

« *Le titulaire ou le titulaire principal est tenu de vérifier dès réception le relevé mensuel des dépenses effectuées.*

*American Express Services Europe Limited n'est pas tenue de conserver ni de produire une copie originale de la note de débit ni de la souche délivrée par un appareil de saisie électronique de données ayant enregistré la dépense. La charge de la preuve de la non-conformité du montant repris sur le relevé mensuel avec la note de débit ou la souche délivrée par un appareil de saisie électronique de données ayant enregistré la dépense incombe au titulaire. Tout relevé mensuel qui n'est pas contesté dans les 3 mois de la réception est considéré comme définitivement accepté. »*

Selon American Express, M. T. n'ayant pas contesté les relevés litigieux des 8 août 2005, 9 septembre 2005, 7 octobre 2005, 7 novembre 2005 et 8 décembre 2005 dans le délai contractuel de 3 mois, il ne pourrait plus prétendre aujourd'hui que ces relevés contiennent des débits correspondant à des paiements effectués à SN Brussels Airlines ou Virgin Express pour couvrir des dépenses de la société Atex Travel postérieures au 6 juillet 2005, alors qu'il n'avait autorisé de tels prélèvements que pour une période qui expirait le 6 juillet 2005.

4. M. T. invoquait à l'origine que l'article 14 précité était contraire aux dispositions impératives de l'article 32, 13°, 18° et 27°, de la loi du 14 juillet 1991 sur les pratiques du commerce et sur l'information du consommateur.

Après réouverture des débats, il invoque que cet article 14 n'est pas compatible avec les articles 8, § 4, et 12 de la loi du 17 juillet 2002 relative aux opérations effectuées au moyen d'instruments de transfert électronique de fonds (entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> février 2003 et actuellement abrogée par la loi du 10 décembre 2009 relative aux services de paiement).

En vertu de la première de ces dispositions, il est fait dérogation au régime ordinaire de répartition des responsabilités entre le titulaire et l'émetteur d'une carte de crédit lorsque celle-ci a été utilisée, comme c'est le cas en l'espèce, sans présentation physique de la carte et sans identification électronique du titulaire.

Dans ce cas, en vertu de l'article 8, § 4, de la loi, la responsabilité du titulaire n'est jamais engagée en cas d'utilisation frauduleuse ou erronée de la carte.

L'article 12 de la loi dispose en outre qu'est interdite et nulle de plein droit toute clause par laquelle le titulaire renonce même partiellement au bénéfice de ce régime et toute clause par laquelle l'émetteur est exonéré même partiellement des obligations découlant du régime décrit ci-dessus.

5. Par application de l'article 12 de la loi, il y a lieu de conclure que la clause de l'article 14 des conditions générales d'American Express ne peut limiter la responsabilité qui incombe à l'émetteur en la soumettant à un délai de déchéance contractuel non prévu par la loi.

La clause contractuelle invoquée par American Express ne vise que les contestations portant sur des éléments de fait et ne peut limiter les droits qui découlent du régime impératif instauré par la loi du 17 juillet 2002.

Vainement American Express soutient-elle qu'on devrait déduire des dispositions précitées que ce serait le commerçant bénéficiaire du paiement qui supporterait les risques des transactions erronées ou frauduleuses. Cet argument est sans pertinence puisqu'en l'espèce les bénéficiaires de ces paiements sont les compagnies aériennes qui ne sont au demeurant pas à la cause.

L'appel doit donc être rejeté et American Express condamnée aux dépens de la procédure d'appel, liquidés dans le chef de M. T. au montant de l'indemnité de procédure de base de 2.750 EUR qu'il sollicite.

## V. Dispositif

Pour ces motifs, la cour,

Reçoit l'appel mais le dit non fondé;

Condamne l'appelante aux dépens d'appel étant liquidés dans le chef de l'intimé à la somme de 2.750 EUR.

(...)

## Noot

### *De bewijslast inzake de verstrekte toestemming tot een betalingstransactie op grond van de kredietkaartgegevens en de gevolgen van de afwezigheid van tijdig protest*

#### a) Inleiding

1. De arresten van het hof van beroep te Brussel van 20 april 2012 en 19 april 2013 betreffen het gebruik van een kredietkaart. Betwist wordt dat de begunstigde, aan wie de kaarthouder zijn kredietkaartgegevens heeft verstrekt, van de kaarthouder de toestemming heeft verkregen om gedu-

rende een langere periode gebruik te maken van deze kredietkaartgegevens, dit met het oog op het verwerven van betaling. Ten tijde van de feiten was de wet van 17 juli 2002 betreffende de transacties uitgevoerd met instrumenten voor de elektronische overmaking van geldmiddelen nog van toepassing. Deze wet werd later opgeheven door de wet betalingsdiensten van 10 december 2009, die strekte tot de

omzetting van de Europese richtlijn betalingsdiensten<sup>16</sup>. Deze wet werd intussen eveneens opgeheven. De bepalingen van de wet werden nagenoeg ongewijzigd overgenomen in Boek VII van het nieuwe Wetboek van Economisch Recht (Betalings- en kredietdiensten).

In deze annotatie wordt zowel aandacht besteed aan de wet van 17 juli 2002 als de regeling uit Boek VII WER.

## b) Feiten

2. De feiten van deze zaak kunnen eenvoudig worden samengevat: een reisagentschap beschikt over verschillende kredietkaarten voor professioneel gebruik die worden aangewend voor de betaling van vliegtuigtickets. Wanneer de limieten van de betrokken kredietkaarten zijn bereikt, geeft de zaakvoerder de toestemming aan de luchtvaartmaatschappij om zijn persoonlijke kredietkaart te gebruiken met het oog op de betaling van de vliegtuigtickets. Daartoe verstrekt hij zijn kredietkaartgegevens aan de luchtvaartmaatschappij.

De zaakvoerder betwist niet dat hij de toestemming heeft verleend aan de luchtvaartmaatschappij om de betaling van de tickets via zijn persoonlijke kredietkaart te laten geschieden. Verschillende afrekeningen worden door de kaarhouder ook daadwerkelijk betaald. De zaakvoerder houdt echter voor dat de toestemming om zijn persoonlijke kredietkaart te gebruiken slechts voor een beperkte termijn werd verstrekt. Meer concreet mocht de persoonlijke kredietkaart volgens de kaarhouder niet meer na 6 juli 2005 gebruikt worden, terwijl dit door de luchtvaartmaatschappij wel degelijk nog is gebeurd.

Belangrijk is verder dat de kaarhouder pas in december 2005 voor het eerst de na 6 juli 2005 geregistreerde verrichtingen betwist, i.e. ruim 4 maanden na ontvangst van het betwiste afschrift.

## c) Argumenten van de partijen en heropening van de debatten

3. De kaartmaatschappij steunt zich op haar algemene voorwaarden die bepalen dat verrichtingen die niet binnen een periode van 3 maanden worden betwist, door de kaarhouder definitief worden aanvaard. Past men deze bepaling toe, dan heeft dit voor gevolg dat de kaarhouder, die niet binnen de 3 maanden tot betwisting overgaat, het risico moet dragen van alle geregistreerde betalingstransacties, zelfs als het over verrichtingen gaat waarvoor hij in principe bij toepassing van de wet (zie art. 8 wet 17 juli 2002 / art. VII.36 WER) niet aansprakelijk kan worden gesteld.

De kaarhouder is echter van oordeel dat dit beding onrechtmatig is op grond van artikel 32 WHPC (intussen art. VI.83 WER), enerzijds omdat de termijn van 3 maanden om te protesteren onredelijk kort zou zijn (zie art. 32, 13° WHPC), anderzijds omdat het niet toegelaten is de bewijsmiddelen waarover de consument beschikt te beperken (art. 32, 18° WHPC) of de wettelijke rechten van de consument op een ongepaste wijze in te perken (art. 32, 27° WHPC).

Het hof spreekt zich hier niet over uit. Na ambtshalve te hebben vastgesteld dat de wet van 17 juli 2002 van toepassing is – de wet is immers van toepassing op kredietkaarten – heropent het hof de debatten. In het bijzonder verwijst het hof naar de artikelen 8, § 4 en 12 van de wet.

## d) Onrechtmatige bedingen

4. Vooraleer wat dieper in te gaan op de bepalingen uit de wet van 17 juli 2002, willen we kort enkele punten inzake de door de kaarhouder aangehaalde regelen inzake onrechtmatige bedingen toelichten. Vooreerst rijst de vraag of deze bepalingen überhaupt van toepassing zijn in het geval waarin een kredietkaart werd gebruikt voor een aantal verrichtingen die kaderen in de uitoefening van een beroepsactiviteit? Van een consument in de zin van de wet handelspraktijken (en wet marktpraktijken) kon immers maar sprake zijn indien het ging om een natuurlijk persoon die voor *uitsluitend* niet-beroepsmatige doeleinden handelt<sup>17</sup>. Niettemin kon naar onze overtuiging de zaakvoerder *in casu* wel degelijk als een consument in de zin van de wet handelspraktijken en de wet marktpraktijken worden beschouwd. Of iemand al dan niet een consument is, dient immers bepaald te worden aan de hand van de bestemming van de dienst *op het ogenblik van het sluiten van de overeenkomst*. Met andere woorden, indien ten tijde van het sluiten van de overeenkomst de betrokken kredietkaart uitsluitend bestemd was voor privé-gebruik, dan is de kaarhouder een consument, ondanks het feit dat hij de kaart later ook voor professionele doeleinden heeft gebruikt. Bij toepassing van het Wetboek van Economisch Recht is zelfs niet meer vereist dat een natuurlijke persoon uitsluitend voor doeleinden die zich buiten zijn beroepsactiviteit bevinden handelt (zie art. I.1, 2° WER). De *memorie van toelichting* bevestigt ter zake dat het gebruik voor hoofdzakelijk privédoeleinden volstaat om als consument te worden beschouwd<sup>18</sup>.

Inhoudelijk snijdt de argumentatie van de kaarhouder minder hout. Vooreerst kan men moeilijk voorhouden dat een termijn van 3 maanden een onredelijke korte termijn is om te protesteren. Meer concreet werd in de rechtspraak en rechtsleer reeds aanvaard dat een termijn van een maand als

<sup>16</sup>. Richtlijn nr. 2007/64/EG van het Europees Parlement en de Raad van 13 november 2007 betreffende betalingsdiensten in de interne markt en tot wijziging van de richtlijnen nrs. 97/7EG, 2002/65/EG, 2005/60/EG en 2006/48/EG, en tot intrekking van richtlijn nr. 97/5/EG, *Pb.L.* 5 december 2007, afl. 319/1.

<sup>17</sup>. Brussel 25 april 2003, *TBH* 2005, 18, noot J. LIBOUTON; Gent 13 april 2005, *Jaarboek Handelspraktijken* 2005, 348.

<sup>18</sup>. *Memorie van toelichting*, *Parl.St.* Kamer, Doc. 53-2836/001, 6. Zie ook: R. STEENNOT en E. TERRY, "De nieuwe bepalingen uit Boek VI van het Wetboek van economisch recht: een eerste commentaar", *DCCR* 2014, 4.

een redelijke termijn kan worden beschouwd<sup>19</sup>. Ten tweede, artikel 32, 18° WHPC verbod – in tegenstelling tot hetgeen het geval is in het huidige artikel VI.83, 21° WER – enkel de bewijsmiddelen waarover de consument beschikt te beperken, niet om de bewijslast om te keren<sup>20</sup>. De doelstelling van de betrokken clause in de algemene voorwaarden bestond er daarentegen duidelijk in de bewijslast ten laste van de consument te leggen, niet om zijn bewijsmiddelen in te perken.

### e) Geen aansprakelijkheid bij afwezigheid fysieke presentatie en elektronische identificatie

5. Artikel 8, § 4 van de wet van 17 juli 2002 hield in dat een kaarthouder niet aansprakelijk kon worden gesteld wanneer het instrument niet fysiek werd gepresenteerd, noch elektronisch werd geïdentificeerd. Met andere woorden, indien een transactie plaatsvond zonder dat de kredietkaart fysiek wordt voorgelegd en zonder dat zij elektronisch wordt geïdentificeerd (bv. via een kaartlezer), dan kan de kaarthouder daar niet aansprakelijk voor zijn. Gedacht kan in het bijzonder worden aan de hypothese waarin enkel het kaartnummer, de vervaldatum en de veiligheidscode op de keerzijde van de kaart, worden medegedeeld aan de begunstigde. Dezelfde regel ligt vandaag vervat in artikel VII.36, § 1 WER.

Belangrijk is te benadrukken dat deze bepaling slechts toepassing vindt in geval van wat men vandaag noemt niet-toegestane betalingstransacties, i.e. transacties waarvoor de kaarthouder zijn instemming niet heeft verleend.

6. De kern van de redenering van de kaarthouder bestaat er in deze zaak in te argumenteren dat hij zijn toestemming niet heeft verleend. Komt men tot deze vaststelling dan kan de kaarthouder bij toepassing van artikel 8, § 4 van de wet van 17 juli 2002 / artikel VII.36 WER niet aansprakelijk worden gesteld.

In deze context rijst de vraag wie het bewijs moet leveren van het bestaan van of de afwezigheid van de toestemming. Is het aan de kaartmaatschappij te bewijzen dat de toestemming ook werd verstrekt voor betalingstransacties die na 6 juli 2005 plaatsvonden of is het aan de kaarthouder om aan te tonen dat zijn toestemming slechts gold voor transacties die plaats vonden tot en met 6 juli 2005?

Artikel 6, 8° van de wet van 17 juli 2002 bepaalde dat de uitgever van het instrument de verplichting heeft om in het geval van een betwisting van een transactie het bewijs voor te leggen dat de transactie juist werd geregistreerd en geboekt en niet door een technische storing of andere falen

werd beïnvloed, voor zover de uitgever in kennis werd gesteld van de betwisting minder dan 3 maanden na de mededeling aan de houder van de informatie betreffende deze transactie. Het valt meteen op dat de kaarthouder zich in casu niet op deze bepaling zou kunnen beroepen, aangezien hij meer dan 3 maanden heeft gewacht om te protesteren.

Maar zelfs als aan deze voorwaarde voldaan zou zijn (i.e. wanneer protest wel binnen de 3 maanden zou hebben plaatsgevonden) maakt een aandachtige lezing van deze bepaling onmiddellijk duidelijk dat ze in een situatie zoals deze die in het geschil aan de orde is, niet kan gehanteerd worden. Er bestaat immers in casu geen twijfel over de correcte registratie van de betalingstransacties. De vraag is of er al dan niet nog een toestemming voor de transacties was. De wet van 17 juli 2002 behandelt deze vraag niet, zodat de bewijslast op de kaarthouder rust, die de afwezigheid van toestemming met alle middelen van recht kan aantonen.

Bij toepassing van Boek VII WER (en de intussen opgeheven wet betalingsdiensten) komt men tot een ander resultaat. Meer concreet moet rekening worden gehouden met artikel VII.34 WER dat bepaalt dat wanneer een betalingsdienstgebruiker ontkent dat hij een uitgevoerde betalingstransactie heeft *toegestaan* ... de betalingsdienstaanbieder gehouden is het bewijs te leveren dat de betalingstransactie geauthentiseerd is, juist geregistreerd en geboekt is en niet door een technische storing of enig ander falen is beïnvloed. Artikel VII.34, § 2 WER vervolgt: “*Wanneer een betalingsdienstgebruiker ontkent dat hij een uitgevoerde betalingstransactie heeft toegestaan, vormt het feit dat het gebruik van een betaalinstrument door de betalingsdienstaanbieder is geregistreerd op zichzelf niet noodzakelijkerwijze afdoende bewijs dat de betalingstransactie door de betaler is toegestaan (...)*”.

Deze regel gaat duidelijk verder dan hetgeen was bepaald in artikel 6, 8° van de wet van 17 juli 2002. Het volstaat bij een betwisting voor de betalingsdienstaanbieder niet om te bewijzen dat de transactie juist is geregistreerd en niet door een technisch falen werd beïnvloed. Er moet bijkomend worden aangetoond dat de transactie geauthentiseerd is. Authenticatie wordt gedefinieerd als een procedure die de betalingsdienstaanbieder in staat stelt het gebruik van een welbepaald betaalinstrument na te gaan met inbegrip van de *gepersonaliseerde veiligheidskenmerken* (art. I.9, 11° WER). Gepersonaliseerde veiligheidskenmerken zijn elk technisch middel toegewezen door een betalingsdienstaanbieder aan een bepaalde betalingsdienstgebruiker voor het gebruik van een betaalinstrument. Deze kenmerken, eigen

<sup>19</sup> Zie bv.: Kh. Brussel 21 maart 1994, *TBH* 1995, 1014, noot J.-P. BUYLE en X. THUNIS; R. STEENNOT, *Elektronisch betalingsverkeer: een toepassing van de klassieke principes*, Antwerpen, Intersentia, 2002, 273-274. Zie ook in de Franse cassatierechtspraak: Cass. (fr.) 26 januari 1999, *Revue droit bancaire en bourse* 1999, nr. 73, 97.

<sup>20</sup> E. DIRIX, “Bezwarende bedingen”, *DAOR* 1992, 40; J.-L. FAGNART, “Les consommateurs et la banque” in *Liber Amicorum De Vroede*, Diegem, Kluwer, 1994, 762; C. VAN ACKER, “De wet betreffende de handelspraktijken en voorlichting en bescherming van de consument en de financiële diensten” in *Financieel recht tussen oud en nieuw*, Maklu, 1996, 543.

aan de betalingsdienstgebruiker en onder zijn toezicht, laten toe om het gebruik van een welbepaald betaalinstrument na te gaan en beogen de gebruiker te authentifieren (art. I.9, 23° WER). Gelet op het feit dat de zichtbare kredietkaartgegevens niet als *gepersonaliseerde* veiligheidskenmerken kunnen worden beschouwd, zal de betalingsdienstaanbieder er niet in slagen aan te tonen dat de transactie geauthentiseerd is. Artikel VII.36 WER vindt toepassing, hetgeen impliceert dat de kaarthouder niet aansprakelijk kan worden gesteld.

#### f) De gevolgen van de afwezigheid van protest

7. In de hypothese waarin de kaarthouder niet aansprakelijk is op grond van artikel 8, § 4 van de wet van 17 juli 2002 of artikel VII.36, § 1 WER rijst de vraag of hij alsnog aansprakelijk kan zijn omdat hij zijn contractuele verplichting om te protesteren binnen de 3 maanden heeft miskend.

Het hof van beroep te Brussel weigert in het arrest van 19 april 2013 een dergelijke contractuele clausule toe te passen. Het hof overweegt dat deze clausule uit het algemene reglement onverenigbaar is met artikel 12 van de wet van 17 juli 2002, dat bedingen verbodt waarbij de rechten van de houder van een betaalinstrument of de verplichtingen van de emittent van een dergelijk instrument geheel of gedeeltelijk worden ingeperkt. Meer concreet is het bij toepassing van artikel 12 volgens het hof onmogelijk om contractueel in een vervalt termijn te voorzien, wanneer deze niet in de wet is bepaald. Deze redenering overtuigt.

De vraag rijst evenwel of dezelfde redenering behouden kan blijven onder de toepassing van de regeling inzake betalingsdiensten uit Boek VII WER (die de wet betalingsdiensten incorporeert). Vooreerst valt op dat artikel VII.2, § 4 WER dezelfde draagwijdte heeft als artikel 12 van de wet van 17 juli 2002. Bij het beantwoorden van de vraag moet men echter ook rekening houden met artikel VII.33 WER, dat bepaalt: “*De betalingsdienstgebruiker (o.m. de kaarthouder) die zich rekenschap geeft van een niet-toegestane betalingstransactie (...) verkrijgt alleen rechtzetting van zijn betalingsdienstaanbieder indien hij hem onverwijld en uiterlijk dertien maanden na de valutadatum van de debitering of creditering, kennis geeft van de bewuste transactie (...)*” Het gebruik van de woorden “*verkrijgt alleen rechtzetting*” maakt duidelijk dat een betaler (zoals een kredietkaarthouder) die niet tijdig betwist de verrichting definitief aanvaardt.

Artikel VII.33 WER is, net als de richtlijn die het beoogt om te zetten, ongelukkig geformuleerd waar het bepaalt dat de kennisgeving van de niet-toegestane betalingstransactie onverwijld en uiterlijk binnen de 13 maanden moet geschie-

den. In de Q&A van de Europese Commissie wordt vermeld dat het hier gaat om twee onderscheiden en cumulatieve voorwaarden<sup>21</sup>. Enerzijds is de betalingsdienstgebruiker verplicht om onverwijld kennis te geven van de niet-toegestane betalingstransactie (naar mijn overtuiging vanaf het ogenblik waarop hij het bestaan van deze transactie heeft vastgesteld of had moeten vaststellen), anderzijds moet de kennisgeving in elk geval geschieden binnen de 13 maanden na de debitering.

De vaststelling dat het om cumulatieve voorwaarden gaat, houdt echter geen antwoord in op de vraag welke gevolgen verbonden moeten worden aan de afwezigheid van een (onverwijld) reactie. Geargumenteed kan in elk geval worden dat na het verstrijken van een termijn van 13 maanden een *onweerlegbaar* vermoeden ontstaat dat de kaarthouder de transactie heeft aanvaard. De kaarthouder kan de transactie derhalve na 13 maanden niet meer betwisten<sup>22</sup>. In het geval waarin de kaarthouder wel tot een kennisgeving overgaat binnen een termijn van 13 maanden, doch de verplichting niet respecteert om tot een onverwijld kennisgeving over te gaan, wordt de kaarthouder slechts *weerlegbaar* vermoed de bewuste transactie te hebben aanvaard. De kaarthouder kan de bewuste transactie dus nog betwisten en artikel 36, § 1, derde lid WER alsnog invoeren, doch enkel indien hij kan aantonen dat hij ingevolge omstandigheden, die onafhankelijk zijn van zijn wil, geen kennis heeft kunnen nemen van de niet-toegestane betalingstransacties (bv. de kaartmaatschappij zond het afschrift waarop de niet-toegestane betalingstransacties werden geregistreerd niet naar het nieuwe, nochtans door de kaarthouder medegedeelde adres) of nog dat hij door omstandigheden niet eerder (lees: niet onverwijld) kon protesteren (bv. langdurige ziekenhuisopname). In ieder geval, in tegenstelling tot hetgeen het geval was onder de wet van 17 juli 2002, kan de afwezigheid van een tijdige reactie door de kaarthouder tot gevolg hebben dat een rechtzetting niet meer mogelijk is, i.e. dat hij de verrichting definitief heeft aanvaard.

Benadrukt moet verder nog worden dat, indien de betalingsdienstgebruiker geen consument is, de termijn van 13 maanden contractueel kan worden ingekort (zie art. 55 wet betalingsdiensten)<sup>23</sup>. Stel dat de termijn in de algemene voorwaarden wordt ingekort tot 3 maanden, dan betekent dit dat bij ontstentenis van een kennisgeving binnen de 3 maanden de verrichting in ieder geval definitief is aanvaard.

Reinhard Steennot

Hoofddocent UGent (Instituut Financieel Recht), Interuniversitair Centrum Recht en Consument (UGent-UA)

<sup>21</sup>. Q&A, nr. 111, [http://ec.europa.eu/internal\\_market/payments/docs/framework/transposition/faq\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/internal_market/payments/docs/framework/transposition/faq_en.pdf); in die zin ook: A. VANDOOALAEÏGHE, “De wet betalingsdiensten op de korrel genomen”, *DCCR* 2010, afl. 89, 83.

<sup>22</sup>. G. HENNARD, “Loi sur les services de paiement: l’exécution des opérations de paiement. Responsabilité en cas d’inexécution ou d’exécution incorrecte des opérations de paiement”, *Betalingsdiensten. De nieuwe regelgeving onder de loep genomen*, Brussel, Anthémis, 2011, 172-173.

<sup>23</sup>. Y. GÉRARD, “L’utilisation frauduleuse des instruments de paiement”, *Sem. jur.* 2010, 1034, 42; G. HENNARD, “Loi sur les services de paiement: l’exécution des opérations de paiement. Responsabilité en cas d’inexécution ou d’exécution incorrecte des opérations de paiement”, *o.c.*, 173.