rechtbank geen aansprakelijkheid lastens ASLK-Bank in haar hoedanigheid van *lead manager*, zodat haar geen schadeplicht ten laste werd gelegd ten aanzien van de beleggers die via andere loketinstellingen op de obligatie hadden ingetekend: weliswaar is de rechtbank de mening toegedaan dat op de *lead manager* een algemene verplichting weegt om zich te vergewissen van de betrouwbaarheid van de (financiële) gegevens die haar door de emittent worden aangereikt. *In casu* wordt echter niet het bewijs geleverd dat ASLK-Bank zich had kunnen of moeten kunnen vergewissen van de nakende insolventie van Confederation Life.

In een aansprakelijkheidsvordering die parallel was ingesteld door een aantal andere beleggers die via andere financiële instellingen dan ASLK-Bank op de obligatielening hadden ingeschreven, oordeelt dezelfde rechtbank van koophandel te Brussel bij vonnis van 10 februari 2000⁶⁵⁴ in dezelfde zin: vertrekkend van de vooraanstaande rol die de *lead manager* speelt bij de voorbereiding en tenuitvoerlegging van een effectenuitgifte, beklemtoont de rechtbank dat de bank die haar naam aan een effectenuitgifte verbindt, zich moet vergewissen van de betrouwbaarheid van de financiële informatie die de emittent haar in de voorbereidende fase van de uitgifte verstrekt, onder meer in het kader van de redactie van het uitgifteprospectus. De aard van de maatregelen die hiervoor gepast zijn, variëren naargelang de aard van de uitgifte, rekening houdend met onder meer de kwaliteit van de emittent, diens activiteit, of van de rechten verbonden aan de uitgegeven effecten.⁶⁵⁵ *In casu* weerhoudt de rechtbank, evenmin als in het voormelde vonnis van 26 maart 1997, een fout ten laste van ASLK-Bank in haar hoedanigheid van *lead manager*: er is geen enkele aanwijzing dat de *lead manager*, door andere controlemaatregelen te treffen, beter dan de *ratingagentschappen* in staat zou geweest zijn om de fragiliteit van de financiële situatie van de emittent te ontdekken.

⁶⁵³ Brussel 26 maart 1997, *Bank Fin.* 1997, 334; *T.B.H.* 1997, 330; *T.R.V.* 2000, 109, noot J. TYTECA, “Confederation Life – Adviesverstrekking aan de belegger”. Zie ook de bespreking van dit vonnis in E. WYMEERSCH, M. DAMBRE & K. TROCH, “Overzicht van rechtspraak. Privaat bankrecht (1992-1998)”, *T.P.R.* 1999, p. 2021, nr. 348.

⁶⁵⁴ Kh. Brussel 10 februari 2000, *T.R.V.* 2000, 100, noot J. TYTECA, “Confederation Life – Adviesverstrekking aan de belegger”; *T.B.H.* 2001, 631 (weergave M. DELMEE)

⁶⁵⁵ Een tekstvergelijking tussen de vonnissen van 26 maart 1997 en 12 december 2000 wijst uit dat laatstgenoemde overweging omtrent de variabele aard van de gepaste maatregelen, enkel in het recentste vonnis voorkomt, en in die zin reeds een verdere verfijning invoert op het vlak van de aansprakelijkheid van de *lead manager*.

Tegen elk van beide vonnissen werd beroep ingesteld door een aantal beleggers, teneinde ASLK-Bank in haar hoedanigheid van *lead manager* aansprakelijk te stellen voor de door hen geleden verliezen. Bij arrest van 8 maart 2002, gewezen na samenvoeging van beide zaken, verwerpt het hof van beroep te Brussel het hoger beroep op analoge gronden als de rechtbank van koophandel. Het hof gaat ervan uit dat de leider van een plaatsingssyndicaat van effecten zich tijdens de voorbereidende fase moet vergewissen van de betrouwbaarheid van de informatie die de emittent hem meedeelt betreffende zijn financiële situatie. De *lead manager* kan aansprakelijkheid oplopen wanneer hij beslist om een plaatsingssyndicaat te leiden terwijl hij niet onwetend kan zijn van het feit dat de emittent, gezien zijn financiële situatie, waarschijnlijk niet in staat zal zijn om de lening terug te betalen. Het hof leidt hieruit echter niet af dat, ten tijde van de litigieuze feiten, op de *lead manager* de verplichting zou rusten om over te gaan tot een persoonlijke en onafhankelijke controle van de solvabiliteit van de emittent onder de vorm van een *due diligence*. Evenmin was zulks, bij ontstentenis van wettelijke verplichting terzake, als een bankgebruik te beschouwen. De *lead manager* kon voor de controle op de betrouwbaarheid van de hem door de emittent verstrekte gegevens *in casu* afgaan op de informatie en onderzoeken gevoerd door verschillende *ratingagenschappen*, die de *lead manager* hebben toegelaten zich een eigen oordeel te vormen over de solvabiliteit van de emittent.⁶⁵⁶

In de huidige marktomgeving lijkt deze stellingname veel moeilijker houdbaar: de voorbije jaren hebben diverse internationale instanties en marktorganisaties het doorvoeren van een *due diligence* als marktpraktijk naar voor geschoven, met dien verstande dat de omvang ervan zal afhangen van de concrete omstandigheden, rekening houdend met onder meer het type emittent en financieel instrument.⁶⁵⁷

261 OPENBARE UITGIFTE VAN EFFECTEN – AANSPRAKELIJKHEID VAN DE LEAD MANAGER – ‘BARRACK MINES’

De rechterlijke uitspraken in de ‘Barrack Mines’-zaak vertonen sterke gelijkenissen met de uitspraken betreffende de aansprakelijkheid van de *lead manager* in de ‘Confederation Life’-zaak. In tegenstelling tot de vroegere casussen, betrof de litigieuze verrichting in *Barrack Mines* wel een aan prospectusplicht onderworpen uitgifte, zodat de beleggers niet enkel dienden af te gaan op de informatie afkomstig van de plaatsende financiële instellingen. Het is dan ook de vraag of het bestaan van een prospectus de beoordeling van een eventuele aansprakelijkheid van de *lead manager* kan beïnvloeden, en op welke wijze de kredietinstelling mede verantwoordelijk kan worden geacht voor de inhoud van het prospectus.

De feiten die ten grondslag liggen van de aansprakelijkheidsvordering zijn als volgt samen te vatten: einde 1988 begeleidt Bank Brussel Lambert – thans ING België - de openbare uitgifte en beursnotering van aandelen in België van de Australische vennootschap Barrack Mines Ltd, die actief was in onder meer de exploitatie van goudmijnen. Zowel in het prospectus opgemaakt naar aanleiding van de openbare uitgifte, als in latere publieke documenten, verklaringen en analistenverslagen uitgaande van BBL, werd de emittent als een financieel

⁶⁵⁶ Brussel, 8 maart 2002, *Bank Fin.R.* 2002/IV, 234.

⁶⁵⁷ Zie voor een overzicht F. DE BAUW & M. DUPLAT, “Emission d’euro-obligations et devoir de *due diligence* du banquier chef de file. Observations à propos de l’arrêt *Confederation Life*”, *Bank Fin.R.* 2003/II-III, (136), 141-143.

gezonde en beloftevolle onderneming voorgesteld, en werd het aandeel aangeprezen als een degelijke en voorzichtige belegging. Nadat in mei 1990 de hoofdaandeelhouder van Barrack Mines had aangekondigd zijn participatie van de hand te willen doen, begint de neergang van de onderneming, die onder een zware schuldenlast gebukt blijkt te gaan. In het najaar van 1991 verdwijnt het aandeel, dat op dat ogenblik nagenoeg waardeloos is geworden, van de notering te Brussel. Hierop stellen enkele tientallen gedupeerde beleggers een aansprakelijkheidsvordering in tegen BBL wegens fouten begaan in haar hoedanigheid van *lead manager*.⁶⁵⁸

In eerste aanleg oordeelt de rechtbank van koophandel te Brussel dat de inzet van de bank, niet enkel als organisator van de introductie met de prospectus, maar ook in analyses buiten de prospectus, de voorstelling van de introductie in haar jaarverslag en in de pers, gelijkgesteld mag worden met een promotiecampagne naar het publiek toe in het kader van haar commerciële bankactiviteit. Ze kan zich volgens de rechtbank dan ook niet beroepen op exoneratiebedingen vervat in het prospectus of elders. Voorts meent de rechtbank dat de bank is tekort geschoten in haar zorgvuldigheidsplicht, afgemeten aan de standaard van een redelijk en voorzichtig bankier, door het publiek niet te waarschuwen voor de risico's verbonden aan het effect, en door het ontbreken van een kritische houding ten opzichte van de emittent. Op het vlak van de schadeplicht meent de rechtbank dat enkel de niet-roekeloze beleggers ('*pater familias*') aanspraak kunnen maken op vergoeding, en dit niet enkel voor het volledige bedrag van de inbreng, maar eveneens op de hieruit normalerwijze voortkomende opbrengsten, die evenwel niet nader door de rechtbank worden gekwantificeerd.⁶⁵⁹

In hoger beroep bevestigt het hof van beroep te Brussel bij arrest van 3 oktober 2006 de gegrondheid van de aansprakelijkheidsvordering⁶⁶⁰ en verduidelijkt terzelfder tijd een aantal elementen die de weerhouden fouten van de bank-*lead manager* onderbouwen. De grondslag voor de zorgvuldigheidsplicht van de bank-*lead manager* is in vrij analoge bewoordingen geformuleerd als in het arrest in 'Confederation Life': centraal in de zorgvuldigheidsplicht die op de bank weegt, is volgens het hof de omstandigheid dat de bank, die de hoofdrol op zich heeft genomen bij de beursintroductie van de emittent, haar naam verbindt aan de betrokken financiële operatie; bijgevolg moet worden aangenomen dat ze het project zelf beschouwt als een opportuniteit voor de belegger. Voor de beleggers betekent zulks volgens het hof dat de gegevens die de *lead manager*, onder meer via het prospectus, verspreidt volledig zijn, afgemeten aan het doel van de verrichting, en dat ze betrouwbaar zijn.

Het Hof verwerpt tevens, in vrij radicale bewoordingen, het verweer van de bank als zou het bestaan van een *Chinese wall* tussen de divisie beleggingen en de kredietafdeling, haar niet toegelaten hebben om informatie betreffende de kredietrelatie tussen de bank en een verbonden onderneming van de emittent te verspreiden: indien zulk belangenconflict de bank verhinderde om haar rol als voorzichtige en vooruitziende *lead manager* te spelen, kon de conclusie hieruit enkel zijn dat ze zich afzijdig diende te houden bij de beursintroductie. Deze uitspraak vormt een betwistbaar precedent voor de juridische waarde van informatietussenschotten in multifunctionele financiële instellingen: de stellingname van het

⁶⁵⁸ Er zij aangestipt dat de litigieuze feiten dateren van voor de invoering, in 1990, van een specifiek aanvullend regime inzake prospectusaansprakelijkheid, dat tevens de plicht inhoudt om in het prospectus aan te duiden wie de verantwoordelijkheid ervoor draagt. Dit aansprakelijkheidsregime ligt thans vervat in art. 61 Wet 16 juni 2006 op de openbare aanbieding van beleggingsinstrumenten, *B.S.* 26 juni 2006.

⁶⁵⁹ Kh. Brussel 17 oktober 2003, *DAOR*, 2004, nr. 69, 83, noot S. DELAEY, "Barrack Mines: Prospectusaansprakelijkheid van de kredietinstelling".

⁶⁶⁰ Brussel 3 oktober 2006, *DAOR* 2007, nr. 82, p. 227, noot S. DELAEY, "Barrack Mines: het vervolg"; *Bank Fin.R.* 2008/II, 102, noot F. RAVELINGIEN, « Aansprakelijkheid van de lead manager : grondslag en reikwijdte ».

hof zou erop neerkomen dat het bestaan van een *Chinese wall* de financiële instelling niet kan behoeden tegen aansprakelijkheidsclaims wegens het niet leveren van de informatie die zich aan de andere zijde van de muur bevindt, terwijl het verschaffen van deze informatie de discretieplicht ten opzichte van andere cliënten miskent. Het Hof dwingt de financiële instelling hierdoor in een positie waarin ze moet weigeren om een transactie, waarin ze een belangenconflict kan hebben, moet weigeren, veeleer dan het conflict intern te beheersen en de cliënten hiervan te informeren.

Op het vlak van de causaliteit aanvaardt het hof dat alle beleggers die aandelen hebben gekocht in de periode voorafgaand aan de eerste berichten over problemen bij de emittent, redelijkerwijze zijn afgegaan op de informatie afkomstig van de *lead manager*, en bijgevolg aanspraak kunnen maken op schadevergoeding. Een specifiek bewijs dat ze de betrokken informatie effectief hebben gebruikt, is niet vereist: van een doorsnee belegger kan immers worden verwacht dat hij zijn beleggingsbeslissing treft nadat hij zich behoorlijk heeft geïnformeerd bij de bronnen die de financiële markt biedt. Hierdoor sluit het hof, minstens impliciet, aan bij de theorie van de ‘efficiënte markten’ (*efficient market hypothesis*), die ervan uitgaat dat de marktkoersen en het gedrag van de actoren op de kapitaalmarkten gebaseerd zijn op de in de markt beschikbare informatie.

Voor de begroting van de schadevergoeding, gaat het hof uit van het bedrag van de initiële investering, vermeerderd met vergoedende interest. De eis van de beleggers om het bedrag te koppelen aan de Bel20-index wegens verlies van een kans, wordt verworpen, nu niet vaststaat dat de beleggers op die wijze zouden hebben belegd, inzonderheid na een teleurstellende investering in wat doorging als een ‘conservatieve’ investering.⁶⁶¹

Het arrest bouwt voort op de principes die reeds in vroegere rechtspraak waren neergelegd omtrent de bijzondere verantwoordelijkheid van de *lead manager* bij een openbare uitgifte van effecten. Belangrijk is wel dat ditmaal deze verantwoordelijkheid tevens betrekking heeft op de voorstelling en vooruitzichten van de emittent in het prospectus, en dit niettegenstaande de vermeldingen in het prospectus omtrent de verantwoordelijkheid ervan. *De facto* dwingt dit de *lead manager* tot een doorgedreven controleplicht betreffende de gegevens die in het prospectus worden opgenomen, ook al wordt dit niet dermate affirmatief in het arrest neergeschreven.

262 OPENBARE UITGIFTE VAN EFFECTEN – AANSPRAKELIJKHEID VAN TUSSENKOMENDE FINANCIËLE INSTELLINGEN TEN AANZIEN VAN DE BELEGGER

Het hof van beroep te Brussel heeft bij arrest van 9 september 2003⁶⁶² uitspraak gedaan in een aansprakelijkheidsvordering van een gedupeerde belegger die had ingeschreven op achtergestelde schuldinstrumenten uitgegeven door de Deense Varde Bank, die tijdens de

⁶⁶¹ Deze redenering wekt verwondering op het vlak van de causaliteit: bij de begroting van de omvang van de gemiste kans moet immers rekening gehouden worden met de gederfde winst in de hypothese dat de schadeverwekker geen fout had begaan. In de veronderstelling dat afdoende informatie was verstrekt omtrent de onzekere financiële situatie van de emittent, is het evenwel aannemelijk te veronderstellen dat “conservatieve” beleggers nooit in dit aandeel zouden hebben belegd. Het hof hanteert dus een cirkelredenering, wanneer ze het bestaan van een teleurstellende belegging wel degelijk als premisse vooropstelt om hieruit het gevolg te trekken dat de belegger wellicht niet (integraal) in Bel 20-aandelen zou hebben belegd.

⁶⁶² Brussel, 9 september 2003, *Bank Fin.R.* 2005/V-VI, 332, noot L. VAN DEN STEEN, “De precontractuele aansprakelijkheid van de bank-lead manager ten aanzien van de bank-tussenpersoon en diens cliënt”.

looptijd van de obligatielening failliet werd verklaard. De eiser had op de obligatielening ingeschreven bij zijn financiële instelling (Bank voor Koophandel), die dit order had doorgegeven aan KB Luxembourg, de kredietinstelling die als *lead manager* instond voor de plaatsing van de betrokken obligatielening. Het Hof kwalificeert de hoedanigheid van Bank van Koophandel in casu als een commissieverhouding, zodat ze in die hoedanigheid tegenover de klant een informatieverplichting had betreffende het achtergestelde karakter van de obligatie. Het kwam aan deze bank toe om zich bij de *lead manager* te informeren omtrent de karakteristieken van het geplaatste financiële instrument. Aangezien het Hof ervan uitgaat dat de eiser niet zou hebben ingeschreven op de obligatielening indien hij het achtergestelde karakter ervan had gekend, en alternatieve beleggingen hetzelfde rendement zouden opleveren, oordeelt het hof dat de causale schade bestaat uit het nominale bedrag van de lening, vermeerderd met de interesten die hij hierop heeft moeten derven aan de rentevoet van de teloorgegangene lening, na aftrek van ontvangen interesten en dividenden uit het faillissement van de emittent.

Het hof willigt echter ook de eis tot vrijwaring in die Bank van Koophandel tegen KBL als *lead manager* had ingesteld, nu deze volgens het Hof ook ten aanzien van een professioneel cliënteel gehouden is tot mededeling van alle nuttige informatie die deze moet toelaten de risico's van de belegging in te schatten, waaronder het achtergestelde karakter ervan.

§ 26. – Overige verrichtingen

263 WISSELMIJNTRANSACTIE – OGENBLIK VAN EIGENDOMSOVERDRACHT EN OVERMACHT

Het hof van beroep te Gent⁶⁶³ oordeelt dat een wisseltermijntransactie, d.i. een overeenkomst tussen twee partijen om twee vaste bedragen in twee verschillende munten te ruilen op een bepaalde datum in de toekomst, de onmiddellijke eigendomsoverdracht van de aangekochte deviezen tot gevolg heeft, conform art. 1583 B.W. Het hof verwerpt hierdoor de kwalificatie van een geldsom als een genuszaak, waarvan de eigendom, ingevolge artikel 1585 B.W., slechts zou overgaan op het ogenblik van de individualisering ervan.⁶⁶⁴ Het concrete gevolg van de onmiddellijke eigendomsoverdracht is dat de koper op termijn van bij de sluiting van de overeenkomst het risico draagt voor overmacht ten aanzien van de aangekochte deviezen. *In casu* had de koper – een houthandelaar die regelmatig hout inkocht in Maleisië, diverse wisseltermijncontracten, strekkende tot aankoop op termijn van Maleisische “Ringgits”, gesloten met zijn financiële instelling. Wanneer de Maleisische overheid aankondigt de convertibiliteit van de betrokken munt te zullen afschaffen, gaat de financiële instelling over tot vervroegde vereffening van de overeenkomst, en omzetting ervan in USD. De kosten hiervoor werden door de kredietinstelling ten laste gelegd van haar klant. Het hof kwalificeert dit als een overmachtsituatie, die de kredietinstelling, conform haar algemene bankvoorwaarden, op geen enkele wijze schadelijkt maakt.

Hoofdstuk 4. – Tussenpersonen in bank- en beleggingsdiensten

Afdeling 7. – Aanbieden van bank- en beleggingsdiensten

⁶⁶³ Gent 22 januari 2003, *T.B.H.* 2005/2, 181, noot J.P. BUYLE & M. DELIERNEUX.

⁶⁶⁴ Vgl. ook impliciet J.P. BUYLE & D. GOFFAUX, “Les opérations de change sur devises”, in B. TILLEMANS & B. DU LAING (eds.), *Bankcontracten*, Reeks: Recht en Onderneming 9, Brugge, Die Keure, (363), nr. 17, p. 378.

Voor het Arbitragehof⁶⁶⁵ werd een verhaal ingediend met het oog op de toetsing van art. 43 ter van de wet op de ziekenfondsen, ingevoegd bij W. 3 maart 1998. Voormelde bepaling stelt dat *“Elk akkoord met een landsbond of een ziekenfonds dat tot voorwerp heeft de promotie, distributie of verkoop van een verzekeringsproduct, zoals bepaald in de wet van 25 juni 1992 op de landverzekeringsovereenkomst, alsook van een bankproduct, zoals bepaald in de wet van 22 maart 1993 op het statuut van en het toezicht op de kredietinstellingen, is verboden, ook indien deze producten speciaal werden ontworpen voor of voorbehouden zijn aan leden van een ziekenfonds of een landsbond.... Is eveneens verboden, elk akkoord dat tot voorwerp heeft de promotie, distributie of verkoop van een dienst, ingericht door een landsbond of een ziekenfonds in het kader van beroepsactiviteiten die geheel of gedeeltelijk vallen binnen de werkingssfeer van de wet van 27 maart 1995 betreffende de verzekeringsbemiddeling en de distributie van verzekeringen of ressorteren onder de activiteiten van de banksector zoals bepaald in de wet van 22 maart 1993 betreffende het statuut van en het toezicht op de kredietinstellingen. De promotie, distributie of de verkoop van de producten of diensten, bedoeld in het eerste en het tweede lid, worden op onweerlegbare wijze vermoed het gevolg te zijn van een geschreven of een stilzwijgend akkoord.”*

Het verhaal werd enerzijds ingesteld door een aantal ziekenfondsen die ontevreden waren over de beperking van hun activiteit en anderzijds door een verzekeringsgroep, die zijn diensten niet verder kon aanbieden aan ziekenfondsen. Hieruit zouden onverantwoorde discriminaties zijn ontstaan. Sommige ziekenfondsen blijken diensten aan te bieden die nagenoeg geheel gelijk zijn aan die van de privé verzekeringsondernemingen, andere zouden daarenboven optreden als verzekeringstussenpersoon en zijn daartoe ingeschreven bij de CBFA. Het verhaal had derhalve betrekking op de terreinafbakening tussen ziekenfondsen en verzekeringsondernemingen, nu de diensten die beide categorieën entiteiten aanbieden meer en meer gelijkenis beginnen te vertonen.

Het Hof herinnert aan zijn vroegere rechtspraak⁶⁶⁶ waarin werd gesteld dat «voorzorg», «onderlinge hulp» en «solidariteit», als basisbeginselen van de wet van 6 augustus 1990⁶⁶⁷, er niet aan in de weg staan dat door ziekenfondsen vrije en aanvullende diensten worden aangeboden aan hun leden. Nochtans zegt het Hof, is er een essentieel verschil tussen beide categorieën activiteiten. Het in art. 43 ter gemaakte onderscheid is daarom pertinent en niet onevenredig.

De wetgever heeft aldus “verwarring” willen vermijden tussen beide sectoren, nu de ziekenfondsen andere doelstellingen nastreven dan de verzekeringsmaatschappijen, waarbij de eersten worden gefinancierd vanuit de overheid op grond van een verplichte solidariteit en de anderen door privé bijdragen. Ook wordt verwezen naar de specificiteit van de Controledienst voor de ziekenfondsen. Verwijzend naar afwijkende regelen stelde het Hof: *“Voor het overige vermag de wetgever redelijkerwijze van oordeel te zijn dat de wetgeving betreffende de handelspraktijken en die betreffende de bescherming van de persoonlijke levenssfeer, op zich*

⁶⁶⁵ Arbitragehof nr. 70/99, 17 juni 1999, *Consumentenrecht* 2000, 122, noot Fl. LONGFILS, “Banques, assurances et mutualités: la fin d’une confusion concurrentielle?”.

⁶⁶⁶ Arbitragehof nr. 23/92, 2 april 1992.

⁶⁶⁷ B.S. 28 september 1990.

niet voldoende zijn om de naleving, door de ziekenfondsen, van de voormelde basisbeginselen te waarborgen.”

Een argument van Europeesrechtelijke gelijke behandeling werd door het Hof niet uitdrukkelijk ontwikkeld. Volgende overweging sluit hierbij best aan: *“Het recht op arbeid en de vrijheid van handel en nijverheid hebben geen absoluut karakter. De wetgever kan, zowel in de economische sector als in de andere sectoren, ertoe worden gebracht de vrijheid van handelen van de betrokken personen, instellingen of ondernemingen te beperken, wat noodzakelijkerwijze een weerslag zal hebben op het recht op arbeid en op de vrijheid van handel en nijverheid. Die beperkingen zouden slechts discriminatoir zijn indien zij werden opgelegd zonder enige noodzakelijkheid daartoe of indien zij onevenredig zouden zijn ten aanzien van het nagestreefde doel, hetgeen, zoals hiervoor aangetoond, te dezen niet het geval is.”*

De door de verzoekende partijen aangevoerde specificiteit is niet van die aard dat zij, in het licht van het nagestreefde doel, de wetgever zou verhinderen de aangevochten maatregel aan te nemen. Ofschoon de wetgever een onderscheid heeft gemaakt tussen de verplichte activiteiten en diensten van de ziekenfondsen en hun vrije aanvullende activiteiten, is die maatregel immers verantwoord, nu hij commerciële bindingen tussen instellingen uit de profit- en de non-profitsector tracht te voorkomen om « *verwarring te vermijden* » bij de consument.

Het Hof heeft deze problematiek vooral juridisch behandeld. De weerslag van de regeling op de mededinging in de betrokken deelgebieden van het verzekeringswezen werd slechts beperkt besproken. Men kan de vraag stellen in welke mate financieel grotendeels gelijke producten kunnen worden aangeboden door organisaties die aan sterk uiteenlopende regelen zijn onderworpen onder meer op het vlak van de financiering, werking en zelfs toezicht, te meer nu een van de marktdeelnemers door verplichte bijdragen en door overheidsgelden wordt gefinancierd.

Afdeling 8. – Juridisch statuut van de bankagent

JJ. Toepasselijke wetgeving

De zelfstandige agenten die optreden voor kredietinstellingen en verzekeringsmaatschappijen hebben in verschillende arresten hun rechtspositie afgedwongen. Oorspronkelijk waren zij enkel aan het gemeen recht en aan de contractuele afspraken met hun opdrachtgever onderworpen. De verzekeringsagenten waren oorspronkelijk niet onderworpen aan de regelen op de arbeidsovereenkomsten voor handelsvertegenwoordigers (art. 4, 1° en 2° lid, W. 3 juli 1978). Deze uitzonderingsregeling werd door het Arbitragehof vernietigd als strijdig met de artikelen 10 en 11 van de Grondwet voor wat de activiteit van handelsvertegenwoordiger betreft.⁶⁶⁸

⁶⁶⁸ Arbitragehof nr. 20/98, 18 februari 1998.

De wet op de handelsagentuurovereenkomst van 13 april 1995, artikel 3, 2° bepaalde oorspronkelijk eveneens dat deze wet niet van toepassing was op de “overeenkomsten afgesloten door de verzekeraars, kredietinstellingen en beursvennootschappen”. Hierdoor waren zij uitgesloten van de belangrijke beschermingsmaatregelen die in deze wet vervat liggen, zoals daar zijn het recht op commissielonen en op een uitwinningvergoeding bij opzeg van de overeenkomst. Bij wet van 4 mei 1999⁶⁶⁹ werd de voormelde bepaling opgeheven, en dit voor alle categorieën tussenpersonen – dus ook voor de agenten van kredietinstellingen en beursvennootschappen - , terwijl meteen werd bepaald dat de nieuwe regeling niet van toepassing was op de verbintenissen waarvan de uitvoering in rechte is gevorderd voor de inwerkingtreding ervan op 12 juni 1999. A contrario kunnen deze tussenpersonen derhalve ook voor de voorheen geleverde prestaties de gunstige regeling van de wet van 13 april 1995 inroepen.

Hiermee was de problematiek niet geheel opgelost: in een geval, dat aanleiding gaf tot een prejudiciële vraag voor het Arbitragehof, was de overeenkomst van een bankagent opgezegd op 18 augustus 1998 en de vordering ingeleid in februari 1999. De eiser was van oordeel dat de toepassing van de vroegere regeling waarin hij zijn recht op bedoelde vergoedingen verloor, discriminatoir was en indruiste tegen het gelijkheidsbeginsel. Het Hof gaf hem gelijk en wees de argumenten van de regering om een afzonderlijk regime te handhaven van de hand. De omstandigheid dat zij hun activiteit uitoefenen in de financiële sector volstaat niet om hen op een andere wijze te behandelen dan andere handelsagenten. Het resultaat was dat het Hof de werking van de wet ook voor de opheffing van art. 3,2° voor discriminerend heeft gehouden.⁶⁷⁰

266 *HANDELSAGENTUUR – WERKING IN DE TIJD*

Doch hiermee was de materie nog niet geheel uitgeklaard.

In een arrest van 28 februari 2003⁶⁷¹ oordeelde het Hof van Cassatie dat niet-concurrentiebedingen gesloten in de periode voorafgaandelijk aan de inwerkingtreding van de wet van 12 juni 1999 geldig blijven.

In een ander geval⁶⁷² betrof het geschil opnieuw de werking van een niet-concurrentiebeding, dat door de agent overtreden zou zijn geweest in de periode voorafgaand aan de inwerkingtreding van de nieuwe wet. Het Hof, verwijzend naar het voormelde cassatiearrest, oordeelde dat de geldigheid van de overeenkomst moet worden beoordeeld overeenkomstig de wet toepasselijk op het tijdstip van het sluiten van de overeenkomst, terwijl voor de uitvoering ervan, de op het moment van de uitvoering toepasselijke wetgeving in acht moet worden genomen. Het concurrentiebeding vervat in een overeenkomst van voor de wet van 12 juni 1995 is niet nietig omdat het niet zou beantwoorden aan de eisen gesteld in de wet van 1995 (art. 24). Indien de uitvoering ervan niet is gevorderd voor de inwerkingtreding van de nieuwe wet, moet het concurrentiebeding, getoetst worden op overeenstemming met bedoeld artikel

⁶⁶⁹ B.S. 2 juni 1999.

⁶⁷⁰ Arbitragehof nr. 161/01, 19 december 2001.

⁶⁷¹ Cass. 28 februari 2003, *Arr. Cass.* 2003, 524; *Pas.* 2003, 433; *R.W.* 2004-05, 1462.

⁶⁷² Arbitragehof nr. 47/05, 1 maart 2005, *T.B.H.* 2007, 158.

24, bepaling van dwingend recht, wat in voorkomend geval kan leiden tot een beperking van het concurrentiebeding.

267 *TUSSENPERSONEN – ADMINISTRATIEF TOEZICHT*

Aanvullend bij deze jurisprudentiële evolutie moet gewezen worden op de invoering, bij wetten van 27 maart 1995⁶⁷³ en 22 maart 2006⁶⁷⁴ van een administratief toezichtstatuut voor de agenten van verzekeringsondernemingen cq kredietinstellingen. Dit statuut omvat een administratieve opvolging door de CBFA. Bepaalde van de in deze wetten ingevoegde verplichtingen kunnen een weerslag hebben op het gemeenrechtelijke statuut van deze agenten. Onder meer dienen zij zich voortaan behoorlijk te identificeren en hun hoedanigheid als vertegenwoordiger te verduidelijken (BV. art. 15, W. 22 maart 2006). Evenwel kunnen deze verplichtingen niet verhinderen dat sommige personen buiten de lijnen handelen en in persoonlijke naam meer dan aantrekkelijke beleggingen aanbieden, die dan achteraf eindigen in oplichting (zie hierna nr. 268 voor enkele voorbeelden).

Afdeling 9. – Fraude van vertegenwoordigers van kredietinstellingen – schijnleer

268 *ALGEMEEN*

Kredietinstellingen zijn erg kwetsbaar voor frauduleus gedrag van hun medewerkers. Dit geldt zowel voor de werknemers als voor de zelfstandige agenten: de lokroep van het gemakkelijke geld is voor enkelen onweerstaanbaar. Gevallen waarin zelfstandige agenten zich schuldig maken aan verduisteringen van gelden van cliënten komen helaas van tijd tot tijd voor en hebben aanleiding gegeven tot verschillende beslissingen. Doch ook personeelsleden maken zich soms schuldig aan de organisatie van een eigen geldhandel onder de mom van de bank. In de besproken periode werden opnieuw verschillende gevallen behandeld waarin deze problematiek aan de orde kwam, waaronder enkele betrekking hebben op agenten die effecten incasseerden in fiscaal gunstige buurstaten. Laatstgenoemde problematiek heeft met de fiscale harmonisatie binnen Europa veel aan belang verloren. Telkens opnieuw rijst de vraag in welke mate de bank kan worden gehouden tot de verbintenissen van haar vertegenwoordigers of minstens tot vergoeding van de schade die aldus is ontstaan. Hiertoe wordt frequent beroep gedaan op de vertrouwensleer, meer in het bijzonder op de schijnleer.

269 *SCHIJNLEER – DOCUMENTEN OP NAAM VAN DE INSTELLING*

Bij het onderzoek naar de rechtsgevolgen van deze gedragingen moet in de eerste plaats nagegaan worden welke documenten aan de belegger werden overhandigd. Zoals het hof te

⁶⁷³ B.S. 14 juni 1995.

⁶⁷⁴ B.S. 28 april 2006

Brussel⁶⁷⁵ terecht stelde, is de financiële instelling gehouden indien de documenten (ontvangstbewijs, verkoopopdracht) werden opgesteld op naam van de financiële instelling, door haar vertegenwoordiger regelmatig werden ondertekend en alle externe tekenen van regelmatigheid (uiterlijk regelmatig ontvangstbewijs, met logo, nummering en stempels van de bank) vertoonden. In deze gevallen bestaat er geen aanleiding tot toepassing van de vertrouwensleer, vermits deze enkel een correctie voorstelt bij afwezigheid van een geldige rechtsband. De omstandigheid dat de agent achteraf het geld voor eigen doeleinden heeft gebruikt doet niet af aan de verbintenis van de financiële instelling: het risico is dan voor haar alleen.

270 *SCHIJNLEER – KWIJTING*

In een ouder arrest⁶⁷⁶ werd de verbintenis van de bank aanvaard, nu de oorspronkelijke kwijting werd afgeleverd op naam van de bank, maar de oplichter deze later had ontfoetseld en vervangen door een nieuwe kwijting op naam van zijn eigen kantoor: het rechtmatige vertrouwen werd ook hier ter ondersteuning ingeroepen, o.i. ten overvloede.

271 *SCHIJNLEER – PERSONEEL & UITHANGBORD*

Het hof te Luik⁶⁷⁷ gaf zich bijzondere moeite om met toepassing van de vertrouwensleer tot een verbintenis van de financiële instelling te besluiten, in een geval waarin aan de belegger een regelmatige kwijting werd afgeleverd, die ondertekend was door een per hypothese handtekeningbevoegde agent.

In deze zaak had een oudere dame de opbrengst van de verkoop van een huis toevertrouwd aan haar schoonzoon, zelfstandig agent van een bekende kredietinstelling met het oog op de belegging ervan in een Bevek. Een ontvangstbewijs voor de geldsom en een inschrijvingsbewijs op de Bevek aandelen werden afgeleverd op naam van de kredietinstelling, met de gebruikelijke logo's en nodige stempels. De schoonzoon wendde de gelden aan voor eigen gebruik en werd hiervoor strafrechtelijk veroordeeld. De vordering tegen de bank werd toegekend op grond van het schijnmandaat. De analyse van het hof steunt hoofdzakelijk op het geloof dat derden mogen hebben dat wanneer zij een agentschap van de bank betreden, zij in feite met de bank zelf handelden. Daarbij geeft het hof ter overweging dat de belegger geen onderscheid kan maken tussen de gevallen waarin de bank handelt met eigen personeel dan wel met zelfstandige agenten in een kantoor dat de naam van de bank draagt en waar het "personeel" dikwijls regelmatig wisselt. Het optreden onder het uithangbord van de kredietinstelling op een gebouw dat eigendom is van de bank en de aanwezigheid van een strikte discipline opgelegd door de bank, zouden alleen aangeven dat met wie ook de belegger optreedt, hij in feite met de bank handelt.

Zo het door het hof bereikte resultaat overtuigt, lijkt de gevolgde redenering toch nogal lichtvoetig. Het loutere feit dat banken optreden onder diverse hoedanigheden verantwoordt niet dat alle verbintenissen aangegaan door de aldaar actieve agenten de bank ook verbinden. Immers, agenten kunnen optreden voor verschillende opdrachtgevers, banken of

⁶⁷⁵ Brussel 7 mei 2003, *R.W.* 2006, 1426.

⁶⁷⁶ Gent 2 januari 1996, *R.W.* 1998-1999, 118.

⁶⁷⁷ Luik 26 mei 2003, *T.B.H.* 2005, 195.

verzekeringsmaatschappijen. Niet-agenten zouden dan ook de bank kunnen verbinden. Het onderscheid tussen de verschillende hoedanigheden kan enkel worden bijgebracht aan de hand van de ondertekende formulieren en documenten. Indien deze regelmatig werden opgesteld met de vermelding van de bank, schijnbaar regelmatig zijn en voorzien werden van de gebruikelijke handtekeningen of stempels, is er geen aanleiding tot verdere analyse en is de financiële instelling die in het formulier wordt vermeld, verbonden. Ook vanuit de organisatie van de financiële instelling heeft deze benadering zin: zij kan - en moet - interne procedures ontwikkelen waardoor haar formulieren, kwijtingen enz. kunnen worden beveiligd tegen oneigenlijk gebruik en achteraf kunnen worden gecontroleerd: nummering, elektronische verwerking, enz. Zij kan nagenoeg geen toezicht uitoefenen op handelingen van een agent buiten haar procedures, zoals die van de agent die in zijn privé woning gelden in ontvangst neemt en hiermee een eigen bankactiviteit opzet. Hier moet zij vertrouwen op instructies die dit soort gedrag aan banden legt, en op controles achteraf.

272 *SCHIJNLEER - LOKALEN VAN DE BANK*

De Rechtbank van koophandel te Hoei⁶⁷⁸ steunde op dezelfde redenering als het hof van Luik om de vertrouwensleer uit te breiden tot elke bezoeker van een bank, ongeacht de ontvangstbewijzen die werden afgeleverd. Deze bewijzen werden in het tijdschrift afgedrukt. Hieruit blijkt dat de agent optrad als kredietmakelaar en dat de vermelding van de onderscheiden financiële instellingen waarmee hij contacten onderhield enkel bij wijze van reclame, doch zonder juridische waarde werd opgegeven. De rechtbank oordeelde dat de bank gehouden was op grond van de vertrouwensleer omdat enerzijds de belegger er rechtmatig kon op vertrouwen met een bank te handelen, gelet op het vertrouwen waarmee men in het algemeen met dit soort organismen handelt, terwijl anderzijds het algemeen reglement van de bank toeliet dat “*documenten werden opgesteld op formulieren van de bank en/of voorzien van de handtekeningen die haar statutair kunnen verbinden*”. Op grond van deze laatste vermelding werd geoordeeld dat een gewoon document verbindend was indien voorzien van de handtekening van de agent. Nu de documenten niet werden afgeleverd namens de bank, lijkt deze lezing moeilijk verenigbaar met de tekst van de afgedrukte documenten.

273 *SCHIJNLEER – BANKRELATIE*

In een geschil dat aan het hof van Bergen⁶⁷⁹ werd onderworpen werd het vertrouwen afgeleid uit de vroegere betrekkingen tussen partijen. In het kader van een herbelegging van deposito's had de agent een kwijtschrift afgeleverd op de keerzijde van zijn naamkaartje, met vermelding van de voorwaarden van het nieuwe deposito. Nadat bleek dat de gelden verduisterd waren, werd het beroep van de in terugbetaling aangesproken bank afgewezen op grond van de overweging dat de agent was opgetreden in het kader van het agentschap van de bank, met uithangbord van de bank, terwijl door de activiteit van de agent verder te laten voortduren alsof het een bijkantoor was, de bank de indruk heeft laten ontstaan dat de agent haar voor alle activiteiten in haar betrokken lokalen vertegenwoordigde. Voor zelfstandige agenten zouden de kredietinstellingen instaan voor alle handelingen, zelfs diegene die met misbruik werden gesteld.⁶⁸⁰ Zoals hiervoor gesteld gaat deze opvatting van de vertrouwensleer te ver: de

⁶⁷⁸ Kh. Hoei 7 december 2005, *T.B.H.* 2007, 80, noot J.P. BUYLE en M. DELIERNEUX.

⁶⁷⁹ Bergen 22 maart 2004, *J.T.* 2004, 658.

⁶⁸⁰ Verwijzend naar Luik 9 oktober 1992, *J.L.M.B.* 1992, 446.

elementen tot toepassing van de vertrouwensleer moeten rechtstreeks verband houden met de betrokken rechtshandeling. Daarbij moet rekening worden gehouden met de hedendaagse communicatie- en reproductietechnieken, die voor oplichters nieuwe mogelijkheden creëren. Een zekere waakzaamheid van de beleggers doch vooral een behoorlijke en ook technische organisatie van de financiële instellingen kunnen de speelruimte voor de oplichters verder inperken.

274 *SCHIJNLEER - WEIGERING*

De echte gevallen van toetsing aan de vertrouwensleer treft men aan in de gevallen waar twijfel kan ontstaan op grond van de omringende omstandigheden of waar de gebruikte documenten dubbelzinnig zijn.

Daartoe zijn specifieke gegevens vereist die het rechtmatige vertrouwen van de wederpartij hebben kunnen opwekken en die uitgaan van de principaal. Niet de uiterlijke schijn van de bankgebouwen is beslissend.

In een geval dat veel gelijkenis vertoont met het geval vermeld onder nr. 271⁶⁸¹ kwam het hof te Luik tot een ander besluit⁶⁸². Een reeds bejaarde dame had een vrij grote som overhandigd aan een agent van een kredietinstelling met het oog op de belegging ervan in effecten. Het ontvangstbewijs vermeldde weliswaar het logo van de bank, doch niet haar adres of andere gegevens maar enkel de persoonlijke gegevens van de agent. Ook werd enkel melding gemaakt van de som en van het beleggingsproduct doch zonder verdere aanduiding van het aantal, de nominale waarde, vervaldatum, of rentevoet. Ook werd geen kostenafrekening vermeld.

De effecten werden nooit aangekocht. De dame had er nooit de afgifte van gevraagd, maar genoeg genomen met de verklaring dat zij zich bij de bank onder omslag bevonden. Na de verdwijning van de agent had zij 4 jaar gewacht om van de bank terugbetaling te vorderen

Het hof van Luik, zich steunend op de regelen van het schijnmandaat, oordeelde⁶⁸³ dat de bank niet gehouden is terug te betalen. Het oordeelde terecht dat de schijn slechts tot een verbintenis van de schijnvertegenwoordigde kan leiden wanneer de handelingen die de schijn uitmaken hem op een of andere wijze kunnen worden toegeschreven. Vroeger oordeelde men dat deze toerekening diende te bestaan uit een onrechtmatige daad van de schijnvertegenwoordigde, vandaag, en na de rechtspraak van het Hof van Cassatie van 20 juni 1988⁶⁸⁴ volstaat het dat de handeling op een of andere wijze teruggaat op handelingen van de schijnvertegenwoordigde. Men kan met andere woorden de vertrouwensleer niet zover uitbreiden dat de pseudo-vertegenwoordigde gehouden zou zijn, zonder dat hij op welkdanige wijze ook bij de vertrouwenswekkende handeling betrokken zou zijn. Anders oordelen zou tot grote onzekerheid in de juridische en maatschappelijke betrekkingen leiden.

Het hof oordeelde ook dat het vertrouwen rechtmatig diende te zijn. Ook dit is een gebruikelijk bestanddeel voor de toerekening van handelingen op grond van de

⁶⁸¹ Luik 26 mei 2003, *T.B.H.* 2005, 195, noot J.P. BUYLE en M. DELIERNEUX.

⁶⁸² Luik 5 januari 2007, *J.T.* 2007, 263.

⁶⁸³ Luik 5 januari 2007, *J.T.* 2007, 263.

⁶⁸⁴ Cass. 20 juni 1988, *Arr. Cass.* 1987-1988, 1365; *R.W.* 1989-1990, 1425; *T.R.V.* 1988, 540.

vertrouwensleer. Het verhindert dat de wederpartij beschermd zou worden zo zij te kwader trouw handelt, of juist dat haar zelf lichtzinnigheid, of enig ander verwijt treft. In casu vond het hof dat een dergelijk verwijt wel kon worden gemaakt aan de dame, die onvoorzichtig, misschien zelfs lichtzinnig was geweest door geen officieel ontvangstbewijs van de bank te verlangen nu zij de gebruikelijke ontvangstbewijzen klaarblijkelijk kende, verder door de verrichting in het ontvangstbewijs in onvoldoende termen te laten identificeren, later de effecten niet op te vragen, en eerst vier jaar na de feiten de bank aan te spreken. De wijze waarop het hof deze beide laatste elementen in rekening brengt, kan niet worden gevolgd: immers enkel de omstandigheden bij de totstandkoming van de rechtshandeling kunnen in aanmerking worden genomen voor de toepassing van de vertrouwensleer. De latere handelingen zijn misschien als nalatig te beschouwen en zouden eventueel nog als een onrechtmatige daad kunnen worden beschouwd, doch voor de toepassing van de vertrouwensleer zijn zij niet relevant. Of de andere feitelijke gegevens voldoende waren kan hier in het midden gelaten worden: indien de bewuste kwijting werd verricht om een belegging te verrichten, vermoedelijk in een collectieve belegginginstelling – dit blijkt niet uit het arrest, doch lijkt niet onwaarschijnlijk - kon men de afwezigheid van de bedoelde vermeldingen op het ontvangstbewijs niet als abnormaal beschouwen. Aldus kan men geen vermelding van de rente verlangen bij een inschrijving op een collectief beleggingsaandeel en is het aantal effecten afhankelijk van de netto inventariswaarde van het aandeel op de dag van de belegging, normaliter een of enkele dagen na de afgifte van de gelden.

In enkele gevallen poogt de teleurgestelde belegger zich te beroepen op de vertrouwensleer, op grond van het argument dat de vertegenwoordiger gebruik heeft gemaakt van documenten waarop de naam van de financiële instelling vooraf was gedrukt, maar die overigens afweken van de gebruikelijke voorstelling van bankkijtschriften. In een geval⁶⁸⁵ had de agent – onder het logo van de financiële instelling - een attest van inschrijving op een onbestaand beleggingsfonds opgesteld en hierop een excessieve intrest beloofd. Het hof weigerde terecht een schijnmandaat te erkennen: daartoe werd overwogen dat de belegger genoeg hadden genomen met een eerder informeel attest van inschrijving dat sterk afweek van het gebruikelijke ontvangstbewijs van de bank, terwijl de belegger met bedoeld bewijs op grond van vorige verrichtingen vertrouwd was en hij verder wist hoe een kasbon van de betrokken bank er uit zag. De omstandigheid dat de intresten ongeveer een derde boven de marktrente lagen en dat zij netto zouden worden uitbetaald werd evenzeer als bezwendend aanzien mede in het licht van de verklaring van de betrokkene dat zij had “toegehapt” op het bijzonder aantrekkelijke aanbod.

Een gelijkaardige redenering ligt aan de basis van een arrest van Luik⁶⁸⁶ waarin een agent van een financiële instelling was opgetreden als koerier voor het incasso van obligaties, zonder broninhouding. Het ontvangstbewijs vermeldde enkel de hoedanigheid van de agent, doch was niet opgesteld op naam van de financiële instelling, ofschoon de belegger met haar regelmatige kwijtingen vertrouwd was. Uit de gedraging van de bedrogen beleggers werd verder afgeleid dat zij hiervan niet onkundig waren: zij hebben twee jaar gewacht om zich tot de instelling te wenden en hebben geweigerd zich in het strafonderzoek te laten verhoren. Toepassing van de schijnleer werd derhalve afgewezen. Het loutere feit dat iemand voor een financiële instelling werkt is niet voldoende om te aanvaarden dat alle financiële verrichtingen die hij stelt ook namens deze instellingen zijn verricht: ook de cliënt heeft een zekere

⁶⁸⁵ Brussel, 2 september 2004, *Bank Fin. R.* 2005, 340, noot H. VAN ACKER, “Het optreden van zelfstandige bankagenten en de rechtspositie van de cliënt. Schone schijn is niet voldoende”.

⁶⁸⁶ Luik 29 april 2004, *T.B.H.* 2006, 131, noot J.P. BUYLE en M. DELIERNEUX.

zorgvuldigheidsplicht. Inzake vertrouwensleer vertaalt men dit door te stellen dat deze leer er niet toe strekt al te naïeve beleggers te beschermen.

In een arrest van Brussel⁶⁸⁷ werd geoordeeld dat wanneer de effecten in het buitenland zonder voorheffing werden geïncasseerd, dit op zichzelf geen aanwijzing is van de - schuldige - betrokkenheid van de belegger, omdat bij regelmatige uitvoering de roerende voorheffing nog bij de latere afrekening kon worden afgehouden.

275 *SCHIJNLEER - BESLUIT*

De financiële instellingen zijn gebonden door de regelmatige handelingen van hun personeelsleden en hun agenten, althans binnen de kring van hun bevoegdheid, te meten aan de verkeersopvatting. Dit geldt voor de handelingen die op naam van de instelling werden aangegaan: in financiële activiteiten is het gebruikelijk formele kwijtschriften af te leveren voor alle handelingen, regelmatig ondertekend en in de regel ook voorzien van een volgnummer. Deze kwijtschriften zijn kopies van de elektronisch verwerkte verrichtingen. Oplichters die gebruik maken van ogenschijnlijk regelmatige kwijtschriften en waar de wederpartij redelijkerwijze mocht geloven dat hij met de bank handelde zullen voor haar verbindend zijn. Alsdan is er geen aanleiding tot toepassing van de vertrouwensleer, vermits de bank op grond van wilsovereenstemming verbonden is.

Indien de bank beweert niet verbonden te zijn, kan de vertrouwensleer, bij wijze van correctief, aan het gebrek aan toestemming tegemoetkomen. Daartoe moet de eiser, de belegger, geloofwaardig maken dat hij, op het tijdstip dat de handeling werd gesteld, mocht afgaan op schijnbaar geloofwaardige documenten van de bank, verwaarlozer de oplichter kan beschikken, zonder dat hierbij een fout van de bank moet worden bewezen. Deze gegevens moeten voldoende precies zijn, en betrekking hebben op de contractssluiting, of op de bedoelde rechtshandeling. Het vertrouwen moet redelijk zijn: lichtgelovigen, lichtzinnigen of te kwader trouw handelende partijen worden niet beschermd. Indien aan deze voorwaarden is voldaan, zal de bank gehouden zijn – en niet enkel schadeplichtig – alsof de verrichting met haar volle toestemming tot stand is gekomen.

276 *AANSPRAKELIJKHEID VOOR ONRECHTMATIGE DAAD – ART. 1384, LID 3 B.W.*

Behoudens de vertrouwensleer bevatten enkele beslissingen ook een verwijzing naar andere rechtsgronden. De verwijzing naar art. 1384, lid 3 B.W. wordt niet frequent meer aangetroffen gelet op het onafhankelijk statuut van de agenten. Het hof te Luik⁶⁸⁸ trekt deze onafhankelijkheid in twijfel, op grond van de overweging dat alle bij de bank werkende personen deze vertegenwoordigen (zie nr. 271). Derden zouden hierop mogen vertrouwen: deze opvatting werd hoger weerlegd.

De fout van de financiële instelling wordt in sommige beslissingen vermeld. Opvallend is de redenering van het hof te Bergen⁶⁸⁹, waarin onder verwijzing naar een rondschrijven van de CBFA gewezen wordt op de verplichting van de financiële instelling om voldoende

⁶⁸⁷ Brussel 7 mei 2003, *R.W.* 2006, 1426.

⁶⁸⁸ Luik 26 mei 2003, *R.R.D.* 2003, 414; *T.B.H.* 2005, 195, noot J.P. BUYLE en M. DELIERNIEUX.

⁶⁸⁹ Bergen 22 maart 2004, *J.T.* 2004, 658.

onderscheid te maken tussen haar bijkantoren en de zelfstandige agentschappen. Het hof oordeelt dat het systeem van de zelfstandige agent van aard is om het publiek te misleiden en het risico op misbruiken in het leven roept.

Deze benadering kan niet worden onderschreven: de circulaire van de CBFA zijn in algemene termen gestelde prudentiële aanbevelingen die enkel de interne organisatie van de kredietinstelling aanbelangen. Deze organisatie moet er toe bijdragen dat oneigenlijk gebruik wordt vermeden. Zij doen niet af aan de noodzaak een rechtsgrond aan te wijzen voor de aansprakelijkheid van de bank gesteund op de concrete gegevens van de casus.

Afdeling 10. – Beëindiging van de overeenkomst

277 ZELFSTANDIGE BANKAGENT – EINDE OVEREENKOMST

Bankagenten die door hun opdrachtgever worden opgezegd, trachten geregeld op grond van de wet op de handelsagentuurovereenkomst van 13 april 1995 – voor de toepasselijkheid van deze wet zie hoger nr. 265 - schadevergoeding te bekomen. Deze vergoedingen worden doorgaans in de overeenkomst nader omschreven, doch betreffen in de regel de afrekening van de nog verschuldigde commissielonen en een uitwinningvergoeding voor het door de agent aangebrachte cliënteel. Verschillende aspecten werden in de rechtspraak ontleed.

278 ZELFSTANDIGE BANKAGENT - KENNISGEVING VAN ONTSLAG

In een eerste geval⁶⁹⁰ werd de agent ontslagen omdat hij, zelfs tijdelijk, zich persoonlijk gelden had toegeëigend, nu een – verhoopte - kasfaciliteit hem nog niet was toegekend. Geen twijfel kon bestaan over de gegrondheid van deze feitelijke gegevens voor een onmiddellijke opzegging van de agent, nu het vertrouwen verbroken was. Zonder dit vertrouwen kon de bank “*op geen enkel ogenblik meer zeker zijn dat dergelijk voorval zich niet zou herhalen*”. De bank had evenwel de ontslagbrief niet aangetekend verstuurd. Niettegenstaande art. 19 van de wet van 13 april 1995 een aangetekende brief vereist, oordeelt het hof dat de kennisgeving bij een gelijkwaardige akte kan gebeuren, mits bewijs wordt geleverd dat de kennisgeving daadwerkelijk binnen de wettelijke termijn is geschied en ter kennis werd gebracht van de bevoegde persoon. Men vergelijkte gelijkaardige standpunten inzake opzegging van kredieten of afroep van een zelfstandige garantie (zie nr. 58).

279 ZELFSTANDIGE BANKAGENT - EINDE OVEREENKOMST - VERGOEDINGEN – AFTREK EIGEN KOSTEN

Bij regelmatige beëindiging van de overeenkomst rijst de vraag van de vergoedingen. Deze slaan onder meer op de commissielonen verschuldigd wegens reeds gesloten verrichtingen. In een geval⁶⁹¹ had de bank evenwel de kosten in mindering gebracht die de agent zelf diende te

⁶⁹⁰ Antwerpen, 30 oktober 2003, *T.B.H.* 2005, 939.

⁶⁹¹ Kh. Brussel 27 november 2003, *T.B.H.* 2005, 980, noot D. MERTENS, “Houd de dief!? De uitwinningvergoeding wanneer de handelsagent “zijn” cliënteel meeneemt”.

dragen tijdens de exploitatie (personeelskosten, standaardinfrastructuur) : deze aftrek had geen wettelijke basis en had evenmin een contractuele grondslag. Gezien het om eigen kosten ging van de agent zou hij deze, zij het bij wijze van verlies wellicht in elk geval hebben moeten dragen.

280 *ZELFSTANDIGE BANKAGENT – EINDE OVEREENKOMST – UITWINNINGVERGOEDING*

De uitwinningvergoeding (art. 20 W. Handelsagentuurovereenkomst) is ook een voorwerp van betwistingen. In hogervermeld geval⁶⁹² weigerde de rechtbank deze toe te kennen nu bleek dat de agent kort daarop naar een andere bank was overgestapt en een aanzienlijk aantal cliënten had meegenomen. De uitwinningvergoeding strekt er immers toe de agent te vergoeden voor de aanzienlijke voordelen die hij de principaal heeft bijgebracht (art. 20, W.). Nu hij zich die voordelen zelf had toegeëigend bestond er geen aanleiding om hem hiervoor ook nog te vergoeden.

In een arrest van Antwerpen⁶⁹³ werd het arrest gewezen tussen een bankagent en een kredietinstelling aan de Belgische Staat gemeen verklaard op grond van de overweging dat de Staat een fout heeft begaan door de bankagenten uit te sluiten van het toepassingsgebied van de wet van 13 april 1995, waardoor de agent schade zou hebben geleden. Zie hierover ook nr. 265

281 *ZELFSTANDIGE BANKAGENT - EINDE OVEREENKOMST – KWIJTING*

In een geval van gedwongen ontslag om dringende redenen had de agent een verklaring ondertekend luidens de welke de bank “*geen enkele vergoeding meer verschuldigd is*”. Het hof leidde hieruit af dat dit enkel op de te vervallen, maar niet op de reeds vervallen commissielonen betrekking had.⁶⁹⁴ Immers voor deze laatste kon een gedetailleerde afrekening opgesteld worden.

282 *ZELFSTANDIGE BANKAGENT – ONREGELMATIG GEDRAG – DRINGENDE REDENEN*

De opzegging van de overeenkomst met een zelfstandige bankagent om dringende redenen is verantwoord nu blijkt dat hij diverse tekortkomingen heeft gepleegd, die overtredingen uitmaken van de financiële wetgeving (art. 36 W. 6 april 1995) en van de agentuurovereenkomst. De opzeg werd voor geldig gehouden.

Deze tekortkomingen betroffen de verkoop aan particulieren-beleggers met een laag risicoprofiel van hoog risicodragende producten. Daarbij werden de beleggers niet geïnformeerd over het risico noch over de verplichtingen op grond van de overeenkomst (waaronder hun dekkingsverplichtingen) en al evenmin werd hun risicoprofiel onderzocht. Daarenboven hadden de betrokkenen om hun verliezen te verbergen zich aan een vorm van

⁶⁹² Kh. Brussel 27 november 2003, noot D. MERTENS, “Houd de dief!? De uitwinningvergoeding wanneer de handelsagent “zijn” cliënteel meeneemt”.

⁶⁹³ Antwerpen 11 april 2005, *N.J.W.* 2005, 1098.

⁶⁹⁴ Antwerpen 30 oktober 2003, *T.B.H.* 2005, 939-941.

omgekeerde “front running” schuldig gemaakt: wanneer de verrichtingen winst opleverden werden zij geboekt ten gunste van de bedrogen cliënten, in het tegenovergestelde geval ten laste van de bank. Tenslotte bleken zij ook de portefeuilleoverzichten gemanipuleerd te hebben om aldus hun verliezen toe te dekken.⁶⁹⁵ Al deze gedragingen waren ongeoorloofd onder diverse hoofdingen (schriftvervalsing BV.), doch het hof vermeldde uitdrukkelijk art. 36 voormeld. In de huidige wetgeving, meer bepaald de wetgeving tot uitvoering van de Europese richtlijn op de financiële transacties (ook MiFid genoemd) worden deze verplichtingen scherper omschreven (zie de artt. 27, 28, en 28bis W. 2 augustus 2002).

283 *BANKBEDIENDE – ONTSLAG OM DRINGENDE REDENEN*

De bankbediende die coupons incasseert in Luxemburg begaat een grove fout die tot zijn onmiddellijk ontslag kan leiden. Als beschermde werknemer had de bediende vrijwillig zijn ontslag aangeboden, teneinde gedwongen ontslag te vermijden. Deze omstandigheid kan, overeenkomstig de gevestigde rechtspraak⁶⁹⁶ niet als geweld gekwalificeerd worden.⁶⁹⁷

Afdeling 11. – Toepassingen privacy-wetgeving

284 *ZELFSTANDIGE BANKAGENT – “ZWARTE LIJST”*

In een arrest van het Hof van Beroep van Antwerpen⁶⁹⁸ werd geoordeeld dat een bankagent – die wegens onregelmatigheden werd ontslaan – niet mocht worden vermeld op de “zwarte lijst van de Beroepsvereniging van het Krediet – BVK”. De inschrijving was gegrond op het uitblijven van de terugbetaling van het saldo van een interventiekrediet dat aan de agent was toegekend en was geschied “conform de gebruikelijke procedure en bankpraktijk” van de BVK. Het hof overwoog dat deze handelwijze onrechtmatig was, mede gelet op de vergoedingsaanspraken van de agent tegen de bank. Het is opvallend dat de vermelding op de bedoelde lijst op zichzelf niet onrechtmatig werd geacht.

285 *ZELFSTANDIG BANKAGENT – TOEZICHT DOOR DE BANK – GEEN GEBRUIK VAN CLIËTENGEGEVENS*

In een vordering tot staking, heeft het hof te Brussel⁶⁹⁹ verbod onder dwangsom opgelegd aan een bank, die verwonderd was door het omzetverlies bij bepaalde bankagenten. Op grond van een analyse van cliëntengegevens had zij vastgesteld dat enkele agenten producten van concurrenten hadden verkocht. De agenten werden op staande voet ontslagen. Twee beroepsverenigingen van bank- en verzekeringsagenten hebben vervolgens een vordering tot staking ingesteld op grond van de overweging dat de bank de gegevens uit de rekeningen van haar cliënten niet mocht gebruiken om de handelingen van agenten te

⁶⁹⁵ Brussel 25 oktober 2005, *T.B.H.* 2007, 73, noot J.P. BUYLE en M. DELIERNEUX.

⁶⁹⁶ Cass. 7 november 1977, *Pas.* 1978, 275.

⁶⁹⁷ Arbeidshof Bergen 4 juni 2002, *R.R.D.* 2002, afl. 105, 521.

⁶⁹⁸ Antwerpen 11 april 2005, *N.J.W.* 2005, 1098.

⁶⁹⁹ Brussel 15 februari 2005, *Bank Fin. R.* 2005, 273, noot N. DAUBIES en M. MAILOT, “Les banques et le traitement des données à caractère personnel de leurs clients dans le contrôle de leurs agents indépendants”.



controleren, daar deze gegevens beschermd zijn door de wet op de bescherming van de persoonlijke levenssfeer. In eerste aanleg werd de vordering toegekend. Op beroep van de bank argumenteerde deze dat het beroep op de privacywet door derden, in casu de makelaarsverenigingen, een oneigenlijke gebruik van deze wet uitmaakt en derhalve als rechtsmisbruik te omschrijven viel. Dit werd door het hof afgewezen omdat bedoeld beroep enkel de naleving van de wet nastreeft. Het hof vergelijkt deze benadering met een verwijzing naar de regel krachtens dewelke elke inbreuk op een wettelijke bepaling bij de uitoefening van de handel op zich een strijdigheid met de eerlijke handelsgebruiken kan opleveren.

Een tweede argument betrof de verenigbaarheid van de verwerking van de persoonsgegevens met de bepalingen van de privacy wet, en meer in het bijzonder met art. 4, §1, 1° en 2°. De bank argumenteerde dat de verwerking conform was met de bepalingen van haar Algemeen reglement van de Verrichtingen, vermits dit reglement onder meer tot doel heeft “ *de controle van de regelmatigheid van de verrichtingen en het voorkomen van onregelmatigheden*”. Het argument overtuigde niet: bedoelde bepaling betreft de regelmatigheid van de verrichtingen van de cliënt, niet de activiteit van de agenten van de bank. De cliënt mocht er zich aan verwachten dat zijn gegevens niet zouden worden aangewend om derden, in casu de agenten te controleren. Derhalve werden de persoonsgegevens aangewend voor een doelstelling die niet aan de cliënten werd medegedeeld en niet verenigbaar was met de wet.

Tenslotte herinnert het arrest er aan dat de bank een passend toezicht moet uitoefenen op haar agenten en hiervoor de nodige procedures moet uitwerken zoals verduidelijkt in een circulaire van de CBFA, doch dat het gebruik van persoonsgegevens van cliënten daartoe niet noodzakelijk is, terwijl het toezicht met andere middelen moet worden uitgeoefend.

In de annotatie wordt gesuggereerd dat het zou volstaan het Algemeen reglement aan te passen en de cliënten van deze aanwending van hun gegevens uitdrukkelijk te verwittigen. Men kan betwijfelen of deze cosmetische oplossing volstaat nu luidens het hof deze doelstelling niet met de wet verenigbaar is. Een andere overweging slaat op de verplichting van de bank de gegevens van de cliënten van haar agenten te kunnen bewerken met het oog op de naleving van de witwaswetgeving. Deze vereist immers dat de bank de identiteit van de cliënten kent en kan verifiëren, doch ook dat de verrichtingen worden gescreend met het oog op de opsporing van verdachte transacties. Deze argumentatie werd aan het hof niet voorgelegd.

*

*

*

Financial Law Institute

The **Financial Law Institute** is a research and teaching unit 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 output of the Financial Law Institute's researchers 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.