

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 Claessens*, 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.