

2. COUR D'APPEL DE BRUXELLES 14 MARS 2008

BANQUE ET CREDIT

Opérations bancaires – Compte en banque – Extrait de compte – Preuve – Effet probatoire – Usages bancaires

En matière de tenue de comptes, l'usage veut que le silence conservé par le titulaire du compte – même non commerçant – au-delà d'un délai raisonnable permet de présumer qu'il a approuvé les opérations constatées par les extraits et relevés de compte qui lui ont été adressés. Cette présomption n'est pas irréfragable.

Le titulaire du compte qui néglige de prendre connaissance de ses extraits dans un délai raisonnable, se prive du droit de contester les opérations litigieuses.

BANK EN KREDIETWEZEN

Bankverrichtingen – Bankrekening – Rekeninguittreksel – Bewijs – Bewijswaarde – Gebruiken

Inzake bankrekeningen geldt er een gebruik dat het stilzwijgen van de rekeninghouder, zelfs indien deze geen koopman is, na het verstrijken van een redelijke termijn als vermoeden geldt dat hij heeft ingestemd met de verrichtingen die uit de aan hem gerichte rekeninguittreksels blijken. Dit vermoeden is niet onweerlegbaar.

De rekeninghouder die nalaat om binnen een redelijke termijn kennis te nemen van zijn uittreksels, onzegt zich het recht om de betrokken verrichtingen te betwisten.

SA KBC Banque/M. Shalomson et Bank Leumi

Siég.: H. Mackelbert, M.-Fr. Carlier et Y. Demanche (conseillers)

Pl.: Mes J.-P. Buyle, A.-P. André-Dumont et Ph. Szerer, Th. Lambert et L. Wynant

I. La décision attaquée

L'appel est dirigé contre le jugement prononcé le 24 octobre 2003 par le tribunal de première instance de Bruxelles.

Les parties ne produisent pas d'acte de signification de ce jugement.

II. La procédure devant la cour

L'appel est formé par requête, déposée par la SA KBC Banque au greffe de la cour le 18 mars 2004.

M. Shalomson forme appel incident par conclusions déposées le 29 mars 2005.

La cause a été fixée sur pied de l'article 747 § 2 du Code judiciaire, par ordonnance du 3 août 2004.

Il est fait application de l'article 24 de la loi du 15 juin 1935 sur l'emploi des langues en matière judiciaire.

III. Les faits et antécédents de la procédure

1. M. Shalomson, domicilié en Israël, dispose de deux comptes, un compte à vue n° 427-3400220-36 et un compte crédit logement n° 427-3400221-37, à la SA KBC Banque (ci-après KBC) ouverts auprès de l'agence Coghén à Uccle.

Le 9 janvier 1996, la Bank Leumi procède à un virement, par le système Swift, de 220.000 USD au départ du compte d'un de ses clients, sur le compte n° 427-3400220-36. Pour M. Shalomson, ce virement serait le paiement du prix de vente d'un immeuble appartenant à l'une de ses sociétés, la SARL Gafny Offer.

Le même jour, la KBC émet un extrait de compte indiquant ce paiement, avec date valeur au 10 janvier 1996, et prélève des frais pour un montant de 147,36 USD, laissant un solde de 219.852,64 USD.

2. Le 10 janvier 1996, la Bank Leumi adresse un message Swift à la KBC, avec prière d'annuler l'opération et de créditer son compte du montant de 220.000 USD.

Le 11 janvier 1996, la KBC informe la Bank Leumi qu'elle contacte l'agence Coghén afin de recueillir de M. Shalomson l'autorisation de débiter le compte.

Le 17 janvier 1996, la KBC débite le compte à vue n° 427-3400220 36 de M. Shalomson du montant de 219.852,64 USD et émet un extrait de compte de cette opération, avec date valeur du même jour.

3. M. Shalomson expose qu'au mois de juin 1996, il s'est rendu en Belgique, a pris connaissance de ses extraits et a contacté le directeur de son agence bancaire pour obtenir des explications.

Le 11 juillet 1996, son conseil met en demeure la KBC de lui restituer le montant litigieux.

La KBC refuse par courrier du 1^{er} août 1996, en signalant que M. Shalomson avait marqué verbalement son accord pour l'annulation du transfert et que, de plus, sa contestation était tardive.

4. M. Shalomson lance citation le 20 septembre 1999 à l'encontre de la KBC.

La KBC cite le 23 octobre 2002 la Bank Leumi en intervention forcée.

M. Shalomson demande la condamnation de la KBC à lui payer la contre-valeur en euros de la somme de 219.852,64 USD, au cours le plus élevé entre la date valeur au 17 janvier 1996 et la date du jugement, à majorer des intérêts moratoires à dater du 17 janvier 1996.

La KBC conclut au non-fondement de la demande. À titre subsidiaire, elle demande au tribunal d'ordonner à la Bank Leumi de l'éclairer sur le motif de l'annulation de l'ordre de virement ainsi que sur l'identité du bénéficiaire de cette annulation. À titre plus subsidiaire, elle sollicite que son offre d'indemniser le préjudice moral de M. Shalomson à concurrence de 1 EUR soit déclarée satisfaisante et que la Bank Leumi soit condamnée à la garantir de toutes les condamnations qui seraient prononcées contre elle.

La KBC forme également une demande reconventionnelle contre M. Shalomson tendant à ordonner à ce dernier d'apporter les mêmes éclaircissements que ceux demandés à la Bank Leumi.

La Bank Leumi demande au tribunal de se déclarer incompétent et de se dessaisir. Selon elle, la demande de la KBC est de la compétence d'un arbitre. À titre subsidiaire, elle invoque l'exception d'*obscuri libelli* et demande que le tribunal déclare la demande en intervention forcée irrecevable ou non fondée.

5. Par le jugement entrepris du 24 octobre 2003, le tribunal fait entièrement droit à la demande de M. Shalomson se fondant sur l'obligation de restitution imposée à la banque en sa qualité de dépositaire des fonds de ses clients.

Il dit la demande reconventionnelle recevable mais non fondée.

Statuant sur la demande en intervention et garantie, il se déclare incompétent et se dessaisit compte tenu de l'existence d'une clause d'arbitrage.

6. Devant la cour, par ses conclusions récapitulatives d'appel déposées le 28 février 2005, la KBC demande de dire la demande de M. Shalomson *nulle, irrecevable ou non fondée* et sa demande en intervention recevable et fondée, et, en conséquence, de déclarer l'arrêt commun et opposable à la Bank Leumi.

À titre subsidiaire, la KBC demande la production par M. Shalomson et/ou la Bank Leumi de certains documents, sous peine d'une astreinte de 250 EUR par jour de retard, passé le délai de 15 jours prenant cours à la signification de l'arrêt.

Plus subsidiairement, elle sollicite que la Bank Leumi soit condamnée en principal, intérêts et frais, à la garantir de toutes sommes auxquelles elle-même serait condamnée.

À titre infiniment subsidiaire, elle demande que l'arrêt soit déclaré commun et opposable à la Bank Leumi.

M. Shalomson demande, par ses conclusions de synthèse

déposées le 29 mars 2005, la confirmation du jugement entrepris et forme un appel incident tendant à l'obtention du bénéfice de sa sommation en matière d'anatocisme.

La Bank Leumi demande, par ses conclusions de synthèse déposées le 31 mars 2005, *quant à la recevabilité*, la confirmation du jugement et de déclarer fondée son exception d'*obscuri libelli*. Quant au fond, elle estime l'appel non fondé.

IV. Discussion

A. Quant à l'appel principal

7. La banque qui, sans faute de sa part, débite le compte courant d'un de ses clients, sur la base d'un ordre de virement falsifié ou signé par une personne qui ne dispose pas de pouvoirs pour représenter le titulaire du compte, paie à un tiers qui n'est pas habilité par le titulaire à recevoir ce paiement.

Ce paiement n'est dès lors pas opposable au titulaire du compte conformément à l'article 1239, alinéa 1^{er} du Code civil (Bruxelles 7 février 1992, *DCCR* 1992-93, 73; Bruxelles 18 novembre 1999, *AJT* 2001-02, p. 68; Bruxelles 16 octobre 2001, *JLMB* 2002, 844; Bruxelles 19 novembre 2002, *RW* 2005-06, 1626; Bruxelles 4 mars 2004, *Dr.banc.fin.* 2004, 227; Bruxelles 18 mars 2004, *RDC* 2005, 152; Bruxelles 5 mars 2005, *Dr.banc.fin.* 2006, 82).

Dans ces conditions, la banque est, en principe, tenue d'exécuter son obligation de restitution. Il s'agit d'une obligation de résultat, qui ne nécessite pas la démonstration d'une faute dans le chef de la banque (Bruxelles 5 mars 2005, *l.c.*; R. STEENNOT, "Vervalste overschrijvingsoprachten", *Dr.banc.fin.* 2006, 61). Cette obligation s'attache à chacun des virements qui n'aurait pas été correctement exécuté et pas au solde du compte courant au moment de la demande de restitution formulée par le client de la banque, à défaut de quoi l'obligation de restitution serait vidée de sa substance.

En tout état de cause, il convient de vérifier si la banque a bien agi en qualité de mandataire du titulaire du compte. En effet, si la banque a agi sans mandat, les actes posés par elle, comme le débit du compte, ne peuvent être imputés à ce dernier puisque la représentation n'a lieu que dans les limites du mandat confié (O. CREPLET, "Les conséquences juridiques de l'exécution d'un faux virement dans le rapport entre le titulaire du compte débité et la banque", *Dr.banc.fin.* 2006, 81).

Le banquier peut cependant tenter de se décharger de son obligation de restitution sur la base de cinq moyens: la ratification, le profit tiré par le titulaire du compte, le paiement effectué à un créancier apparent (théorie de la représentation), l'invocation d'une clause exonératoire insérée dans le règlement général des opérations, ou enfin la faute du titulaire du compte.

1. *Quant à l'éventuelle application du règlement général des opérations*

8. La KBC invoque qu'au moment de l'ouverture de son compte à vue en 1990, M. Shalomson a approuvé son règlement général des opérations de l'époque (version du 15 avril 1982) qui dispose en son article 15(4) *que le défaut d'opposition immédiate du titulaire du compte ou de son mandataire aux données indiquées sur les extraits de compte régulièrement reçus, vaut approbation tacite des opérations et soldes y indiqués et abandon de tout droit à contestation ultérieure* (souligné par la cour).

La KBC précise qu'elle pouvait en vertu de ce règlement, le modifier à tout moment, ce qu'elle a fait en 1993.

La version du 18 août 1993 du règlement général prévoit en son article 3.3 que *le défaut de protêt dressé dans un délai raisonnable par le titulaire du compte ou son mandataire contre les données figurant sur les extraits de compte ou les supports magnétiques régulièrement reçus, entraîne l'approbation tacite des opérations et soldes y indiqués et l'abandon de tout droit à contestation ultérieure* (souligné par la cour).

La KBC soutient que ce délai de contestation prend cours, non à dater du moment où M. Shalomson a pris connaissance de ses extraits, mais à partir du moment où elle a mis l'information à sa disposition.

Elle précise que l'extrait de compte de la contre-passation de l'écriture de transfert de la somme litigieuse a été émis le 17 janvier 1996, et que conformément aux instructions de M. Shalomson, il a été mis à sa disposition par dépôt au guichet de son agence.

La KBC invoque aussi que M. Shalomson a pris connaissance de ses extraits à l'intervention du mandataire qu'il avait en Belgique, lequel n'a pas formulé la moindre contestation.

Elle en conclut que la contestation est tardive pour n'avoir été émise que six mois plus tard.

9. M. Shalomson se prévaut du fait que le banquier dépositaire de fonds a une obligation de restitution, qui est une obligation de résultat, analogue à celle de l'article 1937 du Code civil en matière de dépôt, et que la KBC viole ses obligations contractuelles lorsqu'elle débite le compte de son client sans instruction.

Pour M. Shalomson, en contre-passant l'écriture, la KBC a débité son compte sans instruction de sa part et, dans ces conditions, elle est tenue d'exécuter son obligation de restitution de la somme litigieuse.

M. Shalomson conteste avoir été avisé de l'existence d'un règlement général des opérations (tant celui de 1982 que celui de 1993) et partant d'en avoir eu connaissance. Il invoque aussi que la KBC reste en défaut de prouver un assentiment quelconque de sa part à un document de cette nature.

10. Tant la KBC que M. Shalomson se rejettent mutuellement la charge de la preuve.

Pour la KBC, en application de l'article 1315 du Code civil, c'est à M. Shalomson qui invoque une faute contractuelle de sa part, à la prouver. Pour M. Shalomson, c'est à la KBC qu'il appartient de prouver qu'il a marqué son accord sur le règlement général des opérations qui lui imposait une réaction à bref délai lors de l'émission de l'extrait de compte litigieux.

11. La thèse de M. Shalomson doit être retenue.

Dès lors que la KBC invoque l'application de son règlement général des opérations (soit version 1982, soit version 1993) pour en déduire la tardiveté de la réaction de M. Shalomson, c'est à elle qu'incombe la charge de la preuve que ce règlement est entré dans le champ contractuel, l'examen de la prétendue faute contractuelle de la banque n'intervenant – s'il y a lieu – qu'ensuite.

12. La KBC admet n'avoir pu retrouver le contrat d'ouverture de compte signé par M. Shalomson qui démontrerait son adhésion à ce règlement général des opérations (p. 10, pt. 23 de ses conclusions récapitulatives d'appel).

13. Vainement produit-elle des modèles de fiche client et de fiche de demande d'ouverture de compte, utilisés à l'époque qui précisent, d'une part, que le règlement est remis au client et, d'autre part, qu'il en a pris connaissance pour en déduire qu'il ne fait aucun doute que M. Shalomson les a signés, rappelant qu'il s'agit d'un contrat d'adhésion que le client n'a d'autre choix que d'accepter.

La KBC ne rapporte pas de cette manière la preuve qui lui incombe.

14. La KBC soutient aussi que M. Shalomson aurait approuvé le règlement puisqu'il a signé pour accord la lettre de confirmation du 22 novembre 1990 du crédit logement attribué au n° 427-3400221-37 qui prévoit que *les opérations avec la Kredietbank [devenue KBC] sont régies par les dispositions de son règlement général des opérations*.

A bon droit, M. Shalomson conteste cet argument.

En effet, le présent litige ne concerne pas ce compte, mais le compte à vue n° 427-3400220-36.

De plus, le document d'ouverture du crédit logement stipule que *le règlement des opérations peut être consulté ou obtenu dans toutes les agences*.

Or, la simple connaissance de l'existence de celui-ci ne suffit pas à démontrer l'acceptation de ces clauses (cf. LINSMEAU, "Points délicats des règlements généraux des opérations de banque" in *Droit bancaire, cambiaire et financier*, CUP, 1998, n°s 5 et s., p. 108).

15. La KBC demande enfin que M. Shalomson soit condamné, sous astreinte de 250 EUR par jour de retard après

l'écoulement d'un délai de quinze jours après la signification du présent arrêt, à produire copie des documents suivants:

- contrat de compte signé lors de l'ouverture du compte n° 427-3400220-036;
- la fiche de signature signée lors de l'ouverture de ce compte;
- la fiche intitulée "demande d'ouverture de compte et/ou de dépôt de titres";
- de tous autres documents par lui signés à l'occasion de l'ouverture du compte n° 427-3400220-36.

En ce qui concerne les trois premières demandes, M. Shalomson soutient que ces documents n'existent pas.

En ce qui concerne la 4^{ème} demande, celle-ci est vague et imprécise. Il ne peut en conséquence y être fait droit.

La demande de production de documents n'est dès lors pas fondée.

16. Il résulte de ce qui précède que la KBC reste en défaut de prouver que son règlement général des opérations (version 1982 et/ou 1993) a été accepté par M. Shalomson.

Elle ne peut dès lors en revendiquer l'application et s'appuyer sur ce document pour soutenir que le virement effectué par elle a été ratifié par M. Shalomson.

2. Quant au parère de l'Association belge des banques

17. La KBC invoque aussi l'obligation qu'a M. Shalomson de protester, dans un délai n'excédant pas, en toute hypothèse, 3 mois, s'il conteste la situation de compte figurant dans ses extraits de compte.

Elle se réfère au parère délivré le 7 juin 2004 par l'Association belge des banques qui précise:

Attestation d'usage concernant l'obligation pour un client de signaler les erreurs qu'il constate dans ses extraits de compte.

Toutes les banques prévoient une obligation faite au client de signaler les erreurs qu'il constate dans un de ses extraits de compte.

L'ensemble des banques fixent en outre un délai dans lequel le client doit signaler les erreurs constatées. Ce délai est dans la majorité des banques un délai qualifié de 'raisonnable'.

Ce délai raisonnable est évalué à 1 mois dans plus de 60% des banques, le délai prévu est pour 25% des banques plus court (de 5 à 10 jours), pour les 15% des banques restants, le délai est plus long (2 à 3 mois).

M. Shalomson considère qu'il ne peut exister d'usage, à défaut d'indication d'un délai précis dans lequel le client doit signaler l'existence d'une erreur. Par ailleurs, il soutient qu'il n'est pas prouvé que cet usage existait au moment des faits.

18. L'usage est une pratique, en général locale ou professionnelle, habituellement suivie que l'on sous-entend dans les

actes juridiques, pour interpréter ou compléter la volonté des parties ou celle de l'auteur de l'acte (VAN RYN et HEENEN, *Principes de droit commercial*, T. I, 1976, n° 21, 7°, p. 35).

Par opposition avec les règles coutumières ou usages de droit, les usages conventionnels doivent être prouvés si leur existence est contestée. La preuve peut en être faite par témoins ou, plus généralement, par la production d'un 'parère', c'est-à-dire d'un certificat délivré par des entreprises commerciales notables ou par un groupement professionnel. Si le juge constate l'existence d'un usage auquel les parties n'ont pas dérogé, il ne peut refuser de l'appliquer. L'usage conventionnel tire sa force de l'autonomie de la volonté et suggère une intention non exprimée par laquelle on supplée, dans les contrats commerciaux, les obligations résultant de celui-ci à moins que les parties ne les aient écartées soit expressément, soit tacitement (en adoptant des règles différentes) (VAN RYN et HEENEN, *Publicité foncière...*, n° 21, 7°, p. 35).

Le parère de l'Association belge des banques définit l'usage concernant la contestation par le client des extraits de compte qu'il reçoit.

M. Shalomson n'invoque pas qu'il ait été dérogé à celui-ci.

19. C'est vainement qu'il soutient qu'il n'était pas d'application au moment des faits litigieux.

En effet, il est de jurisprudence que cet usage existait à l'époque des faits litigieux (*cf.* Comm. Bruxelles 30 mars 1988, *RDC* 1990, p. 61: acquiescement du client résultant de son absence injustifiée de protestation pendant plusieurs mois; Comm. Bruxelles 23 avril 1996, *RDC* 1997, p. 737: défaut de protestation dans un délai raisonnable après réception d'un relevé de compte: cette décision précisant par ailleurs: *Attendu que si la partie demanderesse ne pouvait prendre connaissance de son courrier à l'adresse qu'elle avait elle-même donnée à la banque, il lui appartenait d'informer la banque en temps utile afin que le courrier soit adressé à une autre adresse*).

20. C'est aussi vainement que M. Shalomson conteste l'existence de cet usage parce que le parère ne donnerait pas un délai précis dans lequel la contestation doit être formulée.

Le délai de protestation qui découle d'un usage ne peut être fixé par un nombre de jours ou de mois strictement défini. Il s'entend comme étant un délai 'court', voire 'normal' de réaction.

En toute hypothèse, le parère prend en considération un délai, fixé, dans plus de 60% des cas, à un mois, et dans 15% des cas, à un délai maximum de trois mois. Celui mis par M. Shalomson, a été de six mois. Il excède ainsi manifestement le délai qui peut être considéré comme raisonnable.

21. M. Shalomson soutient enfin que les extraits de compte font preuve contre la banque mais non contre lui, même s'il les a reçus sans protester, et que son silence ne vaudrait qu'à

titre d'effet probatoire et n'entraînerait pas la déchéance du droit de contester. Il s'opérerait simplement un renversement de la charge de la preuve qui mettrait à sa charge l'obligation de prouver qu'il n'a ni donné, ni autorisé l'ordre litigieux.

En matière de tenue de comptes bancaires, l'usage veut que le silence conservé par le titulaire du compte – même s'il est non commerçant – au-delà d'un délai raisonnable permet de présumer qu'il a approuvé les opérations constatées par les extraits et relevés de compte qui lui ont été adressés (cf. Bruxelles 4 mars 2004, *Dr.banc.fin.* 2004, IV, 227).

Il s'agit d'un cas d'application du principe général de sécurité juridique dans les relations contractuelles.

Il en découle une présomption d'acceptation qui ne peut être confondue avec une déchéance du droit, qui – elle – doit être expressément prévue par la loi, le règlement ou le contrat qui institue le délai (J. LINSMEAU, "Points délicats des règlements généraux", *Droit bancaire, cambiaire et financier*, Vol. 24, CUP, 1998, n° 48).

Cette présomption n'est au demeurant pas irréfragable et peut être renversée si le titulaire du compte prouve que son silence ne peut être considéré comme une acceptation implicite. Ce peut être le cas s'il prouve que pour des raisons totalement indépendantes de sa volonté, il n'a pu prendre connaissance de ces extraits et/ou protester.

22. En l'espèce, il n'est pas contesté que les extraits ont été mis à disposition de M. Shalomson au sein de son agence où il pouvait en prendre connaissance. Il ne résulte pas des éléments du dossier que ces extraits devaient être portés à sa connaissance par un autre mode (expédition postale, etc.).

M. Shalomson admet d'ailleurs que *ses extraits de comptes bancaires étaient conservés par [la KBC] chez laquelle il les avait domiciliés* (p. 20 de ses conclusions de synthèse).

23. Il se contente d'invoquer qu'il a contesté l'opération litigieuse dès qu'il a pris connaissance des extraits, soit 6 mois après leur mise à disposition.

24. Le délai qu'il a mis pour vérifier ses extraits de compte et pour protester excède le délai qui peut être considéré comme raisonnable.

Il résulte uniquement de la passivité de M. Shalomson qui n'invoque aucune circonstance indépendante de sa volonté qui l'aurait empêché de prendre connaissance de ses extraits.

Le fait qu'il soit domicilié en Israël n'empêchait nullement qu'il puisse en prendre connaissance, soit par un mandataire désigné, soit en les faisant expédier.

25. Le titulaire du compte qui néglige de prendre connaissance de ses extraits, d'en vérifier l'exactitude et de protester, s'il échet, commet une négligence. Il se prive ainsi du droit de contester les opérations litigieuses dès lors qu'il n'a pas estimé devoir en prendre connaissance dans un délai raisonnable.

Il est ainsi établi qu'en ne protestant pas dans un délai raisonnable après la réception de ses extraits de compte, M. Shalomson a implicitement mais certainement approuvé les opérations que ces extraits constataient. Il ne peut donc plus les remettre en cause et soutenir que la KBC n'aurait pas respecté son obligation de restitution à son égard.

26. L'appel est donc fondé et la demande originaire n'est pas fondée.

B. Quant à l'appel incident de M. Shalomson

27. Il résulte de ce qui précède que celui-ci n'est pas fondé.

C. Quant à la demande en déclaration d'arrêt commun à l'égard de la Bank Leumi

28. La KBC demande à titre principal de déclarer l'arrêt commun et opposable à la Bank Leumi.

Celle-ci conteste cette demande en arguant du fait qu'il ne s'agit pas d'une intervention forcée conservatoire mais agressive puisque la KBC sollicite aussi, à titre subsidiaire, sa condamnation à la garantir. Elle estime, par ailleurs, que cette demande n'est pas recevable car une procédure d'arbitrage est prévue dans pareil cas, entre parties.

29. La citation de la KBC était une intervention forcée agressive puisqu'elle demandait que la Bank Leumi soit condamnée à la garantir de toutes condamnations prononcées à sa charge.

Cependant, par ses conclusions de synthèse du 25 juillet 2003, la KBC a modifié sa demande en application de l'article 807 du Code judiciaire, et a sollicité – en ordre principal – que l'arrêt soit déclaré commun et opposable à la Bank Leumi. Elle a ainsi transformé son intervention agressive en une intervention conservatoire qui est recevable.

30. Si tant est que la clause d'arbitrage puisse être utilement invoquée, *une convention d'arbitrage ne fait pas obstacle à ce qu'une des parties qui l'ont souscrite puisse appeler l'autre devant la juridiction ordinaire en déclaration de jugement commun, lorsqu'elle est assignée par un tiers devant les tribunaux ordinaires. Il s'agit en effet d'une mesure conservatoire; cette intervention ne tend pas à obtenir une condamnation* (FETTWEIS, *Manuel de procédure civile*, 1987, n° 1095).

La demande de déclaration d'arrêt commun et opposable est dès lors fondée.

31. La Bank Leumi invoque aussi que l'action menée à son encontre est entachée d'*obscuri libelli* car il ne lui est rien reproché, puisqu'il lui est simplement demandé de fournir des explications, ainsi que – sans lien de cause à effet – de l'obliger à garantir la KBC. Elle estime ainsi s'être trouvée dans l'impossibilité de déterminer les éventuels griefs formés à son encontre.

Les demandes formées par la KBC sont clairement expliquées dans la citation puisqu'elle précise qu'il y a lieu de faire intervenir la Bank Leumi à la cause principale pour qu'elle explique *ce qu'est devenu cet argent et que si besoin en était, il y a lieu de condamner la [Bank Leumi] à garantir toutes les condamnations qui pourraient être prononcées à sa charge.*

La citation doit contenir au moins l'exposé sommaire des demandes, ce qui est le cas en l'espèce.

L'exception n'est pas fondée.

Il en résulte que la demande en déclaration d'arrêt commun est fondée, s'agissant d'une mesure de nature conservatoire.

Pour ces motifs, la cour

Dit l'appel recevable et fondé.

Met à néant le jugement entrepris.

Dit la demande originaire de M. Shalomson, recevable mais non fondée et l'en déboute.

Dit le présent arrêt commun et opposable à la Bank Leumi.

(...)

Noot

1. Het hier besproken arrest van het hof van beroep te Brussel behandelt het klassieke probleem van (beweerdelijk) vervalste of door onbevoegde personen geïnitieerde overschrijvingsopdrachten⁶. De beslissing is vooral interessant omwille van de beoordeling van het verweer van de bank. Dat was gesteund op de zogeheten 'leer van de stilzwijgende aanvaarding' ('théorie de l'approuvé implicite'). Volgens de meest gangbare weergave van deze leer, levert de afwezigheid van een tijdig protest bij de ontvangst van het betrokken⁷ rekeninguittreksel bewijs op van de instemming van de cliënt met de verrichting zoals zij is uitgevoerd⁸.

In casu protesteerde de cliënt pas zes maanden na de terbeschikkingstelling van het betrokken rekeninguittreksel. Hij beweerde dan voor de eerste keer dat de bank zijn rekening zonder enige instructie ten voordele van een derde zou hebben gedebiteerd.

2. Algemene bankvoorwaarden bevatten steevast een beding waarin de cliënt de verplichting wordt opgelegd om binnen een korte termijn te protesteren wanneer hij via zijn rekeninguittreksels onregelmatigheden vaststelt. Meestal worden de gevolgen van een gebrek aan tijdig protest ook gepreciseerd (zie hierna). In de hier besproken zaak was dat niet anders, maar slaagde de bank er niet in om aan te tonen dat de cliënt de algemene bankvoorwaarden ooit had aanvaard. Dit bood het hof de gelegenheid om zich uit te spreken over de vraag of er een bancaire gebruik⁹ bestaat dat de

cliënt ertoe verplicht (zie art. 1135 en 1160 BW) om binnen een korte termijn, de stand van zijn rekening zoals die blijkt uit zijn rekeninguittreksels, te protesteren.

3. Het hof van beroep bevestigt het bestaan van dat gebruik, zelfs in die gevallen waar de cliënt een niet-handelaar is. Het stelt: "*en matière de tenue de comptes, l'usage veut que le silence conservé par le titulaire du compte – même non commerçant – au-delà d'un délai raisonnable permet de présumer qu'il a approuvé les opérations constatées par les extraits et relevés de compte qui lui ont été adressés*".

Het bestaan van dit gebruik werd reeds eerder erkend in beslissingen van de rechtbank van koophandel te Brussel¹⁰, alsook in een arrest van de 7^{de} (S) kamer van hetzelfde hof van beroep, een arrest waarop de hier besproken beslissing duidelijk is geïnspireerd¹¹. Ook in Frankrijk wordt het bestaan van dit gebruik erkend¹².

4. Om het bestaan van het gebruik aan te tonen, hanteerde de bank een wel erg bijzonder bewijsmiddel: de zgn. 'parère'. Dit is een certificaat dat door vooraanstaande kooplieden of door een professionele groepering wordt afgeleverd en waarin het bestaan van een gebruik wordt bevestigd of ontkend¹³. De parère werd in deze zaak afgeleverd door de Belgische Vereniging van Banken. Zij bevestigde dat alle banken hun cliënten verplichten om binnen een redelijke ter-

⁶ Het hof van beroep volgt de klassieke benadering volgens dewelke dergelijke betalingen in beginsel niet tegenstelbaar zijn aan de cliënt (art. 1239 BW) en er op de bankier een resultaatsverbintenis tot restitutie van de betrokken bedragen weegt. Deze benadering is niet onomstreden. Voor een overzicht van de discussie zie: J.-P. BUYLE en M. DELIERNEUX, noot onder Brussel 20 december 2005, *TBH* 2007, 61 e.v.

⁷ Dat de uitvoering van de litigieuze verrichting vaststelt.

⁸ J.-P. BUYLE en X. THUNIS, noot onder Rb. Antwerpen 29 april 1992, *TBH* 1993, 1067-1069. Voor een bespreking hiervan in beurszaken, zie S. DELAY, "Mondeling beursorders – Het stilzetten van de cliënt na ontvangst van rekeninguittreksels en/of bevestigingsborderellen bevraagd", *RW* 2008-09, 258 e.v.

⁹ Over bankgebruiken, zie: A. WILLEMS en J.-P. BUYLE, "Les usages en droit bancaire", *DAOR* 1990 afl. 17, 73 e.v.; A. WILLEMS, "Conditions générales bancaires" in *Algemene bankvoorwaarden*, Brussel, Bruylant, 2005, 32-38.

¹⁰ Brussel 4 maart 2004, *Bank Fin.R.* 2004, 227 met goedkeurende noot R. STEENNOT.

¹¹ Kh. Brussel 30 maart 1988, *TBH* 1990, 61; Kh. Brussel 23 april 1996, *TBH* 1997, 737 (impliciet).

¹² Cass. fr. 9 december 1986, *SJ* 1988, 20.918; Cass. fr. 14 april 1975, *Rev.trim.dr.comm.* 1975, 881.

¹³ Zie verder: A. WILLEMS en J.-P. BUYLE, *l.c.*, 80.

mijn – gaande van vijf dagen tot drie maanden – vergissingen te melden die zij vaststellen in hun rekeninguittreksels.

5. In casu bleef de cliënt zes maanden na de debitering van zijn rekening stilzitten alvorens te protesteren. Uiteraard was dit – gelet op de hoger vermelde gebruikelijke termijnen – laattijdig. De beroepsrechters nemen in hun beslissing gelukkig de zorg om de gevolgen van dat laattijdige protest precies te omschrijven.

Zij herinneren aan de regel dat gronden van rechtsverval uitsluitend bij wet of contract voorzien kunnen worden. De afwezigheid van tijdig protest leidt bijgevolg volgens de beroepsrechters niet tot het (automatische) verval van de vordering van de cliënt, maar schept slechts een vermoeden dat de verrichting werd aanvaard. Dat vermoeden van aanvaarding zou echter niet ‘onweerlegbaar’ zijn: de cliënt mag het tegenbewijs leveren dat zijn stilzwijgen niet als een stilzwijgende aanvaarding kan worden beschouwd. Dit kan – volgens de beroepsrechters – het geval zijn wanneer hij aantoont dat hij om redenen buiten zijn wil geen kennis heeft kunnen nemen van de rekeninguittreksels.

De beroepsrechters nemen hier duidelijk stelling in t.a.v. de bestaande controverse of de afwezigheid van een tijdig protest rechtscheppende effecten (“des effets créateurs de droit”)¹⁴ of slechts bewijseffecten (“des effets probatoires”) heeft¹⁵ (anders geformuleerd: leidt de afwezigheid van een tijdig protest tot het verval van de vordering van de cliënt of vormt deze omstandigheid slechts een bewijs dat de verrichting werd uitgevoerd in overeenstemming met de instructies van de cliënt?). In casu sluiten de beroepsrechters zich duidelijk bij deze laatste opvatting aan.

6. Dat lijkt inderdaad correct. In beginsel doet de afwezigheid van een tijdig protest het vorderingsrecht van de cliënt niet automatisch vervallen. Slechts een uitdrukkelijk conventioneel beding¹⁶ of een wettekst in die zin zou dergelijk (automatisch) rechtsverval kunnen wettigen¹⁷. Toch past hier de nodige nuance.

Vooreerst lijkt het in deze context niet gepast om te spreken

van een *weerlegbaar* vermoeden van aanvaarding¹⁸. Enkel de bij wet ingestelde vermoedens zijn weerlegbaar of onweerlegbaar. De afwezigheid van een tijdig protest vormt duidelijk slechts een feitelijk vermoeden. Zoals bekend wordt de bewijswaarde daarvan vrij door de rechter beoordeeld (art. 1353 BW). Concreet zal de rechter alle omstandigheden die de verrichting omringen, dienen te onderzoeken (aard van de verrichting, professionaliteit van de cliënt, frequentie van het aantal verrichtingen, omstandigheden waaronder de uittreksels hem hebben bereikt, ...) alvorens het vermoeden dat de verrichting met het akkoord van de cliënt werd uitgevoerd, aan te nemen¹⁹. Aan een echte omkering van de bewijslast komt men dus niet toe.

7. Voorts blijft het onderzoek van de rechter in zaken zoals deze, (meestal) niet beperkt tot de vraag of de afwezigheid van tijdig protest het bewijs oplevert dat de cliënt de betrokken verrichting heeft aanvaard (minstens bekrachtigd)²⁰.

De hier besproken beslissing toont dit duidelijk aan. Het werd niet betwist dat (i) de cliënt ten tijde van de verrichting in het buitenland gedomiciliëerd was, (ii) hij de facto geen kennis had van de bewuste rekeninguittreksels (die waren immers op het bankagentschap gedomiciliëerd en gebleven) en, (iii) hij de verrichting bij zijn eerste bezoek aan de bank – weliswaar 6 maanden na de debitering – had geprotesteerd. Men kan ernstig betwijfelen of het zogenaamde “stilzitten” van de cliënt in die omstandigheden wel als bewijs kan gelden van diens wil om de verrichting te aanvaarden... Toch ontzeggen de beroepsrechters de cliënt het recht om de verrichting in vraag te stellen. Beslissend lijkt me hier de overweging van de beroepsrechters dat de rekeninghouder die nalaat om binnen een redelijke termijn kennis te nemen van zijn rekeninguittreksels, “*zich het recht ontzegt om de betrokken verrichtingen te betwisten*”.

Ofschoon het arrest dit zelf niet stelt²¹, meen ik dat de onderbouwing voor die overweging te vinden is in het beginsel van de uitvoering te goeder trouw²². De rechtbank van koophandel te Brussel oordeelde in een gelijkaardige zaak reeds

14. Zie m.n.: J.-P. BUYLE en M. DELIERNEUX, noot onder Kh. Brussel 13 januari 1998, *TBH* 1999, 681 (die gewagen van een verzaking aan het recht op betwisting).

15. Zie m.n.: J. LINSMEAU, “Points délicats des règlements généraux des opérations de banques” in *Droit bancaire, cambiaire et financier*, Éd. Formation Permanente CUP, 1998, 133; X. THUNIS, *Responsabilité du banquier et automatisation des paiements*, Namen, Presses Universitaires de Namur, 1996, 287.

16. In dat geval is in de verhouding met een consument acht te slaan op art. 32, 13° WHPC dat bepaalt dat de protesttermijn niet onredelijk kort mag zijn.

17. Zie uitvoerig: J. LINSMEAU, *l.c.*, 133.

18. J.-P. BUYLE en O. CREPLET, “Les conditions générales de banque. Les opérations sur instruments financiers” in *Algemene bankvoorwaarden*, 368, nr. 33; S. DELAËY, *l.c.*, 268, nr. 17.

19. J. VAN RYN en J. HEENEN, *Principes*, T. IV, (1988), 317, nr. 436.

20. Over het onderscheid tussen aanvaarding en bekrachtiging (dat inderdaad veronderstelt dat de bankier oorspronkelijk zonder instructie is opgetreden), zie: S. DELAËY, *l.c.*, 266-267.

21. Vgl. met het arrest d.d. 4 maart 2004 dat wel steunt op de goede trouw (*Bank Fin.R.* 2004, 227).

22. De verplichting om de stand van de rekening binnen een redelijke termijn te verifiëren en te protesteren, zou als een ‘Obliegenheit’ (‘last’ of ‘incompliance’) kunnen aanzien worden (zie: M.E. STORME, “Bewijs- en verbintenissenrechtelijke beschouwingen omtrent het stilzitten van de aangesprokene bij een factuur en bij andere vormen van aanspraakbevestiging”, *TBH* 1991, 483, nr. 13). Over dergelijke verplichting, waarvan de nakoming typischerwijze niet in natura kan worden afgedwongen, zie: M. FONTAINE, “Obliegenheit, incompliance” in *Liber Amicorum Hubert Claassens*, Antwerpen, Maklu, 1998, 150 e.v.

dat dit beginsel met zich meebrengt dat de cliënt zich tijdig omtrent de bewegingen op zijn rekening dient te informeren en zich alleszins niet op zijn eigen nalatigheid ter zake kan beroepen om een laattijdig protest te rechtvaardigen²³. Ook het hof van beroep van Brussel volgde in het reeds aangehaalde arrest van 4 maart 2004 die weg²⁴. Dergelijke beslissingen liggen volkomen in lijn met de rechtspraak van het Hof van Cassatie volgens dewelke de sanctie van het misbruik bij de uitoefening van contractuele rechten erin kan bestaan dat een partij het recht wordt ontzegd om zich op een welbepaald contractueel recht te beroepen²⁵.

8. Tot slot nog dit. De vraag welke partij – de bankier of de cliënt – het risico dient te dragen van een niet-geautoriseerde betalingstransactie, zal op het ogenblik dat deze kroniek verschijnt, (grotendeels) beantwoord worden aan de hand van op Europees vlak geharmoniseerde regels. Uiterlijk op 1 november 2009 dien(d)en de lidstaten immers de bepalingen van de richtlijn betreffende betalingsdiensten²⁶ in hun wetgeving²⁷ te hebben omgezet²⁸. Naast een regeling die het risico van niet-geautoriseerde betalingstransacties grotendeels ten laste van de ‘betalingsdienaarbieder’ (de bank) legt²⁹, bevat deze richtlijn ook de volgende bepaling:

*“De betalingsdienstgebruiker die zich rekenschap geeft van een niet-toegestane of foutieve betalingstransactie welke aanleiding geeft tot een vordering, met inbegrip van een vordering krachtens artikel 75, verkrijgt alleen rectificatie van zijn betalingsdienaarbieder indien hij hem onverwijld en uiterlijk dertien maanden na valutadatum van de debitering kennis geeft van de bewuste transactie, tenzij de betalingsdienaarbieder, in voorkomend geval, de informatie betreffende die betalingstransactie niet overeenkomstig titel III heeft verstrekt of ter beschikking gesteld.”*³⁰.

9. Deze bepaling blinkt zeker niet uit door haar duidelijk-

heid. Toch lijkt ze twee te onderscheiden regels te formuleren³¹: (i) de cliënt die een niet-toegestane betalingstransactie vaststelt, dient hiervan ‘onverwijld’ (‘sans tarder’) aan zijn bankier kennis te geven, (ii) de cliënt dient de kennisgeving alleszins te verrichten binnen de dertien maanden na de valutadatum van de debitering van zijn rekening. Voorts kan de bankier zich maar op de miskenning van deze regels beroepen indien hij zelf de verplichting heeft nageleefd om de betalingsopdracht onmiddellijk na de ontvangst ervan t.a.v. de cliënt te bevestigen³² (bv. via de rekeninguittreksels).

Helaas heeft de Europese regelgever niet verduidelijkt hoe de miskenning van deze regel(s) nu precies gesanctionneerd moet worden. De enige opvatting die m.i. recht doet aan elk van *beide* regels, lijkt er in te bestaan dat slechts het verstrijken van de 13-maandentermijn leidt tot het verval van de vordering van de cliënt t.a.v. de bankier (de cliënt verkrijgt geen ‘rectificatie’ meer), maar dat de rechter uit de afwezigheid van een ‘onverwijld’ kennisgeving, (nog) steeds het vermoeden *kan* afleiden dat de transactie werd uitgevoerd met de instemming van de cliënt³³. M.i. behoudt de rechter ook in het kader van dat laatste onderzoek de mogelijkheid om de rechtsuitoefening van de cliënt te toetsen aan de goede trouw (zie hoger onder nr. 7).

De richtlijn hoeft naar mijn oordeel ook niet het einde te betekenen van de bedingen in bankvoorwaarden die de afwezigheid van een protest binnen een korte termijn (meestal een maand), als een *bewijs* van aanvaarding bestempelen³⁴. Wel uitgesloten – althans in de verhouding tot consumenten³⁵ – lijken de bedingen die een protesttermijn *op straffe van verval* (!) zouden bevatten die korter is dan de genoemde dertien maanden.

Oliver Stevens
Advocaat

²³. Kh. Brussel 23 april 1996, *TBH* 1997, 739.

²⁴. Brussel 4 maart 2004, *Bank Fin.R.* 2004, 227.

²⁵. Cass. 8 februari 2001, *RW* 2001-02, 778, met noot A. VAN OEVELEN (deze auteur wijst er terecht op dat er tussen deze sanctie en het verbeuren of vervallen verklaren van het recht zelf, een – zij het vrij subtiel – onderscheid blijft bestaan).

²⁶. Richtlijn 2007/64/EG van het Europees Parlement en de Raad van 13 november 2007 betreffende betalingsdiensten in de interne markt tot wijziging van de richtlijnen 97/7/EG, 2002/65/EG en 2006/48/EG, en tot intrekking van richtlijn 97/5/EG, *Pb.* 5 december 2007, L. 319/1 t.e.m. 36.

²⁷. De omzetting van de hier relevante bepalingen van de richtlijn is gebeurd via de wet van 10 december 2009 betreffende de betalingsdiensten (*BS* 15 januari 2010). Deze treedt op 1 april 2010 in werking.

²⁸. Over het toepassingsgebied van de richtlijn, zie: Y. LAUWERS en I. VANWEDDINGEN, “Toepassingsgebied richtlijn betreffende betalingsdiensten in de interne markt”, *Bank Fin.R.* 2008, 372-386.

²⁹. Art. 59 t.e.m. 61; zie nader: G. HENNARD, “L’exécution d’opérations de paiement non autorisées et l’exécution incorrecte d’opérations de paiement”, *Bank Fin.R.* 2009, 6-12.

³⁰. Art. 58 van de richtlijn, waarvan de tekst haast woordelijk in art. 34 van de Belgische wet werd hernomen.

³¹. G. HENNARD, *l.c.*, 5, nr. 2.

³². Art. 38 van de richtlijn (opgenomen onder titel III ervan).

³³. In dezelfde zin, zie: G. HENNARD, *l.c.*, 5, nr. 2.

³⁴. In de verhouding met een consument is wel acht te slaan op art. 32, 18° WHPC. De mogelijkheid voor de consument om het tegenbewijs te leveren, mag op grond van die bepaling niet worden uitgesloten.

³⁵. Overeenkomstig art. 51, 1° van de richtlijn en art. 55 van de wet, kan met betalingsdienstgebruikers die geen consument zijn, een andere termijn worden overeengekomen.