

1.4. LA CARTE – DE KAART

4. VREDERECHTER EERSTE KANTON BRUSSEL
23 SEPTEMBER 2003

BANK

Debetkaart – Wederrechtelijk gebruik van de kaart – Aansprakelijkheid – Wet op de handelspraktijken en de voorlichting en bescherming van de consument

De woorden “kennelijk onevenwicht” in artikel 31 van de Wet op de handelspraktijken en de voorlichting en bescherming van de consument verwijzen naar het principe van marginale toetsing van de rechter.

Er kan geen sprake zijn van kennelijk onevenwicht wanneer de aansprakelijkheid van de kaarthouder in geval van bedrieglijk gebruik daarvan beperkt blijft tot een bedrag van 6.000 BEF, terwijl de aansprakelijkheid van de emitterende bank begint na de kennisgeving van het verlies of de diefstal.

Een verdeling van aansprakelijkheid tussen de bank en de houder van de kaart lijkt redelijk te zijn wanneer de onvoorzichtigheid van de houder die het misbruik van de kaart mogelijk heeft gemaakt, niet de enige oorzaak van de schade is, welke ook gedeeltelijk te wijten is aan een tekortkoming van de bank.

BANQUE

Carte de débit – Usage abusif de la carte – Responsabilité – Loi sur les pratiques du commerce et l’information et la protection du consommateur

Les termes “déséquilibre manifeste” de l’article 31 de la loi sur les pratiques du commerce et l’information et la protection du consommateur renvoient à l’appréciation marginale du juge.

Il ne peut être question de déséquilibre manifeste lorsque la responsabilité du titulaire de la carte en cas d’usage abusif de celle-ci est limitée à un montant de 6.000 FB alors que la responsabilité de la banque émettrice commence après la notification de la perte ou du vol.

Un partage de responsabilité entre la banque et le titulaire de la carte paraît approprié lorsque l’imprudence du titulaire qui a rendu possible l’usage abusif de la carte n’est pas la seule cause du dommage lequel est pour partie également imputable à un manquement de la banque.

Walravens/Fortis Bank NV
Zet.: B. Vanrobays (vrederechter)
Pl.: Mrs. T. Bauwens en F. Malfait loco J.-P. Buyle

(...)

1. Antecedenten

Op zondag 11 juni 2000 om iets voor 13 uur ging Mevrouw Danielle Walravens bij de self-banking van de Fortis Bank binnen om geld af te halen. Nadat zij haar kaart in de geldautomaat had ingebracht, verscheen op het scherm de vermelding “buiten dienst” waarop de kaart werd ingeslikt. Na te hebben geprobeerd deze eruit te halen door op alle toetsen te drukken en na een vijftal minuten te hebben gewacht is zij naar buiten gegaan.

Een vijftal minuten later is zij terug naar binnen gegaan omdat zij er beweging zag. Een persoon voerde bewerkingen uit aan de Teles en een andere persoon, die geld wilde afhalen, was ook aanwezig. Deze persoon raadde haar aan haar code in te tikken om haar kaart terug te krijgen. Dat deed ze, doch zonder resultaat.

Diezelfde dag, enkele minuten later, werd door onbekenden een bedrag van 20.000 BEF van haar rekening afgehaald bij

Bancontact, Ninoofsesteenweg te Dilbeek. Diezelfde dag, een uur later, werd nogmaals 5.000 BEF afgehaald te Anderlecht en de dag daarop, maandag 12 juni (feestdag) nogmaals de som van 25.000 BEF.

Mevrouw Danielle Walravens is van oordeel dat de NV Fortis Bank daarvoor aansprakelijk is en vordert de betaling van het bedrag van 1.239,47 EUR (50.000 BEF) te vermeerderen met de kosten van vervanging/verlies van de betaalkaart, provisioneel geraamd op 123,95 EUR (5.000 BEF) alsook met de vergoedende intresten sedert 22 juni 2000, de gerechtelijke intresten en de kosten.

De NV Fortis Bank betwist haar aansprakelijkheid en roept haar Reglement in. Tevens stelt ze een tegeneis in waarbij zij de betaling van het bedrag van 619,75 EUR (25.000 BEF) vordert ten titel van schadevergoeding wegens tergend en roekeloos geding.

Bij vonnis van 9 januari 2003, heeft de vrederechter van dit kanton al geoordeeld dat de diefstal met de gevolgen ervan deels te wijten was aan de tekortkomingen van Mevrouw

Danielle Walravens en deels aan die van de NV Fortis Bank. De onvoorzichtigheid van de eerste en de afwezigheid van verschijning van bericht op het scherm van de betaalauto-maat dat het apparaat defect was hebben inderdaad, volgens hem, het misbruik van de bankkaart mogelijk gemaakt.

Doch vooraleer recht te doen, heeft de vrederechter zich de vraag gesteld of artikel VIII.1 van het Reglement van de NV Fortis Bank niet strijdig was met artikel 31, § 1, van de Wet van 14 juni 1991 op de handelspraktijken en de voorlichting en bescherming van de consument, en op die basis de heropening van de debatten bevelen.

2. Ten gronde

1. Mevrouw Danielle Walravens, na de aandacht te hebben gevestigd op het feit dat de WHPC wel op alle dienstverlening met betrekking tot de producten van financiële instrumenten van toepassing was, laat vooreerst opmerken dat het voornoemde Reglement van de Fortis Bank dient te worden aanzien als een juridisch geheel, als het ware als een compacte realiteit, zodat elke toetsing *in globo* dient te gebeuren. Het kennelijk onevenwicht dient dienvolgens te worden beoordeeld in samenhang met andere bedingen of voorwaarden.

Verder laat ze opmerken dat de beoordeling van het kennelijk onevenwicht slechts zinvol is wanneer niet de juridische, maar de feitelijke toestand van partijen als gevolg van het sluiten van de overeenkomst in aanmerking wordt genomen.

In casu, bezit zij, behoudens sterk limitatief en geconditioneerde voorwaarden, geen enkel recht terwijl de NV Fortis Bank op verschillende vlakken zichzelf rechten toekent en bovendien daarbij haar aansprakelijkheid op de meest uitgebreide wijze weet te ontlopen.

Het is zo dat de houder van een bankkaart als een goed huisvader moet handelen. Maar de lezing van het reglement ter zake onderwerpt deze *bonus pater familias* echter danig aan diverse verplichtingen en voorwaarden dat van een objectieve goede trouw geen sprake meer is. Wanneer de NV Fortis Bank echter in bepaalde gevallen haar aansprakelijkheid aanvaardt, deze erkenning wordt uitgehold door alle andere bepalingen die daaraan afbreuk doen. Met als gevolg dat op geen enkel ogenblik en bij geen enkele redelijke omstandigheid haar aansprakelijkheid in het gedrang kan komen daar de gemaakte exoneraties zo ruim en allesomvattend zijn.

Ter illustratie van haar standpunt, maakt Mevrouw Danielle Walravens gewag van het feit dat het misbruik van de kaart door derden in hoofde van de kaarthouder een fout impliceert, of minstens een onvoorzichtigheid genereert die elke aansprakelijkheid van de “verkoper” wegneemt en bij de consument legt. Deze feitelijke verruiming van exoneratie wordt volgens haar nog versterkt door de wetenschap dat de NV Fortis Bank, ingevolgd het loutere feit dat derden geld

afhaalden, onmiddellijk en zonder verder bewijs oordeelt dat er in haar hoofde een fout zou bestaan of minstens dat zij zich niet zou hebben gedragen zoals een normaal en voorzichtige kaartgebruiker, in dezelfde feitelijke omstandigheden geplaagd, wordt geacht zich te gedragen.

Het door de NV Fortis Bank gehanteerd Reglement in zijn geheel, en artikel VIII.4.1 in het bijzonder, schenden artikel 31, § 1, WHPC, nu terdege een onevenwicht tussen de rechten en plichten van partijen wordt gecreëerd zodat, conform artikel 33 van deze zelfde wet, de nietigheid ervan dient te worden uitgesproken.

2. De NV Fortis Bank laat ten eerste opmerken dat zij, in tegenstelling tot hetgeen Mevrouw Danielle Walravens in haar besluiten voorhoudt, geenszins ontkent dat de Wet van 14 juli 1991 op de handelspraktijken en de voorlichting van de consument *in casu* van toepassing zou zijn.

Evenwel is zij van mening dat er geen inbreuk bestaat op artikel 31, § 1, van deze wet.

Ter ondersteuning van haar thesis, verwijst zij naar het gemene aansprakelijkheidsrecht, naar gelijkaardige regelgevingen zoals de Wet op het consumentenkrediet en de Wet van 17 juni 2002 betreffende de transacties uitgevoerd met instrumenten voor de elektronische overmaking van geldmiddelen, evenals naar de Franse rechtspraak die tot stand is gekomen op basis van dezelfde Europese regelgeving (Richtlijn 93/13/EEG betreffende oneerlijke bedingen in consumentenovereenkomsten).

Ook laat zij opmerken dat haar bijzondere voorwaarden werden indertijd geïnspireerd door een aanbeveling van de Europese Commissie van 30 juli 1997 betreffende transacties die met een elektronisch betalingsinstrument worden verricht, in het bijzonder inzake de betrekkingen tussen uitgever en houder (Richtlijn 97/489/EG).

3. Het betaamt op de door de partijen verschillende opgeroepen argumenten te antwoorden.

a. Het wordt niet betwist dat de Wet van 14 juli 1991 op de handelspraktijken en de voorlichting van de consument *in casu* van toepassing is.

Het moet aldus onderzocht worden of de bijzondere voorwaarden betreffende de diensten Bancontact/Mister Cash en Maestro een kennelijk onevenwicht inhouden tussen de rechten en de plichten van de partijen, en bijgevolg nietig zijn.

Voor het geval dat er geen onevenwicht tussen die verplichtingen zou bestaan, dan moet de respectieve aansprakelijkheid van elke partij onderzocht worden.

Dit alles dient te worden geoordeeld binnen de perken van het vonnis van de vrederechter van dit kanton van 9 januari 2003.

b. Artikel 31, § 1 van de Wet van 14 juli 1991 op de handelspraktijken en de voorlichting van de consument bepaalt: *“voor de toepassing van deze wet moet worden verstaan onder onrechtmatig beding, elk beding of elke voorwaarde die, alleen of in samenhang met een of meer andere bedingen of voorwaarden, een kennelijk onevenwicht schept tussen de rechten en verplichtingen van de partijen”*. Artikel 33, § 1, van deze zelfde wet bepaalt: *“elk onrechtmatig beding in de zin van de bepalingen van deze afdeling is verboden en nietig”*.

Het litigieuze reglement van de NV Fortis Bank bepaalt in artikel VIII.4.1 het volgende: *“De houder is aansprakelijk voor elk bedrieglijk gebruik van zijn kaart totdat de betekening voorzien in artikel VIII.2 is gebeurd. Die aansprakelijkheid is evenwel beperkt tot 6.000 BEF (148,74 EUR). De beperking van aansprakelijkheid tot 6.000 BEF (148,74 EUR) is niet van toepassing en de houder is in de volgende gevallen volledig aansprakelijk voor elk bedrieglijk gebruik dat van zijn kaart wordt gemaakt:*

– *wanneer de in artikelen VIII.1, VIII.2 en VIII.3 vermelde regels niet strikt werden nageleefd;*

– *wanneer de houder met grove nalatigheid of met bedrieglijk opzet heeft gehandeld;”*.

Artikel VIII.1 bepaalt: *“De kaart en het eraan verbonden vertrouwelijke codenummer zijn voor de houder strikt persoonlijk. Laatstgenoemde neemt alle nodige maatregelen om de veiligheid van de kaart en van het persoonlijk en vertrouwelijk codenummer te verzekeren. Hij verplicht zich ertoe zijn geheime code te memoriseren, ze niet op de kaart of op enig ander document of voorwerp neer te schrijven, ze niet op één of andere wijze openbaar te maken en te verspreiden”*.

Artikel VIII.2 bepaalt: *“De houder moet Card Stop onmiddellijk inlichten over het verlies, de diefstal of elk risico van misbruik van de kaart. Hij treft alle nodige maatregelen om in staat te zijn deze omstandigheden onverwijld vast te stellen (...). De aldus medegedeelde feiten moeten binnen de 24 uur worden aangegeven bij de politie van de plaats waar het verlies of de diefstal heeft plaatsgevonden”*.

Het vonnis van 9 januari 2003 stelde anderzijds dat dit onevenwicht moest onderzocht worden wanneer, zoals in onderhavig geval, de bankinstelling ook haar zorgvuldigheids- of voorzorgsplicht heeft verzuimd.

c. De woorden “kennelijk onevenwicht” in artikel 31, § 1 verwijzen naar het principe van de marginale toetsing. Het onevenwicht moet van dien aard zijn dat hierover tussen redelijke mensen geen verschil van mening kan bestaan (E. DIRIX, “De bezwarende bedingen in de WHP”, in *De nieuwe wet handelspraktijken*, Brussel, E. Story-Scientia, 1992, p. 301-303). Het moet dus gaan om een “aanzienlijke versto-

ring” (S. STIJNS, “De leer der onrechtmatige bedingen in de WHP na de wet van 7 december 1998”, *T.B.H.* 2000, p. 153).

Concreet betekent dit dat de rechter de vergelijking moet maken tussen enerzijds de contractuele regeling tussen partijen en anderzijds het suppletieve contractenrecht en vervolgens moet afwegen of de consument door de werking van deze van het gemene recht afwijkende beding er onredelijk slechter vanaf komt (E. DIRIX, “De bezwarende bedingen in de WHP”, in *De nieuwe wet handelspraktijken*, Brussel, E. Story-Scientia, 1992, p. 301-303).

d. Wij zijn van oordeel dat de NV Fortis Bank, in tegenstelling tot de bewering van Mevrouw Danielle Walravens, ook een financieel risico draagt in geval van verlies of diefstal van een bankkaart. Artikel VIII.4.1 regelt inderdaad de verdeling van de aansprakelijkheid in geval van bedrieglijk gebruik van de kaart. De aansprakelijkheid van de houder (Mevrouw Danielle Walravens) blijft inderdaad beperkt tot een bedrag van 148,74 EUR (6.000 BEF) terwijl de aansprakelijkheid van de NV Fortis Bank begint na de kennisgeving van het verlies of de diefstal.

Het is enkel indien de houder van de kaart nalaat om Card Stop onverwijld in te lichten of niet de nodige maatregelen neemt om zijn codenummer geheim te houden dat de houder zelf voor het geleden verlies dient op te draaien. Het is een middel voor de NV Fortis Bank om vat te hebben op het ontstaan of het beperken van de schade.

Er kan dus geen sprake zijn van kennelijk onevenwicht.

e. Een vergelijking met andere wetgevingen toont duidelijk aan dat de bijzondere voorwaarden van de NV Fortis Bank volledig in de lijn van deze wetgevingen zijn.

Zo bepaalt artikel 61 van de Wet op het consumentenkrediet van 12 juni 1991 eveneens dat de houder van een kaart aansprakelijk is voor elk onrechtmatig gebruik van die kaart, in geval van diefstal of verlies, tot op het ogenblik van de kennis hiervan. De aansprakelijkheid is ook beperkt tot een door de Koning te bepalen bedrag. Slechts na de kennisgeving aan de uitgever, wordt deze laatste aansprakelijk. Indien de houder een grove nalatigheid begaat, wordt de aansprakelijkheidsbeperking verhoogd.

Ook in de Wet van 17 juni 2002 betreffende de transacties uitgevoerd met instrumenten voor de elektronische overmaking van geldmiddelen, wordt een gelijkaardige risico-aansprakelijkheidsverdeling ingevoerd.

De Franse rechtspraak, tevens onderworpen aan de Europese regelgeving op basis waarvan de tekst van artikel 31, § 1, van de Wet van 14 juli 1991 op de handelspraktijken en de voorlichting van de consument tot stand is gekomen, stemt

volledig overeen met de bijzondere voorwaarden betreffende de diensten van Bancontact/Mister Cash en Maestro.

Ten slotte is het ook zo dat de bijzondere voorwaarden van de NV Fortis Bank volledig overeenkomen met de aanbeveling van de Europese Commissie en meer bijzonder die van 30 juli 1997 betreffende transacties die met een elektronisch betaalinstrument worden verricht, in het bijzonder inzake de betrekkingen tussen de uitgever en de houder (97/389/EG).

f. Nu het blijkt dat de bijzondere voorwaarden betreffende de diensten Bancontact/Mister Cash en Maestro geen kennelijk onevenwicht inhouden tussen de rechten en de plichten van de partijen en bijgevolg niet nietig dienen te worden verklaard, stelt zich het probleem van de verdeling van aansprakelijkheid. Het vonnis van 9 januari 2003 heeft vooreerst in dat opzicht vastgesteld dat Mevrouw Danielle Walravens het terecht niet nodig heeft geacht Card Stop in te lichten vermits zij ervan kon uitgaan dat haar kaart was ingeslikt en er dus geen risico van misbruik bestond.

Het vonnis besluit dat Mevrouw Danielle Walravens onvoorzichtig is geweest en doch dat haar onvoorzichtigheid, die het misbruik van de bankkaart mogelijk heeft gemaakt, niet de enige oorzaak was van de door haar geleden schade.

De diefstal met de gevolgen ervan is eveneens te wijten aan de tekortkomingen van de NV Fortis Bank die normaliter alles in werking had moeten stellen om te vermijden dat een kaart in een defecte automaat zou kunnen worden ingevoerd

of al het nodige had moeten doen om haar klanten in te lichten nopens het feit dat wanneer een automaat buiten dienst is, de ingevoerde kaart door deze automaat wordt teruggegeven. Indien Mevrouw Danielle Walravens hiervan op de hoogte was geweest, zij voor de automaat zou gewacht hebben totdat haar kaart haar werd terugbezorgd.

Een verdeling van de aansprakelijkheid op basis van de verhouding 3 tot 2 lijkt ons redelijk te zijn. Mevrouw Danielle Walravens is dan ook gerechtigd 495,78 EUR te vorderen ten laste van de NV Fortis Bank vermeerderd met de verwijlrenten sedert 22 juni 2000, de gerechtelijke interesten en een deel van de kosten. Het gevorderd provisioneel bedrag van 123,95 EUR (5.000 BEF) is niet bewezen.

Uit wat voorafgaat blijkt dat de tegeneis niet gegrond is.

Wij vrederechter, rechtsprekende in eerste aanleg, op tegenspraak en in voortzetting,

Verklaren de hoofdvordering ontvankelijk en gedeeltelijk gegrond;

Dienvolgens veroordelen de NV Fortis Bank om aan Mevrouw Danielle Walravens het bedrag van vierhonderd vijftien negentig euro achtenzeventig cent (495,78 EUR) te betalen vermeerderd met de verwijlrenten vanaf 22 juni 2000 en met de gerechtelijke interesten.

(...)

Observations

Les circonstances de fait sont malheureusement “classiques”: la titulaire d’une carte de débit voit sa carte avalée par un distributeur de billets “défectueux”. Au cours de vaines manœuvres de récupération de la carte, la cliente est amenée, sur les conseils de tiers présents aux abords du distributeur à faire usage de son code secret. La carte ressort de l’appareil pendant un moment d’inattention de la part de la titulaire. Celle-ci croyant la carte toujours retenue par le distributeur ne juge pas nécessaire de se conformer à la procédure d’avertissement de Card Stop du risque d’usage abusif de la carte. Des retraits sont opérés au moyen de la carte en question et la titulaire en demande le remboursement à la banque. Cette dernière lui oppose une clause de son règlement général des opérations suivant laquelle le titulaire de la carte est responsable de tout usage abusif qui en serait fait jusqu’à la notification du risque d’usage abusif à Card Stop. Cette responsabilité est plafonnée à 6.000 FB mais seulement pour autant qu’il n’y ait eu de la part du titulaire ni négligence

grave ni fraude. Le juge ordonna, dans un premier temps, la réouverture des débats en invitant les parties à conclure sur le caractère abusif ou non de la clause répartissant les responsabilités entre parties.

Les clauses contractuelles relatives à la fourniture de services bancaires et financiers sont susceptibles d’être sanctionnées à des titres divers: contrariété à l’ordre public, principe d’interprétation des contrats, principe d’exécution de bonne foi des conventions, abus de droit, lésion etc. Elles sont en outre soumises à la loi du 14 juillet 1991 sur les pratiques du commerce et sur l’information et la protection du consommateur et en particulier aux articles 31 et suivant de la loi, relatifs aux clauses abusives⁷⁰.

L’article 32 de la loi produit une énumération limitative des types de clause dans lesquelles le déséquilibre manifeste entre les droits et obligations des parties est sous-entendu.

⁷⁰. Sur l’application de ces articles aux clauses relatives aux services financiers, consultez notamment P. WOLFCARIUS, “La protection du consommateur en matière contractuelle: la réglementation des clauses abusives dans la nouvelle loi du 14 juillet 1991 sur les pratiques du commerce et l’information et la protection du consommateur”, in *Les pratiques du commerce et la protection et l’information du consommateur depuis la loi du 14 juillet 1991*, Bruxelles, Éd. du Jeune Barreau, 1991 et les *Doc. parl. Chambre*, n° 1240/20, pp. 15 à 17, 21, 23, 24 à 31, 32, 33, 35 et 266 à 276.