OVERZICHT VAN RECHTSPRAAK

ALGEMEEN HANDELSRECHT, HANDELSCONTRACTEN, BANK-, KREDIET- WISSEL- EN CHEQUEVERRICHTINGEN (1987-1991)(*)

door

Yvette MERCHIERS(1)
Gewoon Hoogleraar U.G.

Philippe COLLE(2)
Hoofddocent V.U.B. en U.I.A.
Advocaat te Gent

Maarten DAMBRE(3)
Assistent U.G.
Advocaat te Gent

INHOUD

Hoofdstuk I

DE HANDELAARS

Afdeling 1
Hoedanigheid van koopman

1. Hoedanigheid van koopman — 2. Bezitten de hoedanigheid van koopman niet — 3. Apotheker — 4-5. Bijzonder geval van de V.Z.W. — 6. Inschrijving in het handelsregister: vermoeden juris tantum van hoedanigheid van handelaar — 7. Subjectieve daad van Koophandel.

Afdeling 2
Bijzondere verplichtingen van de handelaar

8. Inschrijving in het handelsregister — 9. Beroepsreglementering — 10. Handelsvestiging.

Hoofdstuk II
HANDELSZAAK EN HANDELSPAND (11-50)

Afdeling 1
De handelszaak

§ 1. Begrip — Bestanddelen
1. Algemeenheden (11) — 2. Clienteel (12-13)

§ 2. Overdracht van de handelszaak
1. Overdracht van enkele bestanddelen (14-15) — 2. Wilsgebreken (16) — a) Bedrog (17-18) — b) Dwaling (19) — 3. Oorzaak (20) — 4. Gevolgen t.a.v. de

(*) Dit Overzicht van Rechtspraak omvat de rechtspraak verschenen tot en met eind 1991. Zie ook de vorige Overzichten van Rechtspraak (1966-1971), *T.P.R.* 1973, 633; (1972-1976), *T.P.R.* 1979, 69; (1977-1981), *T.P.R.* 1982, 721; (1982-1986), *T.P.R.* 1987, 1843.
Voor wissel- en chequerecht omvat dit overzicht de rechtspraak verschenen sinds 1981. Voor het vorig Overzicht van Rechtspraak zie MERCHIERS, Y. en NELISSEN GRADE, J.M., ,,Wissel- en chequerecht'' (1960-1980), *T.P.R.*, 1981, 1073.

(1) Staat in voor de hoofdstukken I, III en VII.

(2) Staat in voor de hoofdstukken II, IV, afdeling 3, § 3 en VI.

(3) Staat in voor de hoofdstukken IV (met uitzondering van afdeling 3, § 3) en V.

contracten in de handelszaak begrepen (21) — 5. Verplichtingen van de partijen — a) Handelsnaam (22) — b) Vrijwaring tegen verborgen gebreken (23)

§ 3. *Inpandgeving van de handelszaak* 1. Voorwerp van het pand (24) — a) Bestanddelen (25) — b) Handelszaak en exploitatiezetels (26-27) — 2. Begunstigde (28) — 3. Gewaarborgde schuld (29) — 4. Tegenstelbaarheid aan derden (30-32) — 5. Volgrecht (33-36) — 6. Sanctie bij bedrieglijke vervreemding (37) — 7. Tegeldemaking (38-40) — 8. Samenloop met andere voorrechten — Rangregeling — a) Samenloop met onbetaalde verkoper (41) — b) Samenloop met de verhuurder (42) — c) Samenloop met de houder van een warrant (43) — 9. Tegeldemaking na faillissement (44-46)

Afdeling 2
Het handelspand

§ 1. *Inpandgeving van schuldvorderingen* (47)

§ 2. *Toepasselijke beginselen* (48-49)

§ 3. *Huwelijksvermogenrecht* (50)

Hoofdstuk III
HANDELSCONTRACTEN.

Afdeling 1
Algemene bepalingen

51. Kosteloosheid is niet de regel bij handelaars. — 52. Verwijzing naar de algemene voorwaarden. — 53. Ingebrekestelling.

Afdeling 2
De handelskoop

54. Overdreven prijs bij verkoop van antiquariaatsvoorwerpen. Nietigheid. — 55. Bewijs van een handelskoop. — 56. Verkoop met handgeld. — 57. Koop bij de hoop of koop bij gewicht, getal of maat. Individualisering. — 58. Verkoop F.O.B.-loshaven. Aansprakelijkheid. — 59. Fabrikant of beroepsverkoper — Waarborg voor verborgen gebreken. — 60. Beroepskoper. Aankoop van niet-afbetaalde tweedehandswagen. — 61. Internationale koop. Toepassing van het Haagse Koopverdrag van 1 juli 1964 (Eénvormige Wet op de internationale koop van roerende lichamelijke zaken (E.K.W.). — 62. Internationale koop — E.K.W. — Onder partijen gebruikelijke handelswijzen die afwijken van de expliciete overeenkomst — Toekenning van aanvullende betalingstermijn. — 63. Internationale koop. Verkoop van wapens aan oorlogvoerend land.

Afdeling 3
Commissiecontract

64. Begrip. Onderscheid met mandaat en met distributiecontract. — 65. Verbintenissen van committent t.o.v. commissionair. Retentierecht van de commissionair. — 66. Commissionair. Voorrecht. Samenloop met pandhoudende schuldeiser. — 67. Commissionair-expediteur en commissionair-vervoerder. Begrip. Onderscheid. — 68. De commissionair-vervoerder in zee- en binnenvaart is een commissionair en geen vervoerder. — 69. Verbintenissen van de committent t.o.v. de commissionair-expediteur.

Afdeling 4
Makelaar en makelaarsovereenkomst

70. Begrip — Bezoldigde activiteit. — 71. Vastgoedmakelaar — Kwalificatie: huur van diensten of lastgeving. — 72. Vastgoedmakelaar — Bewijs van het bestaan van een makelaarsovereenkomst. — 73. Vastgoedmakelaar — Bedrag van het loon — Loonmatiging. — 74. Contract afgesloten buiten bemiddeling van de vastgoedmakelaar — Verschuldigd loon. — 75. Koopcompromis tussen

kandidaat-koper en vastgoedmakelaar. — 76. Vastgoedmakelaar — Professionele aansprakelijkheid. — 77. Verzekeringsmakelaar — Rechtsaard van het contract — Lastgeving. — 78. Intuïtu personae karakter van het contract tussen verzekeringsbemiddelaar en verzekeringnemer. — 79. Verzekeringsbemiddelaar — Raadgevingsplicht t.o.v. de verzekeringnemer.

Afdeling 5
Agentuurovereenkomst

80. Handelsagent — Handelsvertegenwoordiger — Inroepen door een derde van het wettelijk vermoeden van de wet van 3 juli 1978. — 81. Handelsagentuur op proef. — 82. Eenzijdige verbreking. — 83. Cumul van hoedanigheid van handelsagent en concessiehouder.

Afdeling 6
Concessiecontract

84. Begrip — Duurzame band. — 85. Begrip — Onderscheid met handelsagentuur. — 86. Bescherming van een selectief distributienet en van het merkimago — Contractuele verplichting om slechts in welbepaalde vestigingen te verkopen. — 87. Concessie — Bewijs. — 88. Wet van 27 juli 1961 — Begrip „concessie" in de zin van de wet — Exclusieve en quasi-exclusieve concessie. — 89. Concessie voor bepaalde tijd — Begrip — 90. Concessie voor bepaalde tijd — Stilzwijgende verlenging. — 91. Opeenvolgende concessies voor bepaalde tijd met verschillende (rechts)personen. — 92. Omzetting van een concessie voor onbepaalde tijd in een concessie voor bepaalde tijd. — 93. Wet van 12 april 1971 ter wijziging van Wet van 27 juli 1961 betreffende de éénzijdige beëindiging van voor onbepaalde tijd verleende concessies van alleenverkoop — Werking in de tijd. 94. Toepassing van de Wet van 27 juli 1961 in de ruimte — Concessie tussen Belgische concessiegever en Nederlandse concessiehouder. — 95. Uitdrukkelijk ontbindend beding. — 96. Beëindiging door de concessiegever wegens stopzetting van de produktie van de goederen, voorwerp van de concessie. — 97. Beëindiging van een concessie voor bepaalde tijd. — 98. Concessie van onbepaalde duur — Beëindiging wegens zware fout. — 99. Beëindiging van een concessie voor bepaalde tijd — Zware fout. — 100. Concessie — Grove fout van concessiegevers. — 101. Opzegging van een concessie voor onbepaalde duur — Opzegging mag niet dubbelzinnig zijn. — 102. Opzegging van een concessie — Bevel tot voortzetting door rechter in kort geding. — 103. Concessie voor onbepaalde tijd — Opzeggingstermijn te bepalen bij de opzegging. — 104. Eenzijdige beëindiging van concessie voor onbepaalde tijd — Opzeggingstermijn de regel — Opzeggingstermijn kan door rechter niet worden verlengd. — 105. Eenzijdige beëindiging van een concessie voor onbepaalde tijd — Redelijke opzeggingstermijn door concessiegever in acht te nemen — Criteria — Duur. — 106. Eenzijdige beëindiging van concessie voor onbepaalde tijd — Opzeggingstermijn door concessiehouder in acht te nemen. — 107. Eenzijdige beëindiging van concessie voor onbepaalde tijd — Compensatoire vergoeding — Begrip — Criteria — Terugname stock. — 108. Eenzijdige beëindiging van concessie voor onbepaalde tijd — Billijke bijkomende vergoeding. — 109. Bevoegdheid ratione loci — E.G.-overeenkomst van 27 september 1968. Eenzijdige beëindiging concessie. — 110. Bevoegdheid ratione loci — E.E.X. — Dwingende en voorlopige maatregelen in het kader van een concessie.

Afdeling 7
Franchising

111. Begrip — Kenmerkende eigenschappen. — 112-113. Verbod om aan

sterk verminderde prijzen te verkopen. — 114. Scholingsbeding. — 114bis. Misleidende reclame door franchisegever ontworpen.

Afdeling 8
Sponsoring

115. Begrip — Contract intuïtu personae. — 116. Verbreking wegens aantasting van imago van gesponserde. — 117. Bemiddeling bij het zoeken naar sponsor.

Afdeling 9
Leasing

118. Begrip. — 119. Sale and lease back. — 120. Leasing en renting. — 121. Leasing en afbetalingskoop. — 122. Voorwerp van leasing — Uitsluitend uitrustingsmaterieel — Informatica software? — 122bis. Leasing afgesloten door een niet-erkende onderneming. — 123. Aanvaarding van de goederen door de gebruiker. — 124. Gebrekkige leveringen. Verborgen gebreken van geleasd materiaal. — 125. Leasingcontract bij ontbinding van de koop. — 126. Strafbedingen bij niet-betaling leasinggelden. — 127. Faillissement — Tegenwerpelijkheid.

Afdeling 10
Factoring

128. Endossement van de factuur door middel van kleefbrief — Tegenwerpelijkheid aan schuldenaar. — 129. Tegenwerpelijkheid van de excepties. — 130. Opeenvolgende overdrachten.

Afdeling 11
Reiscontract

131. Contract van reisorganisatie of contract van reisbemiddeling. — 132. Annulatie van reis door klant wegens ernstige gebeurtenissen in het bestemmingsland. — 133. Verbintenissen van de reisorganisator. — 134. Aansprakelijkheid van de reisbemiddelaar. — 135. Verbintenissen van de reisorganisator t.o.v. klant bij faillissement van de reisbemiddelaar. — 136. Borgtocht — Reisbureau — Faillissement. — 137. Vordering van hotelhouder tegen reisorganisator — Verjaring.

Hoofdstuk IV
BANK- EN KREDIETVERRICHTINGEN

Afdeling 1
Rechtspositie van de bank

138. Bankgeheim — Discretieplicht. — 139. Discretieplicht — Verhouding bank-kredietverzekeraar — Kandidaat lener. — 140. Verhouding bank-derde — Aansprakelijkheid voor commerciële inlichtingen. — 141. Verhouding bank-client — Aansprakelijkheid als bevoorrecht schuldeiser. — 142. Verhouding bank-client — Verkoop deelbewijzen beleggingsfonds. — 143. Verhouding bank-client — Termijnverrichtingen. — 144. Verhouding bank-client — Beursorders. — 145. Verhouding bank-client — Uitbetaling van met verzet aangetekende titels. — 146. Verhouding bank-client — Betaling ,,op verzoek en voor rekening van'' — Delegatie of lastgeving — Beëindiging in geval van vereffening. — 147. Verhouding bank-client — Vrijmaking gekantonneerde som. — 148. Verhouding bank-client — Vergissing van de bank — Gedekt door stilzwijgen client. — 149. Verhouding bank-client — Aansprakelijkheid voor aangestelde. — 150. Verhouding bank-derde-houder wisselbrief. — 151. Verhouding bank-derde — Beslag — Verzet tegen onregelmatige betaling. — 152. Verhouding tussen banken — Incasso — Wisselbrieven.

Afdeling 2
De bankrekeningen

153. Overeenkomst sui generis — Terug-

gave in genere. — 154. Beding van eenheid van rekeningen. — 155. Compensatiebeding. — 156. Beding van eenheid van rekeningen — Compensatiebeding — Tegenwerpelijkheid aan de failliete massa. — 157. Rekening- courant — Schuldvergelijking. — 158. Rekeningcourant — Sluiting — Aanvang verjaringstermijn. — 159. Rekening-courant — Sluiting — Faillissement — Gerechtelijk akkoord. — 160-161. Rekeningcourant — Anatocisme — Intresten na sluiting. — 162. Overschrijving — Vorm. — 163-164-165. Overschrijving — Juridisch karakter. — 166-167-168. Overschrijving — Bevrijdend karakter — Datum van betaling. — 169. Overschrijving — Art. 444 Faillissementswet. — 170. Overschrijvingsorder — Herroeping. — 171. Overschrijving tussen rekeningen bij twee verschillende banken — Rechtsaard. — 172. Overschrijving — Onverschuldigde betaling — Tegenboeking. — 173. Verkeerd uitgevoerde overschrijving — Geen tegenboeking. — 174. Overschrijving — Valse handtekening — Aansprakelijkheid bank. — 175. Overschrijving — ,,Getekend'' met stempel — Geen aansprakelijkheid in geval van betaling. — 176-177. Overschrijving — Oorzaak — Witwassen kapitaal.

Afdeling 3
Kredietverrichtingen

§ 1. Consumentenkrediet
178-179. Wet op het consumentenkrediet. — 180-181-182. Informatieplicht — Informatiebestand. — 183-184. Dwingend recht — Openbare orde. — 185-186. Kredietovereenkomst — Opschortende voorwaarde voor de te financieren overeenkomst. — 187. Kredietovereenkomst — Bewijs — Vermelding ,,Goed voor''. — 188. Verkoop op afbetaling — Voorschot — Bestaansvereiste. — 189- 190. Verkoop op afbetaling — Bedenktijd. — 191. Verkoop op afbetaling — Stilzwijgende afwijking op maximum aantal termijnen — Herleiding verplichtingen koper. — 192. Kredietovereenkomst — Wisselbrief — Tegenwerpelijkheid — Verweermiddelen. — 193. Kredietovereenkomst — Tegenwerpelijkheid Verweermiddelen. — 194. Lening op afbetaling — Art. 1907ter B.W. — Overdreven schadebeding. — 195. Lening op afbetaling — Controleplicht kredietgever — Aansprakelijkheid ten aanzien van de overnemer.

§ 2. Kredietopening
196. Begrip en bewijs — Kasfaciliteiten. — 197. Begrip — Wet op het Consumentenkrediet — Kasfaciliteiten. — 198. Aansprakelijkheid bank bij afsluiten schuldsaldoverzekering. — 199. Aansprakelijkheid bank als kredietverlener — 200. Eenzijdige beëindiging.

§ 3. Betaalkaarten en Kredietkaarten (201)
1. Betaalkaarten (Bancontact, Mister Cash, Postomat) (202) — a) Bewijsregeling (203-205) — b) Aansprakelijkheidsregeling bij verlies of diefstal (206-207) — c) Misbruik van de kaart. Strafrechtelijke aansprakelijkheid (208-210) — 2. Kredietkaarten (211) — a) Eurocard en huwelijksvermogensrecht (212) — b) Aansprakelijkheidsregeling bij verlies of diefstal (213) — c) Aansprakelijkheidsregeling en de wet op het consumentenkrediet (214)

§ 4. Hypothecaire lening
215. Dwingend recht. — 216. Toepassingsgebied — Circulatiekrediet. — 217-218-219. Intrestvastheid — Beding van vervroegde opeisbaarheid. — 220. Beding van vervroegde terugbetaling — Wederbeleggingsvergoeding. — 221. Wetsontwerp op het hypothecair krediet. — 222. Hypotheek ,,voor alle schulden''.

§ 5. Discontokrediet
223. Cedentendiscontokrediet — Begrip. — 224. Leveranciersdiscontokre-

diet — Juridisch mechanisme — Gevolgen. — 225. Leveranciersdiscontokrediet — Risicoverdeling — Afstand regresrecht.

§ 6. Documentair krediet
226. Betaling — Abstract karakter — Bedrog. — 227. Bedrog — Kort geding. — 228-229-230. Abstract karakter — Beslag onder derden. -231. Vervaldag — Vervoer van goederen — Uitvoeringstermijn.

§ 7. Garanties op eerste verzoek
232-233-234. Begrip — Onafhankelijkheid van onderliggende rechtsverhouding — Abstract karakter. — 235. Kwalificatie door de rechter — Interpretatie. — 236. Tegengarantie — Abstract en onafhankelijk karakter. — 236bis. Bedrog — Kennelijk misbruik — Goede trouw. — 237. Onderzoeksplicht garant en tegengarant — Bedrog — Kennelijk misbruik. — 238. Onderzoeksplicht garant en tegengarant — Formele onregelmatigheden. — 239. Onderzoeksplicht garant en tegengarant — Uniforme regelen — Internationale Kamer van Koophandel. — 240. Mogelijkheid tot kort geding. — 241. Controleplicht buitenlandse correspondent.

Afdeling 4
Aansprakelijkheid van de kredietverlener

242-243-244-245. Toestaan van krediet — Onderzoeks- en raadgevingsplicht — Algemene zorgvuldigheidsplicht. — 246. Handhaven van krediet — Controleplicht. — 247. Handhaven leveranciersdiscontokrediet — Waakzaamheidsplicht medecontractant. — 248. Handhaven leveranciersdiscontokrediet — Controleplichtmiddelenverbintenis. — 249. Leveranciersdiscontokrediet — Oorzakelijk verband. — 250-251. Leveranciersdiscontokrediet — Verhouding tussen bank en trekker. — 252. Cedentendiscontokrediet — Verhouding tussen bank en betrokkene. — 253. Leveranciersdiscontokrediet — Aansprakelijkheid domiciliebank. — 254. Kredietverlening aan ondernemingen in moeilijkheden. — 255. Aansprakelijkheid ten aanzien van schuldeisers van een zustervennootschap. — 256. Aansprakelijkheid ten aanzien van de kredietnemer. — 257. Aansprakelijkheid in geval van faillissement. — 258. Aansprakelijkheid ten aanzien van de borgen van de kredietnemer. — 259-260-261. Aansprakelijkheid bij beëindiging kredietverlening — Rechtsmisbruik.

Hoofdstuk V
DE WISSELBRIEF EN HET ORDERBRIEFJE

Afdeling 1
Grond- en vormvereisten

262. Vermelding naam van diegene aan wie betaling moet worden gedaan. — 263. Blanco wisselbrief. — 264. Tijdstip waarop de vermeldingen op de wisselbrief moeten voorkomen. — 265. Tekstverandering. — 266. Bekwaamheid. — 267. Dubbele handtekeningsclausule — Schijnmandaat. — 268. Bevoegdheidsbeding. — 269. Taalgebruik.

Afdeling 2
Het aval

270. Regelen borgtocht niet van toepassing. — 271. Wettelijke aanwijzing trekker als geavaleerde. — 272. Omvang verbintenis avalgever — Onderlinge verhoudingen tussen avalgevers.

Afdeling 3
Overdracht van wisselrechten

273. Begrip. — 274. Gevolgen. — 275. Endossement na protest — Tegenwerpelijkheid verweermiddelen.

Afdeling 4
Betaalplicht en regres

276. Gedeeltelijke en vervroegde betaling — Termijnen van respijt. — 277. Betaling door domiciliebank. — 278. Betaling aan order — Foutieve betaling aan trekker — Aansprakelijkheid gerechtsdeurwaarder betrokkene en trekker. — 279. Betaling na derdenbeslag. — 280. Vervroegde betaling orderbriefje — Faillissement. — 281. Regresvordering voor vervaldag — Aanvraag gerechtelijk akkoord — Staking van betaling. — 282. Regres tussen ondertekenaars orderbriefje. — 283. Afstand regresrecht — Leveranciersdiscontokrediet.

Afdeling 5
De formele abstractie van wisselverbintenissen

284. Begrip — Onvoorwaardelijk karakter. — 284bis. Zelfstandige titel van schuldvordering — Bewijslast. — 286-287. Tegenwerpelijkheid verweermiddelen tussen onmiddellijk verbonden wisselpartijen. — 288. Afstand van verweermiddelen — Latere vordering op grond van de onderliggende overeenkomst.

Afdeling 6
De materiële abstractie van wisselverbintenissen

289. Begrip. — 290. Derde houder te kwader trouw — Bewijslast. — 291. Rekening-courant tussen trekker en betrokkene — Gevolgen ten aanzien van houder gedisconteerde wisselbrief. — 292. Niet-tegenwerpelijkheid verweermiddelen in persoonlijke verhouding met endossant.

Afdeling 7
Protest en publicatie

293. Vrijstelling van protest. — 294-295. Schorsing publicatie in kort geding.

Afdeling 8
Verval van het regresrecht en verjaring

296. Wissel en orderbriefje betaalbaar op zicht — Verjaring — Termijn. — 297. Verjaring en faillissement. — 298. Verandering vervaldatum na ondertekening. — 299. Verjaring vordering tegen de avalgever — Vordering tussen avalgevers. — 300. Verval — Verlenging aanbiedingstermijn — Afwijkend beding. -301. Verjaring en leveranciersdiscontokrediet. — 302. Overblijvende rechtsvordering na verjaring.

Hoofdstuk VI (303-376)
DE CHEQUE

Afdeling 1
Algemeenheden

§ *1. Waardepapier — Verhandelbare titel* (303)

§ *2. Bewijskracht* (304)

§ *3. Bankvolmacht, lastgeving en chequerechtelijk regres* (305)

§ *4. Cheque betaalbaar met de clausule „niet aan order"* (306-307)

Afdeling 2
De uitgifte

§ *1. Verplichte vermeldingen* (308-311)

§ *2. Het fonds* (312-316)

§ *3. De certificatie* (317)

Afdeling 3
De betaling

§ 1. Rechtstreeks krediet en incassomandaat (318-320)

§ 2. De cheque als betaalmiddel (321-323)

§ 3. Cheque als betaalmiddel en faillissement (324-329)

Afdeling 4
Het voorrecht (330)

Afdeling 5
Het endossement

§ 1. Endossement als kwijting (331)

§ 2. Endossementenreeks (332)

§ 3. Gevolgen van het endossement (334)

Afdeling 6
De excepties of verweermiddelen (335-336)

Afdeling 7
De herroeping en het verzet

§ 1. De herroeping (337-339)
Herroeping en regres (340-341)

§ 2. Het verzet (342)

Afdeling 8
Aansprakelijkheid (343)

§ 1. Toepassingsgebied (344)

§ 2. Aansprakelijkheid voor verlies, diefstal of verkeerd gebruik (345-347)
1. Grove fout van de bank (348-350) — 2. Grove fout en eurocheques (351-357) — 3. Grove fout en gedeelde aansprakelijkheid (358) — 4. Andere gewaarborgde cheques (359)

§ 3. Verzekering (360-362)

Afdeling 9
De vermiste cheque (363)

Afdeling 10
De verjaring

§ 1. Verjaring en onderliggende rechtsverhouding (364)

§ 2. Verjaring en onrechtmatige verrijking (365)

Afdeling 11
De strafsancties

§ 1. De strafsancties in de Chequewet (366-370)

§ 2. Oplichting (371)

§ 3. Burgerlijke partijstelling en te bekomen schadevergoeding (372-374)

Afdeling 12
Accreditieven, girobons en giro- of overschrijvingsformulieren. (375-376)

Hoofdstuk VII
BEVOEGDHEID EN PROCEDURE — BEWIJS EN VERJARING

Afdeling 1
Bevoegdheid

377. Bevoegdheid van de rechtbank van koophandel — Geschil tussen handelaars m.b.t. daden van koophandel. — 378. Bevoegdheid van de rechtbank van koophandel — Eiser is geen handelaar. — 379. Bevoegdheid ratione loci — Bevoegdheidsclausule op factuur.

Afdeling 2
Procedure

380. Ontvankelijkheid van de vordering. Inschrijving in het handelsregister.

— 381. Inschrijving in het handelsregister — Akte van hoger beroep.

Afdeling 3
Het bewijs

382. Vrijheid van bewijsmiddel inzake koophandel. — 383. Geschil tussen handelaar en niet-handelaar — Bewijs tegen de handelaar. — 384. Bewijsmiddel „Affidavit". — 385. Bewijs door getuigen en vermoedens tegen een geschrift. — 386. Bewijs van een dading. — 387. De factuur als bewijsmiddel van primaire verbintenissen uit overeenkomst. — 388. De factuur als bewijsmiddel — Geldigheidsvoorwaarden. — 389. De factuur als bewijsmiddel — Factuur voor nog niet uitgevoerde prestaties. — 390. De factuur als bewijsmiddel — Laattijdige factuur. — 391. De factuur als bewijsmiddel — Bewijs van ontvangst. — 392. De factuur als bewijsmiddel — Onduidelijke beschrijving van geleverde prestaties. — 393. De factuur als bewijsmiddel — Protest. — 394. De factuur als bewijsmiddel — Aanvaarding van de factuurvoorwaarden — Factuur in andere taal opgesteld. — 395. De factuur als bewijsmiddel — Langdurige niet inroeping van de factuurvoorwaarden.

Afdeling 4
Verjaring

396. Korte verjaring van artikel 2272 B.W. — 397. Korte verjaring van de wet van 1 mei 1913.

HOOFDSTUK I

DE HANDELAARS

AFDELING 1

HOEDANIGHEID VAN KOOPMAN

1. HOEDANIGHEID VAN KOOPMAN — Koopman is hij die daden van koophandel stelt en daarvan hoofdzakelijk of aanvullend zijn gewoon beroep maakt (Art. 1 W. Kh.).

Zijn handelaars:

— de kleinveeteler waarvan de bedrijvigheid bestaat in het voederen en verzorgen in zijn bedrijf van aangekochte legkippen en dit voor de opbrengst van de legproduktie en de verkoop van de kippen zelf na de normale produktieperiode; dergelijke activiteit betreft geen verwerking die normaal bij de landbouwbedrijven behoort, omdat niet vastgesteld werd dat de kippen gevoederd werden met de voortbrengselen van een door de uitbater, alleen of samen met anderen, geëxploiteerd landbouwbedrijf (Cass., 12 juni 1987, *A.C.*, 1986-87, 1403; *R.W.*, 1987-88, 677; *T.B.H.*, 1987, 664).

— de bank (art. 2 lid 7 W. Kh.) (Cass., 25 oktober 1990, *A.C.*, 1990-91, 241; *R.W.*, 1990-91, 1237; *Pas.*, 1991, I, 214, nr. 109).

— de uitbater van een rusthuis voor bejaarden: als onderneming van leveringen met winstoogmerk (Arrondrb. Gent, 3 april 1989, *T.B.H.*, 1989, 629).

— de boekhouder- fiscalist-consulent in verzekeringen (Vred. Huy, 21 juni 1990, *T. Vred.*, 1991, 93).

— de handelsagent (Rb. Turnhout, 22 juni 1989, *Turnh. Rechtsl.*, 1990/62); hij bemiddelt immers met winstoogmerk bij verkoop van goederen.

— hij die als zelfstandige, en met winstoogmerk, aan ondernemingen zijn diensten aanbiedt bij het plaatsen van hun personeel; dit is een activiteit van zakenagent (Brussel, 22 december 1987, *T.B.H.*, 1990, 396).

2. BEZITTEN DE HOEDANIGHEID VAN KOOPMAN NIET —

— een „rijks"-universiteit; het wettelijk statuut zou zulks verhinderen (Cass., 3 november 1989, *A.C.*, 1989-90, 305, nr. 136; *R.W.*, 1989-90, 1190 dat zulks besliste in het kader van een vordering tot staken; zie ook Antwerpen, 12 januari 1988, *Pas.*, 1988, II, 93).

— de gerant van onroerende goederen die op grond van een burgerlijke lastgeving hem verleend door de medeëigenaars, het beheer van appartementsgebouwen waarneemt, zonder te beschikken over een commerciële

organisatie, noch publiciteit te voeren (Luik, 14 juni 1988, *J.L.M.B.*, 1988, 1113).

3. APOTHEKER — Sinds de wet van 18 juli 1973 worden de aankopen met het oog op de verkoop van particulieren en de verkopen aan particulieren van produkten die onder het beroep van apotheker ressorteren niet meer als daden van koophandel aangemerkt; vóór deze wet moest de rechter, in feite, oordelen of de apotheker als koopman diende aangemerkt of niet (Cass., 9 november 1989, *A.C.*, 1989-90, 333 m.b.t. een problematiek van inpandgeving van de handelszaak).

4. BIJZONDER GEVAL VAN DE V.Z.W. — Heel wat V.Z.W.'s stellen daden die als daden van koophandel worden aangemerkt en doen dit meestal als aanvullende, doch ook wel eens als hoofdzakelijke activiteit. Verkrijgen zij hierdoor de hoedanigheid van koopman? Volgens een vaststaande rechtspraak van het Hof van Cassatie volstaat het herhaald verrichten van daden van koophandel, zoals ook de gewoonte daarvan, niet om de hoedanigheid van handelaar te verkrijgen; daartoe is een beroep vereist, wat winstoogmerk en speculatie onderstelt (Cass., 7 april 1898, *Pas.*, 1898, I, 146; Cass., 19 januari 1973, *A.C.*, 1973, 575).

Vandaar dat aanvaard kan worden dat een V.Z.W. niet de hoedanigheid van koopman verwerft indien ze ten bijkomstige titel daden van koophandel stelt doch de opbrengst van deze bijkomstige commerciële activiteit zonder winstoogmerk geschiedt en dus volledig aangewend wordt ter verwezenlijking van het belangeloos doel van de V.Z.W.

Er moet een duidelijk onderscheid worden gemaakt tussen de bijkomstige commerciële activiteit die een accessorium is van de verwezenlijking van het doel, en de aanvullende commerciële activiteit in de zin van artikel 1 W. Kh. Dit laatste is een autonome activiteit van de rechtspersoon om zich bijkomende inkomsten te verschaffen. (zie hierover de uitvoerige en interessante redenering van de voorzitter van de rechtbank van koophandel te Bergen, 22 mei 1987, *R.P.S.*, 1988, 154 met noot 'tKint; *J.L.M.B.*, 1987, 1391).

Zo kon terecht beslist worden dat niet als handelaar diende aangemerkt omdat de daden van koophandel als bijkomstig aan te merken waren:

— de V.Z.W. die bezoldigd vervoer inricht, doch uitsluitend in het kader van het maatschappelijk dienstbetoon, en het door haar aldus geboden alternatief vervoer zich enkel richt tot welbepaalde groepen uit de samenleving — m.n. de minder begoeden, invaliden en bejaarden — die moeten beantwoorden aan bepaalde voorwaarden (inkomensgrens, lidmaatschap, voorafgaande aanvraag van de rit) en het vervoer gebeurt door occasionele vrijwilligers tegen een vergoeding die enkel als delging van hun onkosten kan worden beschouwd (Kh. Gent (Voorz.) 14 januari 1991, *T.G.R.*, 1991, 81);

— de V.Z.W. die tot werkelijk doel heeft de paardesport te bevorderen maar waar, aan de bar van het clubhuis, aan de leden drank wordt verkocht, activiteit die volledig ondergeschikt is aan het bereiken van het werkelijk doel (Cass., 12 februari 1987, *T.B.H.*, 1988, 155; zie ook Gent, 30 maart 1990, *T.G.R.*, 1990, 62).

— de V.Z.W. met statutair doel de leden de basketbalsport te laten beoefenen, en die sportmanifestaties inricht waarvan de opbrengst aan de realisatie van het statutair doel wordt besteed (Arrondrb. Gent, 14 april 1986, *T.B.H.*, 1988, 571).

5. Het rechtsstatuut van de V.Z.W. sluit evenwel niet uit dat zij als handelaar zou kunnen worden aangemerkt, wanneer haar statutair doel hoofdzakelijk of aanvullend het verrichten van daden van koophandel met winstoogmerk omvat of ook wanneer zij in strijd met haar statutair doel daden van koophandel stelt met winstbejag (zie overwegingen van: Brussel, 10 februari 1988, *R.P.S.*, 1988, 151; Kh. Gent (Voorz.), 14 januari 1991, *T.G.R.*, 1991, 81).

Dat veeleer het werkelijk doel dan het statutair doel relevant is, kan worden afgeleid uit de bewoordingen van het arrest van het Hof van Cassatie van 12 februari 1987, (*A.C.*, 1986-87, 789; *T.B.H.*, 1968, 155) ,,... dat het reële, voornaamste en niet winstgevend doel van de verwerende vereniging de bevordering van de paardesport is''.

Is aldus terecht als koopman aangemerkt de V.Z.W. met als maatschappelijk doel ,,een kader te vormen waarin teaterprodukties en aanverwante culturele prestaties kunnen gerealiseerd worden'' die gedurende ongeveer veertien dagen filmvoorstellingen in een schouwburg, die zij in huur nam, organiseerde, en nadien nieuwe programma's, via in de streek gevoerde publiciteit, aankondigde (Rb. Turnhout (Voorz.), 21 december 1987, *Turnh. Rechtsl.*, 1990, 171).

6. INSCHRIJVING IN HET HANDELSREGISTER: VERMOEDEN JURIS TANTUM VAN HOEDANIGHEID VAN HANDELAAR — Sinds de wet van 3 juli 1956 op het handelsregister (art. 3) wordt de persoon, ingeschreven in het handelsregister, vermoed handelaar te zijn. Dit vermoeden is een vermoeden juris tantum (Cass., 18 maart 1966; Zie Merchiers, Y., ,,Overzicht van Rechtspraak (1966-1971)'', *T.P.R.*, 1973, 646). Het vermoeden bestaat dus behoudens tegenbewijs, zodanig dat bij betwisting van deze hoedanigheid, hij die beweert geen handelaar te zijn, zulks moet bewijzen.

Hij die op het ogenblik waarop hij betwist de hoedanigheid van handelaar te hebben gehad, een herberg uitbaatte, slaagt daar niet in (Kh. Hasselt, 9 juni 1988, *Limb. Rechtsl.*, 1988, 226).

7. SUBJECTIEVE DAAD VAN KOOPHANDEL — Bij artikel 2 W. Kh. wordt als daad van koophandel aangemerkt elke verbintenis van kooplieden om het

even of ze slaat op onroerende of op roerende goederen, tenzij bewezen is dat zij een oorzaak heeft die vreemd is aan de koophandel. Daaruit volgt dat de verbintenis die voor een koopman voortvloeit uit het in huur nemen van een onroerend goed voor het drijven van zijn handel, een handelsverbintenis is (Cass., 21 januari 1988, *A.C.*, 1987-88, 635).

AFDELING 2

BIJZONDERE VERPLICHTINGEN VAN DE HANDELAAR

8. INSCHRIJVING IN HET HANDELSREGISTER — Elke natuurlijke of rechtspersoon van Belgische of van vreemde nationaliteit die voornemens is in België een handelswerkzaamheid uit te oefenen, door het exploiteren hetzij van een hoofdinrichting, hetzij van een filiaal of bijkantoor, moet zich vooraf laten inschrijven in het handelsregister (art. 4 Handelsregisterwet).

Deze bepaling is niet toepasselijk op de vreemdeling die op het Belgisch grondgebied geen handelswerkzaamheid uitoefent in de zin van artikel 4 Handelsregisterwet (Kh. Brussel, 26 maart 1987, *J.T.*, 1988, 427).

Wat de ontvankelijkheid van de vordering betreft bij niet-inschrijving in het handelsregister, zie infra nrs. 380 en 381 (procedure).

9. BEROEPSREGLEMENTERING — Op grond van de Wet van 15 december 1970 kunnen in de kleine en middelgrote handels- en ambachtsondernemingen de beroepswerkzaamheden bij Koninklijk Besluit worden gereglementeerd.

Artikel 5 § 1 van deze wet bepaalt dat een ondernemingshoofd slechts een gereglementeerde beroepswerkzaamheid mag uitoefenen indien hij in het bezit is van een getuigschrift waaruit blijkt dat aan de gestelde eisen is voldaan. Een ieder die het dagelijks beheer van een inrichting op zich neemt, zonder door een dienstcontract te zijn gehouden, wordt met een ondernemingshoofd gelijkgesteld.

Het Hof van Cassatie overweegt dat uit de parlementaire behandeling van de wet blijkt dat het de bedoeling van de wetgever is geweest de personen die het dagelijks beheer van de inrichting op zich nemen slechts dan van de door artikel 5 § 1 derde lid van de wet opgelegde verplichting uit te sluiten, wanneer ze verbonden zijn door de band van ondergeschiktheid die het kenmerk is van de arbeidsovereenkomst in de zin van de wet van 3 juli 1978 (Cass., 11 december 1987, *A.C.*, 1987-88, 480).

10. HANDELSVESTIGING — De ontwerpen van handelsvestiging zijn onderworpen aan een machtiging door het College van Burgemeester en Schepenen (art. 2 Wet 29 juni 1975 betreffende de handelsvestigingen - Handelsvestigingswet).

Beroep tegen de beslissingen genomen door het College van Burgemeester

en Schepenen, of bij ontstentenis, door het Sociaal-Economisch Comité voor de Distributie is mogelijk voor het Interministerieel Comité (art. 11 Handelsvestigingswet). Dit Interministerieel Comité moet binnen de vijfenveertig dagen na ontvangst van het beroep, een beslissing nemen. De termijn van 45 dagen is een bindende termijn, niet een loutere termijn voor de goede orde. Na het verstrijken van de termijn kan het Interministerieel Comité geen uitspraak meer doen, zodat de beslissing, waartegen beroep werd ingesteld, opnieuw uitvoerbare kracht krijgt, aangezien het beroep zijn schorsende werking verloren heeft (Cass., 3 mei 1989, *R. W.*, 1989-90, 326).

De in artikel 16 van de wet van 29 juni 1975 betreffende de handelsvestigingen opgesomde instanties zijn gerechtigd om voor de strafrechter, bij wie vervolgingen zijn ingesteld wegens overtredingen van die wet, bij wege van vrijwillige tussenkomst te vragen dat ofwel de intrekking of de opschorting van de voor de litigieuze handelsvestiging verleende machtiging ofwel de sluiting van die handelsvestiging zou worden bevolen (Cass., 24 oktober 1990, *A.C.*, 1990-91, 224, nr. 103).

HOOFDSTUK II

HANDELSZAAK EN HANDELSPAND

AFDELING 1
DE HANDELSZAAK

§ 1. Begrip - Bestanddelen

1. Algemeenheden

11. De handelszaak is een (feitelijke) algemeenheid, samengesteld uit een aantal lichamelijke en onlichamelijke roerende goederen (Cass., 9 november 1990, *A.C.*, 1990-1991, 293 en *Pas.*, 1991, I, 263; Bergen, 10 januari 1990, *Rev. Not. B.*, 1990, 606, (enigszins verward); Bouckaert, F., *De handelszaak*, A.P.R., Brussel, Story-Scientia, 1989, nr. 4. Zie ook Merchiers, Y., ,,Overzicht van Rechtspraak (1977-1981). Bijzonder en afwijkend handelsrecht'', *T.P.R.*, 1982, 732). Uit welke bestanddelen de handelszaak precies bestaat, is wettelijk niet bepaald.

De opsomming in artikel 2 van de Wet van 25 oktober 1919 betreffende de inpandgeving van de handelszaak is niet exhaustief. Doorgaans wordt aangenomen dat de handelszaak alle elementen omvat die bijdragen tot het aantrekken en het behoud van de cliënteel (Gent, 30 maart 1988, *T.G.R.*, 1988, 69, noot Van Heuverswyn, Chr.; Van Ryn, J. en Heenen, J., *Principes*, I, 1976, nr. 441). De aanwijzing van die elementen is van wezenlijk belang, wanneer de handelszaak het voorwerp uitmaakt van een transactie (verkoop, verhuring, inbreng, inpandgeving). Er is inderdaad geen transactie met betrekking tot de handelszaak, indien niet alle essentiële bestanddelen van de handelszaak in de rechtshandeling betrokken zijn.

Essentiële bestanddelen zijn deze zonder dewelke de verdere uitbating van de handelszaak en het behoud van de cliënteel niet mogelijk zijn (Fontaine, M., ,,L'inclusion des créances, valeurs et espèces dans la composition du fonds de commerce'', *R.C.J.B.*, 1972, 331-333; Van Ryn, J. en Heenen, J., *Principes*, I, 1976, nr. 442; Cousy, H., ,,Afwijkend en bijzonder handelsrecht'' in *Beginselen van Belgisch Privaatrecht*, XIII, *Handels- en Economisch Recht*, deel I, *Ondernemingsrecht*, Vol. A, Van Gerven, W., Cousy, H. en Stuyck, J. (eds.), Brussel, Story-Scientia, 1989, nr. 115).

Het betreft een feitenkwestie overgelaten aan de soevereine beoordeling van de feitenrechter.

2. Cliënteel

12. De klanten, die het vooruitzicht bieden van toekomstige bestellingen, vormen een bestanddeel van de handelszaak (cf. Bouckaert, F., *o.c.*, nr. 21).

Berust zulks niet op een verwarring tussen het begrip handelszaak en het resultaat dat ermee beoogd wordt?

De handelszaak is samengesteld uit de elementen die bijdragen tot het aantrekken en het behoud van de cliënteel (*supra*, nr. 11). In die optiek is de cliënteel geen element van de handelszaak, maar veeleer het gevolg van een goede organisatie en een doelmatige aanwending van de bestanddelen waaruit de handelszaak is samengesteld (*Contra*: Cass. fr., 16 januari 1990, *J.C.P.*, 1991, J, 21662). Cliënteel is overigens een *res nullius* (zie Cousy, H., ,,Afwijkend en bijzonder handelsrecht'', *l.c.*, nr. 116). Klantenoverdracht bestaat als zodanig niet. Klanten zijn immers vrij zich tot deze of gene handelszaak te wenden (Bouckaert, F. *o.c.*, nr. 64).

13. *Overdracht van cliënteel* moet dan ook eerder aangemerkt worden als een door de verkoper aangegaan *mededingingsverbod*, dat in de tijd en de ruimte beperkt moet zijn ten einde geen afbreuk te doen aan het fundamenteel beginsel van *vrijheid van handel en bedrijfsvoering*.

Zo geen beperking in de tijd bedongen is, moet de rechter rekening houdend met de feitelijke omstandigheden, oordelen over welke redelijke termijn de cessionaris moet beschikken om de cliënteel aan zich te binden (Rb. Luxemburg, 25 april 1991, *J.T.*, 1991, 527). De Rechtbank oordeelde dat de hervatting van een groothandel in eetwaren geen miskenning inhield van een.mededingingsverbod, dat meer dan 16 jaar tevoren was aangegaan. De cessionaris had ruim de tijd gehad om de gecedeerde cliënteel aan zich te binden.

§ 2. Overdracht van de handelszaak (Verkoop, inbreng, ...)

1. *Overdracht van enkele bestanddelen*

14. De verkoop van enkele bestanddelen (meubilair en herbergmaterieel) impliceert geen overdracht van de handelszaak als dusdanig (Cass., 9 november 1990, *Pas.* 1991, I, 263 en *A.C.*, 1990-1991, 293) (zie *supra*, nr. 11).

Aan deze vaststelling zijn belangrijke consequenties verbonden. In het door het Hof van Cassatie beslechte geval b.v., was de koper geen eigenaar geworden van de handelszaak, die hij sedert geruime tijd in huur nam, met als gevolg dat hij geen aanspraak kon maken op de uitzettingsvergoeding door de handelshuurwet voorgeschreven in geval van huurhernieuwingsweigering.

15. De enkele inbreng van een onroerend goed in een N.V. impliceert niet noodzakelijkerwijze de inbreng van het handelsfonds dat in het onroerend goed wordt uitgebaat (Bergen, 14 juni 1988, *T.B.H.*, 1989, 256 en *J.L.M.B.*, 1988, 1409 (verkort)).

Dezelfde redenering leidde tot de beslissing dat de inbreng van een handels-

zaak in huwelijksgemeenschap afhankelijk is van de bestanddelen die daadwerkelijk worden ingebracht (cf. Brussel, 17 november 1988, *Pas.*, 1989, II, 116).

Over de overdracht van cliënteel, zie *supra*, nr. 13.

2. *Wilsgebreken*

16. De overdracht van de handelszaak vereist de wederzijdse toestemming van overdrager en overnemer.

Quid wanneer de toestemming door een wilsgebrek is aangetast?

a. Bedrog

17. De overdracht van een handelszaak kan op verzoek van de overnemer nietig worden verklaard wegens bedrog, wanneer de overdrager hem niet op de hoogte stelde van het pand dat het handelsfonds bezwaart (Bergen, 29 april 1986, *J.L.M.B.*, 1987, 332, kritische noot Blondiau, M.). Deze beslissing verdient een aantal randbemerkingen. De informatieplicht die tussen aanstaande contractanten bestaat, ontslaat hen niet van de verplichting ook zelf inlichtingen in te winnen (Marchandise, Ph., ,,La libre négociation. Droits et obligations des négociateurs'', *J.T.* 1989, 623, nr. 16; Schrans, G., ,,De progressieve totstandkoming der contracten'' *T.P.R.*, 1987, 14-15). Bij de beoordeling van de informatieplicht dringt zich derhalve enige nuancering op, met name met betrekking tot deze elementen waarvan de tegenpartij kennis heeft of kennis behoort te hebben (Schrans, G., *l.c.*, 12; Colle, Ph., ,,De invloed van de onzorgvuldigheid van het slachtoffer op de sanctionering van het bedrog en de informatieplicht tussen contractanten'', *D.C.C.R.*, 1990-1991, 527; Rommel, G., ,,L'obligation de renseignement'' in *Droits des consommateurs*, Brussel, Facultés Universitaires St.-Louis, 1982, 26). Welnu, het pand op de handelszaak wordt openbaar gemaakt door inschrijving in een register op het hypotheekkantoor (*infra*, nr. 30). Dit register kan door een ieder worden geraadpleegd. Bijgevolg kan, onder omstandigheden, aan de overnemer van een handelszaak wellicht enige onzorgvuldigheid verweten worden, wanneer hij naliet naar het bestaan van het pand te informeren.

18. De afwezigheid, onvolledigheid of ontoereikendheid van de boekhouding maakt geen bedrog uit, zo de overnemer dit zelf heeft kunnen vaststellen (Brussel, 2 februari 1988, *J.L.M.B.*, 1988, 1407 (verkort)). In beginsel maakt het ook geen verborgen gebrek uit (zie Bouckaert, F., *o.c.*, nrs. 107-108).

b. Dwaling

19. Om als wilsgebrek in aanmerking te komen, dient de dwaling betrekking te hebben op de zelfstandigheid van de zaak (art. 1110 B.W.) en verschoonbaar zijn.

Begaat een onverschoonbare dwaling, degene die een ambulante handel in vleespreparaten overneemt in de overtuiging dat hij de vergunning voor de uitoefening van deze handelsactiviteit zal bekomen en deze uiteindelijk niet bekomt, wanneer blijkt dat hij voorafgaandelijk niet eens informeerde naar de te vervullen voorwaarden ter bekoming van de vergunning (Luik, 10 maart 1988, *J.L.M.B.*, 1989, 610).

3. *Oorzaak*

20. De cessie-overeenkomst met betrekking tot een handelszaak kan geen gevolg hebben, indien zij zonder oorzaak is (art. 1131 B.W.).

De overdracht van een taxi-standplaats in de wetenschap dat de overnemer nimmer de uitbatingsvergunning zou bekomen, moet nietig verklaard worden wegens gebrek aan oorzaak (Luik, 18 juni 1991, *J.L.M.B.*, 1991, 1402, *Rev. Rég. Dr.*, 1991, 435 en *T.B.H.*, 1992, 264: dit arrest is vooral lezenswaardig op het vlak van de toepassing van de beginselen inzake het herstel van de partijen in hun oorspronkelijke toestand).

4. *Gevolgen ten aanzien van de contracten in de handelszaak begrepen*

21. In overeenstemming met de klassieke leer (Cass., 4 maart 1982, *R.C.J.B.*, 1984, 175, kritische noot Fontaine, M.) kunnen, enerzijds, de schuldvorderingen mede overgedragen worden mits naleving van de formaliteiten neergelegd in artikel 1690 van het Burgerlijk Wetboek (Bergen, 23 januari 1991, *T.B.H.*, 1991, 716 en *J.T.*, 1991, 582) en, anderzijds, de schulden mits dit uitdrukkelijk is voorzien in de overdrachtsakte en de betrokken schuldeiser hiermee instemt (schuldvernieuwing, delegatie) (Bergen, 14 juni 1988, *T.B.H.*, 1989, 256 en *J.L.M.B.*, 1989, 1409 (verkort)).

Toewijzingen in het kader van openbare aanbestedingen zijn als contracten *intuitu personae* niet overdraagbaar, behoudens uitdrukkelijke goedkeuring van de administratie (Bergen, 23 januari 1991, *T.B.H.*, 1991, 716 en *J.T.*, 1991, 582).

5. *Verplichtingen van de partijen*

a. Handelsnaam

22. De Voorzitter van de Rechtbank van Koophandel te Brussel verweet de overnemer (een N.V. in oprichting) van een groothandel in beroeps- en veiligheidskledij artikel 28 van de vennootschappenwet (de naam gekozen voor de aanduiding van een N.V. moet verschillen van die van elke andere vennootschap) geschonden te hebben wegens gebruikmaking van de naam van de overdragende N.V., die was blijven voortbestaan (Kort. ged. Kh. Brussel, 2 oktober 1990, *T.R.V.*, 1991, 308, noot Van Gerven, D.). Deze beslissing moet worden goedgekeurd. De omstandigheid dat het embleem ter aanduiding van de handelszaak in de cessie-overeenkomst begrepen is,

ontslaat de overnemende N.V. niet van de verplichting de bepaling van artikel 28 van de Vennootschappenwet te eerbiedigen bij de keuze van haar maatschappelijke naam. Maatschappelijke naam en handelsnaam zijn onderscheiden begrippen. De maatschappelijke naam is de statutaire naam ter aanduiding van de N.V., terwijl de handelsnaam de naam is onder dewelke een handelszaak wordt bekendgemaakt bij het publiek. Beide namen vallen niet noodzakelijk samen.

b. Vrijwaring voor verborgen gebreken

23. De vrijwaring voor verborgen gebreken, die kleven aan één bestanddeel van de overgedragen handelszaak, komen slechts in aanmerking op voorwaarde dat de ongeschiktheid van dit éne element de normale uitbating van de handelszaak onmogelijk maakt (Bouckaert, F., *o.c.*, nr. 106) of de uitbatingsmogelijkheden zodanig vermindert dat de koper, indien hij de gebreken had gekend, de handelszaak niet of slechts voor een mindere prijs zou hebben gekocht (art. 1641 B.W.). Aan deze voorwaarde was voldaan in een geval van overdracht van wasserij, toen, minder dan één maand na de overdracht, de centrale stoomketel, die de overige toestellen alimenteerde, defekt bleek te zijn (Luik, 22 februari 1990, *T. Not.*, 1991, 134).

§ 3. Inpandgeving van de handelszaak

1. *Voorwerp van het pand*

24. Alleen een *handelszaak* kan in pand worden gegeven. Een apothekersofficina komt hiervoor niet in aanmerking, aangezien de apotheker geen handelaar is. Dergelijk pand is zonder voorwerp, zodat de bevoorrechte positie van de vermeende pandhoudende schuldeiser onbestaande is (Kh. Brussel, 11 april 1989, *J.T.*, 1989, 515).

a. Bestanddelen

25. Artikel 2 van de Wet van 25 oktober 1919 betreffende de inpandgeving van de handelszaak bevat een niet beperkende opsomming van de elementen die in het pand op de handelszaak begrepen zijn, met name de klandizie, het uithangbord, de handelsinrichting, de merken, het recht op de huurceel, het meubilair van het magazijn en het gereedschap. Het staat derhalve de partijen vrij door een bijzonder beding andere dan in die opsomming vermelde waarden in het pand te begrijpen (Cass., 6 november 1986, *A.C.*, 1986-1987, 325, concl. Adv. Gen. du Jardin, *T.B.H.*, 1987, 723, noot Maes, B. en *Rec. Gen. Enr. Not.*, 1988, 348). Door deze formulering wekt het Hof van Cassatie de indruk dat een uitdrukkelijk beding vereist is, wanneer partijen andere elementen dan die opgesomd in artikel 2 in het pand willen betrekken. Dit kan de bedoeling niet zijn van het Hof van Cassatie, daar zulks strijdig zou zijn met de eerste zinsnede van artikel 2: ,,Het pand omvat het *geheel* der waarden die de handelszaak uitmaken''. Daaronder zijn alle

bestanddelen begrepen, behoudens strijdig beding (art. 2, lid 1, *in fine*), die bijdragen tot het aantrekken en het behoud van de cliënteel (*supra*, nr. 11) en dus niet alleen de in artikel 2 ten exemplatieve titel opgesomde elementen.

b. Handelszaak en exploitatiezetels

26. Eenzelfde persoon — fysieke persoon of rechtspersoon — kan verschillende handelszaken uitbaten. Het pand verstrekt op de ene handelszaak strekt zich vanzelfsprekend niet uit tot de andere handelszaak (Bergen, 10 januari 1990, *Rev. Not. B.*, 1990, 606; Kh. Bergen, 11 april 1988, *Rev. Rég. Dr.*, 1988, 279). Maar de verschillende exploitatiezetels of vestigingen van een zelfde handelszaak zijn wel in het pand begrepen.

In de praktijk rijst dan ook de vraag welke criteria toelaten een exploitatiezetel te onderscheiden van een zelfstandige handelszaak?

Indien de naam, de handelsactiviteiten en de commerciële organisatie van de verschillende inrichtingen identiek zijn, heeft men met één en dezelfde handelszaak te doen (Luik, 14 december 1990, *J.L.M.B.*, 1991, 487 en *Rec. Gen. Enr. Not.*, 1991, 325). In het omgekeerde geval, staat men voor autonome handelszaken die elk hun eigen cliënteel bezitten (Bergen, 23 januari 1991, *J.L.M.B.*, 1991, 970). Een ander beoordelingselement is de niet omwisselbaarheid van het personeel terwille van de uiteenlopende technische specialiteit van elke handelszaak. Het betrof met name, enerzijds, de verkoop, herstelling en onderhoud van personenwagens en, anderzijds, de verkoop, herstelling en onderhoud van vrachtwagens (Kh. Bergen, 11 april 1988, *Rev. Rég. Dr.*, 1988, 279). Dat het om verschillende handelszaken ging, bleek eveneens uit het feit dat de voorraden, herstellings- en wisselstukken in het ene handelsfonds onbruikbaar waren in het andere handelsfonds.

27. De inschrijving in het handelsregister van verschillende arrondissementen is op zich geen aanwijzing van het bestaan van onderscheiden en autonome handelszaken (Luik, 14 december 1990, *J.L.M.B.*, 1991, 487 en *Rec. Gen. Enr. Not.*, 1991, 325). Elke handelsvestiging, autonoom of niet, moet immers in het handelsregister worden ingeschreven (art. 4, lid 2, Handelsregisterwet).

2. *Begunstigde*

28. Het pand op de handelszaak kan enkel gevestigd worden ten gunste van banken en kredietinstellingen die door de regering toegelaten zijn (art. 7 W. 25 oktober 1919). Nochtans wordt aanvaard dat degene die de schuld van de pandgever betaalt (b.v. de borg), ingevolge de daaruit voortvloeiende subrogatie in de rechten van de bankier (artt. 1251, 3° en 2029 B.W.), op zijn beurt van het pand op de handelszaak geniet (Luik, 8 juni 1990, *Pas.*, 1990, II, 241 en *J.L.M.B.*, 1991, 499 (verkort); Vz. Kh. Luik, 2 april 1990 en Kh. Luik, 28 juni 1990, *J.L.M.B.*, 1990, 1114; Bouckaert, F., *o.c.*, nr.

143; Cuypers, A., ,,Het pand op de handelszaak'' *T. Not.*, 1989, 287-288. *Contra*, althans wat de overdracht van het pand betreft, Jakhian, G., ,,La cession du gage sur fonds de commerce au profit d'un cessionnaire non agréé'', *J.T.*, 1992, 353-356).

3. *Gewaarborgde schuld*

29. Sedert het arrest Mengal (Cass., 28 maart 1974, *Pas.*, 1974, I, 767 en *R.W.*, 1974-1975, 339) weet men dat het pand gevestigd kan worden tot zekerheid van een *toekomstige schuldvordering*, op voorwaarde dat die schuldvordering voldoende bepaald of bepaalbaar is ten tijde van de vestiging van het pand.

,,Bepaald'' of ,,bepaalbaar'' betekent dat de vestigingsakte de nodige elementen bevat ter identificatie van de (toekomstige) gewaarborgde verbintenis (Stranart, A.M. ,,De zekerheden'' in *Beginselen van Belgisch Privaatrecht*, XIII, *Handels- en Economisch Recht*, deel I, *Ondernemingsrecht*, Vol. B, Van Gerven, W., Cousy, H. en Stuyck, J. (eds.), Brussel, Story-Scientia, 1989, nr. 715). Aan die voorwaarde is voldaan wanneer de handelszaak in pand wordt gegeven in de loop van onderhandelingen betreffende de financieringsmodaliteiten aangaande de aankoop van een vliegtuig (Kh. Brussel, 24 november 1988, *T.B.H.*, 1990, 94).

4. *Tegenstelbaarheid aan derden*

30. De tegenstelbaarheid aan derden is afhankelijk van de inschrijving van het pand in een speciaal daartoe bestemd register bij de hypotheekbewaarder van het gerechtelijk arrondissement waar de handelszaak gevestigd is, niet van de pandakte zelf, maar van een borderel die de gegevens moet bevatten voorgeschreven door artikel 4, lid 4 van de Wet van 25 oktober 1919.

In het borderel moet geen opsomming worden gegeven van de verschillende bestanddelen van de handelszaak, die deel uitmaken van het pand, omdat artikel 4, lid 4 zulks niet voorschrijft. Bijgevolg dient evenmin de inschrijving die opsomming te bevatten (Cass., 6 november 1986, *A.C.*, 1986-1987, 325, concl. Adv. Gen. du Jardin, *T.B.H.* 1987, 723, noot Maes, B. en *Rec. Gen. Enr. Not.*, 1988, 348).

31. Wanneer de handelszaak in twee arrondissementen is gevestigd, dient de inschrijving in beide arrondissementen te gebeuren (Kh. Luik, 15 maart 1989, *T.B.H.*, 1989, 982). Dit vonnis werd hervormd, omdat de wet van 1919 geen meervoudige inschrijving oplegt (Luik, 14 december 1990, *J.L.M.B.*, 1991, 325 en *Rec. Gen. Enr. Not.*, 1991, 425). Dit schept niettemin problemen. In welk arrondissement dient in de gegeven omstandigheden de inschrijving te gebeuren? Indien de hoofdvestiging duidelijk onderscheiden kan worden van de neven-vestigingen, ligt het antwoord voor de hand. Maar quid als moeilijk kan worden uitgemaakt welke de hoofdvestiging is?

32. De verplaatsing van de in pand gegeven handelszaak naar een ander arrondissement dan datgene waarin de inschrijving van het pand geschiedde, ligt aan de oorsprong van een interessante controverse, die erin bestaat te weten of de inschrijving hernieuwd moet worden op het hypotheekkantoor van het nieuwe arrondissement.

De Rechtbank van Koophandel te Brussel besliste dat, bij gebreke aan inschrijving in het nieuwe arrondissement, de inpandgeving niet tegenstelbaar is aan de schuldeisers, wiens schuldvorderingen ontstaan zijn na de verhuizing van de handelszaak (Kh. Brussel, 3 april 1984, *R.P.S.*, 1986, 159). Het Hof van Beroep hervormde deze beslissing en stelt dat er zich geen onderscheid opdringt tussen de schuldeisers naargelang de ontstaansdatum van hun schuldvorderingen. Bij gemis aan inschrijving in het arrondissement van de (nieuwe) vestigingsplaats, is het pand, wegens miskenning van artikel 4, lid 1 van de wet van 25 oktober 1919, aan geen enkele schuldeiser tegenwerpelijk (Brussel, 20 juni 1985, *R.P.S.*, 1986, 155 en *Rec. Gén. Enr. Not.*, 1987, 210).

Het cassatiemiddel, naar luid waarvan de Wet van 25 oktober 1919 geen nieuwe inschrijving voorschrijft bij verplaatsing van de handelszaak, werd onontvankelijk verklaard, omdat het een nieuw middel betrof dat de pandhoudende schuldeiser niet voor het Hof van Beroep had aangevoerd (Cass., 26 maart 1987, *R.P.S.*, 1987, 211, *Rec. Gen. Enr. Not.*, 1988, 345 en *Ann. Dr. Liège*, 1990, 161, noot Moreau-Margreve, I.). Het Hof van Cassatie heeft zich derhalve niet uitgesproken over de voorliggende rechtsvraag.

De Rechtbank van Koophandel te Charleroi steunde dan ook volledig ten onrechte op dit cassatiearrest om te beslissen dat, zo de handelszaak verplaatst wordt, de tegenstelbaarheid van het pand verloren gaat bij ontstentenis van nieuwe inschrijving in de registers van het hypotheekkantoor van het arrondissement van de nieuwe vestigingsplaats (Kh. Charleroi, 20 april 1988, *J.L.M.B.*, 1989, 416 en *Rec. Gen. Enr. Not.*, 1989, 391).

5. *Volgrecht*

33. Alhoewel nergens uitdrukkelijk bepaald, wordt algemeen aanvaard dat de pandhoudende schuldeiser een volgrecht bezit op de handelszaak. Zulks wordt afgeleid uit het feit dat de inschrijving het pand tegenstelbaar maakt aan derden (Bouckaert, F., *o.c.*, nr. 164) en uit het feit dat de derde-verkrijger niet de bescherming geniet geboden door artikel 2279 van het Burgerlijk wetboek (Van Heuverswyn, Chr., noot onder Gent, 30 maart 1988, *T.G.R.*, 1988, 75). Artikel 2279 B.W. vindt inderdaad geen toepassing op *onlichamelijke* roerende goederen, zoals een handelszaak (Cass., 11 oktober 1985, *A.C.*, 1985-1986, 178 en *T. Not.* 1986, 326, noot Bouckaert, F.).

34. Het volgrecht kan uitsluitend uitgeoefend worden op de handelszaak in haar geheel. Het geldt niet ten aanzien van de bestanddelen van de

handelszaak, die afzonderlijk, *ut singuli*, vervreemd worden, al gebeurt dit binnen het kader van een akkoord door boedelafstand (Gent, 30 maart 1988, *T.G.R.*, 1988, 69, noot Van Heuverswyn, Chr.). Zo de bestanddelen afzonderlijk vervreemd of geliquideerd worden, moet de pandhoudende schuldeiser, hetzij de tegeldemaking van het pand vervolgen overeenkomstig artikel 12 van de Wet van 25 oktober 1919, hetzij de afzonderlijk verkochte grondstoffen, materieel en gereedschappen overeenkomstig artikel 11, II van dezelfde wet binnen de zes maanden revindiceren (*Ibid*) (zie ook *infra*, nr.36).

35. Voor de uitoefening van het volgrecht is vereist dat de vervreemde handelszaak nog identificeerbaar is. Dit is niet het geval bij vermenging met de handelszaak van de overnemer, die een andere handelsbedrijvigheid uitoefent (gastronomisch restaurant i.p.v. overgenomen café-snack-tearoom) en op een ander cliënteel is gericht (Rb. Brugge, 13 september 1989, *T. Not*, 1990, 140, noot Beyer, Chr.). Het voorwerp van het pand is dan verloren gegaan. Het volgrecht en het voorrecht kunnen niet meer nuttig uitgeoefend worden.

Hetzelfde geldt indien de pandgever op een andere plaats met nieuw meubilair een nieuwe handelsactiviteit is begonnen (Brussel, 31 maart 1987, *Rec. Gen. Enr. Not.* 1987, 399: restaurant i.p.v. oorspronkelijke frituur). Dezelfde redenering wordt gevolgd als de in financiële moeilijkheden verkerende pandgever (kapsalon) zijn activiteiten stopzet. De omstandigheid dat hij de huurovereenkomst aan een derde kapper overdroeg, houdt geen voortzetting in van de in pand gegeven handelszaak, met name wanneer de cessionnaris (derde-kapper) belangrijke verfraaiïngs- en verbouwingswerken uitvoert en van start gaat met nieuw meubilair en nieuw bedrijfsuitrustingsmaterieel (Luik, 8 juni 1990, *Pas.*, 1990, II, 241 en *J.L.M.B.*, 1991, 499 (verkort)).

36. Ter bescherming van de pandhoudende schuldeiser schrijft artikel 11, II, lid 1 van de Wet van 25 oktober 1919 voor dat wanneer de grondstoffen, het materieel en de gereedschappen, die deel uitmaken van het pand, zonder zijn toestemming verplaatst worden, hij zijn voorrecht erop behoudt, mits hij bedoelde goederen binnen de zes maanden revindiceert.

De derde-verkrijger kan de verdwijning van het voorrecht niet inroepen wegens gemis aan revindicatie van de pandhoudende schuldeiser, indien de goederen *niet* verplaatst werden. Dit is bv. het geval wanneer bedoelde bestanddelen verkocht worden, doch onmiddellijk weder in huur genomen worden door de schuldenaar-pandgever. In dergelijke omstandigheden kan de pandhoudende schuldeiser zich geen rekenschap geven van wat er gebeurt (Kh. Charleroi, 4 juni 1986, *J.L.M.B.*, 1987, 816, noot Parmentier, Cl.).

Het terugvorderingsrecht van de pandhoudende schuldeiser wordt echter, praktisch gezien, dikwijls ontkracht door het tweede lid van artikel 11, II

dat de derde-verkrijger toelaat de bescherming van artikel 2279 B.W. aan te voeren indien hij te goeder trouw is. Een gespecialiseerde financieringsmaatschappij, die partij was in een sale-lease-back operatie met betrekking tot bestanddelen van een in pand gegeven handelszaak werd geacht te kwader trouw te zijn op grond van volgende overwegingen: ,,*Spécialiste en la matière et travaillant dans un domaine où les droits concurrents des différents donneurs de crédits risquent de se heurter, la S.A. devait s'informer de l'existence d'un gage sur fonds de commerce. Cette obligation est d'autant plus impérieuse que le mécanisme du ,,lease-back'' crée une apparence trompeuse pour les tiers qui sont dans l'impossibilité de défendre leurs droits.*'' (Kh. Charleroi, 4 juni 1986, *J.L.M.B.*, 1987, 816, noot Parmentier, Cl.).

6. *Sanctie bij bedrieglijke vervreemding*

37. De bedrieglijke vervreemding of de bedrieglijke verplaatsing van alle of van een gedeelte van de bestanddelen van de in pand gegeven handelszaak, is strafbaar met de straffen voorzien in artikel 491 van het Strafwetboek (misbruik van vertrouwen) (art. 8, lid 2 W. 25 oktober 1919). De strafbaarstelling is afhankelijk van het bedrieglijk opzet.
Dit opzet is niet aanwezig wanneer de pandgever met de enkele bedoeling een eisbare schuld te voldoen en met het oogmerk de likwiditeitspositie van de handelszaak niet aan te tasten, een pakket aandelen in betaling geeft, die deel uitmaken van de in pand gegeven handelszaak (Antwerpen, 7 juni 1985, *Limb. Rechtsl.*, 1987, 51). De vrijspraak op strafrechtelijk vlak belet natuurlijk niet dat de pandgever op burgerrechtelijk vlak aansprakelijk kan worden gesteld, indien hij de conventioneel bedongen instemming van de pandhoudende schuldeiser niet bekwam.

7. *Tegeldemaking*

38. De tegeldemaking van het pand moet vervolgd worden met inachtneming van de formaliteiten neergelegd in de artikelen 4 tot 10 van de Wet van 5 mei 1872 betreffende het handelspand (art. 12 W. 25 oktober 1919). Een pandgever betwistte de mogelijkheid om hoger beroep in te stellen tegen een beschikking van de Voorzitter van de Rechtbank van koophandel die weigert verlof te verlenen om het pand te doen verkopen, omdat de tussenkomst van de Voorzitter een geval van willige rechtsmacht betreft waartegen alleen kan opgekomen worden in geval van onbevoegdheid *ratione materiae* of in geval van machtsoverschrijding. Het Hof van beroep te Luik verwierp dit verweermiddel op grond van de algemene regel neergelegd in artikel 616 van het Gerechtelijk Wetboek, waarnaar hoger beroep mogelijk is tegen ieder vonnis, tenzij de wet anders bepaalt (Luik, 8 juni 1990, *Pas.*, 1990, II, 241 en *J.L.M.B.*, 1991, 499 (verkort)). Het Hof had ook (mede) kunnen verwijzen naar het te dezen toepasselijk artikel 7 van de handelspandwet van 1872, dat de mogelijkheid van verzet of hoger beroep uitdrukkelijk voorziet.

39. De persoon die door de Voorzitter met de tegeldemaking van het pand wordt belast, moet bij globale cessie rekening houden met de door de pandgever aangegane verplichtingen die aan het handelsfonds kleven. Inzonderheid dient hij de cessionaris op de hoogte te stellen van de bestaande exclusiviteitsovereenkomsten en de verplichte naleving ervan op te nemen in de cessieovereenkomst (Luik, 16 maart 1989, *J.L.M.B.*, 1989, 540, noot Henry, P. over de rechtsverwerking). De handelszaak was een drankgelegenheid en de exclusiviteitsovereenkomst had betrekking op de plaatsing van caféspelen door één welbepaalde firma. Doch, indien de tegeldemaker zelf geen weet heeft van de exclusiviteitsovereenkomst, dient de begunstigde van bedoelde overeenkomst zelf voor de vrijwaring van zijn rechten op te komen.

40. De aanduiding als pandverzilveraar houdt geen machtiging in om de bekomen verkoopgelden te verdelen. De verdeling moet gebeuren door de gerechtsdeurwaarder die voorafgaand beslag legde (Bergen, 22 maart 1989, *J.L.M.B.*, 1989, 1285). Nochtans dient aangestipt te worden dat de Voorzitter, benevens diens aanstelling, vaak ook de wijze bepaalt waarop de pandverzilveraar de verkoopprijs moet verdelen (Bouckaert, F., *o.c.*, nr. 175).

De overige schuldeisers van de handelszaak kunnen zich niet verzetten tegen de verkoop. Zij kunnen enkel verzet doen tegen de afgifte van de verkoopprijs (art. 1515 Ger.W.).

De verdeling is dus van essentieel belang, maar, vermits de handelspandwet noch de wet betreffende de inpandgeving van de handelszaak hieromtrent voorschriften bevatten, zijn de regels van het Gerechtelijk Wetboek toepasselijk (zie art. 2 Ger.W.). Na betaling van de bevoorrechte schuldeisers met eventuele dienovereenkomstige rangregelingsproblemen (*infra*, nrs. 41-43), wordt het saldo pondspondsgewijze tussen de chirografaire schuldeisers verdeeld overeenkomstig de artikelen 1627 e.v. van het Gerechtelijk Wetboek (Bergen, 22 maart 1989, *J.L.M.B.*, 1989, 1285; Bouckaert, F., *o.c.*, nr. 176).

8. *Samenloop met andere voorrechten - Rangregeling*

In de onderzochte periode rezen er conflicten tussen de pandhoudende schuldeiser en de onbetaalde verkoper van roerende goederen, de verhuurder en de houder van een warrant.

a. Samenloop met de onbetaalde verkoper (art. 20, 5° Hyp. W.)

41. Bij arrest van 7 mei 1987 bevestigde het Hof van Cassatie, *(Pas.*, 1987, I, 1034, *R.W.*, 1987-1988, 195 en *T.B.H.*, 1988, 13) zijn eerder gevestigde rechtspraak, waarnaar bedoeld conflict overeenkomstig artikel 23 Hyp.W. moet opgelost worden (Cass., 10 november 1967, *R.W.*, 1967-1968, 1033, concl. toenmalig Adv.Gen. E. Krings en *R.C.J.B.*, 1969, 478, noot De

Rijke, R.). Zo geniet de pandhoudende schuldeiser voorrang boven de verkoper van het roerend goed, behalve indien hij bij de ontvangst wist dat de prijs ervan nog verschuldigd was. Het bewijs van die kennis ligt voorhanden wanneer de verkoper van machines, toestellen, gereedschappen en ander bedrijfsuitrustingmaterieel, binnen de 15 dagen na de levering, een afschrift van de factuur heeft neergelegd ter griffie van de Rechtbank van koophandel. Het is bovendien zonder belang dat de factuur vóór of na de inschrijving van het pand is neergelegd (Cass., 28 september 1972, *Pas*, 1973, I, 103, concl. Adv. Gen. E. Krings en *R.W.*, 1972-1973, 750, noot Caenepeel, C.; Cass., 7 mei 1987, *Pas.*, 1987, I, 1034, *R.W.*, 1987-1988, 195 en *T.B.H.*, 1988, 13). Deze rechtspraak stuitte op kritiek vanwege A.M. Stranart (,,Chronique de jurisprudence. Les sûretés réelles'', *T. Bank*, 1975, 314-315).

b. Samenloop met de verhuurder (Art. 20, 1°, Hyp. W.)

42. Aansluitend bij de rechtspraak van het Hof van Cassatie (Cass., 11 juni 1982, *Pas.*, 1982, I, 1171, *R.W.*, 1983-1984, 1548, *J.T.*, 1983, 235, noot Glansdorff, F. en *R.C.J.B.*, 1985, 371, lezenswaardige kritische noot Moreau-Margreve, I. Cf. ook Philippe, D.M. ,,De inpandgeving van de handelszaak'', *D.A.O.R.*, 1989/2, 27-29), besliste het Hof van beroep te Luik dat de voorrang bepaald wordt volgens de *anterioriteitsregel*. In de betrokken zaak werd de verhuurder voorrang verleend, omdat de datum, waarop de huurovereenkomst uitgevoerd werd en de roerende goederen in het gehuurde goed werden binnengebracht, de inschrijvingsdatum van het pand op het hypotheekkantoor, voorafging (Luik, 10 februari 1989, *J.L.M.B.*, 1989, 590 en *Rev. Rég. Dr.*, 1989, 183).

c. Samenloop met de houder van een warrant (W. 18 november 1862)

43. De voorrang wordt eens te meer geregeld door de anterioriteitsregel (Luik, 14 december 1990, *J.L.M.B.*, 1991, 487 (voortreffelijk gemotiveerd); Kh. Luik, 15 maart 1989, *T.B.H.*, 1989, 982). *Prior tempore, potior jure.* Daaruit volgt dat de houder van een warrant voorrang heeft op de pandhoudende schuldeiser van de handelszaak, wanneer het endossement van de warrant plaatsvindt alvorens het pand op de handelszaak ingeschreven is (Bouckaert, F., *o.c.*, nr. 92).

Over deze problematiek, raadplege men de uitstekende kritische bijdragen van Philippe, D.M., *l.c.*, *D.A.O.R.*, 1989/2, 31-34 en T'Kint, F., ,,Le conflit entre le créancier gagiste sur fonds de commerce et le porteur de warrant'', *J.T.*, 1992, 49-57).

9. *Tegeldemaking na faillissement*

44. De rechten van de pandhoudende schuldeiser worden geschorst noch door het faillissement (art. 12 W. 25 oktober 1919 verwijzend naar art. 9 W. 5 mei 1872 op het handelspand), noch door het gerechtelijk akkoord

(art. 29,2° R.B. Ger. Akk.). De tegeldemaking van het pand kan derhalve vervolgd worden door de pandhoudende schuldeiser mits naleving van de formaliteiten neergelegd in de artikelen 4 e.v. van de Handelspandwet van 5 mei 1872 (art. 12 W. 25 okt. 1919) (*supra*, nr. 38). De pandhoudende schuldeiser moet verlof bekomen van de Voorzitter van de Rechtbank van Koophandel, die vrij bepaalt of de verkoop openbaar of uit de hand moet gebeuren en die de met de verkoop belaste persoon aanwijst.

45. De vraag of de curator met de verkoop belast mag worden is enige tijd controversieel geweest.

Ten einde rekening te houden met alle betrokken belangen, heeft een Voorzitter de door de pandhoudende schuldeiser aangeduide gerechtsdeurwaarder samen met de curator van de faillietverklaarde pandgever aangesteld om tot de verkoop over te gaan. De curator diende te letten op de vrijwaring van de rechten van de overige schuldeisers, die desgevallend de pandhoudende schuldeiser kunnen voorafgaan, en op de vrijwaring van de helft van de voorraad die nooit in het onderpand van de pandhouder begrepen is (Vz. Kh. Oudenaarde, 3 maart 1987, *T.B.H.*, 1987, 720).

Anderen zijn daarentegen van oordeel dat de curator beter niet belast wordt met de tegeldemaking van de handelszaak, terwille van de tegenstrijdigheid van belangen tussen de pandhoudende schuldeiser en de in de samenloop betrokken schuldeisers (Gent, 27 maart 1986, *T.B.H.*, 1987, 280; Luik, 9 januari 1987, *T.B.H.*, 1987, 284, noot Verougstraete, I. en *R.C.J.B.*, 1989, 269, noot Merchiers, Y.). In haar noot bij het laatst geciteerde arrest, heeft Y. Merchiers aangetoond dat er geen sprake kan zijn van tegengestelde belangen in hoofde van de met de verkoop belaste persoon, al is dit de curator, daar eventuele geschillen over wat in het pand begrepen is of over de rangregeling bij de verdeling (cf. *supra*, nrs. 41-43) door de Rechtbank beslecht moeten worden en niet door degene die door de Voorzitter aangewezen werd om het pand te gelde te maken (,,La réalisation du gage sur fonds de commerce du failli'', *R.C.J.B.* 1989, 280-283). De Voorzitter moet dan ook in elk concreet geval de persoon aanwijzen, die het best geplaatst is om de verkoop onder de meest optimale voorwaarden te realiseren. Dit kan, doch hoeft niet de curator te zijn. Het betreft een door de feitelijke omstandigheden beïnvloede opportuniteitsbeslissing (Merchiers, Y., *l.c.*, *R.C.J.B.*, 1989, 280-283. Zie ook Du Bois, G., ,,Les rapports curateur/créancier gagiste sur fonds de commerce: manichéisme ou réalisme?'', *Bank Fin.*, 1988/5, 29-31). Deze stelling vindt navolging in de rechtspraak.

Zo werd de curator met de tegeldemaking belast in een geval waar gevaar bestond voor eigenrichting vanwege de pandhoudende schuldeiser (Vz. Kh. Gent, 30 april 1987, *T.B.H.*, 1987, 717). In een ander geval werden ook de curatoren aangesteld, omdat zij zonder tijdverlies de nodige maatregelen hadden getroffen om de activa te inventariseren en te schatten en omdat hun perfecte dossierkennis borg stond voor een optimale tegeldemaking van de

handelszaak (Vz. Namen, 11 juli 1989, *J.L.M.B.*, 1990, 29. In dezelfde zin, Antwerpen, 30 mei 1988, *T.B.H.*, 1989, 254).

46. Over het delicate probleem van de tenlastelegging van de onkosten en erelonen van de, in voorkomend geval, met de verkoop belaste curator, zie Cass., 13 september 1991, *R.W.*, 1991-1992, 581 en *T.B.H.*, 1992, 322; Kh. Veurne, 30 oktober 1991, *T.B.H.*, 1992, 329, noot Van Buggenhout, C. en Gregoire, M.; Geinger, H., Colle, Ph. en Van Buggenhout, C. ,,Overzicht van rechtspraak 1975-1980. Het faillissement en het gerechtelijk akkoord'', *T.P.R.*, 1991, 563-565.

AFDELING 2

HET HANDELSPAND

In de onderzochte periode worden uitsluitend beslissingen aangetroffen betreffende pandvestigingen op schuldvorderingen (spaarboekjes, deposito- en termijnrekeningen, effecten,...).

§ 1. Inpandgeving van schuldvorderingen

47. De schuldvordering van een vennootschap op de aandeelhouders ten belope van het niet volstorte gedeelte van het kapitaal waarop laatstgenoemden hebben ingeschreven ter gelegenheid van een kapitaalsverhoging, kan, zoals elke overdraagbare schuldvordering, het voorwerp uitmaken van een handelspand tot zekerheid van een kredietverlening (Antwerpen, 24 mei 1984, *T.R.V.*, 1988, 375; Wyckaert, M., ,,Kan een N.V. of een B.V.B.A. de schuldvordering tot volstorting van haar aandelen in pand geven?'', *T.R.V.*, 1988, 100-105).

§ 2. Toepasselijke beginselen

48. In een arrest van 18 november 1986 biedt het Hof van Beroep te Bergen een uitstekende synthese van de op de inpandgeving van schuldvorderingen toepasselijke beginselen (*Pas.*, 1987, II, 24, *J.L.M.B.*, 1987, 790 en *Rev. Rég. Dr.*, 1987, 282). Vooreerst stelt het Hof dat geen bezwaar bestaat tegen de inpandgeving van een schuldvordering, die voortspruit uit een spaarboekje. Vervolgens herinnert het Hof aan de bepaling van artikel 1 van de Handelspandwet van 5 mei 1872, waarnaar het handelspand gevestigd moet worden overeenkomstig de wijzen die in zaken van koophandel gelden voor de koop van gelijkaardige zaken. Inzake schuldvorderingen moeten bijgevolg de formaliteiten voorgeschreven door artikel 1690 van het Burgerlijk Wetboek nageleefd worden. De in dat artikel voorziene betekening aan de schuldenaar, i.c. de bank bij dewelke het spaarboekje geopend werd, kan vervangen worden door een gelijkwaardige akte (*acte équipollent*), zoals

o.m. de erkenning van de overdracht door de schuldenaar. Dit was ten dezen het geval, aangezien de bank aantekeningen in die zin op het spaarboekje had aangebracht. Let wel dat gelijkwaardige akten, in tegenstelling met de betekening, de inpandgeving niet *erga omnes* tegenstelbaar maken. Een gelijkwaardige akte maakt het pand slechts tegenstelbaar jegens de schuldenaar.

Naast de vervulling van deze formaliteiten, eist artikel 1 van de Handelspandwet dat het voorwerp van het pand in het bezit wordt gesteld van de pandhoudende schuldeiser of van een derde, omtrent wie partijen zijn overeengekomen. Dit houdt verband met het zakelijke karakter van de pandovereenkomst. Het Hof besliste dat wanneer een beroep wordt gedaan op een derde pandhouder, deze hiermee moet instemmen (zie reeds Cass. 11 juli 1907, *Pas.*, 1907, I, 328). Terecht. Een derde kan niet verbonden worden zonder diens toestemming. In de betrokken zaak werd de bank als derde-pandhouder aangesteld. De inbezitstelling gebeurde door de overgave van het spaarboekje, dat in het bankdossier bewaard werd.

De bank kan eveneens als derde-pandhouder aangeduid worden terzake de inpandgeving van kasbons, voor zover de inbezitstelling reëel, openbaar, exclusief en ondubbelzinnig is. De derden moeten weten dat de in pand gegeven zaak onbeschikbaar is geworden en niet meer tot het onderpand van de schuldenaar-pandgever behoort. De neerlegging van de kasbons op een geblokkeerde rekening bij de bank, waarover niet meer kan worden beschikt zonder de gezamenlijke handtekening van pandgever en pandhoudende schuldeiser, beantwoordt aan die vereiste (Kh. Bergen, 1 september 1986, *J.L.M.B.*, 1987, 879. Over de problemen die terzake kunnen rijzen, zie Colle, Ph., ,,La mise en gage d'une créance non incorporée dans un titre négociable'', *J.T.*, 1992, 379-380, nr. 13).

49. In de onderzochte periode heeft zich een belangrijke vraag gesteld in verband met de vestiging van het pand op een schuldvordering voortspruitend uit een termijnrekening bij een bank, in het geval dat die schuldvordering enkel bleek uit de boeken van de bank. Het zakelijk karakter van de pandovereenkomst vereist immers dat de in pand gegeven zaak materieel overhandigd wordt aan de pandhoudende schuldeiser. Steunend op de aan J. Ronse toegeschreven theorie [In werkelijkheid werd die theorie voor het eerst ontwikkeld door Colmet de Santerre in de tweede helft van de negentiende eeuw (zie Colle, Ph., ,,La mise en gage d'une créance non incorporée dans un titre négociable'', *J.T.*, 1992, 380-381)] inzake de inpandgeving van schuldvorderingen die niet gematerialiseerd zijn in een verhandelbare titel, besliste de Rechtbank van koophandel te Charleroi dat het pand rechtsgeldig was gevestigd, nu de formaliteiten voorgeschreven door artikel 1690 van het Burgerlijk Wetboek stipt waren nageleefd (Kh. Charleroi, 31 januari 1984, *T.B.H.*, 1984, 718. Zie ook Brussel, 13 januari 1989, *T.B.H.*, 1990, 20 die tegen de wet in zelfs durfde verklaren dat het

pand op schuldvorderingen niet gematerialiseerd in een verhandelbare titel een ,,consensueel'' contract is).

In een terugkeerpoging naar meer orthodoxie gelet op het zakelijk karakter van het pandcontract, bevestigde het Hof van Beroep te Bergen voormelde beslissing, doch op andere gronden. Artikel 1607 van het Burgerlijk Wetboek werd ingeroepen: ,,De overgave van onlichamelijke rechten geschiedt ofwel door de afgifte van de titels, ofwel door het gebruik dat de koper (i.c. de pandhoudende schuldeiser), met toestemming van de verkoper (i.c. de pandgever), daarvan maakt''. De toestemming van de pandgever werd afgeleid uit de pandakte, waarin hij de pandhoudende schuldeiser uitdrukkelijk had gemachtigd om tot de vereiste betekening over te gaan overeenkomstig artikel 1690 B.W. ten einde het pand tegenstelbaar te maken aan derden (Bergen, 9 mei 1988, *J.L.M.B.*, 1988, 1103 en *T.B.H.*, 1989, 944, noot Lechien, D.). De verwijzing naar artikel 1607 B.W. is verkeerd, daar deze bepaling uitsluitend betrekking heeft op een uitvoeringsmodaliteit van de leveringsverplichting bij verkoop (consensueel contract), die niets te maken heeft met de overhandiging van de zaak als ontstaansvoorwaarde van het pand (zakelijk contract) (Delvaux, P.H., ,,La mobilisation des créances à titre de garantie'' in *La transmission des obligations*, Travaux des IXe Journées d'Etudes Juridiques Jean Dabin, Brussel, Bruylant, 1980, 535-536; Colle, Ph., ,,La mise en gage d'une créance non incorporée dans un titre négociable'', *J.T.*, 1992, 379-380).

Tegen dit arrest werd cassatieberoep aangetekend. Het Hof van Cassatie herinnerde eraan dat ,,de artikelen 2076 van het Burgerlijk Wetboek en 1 van de Wet van 5 mei 1872 als voorwaarde voor het pand stellen dat de zaak aan de schuldenaar wordt onttrokken en in het bezit van de schuldeiser komt, maar dat die artikelen niet bepalen op welke verschillende wijzen die voorwaarde kan worden vervuld, welke wijzen verschillen naargelang het voorwerp van het pand en de bijzondere bepalingen die de partijen kunnen hanteren om aan de wet te voldoen'' (Cass., 29 maart 1990, *A.C.*, 1989-1990, 1006, *Pas.*, 1990, I, 890, *R.W.*, 1990-1991, 364, noot Dirix, E. en *T.B.H.*, 1990, 1031, noot Lechien, D.). Het Hof stelde vervolgens dat, aangezien de bodemrechter soeverein had vastgesteld dat de titel van de schuldvordering de rekening zelf is en die uiteraard in het bezit van de bank (i.c. tevens pandhoudende schuldeiser) is, de inbezitstelling van de pandhoudende schuldeiser had plaats gevonden. Dit is geen principe-arrest. Het Hof valt terug op de feitelijke beoordelingen van de bodemrechter. Niettemin dringen zich twee belangrijke vaststellingen op. Primo, het Hof onderstreept het zakelijk karakter van het pandcontract door de verplichte onttrekking van de zaak aan de schuldenaar en de verplichte inbezitstelling van de schuldeiser voor het voetlicht te brengen. Secundo, het Hof neemt aan dat boekhoudkundige inschrijvingen als titel kunnen dienen.

De hier besproken problematiek heeft ook de aandacht getrokken van de recente rechtsleer, waar uiteenlopende opvattingen worden verdedigd (Lechien, D., ,,La mise en gage des créances non incorporées dans un titre

négociable'', *T.B.H.*, 1990, 3-19; Stranart, A.M. ,,Les sûretés réelles traditionnelles. Développements récents'' in *Le droit des sûretés*, Brussel, Editions du Jeune Barreau, 1992, 79-88; Colle, Ph., *l.c.*, *J.T.*, 1992, 377-383).

§ 3. Huwelijksvermogensrecht

50. Effekten, die behoren tot het gemeenschappelijk vermogen van de echtgenoten, vallen onder het concurrentieel bestuur ingesteld door artikel 1416 van het Burgerlijk Wetboek. Elk van de echtgenoten kan zodus zonder toestemming van de andere, die effekten in pand geven (Rb. Antwerpen, 30 oktober 1985, *R.W.*, 1986-1987, 266).

HOOFDSTUK III

HANDELSCONTRACTEN

AFDELING 1
ALGEMENE BEPALINGEN

51. KOSTELOOSHEID IS NIET DE REGEL BIJ HANDELAARS — Tussen handelaars is er geen enkele reden om aan te nemen dat de tussenkomst van één van hen kosteloos zou zijn, als vaststaat en niet betwist wordt dat hij verschillende diensten presteerde (Kh. Luik, 13 december 1989, *T.B.H.*, 1990, 520 zie ook Vred. Komen, 25 februari 1991, *T. Vred.*, 1991, 155).

52. VERWIJZING NAAR DE ALGEMENE VOORWAARDEN — Handelaars verwijzen dikwijls naar door henzelf of door hun beroepsvereniging opgestelde algemene voorwaarden.

Dat deze algemene voorwaarden in concreto van toepassing zijn onder partijen wordt door de medecontractant meer dan eens — en dikwijls terecht — betwist.

De medecontractant moet de algemene voorwaarden vóór de wilsovereenstemming hebben gekend of ten minste hebben kunnen kennen opdat deze van toepassing zouden zijn (Van Ryn, J. en Heenen, J., *Principes de droit commercial*, III, Brussel, Bruylant, 1981, nr. 16).

Hij die algemene voorwaarden inroept moet het bewijs leveren dat zijn medecontractant er kennis van had en ze op ondubbelzinnige wijze en zeker heeft aanvaard (Brussel, 9 mei 1990, *J.L.M.B.*, 1990, 1490).

Loutere verwijzing in een heel klein lettertype naar algemene voorwaarden, die niet eens in extenso op de facturen of in de gevoerde briefwisseling overgenomen worden, volstaat niet als bewijs dat de medecontractant er kennis van had al werden de algemene voorwaarden in de bijlagen van het Belgisch Staatsblad, waarnaar verwezen is, gepubliceerd (Brussel, 9 mei 1990, *loc. cit.*).

Vroegere kennisgeving van algemene voorwaarden, vermelding van de voorwaarden of orderbrieven en facturen, jarenlange samenwerking tussen partijen en het feit dat de medecontractant argumenten in zijn voordeel uit die algemene voorwaarden putte, bleken de rechter onvoldoende om aan te nemen dat de ligitieuze overeenkomst onder die voorwaarden werd afgesloten. Het Hof van Cassatie besliste dat de rechter rechtsgeldig kon beslissen dat een in het algemeen mededelen van de algemene voorwaarden niet volstaat om aan te nemen dat de medecontractant bij het totstandkomen van de overeenkomst zijn toestemming zou gegeven hebben, zodat het contract onder die voorwaarden zou zijn gesloten (Cass., 29 september 1989, *Eur. Vervoerr.*, 1990, 301 betreffende de toepassing van de algemene voorwaarden van het Verbond der Handelaars van Goederen).

Algemene (verkoops)voorwaarden op de verso van een koopaanbod in een heel klein lettertype aangebracht zonder enige verwijzing ernaar op de recto van het aanbod, zijn geen voldoende bewijs dat de partijen met volle kennis van zaken, onder deze voorwaarden hebben gecontracteerd. Dit is des te meer het geval wanneer de verkoper zelf niet stipt de contractuele modaliteiten eerbiedigt, aldus bij toetredingscontract vastgesteld, en twijfel laat over de interpretatie van het contract (Brussel, 8 februari 1991, *J.T.*, 1991, 565).

Zo ook zijn de op de achterzijde van een ,,connaissement direct et retour'' (C.D.R.) voorkomende voorgedrukte clausules, niettegenstaande de tussen partijen gevestigde handelsrelaties, niet toepasselijk wanneer niet is aangetoond dat deze voorwaarden voorafgaandelijk aan de overeenkomst werden medegedeeld of door de medecontractant aanvaard (Antwerpen, 7 februari 1990, *Eur. Vervoerr.*, 1990, 850).

Wanneer echter op de recto van de bestelbon, getekend door de koper, vermeld is dat de koper erkent kennis te hebben genomen van de op de verso aangebrachte verkoopsvoorwaarden, en de koper bovendien zelf handelaar is, mag men aannemen dat de koper getekend heeft met kennis van zaken en maken de algemene verkoopsvoorwaarden deel uit van de overeenkomst (Brussel, 4 juni 1987, *J.T.*, 1987, 702).

Voor de algemene voorwaarden op facturen aangebracht: zie verder ,,De factuur als bewijs in handelszaken'', nr. 394.

53. INGEBREKESTELLING — Inzake koophandel wordt aanvaard dat geen aanmaning nodig is om de verwijlintresten te doen lopen. Een eenvoudige brief, een telegram, volstaan, zodra zij in duidelijke termen verwoord zijn en de schuldenaar zich niet heeft kunnen vergissen over de wil van de schuldeiser (Luik, 17 juni 1986, *J.L.M.B.*, 1987, 105). Ook een eenvoudige brief aan de advocaat van de schuldenaar doet de verwijlintresten lopen, voor zover daarin de schuldeiser duidelijk zijn wil te kennen geeft (Luik, 11 oktober 1988, *J.L.M.B.*, 1989, 1154).

AFDELING 2
DE HANDELSKOOP

54. OVERDREVEN PRIJS BIJ VERKOOP VAN ANTIQUARIAATSVOORWERPEN. NIETIGHEID — De besluitwet van 22 januari 1945 op de economische reglementering en de prijzen verbiedt het verkopen op de nationale markt van produkten, grondstoffen, eet- of koopwaren of dieren tegen een prijs hoger dan de op grond van de Besluitwet vastgestelde maximumverkoopprijs. Bij ontstentenis van het afsluiten van een programmaovereenkomst of van de vaststelling van een maximumprijs, is het verboden te verkopen aan prijzen hoger dan de normale prijzen. De hoven en rechtbanken oordelen oppermachtig over het abnormaal karakter der prijzen (art. 1). Bij toepassing van deze besluitwet heeft de rechtbank van koophandel te

Brussel (1 februari 1989, *T.B.H.*, 1990, 404 met noot Flamée) de absolute nietigheid uitgesproken van de verkoop van vier antiquariaatsvoorwerpen die verkocht waren voor een totaal bedrag van 135.000 F, terwijl zij enkele maanden later samen werden geschat, door een erkend deskundige, voor een totaal bedrag van 70.000 F. In de noot onder dit vonnis vraagt M. Flamée zich af of de verkochte voorwerpen, door de verkoper aangemerkt als ,,kunstvoorwerpen'' wel onder toepassing vallen van de algemene Prijzenwet. Anders dan in de Franse prijzenwetgeving, worden de kunstvoorwerpen niet uitdrukkelijk buiten het toepassingsveld van de prijzenwet gesloten. De Vroede (*Prijzenregeling*, *A.P.R.*, 1976, nr. 97) stelt dat, ook al bestaat er geen uitdrukkelijke tekst terzake, de kunstvoorwerpen in België eveneens aan de prijzenreglementering ontsnappen.

55. BEWIJS VAN EEN HANDELSKOOP — Artikel 1325 B.W. is niet van toepassing op de koop die in hoofde van beide partijen een handelskoop is.

Terecht werd dan ook beslist dat een handelskoop afdoende bewezen was door een in dubbel exemplaar opgesteld document getiteld ,,contract'' waarvan het exemplaar in het bezit van de koper slechts door de verkoper is ondertekend (Luik, 3 juni 1991, *J.T.*, 1991, 698).

56. VERKOOP MET HANDGELD — Handgeld kan verschillende functies vervullen: een voorschot op de prijs, een bewijsmiddel en — uitzonderlijk — een middel om van de overeenkomst af te zien (Limpens, *La Vente*, Brussel, Bruylant 1960, n° 1110 e.v.). Terecht werd dan ook beslist dat de ,,30 % op de koopprijs te betalen als handgeld bij de bestelling'' moet beschouwd worden als voorschot op de prijs. Bij ontbinding van de overeenkomst ten nadele van de koper kan het handgeld als een voorschot op de contractuele schadevergoeding worden beschouwd (Luik, 3 juni 1991, *J.T.*, 1991, 698).

57. KOOP BIJ DE HOOP OF KOOP BIJ GEWICHT, GETAL OF MAAT. INDIVIDUALISERING — Als bij de verkoop van boomstammen op het tijdstip van de totstandkoming van de koopovereenkomst, deze stammen nog niet ter plaatse waren en nog niet konden worden geïndividualiseerd, dan heeft men niet te maken met een verkoop ,,bij de hoop'' in de zin van art. 1586 B.W. met onmiddellijke individualisering, maar met een verkoop ,,bij gewicht, getal of maat'' in de zin van artikel 1585 B.W. waarbij de stammen nog moeten worden geïndividualiseerd. Pas bij individualisering gebeurt de eigendomsoverdracht (Gent, 8 december 1988, *R.W.*, 1990-91, 186).

58. VERKOOP F.O.B.-LOSHAVEN. AANSPRAKELIJKHEID — Een Belgische verkoper had een produkt — dolomiet — verkocht aan een Columbiaanse koper. De koper had er hem op gewezen dat het belangrijk was dat het

produkt door een behoorlijke verpakking beveiligd zou zijn tegen gevaar voor hydratatie. De verkoop was F.O.B.-loshaven afgesloten. Bij de aankomst in de loshaven vertoonden 43 vaten zichtbare gebreken. Hiertegen werd door de koper niet geprotesteerd. Bij aankomst in de fabriek van de koper vertoonden 100 vaten zichtbare gebreken. Het Hof van Beroep had beslist dat de verkoper bij het afsluiten van de overeenkomst, ondanks de F.O.B.-loshavenovereenkomst, een resultaatsverbintenis op zich had genomen om de goederen in de fabriek van de koper te doen toekomen in hermetisch gesloten zakken om hydratatie te vermijden. Dit arrest werd door het Hof van Cassatie verbroken als in strijd met de F.O.B.-clausule-loshaven, wegens schending van de verbindende kracht van de tussen partijen gesloten overeenkomst (Cass., 27 juni 1985, *Eur. Vervoerr.*, 1987, 667).

59. FABRIKANT OF BEROEPSVERKOPER - WAARBORG VOOR VERBORGEN GEBREKEN — In de beschouwde periode heeft het Hof van Cassatie zijn vroegere rechtspraak bevestigd waarnaar de verkoper, fabrikant of gespecialiseerde verkoper verplicht is de zaak zonder gebrek te leveren en daartoe alle nodige maatregelen moet nemen om alle mogelijke gebreken op te sporen. Hij staat in voor het gebrek, tenzij hij het bewijs levert van de absoluut onnaspeurlijke aard ervan (Cass., 15 juni 1989, *A.C.*, 1988-89, 1233).

In een arrest van 7 december 1990 (*A.C.*, 1990-91, 391, nr. 182) heeft het Hof van Cassatie er op gewezen dat de onnaspeurlijke aard van het gebrek, die een verkoper, als fabrikant of gespecialiseerd verkoper dient te bewijzen om te worden ontslagen van zijn aansprakelijkheid voor de schade welke door de met het verborgen gebrek behepte zaak werd veroorzaakt, niet afhangt van de technische mogelijkheden waarover die verkoper in het individueel geval beschikt. De bodemrechter had in concreto vastgesteld dat de verkoper, in casu een kleinhandelaar in elektrische artikelen, niet over de technische mogelijkheden van de fabrikant beschikte om een droogautomaat die aan de wettelijke veiligheidsnormen voldoet, te controleren op mogelijke gebreken of onvolkomenheden. Op grond daarvan was beslist dat die handelaar-verkoper als te goeder trouw kon worden beschouwd en aldus voor de schade niet moest instaan. Het Hof van Cassatie heeft met de hierboven aangegeven overweging dit arrest vernietigd. De absoluut onnaspeurlijke aard van het gebrek dient dus in abstracto beoordeeld te worden, en niet in concreto in functie van de mogelijkheden van de individuele professionele verkoper.

De professionele verkoper wordt aldus met de verkoper te kwader trouw gelijkgeschakeld, zodat de clausules van niet-vrijwaring of van beperking van de vrijwaringsplicht van de verkoper, voor niet geschreven dienen te worden gehouden (Bergen, 10 mei 1988, *Pas.*, 1988, II, 202; *Rev. Rég. Dr.*, 1988, 381, noot Jadoul).

In de overschouwde periode werd op grond van deze beginselen meermaals

de aansprakelijkheid van de professionele verkoper voor verborgen gebreken in het geleverd materiaal aanvaard. Zo m.n.

— bij verkoop van een stookketel voor centrale verwarming (Bergen, 10 mei 1988, *Pas.*, 1988, II, 202; *Rev. Rég. Dr.*, 1988, 381).
— bij verkoop van informaticamateriaal waarbij zware en aanhoudende vergissingen bestonden in het doorschakelen van ontvangen gegevens zodat het ongeschikt was voor het door partijen beoogd gebruik (functioneel gebrek); een clausule van beperking van aansprakelijkheid kon niet worden ingeroepen (Brussel, 13 november 1986, *J.L.M.B.*, 1987, 178).
— bij de verkoop van siertegels uit nieuw kunststofmateriaal vervaardigd en in de gevel van een herberg verwerkt; de aansprakelijkheid van de verkoper van de siertegels werd naast die van de architect, die instond voor de keuze daarvan, weerhouden (Luik, 16 mei 1988, *J.L.M.B.*, 1990, 441).
— bij verkoop van een gasfles met defekte kraan (Brussel, 13 november 1987, *J.L.M.B.*, 1987, 1460; *R.G.A.R.*, 1989, 11485).
— bij defekt van een essentieel veiligheidssysteem, door de constructeur aan een werklift toegevoegd, dat nochtans door een erkend controleorganisme was goedgekeurd (Luik, 14 december 1988, *Ann. Dr. Liège*, 1989, 405).

Uit de gepubliceerde rechtspraak blijkt dat de rechters de aansprakelijkheid van de fabrikant ter zake zeer streng beoordelen en dat deze zelden slagen in het bewijs van de absoluut onnaspeurlijke aard van het gebrek.

Dat het verhaal wordt ingesteld door een professionele verkoper tegen zijn eigen leverancier verkoper wijzigt uiteraard niets aan de ter zake geldende regels, vermits de eerste verkoper ook fabrikant of professionele verkoper is (Bergen, 10 mei 1988, *Pas.*, 1988, II, 203; *Rev. Rég. Dr.*, 1988, 387, noot Jadoul).

We gaan hier niet verder in op de rechtspraak inzake verborgen gebreken die in andere overzichten van rechtspraak uitvoerig wordt behandeld (zie voor de meest recent gepubliceerde: Herbots, J. en Pauwels, C. ,,Overzicht van rechtspraak (1982-1987), Bijzondere overeenkomsten'', *T.P.R.*, 1989, 1039 en volg.; Simont, L., De Gavre, J. en Foriers, *P.A.*, ,,Examen de Jurisprudence (1976-1980)'', *R.C.J.B.*, 1985, 149 en volg.).

Staat de beroepsverkoper ook in voor schade aan derden toegebracht? De uitoefening van een beroep legt de professionele fabrikant en verkoper zeker bijzondere plichten op; ze moeten zich onthouden van het in omloop brengen van gevaarlijke produkten.

Zo werd de fabrikant — professionele verkoper — voor de aan derde aangerichte schade aansprakelijk gesteld omdat hij een gasfles had geleverd met defekte kraan en die niet voorzien was van het nodige zekerheidsmechanisme (Brussel, 13 november 1987, *J.L.M.B.*, 1987, 1460; *R.G.A.R.*, 1989, 11485).

Maar zijn aansprakelijkheid zou niet in het gedrang komen wegens het louter feit gebrekkige zaken op de markt te brengen; een gebrekkige zaak is niet ipso facto een gevaarlijke zaak (Bergen, 10 juni 1985, *R.G.A.R.*, 1987, 11187). Merken we op dat de Wet van 25 februari 1991 betreffende de aansprakelijkheid voor produkten met gebreken, de producent, de invoerder of leverancier aansprakelijk stelt voor de schade veroorzaakt door een ,,gebrek'' in zijn produkt d.i. wanneer het produkt niet de veiligheid biedt die men gerechtigd is te verwachten, alle omstandigheden in acht genomen.

60. BEROEPSKOPER. AANKOOP VAN NIET-AFBETAALDE TWEEDEHANDSWAGEN — De beroepskoper die een wagen tweedehands aankoopt, moet de oorspronkelijke aankoopfactuur van de wagen opvragen om na te gaan of de aankoop ervan niet gefinancierd werd. Een beroepshandelaar in auto's moet weten dat de financiering van auto's gebruikelijk is en dat de bedingen van eigendomsvoorbehoud steeds op dergelijke overeenkomsten voorkomen. Aldus maakt hij zich medeplichtig aan de miskenning door de verkoper van zijn contractuele verbintenis en kan hij aansprakelijk worden gesteld. De schade wordt geraamd op de waarde van het voertuig (Brussel, 31 mei 1988, *D.C.C.R.*, 1989, 228 met noot Merchiers; Kh. Gent, 22 maart 1990, *T.G.R.*, 1990, 91; zie ook Bergen, 8 oktober 1990, *J.L.M.B.*, 1991, 506, *Rev. Rég. Dr.*, 1991, 36).

61. INTERNATIONALE KOOP. TOEPASSING VAN HET HAAGSE KOOPVERDRAG VAN 1 JULI 1964 (EENVORMIGE WET OP DE INTERNATIONALE KOOP VAN ROERENDE LICHAMELIJKE ZAKEN (E.K.W.) — Een geding tussen een Belgische verkoper van chemische produkten en zijn Ierse koper biedt een voorbeeld van de moeilijke toepassing van de terzake internationale koop geldende bepalingen en meer in het bijzonder van het Haagse Koopverdrag van 1 juli 1964 houdende Eenvormige Wet op de internationale verkoop van lichamelijke roerende zaken (E.K.W.) (Kh. Brussel, 18 februari 1987, *T.B.H.*, 1988, 324 en Brussel, 9 februari 1989, *T.B.H.*, 1990, 165 met noot L. Barnich; zie ook Brussel, 23 juni 1988, *Pas.*, 1989, II, 161).

Het internationaal karakter van de koop — dat terzake geen twijfel liet — volstaat op zichzelf niet opdat de E.K.W. van toepassing zou zijn. Ingevolge het door België gemaakt voorbehoud, is de E.K.W. slechts van toepassing indien de Haagse conventie van 15 juni 1955 op de internationale koop van lichamelijke roerende voorwerpen tot de toepassing ervan leidt. De Belgische rechter dient dus te onderzoeken of de Internationale Koopwet van 1955 van toepassing was en aan de hand van die bepalingen onderzoeken welke de toepasselijke wet was. De Internationale Koopwet 1955 bepaalt (art. 2) dat een internationale koop beheerst wordt door de nationale wet waarnaar de partijen uitdrukkelijk of impliciet in de clausules van het contract verwezen hebben. In casu verwezen de algemene voorwaarden van de Belgische verkoper naar de toepassing van het Belgisch recht. Vermits

de E.K.W. goedgekeurd werd bij Wet van 15 juli 1970 besliste het Hof van Beroep dat de E.K.W. deel uitmaakt van het Belgisch recht en derhalve diende te worden toegepast. Op grond van artikel 3 E.K.W. kunnen partijen evenwel de toepassing van dit Verdrag uitdrukkelijk of stilzwijgend uitsluiten. Aan de hand van een analyse van de clausules van de tussen partijen gesloten overeenkomst kwam het Hof tot de bevinding dat zulks ter zake niet het geval was en dat de E.K.W. derhalve van toepassing was.

62. INTERNATIONALE KOOP - E.K.W. - ONDER PARTIJEN GEBRUIKELIJKE HANDELSWIJZEN DIE AFWIJKEN VAN DE EXPLICIETE OVEREENKOMST - TOEKENNING VAN AANVULLENDE BETALINGSTERMIJN — Contracterende partijen bij een internationale koop, waarbij de rechtbank van koophandel te Brussel (24 oktober 1986, *T.B.H.*, 1988, 784, noot P. van Hooghten) toepassing maakt van de E.K.W., weken geregeld af van de termen van de tussen hen gesloten overeenkomst. Zo bleek de verkoper zich niet strikt te houden aan de vooropgezette leveringstermijnen. Bij het uitblijven van een tijdige levering, wat op grond van E.K.W. (art. 26) een wezenlijke tekortkoming uitmaakt, beschikt de koper over twee opties. Vermits in casu de koper geen ontbinding vorderde, doch een bijkomende leveringstermijn toestond, oordeelde de rechtbank dat de laattijdige levering geen wezenlijke tekortkoming uitmaakte zodat op grond van artikel 27 E.K.W. de goederen dus nog konden geleverd worden. Ook de koper schoot te kort in zijn verplichtingen door de betalingstermijnen niet te respecteren wat op grond van artikel 61 E.K.W. al dan niet een wezenlijke tekortkoming uitmaakt. Maakt het een wezenlijke tekortkoming uit, dan moet de verkoper ofwel betaling van de prijs vragen, ofwel de overeenkomst ontbonden verklaren. Uit het feit dat de verkoper een bijkomende betalingstermijn toestond, nadat volgens hem de vervaldagen verstreken waren, volgde dat de laattijdigheid geen wezenlijke tekortkoming uitmaakt, zodat de ontbinding niet meer kon worden gevorderd. Wie ontbinding wil vorderen, dient dit immers te doen binnen een, in de gegeven omstandigheden, zo kort mogelijke termijn, te rekenen vanaf het tijdstip waarop de handeling redelijkerwijze kan worden verricht (art. 11 E.K.W.), wat ter zake evenmin gebeurd was.

63. INTERNATIONALE KOOP. VERKOOP VAN WAPENS AAN OORLOGVOEREND LAND — De verkoop van wapens voor export is in België onderworpen aan een stelsel van voorafgaande toelatingen. Deze regeling raakt de Belgische internationale openbare orde, zo meende de Rechtbank van Koophandel te Brussel (2 mei 1988, *J.T.*, 1989, 131). De niet gemachtigde verkoop van wapens aan een oorlogvoerend land (in casu Iran) is dus absoluut nietig.

AFDELING 3

COMMISSIECONTRACT

64. BEGRIP. ONDERSCHEID MET MANDAAT EN MET DISTRIBUTIECONTRACT — Het commissiecontract is een overeenkomst waarbij de commissionair zich verbindt om tegen loon, in zijn eigen naam maar voor rekening van de principaal één of meer rechtshandelingen te stellen. Deze rechtshandelingen zijn van verschillende aard: verkoop en aankoop van goederen, beursverrichtingen, expeditie en aanvaarding enz.

In tegenstelling tot de lasthebber, die in naam en voor rekening van de opdrachtgever optreedt, contracteert de commissionair in eigen naam (Bergen, 22 januari 1990, *Pas.*, 1990, II, 145).

Wie een markt regelt volgens zijn eigen systeem en criteria en in eigen naam en voor eigen rekening de controle en de tucht uitoefent, namelijk door verkoopsweigering (in casu de A.M.P.) is geen commissionair, hulporgaan van de onderneming die hem met de distributie van haar produkten gelast, doch een distributeur. De verrichtingen van een dergelijke distributie-agent worden dus beheerst door artikel 85 § 1 E.E.G.-Verdrag (Kh. Brussel (Voorz.), 23 oktober 1985, *T.B.H.*, 1987, 293).

65. VERBINTENISSEN VAN COMMITTENT T.O.V. COMMISSIONAIR. RETENTIERECHT VAN DE COMMISSIONAIR — De commissionair heeft recht op loon en op terugbetaling van de voorschotten en kosten en op vergoeding van de verliezen geleden naar aanleiding van het commissiecontract (Van Ryn en Heenen, IV (1988), nr. 35-37).

Hij heeft een retentierecht op de goederen zolang de hem verschuldigde sommen niet werden betaald. Hij mag aan zijn committent alle kosten van bewaring van de goederen die dit heeft meegebracht aanrekenen en is in die omstandigheden geenszins gehouden tot schadevergoeding voor immobilisatie of waardevermindering van de goederen (Brussel, 9 mei 1990, *J.L.M.B.*, 1990, 1490).

66. COMMISSIONAIR. VOORRECHT. SAMENLOOP MET PANDHOUDENDE SCHULDEISER — De commissionair heeft een voorrecht op de waarde van de goederen die hem zijn toegezonden, in bewaring gegeven of geconsigneerd, door de enkele daad van de verzending, van de bewaargeving of van de consignatie, voor al de leningen, voorschotten of betalingen die hij als commissionair gedaan heeft, hetzij vóór de vervreemding van de goederen, hetzij gedurende de tijd dat zij in zijn bezit waren (art. 14, Boek I, Titel VII W. Kh.).

Het feit dat een commissionair-expediteur opslagbewijzen uitschreef en aldus zou hebben geweten dat de goederen die hij onder zich hield, bezwaard waren met een pandrecht impliceert geenszins een verzaking aan zijn voorrecht. Vermits deze opslagbewijzen noodzakelijk na de inontvangstna-

me der goederen door de commissionair-expediteur werden uitgeschreven, dient volgens de regel ,,*prior tempore, potior jure*'', aan het voorrecht van de commissionair-expediteur voorrang te worden gegeven (Brussel, 20 mei 1986, *T.B.H.*, 1987, 738).

67. COMMISSIONAIR-EXPEDITEUR EN COMMISSIONAIR-VERVOERDER. BEGRIP. ONDERSCHEID — De commissionair-expediteur is een commissionair terwijl de commissionair-vervoerder een vervoerder is (zie Merchiers, Y., ,,Overzicht van Rechtspraak'' (1966-1971), *T.P.R.*, 1973, 663, nr. 71; ,,(1972-1976)'' *T.P.R.*, 1979, 83, nr. 43; ,,(1977-1981)'', *T.P.R.*, 1982, 740, nr. 43; ,,(1982-1986)'' *T.P.R.*, 1987, 1863, nr. 40).

De wet van 25 augustus 1891 tot herziening van de titel van het Wetboek van Koophandel betreffende de vervoerovereenkomst stelt immers, zoals blijkt uit haar artikelen 2, 3, 4, 5 en 7 eerste lid de commissionair voor vervoer in rechte gelijk met de vervoerder, inzonderheid inzake de regels die hun aansprakelijkheid beheersen (Cass., 8 februari 1990, A.C., 1989-90, 750; *R.W.*, 1990-91, 361).

Hoe kan de ene van de andere worden onderscheiden?

De commissionair-expediteur sluit een vervoerovereenkomst met een derde in eigen naam, doch voor rekening van zijn opdrachtgever. De vervoerder daarentegen voert zelf in beginsel de vervoeropdracht uit of laat zich desgevallend vervangen door een ondervervoerder. In dat geval spreekt men van commissionair-vervoerder, die met de vervoerder wordt gelijkgeschakeld (Kh. Brussel, 10 augustus 1989, *T.B.H.*, 1990, 637).

Hij die transporten verzorgt en deze door derden laat uitvoeren, zonder aan zijn opdrachtgever mee te delen dat hij slechts als tussenpersoon zou optreden zonder enige vervoerverbintenis op zich te nemen, is een vervoercommissionair en geen commissionair-expediteur (Kh. Brussel, 11 februari 1988, *T.B.H.*, 1988, 879).

Het vervullen van douaneformaliteiten biedt geen uitsluitsel over de hoedanigheid van commissionair-expediteur, nu vervoerders regelmatig zelf instaan voor deze nevenactiviteit (Kh. Brussel, 10 augustus 1989, *T.B.H.*, 1990, 637).

Wordt wel als commissionair-expediteur aangemerkt hij die als expediteur is aangeduid op het vervoerdocument en de factuur van de vervoerder en er zich bovendien toe verbonden heeft de goederen aan de vervoerder af te geven, in te staan voor de lading, de stuwing, enz. de nodige instructies te geven met betrekking tot het vervoer en de vrachtkosten te betalen of te laten betalen (Vred. Brussel, III, 5 maart 1985 en 11 april 1986, *T. Vred.*, 1986, 182).

68. DE COMMISSIONAIR-VERVOERDER IN ZEE- EN BINNENVAART IS EEN COMMISSIONAIR EN GEEN VERVOERDER — Daar waar de vervoerovereenkomst te land de commissionair-vervoerder met de vervoerder gelijkstelt (zie

supra nr. 67) is dit niet zo in de zee- en binnenvaart. Geen enkele bepaling van de Wet van 21 augustus 1979 houdende boek II van het Wetboek van Koophandel, ,,zeevaart en binnenvaart'' genaamd, zegt dat de vervoerder en de commissionair voor vervoer moeten worden gelijkgesteld (Cass., 8 februari 1990, *A.C.*, 1989-90, 750, nr. 353; *R.W.*, 1990-91, 361).

De commissionair voor vervoer gaat evenwel tegenover zijn committent de persoonlijke verbintenis aan de goederen te vervoeren, derhalve gaat hij tegenover zijn committent dezelfde verbintenis aan als de eigenlijke vervoerder, zodat hij tegen zijn committent alle verweermiddelen van de vervoerder kan aanvoeren (Cass., 8 februari 1990, *loc. cit.*).

Wie door de zeevervoerder, in casu om bedrijfsmatige redenen, belast wordt met de inontvangstneming en de overslag van de goederen, treedt op als uitvoeringsagent van de rederij en niet als commissionair-expediteur van de ladingbelanghebbenden. Hij kan dan ook geen aanspraak maken op het voorrecht of het retentierecht van de commissionair-expediteur (Kh. Antwerpen (Voorz.), 7 augustus 1989, *Rechtspr. Antw.*, 1991, 58).

69. VERBINTENISSEN VAN DE COMMITTENT T.O.V. DE COMMISSIONAIR-EXPEDITEUR — De commissionair-expediteur die door zijn opdrachtgever ermee belast was de goederen van bij hun aankomst in het ,,station van bestemming'' in ontvangst te nemen en in te klaren, tegen kwijting en betaling aan de spoorweg van de vervoerkosten, heeft recht op terugbetaling van de vervoerkosten. Het arrest dat aan de commissionair-expediteur de terugbetaling van de vervoerrechten ontzegt op grond dat hij slechts met de inontvangstneming en inklaring van de goederen belast was en niet met het vervoer ervan, werd dan ook door het Hof van Cassatie verbroken (Cass. 23 februari 1989, *R.W.*, 1989-90, 115; *T.B.H.*, 1989, 1063).

AFDELING 4

MAKELAAR EN MAKELAARSOVEREENKOMST

70. BEGRIP - BEZOLDIGDE ACTIVITEIT — De makelaar is de handelstussenpersoon die bemiddelt bij de verkoop van goederen of diensten.

Er mag worden aangenomen dat zulks gebeurt tegen vergoeding, ook wanneer dit niet uitdrukkelijk werd bedongen (Vred. Komen, 25 januari 1991, *T. Vred.*, 1991, 155 m.b.t. commissieloon aan een garagist voor zijn bemiddeling bij verkoop van een wagen).

De rechtspraak in de overschouwde periode heeft enerzijds betrekking op de vastgoedmakelaar en anderzijds op de verzekeringsmakelaar.

71. VASTGOEDMAKELAAR - KWALIFICATIE: HUUR VAN DIENSTEN OF LASTGEVING — De vastgoedmakelaar bemiddelt bij de verkoop en/of verhuring van onroerende goederen of ook nog handelszaken.

De juridische kwalificatie — huur van diensten of lastgeving — hangt af van de inhoud van de tussen opdrachtgever en makelaar gesloten overeenkomst.

Wanneer de opdracht van de makelaar er enkel in bestaat om materiële prestaties te verrichten, om kopers te vinden, zonder dat hij opdracht krijgt die rechtshandelingen te stellen dan kwalificeert men terecht de overeenkomst als een huur van diensten (Antwerpen, 17 april 1989, *Pas.*, 1989, II, 261; Rb. Namen, 22 juni 1989, *J.L.M.B.*, 1989, 1193; Kh. Nijvel, 14 oktober 1986, *J.L.M.B.*, 1987, 393; Rb. Brussel, 2 oktober 1987, *J.L.M.B.*, 1987, 1556) en dit ongeacht de kwalificatie die partijen aan de overeenkomst hebben gegeven. De rechter is immers niet gebonden door de door partijen aan de overeenkomst gegeven kwalificatie en mag de juiste rechtsaard ervan bepalen aan de hand van intrinsieke en extrinsieke elementen die hem worden medegedeeld (Bergen, 10 november 1987, *J.L.M.B.*, 1988, 335).

De vastgoedmakelaar die tevens, op grond van de overeenkomst, het recht heeft om in naam en voor rekening van zijn opdrachtgever(s) rechtshandelingen te verrichten (b.v. het toestaan van een optie, het afsluiten van een koopcompromis, van een huurcontract, enz.) wordt terecht beschouwd als een lasthebber (Antwerpen, 17 april 1989, *Pas.*, 1989, II, 261; Gent, 4 december 1990, *R.W.*, 1990-91, 1374; Rb. Namen, 15 februari 1988, *Rev. Rég. Dr.*, 1988, 268).

72. VASTGOEDMAKELAAR - BEWIJS VAN HET BESTAAN VAN EEN MAKELAARSOVEREENKOMST — Bij betwisting over het bestaan van een makelaarsovereenkomst moet de makelaar het bewijs ervan tegen een beweerde opdrachtgever — niet handelaar — leveren aan de hand van een geschrift conform artikel 1341 B.W. (Gent, 12 mei 1987, *T. Not.*, 1987, 338; Antwerpen, 27 juni 1988, *Turnh. Rechtsl.*, 1989, 198; Rb. Brugge, 23 april 1991, *T. Not.*, 1991, 286).

Ook werd het aanhoudend stilzwijgen van de verkoper op het herhaald aandringen van de makelaar tot betaling van het verschuldigd commissieloon beschouwd als een buitengerechtelijke bekentenis van het bestaan van een makelaarsovereenkomst, waarvan het bestaan zelf door de verkoper nooit formeel was betwist, terwijl vaststond dat tussen partijen een zakenrelatie bestond (Brussel, 7 december 1988, *Rev. Not. B.*, 1989, 165).

73. VASTGOEDMAKELAAR - BEDRAG VAN HET LOON - LOONMATIGING — Wordt de overeenkomst gekwalificeerd als huur van diensten dan is het tussen partijen overeengekomen loon verschuldigd, onder de voorwaarden door het makelaarscontract bedongen. De rechter is door de rechtsgeldig afgesloten overeenkomst gebonden (Rb. Nijvel, 14 oktober 1986, *J.L.M.B.*, 1987, 393).

De beweerde wanverhouding tussen de wederkerige prestaties is geen grond tot nietigheid van de overeenkomst, tenzij misbruik zou zijn gemaakt van

de zwakheid, onwetendheid, nood of onervarenheid van de wederpartij (Kh. Hasselt, 28 januari 1991, *Limb. Rechtsl.*, 1991, 156).

Werd onder partijen geen loon bedongen dan is men aangewezen op de gebruiken ter zake om het bedrag van het loon te bepalen. Een overeengekomen loon van 3,5 % van de verkoopprijs wanneer de verkoop door bemiddeling van de vastgoedmakelaar werd afgesloten, werd als gebruikelijk ter zake aangenomen (Rb. Doornik, 26 oktober 1988, *J.L.M.B.*, 1989, 626).

Bij afwezigheid van overeenkomst of gebruik werd het loon, rekening houdend met de door de vastgoedmakelaar terzake bewezen diensten, door de rechtbank van eerste aanleg te Namen bepaald op 1 % van de koopprijs (22 juni 1989, *J.L.M.B.*, 1989, 1193).

Wordt de overeenkomst gekwalificeerd als lastgeving dan kan, conform de rechtspraak van het Hof van Cassatie (Cass., 6 maart 1980, zie *T.P.R.*, 1982, 746, nr. 57) de rechter een bovenmatig loon matigen. Bij toepassing van dat beginsel werd een bedongen loon van 5 % als overdreven boetebeding afgewezen, nu de verkoop totaal buiten bemiddeling van de vastgoedmakelaar tot stand gekomen was (Gent, 4 december 1990, *R.W.*, 1990-91, 1347).

74. CONTRACT AFGESLOTEN BUITEN BEMIDDELING VAN DE VASTGOEDMAKELAAR - VERSCHULDIGD LOON — Is het overeengekomen commissieloon aan de makelaar verschuldigd wanneer aan de makelaar geen exclusief recht werd verleend en de overeenkomst (verkoop, verhuring) buiten zijn tussenkomst werd afgesloten?

De rechtspraak antwoordt negatief (Brussel, 27 september 1990, *J.T.*, 1990, 148; Kh. Brussel, 5 juli 1990, *Rev. Not. B.*, 1991, 462). De vastgoedmakelaar kan evenwel in zulk geval recht hebben op vergoeding.

Sommigen menen dat het recht op vergoeding op een vaststaand gebruik berust (Foriers, ,,Les contrats commerciaux'', *T.B.H.*, 1983, 180; Dieux, X., noot in *R.C.J.B.*, 1981, 528 e.v. en 541 e.v.).

O.i. moet aan de hand van de bestaande wetteksten worden geredeneerd. Is een makelaarsovereenkomst te kwalificeren als huur van diensten dan kan artikel 1794 B.W. toegepast worden. Die bepaling vindt toepassing, op onverschillig welk materieel of intellectueel werk, op voorwaarde dat het gaat om aanneming van werk dat door zijn voorwerp of door een uitdrukkelijke tijdsduur is bepaald (Cass., 4 september 1980, *Pas.*, 1981, I, 7; *R.W.*, 1980-81, 2686; *J.T.*, 1981, 99; *R.C.J.B.*, 1981, 523 noot X. Dieux). De opdrachtgever moet dan de aannemer schadeloos stellen voor al zijn uitgaven, al zijn arbeid, en al wat hij bij die aanneming had kunnen winnen.

Is de makelaarsovereenkomst te kwalificeren als lastgeving dan kan de lastgever te allen tijde de lastgeving herroepen (art. 2003 B.W.). De lastgever is wel gehouden de lasthebber alle kosten en voorschotten terug te betalen en te vergoeden voor alle verliezen geleden naar aanleiding van de lastgeving, ook al is de lastgeving mislukt (art. 1999 en 2000 B.W.) (zie voor een uitstekende redenering: Antwerpen, 17 april 1989, *Pas.*, 1989, II, 261).

Bij het afsluiten van een huurcontract buiten bemiddeling van de makelaar, werd aan deze laatste een vergoeding van 10 % op de huurgelden over een gans jaar toegekend, terwijl in de overeenkomst een makelaarsloon van 15 % was bedongen (Kh. Brussel, 5 juli 1990, *Rev. Not. B.*, 1991, 462).

Sommige makelaarsovereenkomsten kennen aan de makelaar een exclusiviteitsrecht toe en bedingen dat het makelaarsloon verschuldigd zal zijn ook wanneer de eigenaar zelf het goed zou verkopen binnen de exclusiviteitsperiode, of zo de uiteindelijke koper, ongeacht het tijdstip van de verkoop en ongeacht de verkoopprijs, één der kandidaat-kopers is, aangebracht door de makelaar.

Bij verkoop door de eigenaars aan een door bemiddeling van de makelaar bereikte kandidaat-koper, na de beëindiging van de, rechtsgeldig opgezegde, makelaarsovereenkomst eiste de makelaar het aldus overeengekomen loon. Beslist werd dat het beding waarnaar het recht op loon voor verworven werd gehouden ook na beëindiging van de overeenkomst, aan geen enkele beperking in de tijd was onderworpen en tot gevolg had aan de vastgoedmakelaar dezelfde voordelen voor te behouden na beëindiging als tijdens de duur van de overeenkomst. In wezen maakt dit een ongeoorloofde sanctie uit voor de herroeping van het mandaat of de opzegging van de overeenkomst van huur van diensten, die nochtans rechtsgeldig geschied was (Rb. Tongeren, 19 januari 1990, *T.B.B.R.*, 1990, 369).

Andere rechtspraak is teruggevallen op misbruik van contractueel recht omdat, door betaling van het volledige loon te eisen, de makelaar uitsluitend in zijn eigen belang gebruik maakt van een recht dat hij aan de overeenkomst ontleent, en daaruit een voordeel haalt dat niet in overeenstemming is met de correlatieve last van de andere partij (Antwerpen, 17 april 1989, *Pas.*, 1989, II, 261).

Hetzelfde Hof van Beroep stelde dat de clausule in een makelaarsovereenkomst waarbij is bedongen dat de eigenaar gerechtigd is tijdens de duurtijd van de overeenkomst het goed zelf te verkopen, mits het overeengekomen commissieloon ten titel van schadevergoeding betaald wordt, een strafbeding uitmaakt dat de schuldeiser een groter voordeel oplevert dan wanneer hij de overeenkomst had uitgevoerd. Dit is strijdig met artikel 1134 B.W. dat voorschrijft dat alle overeenkomsten te goeder trouw dienen te worden uitgevoerd (Antwerpen, 31 oktober 1989, *Pas.*, 1990, II, 95).

75. KOOPCOMPROMIS TUSSEN KANDIDAAT-KOPER EN VASTGOEDMAKELAAR — De ,,verkoopcompromis'' gesloten tussen de koper en de vastgoedmakelaar, onder voorbehoud van goedkeuring door de verkoper, is rechtsgeldig.

Dit contract dient als een eenzijdige koopbelofte of eerder als een koopaanbod te worden gekwalificeerd, waarbij zowel in de ene als de andere kwalificatie de kandidaat-koper door zijn eenzijdige wilsuiting gebonden is (Rb. Antwerpen, 13 oktober 1986, *Rec. Gén. Enr. Not.*, 1988, 35, nr. 23547).

76. VASTGOEDMAKELAAR - PROFESSIONELE AANSPRAKELIJKHEID — De vastgoedmakelaar die enkel opdracht kreeg om kopers op te sporen zonder gemachtigd te worden om overeenkomsten in naam en voor rekening van de verkoper te mogen afsluiten, begaat een professionele fout door voor de kopers die zich aanmelden de schijn op te wekken dat hij in naam van de verkopers kan optreden, zonder zich hiervan vooraf bij de verkopers te vergewissen (Rb. Brussel, 2 oktober 1987, *J.L.M.B.*, 1987, 1556).

Zo ook begaat de vastgoedmakelaar een professionele fout, door in een verkoopcompromis te vermelden dat de verkoop vrij en onbelast kan gebeuren, zonder zich hiervan te hebben vergewist. De schadelijdende kandidaat-kopers kunnen de vastgoedmakelaar hiervoor quasi-delictueel aansprakelijk stellen (Gent, 21 oktober 1987, *T.G.R.*, 1988, 15 (88/6)).

77. VERZEKERINGSMAKELAAR - RECHTSAARD VAN HET CONTRACT - LASTGEVING — De verzekeringsmakelaar bemiddelt tussen verzekerde en verzekeraars. Wanneer hij rechtshandelingen stelt, treedt hij op als lasthebber.

Doch er wordt wel eens betwist voor wie de makelaar als lasthebber optreedt: voor de verzekeraar of voor de verzekerde? Bij het opgeven van de verzekerde waarde van het te verzekeren voorwerp treedt hij op als lasthebber van de verzekerde (Kh. Bergen, 12 september 1989, *Rechtspr. Antw.*, 1991, 72).

78. INTUÏTU PERSONAE KARAKTER VAN HET CONTRACT TUSSEN VERZEKERINGSBEMIDDELAAR EN VERZEKERINGNEMER — Het contract tussen een verzekeringsbemiddelaar en de verzekeringnemer is een contract intuïtu personae. Als dusdanig kan het te allen tijde (ad nutum) verbroken worden, zonder enige vergoeding. Dit wordt afdoende bewezen door de techniek van het plaatsingsmandaat: de verzekeringnemer kiest vrij de verzekeringsbemiddelaar die zijn zaak zal plaatsen en beheren en in de loop van de verzekering kan hij van bemiddelaar veranderen, in welk geval de oorspronkelijke bemiddelaar het recht behoudt op de commissielonen op de premies die vervallen in de loop van het oorspronkelijk contract, terwijl de verzekeringnemer geen vergoeding verschuldigd is (Vred. Antwerpen, 30 november 1988, *T. Vred.*, 1990, 381).

79. VERZEKERINGSBEMIDDELAAR - RAADGEVINGSPLICHT T.O.V. DE VERZEKERINGNEMER — De verzekeringsbemiddelaar heeft een raadgevings- en zorgvuldigheidsplicht tegenover zijn klant-verzekeringnemer. De verzekeringnemer moet evenwel het risico omschrijven dat hij wil dekken en zich inlichten over de door het aangeboden verzekeringscontract werkelijk gedekte risico's en over de voorziene uitsluitingsgronden. De makelaar mag veronderstellen dat zijn klant een redelijk man is die een minimum aan waakzaamheid aan de dag legt om zijn belangen te verdedigen (Bergen, 12 oktober 1987, *J.L.M.B.*, 1988, 1405).

AFDELING 5

AGENTUUROVEREENKOMST

80. HANDELSAGENT - HANDELSVERTEGENWOORDIGER - INROEPEN DOOR EEN DERDE VAN HET WETTELIJK VERMOEDEN VAN DE WET VAN 3 JULI 1978 — De handelsvertegenwoordiger werkt onder het gezag van de opdrachtgever; de handelsagent werkt autonoom. Op grond van de Wet van 3 juli 1978 op de arbeidsovereenkomsten wordt de tussenpersoon vermoed handelsvertegenwoordiger te zijn tot bewijs van het tegendeel.

Steunend op die bepaling had de R.S.Z. de patronale bijdragen gevorderd van de zgn. ,,werkgever'', terwijl deze voorhield met de tussenpersoon een contract van handelsagentuur te hebben gesloten. Het Arbeidshof te Brussel besliste dat het vermoeden van de Wet van 3 juli 1978 waarbij de overeenkomst die de handelsvertegenwoordiger en zijn opdrachtgever verbindt, verondersteld wordt een arbeidsovereenkomst van handelsvertegenwoordiger te zijn, enkel door de vertegenwoordiger zelf kan worden ingeroepen en een derde (in casu de R.S.Z.) niet kan baten. De aard van de onder partijen afgesloten overeenkomst en de al of niet aanwezigheid van een gezagsverhouding dient dus te worden onderzocht. In casu waren er in concreto geen redenen om te twijfelen aan de door de partijen gegeven kwalificatie van handelsagentuur (Arbh. Brussel, 21 maart 1991, *Rechtspr. Soc. Recht.*, 1991, 388).

81. HANDELSAGENTUUR OP PROEF — Wanneer partijen een agentuurovereenkomst sluiten voor een proefperiode, in het vooruitzicht van een overeenkomst voor onbepaalde duur voor zover de proefperiode voldoening schenkt, is geen opzegging vereist ter beëindiging van de overeenkomst op proef (Kh. Brussel, 24 oktober 1986, *T.B.H.*, 1988, 784).

82. EENZIJDIGE VERBREKING — De eenzijdige verbreking van een agentuurovereenkomst van onbepaalde duur mag niet brutaal, ontijdig en ongerechtvaardigd zijn.

Zo is de eenzijdige verbreking van een — mondelinge — agentuurovereenkomst die gedurende drie en een half jaar werd uitgevoerd en die met een opzegging van amper zes dagen wordt beëindigd met het oog op persoonlijke belangen, brutaal, ontijdig en ongerechtvaardigd, te meer indien de door de principaal ingenomen houding liet vermoeden dat de verhoudingen in de nabije toekomst zouden verder gezet worden (Kh. Gent, 9 februari 1989, *T.G.R.*, 1990, 29).

Daarentegen kan de principaal rechtsgeldig een einde stellen aan de agentuurovereenkomst, mits de overeengekomen opzeggingstermijn te eerbiedigen. Deze opzegging kan niet als rechtsmisbruik worden aangemerkt wanneer de agent de overeengekomen exclusiviteit weigerde op te geven, terwijl de door hem bekomen resultaten geen voldoening gaven. Wanneer het een exclusieve vertegenwoordiging betreft, hebben de door de agent bereikte

resultaten een onmiddellijke weerslag op het zakencijfer van de principaal die ingevolge de verleende exclusiviteit zelf niet meer op de toegestane markt kan handelen (Brussel, 25 mei 1989, *J.T.*, 1989, 936).

83. CUMUL VAN HOEDANIGHEID VAN HANDELSAGENT EN CONCESSIEHOUDER — Een zelfstandige tussenpersoon bemiddelde bij de verkoop van de goederen van zijn medecontractant. Voor een deel ontving hij een commissieloon, hetgeen wees op handelsagentuur, voor een ander deel werden de goederen gefactureerd, hetgeen wees op een concessiecontract. Daar de jaaromzet van de gefactureerde goederen veel hoger lag dan de jaaromzet van de goederen waarop een commissieloon werd ontvangen, werd terecht beslist dat de overeenkomst onder partijen in hoofdorde als een concessiecontract diende aangemerkt en slechts in bijkomende orde als een agentuurovereenkomst. De distributeur kon zich dus beroepen op de Wet van 27 juli 1961 op de eenzijdige beëindiging van voor onbepaalde duur gesloten concessieovereenkomsten (Brussel, 23 juni 1988, *T.B.H.*, 1989, 520).

AFDELING 6
CONCESSIECONTRACT

84. BEGRIP - DUURZAME BAND — De Wet van 27 juli 1961 (art. 1 § 2) definieert de verkoopconcessie als iedere overeenkomst krachtens welke een concessiegever aan één of meer concessiehouders het recht voorbehoudt in eigen naam en voor eigen rekening produkten te verkopen die hij zelf vervaardigt of verdeelt. Van Ryn en Heenen wijzen er bovendien op dat de concessie een raamcontract is, waarbij de concessiehouder het recht verkrijgt om de goederen van de concessiegever te kopen om ze verder te verkopen en de verbintenis op zich neemt een aantal diensten te verzorgen met betrekking tot de verkochte produkten (Van Ryn en Heenen, Principes, IV, (1988), nr. 3).

Opdat sprake zou zijn van concessie moet de verkoper-fabrikant de bedoeling hebben gehad zich door een duurzame band te verbinden. Het moet gaan om een principsverbintenis van de leverancier; een eenvoudige opeenvolging van aan- en verkopen, zelfs van vrij lange duur, volstaat niet (Bergen, 14 oktober 1987, *Pas.*, 1988, II, 37; Rb.Brussel, 25 juni 1990, *Rev. Rég. Dr.*, 1991, 49).

Er kan aangenomen worden dat een duurzame band aanwezig is, en derhalve een concessiecontract, wanneer de verkoper, fabrikant of leverancier, de medecontractant als zijn verdeler erkent, daar hij aan de mogelijke klanten mededeelt dat zijn produkten, of sommige daarvan, bij die verdeler kunnen gekocht worden en een vertegenwoordiger van de fabrikant of leverancier samen met de verdeler het Belgische cliënteel bezoekt, om de verkoop van zijn produkten door de medecontractant te stimuleren en samen met de verdeler verschillende opeenvolgende jaren aan promotiecampagnes deelneemt (Brussel, 14 januari 1988, *J.T.*, 1988, 440).

85. BEGRIP - ONDERSCHEID MET HANDELSAGENTUUR — De Benelux-overeenkomst van 26 november 1973 op de Agentuurovereenkomst (art. 1) definieert dit contract als de overeenkomst waarbij de partij — de principaal — aan de andere partij opdraagt en deze zich verbindt, voor een bepaalde of onbepaalde tijd en tegen beloning, bij de totstandkoming van overeenkomsten bemiddeling te verlenen en deze eventueel op naam en voor rekening van de principaal te sluiten zonder aan deze ondergeschikt te zijn. Bij een concessiecontract daarentegen verkoopt de concessionaris de goederen in eigen naam en voor eigen rekening.

Wanneer de algemene concessiehouder van een produkt met een persoon die ,,agent'' genoemd wordt, een overeenkomst sluit waarbij de ,,agent'' het recht krijgt om in eigen naam en voor eigen rekening het produkt te kopen en te verkopen, gaat het ondanks de gebruikte benaming, om een verkoopconcessie (Kh. Brussel, 31 januari 1986, *R.W.*, 1988-89, 262).

Wanneer daarentegen uit de briefwisseling onder partijen blijkt dat de tussenpersoon niet in eigen naam, noch voor eigen rekening optreedt en dat hij op commissieloon wordt vergoed, dan moet die economische en juridische realiteit doen besluiten tot handelsagentuur. Het is daarbij irrelevant dat de tussenpersoon gemachtigd werd om, voor een miniem aandeel van het zakencijfer, in eigen naam en voor eigen rekening goederen te kopen en te verkopen, terwijl dit recht slechts als accessoir aan het hoofdcontract dient beschouwd (Luik, 27 april 1989, *Rev. Rég. Dr.*, 1990, 79).

86. BESCHERMING VAN EEN SELECTIEF DISTRIBUTIENET EN VAN HET MERKIMAGO - CONTRACTUELE VERPLICHTING OM SLECHTS IN WELBEPAALDE VESTIGINGEN TE VERKOPEN — G.B.-Inno-B.M. had zich ertoe verplicht de produkten van Descamps slechts in haar Inno-vestiging Nieuwstraat te Brussel te verkopen. De produkten werden evenwel ook gedurende een bepaalde periode in andere vestigingen verkocht. Descamps vroeg dat G.B.-Inno-B.M. verbod werd opgelegd om deze produkten in de andere vestigingen te koop aan te bieden. De voorzitter in kort geding gevat willigde deze eis in, hoewel G.B.-Inno-B.M. voorhield zich de produkten op de parallelle markt te hebben aangeschaft. G.B.-Inno-B.M. was tegenover haar medecontractant Descamps gehouden door de door deze, in het kader van een selectief distributienet, contractueel opgelegde beperking om de goederen slechts in een welbepaalde overeengekomen vestiging te verkopen. Het verbod om in andere vestigingen te verkopen diende als een uitvoering in natura van de onder partijen gesloten overeenkomst beschouwd te worden (Kh. Brussel (Voorz.), 15 december 1989, *D.A.O.R.*, 1990, nr. 13, 75).

87. CONCESSIE - BEWIJS — De contractanten bij een concessieovereenkomst zijn beiden handelaars: terzake zijn alle bewijsmiddelen toegelaten conform artikel 25 W. Kh. (cf. infra, nrs. 382 e.v.).

Geen wonder dus dat de rechtspraak aanvaardt dat een geschrift niet vereist is om het bewijs te leveren van het bestaan van een concessie (Bergen, 14 oktober 1987, *Pas.*, 1988, II, 37).

Het bewijs kan voortvloeien uit gewichtige, bepaalde en met elkaar overeenstemmende vermoedens, uit een geheel van feiten, zoals de uitvoering van de overeenkomst (Brussel, 20 januari 1987, *T.B.H.*, 1987, 639 en 14 januari 1988, *T.B.H.*, 1989, 514, *J.T.*, 1988, 440; Bergen, 3 februari 1987, *T.B.H.*, 1987, 642 en 16 december 1987, *T.B.H.*, 1988, 633; Kh. Verviers (Voorz.), 11 juni 1990, *D.A.O.R.*, 1991, nr. 19, 90).

88. WET VAN 27 JULI 1961 - BEGRIP ,,CONCESSIE'' IN DE ZIN VAN DE WET - EXCLUSIEVE EN QUASI-EXCLUSIEVE CONCESSIE — Zijn aan de Wet van 27 juli 1961 onderworpen niet alleen de concessies van alleenverkoop (exclusieve concessies) (art. 1 § 1, 1°), doch ook de concessies waarbij de concessiehouder nagenoeg alle produkten waarop de overeenkomst slaat in het concessiegebied verkoopt (quasi exclusieve concessie).

Het arrest van het Hof van Cassatie van 22 januari 1981 (zie Merchiers, Y., ,,Overzicht van rechtspraak (1982-1986)'', *T.P.R.*, 1987, 1874 nr. 63) stelde reeds dat de Wet van 27 juli 1961 toepasselijk kon zijn op de concessies die aan de concessiehouders slechts een ,,verdeelde exclusiviteit'' toekenden.

Conform deze cassatierechtspraak besliste het Hof van Beroep te Brussel dat rechtstreekse leveringen door de concessiegever aan een derde, de exclusiviteit niet noodzakelijk aantast. Zeker niet wanneer de bestellingen hetzij rechtstreeks, hetzij onrechtstreeks via de concessionaris, die een commissieloon ontving op die verkopen, verliepen (Brussel, 20 januari 1987, *T.B.H.*, 1987, 639).

In een arrest van 10 september 1987 (A.C. 1987-88, 34, nr. 19; T.B.H., 1988, 611) stelt het Hof van Cassatie dat een exclusiviteit of liever een quasi-exclusiviteit niet alleen in functie van de verkochte goederen, doch ook in functie van het cliënteel kan gedefinieerd worden.

Om te beslissen of al dan niet een quasi-exclusiviteit aanwezig is, zijn de termen van de overeenkomst tussen partijen doorslaggevend of dienen de feitelijke omstandigheden in acht te worden genomen.

Beslist werd dat de termen van het contract waarbij de medecontractant als niet-exclusieve verdeler van het produkt wordt aangesteld, overwegen, al is *de facto* de concessiehouder de enige verdeler van de produkten (Kh. Brussel, 6 oktober 1989, *D.A.O.R.*, 1989, nr. 12, 69).

Andere rechtspraak meent dat de quasi-exclusiviteit dient beoordeeld te worden aan de hand van de feitelijke verhoudingen tussen partijen.

Zo wijst o.m. het feit dat de concessiehouder een commissieloon ontving op de verkopen welke rechtstreeks afgesloten waren tussen de concessiegever en in het afgebakend gebied gevestigde cliënten, op een exclusiviteit of een quasi-exclusiviteit (Brussel, 14 januari 1986, *J.T.*, 1988, 440; *T.B.H.*, 1989, 515).

Feitelijke elementen blijken zelfs belangrijker dan de termen van de overeenkomst.

Aldus werd bij een concessie van bepaalde duur, waarvan de termijn verstreken was, terwijl nochtans de concessiegever de concessiehouder ,,bij wijze van overgang, en op een niet-exclusieve basis'' verder toegelaten had om zijn produkten te verkopen, door de rechtbank, aan de hand van de feitelijke omstandigheden, besloten tot een quasi-exclusieve concessie nu alle produkten van de concessiegever in het concessiegebied waren verkocht door de concessiehouder (Kh. Brussel, 5 maart 1985, *T.B.H.*, 1987, 614).

Daarentegen werd een aandeel van 30 à 35 % van de verkochte produkten als onvoldoende geacht om tot aanwezigheid van een quasi-exclusiviteit te besluiten (Brussel, 25 november 1986, *T.B.H.*, 1987, 637).

89. CONCESSIE VOOR BEPAALDE TIJD - BEGRIP — Een contract moet beschouwd worden als een contract van bepaalde duur, wanneer het de vermelding bevat dat na een bepaalde dag partijen zullen bevrijd zijn van hun wederzijdse verplichtingen, behoudens stilzwijgende verlenging (Brussel, 28 september 1989, *T.B.H.*, 1990, 675; *J.L.M.B.*, 1990, 11).

90. CONCESSIE VOOR BEPAALDE TIJD - STILZWIJGENDE VERLENGING — Een concessie waarvan de duurtijd bepaald is, heeft niet tot gevolg dat de concessie van den beginne af geacht wordt voor onbepaalde duur te zijn aangegaan. De omstandigheid dat een concessie voor een bepaalde tijd ooit zal kunnen worden omgezet in een concessie voor onbepaalde tijd, brengt niet mee dat ze dat is van het begin af (Antwerpen, 1 maart 1989, *R.W.*, 1989-90, 157; Brussel, 15 maart 1990, *J.L.M.B.*, 1990, 804).

91. OPEENVOLGENDE CONCESSIES VOOR BEPAALDE TIJD MET VERSCHILLENDE (RECHTS)PERSONEN — Er is geen verlenging van een vorig contract, gesloten met een vennootschap voor een bepaalde duur, wanneer dit contract wordt opgevolgd door een nieuw contract gesloten met natuurlijke personen die nadien aandeelhouders en bestuurders worden van de vennootschap die voordien titularis was van de concessie (Kh. Brussel, 10 augustus 1989, *T.B.H.*, 1990, 708).

92. OMZETTING VAN EEN CONCESSIE VOOR ONBEPAALDE TIJD IN EEN CONCESSIE VOOR BEPAALDE TIJD — Een voor onbepaalde tijd verleende concessie werd, op vraag van de concessiehouder omgezet in een concessie voor bepaalde tijd. Gedurende deze bepaalde duur wenste de concessiegever die de produktie van de geconcedeerde produkten stillegde, de concessie op te zeggen en hield voor dat de omzetting van de concessie van onbepaalde duur in een concessie van bepaalde duur in strijd was met artikel 2 van de Wet van 27 juli 1961 (gew. bij Wet 13 april 1971). De Rechtbank van Koophandel te Brussel (2 december 1985, *T.B.H.*, 1988, 638 noot P. Kileste)

meende dat geen enkele bepaling van de Wet van 27 juli 1961 verbiedt om gedurende de uitvoering van een voor onbepaalde duur afgesloten concessie te bepalen dat deze een bepaalde duur zal hebben. Deze redenering mag nogal verwonderlijk lijken. Logischerwijze zou de concessie voor onbepaalde duur eerst moeten worden opgezegd, om vervolgens een contract van bepaalde duur af te sluiten. Men zou evenwel kunnen voorhouden dat het afsluiten van een concessie voor bepaalde duur een billijke vergoeding is in de zin van artikel 2 van de Wet van 27 juli 1961. In de noot op het vonnis meent Kileste dat de rechtbank aldus wellicht de mening toegedaan is dat de wet slechts imperatief is in de mate dat ze enkel de belangen van de concessiehouder zou beschermen (Cass. 28 juni 1979, *Pas.*, 1979, I, 1260, concl. Adv. Gen. Krings); anderen betwisten dit omdat voor hen de wet de stabiliteit van de contractsverhoudingen beoogt (Colpaert en Bützler ,,La licéité de la clause resolutoire expresse dans les contrats de concession exclusive'', *R.C.J.B.*, 1981, 26 e.v.).

93. WET VAN 12 APRIL 1971 TER WIJZIGING VAN WET VAN 27 JULI 1961 BETREFFENDE DE ÉÉNZIJDIGE BEËINDIGING VAN VOOR ONBEPAALDE TIJD VERLEENDE CONCESSIES VAN ALLEENVERKOOP - WERKING IN DE TIJD — Artikel 3bis, tweede lid van de Wet van 21 juli 1961 ingevoegd door artikel 4 van de Wet van 13 april 1971, onderwerpt aan de toepassing van de wet de voor bepaalde tijd verleende concessies die tweemaal vernieuwd zijn, ongeacht het tijdstip waarop de vernieuwingen hebben plaatsgehad (Cass., 21 oktober 1988, *A.C.*, 1988-89, 214 nr. 105; *R.W.*, 1988-89, 961).

94. TOEPASSING VAN DE WET VAN 27 JULI 1961 IN DE RUIMTE - CONCESSIE TUSSEN BELGISCHE CONCESSIEGEVER EN NEDERLANDSE CONCESSIEHOUDER — Een Belgische concessiegever en een Nederlandse concessiehouder m.b.t. een concessie op Nederlands grondgebied waren uitdrukkelijk overeengekomen dat het Belgisch recht van toepassing zou zijn. Derhalve was de Wet van 27 juli 1961 betreffende de éénzijdige beëindiging van voor onbepaalde tijd verleende concessies van alleenverkoop van toepassing. De omstandigheid dat de wet een imperatief karakter heeft, doet daaraan niets af (Brussel, 4 januari 1989, *R.W.*, 1989-90, 20).

95. UITDRUKKELIJK ONTBINDEND BEDING — Steeds meer worden in concessieovereenkomsten uitdrukkelijk ontbindende bedingen opgenomen voor het geval van niet-uitvoering van contractuele verplichtingen (b.v. niet bereiken van overeengekomen minimumquota van aankopen). De rechtspraak aanvaardt terecht unaniem dat geen enkele bepaling van de Wet van 27 juli 1961 dergelijke bedingen verbiedt (Brussel, 24 september 1986, *R.W.*, 1987-88, 1436; Kh. Neufchâteau, 10 december 1985, *T.B.H.*, 1987, 123; Kh. Brussel, 22 november 1985, *T.B.H.*, 1987, 120). De beoordelingsmacht van de rechter beperkt zich tot het onderzoek of de ingeroepen

grieven wel de tekortkoming uitmaken, conventioneel gesanctioneerd door het ontbindend beding.

Wanneer blijkt dat een uitdrukkelijk ontbindend beding ten onrechte werd ingeroepen, is de rechter in kort geding bevoegd om verlenging van de contractuele relatie voor een bepaalde duur te bevelen (Brussel, 2 februari 1988, *T.B.H.*, 1990, 681).

Terecht werd beslist dat de concessiegever die een concessieovereenkomst opzegt op grond van een tekortkoming door een uitdrukkelijk ontbindend beding gesanctioneerd, in zijn opzeggingsbrief naar dit beding moet verwijzen (Antwerpen, 24 februari 1988, *D.A.O.R.*, 1991, nr. 18, 63).

96. BEËINDIGING DOOR DE CONCESSIEGEVER WEGENS STOPZETTING VAN DE PRODUKTIE VAN DE GOEDEREN, VOORWERP VAN DE CONCESSIE — In een concessie voor bepaalde duur verwittigde de concessiegever de concessiehouder dat hij zes maanden later de produktie van de goederen, voorwerp van de concessie, zou stopzetten en dat de commerciële basis voor hun samenwerking aldus verdween. De concessiehouder eiste schadevergoeding. De rechtbank van koophandel te Brussel (2 december 1985, *T.B.H.*, 1988, 638 noot Kileste) was de mening toegedaan dat de sluiting van de onderneming wegens belangrijke negatieve rentabiliteit en de daarmee gepaard gaande stopzetting van de produktie van de goederen die het voorwerp uitmaken van de concessie, niet als een verbreking van de overeenkomst en dus als een contractuele fout diende beschouwd, nu de onderneming niet tot plicht had haar produktie in stand te houden enkel om aan een eventuele vraag van haar concessiehouder te kunnen beantwoorden. In een noot onder het vonnis oefent P. Kileste kritiek uit op deze beslissing. Met hem betreuren we dat de rechtbank haar redenering niet meer juridisch expliciteerde, doch we keuren de beslissing zelf goed. Het voorwerp van de concessieovereenkomst was duidelijk vergaan, wat het tenietgaan van het contract tot gevolg heeft (zie Foriers, P.A., ,,Observations sur la caducité des contrats par suite de la disparition de leur objet ou de leur cause'', noot onder Cass., 28 november 1980, *R.C.J.B.*, 1987, 70 e.v.). Het komt ons tevens voor dat dit tenietgaan het gevolg is van overmacht en niet van de schuld van de concessiegever, nu de sluiting van de onderneming het gevolg is van een zware verlieslatende activiteit. Algemeen wordt immers aanvaard dat de voortzetting van een deficitaire activiteit als een foutieve handeling dient aangemerkt die de aansprakelijkheid van de bestuurders tot gevolg heeft (zie Van Ryn, J. en Dieux, X., ,,La responsabilité des administrateurs ou gérants d'une personne morale à l'égard des tiers'', *J.T.*, 1988, 401; en ,,La responsabilité des administrateurs et gérants d'une personne morale à l'égard des tiers - Observations complémentaires'', *R.P.S.*, 1989, 6511; Van Ommeslaghe, P., ,,Développements récents de la responsabilité civile professionnelle en matière économique'' in L'évolution récente du droit commercial et économique, Brussel, 1978, 9). Wanneer de sluiting van een verlieslatende bedrijfstak of onderneming zich opdringt en de geconcedeer-

de produkten dan ook niet meer vervaardigd worden, gaat het voorwerp van de concessie teniet.

97. BEËINDIGING VAN EEN CONCESSIE VOOR BEPAALDE TIJD — Wanneer een concessie voor bepaalde tijd verstrijkt, is — behalve andersluidende overeenkomst tussen partijen — de concessiegever geenszins vergoedingen verschuldigd aan de concessiehouder, noch is hij gehouden de niet verkochte produkten en onderdelen terug te nemen (Antwerpen, 1 maart 1989, *R.W.*, 1989-90, 157).

98. CONCESSIE VAN ONBEPAALDE DUUR - BEËINDIGING WEGENS ZWARE FOUT — Bij zware fout van één van de partijen kan de andere partij de voor onbepaalde tijd verleende concessie beëindigen, zonder redelijke opzeggingstermijn of billijke vergoeding (art. 2 wet 27 juli 1961).

Zo b.v. bij strafrechtelijke veroordeling van de concessiehouder wegens heling van bij de concessiegever gestolen goederen (Brussel, 31 maart 1987, *T.B.H.*, 1987, 645).

Het niet eerbiedigen van de contractuele bepalingen, zoals het verkopen buiten het concessiegebied daar waar zulks contractueel verboden is, rechtvaardigt de beëindiging van de overeenkomst zonder opzeggingstermijn (Antwerpen, 19 augustus 1987, *R.W.*, 1988-89, 749).

Ook de niet eerbiediging van de te bereiken quota, terwijl deze nochtans redelijk konden bereikt worden, werd als een grove fout aangemerkt (Bergen, 3 februari 1987, *T.B.H.*, 1987, 642).

Bij onmiddellijke beëindiging wegens zware fout dienen voordien gedane bestellingen uitgevoerd te worden (Antwerpen, 19 augustus 1987, *R.W.*, 1988-89, 749).

Een loutere — weze het gevoelige — vermindering van het zakencijfer werd daarentegen als onvoldoende geacht om een beëindiging wegens zware fout te rechtvaardigen (Brussel, 17 maart 1987, *T.B.H.*, 1987, 643; Kh. Mechelen, 23 februari 1990, *D.A.O.R.*, 1991, nr. 18, 78).

Maakt evenmin een zware fout uit in hoofde van de concessiehouder, het feit dat hij gedurende de opzeggingstermijn, produkten gaat verdelen van een ander merk, terwijl de distributieovereenkomst zulks niet verbiedt (Cass., 10 september 1987, *T.B.H.*, 1988, 611).

Het inroepen van grove tekortkomingen is onverenigbaar met het eerbiedigen van een opzeggingstermijn. Werd de concessie opgezegd, met eerbiediging van een opzeggingstermijn, dan kan achteraf niet ingeroepen worden dat de opzegging gebeurde wegens contractbreuk. Een beweerde grove tekortkoming impliceert dat de relaties niet meer kunnen worden voortgezet, ook niet tijdens een opzeggingstermijn (Kh. Brussel, 31 januari 1986, *R.W.*, 1988-89, 262).

99. BEËINDIGING VAN EEN CONCESSIE VOOR BEPAALDE TIJD - ZWARE FOUT

— Een voor bepaalde duur verleende concessie van alleenverkoop kan niet wegens zware fout op grond van artikel 2 Wet 27 juli 1961 worden beëindigd. In dit geval dient het gemeen contractenrecht m.n. art. 1184 B.W. te worden toegepast (Rb. Brussel, 10 augustus 1989, *T.B.H.*, 1990, 708).

100. CONCESSIE - GROVE FOUT VAN CONCESSIEGEVERS — De concessiegever die de onderconcessiehouder tot hoofdconcessiehouder en opvolger aanstelt, in de plaats van de gerechtigde concessiehouder, en in zijn reclame de indruk wekt dat deze geen deel meer uitmaakt van zijn dealersnet, maakt daardoor een einde aan het concessiecontract en begaat een grove fout tegenover de hoofdconcessiehouder, die de toekenning van schadeloosstelling wettigt (Kh. Brussel, 22 mei 1990, *D.A.O.R.*, 1990, nr. 15, 88).

101. OPZEGGING VAN EEN CONCESSIE VOOR ONBEPAALDE DUUR - OPZEGGING MAG NIET DUBBELZINNIG ZIJN — De opzegging gegeven door de concessiegever dient aan de concessiehouder de zekerheid te geven dat het contract een einde zal nemen bij het verstrijken van de opzeggingstermijn. De concessiehouder dient zich te bevinden in een ondubbelzinnige situatie. De brief waarbij enerzijds de beëindiging van de concessie wordt betekend, doch anderzijds de mogelijkheid wordt opengelaten de relaties op dezelfde wijze of op een andere wijze verder te zetten na het verstrijken van de opzeggingstermijn, kan niet beschouwd worden als een opzegging (Brussel, 24 september 1987, *T.B.H.*, 1988, 620; zie ook Kh. Hasselt, 17 september 1990, *D.A.O.R.*, 1991, nr. 18, 88).

102. OPZEGGING VAN EEN CONCESSIE - BEVEL TOT VOORTZETTING DOOR RECHTER IN KORT GEDING — De plotse verbreking van een concessie kan de concessiehouder zware schade toebrengen. Meer en meer wordt in dergelijk geval aan de voorzitter van de rechtbank, zetelend in kort geding, gevraagd om de voorlopige voortzetting van de concessie te bevelen in afwachting van een beslissing ten gronde (Zie ook Y. Merchiers, ,,Overzicht van rechtspraak (1982-1986)'', *T.P.R.*, 1987, nr. 64, 1875 e.v.).

Gesteld werd dat dergelijk bevel tot voorlopige voortzetting van de contractuele relaties enkel kan bevolen worden wanneer de beëindiging manifest foutief is of genomen werd in onregelmatige omstandigheden en wanneer deze maatregel de enige geschikte is om de concessiehouder te vrijwaren tegen onherstelbare schade (Brussel, 28 september 1989, *T.B.H.*, 1990, 675, *J.L.M.B.*, 1990, 11; Brussel, 9 januari 1990, *T.B.H.*, 1990, 688).

Het Hof van Cassatie heeft in een arrest van 6 november 1987 (zie infra nr. 104) gesteld dat de rechter bij wie een geschil nopens de opzegging van een concessie wordt aangebracht, niet vermag in de overeenkomst in te grijpen door het opleggen van een termijn of een bijkomende termijn. Op grond van dit arrest moet men besluiten dat de kortgedingrechter in geen

geval de voorlopige voortzetting van de concessie mag bevelen (zie in die zin: Nelissen Grade, in noot onder Cass., 6 november 1987, *T.B.H.*, 1988, 186 en Bergen, 2 februari 1988, *T.B.H.*, 1989, 198).

Enkel in geval de opzegging als rechtsmisbruik kan worden aangemerkt, zou het o.i. juridisch kunnen verantwoord worden de tijdelijke voortzetting ervan te bevelen.

103. CONCESSIE VOOR ONBEPAALDE TIJD - OPZEGGINGSTERMIJN TE BEPALEN BIJ DE OPZEGGING — Artikel 2 van de Wet van 27 juli 1961 bepaalt dat de voor onbepaalde tijd verleende concessie niet kan worden beëindigd dan met een redelijke opzeggingstermijn of een billijke vergoeding die door de partijen wordt bepaald *,,bij de opzegging van het contract''* (wij onderstrepen).

Het Hof van Cassatie heeft dan ook terecht gesteld dat door toepassing te maken van een contractuele clausule uit de concessieovereenkomst die de duur van de opzegging op drie jaar bepaalt, om reden dat de wederpartij deze clausule na de opzegging zou hebben geratificeerd, het arrest artikel 2 van de Wet van 27 juli 1961 schendt (Cass., 22 december 1988, *J.T.*, 1989, 458). Een opzeggingstermijn of vergoeding vooraf — zoals in casu in de concessieovereenkomst bedongen — is dus nietig. Het is bij de opzegging van het contract dat er overeenstemming moet zijn onder partijen omtrent de opzeggingstermijn of vergoeding. Ratificatie door slechts één van de partijen van één — nietige — clausule in de concessieovereenkomst schendt artikel 2 Wet 27 juli 1961, want dit heeft tot gevolg dat de opzeggingstermijn of vergoeding eenzijdig bepaald wordt door slechts één van de partijen. Ratificatie is immers een eenzijdige wilsuiting.

104. EENZIJDIGE BEËINDIGING VAN CONCESSIE VOOR ONBEPAALDE TIJD - OPZEGGINGSTERMIJN DE REGEL - OPZEGGINGSTERMIJN KAN DOOR RECHTER NIET WORDEN VERLENGD — Het Hof van Cassatie bevestigde zijn vroegere rechtspraak (zie Y. Merchiers, ,,Overzicht van Rechtspraak (1977-81)'', *T.P.R.*, 1982, 756 nr. 81): bij beëindiging van een voor onbepaalde tijd verleende concessie is de toekenning van een opzeggingstermijn de regel en moet slechts bij ontstentenis van zodanige opzeggingstermijn een vergoeding betaald worden. De verbintenis een redelijke opzeggingstermijn te eerbiedigen, bestaat in de voortzetting, tijdens de opzegging, van de aan de concessiehouder verleende alleenverkooprechten in het in concessie gegeven gebied. Wanneer echter de opzeggingstermijn de rechter ontoereikend lijkt, kan hij geen termijn of bijkomende termijn opleggen. Door zulks te doen zou hij in de overeenkomst ingrijpen (Cass., 6 november 1987, *R.W.*, 1988-89, 8; *T.B.H.*, 1988, 182; *A.C.*, 1987-88, 310).

Het recht om een voor onbepaalde duur gesloten overeenkomst eenzijdig op te zeggen vloeit voort uit het beginsel dat niemand zich voor het leven kan verbinden (art. 1780 B.W.). Dit is des te meer zo bij een concessie voor

onbepaalde duur, nu dit opzeggingsrecht door de Wet van 27 juli 1961 wordt bevestigd. De partij die de overeenkomst zonder opzeggingstermijn of met een ontoereikende opzeggingstermijn beëindigt, kan enkel tot schadeloosstelling worden veroordeeld. De rechter bij wie het geschil wordt aangebracht, vermag geen opzeggingstermijn of bijkomende opzeggingstermijn op te leggen. Door zulks te doen zou hij in de overeenkomst ingrijpen. Aldus het cassatiearrest.

Bij ontstentenis van opzeggingstermijn of bij onvoldoende opzeggingstermijn kan de rechter dus enkel schadevergoeding toekennen.

105. EENZIJDIGE BEËINDIGING VAN EEN CONCESSIE VOOR ONBEPAALDE TIJD - REDELIJKE OPZEGGINGSTERMIJN DOOR CONCESSIEGEVER IN ACHT TE NEMEN - CRITERIA - DUUR — De redelijke opzeggingstermijn is de termijn die als voldoende dient beschouwd om het de concessiehouder mogelijk te maken een andere concessie te vinden die evenwaardig is met de opgezegde concessie (Brussel, 7 maart 1991, *J.L.M.B.*, 1991, 1393; Bergen, 9 oktober 1989, *T.B.H.*, 1990, 682).

De reconversie is des te moeilijker als het om een oude concessie gaat, de verkochte produkten befaamd zijn en de bevoorradingsmogelijkheden voor gelijkwaardige produkten weinig talrijk, als de winstmarge hoog is en de concessie een belangrijk deel van de activiteit van de concessiehouder uitmaakt (Brussel, 7 maart 1991, *J.L.M.B.*, 1991, 1392).

Beslist werd dat wanneer vóór de concessieovereenkomst een agentuurovereenkomst bestond tussen partijen, de periode van de agentuurovereenkomst niet dient in acht genomen te worden bij de beoordeling van de duur van de concessie (Brussel, 4 oktober 1989, *J.L.M.B.*, 1990, 62; Brussel, 7 maart 1991, *J.L.M.B.*, 1991, 1392).

Bij de beoordeling van de duur van een concessie zou wel moeten rekening gehouden worden met de periode gedurende dewelke de concessiehouder als fysieke persoon optrad voordat hij zijn activiteit in vennootschap inbracht (Brussel, 4 oktober 1989, loc. cit.; Brussel, 7 maart 1991, *loc. cit.*).

Bij concessie van verkoop van personenwagens werden volgende opzeggingstermijnen gehanteerd:

— 12 maanden bij een concessie die 12 jaar geduurd had (Kh. Antwerpen, 18 januari 1991, *R.W.*, 1990-91, 1306);

— 24 maanden bij een concessie van 18 jaar (Kh. Brussel, 29 maart 1990, *D.A.O.R.*, 1991, nr. 18, 83);

— eveneens 24 maanden bij een concessie van 4 jaar (Rb. Brussel, 7 juni 1989, *D.A.O.R.*, 1991, nr. 18, 74).

— nog eens 24 maanden bij een concessie van 12,5 jaar (Brussel, 20 december 1985, *T.B.H.*, 1987, 106);

— 21 maanden bij een concessie van 30 jaar (Bergen, 24 oktober 1988, *T.B.H.*, 1989, 524);

— 18 maanden voor een concessie van ruim 30 jaar (Bergen, 9 oktober 1989, *T.B.H.*, 1990, 682).

106. EENZIJDIGE BEËINDIGING VAN CONCESSIE VOOR ONBEPAALDE TIJD - OPZEGGINGSTERMIJN DOOR CONCESSIEHOUDER IN ACHT TE NEMEN — Niet enkel de concessiegever, doch ook de concessiehouder dient bij opzegging een redelijke opzeggingstermijn in acht te nemen. Dit vloeit logisch voort uit de algemene bewoordingen van artikel 2 van de Wet van 24 juli 1961.

Dat ook de concessiehouder een redelijke opzeggingstermijn moet in acht nemen wanneer hij de concessie opzegt, is logisch: deze termijn moet de concessiegever toelaten een gelijkwaardige concessiehouder te vinden (Kh. Brussel, 7 maart 1989, *T.B.H.*, 1990, 69; Kh. Antwerpen, 18 januari 1991, *R.W.*, 1990-91, 1306).

107. EENZIJDIGE BEËINDIGING VAN CONCESSIE VOOR ONBEPAALDE TIJD - COMPENSATOIRE VERGOEDING - BEGRIP - CRITERIA - TERUGNAME STOCK — Bij eenzijdige beëindiging van een concessie voor onbepaalde tijd, is de eerbiediging van een opzeggingstermijn de regel. Slechts bij ontstentenis van zodanige opzeggingstermijn moet een vergoeding voor de voordelen van een opzegging worden toegekend die berekend wordt op grond van die voordelen (Cass, 6 november 1987, *A.C.*, 1987-88, 310; *T.B.H.*, 1988, 182; *R.W.*, 1988-89, 8; zie ook Merchiers, Y., „Overzicht van Rechtspraak (1977-1981)", *T.P.R.*, 1982, 757, nr. 83).

Het is dus duidelijk dat de opgezegde concessiehouder enkel aanspraak kan maken op de compensatoire vergoeding, wanneer de gegeven opzeggingsperiode onredelijk is (Brussel, 20 april 1988, *R.W.*, 1988-89, 196).

Over de billijke compensatoire vergoeding doet de rechter, bij ontstentenis van overeenkomst tussen de partijen, uitspraak naar billijkheid, eventueel met inachtneming van de gebruiken. Daaruit volgt dat de schuldvordering van de concessiehouder geen numerieke geldsom tot voorwerp heeft, maar een door de rechter te schatten vergoeding voor de door hem geleden schade en dat die schade volledig vergoed moet worden (Cass., 11 mei 1989, *A.C.*, 1988-89, 1059; *R.W.*, 1989-90, 327, *J.L.M.B.*, 1990, 794).

Daarom maakt de rechter die vaststelt dat de koopkracht van de munt sedert de beëindiging van de concessieovereenkomst is gedaald, een juiste toepassing van de wet door de vergoedingen wegens die daling te indexeren (Cass., 11 mei 1989, *loc. cit.*; Brussel, 4 december 1986, *J.L.M.B.*, 1987, 795).

Het bedrag van de vervangende vergoeding moet gelijk zijn aan de nettowinst die de concessiehouder zou hebben verwezenlijkt als hij een redelijke opzeggingstermijn had verkregen, vermeerderd met de niet te drukken algemene kosten die de concessiehouder in verhouding tot de verlopen concessie blijft oplopen (Kh. Hasselt, 17 september 1990, *D.A.O.R.*, 1991, nr. 18, 88).

Aldus wordt rekening gehouden met

— de duur van de concessie;
— de moeilijkheidsgraad om een gelijkaardige concessie te vinden;
— het feit dat de concessie de volledige activiteit van de concessiehouder uitmaakt
— de anciënniteit van de concessiehouder binnen het net
— het zakencijfer
— de netto-bedrijfsresultaten vóór belasting
— de niet te drukken algemene kosten (Brussel, 4 december 1986, *J.L.M.B.*, 1987, 795; Brussel, 7 juni 1989, *D.A.O.R.*, 1991, nr. 18, 711; Bergen, 9 oktober 1989, *T.B.H.*, 1990, 682; Kh. Brussel, 29 maart 1990, *D.A.O.R.*, 1991, nr. 18, 83).

Om de compensatoire vergoeding te berekenen dient de periode in aanmerking te worden genomen die het dichtst bij de opzegging ligt en die het best de economische waarde van de concessie weergeeft (Brussel, 15 maart 1990, *J.L.M.B.*, 1990, 804).

Bij gebrek aan desbetreffende overeenkomst dient de stock te worden overgenomen door de concessiegever die de concessie beëindigde en geen of een ontoereikende opzeggingstermijn naleefde (Kh. Brussel, 7 juni 1989, *D.A.O.R.*, 1991, nr. 18, 71; Kh. Brussel, 29 maart 1990, *D.A.O.R.*, 1991, nr. 18, 83). Terugname van de stock kan immers als een billijke vergoeding — in natura — voor de eenzijdige opzegging van de overeenkomst waarvoor geen of geen voldoende opzeggingstermijn werd geëerbiedigd, worden beschouwd.

108. EENZIJDIGE BEËINDIGING VAN CONCESSIE VOOR ONBEPAALDE TIJD - BILLIJKE BIJKOMENDE VERGOEDING — Bij eenzijdige beëindiging door de concessiegever van de concessie voor onbepaalde duur en bij beëindiging van de concessie door de concessiehouder voor grove tekortkoming van de concessiegever, kan de concessiehouder aanspraak maken op een billijke bijkomende vergoeding (meerwaarde voor aangebrachte cliëntele, kosten met het oog op exploitatie, rouwgeld).

Ook hier doet de rechter uitspraak naar billijkheid, eventueel met inachtneming van de gebruiken (art. 3 Wet 27 juli 1961).

Een tegenopzegging door de concessiehouder betekend is geen beletsel voor de toekenning van deze billijke bijkomende vergoeding (Brussel, 9 september 1986, *J.T.*, 1988, 193).

De billijke bijkomende vergoeding voor cliëntele berust op het feit dat de aanwas van cliëntele door de concessiehouder aan de concessiegever aangebracht, de concessiegever verworven blijft (Brussel, 7 maart 1991, *J.L.M.B.*, 1991, 1392).

De billijke bijkomende vergoeding voor aangebrachte cliëntele wordt wel eens berekend op basis van het bruto zakencijfer door de cliëntele mogelijk gemaakt; cliëntele is immers een activa bestanddeel waarvan de waarde

afhangt van de winsten die zij mogelijk maakt (Brussel, 4 december 1986, *J.L.M.B.*, 1987, 795; Brussel, 15 maart 1990, *J.L.M.B.*, 1990, 804).
Bij de inachtneming van de stijging van het omzetcijfer dient evenwel rekening gehouden met de stijging ervan tengevolge van de inflatie (Brussel, 20 april 1988, *R.W.*, 1988-89, 196).

109. BEVOEGDHEID RATIONE LOCI - E.G.-OVEREENKOMST VAN 27 SEPTEMBER 1968. EENZIJDIGE BEËINDIGING CONCESSIE — Artikel 5, 1° E.E.G.-verdrag van 27 september 1968 (E.E.X.) bepaalt dat de verweerder die woonplaats heeft op het grondgebied van een verdragsluitende staat, in een andere verdragsluitende staat voor de navolgende gerechten kan worden opgeroepen: ten aanzien van verbintenissen uit overeenkomst, voor het gerecht van de plaats waar de verbintenis is uitgevoerd of moet worden uitgevoerd.
De rechtspraak in de overschouwde periode volgt de rechtspraak van het Hof van Cassatie terzake (zie Merchiers, Y., ,,Overzicht van rechtspraak (1977-1981)'', *T.P.R.*, 1982, 759, nr. 90 e.v.).
Aldus is de Belgische rechter bevoegd om kennis te nemen van de geschillen betreffende de opzegging van een in België gevestigde concessiehouder betreffende het Belgisch grondgebied. De contractuele verbintenis, in de zin van art. 5, 1° E.E.X. bij eenzijdige beëindiging van een voor onbepaalde tijd verleende concessie, is het recht op een opzeggingstermijn. Deze verbintenis wordt geanalyseerd zoals de hoofdverbintenis van de concesssiegever, nl. het in acht nemen van de exclusiviteit op het Belgisch grondgebied; zij moet dus ook in België worden uitgevoerd. Daar de billijke compensatoire vergoeding van artikel 2 van de wet 27 juli 1961 de opzeggingstermijn vervangt, is ook de Belgische rechter bevoegd om daarvan kennis te nemen (Kh. Brussel, 30 oktober 1985; *T.B.H.*, 1987, 619; Kh. Brussel, 22 juni 1989, *T.B.H.*, 1990, 702; Kh. Antwerpen, 23 september 1988, *R.W.*, 1988-89, 476).
De bijkomende vergoeding ex artikel 3 van de wet van 27 juli 1961 is echter een autonome verbintenis.
Bij gebrek aan een bijzondere regeling in deze wet betreffende de plaats van uitvoering van deze verbintenis geldt derhalve het beginsel van artikel 1247 lid 2 B.W. waarnaar de schulden haalbaar zijn, wat leidt tot de onbevoegdheid van de Belgische rechter om op grond van artikel 5, 1° E.E.X. kennis te nemen van de vorderingen van de concessiehouder strekkende tot betaling van een bijkomende vergoeding (Kh. Antwerpen, 23 september 1988, R.W., 1988-89, 476). Nochtans werd, met het oog op een goede werking van het gerecht, waarbij de doeltreffendheid en de zekerheid voorrang moeten hebben op het overdreven formalisme van de procedureregels, beslist door de rechtbank van koophandel te Brussel (30 oktober 1985, *T.B.H.*, 1987, 619 en 22 juni 1989, *T.B.H.*, 1990, 702, noot Hollander) dat moet vermeden worden dat deze verplichting afgezonderd wordt van eventuele andere verplichtingen die voortvloeien uit dezelfde concessie.

In het licht van de rechtspraak van het Hof van Justitie (15 januari 1987, *J.T.*, 1987, 364) waarnaar bij een geschil over verschillende verbintenissen uit eenzelfde overeenkomst, de rechter, om zijn bevoegdheid te bepalen, zich zal laten leiden door het beginsel dat het bijkomstige de hoofdzaak volgt, zodat zijn bevoegdheid zal bepaald worden door de hoofdverbintenis, valt deze rechtspraak goed te keuren. Bij een gelijktijdige betwisting over opzeggingstermijn, compensatoire vergoeding en bijkomende vergoeding bij eenzijdige beëindiging van een concessie is dit ongetwijfeld de rechter die bevoegd is om kennis te nemen van de geschillen rond de rechtsgeldigheid van de opzegging en de opzeggingstermijn.

110. BEVOEGDHEID RATIONE LOCI - E.E.X. - DWINGENDE EN VOORLOPIGE MAATREGELEN IN HET KADER VAN EEN CONCESSIE — Een Italiaanse firma die aan een Belgische firma een concessie had toegekend voor de verkoop van vliegtuigonderdelen, had in betwiste omstandigheden de concessieovereenkomst beëindigd. De Belgische firma dagvaardde in België in kort geding om de tijdelijke voortzetting van de concessie te doen bevelen.

Artikel 24 E.E.X. bepaalt dat voorlopige of bewarende maatregelen opgenomen in de wetgeving van de verdragsluitende staat, bij de rechterlijke autoriteiten van die staat kunnen worden aangevraagd, zelfs indien een gerecht van een andere verdragsluitende staat krachtens het Verdrag bevoegd is om van het bodemgeschil kennis te nemen.

In feite verwijst artikel 24 aldus naar het gemeen recht van de lidstaten. De Belgische rechter dient zijn bevoegdheid te bepalen in het licht van de lex fori, dit zijn de artikelen 635 e.v. Ger. W. waarnaar de vreemdelingen in België mogen worden gedagvaard inzake dwingende en voorlopige maatregelen. Nu het geschil betrekking had op de dringende noodzaak om over wisselstukken te beschikken ten behoeve van vliegtuigen gebruikt door de Belgische luchtmacht, was de vordering ontvankelijk (Bergen, 2 februari 1988, *T.B.H.*, 1989, 198).

AFDELING 7
FRANCHISING

111. BEGRIP - KENMERKENDE EIGENSCHAPPEN — Partijen hadden een onderling afgesloten overeenkomst betiteld als ,,contrat de concession de vente avec gérance libre d'exploitation''. Op grond van een analyse van de elementen van de overeenkomst besliste de rechtspraak (Kh. Charleroi, 5 februari 1987, *J.T.*, 1987, 238) dat het, ondanks de door partijen gebruikte terminologie, om ,,franchising'' ging.

Volgende elementen werden als kenmerkend voor franchising weerhouden:

— de machtiging om het merk en het uithangbord van de franchisor (franchisinggever) te gebruiken ,,de franchisor machtigt de franchisee, onafhankelijke en zelfstandige handelaar, om zijn merk en uithangbord te gebruiken'';

— de enge samenwerking tussen partijen „... zijn hulp en ervaring, om er in het belang van beide partijen, gebruik van te maken... hij stelt ter beschikking van de franchisee, zijn diensten op commercieel, promotioneel, publicitair, administratief, technisch financieel, fiscaal vlak alsmede op het stuk van algemeen beheer"
— de eerbiediging van de volledige onafhankelijkheid van de uitbater die in gene mate gebonden is aan de franchisor door een arbeidsovereenkomst;
— de wederkerige verbintenis een bepaald aantal produkten te verkopen en aan te kopen, met uitsluitende bevoorradingsplicht bij de medecontractant en opgelegde minima ratio's;
— een dubbele vergoeding bestaande uit een entree-geld, en een percentage;
— de verplichting voor de franchisee zich te onderwerpen aan diverse controles vanwege de franchisor.

112. VERBOD OM AAN STERK VERMINDERDE PRIJZEN TE VERKOPEN — Nu geen wetteksten de franchising regelen en dergelijke contracten volledig door de overeenkomst tussen partijen worden geregeld, moet de rechter, de rechten en verbintenissen van de partijen toetsen aan de tussen hen gesloten overeenkomst.

113. Een franchisingnemer van luxeartikelen was in strijd met de bepalingen van de franchisingovereenkomst overgegaan tot aankondiging en verkoop van de artikelen aan sterk verminderde prijzen. Bevel werd hem opgelegd om de verkoop aan sterk verminderde prijzen stop te zetten onder verbeurte van een dwangsom per éénmalige inbreuk. Het recht bij artikel 26 Handelspraktijkenwet (oud) aan een handelaar verleend om gedurende bepaalde periodes soldenverkopen te houden onder de daarin gestelde voorwaarden kan rechtsgeldig beperkt of gemoduleerd worden in een franchisingovereenkomst (Gent, 12 januari 1989, *T.G.R.*, 1989, 67).

114. SCHOLINGSBEDING — Bij gebrek aan contractueel beding strekkende tot het tegendeel, kan de franchisegever de verderzetting van de franchisingovereenkomst niet afhankelijk stellen van de uitslag van de scholing door de franchisenemer gevolgd (Bergen, 13 oktober 1987, *T.B.H.*, 1988, 626).

114bis. MISLEIDENDE RECLAME DOOR FRANCHISEGEVER ONTWORPEN — De franchisegever die de onrechtmatige reclamecampagne van zijn franchisenemer ontwerpt en plant, moet als auteur ervan aangezien worden, vermits hij het is die werkelijk beslist, gelet op de hem toekomende coördinatie- en beslissingsbevoegdheid en het feit dat de franchisegever niet enkel een raadgever is nu hij beslist over reklame, verkooppraktijken, de leverancier kiest en de prijzen vaststelt (Kh. Luik (Voorz.), 19 januari 1990, D.A.O.R., 1990, nr. 15, 63).

AFDELING 8

SPONSORING

115. BEGRIP - CONTRACT INTUÏTU PERSONAE — De overeenkomst waarbij een handelaar met een financiële bijdrage zijn merkbekendheid wenst te verbeteren ter gelegenheid van een (sport)gebeuren is een sponsoringovereenkomst of publicitair peterschap.

Dergelijk contract heeft een intuïtu personae karakter (Kh. Brussel, 14 juni 1989, *T.B.H.*, 1990, 420).

116. VERBREKING WEGENS AANTASTING VAN IMAGO VAN GESPONSERDE — N.V. Hertz had een sponsoringcontract afgesloten met het ,,European Champions Championship''. Tijdens de duur van dit contract werden personen verantwoordelijk voor het European Champions Championship vervolgd wegens fiscale fraude, wat uitvoerig in de pers weerklank vond. Hertz zegde ten gevolge hiervan het sponsoringcontract — voor bepaalde duur afgesloten — op staande voet op.

De rechtbank van koophandel te Brussel (14 juni 1989, *loc. cit.*) overweegt dat de gesponsorde, gezien de aard zelf van de sponsoringovereenkomst, de verplichting heeft zich te onthouden van elke daad of verklaring die de reputatie van de sponsor of van het gesponsorde gebeuren zou aantasten. In casu nochtans besliste de rechtbank dat, in acht genomen de omstandigheden, dit de verbreking van het contract niet rechtvaardigde.

117. BEMIDDELING BIJ HET ZOEKEN NAAR SPONSOR — Het contract tussen een publiciteits- en public relations-agentschap en de (rechts)persoon die haar belast om sponsors te vinden, is een aannemingsovereenkomst (Rb. Brussel, 28 juni 1989, *Rev. Rég. Dr.*, 1991, 137).

AFDELING 9

LEASING

118. BEGRIP — Leasing of financieringshuur is een overeenkomst waarbij een kredietinstelling-leasingvennootschap op aanduiding en specificatie van de uiteindelijke gebruiker een (bedrijfs)goed aankoopt om het aan deze gebruiker te verhuren, met de optie op het einde van het huurcontract, de eigendom over het goed te verkrijgen (Kh. Brussel (Voorz.), 15 oktober 1990, *D.A.O.R.*, 1991, nr. 20, 59).

Leasing is derhalve een contract sui generis, autonoom en ondeelbaar met een essentieel financieel karakter dat niet kan herleid worden tot een eenvoudige opeenvolging van benoemde overeenkomsten (Bergen, 5 februari 1991, *Rev. Rég. Dr.*, 1991, 151).

119. SALE AND LEASE BACK — Sale-lease back waarbij de verkoper een

goed aan een financier verkoopt om het dan opnieuw van deze laatste in gebruik te nemen langs een leasingovereenkomst, is niet te beschouwen als een verkoop gevolgd door een leasing. De driepoligheid — leverancier-verkoper, financier, gebruiker — is geen essentieel kenmerk van de leasing. De omschrijving van financieringshuur in het K.B. nr. 55 van 10 november 1967 vereist dat het materieel door de verhuurder speciaal met het oog op de huur wordt gekocht, zodat de huurder de gewezen eigenaar mag zijn. Beweren dat de goederen bij een derde moeten worden gekocht is een bijkomende, doch niet wettelijk voorziene voorwaarde stellen (Brussel, 7 februari 1990, *R.W.*, 1990-91, 639).

120. LEASING EN RENTING — De mogelijkheid voor de leasingnemer/financieringshuurder om het materieel bij afloop van het financieringscontract aan te kopen is essentieel. Indien de huurder niet over deze mogelijkheid beschikt, kan het contract niet als leasing beschouwd worden, vermits het gehuurde materieel eigendom blijft van de verhuurder. Indien men in dergelijk geval een ,,exotische'' (sic) term verkiest boven de gewone woorden ,,huur van materieel'' dan kan men spreken van ,,renting'' (Kh. Brussel (Voorz.), 15 oktober 1990, *D.A.O.R.*, 1991, nr. 20, 59; *J.T.*, 1991, 216).

121. LEASING EN AFBETALINGSKOOP — De rechtbank van koophandel te Charleroi (7 september 1988, J.L.M.B., 1989, 26, noot Kileste) heeft een leasingcontract dat nochtans in alle opzichten beantwoordde aan de kenmerken van de leasing zoals verwoord in het K.B. nr. 55 van 10 november 1967, gekwalificeerd als koop op afbetaling. Deze rechtspraak werd terecht door de annotator bekritiseerd. Indien beide financieringstechnieken zijn, dan zijn er nochtans menige verschilpunten. Bij koop op afbetaling heeft automatisch eigendomsoverdracht plaats, al is het tijdstip ervan soms conventioneel uitgesteld tot de volledige afbetaling. Bij leasing heeft de leasingnemer steeds een optie op het einde van het contract: of de koopoptie lichten of niet. Licht hij de koopoptie niet dan komt nooit een koop tot stand. Bij leasing wordt het te betalen leasinggeld zó bepaald dat de waarde van het gehuurde materieel over de in het contract bepaalde huurtijd wordt afgeschreven.

Het essentieel verschil tussen beide figuren merkt men het best in geval van faillissement van de leasingnemer. Daar de financier steeds eigenaar is gebleven van het goed is zijn eigendomsrecht, in geval van faillissement, aan de massa van de schuldeisers tegenwerpelijk. Bij verkoop op afbetaling is het eventueel bedongen eigendomsvoorbehoud niet tegenwerpelijk aan de massa van de schuldeisers, zodat de financier slechts zijn schuldvordering in het faillissement kan indienen.

122. VOORWERP VAN LEASING - UITSLUITEND UITRUSTINGSMATERIEEL - INFORMATICA SOFTWARE? — Leasing komt frequent voor in de informaticasector. Dat hardware als bedrijfsmaterieel het voorwerp kan uitmaken

van een leasingcontract lijdt geen twijfel. Doch quid met de software? Terecht werd o.i. beslist dat software, net zoals hardware, als bedrijfsmaterieel te beschouwen is en dus het voorwerp kan uitmaken van leasing (Rb. Luik, 13 oktober 1988, *Pas.*, 1989, III, 42; *J.L.M.B.*, 1989, 741, noot Kileste). Software is immers een onmisbaar onderdeel voor het gebruik van informaticamaterieel.

Traditioneel wordt voorgehouden dat leasing enkel op bedrijfsmaterieel kan slaan. Dit leidt men af uit artikel 1 § 1 van het K.B. nr. 55 van 10 november 1967. Dit K.B. heeft evenwel slechts tot voorwerp de regeling van het juridisch statuut der ondernemingen gespecialiseerd in financieringshuur. Dit betekent daarom niet dat een overeenkomst, die niet zou beantwoorden aan al de voorwaarden opgesomd in dit K.B., ongeldig zou zijn en niet als leasing zou kunnen worden aangemerkt. De Wet van 12 juni 1991 op het consumentenkrediet definieert de financieringshuur als volgt: ,,elke kredietovereenkomst, ongeacht de benaming of de vorm waarbij de ene partij zich ertoe verbindt de andere het genot van een lichamelijk roerend goed te verschaffen tegen een bepaalde prijs, die de laatstgenoemde zich verbindt periodiek te betalen en waarin, eveneens expliciet of stilzwijgend, een koopaanbod is vervat'' (art. 1, 10°).

Daarin wordt uiteraard geen gewag gemaakt van bedrijfsmaterieel, dat door de consument per hypothese niet in gebruik wordt genomen, doch enkel van ,,een lichamelijk roerend goed''.

122bis. LEASING AFGESLOTEN DOOR EEN NIET-ERKENDE ONDERNEMING — Het K.B. nr. 55 van 10 november 1967 straft al wie beroepshalve financieringshuur of ,,leasing'' in de zin van dit K.B. verricht, zonder erkend te zijn door de Minister van Economische Zaken.

Een occasionele operatie van leasing door een niet-erkende onderneming, tast noch de aard van de contractuele verhoudingen tussen partijen aan, noch de rechten van derden. Het eigendomsrecht van de lessor is tegenwerpelijk in geval van faillissement van de financieringshuurder (Luik, 29 november 1990, *J.L.M.B.*, 1991, 945).

123. AANVAARDING VAN DE GOEDEREN DOOR DE GEBRUIKER — De financieringshuurder moet de leasinggever een ontvangstbewijs laten geworden waarin hij verklaart de goederen in het leasingcontract beschreven, in goede staat te hebben ontvangen.

Dit ontvangstbewijs heeft een dubbel gevolg: enerzijds de financieringsvennootschap te verplichten om de factuur te betalen aan de leverancier en, anderzijds het in voege treden van het huurcontract en bijgevolg de verplichting voor de financieringshuurder om de huurgelden te betalen (Brussel, 29 juni 1987, *J.L.M.B.*, 1987, 1033).

124. GEBREKKIGE LEVERINGEN. VERBORGEN GEBREKEN VAN GELEASD MA-

TERIAAL — De problemen die ontstaan bij gebrekkige levering of bij verborgen gebreken van het geleasd materieel, zorgen voor heel wat rechtspraak.

De leasingcontracten bevatten meestal een clausule waarbij de leasinggever zijn aansprakelijkheid voor gebrekkige levering of verborgen gebreken van het geleasde materieel uitsluit, doch tegelijk zijn verhaalrechten op de leverancier aan de leasingnemer overdraagt.

Dergelijke bedingen worden terecht algemeen geldig bevonden (Brussel, 19 november 1986, *T.B.H.*, 1987, 504, noot Verbist; Kh. Leuven, 27 mei 1986, *T.B.H.*, 1987, 457; Kh. Brussel, 3 februari 1987, *T.B.H.*, 1987, 549; Kh. Brussel, 29 januari 1988, *T.B.H.*, 1989, 281). De verhuurder kan zich immers geldig bevrijden van zijn verbintenis om de verhuurde zaak in goede staat te leveren en te onderhouden, alsmede van de verbintenis het rustig genot ervan te vrijwaren.

Bij gebrekkige levering of verborgen gebrek is de vordering tot benoeming van een expert belast met het onderzoek van het gebrekkig materieel door de leasingnemer tegen de leasinggever ingesteld dan ook ongegrond (Kh. Leuven, 27 mei 1986, *T.B.H.*, 1987, 456).

De leasingnemer moet rechtstreeks de fabrikant of leverancier-verkoper aanspreken. De clausule uit het leasingcontract waarbij de leasinggever — koper — de leasingnemer alle rechtsvorderingen waarover hij beschikt tegenover de verkoper-fabrikant, inbegrepen de vordering tot ontbinding van de verkoopovereenkomst overdraagt, is geldig. Terecht werd dan ook door de rechtbank van koophandel te Brussel beslist (29 januari 1988, *T.B.H.*, 1989, 281) dat de leasingnemer de koop kan laten ontbinden. De rechtbank is echter zeer zwijgzaam wat betreft de juridische grondslag hiervoor. Wij menen dat de leasinggever door dergelijke clausules zijn schuldvorderingen op de leverancier-verkoper aan de leasingnemer heeft overgedragen. Weliswaar wordt deze overdracht van schuldvordering aan de leverancier-verkoper in het merendeel der gevallen niet betekend conform artikel 1690 B.W. Nochtans zal meestal, op grond van de feitelijke elementen, kunnen besloten worden dat de leverancier-verkoper de overdracht wel erkend heeft (bv. door de levering van het materieel aan de leasingnemer) zodat op grond van de cassatierechtspraak (Cass., 3 september 1959, *A.C.*, 1960, I, 1; Cass., 18 januari 1968, *A.C.*, 1968, 680; Cass., 30 april 1976, *A.C.*, 1976, 977) mag worden aangenomen dat deze overdracht hem tegenwerpelijk is.

125. LEASINGCONTRACT BIJ ONTBINDING VAN DE KOOP — Quid met de rechtsverhoudingen tussen leasinggever en leasingnemer bij ontbinding van de koop? Voorgehouden werd dat de ontbinding van de koop de ontbinding van het leasingcontract tot gevolg had. De meeste leasingcontracten bepalen evenwel dat geen enkel verhaal, noch enig geding van welke aard ook, de plicht tot betaling van de huurgelden kan schorsen. Ook aan de geldigheid

van dit beding wordt niet getwijfeld (Brussel, 19 november 1986, *T.B.H.*, 1987, 504; Kh. Brussel, 29 januari 1988, *T.B.H.*, 1989, 281; Kh. Brussel (Voorz.), 3 februari 1987, *T.B.H.*, 1987, 549).

Aldus worden aan de leasingnemer de traditionele waarborgen waarover de gewone huurder beschikt, ontnomen vermits hij bij gebrekkige levering of verborgen gebreken van het materieel, ja zelfs bij ontbinding van de koop, de exceptio non adimpleti contractus op grond waarvan hij de betaling van de huurgelden zou kunnen schorsen, niet mag inroepen (Brussel, 19 november 1986, *T.B.H.*, 1987, 504; Kh. Brussel, 29 januari 1988, *T.B.H.*, 1989, 281).

126. STRAFBEDINGEN BIJ NIET-BETALING LEASINGGELDEN — De leasingcontracten bedingen veelal dat bij ontbinding van de leasingovereenkomst door de schuld van de leasingnemer (b.v. niet betaling van de bedongen leasinggelden) het totaal bedrag van de resterende huurgelden verschuldigd is. Terecht werd beslist dat dergelijk beding geen rekening houdt, noch met het voordeel voor de leasinggever van de vervroegde opeisbaarheid van de leasinggelden, noch met de residuele waarde van het goed. Dergelijke clausule zou dan ook de schuldeiser een voordeel verschaffen dat niet evenredig is met de door hem geleden schade. Zij heeft aldus geen vergoedend karakter en moet derhalve, conform de cassatierechtspraak (Cass., 24 november 1972, *Pas.*, 1973, I, 297; Cass., 17 april 1970, *Pas.*, 1970, I, 711), nietig worden verklaard (Brussel, 23 juni 1987, *J.L.M.B.*, 1987, 1033; Kh. Brussel, 30 november 1990, *J.T.*, 1991, 300; Kh. Luik, 14 februari 1989, *J.L.M.B.*, 1990, 812 en Luik 13 november 1990, *J.L.M.B.*, 1991, 622 in dezelfde zaak).

127. FAILLISSEMENT - TEGENWERPELIJKHEID — In geval van faillissement van de leasingnemer kan de leasinggever zijn eigendomsrecht op het geleasde materieel aan de massa van de schuldeisers tegenwerpen (Brussel, 7 februari 1990, R.W., 1990-91, 639; Kh. Luik, 14 februari 1989, *J.L.M.B.*, 1990, 812 en Luik, 13 november 1990, *J.L.M.B.*, 1991, 622 in dezelfde zaak).

De leasinggelden die na het faillissement vervallen, kunnen slechts als schulden van de massa worden beschouwd zo de curator het geleasde materieel heeft gebruikt om een goed beheer van de vereffening van het faillissement mogelijk te maken, en desbetreffende persoonlijk een verbintenis is aangegaan (Kh. Luik, 14 februari 1989 en Luik, 13 november 1990, *loc. cit.*).

AFDELING 10

FACTORING

128. ENDOSSEMENT VAN DE FACTUUR DOOR MIDDEL VAN KLEEFBRIEF - TEGENWERPELIJKHEID AAN SCHULDENAAR — Factoring is het contract tussen de ene partij, de leverancier, en de andere partij, de factoringvennootschap, op grond waarvan:

a) de leverancier aan de factoringvennootschap zijn schuldvorderingen wegens verkochte goederen of gepresteerde diensten overdraagt;

b) de factoringvennootschap ten minste twee van de volgende diensten op zich neemt:

— de financiering van de schuldvorderingen;

— het bijhouden van de debiteurenportefeuille

— de inning van de schuldvorderingen

— de bescherming tegen wanbetaling van de klanten.

(zie definitie van de diplomatieke conferentie van Ottawa van 28 mei 1988 over factoring).

Factoring berust op de overdracht van schuldvordering en meer in het bijzonder op het endossement van de factuur zoals geregeld bij de Wet van 25 oktober 1919.

De praktijk inzake factoring wijkt nochtans af van het voorschrift van artikel 16 van de Wet van 25 oktober 1919. Op de factuur wordt een kleefstrook of stempel aangebracht met de vermelding dat de factuur geëndosseerd is aan de bij naam genoemde factor. Dit endossement wordt gedagtekend en getekend door de leverancier of door iemand die de leverancier vennootschap rechtsgeldig kan verbinden.

Is het endossement van de factuur aldus tegenwerpelijk aan de overgedragen schuldenaar?

Een schuldenaar aan wie het endossement van de factuur aan een factoringvennootschap door middel van kleefbrief en dus niet conform artikel 16 van de Wet van 25 oktober 1919 werd betekend, wierp op dat de overdracht hem niet tegenwerpelijk was. Bij toepassing van de cassatierechtspraak m.b.t. de tegenwerpelijkheid door overeenkomende daden (Cass., 7 september 1972, *Pas.*, 1973, I, 22 en Cass., 30 april 1976, *Pas.*, 1976, I, 941) werd de overdracht van de facturen aan de schuldenaar tegenwerpelijk verklaard nu vaststond dat hij in briefwisseling met de factoringvennootschap impliciet de overdracht van de betwiste facturen erkend had (Brussel, 3 april 1990, *J.L.M.B.*, 1989, 1487; *J.T.*, 1991, 177). Merken we evenwel op dat volgens een deel van rechtsleer en rechtspraak, die onze goedkeuring wegdraagt, de overdracht van de factuur aan de schuldenaar zoals aan de overige derden tegenwerpelijk is door het louter endossement ervan (zie Merchiers, Y., ,,Overzicht van Rechtspraak (1982-1986)'', *T.P.R.*, 1987, 1909, 126 en ,,Factoring, Kredietverzekering, Incassomandaat. Rechtsverhoudingen tus-

sen partijen'', in *De Overeenkomst Vandaag en Morgen*, Kluwer Rechtswetenschappen, 1990, 1, nr. 51 e.v.).

129. TEGENWERPELIJKHEID VAN DE EXCEPTIES — Het Hof van Cassatie stelde dat de exceptie van niet-uitvoering, gegrond op de onderlinge afhankelijkheid van de wederzijdse verbintenissen van partijen inherent is aan wederkerige contracten, zodat zij bestaat vóór de wanprestatie en vóór de overdracht van de rechten van de schuldeiser. Zij kan dus door de gecedeerde schuldenaar aan de overnemer worden tegengeworpen, ongeacht het tijdstip van wanuitvoering van de verbintenis (Cass., 27 september 1984, Zie Merchiers, Y., ,,Overzicht van Rechtspraak (1982-1986)'', *T.P.R.*, 1987, 1910, nr. 129).

Bij toepassing van deze beginselen werd dan ook terecht beslist dat wanneer de leverancier aan de factor facturen voor toekomstige prestaties endosseert, de schuldenaar die deze facturen heeft betaald de ,,exceptio non adimpleti contractus'' kan opwerpen, indien de prestaties niet worden geleverd wegens faillissement van de leverancier.

De schuldenaar mag dan ook aan de factor de terugbetaling van de betaalde facturen vragen; de toekomstige schuld die aan de factor werd overgemaakt, is immers nooit een reële schuld geworden (Brussel, 25 januari 1985, *Bank Fin.*, 1987, 49; in zelfde zin m.b.t. endossement van facturen aan banken: Bergen, 23 november 1987, *Bank Fin.*, 1988, 25; *J.L.M.B.*, 1988, 421).

Uit het tijdelijk stilzwijgen van de overgedragen schuldenaar t.a.v. de geëndosseerde, mag niet worden afgeleid dat hij de factuur aanvaardt, zodra hij tijdig protesteerde bij zijn leverancier-medecontractant (Brussel, 28 maart 1988, *J.L.M.B.*, 1988, 959).

De schuldenaar zou enkel bij stilzwijgen quasi-delictueel aansprakelijk zijn t.o.v. de overnemer indien deze laatste met hem contact zou genomen hebben om kennis te hebben van feiten die van aard waren de betaalplicht van de factuur te schorsen of uit te doven, ofwel indien hij, zelfs onvrijwillig, foutieve informatie zou hebben verstrekt, of nog, in geval van bedrieglijke verstandhouding tussen overdrager en schuldenaar (Brussel, 1 maart 1991, *J.L.M.B.*, 1991, 702).

130. OPEENVOLGENDE OVERDRACHTEN — Het kan gebeuren dat facturen die aan de factor worden gendosseerd in het kader van een factoringovereenkomst ook nog aan een ander worden geëndosseerd (b.v. de bank, kredietverlener van de leverancier) en er dus een conflict ontstaat. Voorrang werd verleend aan diegene van de overnemers die het eerst de formaliteiten vervuld had om de overdracht aan de schuldenaar tegenwerpelijk te maken (Kh. Brussel, 4 juni 1985, *Rec. Gén. Enr. Not.*, 1989, 55, nr. 23679).

AFDELING 11

REISCONTRACT

131. CONTRACT VAN REISORGANISATIE OF CONTRACT VAN REISBEMIDDELING — De enkele aflevering van een vliegtuigticket door een reisagentschap is geen contract van reisorganisatie maar een contract van reisbemiddeling (Bergen, 22 december 1986, *Pas.*, 1987, II, 62; *J.L.M.B.*, 1987, 1519).

Wanneer een contract van reisbemiddeling m.b.t. een contract van reisorganisatie wordt gesloten en het reisdocument dat aan de reiziger wordt uitgereikt noch de hoedanigheid van reisbemiddelaar, noch de identiteit van de reisorganisator vermeldt, in strijd met artikel 18.1 C.C.V., wordt de reisbemiddelaar als organisator beschouwd (art. 19.2 C.C.V.)

132. ANNULATIE VAN REIS DOOR KLANT WEGENS ERNSTIGE GEBEURTENISSEN IN HET BESTEMMINGSLAND — De plotse en verstorende gebeurtenissen in China in het voorjaar 1989 kunnen terecht een potentiële reiziger verontrusten over zijn persoonlijke veiligheid ter plaatse. Zij rechtvaardigen dan ook de annulatie van de reis door een normaal voorzichtige persoon. In zulk geval heeft de reiziger recht op terugbetaling van wat hij voor de ingevolge overmacht geannuleerde reis betaalde. Het reisagentschap heeft evenwel recht op terugbetaling van de kosten gedaan om de prestatie te verzekeren en die ze noch mag afwentelen, noch kan terugvorderen op andere contracten (Rb. Brussel, 26 april 1991, *J.T.*, 1991, 603).

133. VERBINTENISSEN VAN DE REISORGANISATOR — De reisorganisator is aansprakelijk voor alle schade die de reiziger oploopt wegens de gehele of gedeeltelijke niet-naleving van zijn verplichtingen als reisorganisator, tenzij hij bewijst dat hij als een naarstige reisorganisator heeft gehandeld (art. 13 e.v. C.C.V.).

De reisorganisator is op dezelfde wijze aansprakelijk voor de vervoer- en hotelprestaties of elke andere prestatie die hij door derden laat verrichten (art. 15 C.C.V.).

De reisorganisator is aldus gehouden tot een resultaatsverbintenis, met dien verstande dat hij aansprakelijk is wanneer hij zijn verbintenissen niet nagekomen is, zonder dat schuld in zijn hoofde dient te worden bewezen (Rb. Brussel, 11 april 1988, *D.C.C.R.*, 1990, 138, noot R. Strubbe).

Zo werd de reisorganisator aansprakelijk gesteld:

— voor het niet uitvoeren van een luchtvervoer op de overeengekomen datum wegens overboeking; voor de vertraging van de afreis met twee dagen werd een morele schadevergoeding van 2.000 Fr toegekend (Geschillencommissie reizen te Gent, 30 juni 1985, *D.C.C.R.*, 1989, 233, noot Libouton).

— voor het feit dat een dame in het hotel niet over de geboekte éénpersoonskamer kon beschikken wegens volgeboekt hotel en een kamer

diende te delen met een luidruchtige tiener; de volledige kostprijs van de reis werd ten titel van schadevergoeding toegekend (Vred. Gent, 13 juni 1990, *T.G.R.*, 1990, 124).

— voor de lichamelijke letsels opgelopen door een reiziger wegens een verkeersongeval tijdens een vervoer uitgevoerd voor rekening van de reisorganisatie (Kh. Brussel, 16 juli 1987, *J.T.*, 1988, 502).

— voor de gevolgen van het ernstig ziek worden van een reiziger tengevolge van slechte hotelaccomodaties (uitvallen van de verwarming van het hotel in de winterperiode), en gebrek aan efficiënte hulp en begeleiding ter plaatse zodat de reizigers zelf voor hospitalisatie ter plaatse en repatriring hebben moeten zorgen (Rb. Luik, 18 juni 1986, *J.L.M.B.*, 1987, 876).

— voor de hinder ondervonden door de reiziger die zijn vakantie moest doorbrengen in volle stress en gebrek aan comfort en veiligheid omdat rondom de hem toegewezen bungalow belangrijke bouwwerken werden uitgevoerd (Rb. Luik, 19 januari 1989, *Pas.*, 1989, III, 73).

De reisorganisator kan zijn aansprakelijkheid ontlopen door te bewijzen dat hij als een naarstige organisator heeft gehandeld. Dit is het geval wanneer hij de nodige maatregelen heeft genomen om het in gebreke blijven van een leverancier te verhelpen door een gelijkwaardig alternatief aan te bieden. Dit is des te meer het geval wanneer de mogelijkheid van wijzigingen en van ongemakken het voorwerp heeft uitgemaakt van een voorafgaande informatie (Rb. Brussel, 11 april 1988, *D.C.C.R.*, 1990, 138).

Uiteraard staat de reisorganisator niet in voor de schade die de reiziger oploopt door zijn eigen schuld. De reiziger die een forfaitaire reis boekt voor een vliegtuigreis en een verblijf ten behoeve van twee personen, zeer goed wetende dat één van deze personen de heenreis niet zal afleggen terwijl het afleggen van heen- en terugreis de voorwaarde is om van de tariefvermindering te genieten, is zelf aansprakelijk wanneer de vliegtuigmaatschappij hem belet het vliegtuig voor de terugreis te nemen omdat de heenreis niet werd afgelegd (Brussel, 4 juni 1987, *J.L.M.B.*, 1987, 1521).

134. AANSPRAKELIJKHEID VAN DE REISBEMIDDELAAR — De reisbemiddelaar is aansprakelijk voor elke fout die hij bij de uitvoering van zijn verplichtingen begaat; de fout wordt volgens de plichten van de naarstige bemiddelaar beoordeeld (art. 22 C.C.V.).

Reizigers hadden vliegtuigticketten besteld voor Toronto via New York. Enkele dagen vóór het vertrek werd tot de bevinding gekomen dat de biljetten de geplande reis niet toelaten omdat de reizigers te New York slechts over 45 minuten beschikten terwijl 3 uur nodig zijn om transfert en registratie van de bagage mogelijk te maken. De reisbemiddelaar werd aansprakelijk gesteld.

Wanneer hij er zich contractueel toe verbindt vliegtuigbiljetten te leveren, moet hij de reisdocumenten op diligente wijze aan de reiziger leveren d.i.

biljetten die de effectieve verwezenlijking van de geplande verplaatsing toelieten (Bergen, 22 december 1986, *Pas.*, 1987, II, 62; *J.L.M.B.*, 1987, 1519).

Wanneer de reisbemiddelaar aan de reiziger het reisdocument uitreikt, zonder zijn hoedanigheid van reisbemiddelaar te vermelden, noch de identiteit van de reisorganisator, in strijd met het artikel 18-1 C.C.V., wordt hij als reisorganisator beschouwd en kan derhalve de vrijstelling van aansprakelijkheid van artikel 22-3 C.C.V. inroepen (Rb. Luik, 19 januari 1989, *Pas.*, 1989, III, 73).

De reisbemiddelaar kan niet aansprakelijk worden gesteld wegens een slechte keuze van de reisorganisator, wanneer niets het nakend faillissement van de reisorganisator liet vermoeden (Bergen, 22 december 1986, *Pas.*, 1987, II, 62).

135. VERBINTENISSEN VAN DE REISORGANISATOR T.O.V. KLANT BIJ FAILLISSEMENT VAN DE REISBEMIDDELAAR — Een reiziger had langs een reisbemiddelaar een reis geboekt die door de reisorganisator was bevestigd. De reiziger had de prijs betaald aan de reisbemiddelaar die evenwel failliet ging zonder de prijs aan de organisator over te maken. Deze weigerde de reisdocumenten aan de reiziger te overhandigen.

Naar luid van artikel 17 C.C.V. is elk contract door de reisbemiddelaar gesloten met een reisorganisator of met personen die afzonderlijke prestaties verstrekken, geacht gesloten te zijn door de reiziger.

De reisorganisator die de reservering aan de reiziger heeft bevestigd, mag dan ook de uitvoering van zijn verbintenis niet weigeren onder voorwendsel dat de reisbemiddelaar de prijs voor de reis heeft ontvangen en onder zich heeft gehouden tot aan zijn faillissement (Kh. Antwerpen, 12 mei 1986, *T.B.H.*, 1988, 889).

136. BORGTOCHT - REISBUREAU - FAILLISSEMENT — De reisbureaus dienen te beschikken over een vergunning waarvan de toekenning onder meer onderworpen is aan het stellen van een borgtocht (Wet 21 april 1965 en K.B. 30 juni 1966; voor de Vlaamse Gemeenschap: Decreet Vlaamse Gemeenschap 21 maart 1985) die uitsluitend dient tot zekerheid van de beroepsverbintenissen aangegaan bij de uitoefening van de werkzaamheden gedekt door de vergunning. De procedure tot gebruik van de borgtocht voorgeschreven bij K.B. van 30 juni 1966 (art. 25) i.v.m. het opvragen van de borgtocht is niet toepasselijk in geval van faillissement van het reisagentschap (Kh. Veurne, 21 december 1983, *T.B.H.*, 1987, 223; Kh. Namen, 8 juni 1989, *Eur. Vervoerr.*, 1990, 329).

137. VORDERING VAN HOTELHOUDER TEGEN REISORGANISATOR - VERJARING — De vorderingen waartoe een reiscontract waarop het C.C.V.-verdrag van toepassing is, aanleiding kunnen geven, verjaren na één jaar vanaf

de datum die in het contract bepaald is voor het einde van de prestatie die aanleiding geeft tot het geschil. Deze korte verjaringstermijn is niet van toepassing op de vorderingen ingesteld door de hotelhouder tegen de reisorganisator wegens niet betaling voor door hem, in opdracht van de reisorganisator, aan gasten gepresteerde diensten. De verhouding hotelhouder-reisorganisator valt niet onder toepassing van de C.C.V. (Kh. Hasselt, 19 september 1988, *R.W.*, 1988-89, 1330).

HOOFDSTUK IV

BANK- EN KREDIETVERRICHTINGEN

AFDELING 1

RECHTSPOSITIE VAN DE BANK

138. BANKGEHEIM - DISCRETIEPLICHT — Noch de aard van de functie, noch enige wettelijke bepaling verleent aan de bankier de hoedanigheid van een persoon die onderworpen is aan het beroepsgeheim in de zin van art. 458 Sw. (Voorz. Rb. Namen (Kort Ged.), 11 oktober 1988, *Rev. Rég. Dr.*, 1989, 204; zie ook Cass., 25 oktober 1978, *Pas.*, 1979, I, 237 met noot; *J.T.*, 1979, 371 met noot Bruyneel A., ,,Le secret bancaire en Belgique après l'arrêt rendu par la Cour de Cassation le 25 octobre 1978''; Du Bois, G., ,,Het bankgeheim'', *T.P.R.*, 1986, 433 e.v.; Simont, L. en Bruyneel, A., ,,Chronique de droit bancaire privé'', *Bank Fin.*, 1987, nr. 6, 25-58, nr. 1).

De bankiersfunctie valt niet te vergelijken met de vertrouwensfunctie die b.v. door advocaten en artsen wordt bekleed. Evenwel is de bankier gehouden tot een discretieplicht, die integraal deel uitmaakt van de contractuele verhoudingen met zijn cliënten.

De bankier kan niet verweten worden de identiteit van haar cliënten niet mede te delen aan derden. Daartoe wacht de bankier best een rechterlijk bevel af (Voorz. Rb. Namen (Kort Ged.), 11 oktober 1988, *Rev. Rég. Dr.*, 1989, 204).

Op grond van de discretieplicht mag de bankier een boekhoudkundige controle bij een cliënt in het kader van een kredietovereenkomst niet meedelen aan derden (Brussel, 25 januari 1990, *J.L.M.B.*, 1990, 1280).

139. DISCRETIEPLICHT - VERHOUDING BANK-KREDIETVERZEKERAAR - KANDIDAAT LENER — De inlichtingen die de bank van de kredietverzekeraar ontvangt naar aanleiding van een leningsaanvraag hebben in de contractuele verhouding tussen de bank en de kredietverzekeraar een vertrouwelijk karakter. Indien blijkt dat de gegevens van het databestand van de kredietverzekeraar niet meer correct zijn, dan kan deze zich niet beroepen op het bankgeheim, noch op de op de bank rustende discretieplicht ten einde aansprakelijkheid ten overstaan van een derde, i.c. de afgewezen kandidaat lener, te ontlopen (Vred. Namen, 13 januari 1987, *Rev. Rég. Dr.*, 1987, 209, noot Poullet, Y.).

140. VERHOUDING BANK-DERDE - AANSPRAKELIJKHEID VOOR COMMERCIËLE INLICHTINGEN — Alhoewel het niet gaat om een hoofdactiviteit, geven banken op vraag van b.v. leveranciers of andere schuldeisers van één van hun cliënten commerciële inlichtingen i.v.m. de solvabiliteit en be-

trouwbaarheid van die cliënten. Aangezien diegene die de inlichtingen vraagt erop rekent dat de bank over gegevens i.v.m. haar cliënten beschikt die niet voor eenieder toegankelijk zijn en erop zou kunnen vertrouwen dat de gegeven informatie juist is, dient de bank met bijzondere omzichtigheid te werk te gaan. De bank schiet te kort in haar zorgvuldigheidsplicht indien zij zich niet bewust is van het belang dat door derden wordt gehecht aan de inlichtingen die zij, i.c. per telefoon, aanvaard heeft te verstrekken (Kh. Namen, 29 september 1988, *J.L.M.B.*, 1990, 23 noot Buyle, J.P., ,,La fourniture de renseignements commerciaux'').

Aangezien het hier om een buitencontractuele aansprakelijkheid gaat, waarvoor de lichtste fout in aanmerking komt (Cornelis, L., *Beginselen van het Belgische buitencontractuele aansprakelijkheidsrecht*, deel 1, Antwerpen, Maklu, 1989, nr. 22), kan het onbezoldigd karakter van het verstrekken van de inlichtingen geen invloed hebben op de aansprakelijkheidsbeoordeling (contra Simont, L. en Bruyneel, A., *l.c.*, nr. 45).

Het vergoeden van commerciële inlichtingen zorgt er wel voor dat er een wederkerige overeenkomst ontstaat tussen degene die informatie vraagt en de bank. In dat geval zal de bank eventueel op contractuele grond kunnen worden aangesproken (zie ook Fredericq, L. en S., *Handboek van Belgisch Handelsrecht*, II, Brussel, Bruylant, 1978, 143-145, nr. 813).

141. VERHOUDING BANK-CLIËNT - AANSPRAKELIJKHEID ALS BEVOORRECHT SCHULDEISER - SCHADEBEPERKINGSPLICHT — De bank die tot zekerheid van een kredietopening een hypothecaire inschrijving had genomen en niet had deelgenomen aan de concordataire vergadering had onmiddellijk haar waarborg te gelde kunnen maken. In plaats van te handelen als een normaal voorzichtig en zorgvuldig schuldeiser had de bank elk initiatief gelaten aan de vereffenaars zonder de kredietopening te beëindigen. De bank schoot daardoor te kort in haar schadebeperkingsplicht en schond het principe van de uitvoering te goeder trouw van overeenkomsten (Luik, 25 mei 1990, *Rev. Rég. Dr.*, 1990, 507).

142. VERHOUDING BANK-CLIËNT - VERKOOP DEELBEWIJZEN BELEGGINGSFONDS — Op de verhouding tussen de bank en de cliënt die opdracht geeft tot verkoop van deelbewijzen in een beleggingsfonds zijn de regels van de lastgeving van toepassing. De eventuele aansprakelijkheid van de bank bij de uitvoering van het verkoopsorder wordt geregeld door de artikelen 1991 en 1992 B.W. (Rb. Turnhout, 27 november 1990, *Turnh. Rechtsl.*, 1991, 19).

143. VERHOUDING BANK-CLIËNT - TERMIJNVERRICHTINGEN — Termijnverrichtingen in deviezen die toevertrouwd worden aan een bankier of wisselagent zijn bestemd om uitgevoerd te worden op een markt. De tussenpersoon treedt hierbij niet op als tegenpartij van zijn cliënt. Het gaat

om gewone termijnverrichtingen die niet als weddenschap in de zin van art. 1965 B.W. kunnen worden beschouwd. (Kh. Brussel, 25 januari 1989, *T.R.V.*, 1989, 552, noot Kupers, W., ,,Termijncontracten in deviezen en artikel 1965 Burgerlijk Wetboek''; *T.B.H.*, 1990, 31, noot A.B.; zie ook Voorz. Kh. Brussel, 12 mei 1987, *Bank Fin.*, 1989, 265, noot Martin, C.).

144. VERHOUDING BANK-CLIËNT - BEURSORDERS — Bij het ontvangen en uitvoeren van beursorders wordt de naam van de cliënt in de regel niet vermeld. De tussenpersoon handelt dan in eigen naam voor rekening van de cliënt.

De bank of wisselagent is te aanzien als commissionair (Voorz. Kh. Brussel, (Kort Ged.), 4 oktober 1988, *T.R.V.*, 1989, 227, noot Tyteca, J., ,,Report-Rechtspositie van de bank''; zie ook Fredericq, L., *Traité de droit commercial belge*, II, Gent, Rombaut-Fecheyr, 1947, nr. 274; Van Ryn, J. en Heenen, J., *Principes de droit commercial*, IV, 2ème éd., Brussel, Bruylant, 1988, nrs. 16 en 256).

In die hoedanigheid kan de bank het voorrecht van de commissionair (art. 14 van de Wet van 5 mei 1872, titel VII,boek I, W Kh.) dat gepaard gaat met een retentierecht op de effecten inroepen (Voorz. Kh. Brussel (Kort Ged.), 4 oktober 1988, *T.R.V.*, 1989, 227, noot Tyteca, J.).

Het feit dat de bank gedurende een bepaalde periode diverse verrichtingen heeft uitgevoerd, brengt niet noodzakelijkerwijze mee dat een contract van onbepaalde duur zou ontstaan op grond waarvan de bank de verplichting zou hebben alle orders van de cliënt te aanvaarden.

Een bank die een order weigert uit te voeren op grond van het excessief bedrag of het ontbreken van de nodige waarborg en de moeilijkheid om zichzelf in te dekken, gedraagt zich als een normaal voorzichtig bankier (Kh. Brussel, 25 januari 1989, *T.R.V.*, 1989, 552, noot Kupers, W., ,,Termijncontracten in deviezen en artikel 1965 Burgerlijk Wetboek''; zie ook Kh. Brussel, 11 oktober 1989, *T.B.H.*, 1990, 1045, noot; Voorz. Kh. Brussel, 12 mei 1987, *Bank Fin.*, 1989, 265, noot Martin, C.).

145. VERHOUDING BANK-CLIËNT - UITBETALING VAN MET VERZET AANGETEKENDE TITELS — De uitbetaling door een bank van met verzet aangetekende titels werd beschouwd als een incassomandaat, gekoppeld aan het verlenen van een voorschot onder voorbehoud van de goede afloop en onder de ontbindende voorwaarde van niet-betaling door de schuldplichtige instelling (Rb. Turnhout, 10 maart 1987, *R.W.*, 1988-1989, 547).

146. VERHOUDING BANK-CLIËNT - BETALING ,,OP VERZOEK EN VOOR REKENING VAN'' - DELEGATIE OF LASTGEVING - BEËINDIGING I.G.V. VEREFFENING — De brief uitgaande van een bank met de vermelding dat zij op verzoek en voor rekening van haar cliënt zal betalen, houdt in principe een

persoonlijke verbintenis t.o.v. de begunstigde in. Indien evenwel uit de andere vermeldingen blijkt dat de bank zal betalen door debitering van de rekening van haar cliënt, is er van een delegatie-overeenkomst geen sprake, doch wel van lastgeving. Lastgeving is een contract intuïtu personae dat een einde neemt i.g.v. vereffening van de lastgever (Kh. Bergen, 29 oktober 1987, *T.B.H.*, 1989, 93, noot).

147. VERHOUDING BANK-CLIËNT - VRIJMAKING GEKANTONNEERDE SOM — De bank hoeft het bedrag van een bankrekening op naam van twee advocaten waarop een som geld werd gekantonneerd niet vrij te geven op vertoon van een rechterlijke beslissing. Op grond van de regels die bij de opening van de bankrekening werden onderschreven, kan zij de handtekening van de twee advocaten op een overschrijvingsorder eisen. (Beslagr. Brussel, 29 mei 1986, *Bank Fin.*, 1987, 59).

148. VERHOUDING BANK-CLIËNT - VERGISSING VAN DE BANK - GEDEKT DOOR STILZWIJGEN CLIËNT — De bank had een opdracht tot het openen van een termijnrekening verkeerd geïnterpreteerd en foutief uitgevoerd. Gedurende 7 maanden wordt door de cliënt niet geprotesteerd tegen de fout van de bank. Uit dit stilzwijgen wordt door de Rechtbank van Koophandel te Brussel een afstand van recht afgeleid, waardoor de fout van de bank gedekt werd (Kh. Brussel, 30 maart 1988, *T.B.H.*, 1990, 61).

Het feit dat de bewuste cliënt een handelaar was en in die hoedanigheid gehouden is te antwoorden op brieven en te reageren tegen daarin vermelde foutieve beweringen was doorslaggevend om tot die beoordeling te komen.

149. VERHOUDING BANK-CLIËNT - AANSPRAKELIJKHEID VOOR AANGESTELDE — Wanneer een bankdirecteur geld van een cliënt verduistert binnen de uitoefening van zijn functie dan kan de cliënt de bank aanspreken op buitencontractuele grond (art. 1384, lid 3 B.W.). (Luik, 27 juni 1986, *J.L.M.B.*, 1987, 443, noot Philippe, D.; Cassatieberoep verworpen door Cass., 26 oktober 1989, *J.L.M.B.*, 1990, 73; zie Fagnart, J.L., ,,Le responsabilité extra-contractuelle du prestataire de services'', in *Les prestations de service et le consommateur - De dienstverlening en de consument*, Laffineur, J. (ed.), C.D.C. 24, Brussel, Story-Scientia, 1990, 107, nr. 36).

Hoewel er een duidelijke contractuele relatie bestond tussen bank en cliënt, kan de cliënt hier toch vorderen tegen de aansteller van de auteur van de fout.

Als klassieke uitzonderingen op het samenloopverbod tussen contractuele en buitencontractuele aansprakelijkheid gelden immers de strafrechtelijk beteugelde gedragingen (Zie De Page, H., *Traité*, II, nr. 927), in casu de verduistering door de aangestelde.

150. VERHOUDING BANK-DERDE-HOUDER WISSELBRIEF — De bank begaat

een fout door een wisselbrief af te geven aan de trekker zonder voorafgaandelijk betaling te hebben geëist. Als professioneel inzake handelseffecten dient zij te weten dat zij het daardoor voor de houder onmogelijk maakt de wissel te protesteren en de wisselrechtelijke vordering in te stellen (Kh. Brussel, 11 februari 1988, *Rev. Rég. Dr.*, 1988, 175).

151. VERHOUDING BANK-DERDE - BESLAG - VERZET TEGEN ONREGELMATIGE BETALING — Gelet op haar aktiviteiten dient een bank de procedure inzake derdenbeslag goed te kennen. Wanneer zij geconfronteerd wordt met een verzet tegen betaling dat door de schuldeiser tegen de derde-houder van het aan de hoofdschuldenaar verschuldigde geld is betekend zonder dat daarbij de vorm- en grondvereisten van het Gerechtelijk Wetboek zijn in acht genomen dan dient zij de flagrante onregelmatigheid te beseffen en begaat zij een fout, waarvoor zij aansprakelijk is, doordat zij de beslagleggende partij niet heeft verzocht de procedure te regulariseren binnen een korte termijn, waarna zij het verzet zou negeren (Cass., 19 april 1990, *A.C.*, 1989-90, 1071, noot).

152. VERHOUDING TUSSEN BANKEN - INCASSO WISSELBRIEVEN — Overeenkomstig een bankprotocol uitgaande van de Belgische Vereniging van Banken dient bij incasso van wisselbrieven een bepaalde procedure te worden gevolgd. De incassobank dient een formulier in vijfvoud met de wisselbrief mee te sturen naar de domiciliebank.

De domiciliebank dient het tweede luik met de eventuele vermelding ,,onbetaald'' terug te sturen. Niettegenstaande de domiciliebank geen betaling bekwam van de trekker, werd het tweede luik zonder enige vermelding teruggestuurd. Aldus beging de domiciliebank een fout waardoor zij de vooruitbetaling van een wisselbrief aan de incassobank niet kan terugvorderen indien blijkt dat de wisselbrief onbetaald is gebleven (Bergen, 4 mei 1987, *Bank Fin.*, 1987, nr. 10, 65, noot L.R.).

AFDELING 2

DE BANKREKENINGEN

153. OVEREENKOMST SUI GENERIS - TERUGGAVE IN GENERE — De deponering van een som geld op een bankrekening houdt geen bewaargeving in, doch is een overeenkomst sui generis die gelijkaardig is aan een verbruiklening.

De essentie van de overeenkomst ligt in het gebruik van de fondsen door de bank, die als tegenprestatie intrest betaalt. Het creditsaldo van een bankrekening houdt een schuld in van de bank jegens de titularis van de rekening. Deze laatste kan enkel de teruggave in genere eisen (Bergen, 21 juni 1988, *J.L.M.B.*, 1988, 1501).

154. BEDING VAN EENHEID VAN REKENINGEN — Het bankreglement bevat veelal een beding van eenheid van rekeningen waardoor alle door eenzelfde titularis geopende rekeningen een onderdeel zijn van eenzelfde rekening-courant (Kh. Brussel, 23 juni 1983, *T.B.H.*, 1987, 760, noot; zie ook Braeckmans, H., ,,Bankrekeningen, betaal- en kredietverrichtingen'', in *Beginselen van Belgisch privaatrecht*, XIII, *Handels- en economisch recht*, deel I, vol. B, Van Gerven, W., Cousy, H. en Stuyck, J. (ed.), Brussel, Story-Scientia, 1989, nr. 633).

Het verschil in modaliteiten tussen de rekeningen b.v. wat betreft de intrestvoet of de munt waarin de rekening is geopend, staat daar niet aan in de weg.

Evenwel zal een verschil in datum waarop het saldo van de rekeningen opeisbaar is, een aanduiding zijn voor het feit dat partijen elke rekening als een verschillende eenheid hebben beschouwd (Brussel, 3 februari 1986, *T.B.H.*, 1988, 702, noot Grégoire, M., zie ook Van Ryn, J. en Heenen, J., *Principes*, IV, (1988), nr. 524).

155. COMPENSATIEBEDING — Het beding van eenheid van rekeningen moet onderscheiden worden van het compensatiebeding, ook wel fusiebeding genoemd. Dit laatste beding houdt in dat de saldi van juridisch zelfstandige rekeningen worden gecompenseerd (Brussel, 3 februari 1986, *T.B.H.*, 1988, 702, noot Grégoire, M.).

Aan het compensatiebeding kan een aanvullende werking worden toegeschreven indien uit de feiten zou blijken dat de rekeningen geen juridische eenheid vormen, b.v. omdat de schuldvergelijking tussen de saldi pas geschiedt bij de definitieve afsluiting van de rekeningen (Brussel, 10 september 1987, *T.B.H.*, 1989, 67, noot; Kh. Charleroi, 20 april 1988, *J.L.M.B.*, 1989, 416, Braeckmans, H., *o.c.*, nr. 634).

156. BEDING VAN EENHEID VAN REKENINGEN - COMPENSATIEBEDING - TEGENWERPELIJKHEID AAN DE FAILLIETTE MASSA— De kwalificatie als beding van eenheid van rekeningen of compensatiebeding lijkt een rol te spelen bij de vraag naar de tegenwerpelijkheid van de aldus doorgevoerde schuldvergelijking in geval van faillissement van de titularis van de rekeningen.

Het Hof van Beroep te Bergen stelt als principe dat een beding van eenheid van rekeningen tegenwerpelijk is aan de failliete massa (Bergen, 20 december 1988, *Bank Fin.*, 1989, 487, noot Delierneux, M.; Bergen, 23 mei 1990, *J.L.M.B.*, 1990, 1285, noot Parmentier, C.; zie ook Kh. Namen, 6 november 1986, *Rev. Rég. Dr.*, 1987, 287, noot Antoine M.F; Geinger, H., Colle, P. en Van Buggenhout, C., ,,Het faillissement en het gerechtelijk akkoord. Overzicht van rechtspraak 1975-1989'', *T.P.R.*, 1991, 407, nr 156; Van Ryn, J. en Heenen, J., *Principes*, IV (1988), nr. 525).

Indien er, op grond van de in het vorig randnummer vermelde feitelijke

gegevens, wordt besloten tot het bestaan van een compensatiebeding leidt het gebrek aan samenhang tussen de verschillende rekeningen er eveneens toe dat de aldus doorgevoerde schuldvergelijking niet tegenwerpelijk aan de failliete massa wordt geacht (Zie Brussel, 3 februari 1986, *T.B.H.*, 1988, 702, noot Grégoire, M.).

In dat geval is er immers geen of onvoldoende samenhang tussen de in de rekeningen ingeschreven schuldvorderingen.

Die samenhang werd wel voldoende groot geacht in een geval waarbij een rekening met een creditsaldo als waarborg fungeerde voor een rekening met een debetsaldo. De rechtbank had het beding van eenheid van rekening eerst geherkwalificeerd als een compensatiebeding (Kh. Charleroi, 20 april 1988, *J.L.M.B.*, 1989, 416).

157. REKENING-COURANT - SCHULDVERGELIJKING — Er kan slechts afgeweken worden van het principe van schuldvergelijking van de inschrijvingen in rekening-courant, mits er daarover een akkoord bestaat tussen de titularis en de bank. Een derde kan door vermelding van een bijzondere bestemming van zijn storting, de overeenkomst tussen de titularis van de rekening en de bank niet eenzijdig wijzigen.

Ter zake was een bedrag bestemd voor een cliënt van een advokaat overgeschreven op diens gewone rekening en niet op zijn CARPA-rekening (of derden-rekening), waar het gecompenseerd werd met het debetsaldo. De bank weigerde daarop de overschrijving naar de rekening van de cliënt uit te voeren (Brussel, 16 april 1987, *J.T.*, 1987, 575).

Schuldvergelijking kan niet worden doorgevoerd indien de inschrijving in rekening-courant een door een gebrek aangetaste schuldvordering betreft. Het gaat om een onverschuldigde betaling die het voorwerp van een tegenboeking moet uitmaken (Kh. Brussel, 23 juni 1983, *T.B.H.*, 1987, 760, noot).

158. REKENING-COURANT - SLUITING - AANVANG VERJARINGSTERMIJN — De sluiting van een rekening-courant kan geschieden door een eenzijdige wilsuiting van een van de partijen. Die wilsuiting hoeft niet uitdrukkelijk te zijn en kan b.v. worden afgeleid uit de omstandigheid dat een van de partijen betaling eist van zijn schuldvordering (Rb. Luik, 28 september 1989, *J.L.M.B.*, 1990, 31, noot Parmentier, C., „Compte bancaire et compte courant"; *Pas.*, 1990, III, 34) of uit het feit dat na diefstal van het chequeboekje geen enkele verrichting meer plaatsgreep en de bank de betaling van de debetintresten had aanvaard (Rb. Luik, 16 september 1987, *J.L.M.B.*, 1989, 406, noot Parmentier, C., „Anatocisme, compte courant et compte en banque").

De vijfjarige verjaringstermijn voor intresten vangt aan vanaf de sluiting van de rekening-courant (Brussel, 8 mei 1990, *J.L.M.B.*, 1990, 1255).

159. REKENING-COURANT - SLUITING - FAILLISSEMENT - GERECHTELIJK AKKOORD — De rekening-courant wordt gesloten door de homologatie van een gerechtelijk akkoord of door het faillissement. De inschrijvingen in rekening-courant zijn geen nietige betalingen in de zin van artikel 445 lid 3 Faillissementswet. Vernietiging op grond van art. 446 Faillissementswet is slechts mogelijk in geval van kennis, in hoofde van de bankier, van staking van betaling (Bergen, 10 november 1987, *Bank Fin.*, 1988, afl. 5, 33; Kh. Hasselt, 21 mei 1987, *Limb. Rechtsl.*, 1988, 46).

In het voormelde arrest van het Hof van Beroep te Bergen werd de kennis van de staking van betaling in hoofde van de bankier afgeleid uit de neerlegging van het verzoekschrift houdende aanvraag van een gerechtelijk akkoord.

De Rechtbank van Koophandel te Luik sloot zich aan bij de stelling van Nelissen, volgens welke de neerlegging van een verzoekschrift tot het bekomen van een gerechtelijk akkoord het noodzakelijk vertrouwen bij de rekening-courantverhouding schokt. Als datum van sluiting van de rekening-courant wordt dan geopteerd voor het ogenblik van indiening van het akkoordverzoek in plaats van de datum van het vonnis dat het verzoek homologeert (Kh. Luik, 5 maart 1986, *T.B.H.*, 1987, 749, noot Regout-Masson, M.,; in dezelfde zin: Nelissen, J.M., *De rekening-courant*, Antwerpen, Maarten Kluwer, 1976, 363, nr. 163; Fredericq, L. en S., *Handboek*, II, nr. 764; zie over die controverse: ,,Overzicht van rechtspraak (1982-1986)", *T.P.R.*, 1987, 1886, nr. 84; Simont, L., en Bruyneel, A., *l.c.*, nr. 12).

160. REKENING-COURANT - ANATOCISME - INTRESTEN NA SLUITING — Krachtens een vaststaand handelsgebruik gegroeid uit de bankpraktijk worden de intresten in het kader van verrichtingen in rekening-courant automatisch gekapitaliseerd, in afwijking van de regel van art. 1154 B.W. (Nelissen, J.M., *o.c.*, 358, nr. 160; Van Ryn, J. en Heenen, J., *Principes*, IV, (1988), nr. 438).

Die afwijking geldt slechts voor de duur van de rekening-courant. Van zodra de rekening-courant is afgesloten, is art. 1154 B.W. opnieuw van toepassing. Partijen kunnen b.v. in een contract van kredietopening overeenkomen dat het saldo na afsluiting verder intresten opbrengt tegen de overeengekomen intrestvoet in rekening-courant. Kapitalisatie van die intresten is enkel mogelijk onder de voorwaarden bepaald in art. 1154 B.W. (Brussel, 8 mei 1990, *J.L.M.B.*, 1990, 1255; Rb. Luik, 16 september 1987, *J.L.M.B.*, 1989, 406, noot Parmentier, C., ,,Anatocisme, compte courant et compte en banque", Rb. Luik, 28 september 1989, *Pas.*, III, 1990, 34, noot; *J.L.M.B.*, 1990, 31, noot Parmentier, C., ,,Compte bancaire et compte courant", Rb. Namen, 9 januari 1991, *J.L.M.B.*, 1991, 641; zie ook Nelissen, J.M., *o.c.*, 366, nr. 165; Verbraeken, C. en De Schoutheete, A., ,,L'anatocisme", *J.T.*, 1989, 103).

Aan deze haast klassiek geworden oplossingen werd in de onderzochte periode niet getornd.

161. Anders ligt het met de vraag of de van het gemeenrecht afwijkende regels m.b.t. de rekening-courant kunnen worden toegepast op andere bankrekeningen (zie in die zin: Simont, L., en Bruyneel, A., *l.c.*, nr. 10; Van Ryn, J. en Heenen, J., *Principes*, IV (1988), nr. 438; Verbraeken, C. en De Schoutheete, A., *l.c.*, 103). Reeds in het vorig overzicht werd een vonnis van de Rechtbank van Eerste Aanleg te Luik in de andere zin gesignaleerd (,,Overzicht van rechtspraak (1982-1986)", *T.P.R.*, 1987, 1843, nr. 82). De stelling van de Rechtbank te Luik vond een notoir verdediger in C. Parmentier, die, onder verwijzing naar een onuitgegeven vonnis van dezelfde Rechtbank dd. 11 maart 1987, erop wijst dat de uitzonderingen op het strikte verbod van anatocisme — verbod dat naargelang de stelling van dwingend recht of van openbare orde is — beperkend moeten worden geïnterpreteerd (Parmentier, C., ,,Anatocisme, compte courant et compte en banque", noot onder Rb. Luik, 16 september 1987, *J.L.M.B.*, 1989, 408-410). In die optiek is het van belang een duidelijk onderscheid te maken tussen de rekening-courant en de gewone zichtrekening (zie over dit verschil: Heenen, J., ,,Les comptes de dépôt à vue et les comptes courants. Une comparaison juridique", in *Le droit économique et financier - Hommage à Robert Henrion*, Brussel, 1985, 407 e.v.; Van Ryn, J. en Heenen, J., *Principes*, IV, (1988), nr. 427).

162. OVERSCHRIJVING - VORM — In tegenstelling tot de cheque is een overschrijving aan geen enkele vormvereiste onderworpen. Het overschrijvingsorder kan mondeling of telefonisch worden gegeven (Brussel, 23 december 1988, *J.T.*, 1989, 182; Van Ryn, J. en Heenen, J., *Principes*, IV (1988), nr. 441).

Het verzuim van de vermelding van de datum op het overschrijvingsformulier door de opdrachtgever, heeft geen invloed op de geldigheid van de aan de bankier gegeven lastgeving tot incassering (Brussel, 11 september 1987, *Pas.*, 1988, II, 1 concl. subst.-gen. Morlet, P.).

163. OVERSCHRIJVING - JURIDISCH KARAKTER — Een overschrijvingsorder is geen betalingsinstrument, noch een handelseffect (Brussel, 11 september 1987, *Pas.*, 1988, II, 1 concl. subst.-gen. Morlet, P., Rb. Namen, 1 februari 1990, *J.L.M.B.*, 1990, 1288, noot Buyle, J.P.).

De toepassing van de Chequewet is slechts mogelijk indien de voorwaarden van art. 66 zijn vervuld: het formulier moet door de opdrachtgever aan de begunstigde worden overhandigd en de woorden ,,girobon" of ,,giromandaat" moeten erop vermeld staan (Simont, L. en Bruyneel, A., *l.c.*, nr. 20; ,,Overzicht van rechtspraak (1982-1986)", *T.P.R.*, 1987, 1891, nr. 94).

164. Het overschrijvingsorder houdt een mandaat in gegeven door de cliënt aan zijn bank ten einde zijn rekening te debiteren voor een bepaald bedrag en dit op de rekening van de begunstigde over te brengen (Brussel, 23 december 1988, *J.T.*, 1989, 182, Kh. Bergen, 14 mei 1987, *T.B.H.*, 1989, 58, noot; contra Kh. Brussel, 10 december 1986, *T.B.H.*, 1987, noot; zie eveneens Van Ryn, J. en Heenen, J., *Principes*, IV (1988), nr. 444 die het mechanisme van de overschrijving verklaren op grond van de voorheen afgesloten overeenkomst tussen de bank en de titularis van de rekening).

De bank van de opdrachtgever is contractueel aansprakelijk op grond van het mandaat van zijn cliënt indien een verkeerde overschrijving wordt uitgevoerd (Rb. Bergen, 2 december 1987, *D.C.C.R.*, 1989, nr. 5, 52, noot Antoine M.F., ,,Questions de responsabilité soulevées par l'exécution d'un ordre de virement erronément libellé").

165. Tussen de begunstigde en diens bank ontstaat er een incassomandaat dat gepaard gaat met het toestaan van een rechtstreeks krediet door de bank (Brussel, 11 september 1987, *Pas.*, 1988, II, 1, concl. subst. Gen. Morlet, P., cf. Kh. Bergen, 14 mei 1987, *T.B.H.*, 1989, 58 noot).

Een overschrijvingsorder heeft een formeel karakter en wijzigt op zich niets aan de contractuele verhoudingen tussen de opdrachtgever en de begunstigde. Er vindt geen schuldvernieuwing plaats (Rb. Luik, 8 september 1982, bevestigd door Luik, 1 oktober 1987, *J.L.M.B.*, 1987, 1554).

166. OVERSCHRIJVING - BEVRIJDEND KARAKTER - DATUM VAN BETALING — Het overschrijvingsorder krijgt een bevrijdend karakter van zodra het bedrag is ingeschreven op het krediet van de rekening van de begunstigde en deze laatste de betaling heeft aanvaard (Kh. Brussel, 10 september 1986, *T.B.H.*, 1987, 755, noot; Kh. Bergen, 14 mei 1987, *T.B.H.*, 1989, 58, noot; Rb. Namen, 1 februari 1990, *J.L.M.B.*, 1990, 1288, noot Buyle, J.P.; zie ook Arrondrb. Charleroi, 3 maart 1987, *J.T.*, 1987, 238).

167. Indien bij een overschrijvingsorder twee banken tussenkomen, kiest de recente rechtspraak als datum van betaling, in navolging van de stelling verdedigd in een vonnis van de Rechtbank van Eerste Aanleg te Antwerpen (Rb. Antwerpen, 19 mei 1982, *Rev. Not. B.*, 1987, 426, noot Dassesse, M., ,,Le moment d'exécution du virement entre deux banques. Vers une remise en cause de la conception traditionnelle?", bevestigd door Antwerpen, 28 november 1984, *onuitg.*, en overgenomen door Van Ryn en Heenen (*Principes*, IV (1988), nr. 448) voor het ogenblik waarop schuldvergelijking tussen de banken in de compensatiekamers plaatsvindt, en niet voor het ogenblik waarop de rekening van de begunstigde wordt gecrediteerd (Arbrb. Charleroi, 1 december 1988, *Rev. Rég. Dr.*, 1989, 193, noot Wery, P.; Kh. Luik, 5 februari 1991, *J.L.M.B.*, 1991, 645, noot Parmentier, C., ,,Faillite et virement").

Van zodra er schuldvergelijking in de compensatiekamers heeft plaatsgevonden, beschikt de begunstigde immers over een schuldvordering tegenover zijn eigen bank.

168. Indien slechts één bank tussenkomt of indien de verrichting tussen twee banken niet geschiedt via compensatiekamers, blijft de klassieke stelling geldig. De datum van betaling is die waarop de rekening van de begunstigde wordt gecrediteerd, aangezien de overschrijvingsopdracht pas op dat ogenblik is voltooid en de begunstigde over het overgeschreven bedrag kan beschikken (Rb. Namen, 1 februari 1990, *J.L.M.B.*, 1990, 1288, noot Buyle, J.P., ,,La date de paiement en cas de virement''; cf. Simont, L. en Bruyneel, A., *l.c.*, nr. 23).

169. OVERSCHRIJVING - ART. 444 FAILLISSEMENTSWET — De hierboven beschreven problematiek i.v.m. de bepaling van de juiste datum van betaling zal een rol spelen bij de beoordeling of een betaling voor of na het ogenblik van buitenbezitstelling van de gefailleerde geschiedt. Alle betalingen die vanaf de dag van het faillissementsvonnis plaatsgrijpen, zijn overeenkomstig art. 444 Faillissementswet nietig.

De Rechtbank van Koophandel te Luik moest oordelen over de vraag of een betaling door middel van een overschrijving door een derde-beslagene die gecrediteerd werd op de dag van de faillietverklaring onder toepassing viel van art. 444 Faillissementswet. Vooreerst wordt gepreciseerd dat betaling door een derde-beslagene gelijk staat met betaling door een schuldenaar (cf. Cass., 25 mei 1978, *Pas.*, 1978, I, 1090). Vervolgens wordt aangeknoopt bij de ,,moderne'' stelling dat de dag van betaling het ogenblik van de schuldvergelijking in de compensatiekamer is. Derhalve werd de eis van de curator op grond van art. 444 Faillissementswet afgewezen (Kh. Luik, 5 februari 1991, *J.L.M.B.*, 1991, 645, noot Parmentier, C., ,,Faillite et virement'').

In het vorig overzicht werd reeds gewezen op rechtspraak waarin een derde mogelijkheid aan bod kwam, nl. dat het de inschrijving op het debet van de opdrachtgever is, waardoor de fondsen uit zijn patrimonium treden en definitief aan de schuldeiser affecteren (,,Overzicht van rechtspraak 1982-1986'', *T.P.R.*, 1987, 1889, nr. 90; zie ook Simont, L. en Bruyneel, A., *l.c.*, nr. 25). Die oplossing lijkt te moeten worden beperkt tot het geval waarbij slechts één bank bij de verrichting is betrokken.

170. OVERSCHRIJVINGSORDER - HERROEPING — Tot op het ogenblik van de definitieve afloop van een overschrijvingsorder, dit is tot op het ogenblik van inschrijving op het krediet van de rekening van de begunstigde (zie supra nr. 166) kan het order gedurende de uitvoering herroepen worden door de opdrachtgever (Kh. Brussel, 23 juni 1983, *T.B.H.*, 1987, 760, noot; Kh. Brussel, 10 september 1986, *T.B.H.*, 1987, 755, noot; Kh. Bergen, 14 mei 1987, *T.B.H.*, 1989, 58, noot).

De mogelijkheid tot herroeping ad nutum (art. 2004 B.W.) volgt uit de kwalificatie van de verhouding opdrachtgever-bank als een lastgeving (zie supra nr. 164), terwijl de bank van de begunstigde als in de plaats gestelde lasthebber is te beschouwen (zie Simont, L. en Bruyneel, A., *l.c.*, nr. 24).
Het feit dat de overschrijvingsopdracht voltooid werd en de opdrachtgever niet meer kan herroepen, belet niet dat de begunstigde opdracht kan geven tot terugbetaling indien hij meent dat de betaling onverschuldigd is. De bankier kan het bedrag niet tegen de wil van de begunstigde op het krediet van diens rekening houden (Kh. Brussel, 23 juni 1983, *T.B.H.*, 1987, 760, noot).

171. OVERSCHRIJVING TUSSEN REKENINGEN BIJ TWEE VERSCHILLENDE BANKEN - RECHTSAARD — Bij de uitvoering van een overschrijvingsorder komt niet alleen de bank van de opdrachtgever tussen, doch veelal ook een tweede bank, nl. de bank van de begunstigde. Traditioneel wordt die tweede bank als een in de plaats gestelde lasthebber beschouwd (Kh. Brussel, 23 juni 1983, *T.B.H.*, 1987, 760, noot; Kh. Bergen, 14 mei 1987, *T.B.H.*, 1989, 58, noot; Rb. Bergen, 2 december 1987, *D.C.C.R.*, 1989, nr. 5, 52, noot Antoine, M.F., ,,Questions de responsabilité soulevées par l'exécution d'un ordre de virement erronément libellé''; Simont, L. en Bruyneel, A., *l.c.*, nr. 22).
De kwalifikatie als in de plaats gestelde lasthebber biedt de opdrachtgever de mogelijkheid om in geval van een foutieve uitvoering van het order door de bank van de begunstigde, deze aan te spreken door middel van een rechtstreekse vordering (art. 1994 B.W.).
Die visie wordt verworpen in een vonnis van de Rechtbank van Koophandel te Brussel. De bank van de begunstigde zou niet optreden als in de plaats gestelde lasthebber, maar in uitvoering van de met de cliënt gesloten overeenkomst m.b.t. een zichtrekening (Kh. Brussel, 10 september 1986, *T.B.H.*, 1987, 755, noot).
Van Ryn en Heenen verwerpen eveneens elke verwijzing naar het mandaat en naar de in de plaats gestelde lasthebber om de juridische verhoudingen tussen partijen bij de uitvoering van overschrijvingsorders te verklaren (Van Ryn, J. en Heenen, J., *Principes*, IV, (1988), nrs. 444, 445 en 451; cf. Simont, L. en Bruyneel, A., *l.c.*, nr. 22). De verplichtingen van de banken zouden terug te voeren zijn tot de uitvoering van de voorheen met de respectievelijke cliënten gesloten overeenkomsten.

172. OVERSCHRIJVING - ONVERSCHULDIGDE BETALING - TEGENBOEKING — Indien per vergissing een bedrag op het krediet van de rekening van de begunstigde wordt ingeschreven, is er een onverschuldigde betaling. Het bedrag dient te worden tegengeboekt. De bank van de begunstigde kan die tegenboeking niet weigeren onder het voorwendsel dat er, na schuldvergelijking, onvoldoende fondsen beschikbaar zouden zijn (Kh. Brussel, 23 juni 1983, *T.B.H.*, 1987, 760, noot).

173. VERKEERD UITGEVOERDE OVERSCHRIJVING - GEEN TEGENBOEKING — Evenwel dient rekening te worden gehouden met het bevrijdend karakter van een overschrijving (zie supra, nrs. 166-169). Eenmaal het bedrag is ingeschreven op het krediet van de rekening van de begunstigde verwerft deze een eigen recht; het bedrag kan niet worden tegengeboekt zonder zijn toestemming, ongeacht de excepties die tussen de banken of tegen de opdrachtgever kunnen worden opgeworpen (Kh. Bergen, 14 mei 1987, *T.B.H.*, 1989, 58, noot; Van Ryn, J. en Heenen, J., *Principes*, IV, (1988), nr. 450, 3°). De bank van de begunstigde die zonder enig voorbehoud de rekening van haar cliënt gecrediteerd heeft, zonder zich te verzekeren van de goede afloop van de verrichting, begaat een fout. De bank kan het bedrag niet terugvorderen van haar cliënt en kan geen tegenboeking uitvoeren (Rb. Namen, 1 februari 1990, *J.L.M.B.*, 1990, 1288, noot Buyle, J.P., ,,La date de paiement en cas de virement'').

174. OVERSCHRIJVING - VALSE HANDTEKENING - AANSPRAKELIJKHEID BANK — Indien een bank een overschrijvingsorder met een valse handtekening uitvoert, dan is de betaling niet tegenwerpelijk aan de titularis van de rekening. De rekening werd immers gedebiteerd ten gevolge van een betaling aan een persoon die geen volmacht had die betaling te ontvangen (art. 1239 B.W.). In principe kan ook de contractuele aansprakelijkheid van de bank in het gedrang komen. De bank zal echter niet op contractuele grond kunnen worden aangesproken indien de vervalsing niet kan worden ontdekt na een zorgvuldig doch noodzakelijkerwijze snel onderzoek waartoe elke redelijke en voorzichtige bank gehouden is (Kh. Brussel, 25 mei 1988, *T.B.H.*, 1990, 74, noot; cf. Simont, L. en Bruyneel, A., *l.c.*, nr. 29).

Het Hof van Beroep te Brussel verwerpt de mogelijke toepassing van art. 1239 B.W. in dergelijk geval. Er is immers geen betaling van een schuld door de schuldenaar, maar wel de uitvoering door de bank van een overschrijvingsorder dat schijnbaar van de cliënt uitgaat. Bij de beoordeling van de contractuele aansprakelijkheid van de bank en van de zorgvuldigheidsplicht dient rekening te worden gehouden met de regels die terzake omschreven zijn in de standaardovereenkomst inzake bankverrichtingen en die van kracht zijn op het ogenblik van de opening van de rekening.

De bank kan haar aansprakelijkheid in het reglement der bankverrichtingen beperken tot het geval van zware fout. De bank is niet aansprakelijk indien zij een fictieve betaalopdracht uitvoert die werd gegeven op een brief met briefhoofd van de rekeninghouder, voorzien van een goed nagemaakte handtekening (Brussel, 18 december 1987, *T.B.H.*, 1989, 788).

175. OVERSCHRIJVING - ,,GETEKEND'' MET STEMPEL - GEEN AANSPRAKELIJKHEID I.G.V. BETALING — Een bediende-boekhouder maakte bedrieglijk gebruik van de handtekeningstempel van de afgevaardigde bestuurder van zijn werkgever ten einde aanzienlijke bedragen naar zijn eigen vermogen over te brengen. De titularis van de rekening vorderde van zijn bank de

terugbetaling van die bedragen omdat de overschrijvingen zonder handtekening zouden zijn uitgevoerd. De rechtbank verwierp die eis en oordeelde dat een gewoon nazicht slechts een vergelijking van de vorm van de op de overschrijving voorkomende handtekening met de modelhandtekening moet inhouden en niet een controle op de gebruikte middelen om de handtekening aan te brengen. Wanneer de namaking niet onmiddellijk opvalt, kan de bank geen fout worden verweten. Tevens werd gesteld dat de titularis van de rekening slecht geplaatst was om de bank het verwijt te maken een stempel als handtekening te hebben aanvaard, nu hij diezelfde stempel gebruikte voor de uitbetaling van looncheques (Rb. Kortrijk, 1 december 1987, *T.B.H.*, 1989, 56, noot). Die laatste vaststelling lijkt essentieel om tot de niet-aansprakelijkheid van de bank te kunnen besluiten, aangezien de overschrijving zonder echte handtekening in principe niet tegenwerpelijk was aan de titularis van de rekening, behalve i.g.v. uitdrukkelijk afwijkend beding, een fout van de titularis of mogelijke toepassing van de schijnleer (Simont, L. en Bruyneel, A., *l.c.*, nr. 29).

176. OVERSCHRIJVING - OORZAAK - WITWASSEN KAPITAAL — De bank is er niet toe gehouden de oorzaak te kennen van een overschrijving van de ene naar de andere rekening: het is voor haar zonder belang of die oorzaak de betaling van een schuld, een lening, een schenking, enz. tussen de opdrachtgever en de begunstigde is (Brussel, 23 december 1988, *J.T.*, 1989, 182).

Op grond van de met de cliënt gesloten overeenkomst is de bank gehouden elke overschrijving uit te voeren tot beloop van het beschikbaar kredietsaldo op de rekening (Van Ryn, J. en Heenen, J., *Principes*, IV, (1988), nr 443).

177. Alhoewel het probleem slechts zijdelings te maken heeft met de ,,oorzaak'' van een overschrijving, doch eerder handelt over de herkomst van de over te schrijven bedragen, past het om hier kort stil te staan bij de initiatieven die tot nog toe werden genomen in de strijd tegen het witwassen van kapitaal, afkomstig uit criminele aktiviteiten, zoals b.v. de drughandel. Meer bepaald zal de hierboven beschreven verplichting van de bank tot uitvoering van elk overschrijvingsorder moeten worden genuanceerd.

In de eerste plaats kan worden gewezen op de Wet van 17 juli 1990 tot wijziging van de artikelen 42, 43 en 303 Sw. en tot invoering van een artikel 43bis Sw. (*B.S.*, 15 augustus 1990).

Op grond van die nieuwe bepalingen zijn o.m. die personen strafbaar die vermogensbestanddelen die rechtstreeks uit een misdrijf zijn verkregen, goederen en waarden die in de plaats ervan zijn gesteld en inkomsten uit de belegde voordelen in bezit, bewaring of beheer hebben genomen, ofschoon zij de oorsprong ervan kennen of moesten kennen (zie hierover: Cornelis, L. en Verstraeten R., ,,Mag er nog wit worden gewassen?'', *T.B.H.*, 1992, 176-221).

Ook de Commissie voor het Bank- en Financiewezen heeft geoordeeld dat normen terzake moesten worden uitgevaardigd voor de kredietinstellingen die onder haar controle ressorteren (*Jaarverslag C.B.F.*, 1990-1991, 43).

In het rondschrijven van 17 juli 1991 worden regels vastgesteld inzake het witwassen van kapitaal dat voortvloeit uit ernstige criminele activiteiten die door de internationale gemeenschap worden veroordeeld en die meer bepaald verband houden met de handel in verdovende middelen.

Aan de kredietinstellingen wordt o.m. een onderzoeksplicht opgelegd ten aanzien van elke verrichting waarvan kan worden vermoed dat ze verband houdt met het witwassen van kapitaal, gezien de aard of omdat ze ongewoon voorkomt gelet op de financiële draagkracht van de cliënt of zijn werkzaamheden en qua omvang. Het rondschrijven besluit met een norm die rechtstreeks kan inwerken op de contractuele relatie met de titularis van een rekening: ,,Als er tekens worden gevonden die zouden kunnen wijzen op witwassen van kapitaal, is het raadzaam om rechtsgeldige maatregelen te treffen, zoals bijvoorbeeld elke medewerking weigeren, de relatie met de cliënt beëindigen en de rekeningen afsluiten" (art. 5 Rondschrijven C.B.F. dd. 17 juli 1991, *Jaarverslag C.B.F.*, 1990-1991, bijlage 15, 233-236).

AFDELING 3
KREDIETVERRICHTINGEN (1)

§ 1. Consumentenkrediet

178. WET OP HET CONSUMENTENKREDIET — In principe valt elke in België afgesloten overeenkomst tussen een kredietgever en een in België verblijvende consument waarbij aan deze laatste krediet wordt verleend in de vorm van uitstel van betaling, van een lening, of van elke andere gelijkaardige betalingsregeling voortaan onder het toepassingsgebied van de Wet van 12 juni 1991 op het consumentenkrediet (*B.S.*, 9 juli 1991, hierna afgekort: W. Cons.; inwerkingtreding: zie K.B. 5 augustus 1991, *B.S.*, 12 oktober 1991, gewijzigd bij K.B. 4 augustus 1992, *B.S.*, 8 september 1992).

Er wordt een uitzondering gemaakt voor onder meer de dienstenprestaties die op continubasis worden verleend (b.v. verzekeringspremies met gespreide betaling, levering van gas, water en electriciteit), huurovereenkomsten zonder koopoptie, kredietovereenkomsten aangegaan voor een zeer korte periode (ten hoogste 3 maanden) of die toevallig en zonder winstoogmerk worden verleend, de kredietopeningen terugbetaalbaar binnen 3 maanden en voor een bedrag lager dan 50.000 frank en de hypothecaire leningen en kredietopeningen waarop het K.B. nr. 225 van 7 januari 1936 van toepassing is (art. 3, § 1 W. Cons.).

(1) Leasing of financieringshuur en factoring werden behandeld in hoofdstuk III (Handelscontracten).

Artikel 3, §2 W. Cons. sluit gedeeltelijk uit het toepassingsgebied de kredietovereenkomsten die aangegaan worden voor een beperkt bedrag (8.600 fr.) of die vastgesteld worden bij authentieke akte voor een bedrag van meer dan 860.000 fr en de verkoop op afbetaling waarbij de consument het krediet moet terugbetalen in ten hoogste drie betalingen, het voorschot niet inbegrepen, binnen ten hoogste negen maanden.

De Wet op het consumentenkrediet, die de Wet van 9 juli 1957 tot regeling van de verkoop op afbetaling opheft en vervangt, bevat bijzondere regelen voor vier soorten kredietovereenkomst: de verkoop op afbetaling, de financieringshuur, de lening op afbetaling en de kredietopening met inbegrip van het gebruik van krediet- en betaalkaarten.

179. Het probleem van de schuldenoverlast van bepaalde groepen consumenten maakte een alomvattende wetswijziging noodzakelijk. Op het vlak van de contractsluiting en -uitvoering wordt de nieuwe wet gekenmerkt door een strikte regeling van de kredietpromotie (artikelen 5-9 W. Cons.), een verzwaarde informatieplicht voor de kredietverlener, de juridische band die wordt gelegd tussen de kredietovereenkomst en de overeenkomst waarvoor de financiering wordt gevraagd (artikelen 19 en 20 W. Cons.), de tegenwerpelijkheid van de verweermiddelen (art. 24 W. Cons.) en het absoluut verbod op een aantal onrechtmatige bedingen (artikelen 28-33 W. Cons.).

Tevens regelt art. 38 W. Cons. een bijzondere procedure voor de vrederechter indien de consument met betalingsmoeilijkheden te kampen krijgt (zie de verslagen van het Colloquium georganiseerd op 17 oktober 1991 door V.Z.W. I.T.O.A.U. en het Centre de Droit de la Consommation, Faculté de droit, U.C.L. in *La nouvelle loi sur le crédit à la consommation*, *De nieuwe wet op het consumentenkrediet*, Brussel, Créadif, 1992, 222 p.; eveneens gepubliceerd in *D.A.O.R.*, 1992, nr. 23).

Het was uiteraard te vroeg om in dit overzicht rechtspraak i.v.m. de nieuwe wet aan te halen. Aangezien een aantal voor de praktijk belangrijke bepalingen i.v.m. de koop en de lening op afbetaling vrijwel ongewijzigd uit de Wet van 9 juli 1957 werden overgenomen, zullen de nog relevante toepassingen van de oude wet worden besproken, met een verwijzing naar de overeenstemmende bepalingen van de Wet op het consumentenkrediet. Hieronder zal eveneens aandacht worden besteed aan enkele markante verschillen en innovaties.

180. INFORMATIEPLICHT - INFORMATIEBESTAND — De kredietgever en de kredietbemiddelaar zijn verplicht de consument op een juiste en volledige manier alle noodzakelijke informatie te verschaffen in verband met de beoogde kredietovereenkomst. Naast het verschaffen van informatie zijn zij er ook toe gehouden informatie in te winnen. Zij moeten het krediet zoeken dat qua soort en bedrag het best is aangepast aan de consument op het ogenblik van het sluiten van de kredietovereenkomst (art. 11 W. Cons.; zie ook art. 15 W. Cons.).

Een tekortkoming aan die informatieplicht kan door de rechter worden gesanctioneerd door de consument te ontslaan van het geheel of een gedeelte van de nalatigheidsintrest en de vermindering van zijn verplichtingen tot de prijs bij contante betaling (art. 92, 1° W. Cons.; zie Domont-Naert, F., ,,L'information du consommateur et l'obligation de renseignement dans la loi du 12 juin 1991'', in *La nouvelle loi sur le crédit à la consommation. De nieuwe wet op het consumentenkrediet*, Brussel, Créadif, 1992, 59-61; *D.A.O.R.*, 1992, nr. 23, 33-34; cf. T.I. Bordeaux, 16 januari 1989 en T.I. Bordeaux (Kort Ged.), 23 juni 1988, *J.L.M.B.*, 1990, 822, noot Dejemeppe, P., ,,Le devoir de conseil du dispensateur de crédit à l'égard du consommateur'').

181. De Wet op het consumentenkrediet regelt op gedetailleerde wijze de verwerking van persoongegevens betreffende het consumentenkrediet (artikelen 68-73 W. Cons.).

Het recht van de consument op toegang tot, verbetering en verwijdering van gegevens is daarbij essentieel (art. 70 W. Cons.; zie Rigaux, F., ,,Le traitement des données à caractère personel'', in *La nouvelle loi sur le crédit à la consommation. De nieuwe wet op het consumentenkrediet*, Brussel, Créadif, 1992, 197-202; *D.A.O.R.*, 1992, nr. 23, 97-100).

182. In een uitvoerig gemotiveerd vonnis werd, reeds voor de inwerkingtreding van die bepalingen, de Beroepsvereniging van het Krediet veroordeeld tot betaling van een schadevergoeding van 50.000 fr aan een consument die geen kredietovereenkomst kon bekomen. De consument bleek voor te komen op een geheime zwarte lijst van slechte betalers. Het feit dat er voor de erop voorkomende debiteuren geen controle- of verbeteringsrecht bestond, werd als een inbreuk op de privacy beschouwd (Rb. Luik, 11 maart 1987, *J.L.M.B.*, 1987, 549; *J.T.*, 1987, 426; bevestigd door Luik, 5 juni 1991, *J.T.*, 1992, 36).

183. DWINGEND RECHT - OPENBARE ORDE — De Wet van 9 juli 1957 vaardigt regelen van dwingend recht uit die ook van openbare orde kunnen zijn in de mate dat de regeling of de instelling waardoor de wet de bescherming van partijen inricht, in het gedrang wordt gebracht. Wanneer het evenwel gaat om voorschriften die slechts het gebruik regelen dat door de partijen van de bescherming zal gemaakt worden, kan dat vreemd zijn aan de openbare orde en niet noodzakelijk met nietigheid worden bestraft. Het eenvoudig niet naleven van art. 19quater en art. 19quinquies van die wet wordt geenszins door nietigheid getroffen (Rb. Gent, 22 januari 1987, *T.G.R.*, 1987, 8; Van den Bergh, J. en De Caluwe, A., *Afbetalingsovereenkomsten. Financieringshuur. Brouwerijovereenkomsten*, in *A.P.R.*, Gent, Story-Scientia, 1975, nr. 751 e.v.).

184. Art. 4 W. Cons. schrijft de nietigheid voor van elk met de wet en haar uitvoeringsbesluiten strijdig beding. De Wet op het consumentenkrediet beoogt niet enkel de bescherming van de individuele consument, doch eveneens het aanpakken van het probleem van de schuldenoverlast en het tegengaan van bepaalde misbruiken in de kredietsector (Memorie van Toelichting, *Gedr. St.*, Senaat, 1989-1990, nr. 916/1, p. 11). Daarnaast bevat de Wet op het consumentenkrediet bepalingen ter vrijwaring van de mededinging in de kredietverzekeringssector (art. 31 W. Cons.). De bepalingen die bijdragen tot de realisatie van bovenvermelde doelstellingen belangen de openbare orde aan (Dambre, M., ,,Wet van 12 juni 1991 op het consumentenkrediet. Contractuele verhoudingen en driepartijenverhoudingen'', in *La nouvelle loi sur le crédit à la consommation. De nieuwe wet op het consumentenkrediet*, Brussel, Créadif, 1992, 77-116; *D.A.O.R.*, 1992, nr. 23, 43-61, nrs. 9, 50, 51, 55, 82; Van der Wielen, P. en Wallemacq, A., ,,La valeur contraignante de la loi du 12 juin 1991 relative au crédit à la consommation'', in *La nouvelle loi sur le crédit à la consommation. De nieuwe wet op het consumentenkrediet*, Brussel, Créadif, 1992, 25-35; *D.A.O.R.*, 1992, nr. 23, 19-24).

185. KREDIETOVEREENKOMST - OPSCHORTENDE VOORWAARDE VOOR DE TE FINANCIEREN OVEREENKOMST — Een koper had een vrachtwagen gekocht en had op de bestelbon vermeld dat hij een financiering zou aanvragen. Aangezien de koper niet genoeg garanties kon stellen, komt geen kredietovereenkomst tot stand met de op de bestelbon aangeduide kredietverlener. Wanneer de verkoper echter verneemt dat de kandidaat-koper ondertussen een andere vrachtwagen had gekocht dankzij een kredietovereenkomst bij een andere kredietverlener, eist hij schadevergoeding. Het Hof van Beroep te Luik herinnert aan de in de rechtspraak ontwikkelde stelling dat een koopovereenkomst waarvoor een financiering wordt gezocht, gesloten wordt onder de opschortende voorwaarde van toekenning van het krediet (Luik, 30 januari 1990, *J.L.M.B.*, 1990, 1234, noot Jeunehomme, J.F., ,,Les obligations des parties à une convention affectée d'une condition suspensive''; *Rev. Rég. Dr.*, 1990, 335). Evenwel voegt het Hof eraan toe dat de uitvoering te goeder trouw van overeenkomsten de koper oplegt al het nodige te doen voor de vervulling van de opschortende voorwaarde. Het volstond niet om slechts bij de op de bestelbon vermelde kredietverlener een aanvraag te doen, te meer daar uit de feiten bleek dat hij nadien wel een financiering kon bekomen bij een andere kredietverlener.

In een gelijkaardig geval waarin de koper van een handelszaak geen redelijke inspanningen had gedaan om een lening te verkrijgen, oordeelde de Rechtbank van Koophandel te Gent dat het beding krachtens hetwelk het ,,handgeld'' moest worden terugbetaald indien de koper geen lening zou bekomen (hier gekwalificeerd als ontbindend beding overeenkomstig art. 1183 B.W.) geen uitwerking kon krijgen. Het handgeld kwam de verkoper

toe bij wijze van schadebeding (Kh. Gent, 26 september 1991, *T.G.R.*, 1991, 158).

186. Het aanvaarden van het bestaan van een stilzwijgende opschortende voorwaarde in geval van afbetalingsovereenkomsten berustte dikwijls op een fictie. Een waterdichte constructie was het allerminst.

Dit probleem wordt verholpen door art. 20 W. Cons. waarin uitdrukkelijk is bepaald dat de verbintenissen van de consument uit de te financieren overeenkomst worden geschorst tot op het ogenblik dat de consument het kredietaanbod van de kredietgever aanvaardt.

187. KREDIETOVEREENKOMST - BEWIJS - VERMELDING ,,GOED VOOR" — Overeenkomstig art. 1326 B.W. moet een persoonlijke lening op afbetaling de vermelding ,,goed voor" of ,,goedgekeurd voor" dragen. Het verzuim van die formaliteit ontneemt aan het contract zijn bewijskracht; niettemin kan het als begin van bewijs door geschrift gelden (Bergen, 10 september 1986, *J.L.M.B.*, 1987, 568). Onafhankelijk van de bewijsproblematiek legt art. 17 W. Cons. volgende formaliteiten op bij de totstandkoming van elke kredietovereenkomst: de consument moet zijn handtekening laten voorafgaan door de met de hand geschreven vermelding ,,gelezen en goedgekeurd voor.... frank op krediet". Het totale bedrag van het krediet zou hier moeten worden ingevuld (Domont-Naert, F., *l.c.*, 65). Daarbij moeten eveneens de datum en het adres van ondertekening met de hand worden geschreven. Het verzuim van die formaliteiten wordt gesanctioneerd door art. 92 W. Cons.

188. VERKOOP OP AFBETALING - VOORSCHOT - BESTAANSVEREISTE — In afwijking van art. 1583 B.W. is geen enkele verkoop op afbetaling voltrokken zolang de koper geen voorschot van tenminste 15 % van de aankoopprijs heeft betaald. Het door de wetgever gewilde formalisme ter bescherming van de koper verhindert dat de koper contractuele verbintenissen zou aangaan vooraleer het voorschot is betaald. Hij kan niet worden aangesproken op grond van rechtsmisbruik (art. 5, Wet 9 juli 1957; Luik, 8 januari 1986, *Ann. Dr. Liège*, 1987, 225, noot Bottin, P. en Willems, J., ,,Sanction du non-paiement de l'acompte en matière de ventes à tempérament"; zie ook Brussel, 13 januari 1988, *J.T.*, 1988, 390; cf. art. 45 W. Cons.).

189. VERKOOP OP AFBETALING - BEDENKTIJK — De bedenktijd van zeven dagen voor de koper indien de verkoop op afbetaling is gesloten buiten het bedrijf van de verkoper, is een geldigheidsvoorwaarde voor de verkoop (art. 4 en 5 Wet 9 juli 1957; Vred. Bilzen, 7 december 1987, *Limb. Rechtsl.*, 1988, 106, noot Monard, E.; cf. art. 18, § 2 W. Cons.).

De bedenktijd van zeven dagen vangt ten vroegste aan de dag nadat het document dat voldoet aan alle wettelijke voorwaarden werd ondertekend,

ongeacht of voorheen reeds een voorschot werd betaald of een bestelbon werd opgesteld waarop de krachtens art. 4, § 3 van de Wet van 9 juli 1957 verplichte vermelding ontbrak (Vred. Etalle, 1 december 1986, *J.L.M.B.*, 1987, 431).

190. Krachtens art. 14, § 3, 13° W. Cons. moet de tekst van art. 18 W. Cons. vermeld worden in het kredietaanbod, doch niet meer in ,,andere en vette'' lettertekens. De bedenktijd bedraagt zeven *werkdagen* te rekenen vanaf de ondertekening van het contract wanneer de overeenkomst gesloten werd in aanwezigheid van beide partijen buiten de onderneming van de kredietgever of de kredietbemiddelaar (art. 18 W. Cons.; Zie Domont-Naert, F., *l.c.*, 67-69).

191. VERKOOP OP AFBETALING - STILZWIJGENDE AFWIJKING OP MAXIMUM AANTAL TERMIJNEN - HERLEIDING VERPLICHTINGEN KOPER — Uit de gedeeltelijke uitvoering van een verkoopovereenkomst op afbetaling bleek dat de verkoper stilzwijgend in afwijking van de uitvoeringsbesluiten van art. 6 van de Wet van 9 juli 1957, 60 maandelijkse afbetalingen had aanvaard voor de terugbetaling van een voertuig waarvan de prijs inclusief B.T.W. 400.000 frank niet overschreed. De koper kon met succes de door art. 8 bepaalde sanctie inroepen en bekwam aldus de herleiding van zijn verbintenissen tot de prijs bij contante betaling (Rb. Charleroi, 29 januari 1991, *Rev. Rég. Dr.*, 1991, 274; *J.T.*, 1991, 844; cf. artikelen 22 en 87 W. Cons.).

192. KREDIET OVEREENKOMST - WISSELBRIEF - TEGENWERPELIJKHEID VERWEERMIDDELEN — De Wet van 9 juli 1957 verbood het gebruik van de wisselbrief en orderbriefjes enkel bij de persoonlijke lening op afbetaling (art. 19bis, § 2 en art. 29, Wet van 9 juli 1957; zie Antwerpen, 30 juni 1988, *R.W.*, 1989-1990, 152, noot), doch niet bij de verkoop en de lening op afbetaling. Alhoewel dit in de praktijk tot voorzienbare problemen moest leiden, diende de rechterlijke macht zich bij die door de wetgever toegelaten juridische situatie, soms node, neer te leggen (zie Bergen, 10 januari 1989, *T.B.H.*, 1989, 621, noot Wymeersch, E., ,,Tegenwerpelijkheid van excepties bij afbetalingsfinanciering''; *J.T.*, 1989, 255).

In die situatie is verandering gekomen. Overeenkomstig art. 10 van de E.G.-richtlijn van 22 december 1986 betreffende de harmonisatie van de wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen der Lid-Staten inzake het Consumentenkrediet ((87/102), *P.B.*, L., nr. 42 van 12 februari 1987, 48-53) werden de Lid-Staten die consumenten toestaan om ten aanzien van kredietovereenkomsten betalingen te doen door middel van wisselbrieven ertoe verplicht ervoor te zorgen dat de consument daarbij op passende wijze wordt beschermd.

De Belgische wetgever koos voor een absoluut en strafrechtelijk gesanctio-

neerd verbod op het doen ondertekenen van wisselbrieven, orderbriefjes en cheques door de consument bij alle kredietovereenkomsten (art. 33 W. Cons.). Terecht was de wetgever van oordeel dat de wisselbrief wel past binnen de verhouding tussen handelaars, doch dat het de consument in een totaal onevenwichtige positie plaatst (Verslag De Cooman en De Wasseige, *Gedr. St.*, Senaat, 1989-1990, nr. 916/2, 12).

Art. 96 W. Cons. verplicht diegene die in strijd met art. 33 een wisselbrief doet ondertekenen tot terugbetaling van de totale kosten van de kredietovereenkomst aan de consument. Evenwel is de wisselbrief die in strijd met de Wet op het Consumentenkrediet zou worden ondertekend op zichzelf niet nietig. De derde houder zal een wisselrechtelijke vordering tegen de consument kunnen instellen. Ten aanzien van de onmiddellijk verbonden wisselpartij kan de consument wetsontduiking inroepen ten einde te ontsnappen aan de wisselrechtelijke vordering (zie Dambre, M., *l.c.*, nrs. 87-95).

193. KREDIETOVEREENKOMST - TEGENWERPELIJKHEID VERWEERMIDDELEN — In het hoger geciteerde arrest van het Hof van Beroep te Bergen had de schuldenaar als verweermiddel opgeworpen dat de regel van het verplicht voorschot was miskend. Dit verweermiddel kan in principe aan de kredietgever als onmiddellijk verbonden wisselpartij worden opgeworpen (die voorwaarde was in casu eigenlijk niet vervuld). De koper had echter in de koopovereenkomst ten aanzien van de overnemende kredietgever afstand gedaan van alle excepties die hij zou kunnen opwerpen (Bergen, 10 januari 1989, *T.B.H.*, 1989, 621, noot Wymeersch, E., „Tegenwerpelijkheid van excepties bij afbetalingsfinanciering").

De annotator merkt terecht op dat er ter zake eigenlijk geen sprake kon zijn van afstand van verweermiddelen, nu de excepties o.m. betrekking hadden op de afwezigheid van het voorschot en dit middel de openbare orde raakt.

Om de voor de consument nadelige gevolgen van een afstand van verweermiddelen ten aanzien van de indeplaatsgestelde schuldeiser op te vangen, werden op de verhouding koper op afbetaling-indeplaatsgestelde schuldeiser de regels m.b.t. de lening op afbetaling toegepast (Rb. Luik, 4 februari 1989, *J.L.M.B.*, 1989, 614, noot).

Dergelijke discussies worden uit de weg geruimd door art. 24 W. Cons. dat de doorwerking regelt van de verweermiddelen van de consument uit de verhouding met de verkoper of dienstverlener naar de verhouding met de kredietgever, voor zover er een exclusieve band tussen verkoper en kredietgever bestaat (zie Dambre, M., *l.c.*, nr. 20-33) en door art. 27 W. Cons. dat stelt dat de consument ten overstaan van de overnemer of de indeplaatsgestelde schuldeiser alle verweermiddelen behoudt die hij de oorspronkelijke kredietgever kan tegenwerpen, zonder dat de consument daar vrijwillig afstand kan van doen (Dambre, M., *l.c.*, nrs. 43-45).

194. LENING OP AFBETALING - ART. 1907TER B.W. - OVERDREVEN SCHADE-

BEDING — Een reële jaarlijkse intrest van 30,68 % voor een lening waarvan het nominaal bedrag slechts met 1.000 fr. het maximum overschrijdt dat toen toepasselijk was op de lening op afbetaling, is klaarblijkelijk bovenmatig. De intrestvoet overschrijdt in belangrijke mate de normale dekking van het risico. Bij het toestaan van een lening tegen dergelijke voorwaarden heeft de uitlener misbruik gemaakt van de behoeften van de lener. Overeenkomstig art. 1907ter B.W. worden de verplichtingen van de lener verminderd tot de terugbetaling van het geleende kapitaal verhoogd met de wettelijke intrest en wordt die vermindering toegepast op alle betalingen die zijn gedaan binnen een termijn van drie jaar voorafgaandelijk aan de inleiding van de eis bij dagvaarding (Rb. Charleroi, 24 januari 1989, *Rev. Rég. Dr.*, 1989, 504; *J.L.M.B.*, 1991, 530).

Overeenkomstig artikel 19octies, § 2 van de Wet van 9 juli 1957 kan de rechter het overeengekomen schadebeding verminderen of volledig afwijzen indien hij oordeelt dat het beding overdreven of onverantwoord is. De rechter heeft een beoordelingsbevoegdheid. De regeling wijkt af van het principe van art. 1152 B.W. (Rb. Gent, 22 januari 1987, *T.G.R.*, 1987, 8).

De rechter kan niet enkel rekening houden met het overdreven karakter van het beding zelf, doch ook met externe omstandigheden die de werking van het beding in die concrete situatie onverantwoord maken, zoals b.v. het feit dat de uitlener vervroegde terugbetaling bekwam (Rb. Hasselt, 25 juni 1987, *T.B.B.R.*, 1988, 575; Van den Bergh, J. en De Caluwé, A., *o.c.*, nrs. 1077 e.v.).

Dezelfde regeling werd overgenomen in art. 90, lid 2 W. Cons.

195. LENING OP AFBETALING - CONTROLEPLICHT KREDIETGEVER - AANSPRAKELIJKHEID T.A.V. OVERNEMER — Een kredietgever had bij het afsluiten van een lening op afbetaling een vergissing begaan m.b.t. het adres, de voornaam en de geboortedatum van de lener, die in werkelijkheid minderjarig was. Ten gevolge daarvan weigert de kredietverzekeraar elke tussenkomst. De kredietgever beging een fout ten aanzien van de overnemer van de kredietovereenkomst. De verplichting om de identiteit van de lener te controleren is een persoonlijke resultaatsverbintenis van de kredietgever (Brussel, 13 september 1989, *J.L.M.B.*, 1990, 1262).

§ 2. Kredietopening

196. BEGRIP EN BEWIJS - KASFACILITEITEN — Een kredietopening is een overeenkomst waarbij een bankier er zich toe verbindt fondsen ter beschikking te stellen van zijn cliënt naargelang diens behoeften en dit ten belope van een bepaald bedrag.

Het toestaan door de bank van gewone kasfaciliteiten die in de tijd beperkt worden, volstaat niet om het bestaan van een kredietopening te bewijzen. De afwezigheid van volgende karakteristieken draagt bij tot die vaststelling:

het ontbreken van een brief waarin de bank het bedrag van het krediet, de wijze van gebruik, de terugbetaling, het juridisch statuut met verwijzing naar het algemeen reglement van de kredietopeningen specifieert, terwijl het in België de gewoonte is een kredietopening in een geschrift vast te leggen; het niet stellen van een waarborg; het niet betalen van een vergoeding; het feit dat de rekening, op enkele uitzonderingen na, steeds een kredietpositie vertoonde en de occasionele debetstanden onmiddellijk werden aangezuiverd. Evenmin kan het bestaan van een kredietopening worden afgeleid uit het feit dat de bankier cheques heeft uitbetaald, alhoewel de rekening een debetsaldo vertoonde (Brussel, 6 juli 1989, *Pas.*, 1990, II, 64, noot; *T.B.H.*, 1990, 26; cf. Van Ryn, J. en Heenen, J., *Principes*, IV (1988), nr. 530).

197. BEGRIP - WET OP HET CONSUMENTENKREDIET - KASFACILITEITEN — Artikel 1, 12° W. Cons. omschrijft de kredietopening als „elke kredietovereenkomst waarbij koopkracht, geld of gelijk welk ander betaalmiddel ter beschikking wordt gesteld van de consument die ervan gebruik kan maken door middel van geldopname — door gebruik van een betaal- of legitimatiekaart of op een andere wijze — en tot terugbetaling gehouden is op de datum van zijn keuze".

Daarbij zal men rekening houden met de uitsluiting uit het toepassingsgebied die art. 3, § 1, 4° W. Cons. bepaalt in verband met kredietopeningen die terugbetaalbaar zijn binnen een termijn van ten hoogste drie maanden en die betrekking hebben op bedragen die lager zijn dan 50.000 frank. Dit bedrag kan bij K.B. worden verhoogd.

Hierbij werd voornamelijk gedacht aan tijdelijke debetstanden of kasfaciliteiten. Van zodra de toegestane debetstand of kasfaciliteit langer duurt dan drie maanden, dient men het bestaan van een kredietopening die onder het toepassingsgebied van de Wet op het consumentenkrediet valt, te aanvaarden (zie Memorie van Toelichting, *Gedr. St.*, Senaat, 1989-1990, nr. 916/1, 9).

198. AANSPRAKELIJKHEID BANK BIJ AFSLUITEN SCHULDSALDOVERZEKERING — Een kredietopening gaat vaak gepaard met een schuldsaldoverzekering bij overlijden. Het is de taak van de bank om erop toe te zien of alle stukken i.v.m. de schuldsaldoverzekering in orde zijn. Ter zake was de kredietovereenkomst gesloten op 17 december 1987. De verzekeringspolis werd getekend op 6 januari 1988 en bepaalde dat zij in werking trad op 1 februari 1988. Op 27 januari 1988 overleed de kredietnemer. De bank werd aansprakelijk gesteld voor het bedrag van de kredietopening omdat zij had moeten opmerken dat er een onverklaarbaar verschil bestond tussen de datum waarop de gelden ter beschikking werden gesteld en de datum waarop de verzekering in werking trad. De bank had ofwel die laatste datum moeten aanpassen, ofwel de terbeschikkingstelling van de gelden moeten uitstellen (Rb. Luik, 17 oktober 1989, *R.G.A.R.*, 1991, nr. 11.841 - als datum van het vonnis wordt verkeerdelijk 17 oktober 1979 vermeld).

199. AANSPRAKELIJKHEID BANK ALS KREDIETVERLENER — De bank heeft een voortdurende toezichts- en controleverplichting op de verrichtingen die geschieden over de rekening van een cliënt aan wie een kredietopening werd toegestaan, bij gebreke waarvan haar aansprakelijkheid als kredietverlener in het gedrang komt (Voorz. Kh. Brussel (Kort Ged.), 26 september 1988, *J.T.*, 1988, 657; zie ook infra nr. 246).

200. EENZIJDIGE BEËINDIGING — Er is geen aanleiding om in kort geding de definitieve opzegging van een kredietopening voor een periode van 1 maand te schorsen, indien de kredietverlener op een zorgvuldige manier gebruik heeft gemaakt van de contractuele bepalingen die hem toestaan om voor het verstrijken van de termijn en zonder opzeggingstermijn de overeenkomst te verbreken, terwijl zijn aansprakelijkheid als kredietverlener in het gedrang zou komen indien het krediet aan een vennootschap die 20 miljoen frank verloor in 18 maanden tijd gehandhaafd zou zijn (Voorz. Kh. Brussel (Kort Ged.), 15 oktober 1986, *J.L.M.B.*, (weergave), 1987, 75).

Het Hof van Beroep te Brussel onderzocht of de opzegging van een kredietopening de contractuele aansprakelijkheid van de bank kan meebrengen ten aanzien van één van de schuldeisers van de kredietnemer. De bank had met die schuldeiser een overeenkomst gesloten m.b.t. de verdeling van de activa van de kredietnemer in aanwezigheid van deze laatste. Geoordeeld werd dat de bank geen contractuele fout beging jegens de schuldeiser door een einde te maken aan de kredietopening, hetgeen het faillissement meebracht van de kredietnemer, aangezien de situatie van de kredietnemer onverwacht verslechterd was en haar raadslieden erop hadden gewezen dat zij haar aansprakelijkheid als kredietverlener jegens derden in het gedrang zou brengen door het krediet in stand te houden (Brussel, 16 december 1981, *T.B.H.*, 1987, 782, noot Regout-Masson, M.).

Aan de kredietopening kan eenzijdig een einde worden gesteld op grond van één van de gevallen opgesomd in het reglement van kredietopening. Indien de overeenkomst van onbepaalde duur is, dient de bankier volgens de regels van gemeen recht, een redelijke opzeggingstermijn in acht te nemen (zie ,,Overzicht van rechtspraak (1982-1986)'', *T.P.R.*, 1987, 1894, nr. 99; Van Ryn, J. en Heenen, J., *Principes*, IV, (1988), nr. 538, 3°).

Indien uit de feiten blijkt dat er geen kredietopening is, maar dat gewone kasfaciliteiten werden toegestaan (zie supra nr. 196 en 197) dan dient de vraag of de bankier een redelijke opzeggingstermijn in acht moet nemen, te worden beantwoord aan de hand van de modaliteiten waaronder de kasfaciliteiten werden toegestaan. Indien de kasfaciliteiten uitdrukkelijk in de tijd werden beperkt, nemen zij een einde op de overeengekomen datum zonder dat de bank een opzeggingstermijn in acht moet nemen (Brussel, 6 juli 1989, *Pas.*, 1990, II, 64, noot; *T.B.H.*, 1990, 26).

§ 3. Betaalkaarten en kredietkaarten

201. De belangstelling van de rechtsleer (zie o.m. Ballon, G.L., De Ly, F. en De Rooy, R.E., *Juridische aspecten van moderne betaalmiddelen*, Zwolle, W.E.J. Tjeenk Willink, 1987; Berger, H., ,,Les cartes de paiement et de crédit'', *Bank Fin.*, 1987/10, 53; Braeckmans, H., ,,Bankrekeningen, betaal- en kredietverrichtingen'' in *Beginselen van Belgisch privaatrecht*, XIII, *Handels- en economisch recht*, deel I, *Ondernemingsrecht*, Vol. B, Van Gerven, W., Cousy, H. en Stuyck, J. (eds.), Brussel, Story-Scientia, 1989, nrs. 604-613 en 648-649; Buyle, J.P., ,,Les moyens de paiement et de crédit par cartes, libellés en Ecus'', *D.A.O.R.*, 1989 / 11, 51 e.v.; Demanet G., ,,De l'utilisation frauduleuses des cartes bancaires'' *R.D.P.*, 1985, 915-933; Kileste, P., ,,Le titulaire d'une carte de crédit est-il engagé par déclaration unilatérale de volonté?'', *T.B.H.*, 1986, 495-502; Meysmans, E. en Thunis, X., ,,La réglementation des cartes de crédit en droit belge et en droit européen'' in *La nouvelle loi sur le crédit à la consommation*, Brussel, Créadif, 1992, 117-161; Thunis, X. en Schauss, M., *Aspects juridiques du paiement par carte*, Brussel, Story-Scientia, 1988; Masset, A., ,,Utilisation frauduleuse et abusive des cartes de paiement et des cartes de crédit'', *J.T.*, 1987, 137 e.v.) voor de problematiek van de betaal- en kredietkaarten lijkt omgekeerd evenredig te zijn met het beperkt aantal gepubliceerde gerechtelijke beslissingen terzake.

Voor de rechtspraak die aan de onderzochte periode voorafgaat, zie Simont, L. en Bruyneel, A., ,,Chronique de droit bancaire privé. Les opérations de banque (1979-1986)'', *Bank Fin.*, 1987/6, 50-55; Dal, G.A. en Corbisier, I., ,,Chronique de jurisprudence. Les instruments de paiement et de crédit (1980-1989)'', *J.T.*, 1990, 440-441.

1. *Betaalkaarten* (Bancontact, Mister Cash, Postomat)

202. Het Bancontact-, Mister Cash- of Postomat-reglement maakt integraal deel uit van de kaartovereenkomst. De kaartovereenkomst verwijst immers uitdrukkelijk naar dit reglement. In de praktijk moet de titularis overigens een verklaring ondertekenen, waarin hij erkent het reglement te kennen en te aanvaarden (Braeckmans, H., ,,Bankrekeningen, betaal- en kredietverrichtingen'', *l.c.*, nr.606).

a) Bewijsregeling

203. Het reglement bevat een van het gemeen recht afwijkende bewijsregeling, die onweerlegbare vermoedens vastlegt. De door de automaat afgeleverde ticketten hebben alleen een indicatieve waarde. Enkel de op de journaal- of magneetband geregistreerde gegevens gelden als bindend en afdoend bewijsmiddel. Aangaande geldstorting bepaalde het Mister-Cash reglement dat ingeval van verschil tussen het bedrag ingetikt door de kaarthouder en het door de bank in de gedeponeerde omslag daadwerkelijk gevonden bedrag, de bevindingen van de bank geacht worden juist te zijn.

204. Het geval waarbij helemaal geen omslag in de machine gevonden wordt, valt volgens de vrederechter te Marchienne-au-Pont buiten het toepassingsgebied van de bewijsovereenkomst, omdat dergelijk geval niet het probleem betreft van een verschil tussen het ingetikte bedrag en het in de omslag gevonden bedrag, maar veeleer de vraag betreft van de effectiviteit van de storting. De storting mag met alle middelen van recht, incluis vermoedens, bewezen worden (Vred. Marchienne-au-Pont, 6 april 1990, *J.T.*, 1990, 678, kritische noot Dal, G.A.). Deze beslissing kan niet worden goedgekeurd. De bewijsovereenkomst was wel toepasselijk. Het verschil tussen de beweerde storting en het effectief gevonden bedrag bedroeg gewoon 100 %. De situatie is identiek aan deze waarbij een lege omslag in de machine gevonden wordt.

205. Wel rijst de vraag of deze ,,conventionele'' bewijsregeling, die door de banken wordt opgelegd, geen *onrechtmatig beding* uitmaakt in de zin van artikel 31 van de nieuwe wet op de handelspraktijken van 14 juli 1991 (*B.S.*, 29 augustus 1991)?

Elk beding dat een kennelijk onevenwicht schept tussen de rechten en plichten van de partijen kan immers als onrechtmatig aangemerkt worden. De aanzienlijke beperkingen opgelegd aan de kaarthouder op het vlak van de aan te wenden bewijsmiddelen zouden wel eens wegens onrechtmatigheid in de zin van artikel 31 kunnen nietig verklaard worden (art. 33, § 1 W.H.P.). (Zie hierover in het algemeen Dirix, E., ,,De bezwarende bedingen in de W.H.P.'', *R.W.*, 1991-1992, 570; Flamée, M., ,,De onrechtmatige bedingen'' in *Handelspraktijken*, De Vroede, P. (ed.), Brugge, Die Keure, 1992, nr. 174).

De emittenten van betaalkaarten hebben dit risico wellicht ingezien, aangezien voormelde bewijsregeling onlangs gewijzigd werd. Zij luidt voortaan: ,,De cliënt erkent dat — *tenzij hij het bewijs van het tegendeel levert* (wij onderstrepen) — voor de verrichtingen op een geldautomaat of een betaalterminal, het door het net opgestelde journaal (logging), waarvan de afbeelding op ongeacht welke drager beschouwd wordt als oorspronkelijk document, een formeel en voldoende bewijs is van de uitvoering van de opdrachten die hij heeft gegeven'' (art. 10, § 2 nieuw reglement).

b) Aansprakelijkheidsregeling bij verlies of diefstal

206. Het reglement, dat de betaalkaarten beheerst, bepaalt de rechten en verplichtingen van partijen en regelt de aansprakelijkheid in geval van verlies of diefstal van de kaart.

Op de kaarthouder rusten o.m. volgende verplichtingen:

— de kaart en het geheim karakter van het codenummer zorgvuldig bewaren door het aan niemand mede te delen en door het op zijn kaart noch enig ander document te noteren. Dit is een resultaatsverbintenis (Vasseur, M., noot onder Cass. fr., 8 oktober 1991 (2 arresten), *Dall.*, 1991, J., 584);

— de onmiddellijke teruggave van de kaart in geval van blokkering of definitieve afsluiting van de gebonden rekening en telkens de bank of emitterende instelling erom verzoekt.

Bij de definitieve afsluiting van een bankrekening werd de Bancontact-kaart niet ingeleverd, omdat de titularis deze niet bij had. Aan de loketbediende belooft hij de kaart bij zijn thuiskomst te zullen vernietigen. Hij gooit die echter gewoon weg in de vuilnisbak. Een drietal maanden later gebeuren drie geldopnames met de kaart. De bank eist door de nalatige kaarthouder vergoed te worden ten belope van de gedane afhalingen, vermeerderd met de bankinteresten. De eis wordt ingewilligd, omdat de kaarthouder zijn kaart noch teruggegeven noch vernietigd heeft bij het afsluiten van de rekening en omdat uit het gebruik van de kaart noodzakelijk volgt dat hij het codenummer niet geheim gehouden heeft (Vred. Brussel, 28 januari 1987, *J.T.*, 1987, 601, bevestigd door Rb. Brussel, 10 juni 1988, *J.T.*, 1989, 148, *Pas.*, 1989, III, 13 en *Bank Fin.*, 1988/9, 57). In zijn verweer maakte de kaarthouder de bank het verwijt Bancontact niet te hebben verwittigd van de afsluiting van de rekening, zodat de toegangsmiddelen tot het systeem niet geblokkeerd waren geweest. Hoewel de vrederechter het bestaan van die fout bevestigde, hield hij er geen rekening mee. Dit is zonderling, want zonder die fout had de in concreto geleden schade nooit kunnen bestaan. Welnu, bij samenlopende fouten wordt de aansprakelijkheid tussen de schuldigen verdeeld. Derhalve had een (klein) deel van het verlies wellicht ten laste van de bank moeten gelegd worden.

207. Wat de *aansprakelijkheid* in geval van *verlies of diefstal* van de kaart betreft, bepaalt het reglement dat de kaarthouder volledig aansprakelijk blijft voor de geleden verliezen te wijten aan misbruik, zolang hij de emitterende instelling of de bank niet verwittigde en deze de voorgeschreven maatregelen redelijkerwijze niet heeft kunnen nemen om de toegang tot het systeem te blokkeren.

Een Postomat-kaart, achtergelaten samen met de agenda waarin het codenummer genoteerd stond, werd uit een slotvaste wagen gestolen. De titularis legde onverwijld klacht neer bij de rijkswacht en poogde tevergeefs de postcheck te verwittigen ten einde het toegangssysteem met zijn kaart te doen blokkeren. Tevergeefs. De postcheck was in die tijd 's nachts en op zon- en feestdagen onbereikbaar, zodat de verwittiging pas twee dagen later kon plaatsvinden. De dieven hadden intussen 40.000 frank van de rekening afgehaald.

De vrederechter oordeelde dat de kaarthouder niet verantwoordelijk kon worden gesteld voor het inefficiënte verwittigingssysteem, dat de kaarthouders in de onmogelijkheid stelde tijdig te voldoen aan hun waarschuwingsplicht. De inrichting van een niet sluitend veiligheidssysteem werd zelfs als een grove fout van Postomat bestempeld, zodat de postcheck veroordeeld werd tot vergoeding van het geleden verlies (40.000 fr.) vermeerderd met de wettelijke interesten (Vred. Verviers, 23 november 1984, *D.C.R.*, 1988-

1989, 93 bevestigd door Rb. Verviers, 8 januari 1986, *D.C.R.*, 1988-1989, 96, noot Schauss, M.). Deze consumentvriendelijke beslissing lijkt in rechte betwistbaar.

Het is vermetel voorop te stellen dat de emitterende instelling een fout begaat wanneer het ingerichte waarschuwingssysteem niet dag en nacht toegankelijk is, tenminste indien de kaarthouder hiervan kennis heeft, bv. via het beschrijven van het aangeboden systeem in de kaartovereenkomst. In dergelijk geval dient de conventionele aansprakelijkheidsregeling volle uitwerking te krijgen en komt het verlies, geleden tot op het ogenblik dat de verwittigde instelling redelijkerwijze de nodige beveiligingsmaatregelen heeft kunnen treffen, uitsluitend ten laste van de kaarthouder.

Doch ook wanneer de kaarthouder niet op de hoogte werd gesteld van de beperkte mogelijkheden (inefficiënties van het systeem), kan de beslissing bezwaarlijk goedgekeurd worden. Inderdaad, in geval van samenlopende fouten, bestaande in hoofde van Postomat in de niet-mededeling van de leemten in het aangeboden waarschuwingssysteem en in hoofde van de kaarthouder in de overtreding van de geheimhoudingsplicht met betrekking tot het codenummer, dient de aansprakelijkheid tussen partijen verdeeld te worden (zie ook in laatstvermelde zin de geciteerde lezenswaardige noot van M. Schauss, 101-102).

c) Misbruik van de kaart. Strafrechtelijke aansprakelijkheid

208. Het reglement, dat om hogervermelde redenen deel uitmaakt van de kaartovereenkomst (*supra*, nr. 202), stelt limieten vast voor de geldopnamen per dag (thans 10.000 fr.) en per week (thans 50.000 fr.) en verbiedt de kaarthouder opvragingen te doen die het beschikbaar fonds op de gebonden rekening overschrijden.

Het staat buiten kijf dat elke miskenning hiervan de contractuele aansprakelijkheid van de kaarthouder in het gedrang brengt.

Het is daarentegen minder duidelijk op welke grond hij strafrechtelijk kan worden vervolgd: diefstal (art. 461 S.W.), oplichting (art. 496 S.W.), misbruik van vertrouwen (art. 491 S.W.) of bedrog (art. 508 S.W.) (zie Simont, L. en Bruyneel, A., *l.c.*, *Bank Fin.*, 1987/6, 51-52).

209. Aangaande *diefstal* is de rechtspraak verdeeld.

Voor de ene rechter zijn alle bestanddelen van het diefstal-misdrijf, zoals neergelegd in artikel 461 van het Strafwetboek, aanwezig (Corr. Brussel, 14 december 1989, *J.L.M.B.* 1990, 602, noot Buyle, J.P.), terwijl voor de andere rechter geen sprake kan zijn van ,,bedrieglijke wegneming'', daar de kaarthouder de bankbiljetten ontvangt zonder gebruik te maken van enige list of kunstgreep. De omstandigheid dat de afgehaalde som automatisch van zijn rekening gedebiteerd wordt, toont aan dat de afgifte niet tegen de wil in van de eigenaar (bank) geschiedt (Corr. Verviers, 30 maart 1988, *J.L.M.B.*, 1989, 390). Derhalve kan evenmin van *bedrog* in de zin van

artikel 508 van het Strafwetboek (bedrieglijke verberging van een *gevonden* of bij *toeval* in bezit gekomen roerende zaak) sprake zijn. De kaarthouder vindt het geld niet (het wordt hem afgegeven door de machine) en het komt evenmin bij toeval in zijn bezit (hij treedt actief op door de machine in werking te stellen) (*Ibid.*).

210. Sommigen stellen dat het misbruik van de kaart onder geen enkele strafrechtelijke kwalificatie valt (Cass.fr., 24 nov. 1983, *Dall.*, 1984, J. 465, noot Lucas de Leyssac, C.; Corr. Verviers, 30 maart 1988, *J.L.M.B.*, 1989, 390; Masset, A., ,,Utilisation frauduleuse et abusive des cartes de paiement et des cartes de crédit'', *J.T.*, 1987, 139-140).

2. *Kredietkaarten*

211. De kredietkaart onderscheidt zich van de betaalkaart doordat aan eerstgenoemde een kredietopening verbonden is (Kileste, P. ,,Le titulaire d'une carte de crédit est-il engagé par déclaration unilatérale de volonté?'', *T.B.H.*, 1986, 495-496).
Over de juridische aard van de kredietkaart raadplege men Wymeersch, E., ,,De kredietkaarten in België. Juridische aspecten'', *T.P.R.*, 1970, 645 e.v.; Kileste, P., *l.c.*, *T.B.H.*, 1986, 495 e.v.; Levy-Morelle, J., ,,Cartes de chèques, cartes de crédit et cartes magnétiques'' in *Les sûretés issues de la pratique*, II, P.U.B., september 1983, pp. G 10 e.v.).

a) Eurocard en huwelijksvermogensrecht

212. De Eurocard is geen kredietkaart, daar zij gepaard gaat met een bankdomiciliëring bij een derde bank of financiële instelling. Daaruit volgt dat de aangeboden rekeningen onmiddellijk betaalbaar en opeisbaar zijn. Eurocard is vreemd aan de eventuele kasfaciliteiten, die de kaarthouder bij zijn bank of financiële instelling geniet. Het hoofdkenmerk van Eurocard is het uitstel van betaling: de rekeningen worden pas op het einde van de maand aangeboden (Antwerpen, 22 februari 1989, *R.W.*, 1989-1990, 125).
De kwalificatie van de Eurocard als betaalkaart heeft belangrijke gevolgen op huwelijksvermogensrechtelijk vlak. De toestemming van beide echtgenoten is niet vereist voor het bekomen van een Eurocard, vermits de kaart niet gepaard gaat met het aangaan van een krediet (art. 1418, lid 2, d B.W.). De schulden van één der echtgenoten jegens Eurocard kunnen dan ook op het gemeenschappelijk vermogen verhaald worden (art. 1411 B.W.), dat zo nodig het voorwerp kan uitmaken van een uitvoerend beslag (Antwerpen, 22 februari 1989, *R.W.*, 1989-1990, 125).

b) Aansprakelijkheidsregeling bij verlies of diefstal

213. Bij verlies of diefstal van de kaart wordt de titularis, behoudens bedrog, ontslaan van elke aansprakelijkheid te rekenen van het ogenblik dat hij de emitterende instelling verwittigd heeft. De verklaring moet schriftelijk bevestigd worden.

De titularis die in de gevangenis zit, blijft volledig aansprakelijk voor het gebruik van de kaart, zolang hij de emitterende instelling, i.c. Dinersclub, niet op de hoogte stelde van het verlies of de diefstal van de kaart (Rb. Brussel, 11 december 1986, *T.B.H.*, 1988, 219). In hetzelfde vonnis wordt gesteld dat de niet-conformiteit van de handtekening op de kredietkaart en op de afrekenbonnen te dezen irrelevant is. Tegen de beslissing is hoger beroep ingesteld.

c) Aansprakelijkheidsregeling en de wet op het consumentenkrediet

214. Titularissen van kredietkaarten, die onder het toepassingsgebied vallen van de recente wet op het consumentenkrediet van 12 juni 1991 (*B.S.*, 9 juli 1991) (Het toepassingsgebied wordt afgeleid uit de artt. 1, 1°, 1, 12°, 2 en 3, § 1 van de wet. Zie ook Meysmans, E. en Thunis, X., ,,La réglementation des cartes de crédit en droit belge et en droit européen'' in *La nouvelle loi sur le crédit à la consommation*, Brussel, Créadif, 1992, 148-153.), zijn onderworpen aan een gunstigere regeling in die zin dat hun aansprakelijkheid tot op het ogenblik van de kennisgeving van het verlies of de diefstal voortaan beperkt is tot een maximumbedrag van 6.500 fr. (art. 61 W. 12 juni 1991 en K.B. 24 februari 1992, *B.S.*, 4 april 1992). Dat bedrag wordt opgetrokken tot 32.500 fr. in geval van *grove nalatigheid* van de kaarthouder en, in geval van *bedrog*, is hij onbeperkt gehouden (art. 61 W. 12 juni 1991 en K.B. 24 februari 1992).

§ 4. Hypothecaire lening

215. DWINGEND RECHT — De artikelen 1 tot 32 van het K.B. nr. 225 van 7 januari 1936 tot reglementering van de hypothecaire leningen (*B.S.*, 6-7 januari 1936) vormen het ,,burgerlijk statuut'' van de hypotheciare lening dat voor deze speciale vorm van lening op intrest de artikelen 1907 en 1907bis B.W. aanvult en verduidelijkt. Het K.B. nr. 225 beoogt de belangen van de ontlener te beschermen tegen woekerpraktijken en draconische clausules enerzijds en, anderzijds, tegen allerhande sluwe afbetalingstechnieken die de ontlener tegenover de geldschieter als debiteur voor het ganse ontleende kapitaal handhaven.

De regeling kadert de wilsvrijheid van partijen strak in en sanctioneert inbreuken ter bescherming van private belangen. Het gaat om een regeling van dwingend recht zonder nochtans de openbare orde te raken (Gent, 30 mei 1989, *T.G.R.*, 1989, 122; Rb. Antwerpen, 25 april 1986, *T.B.H.*, 1987, 114; De Page, H., *Traité*, V, nr. 166; Schiltz, H. en Leysen, R., *Inleiding tot de financiële wetgeving*, 3de uitg., Antwerpen, Kluwer, 1988, 19 e.v.). Derhalve is de nietigheid voortvloeiend uit de overtreding van de voorschriften van het K.B. nr. 225 slechts relatief.

216. TOEPASSINGSGEBIED - CIRCULATIEKREDIET — Niet alle geldleningen

die aan de definitie van de hypothecaire lening beantwoorden, vallen onder de toepassing van de speciale wetgeving. Het moet gaan om een geldlening die werd toegestaan tegen intrest, gewaarborgd door een hypothecaire inschrijving en die een kapitalisatiekrediet tot voorwerp heeft. Een kapitalisatiekrediet is een krediet dat terugbetaald wordt met behulp van besparingen die vreemd zijn aan de door het krediet gefinancierde activiteit.

Daarentegen zijn circulatiekredieten of omloopkredieten uitgesloten van de toepassing van het K.B. nr. 225, ook al zijn zij door een hypotheek gewaarborgd. Het gaat immers om kredieten verstrekt aan ondernemingen die worden terugbetaald met de opbrengst van de gefinancierde activiteiten, zoals b.v. het krediet toegestaan aan een bakker ten einde een gebouw te verwerven dat gedeeltelijk voor handelsdoeleinden (pasteibakkerij), gedeeltelijk voor eigen bewoning is bestemd (Brussel, 28 september 1987, *T.B.H.*, 1989, 783, noot; zie ook Gent, 30 mei 1989, *T.G.R.*, 1989, 122; De Page, *Traité*, V, nr. 168; Schiltz, H. en Leysen, R., *o.c.*, 19-20; cf. Cousy, H., ,,Hypothecaire lening en hypothecair krediet. Actuele en toekomstige evolutie'', in *De overeenkomst vandaag en morgen*, Storme, M., Merchiers, Y. en Herbots, J. (ed.), Antwerpen, Kluwer rechtswetenschappen, 1990, 319, nrs. 8-12; Lens, M., ,,De hypothecaire lening'', in *Een woning kopen en verkopen*, Meulemans, D. (ed.), Leuven, Acco, 1991, 181, nrs. 558 e.v.).

217. INTRESTVASTHEID - BEDING VAN VERVROEGDE OPEISBAARHEID — Art. 5 van het K.B. nr. 225 stelt dat de leningsakte in een afzonderlijke clausule o.m. de rentevoet moet bepalen. Die bepaling volstaat op zich niet om het principe van de onveranderlijkheid van de rentevoet te staven. De intrestvastheid beantwoordt echter aan de doelstellingen van de wetgever die de ontlener zekerheid wil garanderen en vindt steun in het principe van het nominalisme van de hypothecaire schuld zoals verwoord door art. 13 van het K.B. nr. 225. Dit sluit indexering van de intrest van een hypothecaire lening uit (Moerman, F., ,,Interestvastheid en hypothecaire leningen'', *T.B.H.*, 1987, 84, nrs. 3-5; Lens, M., *l.c.*, nr. 593; contra Gent, 30 mei 1989, *T.G.R.*, 1989, 122, waar geoordeeld werd dat de clausules en tegenbrieven waarin een hogere rentevoet werd overeengekomen dan in de notariële basisakte verenigbaar zijn met het K.B. nr. 225 voor zover de hogere rente geen woekerachtig karakter krijgt).

Ten einde de problematiek van de geldigheid van indexeringsclausules te vermijden, worden in leningsakten veelal bedingen van vijfjaarlijkse herziening ingelast.

Over de geldigheid van dit herzieningsbeding heerste onenigheid.

Op grond van de wilsautonomie en het principe dat overeenkomsten partijen tot wet strekken (art. 1134 B.W.) werd de geldigheid ervan aanvaard (Luik, 11 juni 1986, *Rev. Not. B.*, 1987, 277; *Rec. Gén. Enr. Not.*, 1987, 59). Het beding doet geen afbreuk aan art. 5 van het K.B. nr. 225: partijen kunnen in de loop van de overeenkomst de rentevoet in onderling akkoord

wijzigen, voor zover hij dan opnieuw ,,vast'' bepaald wordt, d.w.z. met een cijfer (Rb. Antwerpen, 25 april 1986, *T.B.H.*, 1987, 114, Beslagr. Antwerpen, 3 oktober 1989, *Bank Fin.*, 1990, 117, noot).

Het beding vormt geen potestatieve voorwaarde en is derhalve niet nietig bij toepassing van art. 1174 B.W., nu dergelijk beding niet voor gevolg heeft de aangegane verbintenissen voorwaardelijk te maken en aangezien de bepaling van de rentevoet waartegen de ontlener de lening verder kan zetten niet afhangt van de zuivere wil van de uitlener, maar van extrinsieke elementen die deze laatste niet bepaalt, zoals de evolutie van de rentevoeten (Antwerpen, 4 oktober 1989, *Pas.*, 1990, II, 69).

De Beslagrechter te Antwerpen hanteerde in zijn beschikking van 3 oktober 1989 een identieke redenering in verband met de niet-toepasselijkheid van art. 1174 B.W. en voegde er aan toe dat het beding van vijfjaarlijkse opeisbaarheid als een partijbeslissing is te aanzien. De geldigheid van die rechtsfiguur zou niet meer betwist worden, doch de uitoefening van de partijbeslissing kan het voorwerp uitmaken van een rechterlijke (marginale) toetsing. Ter zake oordeelde de Beslagrechter dat de uitoefening van het recht niet als kennelijk onredelijk kon worden beschouwd (Beslagr. Antwerpen, 3 oktober 1989, *Bank Fin.*, 1990, 117, noot).

De toetsing op grond van art. 1134, lid 3 B.W. (het beginsel van de uitvoering te goeder trouw van overeenkomsten) lijkt slechts mogelijk voor lichtzinnige herzieningen waarbij b.v. de interestsprong verwaarloosbaar klein is (zie Moerman, F., *l.c.*, 96-97, nr. 21).

218. Het Hof van Beroep te Gent had in een arrest van 29 september 1989 het beding evenwel veroordeeld als zijnde een aanfluiting van de beginselen bepaald in art. 5 van het K.B. nr. 225. Het beding werd volstrekt onverenigbaar bevonden met de bepaling van de looptijd van de lening (20 jaar) en gesteld werd dat de lening niet opeisbaar kon worden door het enkel verloop van een termijn van vijf jaar zonder enige andere oorzaak of feit. Het beding zou de uitlener toelaten de dwingende bepalingen van onveranderlijkheid van de rentevoet te omzeilen.

Dit arrest werd vernietigd door het Hof van Cassatie op grond van de overweging dat noch art. 5 van het K.B. nr 225, noch enige andere wetsbepaling de partijen verbiedt met het oog op het opvangen van het risico van een stijging van de markrente, in een akte van hypothecaire lening met een lange looptijd een beding in te lassen, waarbij de geldschieter zich het recht behoudt na het verstrijken van een bepaalde termijn de vervroegde terugbetaling ervan te eisen en te bedingen dat, in geval de lener de voortzetting van de lening eist, de rentevoet zal worden aangepast aan de op dat ogenblik voor dergelijke leningen algemeen geldende rentevoet (Cass., 15 februari 1991, *A.C.*, 1990-1991, 655; *Pas.*, 1991, I, 580; *Bank Fin.*, 1991, afl. 5, 253, noot A.M.; *T.B.H.*, 1991, 446; cf. Cousy, H., *l.c.*, nrs. 21-26; Lens, M., *l.c.*, nr. 596; Moerman, F., *l.c.*, nrs. 7 e.v.).

Aldus werd de controverse beslecht in het voordeel van de voorstanders van het beding van vijfjaarlijkse herziening.

219. De omstandigheid dat op het einde van de vijfjaarlijkse periode het beding van vervroegde opeisbaarheid in het opzeggingsschrijven bij uittreksel wordt weergegeven, kan niet van aard zijn de ontleners te misleiden en getuigt niet van onzorgvuldigheid. Het schrijven bevat immers ondubbelzinnig de twee mogelijkheden voor de ontleners nl., hetzij de verderzetting van de lening tegen een hogere rente, hetzij de terugbetaling van de lening zonder kosten (Beslagr. Antwerpen, 3 oktober 1989, *Bank Fin.*, 1990, 117, noot).

220. BEDING VAN VERVROEGDE TERUGBETALING - WEDERBELEGGINGSVERGOEDING — In een overeenkomst van hypothecaire lening werd de mogelijkheid van vervroegde terugbetaling tijdens de eerste vijf jaar uitgesloten. Gezien die uitsluiting was voor die periode geen wederbeleggingsvergoeding bepaald.

Aangezien de bank echter toch vrijwillig had toegestemd in de vervroegde terugbetaling tijdens de eerste vijf jaar van de looptijd van de hypotheeklening na opzegging van de overeenkomst door de ontlener, kon zij geen wederbeleggingsvergoeding eisen aangezien dit in het door haar opgestelde toetredingscontract niet was bedongen (Brussel, 25 juni 1986, *R. W.*, 1987-88, 477).

221. WET OP HET HYPOTHECAIR KREDIET — De problemen die het principe van de onveranderlijkheid van de rentevoet stelt, worden opgevangen in het Wet op het hypothecair krediet (*B.S.*, 19 augustus 1992; *Gedr. St.*, Kamer, 1990-1991, 1742/1; *Gedr. St.*, Kamer, B.Z. 1991-1992, 375/1 en 375/9) dat het K.B. nr. 225 van 7 januari 1936 opheft en vervangt. In artikel 7 van de wet wordt bepaald dat de rentevoet vast of veranderlijk is.

Er werd geopteerd voor een objectieve veranderlijkheid door koppeling van de rentevoet aan een referteïndex, waarbij de rentevoet slechts mag veranderen bij het verstrijken van bepaalde periodes van minstens één jaar. Artikel 9 van de wet werkt daarvoor een gedetailleerde regeling uit. De wet is een poging om een aanvaardbare middenweg te vinden tussen de vrijheid in het gebruik van financiële technieken en het consumentenrecht (Memorie van Toelichting, *Gedr. St*, Kamer, 1990-1991, 1742/1, p. 6).

De koppeling van de rentevoet aan een referteïndex getuigt van realiteitszin en heeft het voordeel dat eenieder bij het aangaan van de leningovereenkomst duidelijk weet hoe zij verder zal worden uitgevoerd. Men mag aannemen dat voor de consument omslachtige constructies, zoals het beding van vervroegde opeisbaarheid, uit de praktijk van de hypothecaire leningovereenkomsten zullen verdwijnen.

222. HYPOTHEEK ,,VOOR ALLE SCHULDEN'' — De geldigheid van een

hypotheek ,,voor alle schulden'', waarbij de toekomstige schulden van de ontlener ten aanzien van de kredietgever worden gewaarborgd, wordt aanvaard voor zover het kader van de zakenrelatie niet wordt overschreden (Rb. Doornik, 9 mei 1984, bevestigd door Bergen, 6 mei 1986, *T. Not.*, 1987, 211; Luik, 15 mei 1987, *J.L.M.B.*, 1987, 1223; Van Ryn, J. en Heenen, J., *Principes*, IV (1988), nr. 550; Stranart, A.M., ,,L'hypothèque pour ,,toutes sommes'' '', *Bank Fin.*, 1991, afl. 3, 145-152).

Die stelling wordt gebaseerd op een analogische interpretatie van een cassatiearrest inzake inpandgeving van een handelszaak (Cass., 28 maart 1974, *R.W.*, 1974-1975, 341; *Pas.*, 1974, I, 776; zie supra nr. 29).

Terecht werden bezwaren geopperd tegen de heersende leer omtrent de hypotheek ,,voor alle schulden''. Voor zover dergelijke hypotheek al voldoende bepaalbaar zou zijn, dient zij in ieder geval in de tijd te worden beperkt.

De verwijzing naar het algemeen kader van een tussen partijen bestaande zakenrelatie lijkt bovendien te onnauwkeurig om te voldoen aan de bepaalbaarheidsvereiste van de toekomstige schuldvorderingen op het ogenblik van de zekerheidsstelling, zoals geformuleerd in het hierboven aangehaalde cassatiearrest (Willemen, J., ,,De hypotheek ,,voor alle schulden'' bij kredietverlening'', *R.W.*, 1990-1991, 1158-1163).

§ 5. Discontokrediet

223. CEDENTENDISCONTOKREDIET - BEGRIP — Bij een cedentendiscontokrediet trekt de leverancier een wissel op zijn schuldenaar, waarna de wissel d.m.v. een endossement wordt overgedragen aan de bank van de leverancier. De bank betaalt het bedrag van de wissel, onder aftrek van intresten berekend tot aan de vervaldag en een commissieloon. Dit is het agio. Indien de wisselbrief niet wordt gehonoreerd op de vervaldag kan de bank de wisselrechtelijke vordering tegen haar cliënt en tegen elke ondertekenaar van de wisselbrief instellen (cf. Van Ryn, J. en Heenen, J., *Principes*, IV (1988), nr. 559).

De disconto-overeenkomst kan worden geanalyseerd als een voorschot gewaarborgd door de eigendomsoverdracht van de wisselbrief aan de bank. De kredietovereenkomst ontstaat door de werking van het disconto, zonder dat een bijzondere overeenkomst bij de kredietopening moet worden gevoegd. Het enige gevolg van de afwezigheid van een bijzondere overeenkomst is dat het disconto een mogelijkheid is voor de bank, doch geen verplichting (Luik, 11 februari 1988, *J.L.M.B.*, 1988, 399, noot Parmentier, C., ,,Escompte et faute du banquier'').

224. LEVERANCIERSDISCONTKREDIET - JURIDISCH MECHANISME - GEVOLGEN — Het leveranciersdiscontokrediet is een overeenkomst waarbij de

houder van een wisselbrief (i.c. een leverancier) de eigendom ervan te fiduciairen titel overdraagt aan de bankier van de betrokkene (cf. voor de klassieke disconto-overeenkomst: supra, nr. 223). De bank verbindt er zich toe het nominaal bedrag van de wisselbrief aan de leverancier voor te schieten. De intrest berekend tot aan de vervaldag en de kosten worden de betrokkene aangerekend. De leverancier verbindt er zich toe de nominale waarde aan de bankier terug te betalen, indien de wisselbrief niet op de vervaldag wordt betaald.

Die verrichting kan niet worden gelijkgeschakeld met een overdracht van schuldvordering of met een wisselrechtelijk endossement. Het gaat om een autonome overeenkomst waarbij aan de bankier, naast de cambiaire vordering, tegen de leverancier als ondertekenaar van de wisselbrief een extra-cambiaire vordering wordt toegekend.

Door de wissels ter disconto aan te bieden, treedt de leverancier toe tot de contractuele verhouding tussen de bankier en de betrokkene, waarbij de bankier aanvaard heeft het nominaal bedrag van de wissels voor te schieten aan de trekker, onder voorwaarde van betaling op de vervaldag (Brussel, 25 september 1986, *J.T.*, 1987, 234, noot Logie, J.; Brussel, 30 september 1986, *R.G.A.R.*, 1989, n° 11432, noot Dath, M.; *J.L.M.B.*, 1987, 151; Braeckmans, H., *l.c.*, nr. 641-643; cf. Fredericq, L. en S., *Handboek*, II (1978), 114, nr. 777; Kileste, P., ,,L'escompte-fournisseur'', *T.B.H.*, 1988, 668-692; Van Ryn, J. en Heenen, J., *Principes*, IV (1988), nrs. 467-473 en 564 e.v.).

Op de extra-cambiaire vordering die voortvloeit uit de disconto-overeenkomst tussen de bank en de leverancier is de éénjarige verjaringstermijn van art. 70 van de Wisselbriefwet niet van toepassing (Kh. Verviers, 14 december 1987, *T.B.H.*, 1989, 89, noot).

225. LEVERANCIERSDISCONTOKREDIET - RISICOVERDELING - AFSTAND REGRESRECHT — In een origineel en opmerkelijk gemotiveerd vonnis komt de Rechtbank van Koophandel te Gent tot het besluit dat de bank door het mechanisme van het leveranciersdiscontokrediet stilzwijgend afstand zou doen van haar verhaalrecht tegen de trekker.

Het wezen van het leveranciersdiscontokrediet bestaat er in dat de bank zich verbindt, niet t.o.v. de trekker, doch t.o.v. de betrokkene binnen het kader van een kredietverlening om wissels getrokken door de leverancier voor de vervaldag te betalen omdat deze laatste contante betaling heeft bedongen en hij aan zijn schuldenaar (de betrokkene) *geen* krediet wil toestaan.

Aangezien het daarbij niet de bedoeling is dat de trekker krediet verleent aan de betrokkene, dit gebeurt daarentegen door de bank, dient niet de trekker, doch wel de bank het kredietrisico te dragen op grond van de overeenkomst met de trekker. Het logisch gevolg zou daarvan zijn dat de bank bij leveranciersdiscontokrediet steeds stilzwijgend afstand zou doen van haar regres. De rechtbank merkt daarbij nog op dat het behoud van

de zekerheden door de bank immers geen zin zou hebben zonder behoud van het risico (Kh. Gent, 10 februari 1987, *T.B.H.*, 1989, 84 met kritische noot Regout-Masson, M.; *Eur. Vervoerr.*, 1988, 230).

Het vonnis lijkt geen rekening te houden met de praktijk waarbij de banken de leveranciers een document laten ondertekenen waarin uitdrukkelijk wordt gewezen op de verhaalmogelijkheid (zie Winandy, C., ,,Les moyens de défense du tireur contre le recours du banquier escompteur d'un effet fourniseur'', *Bank Fin.*, 1983, 641). Of de bank ,,steeds'' stilzwijgend afstand doet van de verhaalmogelijkheid kan derhalve ernstig betwijfeld worden.

§ 6. Documentair krediet

226. BETALING - ABSTRACT KARAKTER - BEDROG — Bij documentair krediet wordt de verhouding tussen de begunstigde en de bank gekenmerkt door het abstract karakter van de verbintenissen van de bank jegens de begunstigde. Verweermiddelen uit de onderliggende koopovereenkomst of uit de overeenkomst tussen de opdrachtgever en de bank zijn de begunstigde niet tegenwerpelijk (Van Ryn, J. en Heenen, J., *Principes*, IV (1988), nrs. 630 e.v.).

Een uitzondering op het abstractieprincipe wordt gemaakt in geval van bedrog in hoofde van de begunstigde (zie Braeckmans, H., *l.c*, nrs. 664 en 665; Maeyaert, P., *Juridische aspecten bij exportfinanciering door middel van documentaire kredieten in het licht van de laatste herziening van de U.C.P.*, Brugge, die Keure, 1988, 41, 93 e.v).

In geval van bedrog van de verkoper-begunstigde van het documentair krediet moet het principe van de niet-tegenwerpelijkheid van de excepties uit de onderliggende verhouding noodzakelijkerwijze wijken (Simont, L., ,,Misbruik bij documentair krediet'', *T.P.R.*, 1986, 71 e.v., nr. 10).

227. BEDROG - KORT GEDING — In kort geding bekwam een koper-opdrachtgever dat verbod werd opgelegd aan de banken om het bedrag van het documentair krediet over te maken in het voordeel van de begunstigde. Het bedrog in hoofde van de begunstigde werd afgeleid uit het feit dat uitwendig zichtbaar en ernstig beschadigde koopwaar werd verscheept tegen valselijk als zuiver opgestelde cognossementen. Het verbod werd uitgebreid tot de rechtsverhouding tussen de banken, ongeacht het verweer dat het documentair krediet realiseerbaar was door negociatie d.m.v. discontering van een termijnwissel zonder verhaal op de trekker (Voorz. Kh. Antwerpen (Kort ged.), 22 september 1989, *Eur. Vervoerr.*, 1990, 54).

228. ABSTRACT KARAKTER - BESLAG ONDER DERDEN — Op het gevaar af een vrijbrief te worden voor alle soorten van feitelijkheden, verzet de moraal van de internationale handel zich er volgens de Beslagrechter te

Brussel tegen dat één van de contractanten zich op het abstract karakter van een documentair krediet zou beroepen, terwijl hij openlijk zijn eigen verbintenissen jegens zijn medecontractant miskent. In casu beriep de begunstigde zich op het abstract karakter van het documentair krediet, niettegenstaande er beslag onder derden was gelegd bij de bank door de opdrachtgever op grond van een vonnis waarin het in gebreke blijven van de begunstigde werd vastgesteld. De Beslagrechter bekrachtigt het beslag en beveelt dat de bedragen aan de opdrachtgever moeten worden overgemaakt, aangezien deze een uitvoerbare titel had bekomen tegen de begunstigde, waarvan met zekerheid vaststond dat tenuitvoerlegging in het land van de begunstigde (Chinese Volksrepubliek) onmogelijk zou zijn. De houding van de begunstigde die zich op het abstract karakter beriep, wetende dat tegen haar niet zou kunnen worden uitgevoerd, werd als bedrieglijk omschreven (Beslagr. Brussel, 28 december 1988, *J.L.M.B.*, 1989, 420).

Het verzet gedaan door de opdrachtgever, met het akkoord van de eerste begunstigde, tegen de betaling van een onherroepelijk documentair krediet dat werd overgedragen aan een derde, dient te worden verworpen indien het verzet gegrond is op gebreken van de geleverde goederen. De rechter in kort geding stelde immers de ogenschijnlijke regelmatigheid vast van de door de tweede begunstigde voorgelegde documenten, zonder dat er bedrog kon worden vastgesteld (Voorz. Kh. Brussel (Kort Ged.), 16 februari 1988, *J.L.M.B.*, 1989; 410, noot Philippe, D.M., ,,L'autonomie du crédit documentaire par rapport à l'opération de base'').

229. In de hierboven geciteerde beschikking van de Beslagrechter te Brussel lijkt de vaststelling van het bedrieglijk inzicht in hoofde van de begunstigde essentieel om het derdenbeslag gelegd door de opdrachtgever mogelijk te maken (cf. Van Ryn, J. en Heenen, J., *Principes*, IV, (1988), nr. 638, 3°; Maeyaert, P., *o.c.*, 123 e.v.; zie voor een ruimere mogelijkheid tot derdenbeslag door de betrokkene: De Vuyst, B., *Documentaire kredieten*, in *A.P.R.*, Gent, Story-Scientia, 1981, nr. 193).

230. Het beslag onder derden tast het mechanisme zelf van het documentair krediet niet aan indien het wordt aangewend, niet om betaling door de bank te verhinderen, maar om de betaling die verricht wordt in het kader van het documentair krediet aan de beslagleggende schuldeiser te doen toekomen, weze het de opdrachtgever zelf. De autonome betalingsverplichting van de bank wordt door een geldig derdenbeslag niet verlamd, maar gerechtelijk hervormd doordat de beslagleggende schuldeiser, omwille van de oorzaken van het beslag, in de plaats wordt gesteld van de begunstigde. De bank die als derde beslagene gehoorzaamt aan een rechterlijk bevel kan niet worden verweten haar verbintenissen niet te zijn nagekomen (Beslagr. Brussel, 28 december 1988, *J.L.M.B.*, 1989, 420).

231. VERVALDAG - VERVOER VAN GOEDEREN - UITVOERINGSTERMIJN —

Indien niet blijkt dat de opdrachtgever aan de luchtvervoerder duidelijk instructies zou hebben gegeven om de goederen uiterlijk op een bepaalde datum af te leveren, dan volstaat de bijvoeging van het documentair krediet aan de luchtvrachtbrief niet om aan te nemen dat de goederen op de vervaldatum van het documentair krediet moesten worden afgeleverd. Overeenkomstig art. 16, 2° van het Verdrag van Warschau is de luchtvervoerder er immers niet toe gehouden te onderzoeken of de stukken bijgevoegd met het oog op de afgifte der goederen juist of voldoende zijn (Kh.Brussel, 11 februari 1988, *T.B.H.*, 1989, 449, noot).

§ 7. Garanties op eerste verzoek

232. BEGRIP - ONAFHANKELIJHEID VAN ONDERLIGGENDE RECHTSVERHOUDING - ABSTRACT KARAKTER — De garanties op eerste verzoek ook wel onafhankelijke of autonome bankgaranties genoemd, hebben in de onderzochte periode het voorwerp uitgemaakt van diepgaande analyses in de rechtsleer. Als belangrijke bijdragen kunnen worden vermeld: Martin, C. en Delierneux, M., v° *Les garanties bancaires autonomes*, in *R.P.D.B.*, compl. t. VII, Brussel, Bruylant, 1990, 552-607; Simont, L. en Bruyneel, A., ,,Chronique de droit bancaire privé. Les opérations de banque: garanties indépendantes (1979-1988)'', *Bank Fin.*, 1989, 519-531; Stranart, A.M., ,,De zekerheden'', in *Beginselen van Belgisch privaatrecht*, XIII, *Handels- en economisch recht*, deel 1, *Ondernemingsrecht*, vol. B., Van Gerven, W., Cousy, H. en Stuyck, J. (ed.) Brussel, Story-Scientia, 1989, 3de uitg., nrs. 807-815; Van Ryn, J. en Heenen, J., *Principes de droit commercial*, t. IV, 2ème éd., Brussel, Bruylant, 1988, nrs. 651-662.

Het begrip ,,waarborg of garantie op eerste verzoek'' dient om een instelling uit het bankrecht aan te duiden, gegroeid uit de handelspraktijk en vooral aangewend in internationale overeenkomsten.

Om geldig te zijn moet een bankwaarborg volgens het Hof van Beroep te Brussel een autonoom, abstract en onvoorwaardelijk karakter hebben. De uitdrukking in de garantiebrief ,,wij zullen betalen op het eerste schriftelijk verzoek'' is niet onverenigbaar met voormelde vereisten.

Het abstract karakter van de verbintenissen bestaat hierin dat de garantie verschuldigd is op vraag van de begunstigde van zodra de beperkt opgesomde voorwaarden die in de garantbrief zijn aangeduid, verenigd zijn, zonder dat de garant gehouden is een grondig onderzoek in te stellen omtrent de rechten van partijen (Brussel, 3 april 1987, *Pas.*, 1987, II, 140, noot; *J.L.M.B.*, 1987, 810, noot Cl. P.; *T.B.B.R.*, 1989, 475, noot).

233. Het lijkt ons correcter het autonoom, het onafhankelijk en het onvoorwaardelijk karakter niet als geldigheidsvoorwaarden te stellen, doch wel als kenmerkende eigenschappen van garanties op eerste verzoek.

Het feit dat men zekerheden die niet autonoom, onafhankelijk en onvoor-

waardelijk zijn, niet als garanties op eerste verzoek kan beschouwen, belet niet dat zij toch, onder een andere vorm zoals b.v. een gewone borgtocht, geldig kunnen zijn. Er werd trouwens terecht gewezen op de grote verscheidenheid waaronder garanties op eerste verzoek zich in de praktijk kunnen voordoen en waarbij b.v. de gemotiveerde garanties op eerste verzoek, de gerechtvaardigde garanties op eerste verzoek (garantie à première demande ,,justifiée'') en de documentaire garanties hun intrede doen (Martin, C. en Delierneux, M., *o.c.*, in *R.P.D.B.*, nrs. 73, 95-97; Simont, L. en Bruyneel, A., *l.c.*, 522-523; Van Ryn, J. en Heenen, J., *Principes*, t. IV (1988), nr. 653).

Een ,,gerechtvaardigde'' garantie op eerste verzoek houdt in dat de begunstigde bij de afroep van de garantie zijn grieven geput uit de onderliggende verhouding met de opdrachtgever meedeelt.

Daardoor verliest de garantie haar abstract, doch niet haar onafhankelijk karakter. Het beroep op een dergelijke garantie zonder de contractuele vormvereisten na te leven, is onregelmatig (Voorz. Kh. Brussel, 15 april 1991, *J.L.M.B.*, 1991, 966, noot Buyle, J.P.; zie ook Brussel, 4 januari 1989, *T.B.H.*, 1990, 1073).

Indien de begunstigde een garantiebeding aanvaardt krachtens hetwelk de opdrachtgever zich in bepaalde omstandigheden schriftelijk tegen betaling onder de garantie kan verzetten, kan van de bank, garantiegever, geen betaling worden bekomen indien de opdrachtgever zich op grond van de in de garantiebrief vermelde omstandigheden tegen betaling verzet (Gent, 25 februari 1988, *T.B.H.*, 1989, 40, noot De Ly, F., ,,Misbruik van recht door de opdrachtgever van een garantie'').

234. Indien het abstract karakter van de garantie op eerste verzoek benadrukt wordt in een bijzonder beding van de garantiebrief dan kunnen de eventuele ,,vernietiging'' van de onderliggende overeenkomst en de beweerde niet-conformiteit van de geleverde koopwaar niet volstaan om de bank te verbieden het bedrag van de garantie aan de begunstigde te betalen (Kh. Brussel, 25 september 1987, *T.B.H.*, 1988, 808, noot M.R.M.).

Wanneer een bank de verplichting aangaat om een bepaalde som ten belope van een overeengekomen bedrag te betalen aan de begunstigde op diens eerste verzoek en zonder dat deze gehouden is de gegrondheid van zijn aanspraken te verantwoorden, vertoont dergelijke verbintenis het karakter van een autonome garantie. De bank verbindt zich daarmee niet om de schuld van een ander te betalen, in tegenstelling tot de borgtocht, maar neemt een persoonlijke verbintenis op zich die onderscheiden is van het voorwerp van de verbintenis van de schuldenaar. De bank gaat een nieuwe en autonome verbintenis aan ten aanzien van de gewaarborgde verbintenis.

Door gevolg te geven aan het verzoek tot betaling voert zij haar eigen verbintenis uit en niet die van de opdrachtgever.

Uit de aard van de garantie op eerste verzoek volgt dat de bank tegen de

begunstigde geen verweermiddel kan opwerpen geput uit de verhouding met de opdrachtgever of met de begunstigde, zonder dat dit expliciet hoeft te worden vermeld in de garantiebrief (Brussel, 17 november 1988, *T.B.H.*, 1990, 91, noot; *Pas.*, 1989, II, 113; Voorz. Kh. Doornik (Kort Ged.), 27 mei 1987, *Rev. Rég. Dr.*, 1987, 387, noot Poullet, Y., ,,Garantie bancaire à première demande - De l'abstrait au concret''; zie ook Voorz. Kh. Brussel (Kort Ged.), 26 mei 1988, *J.T.*, 1988, 460; *J.L.M.B.*, 1989, 448, noot Cl. P.; *Bank Fin.*, 1990, 167, noot De Ly, F., ,,Indirecte garanties, betalingsverbod en bewijs'').

235. KWALIFICATIE DOOR DE RECHTER - INTERPRETATIE — Het feit dat de begunstigde in een telex de bank herinnert aan haar ,,verbintenissen als borg'' is onvoldoende om de duidelijke tekst van de garantiebrief waarin sprake is van ,,betaling op eerste verzoek'' te weerleggen en de bank als borg te beschouwen (Brussel, 17 november 1988, *T.B.H.*, 1990, 91, noot; *Pas.*, 1989, II, 113). In geval van twijfel dient de rechter de werkelijke bedoeling van partijen bij het aangaan van de overeenkomst na te gaan aan de hand van de interpretatieregels van het Burgerlijk Wetboek, veeleer dan zich aan de letterlijke tekst te houden (Martin, C. en Delierneux, M., *o.c.*, *R.P.D.B.*, nr. 67).

Het gebruik van de term ,,op eerste verzoek'' zou echter als vermoeden *juris tantum* gelden voor het autonoom karakter van de verstrekte garantie (Romain, J.F., ,,Principes d'interprétation et de qualification des garanties indépendantes ,,à première demande'' '', *T.B.B.R.*, 1989, 429-448).

236. TEGENGARANTIE - ABSTRACT EN ONAFHANKELIJK KARAKTER — Bij internationale garanties wordt de klassieke driepartijenverhouding uitgebreid met een vierde partij, nl. een tweede bank gevestigd in het land van de begunstigde. De bank verbindt zich als tegengarant ten overstaan van de tweede bank om de som terug te betalen indien de tussen hen overeengekomen voorwaarden zijn vervuld. De mededeling van de afroep van de garantie zal geschieden door de tegengarant die daarbij handelt op instruktie van de opdrachtgever (zie hierover: Martin, C. en Delierneux, M., *o.c.*, in *R.P.D.B.*, nrs. 163 e.v.; Van Ryn, J. en Heenen, J., *Principes*, IV (1988), nr. 657; Wymeersch, E., ,,Garanties op eerste verzoek'', *T.P.R.*, 1986, 472).

De tegengarantie is onafhankelijk van de onderliggende rechtsverhouding en van de garantie (Voorz. Kh. Brussel, 26 mei 1988, *J.T.*, 1988, 460; *J.L.M.B.*, 1989, 448, noot Cl. P.; *Bank Fin.*, 1990, 167, noot De Ly, F., ,,Indirecte garanties, betalingsverbod en bewijs''; zie ook Voorz. Kh. Brussel, 30 januari 1990, *D.A.O.R.*, 1990, nr. 13, 73, noot D.M. Ph.).

Indien de tekst van de garantie evenwel verwijst naar de onderliggende verbintenis moeten garant en tegengarant in zekere mate rekening houden met die onderliggende verbintenis, zonder nochtans de noodzakelijke ab-

stractie van hun verbintenis te miskennen. Bij een ,,gerechtvaardigde'' garantie op eerste verzoek zal de tegengarant, net zoals de garant, moeten nagaan of de formaliteiten zijn vervuld: het is echter niet de taak van de tegengarant om, in voorkomend geval, te appreciëren of er enige tekortkoming vaststond in de verhoudingen tussen koper en verkoper (Brussel, 4 januari 1989, *T.B.H.*, 1990, 1073).

236bis. BEDROG - KENNELIJK MISBRUIK - GOEDE TROUW — Op de absolute betalingsverplichting van de bank wordt niet alleen een uitzondering gemaakt in gevallen waarin niet voldaan is aan de formele vereisten van de garantiebrief (zie infra) of indien de onderliggende rechtsverhouding nietig is wegens strijdigheid met de openbare orde (zie Martin, C. en Delierneux, M., *o.c.*, in *R.P.D.B*, nr. 139; Simont, L. en Bruyneel, A., *l.c.*, 527; Stranart, A.M., *l.c.*, nr. 813; Van Ryn, J. en Heenen, J., *Principes*, IV (1988), nr. 659).

In kort-gedingprocedures wordt, ten einde betaling door de garant aan de begunstigde te beletten, vooral een derde grond ingeroepen om het verval van de betalingsverplichting te argumenteren. Het gaat om bedrog, kwade trouw of kennelijk misbruik van de begunstigde bij afroep van de garantie (Voorz. Kh. Brussel (Kort Ged.), 26 november 1987, *T.B.H.*, 1989, 97; Voorz. Kh. Brussel (Kort Ged.), 26 mei 1988, *J.T.*, 1988, 460; *J.L.M.B.*, 1989, 448, noot Cl. P.; *Bank Fin.*, 1990, 167, noot De Ly, F., ,,Indirecte garanties, betalingsverbod en bewijs''; Voorz. Rb. Brussel, (Kort Ged.), 11 april 1990, *R.W.*, 1990-91, 193, noot).

De afroep van een garantie die geschiedt nadat de begunstigde had aanvaard dat de garantie zonder voorwerp was geworden of nadat de onderliggende overeenkomst volledig was uitgevoerd en de begunstigde, die erkend had geen enkele opmerking te hebben, zelf schuldenaar was ten aanzien van de opdrachtgever, is bedrieglijk en maakt een duidelijk misbruik uit (Voorz. Kh. Brussel (Kort Ged.), 21 oktober 1986, *T.B.H.*, 1987, 706; Voorz. Kh. Brussel (Kort Ged.), 15 april 1991, *J.L.M.B.*, 1991, 966, noot Buyle, J.P.).

Indien de begunstigde zich als feitelijk bestuurder heeft gemengd in de zaken van de schuldenaar en als dusdanig zware fouten heeft begaan, kan daaruit de kwade trouw of het bedrog bij afroep van de garantie worden afgeleid (Voorz. Kh. Brussel (Kort Ged.), 25 juni 1985, *T.B.H.*, 1987, 803, noot Regout-Masson, M.).

237. ONDERZOEKSPLICHT GARANT EN TEGENGARANT - BEDROG - KENNELIJK MISBRUIK — Het bedrog of het kennelijk misbruik van de begunstigde kunnen in principe niet worden ingeroepen tegen de garant in eerste rang die de begunstigde heeft betaald en daarna de tegengarantie afroept. Dit is echter anders indien bedrog of kennelijk misbruik wordt aangetoond in de verhouding tussen garant en tegengarant. In het kader van de tegengarantie begaat de garant in eerste rang een fout indien hij wist of moest weten dat

de afroep van zijn eigen garantie een misbruik inhield (Voorz. Kh. Brussel (Kort Ged.) 26 mei 1988, *J.T.*, 1988, 460; *J.L.M.B.*, 1989, 448, noot Cl.P.; *Bank Fin.*, 1990, 167, noot De Ly, F., ,,Indirecte garanties, betalingsverbod en bewijs'').

Met betrekking tot het misbruik of het bedrog wordt gesteld dat het ,,kennelijk'' moet zijn, ,,zonneklaar'' of ,,crever les yeux''.

Daarmee wordt benadrukt dat men het bedrog of het misbruik van de begunstigde moet beoordelen in hoofde van de garant.

Normalerwijze is de bankier bij afroep van een garantie niet tot een onderzoeksplicht naar eventueel bedrog of misbruik gehouden. Dit is anders indien het bedrog of het misbruik zo duidelijk is dat het een normaal voorzichtig en zorgvuldig bankier niet kan ontgaan en dat hij een fout zou begaan door in die omstandigheden zijn betalingsplicht te voldoen (Voorz. Kh. Brussel (Kort Ged.) 26 mei 1988, *J.T.*, 1988, 460; *J.L.M.B.*, 1989, 448, noot Cl.P.; *Bank Fin.*, 1990, 167, noot De Ly, F., ,,Indirecte garanties, betalingsverbod en bewijs''; Voorz. Kh. Brusel, 30 januari 1990, *D.A.O.R.*, 1990, nr. 13, 73, noot D.M.Ph.; cf. Simont, L. en Bruyneel, A., *l.c.*, 528; Wymeersch, E., *l.c.*, 495 e.v.).

238. ONDERZOEKSPLICHT GARANT ET TEGENGARANT - FORMELE ONREGELMATIGHEDEN — Indien een documentaire garantie op eerste verzoek de betaling door de bank afhankelijk stelt van de afgifte van een stuk ondertekend door de opdrachtgever en de begunstigde en waaruit blijkt dat een eis tot betaling werd ingesteld, dan mag de bank niet tot betaling overgaan indien op het afgegeven stuk de handtekening van de opdrachtgever ontbreekt. Het betreft geen potestatieve voorwaarde, aangezien het de bank is en niet de opdrachtgever, die schuldenaar wordt eens de nodige handtekeningen verzameld zijn. De Rechtbank van Koophandel te Brussel benadrukt dat de bankwaarborg geen betaling van schadevergoeding voor niet conforme en/of gebrekkige uitvoering als dusdanig is, doch voldoet aan een economische noodzaak waarbij onafhankelijk van de einduitslag van een betwisting een bepaald bedrag ter garantie toekomt aan de begunstigde. De bank moet derhalve het strikt formalisme naleven omtrent de voorwaarden binnen dewelke zij mag uitkeren (Kh. Brussel, 16 juni 1989, *T.B.H.*, 1990, 1076, noot).

Indien voor de verbintenis van de bank een termijn werd bepaald, moet de garantie worden afgeroepen vooraleer die termijn is verstreken. Op de vastgestelde vervaldag dooft de garantie van rechtswege uit en wordt de garant volledig ontslagen van zijn verbintenis (Brussel, 17 november 1988, *Pas.*, 1989, II, 113; *T.B.H.*, 1990, 91, noot).

De afroep van een garantie die wordt gedaan door de advocaat van de begunstigde, zonder vergezeld te zijn van een uitdrukkelijk mandaat, stemt niet overeen met de termen van de bankgarantie. De opdrachtgever kon zich derhalve terecht verzetten tegen de uitbetaling op grond van die formele

onregelmatigheid (Voorz. Kh. Brussel (Kort Ged.), 7 november 1988, *T.B.H.*, 1990, 88, noot).

239. ONDERZOEKSPLICHT GARANT EN TEGENGARANT - UNIFORME REGELEN INTERNATIONALE KAMER VAN KOOPHANDEL — Overeenkomstig de nieuwe ,,Uniforme regelen betreffende garanties op verzoek'' van de Internationale Kamer van Koophandel (*Document I.C.C., nr. 460/470*, aangenomen op 3 december 1991; besproken door J.P. Mattout en M. Delierneux op het seminarie van A.E.D.B.F.-Belgium, Brussel, 13 maart 1992) zijn de garant en de tegengarant gehouden de hen voorgelegde documenten met een redelijke zorgvuldigheid te onderzoeken ten einde te bepalen of zij ogenschijnlijk overeenstemmen met de bepalingen en voorwaarden van de garantie. Is dit niet het geval dan worden de documenten geweigerd (art. 9). Dit onderzoek moet binnen een redelijke termijn geschieden en in geval van afwijzing moet de begunstigde onmiddellijk per telefaxbericht of door een ander snel communicatiemiddel worden verwittigd (art. 10). Bij de uitvoering van hun verplichtingen dienen de garant en de tegengarant te goeder trouw en met een redelijke zorgvuldigheid te handelen (art. 15).

Het is uiteraard nog niet mogelijk aan die uniforme regelen een algemene aanvullende werking toe te kennen of ze als vaststaand handelsgebruik te beschouwen. Dit kan pas indien de regelen algemene ingang zullen hebben gevonden in het internationaal betalingsverkeer. Niettemin bieden de uniforme regelen een referentiekader waarnaar partijen bij internationale garanties op eerste verzoek zich uitdrukkelijk kunnen richten.

240. MOGELIJKHEID TOT KORT GEDING — Het merendeel van de hierboven aangehaalde rechterlijke beslissingen werd gewezen in kort-gedingprocedures waarin de opdrachtgever zich verzette tegen uitbetaling van de garantie omwille van bedrog, kennelijk misbruik of formele onregelmatigheden.

Gezien de aard van de bevoegdheid van de rechter zetelend in kort geding kan er geen beslissing ten gronde worden genomen, doch dient de rechter na te gaan of de beweringen van de eiser *prima facie* gegrond lijken, of er een voldoende schijn van waarheid in de aanspraken van de eiser schuilt om door de bodemrechter te worden aangenomen (zie b.v. Brussel, 4 januari 1989, *T.B.H.*, 1990, 1073; Voorz. Rb. Brussel, (Kort Ged.), 11 april 1990, *R.W.*, 1990-1991, 193; Voorz. Kh. Brussel (Kort Ged.), 21 oktober 1986, *T.B.H.*, 1987, 706).

De verlichte bewijslast in kort geding leidt ertoe dat de absolute betaalplicht van de garantie op eerste verzoek en de efficiëntie ervan worden verstoord (De Ly, F., ,,Indirecte garanties, betalingsverbod en bewijs'', noot onder Voorz. Kh. Brussel (Kort Ged.), 26 mei 1988, *Bank Fin.*, 1990, 172).

De vereiste van hoogdringendheid om de rechter in kort geding bevoegdheid toe te kennen, vloeit automatisch voort uit de definitie en het wezen van de garantie op eerste verzoek (Voorz. Kh. Doornik (Kort Ged.), 27 mei

1987, *Rev. Rég. Dr.*, 1987, 387, noot Poullet, Y., ,,Garantie bancaire à première demande - De l'abstrait au concret'').

241. CONTROLEPLICHT BUITENLANDSE CORRESPONDENT — Wanneer een bankinstelling vanwege een in het buitenland gevestigde bankier bericht krijgt van een onherroepelijke bankwaarborg voor levering van waren in het buitenland door één van haar cliënten, is zij gehouden alvorens het bericht aan haar cliënt over te maken, minstens de herkomst van het bericht na te gaan of informatie in te winnen nopens de ernst en de faam van de correspondent. Wanneer de bank geen zekerheid had over de herkomst of twijfels kon hebben nopens de solvabiliteit of de ernst van haar correspondent en zij geen aanvullende informatie opvroeg, begaat zij een fout. Door haar voortvarendheid en lichtzinnig gedrag bracht zij haar cliënt in de waan over zekerheden te beschikken die achteraf onbestaande bleken (Kh. Antwerpen, 25 september 1987, *T.B.H.*, 1989, 100).

AFDELING 4

AANSPRAKELIJHEID VAN DE KREDIETVERLENER

242. TOESTAAN VAN KREDIET - ONDERZOEKS- EN RAADGEVINGSPKLICHT - ALGEMENE ZORGVULDIGHEIDSPLICHT — Bij kredietverlening kan de kredietverlener foutief handelen indien hij heeft bijgedragen tot het creëren van een schijnbare kredietwaardigheid die niet aan de werkelijkheid beantwoordt of indien het krediet heeft toegelaten dat een onderneming haar activiteiten verder zet, alhoewel zij gedoemd was te verdwijnen omwille van haar slechte financiële situatie (Luik, 11 februari 1988, *J.L.M.B.*, 1988, 399, noot Parmentier, C.; Brussel, 25 januari 1990, *J.L.M.B.*, 1990, 1280; Van Ryn, J. en Heenen, J., *Principes*, IV (1988), nrs. 665 e.v.).

De beoordeling van het al dan niet aanwezig zijn van een fout die t.o.v. derden aanleiding kan geven tot buitencontractuele aansprakelijkheid vertrekt van het gedrag van de kredietverlener op het ogenblik van de aanvraag van het krediet. De bankier is verplicht na te gaan, vooraleer het krediet toe te staan, of het aangevraagde type van krediet en het bedrag aangepast zijn aan de omvang en de noden van de onderneming. Een normale controle van de boekhouding van de kredietaanvrager volstaat daartoe (Rb. Luik, 18 februari 1987, *T.B.H.*, 1989, 73, noot; Rb. Luik, 4 april 1990, *J.L.M.B.*, 1990, 1291; Kh. Brussel, 4 november 1987, *T.B.H.*, 1989, 69; cf. art. 11 W. Cons. i.v.m. de informatieplicht van de kredietverlener i.g.v. consumentenkrediet; zie supra nr. 180).

243. In het kader van de opdracht van algemeen belang die de banken vervullen, kunnen zij bij kredietverlening bepaalde risico's nemen. De beoordeling van de informatie- en controleverplichting bij kredietverlening mag niet ontaarden in een rechterlijke betutteling, of zoals de Rechtbank

van Koophandel te Gent het uitdrukt ,,De bank is een zelfstandige onderneming en voert haar eigen beleid. Zij is niet haar broeders hoeder'' (Kh. Gent, 10 februari 1987, *T.B.H.*, 1989, 84, noot; *Eur. Vervoerr.*, 1988, 230).

Niet elke vergissing in de beoordeling van de kansen op slagen van een onderneming maakt noodzakelijkerwijze een fout uit. Pas indien het toegestane krediet, alle omstandigheden in acht genomen, tot een onverantwoord en onredelijk risico leidt, kan een fout in hoofde van de bank worden vastgesteld (zie Luik, 11 februari 1988, *J.L.M.B.*, 1989, 399, noot Parmentier, C., ,,Escompte et faute du banquier''; Brussel, 22 september 1988, *J.T.*, 1989, 694; Luik, 5 oktober 1987, *Pas*, 1988, II, 23; Luik, 12 januari 1990, *J.L.M.B.*, 1990, 1269; Rb. Luik, 18 februari 1987, *T.B.H.*, 1989, 73, noot; Rb. Luik, 4 april 1990, *J.L.M.B.*, 1990, 1291). Zo schiet de bankier te kort in zijn algemene zorgvuldigheidsverplichting indien hij moest vermoeden dat de hem voorgestelde verrichtingen bedrieglijk waren (Brussel, 11 september 1987, *T.B.H.*, 1989, 7 noot Devos, D.).

Bij het toestaan van een kredietverlening kan de bank rekening houden met de houding van andere kredietverleners die een herstructureringsplan voor de onderneming steunen, evenals met de houding van de aandeelhouders. Het feit dat het herstructureringsplan mislukt, is op zichzelf niet voldoende om tot aansprakelijkheid van de kredietverlener te besluiten (Brussel, 25 januari 1990, *J.L.M.B.*, 1990, 1272; dit arrest zou vernietigd zijn door Cass., 13 juni 1991, *onuitg.*, op grond van art. 1138, 2° Ger. W., zie *J.L.M.B.*, 1991, 1367).

244. De kredietverlener is als professioneel ten overstaan van derden aansprakelijk op grond van de artikelen 1382-1383 B.W. bij elke tekortkoming aan de op hem rustende zorgvuldigheidsplicht. Krachtens het gemeen recht geeft de lichtste fout aanleiding tot aansprakelijkheid, zodat er bij de beoordeling van het gedrag als kredietverlener niet als vereiste kan worden gesteld dat een ,,gekarakteriseerde'' fout of een zware fout zou zijn begaan (Brussel, 3 februari 1986, *T.B.H.*, 1987, 788; zie ook Cornelis, L., ,,De aansprakelijkheid van de bankier bij kredietverlening'', *T.P.R.*, 1986, 373, nr. 21; contra Luik, 11 februari 1988, *J.L.M.B.*, 1989, 399, met kritische noot Parmentier, C., ,,Escompte et faute du banquier'').

Bij die beoordeling kan geen rekening worden gehouden met informatie die slechts later bekend werd en die op het ogenblik van de kredietverlening onmogelijk kon gekend zijn (Brussel, 22 september 1988, *J.T.*, 1989, 694).

245. Op het ogenblik van de kredietverlening dient niet alleen informatie over de aanvrager te worden ingewonnen. De financiële instelling heeft een informatieverplichting jegens haar cliënt. Indien een onaangepaste kredietvorm wordt aangeraden, waardoor de ontlener niet beantwoordt aan de voorwaarden om te genieten van subsidies, is de kredietverlener contractueel aansprakelijk (Bergen, 10 juni 1988, *Rev. Rég. Dr.*, 1989, 32).

246. HANDHAVEN VAN KREDIET - CONTROLEPLICHT — De controleverplichting van de kredietverlener strekt zich uit over de ganse looptijd van het krediet. De bank mag het krediet niet handhaven, op gevaar af aansprakelijkheid op te lopen tegenover derden wegens het verlenen van een schijnbare kredietwaardigheid, indien er onregelmatigheden bij de aanwending van het krediet worden vastgesteld (Brussel, 22 september 1988, *J.T.*, 1989, 694; Voorz. Kh. Brussel (Kort Ged.), 26 september 1988, *J.T.*, 1988, 657).

Die controleverplichting dient te gebeuren binnen redelijke grenzen. De boekhoudkundige controle die door de bank wordt uitgevoerd, hoeft niet te worden bekendgemaakt aan derden. De bank zou dan immers haar discretieplicht schenden (Brussel, 25 januari 1990, *J.L.M.B.*, 1990, 1280).

De bank loopt geen aansprakelijkheid op voor een beweerd gebrek aan controle op de aanwending van het krediet in geval van misbruik van het krediet door een bestuurder van een vennootschap, indien het krediet er enkel toe strekte een vooraf bemerkte onregelmatige overschrijving op een rekening van de vennootschap aan te zuiveren (Kh. Namen, 16 juni 1987, *T.B.H.*, 1989, 180).

247. HANDHAVEN LEVERANCIERSDISCONTOKREDIET - WAAKZAAMHEIDSPLICHT MEDECONTRACTANT — Het onderzoek naar de fout bij de handhaving van krediet gebeurt veelal bij leveranciersdiscontokredieten. De hoedanigheid van handelaar van de leverancier die op grond van art. 13 Wisselbriefwet wordt aangesproken door de bank, speelt in dergelijke gevallen een rol om te beoordelen of er aansprakelijkheid in hoofde van de bank is. Op de handelaar rust een eigen informatieplicht nopens de kredietwaardigheid en de financiële toestand van zijn zakenrelaties, zonder dat desbetreffend een zwaardere verplichting in hoofde van de bankier bestaat (Antwerpen, 16 april 1986, *T.B.H.*, 1987, 796, noot; Antwerpen, 17 december 1986, *T.B.H.*, 1989, 3, noot; cf. Van Ryn, J. en Heenen, J., *Principes*, IV (1988), nr. 668, 2°; ,,Overzicht van rechtspraak (1982-1986)'', *T.P.R.*, 1987, 1906, nr. 123).

De trekker geeft, door een op termijn betaalbare wisselbrief te ondertekenen, zelf krediet. Hij mag zich niet blind laten leiden door de kredietbeoordeling van de bank (Kh. Oudenaarde, 9 september 1986, *T.B.H.*, 1987, 700).

248. HANDHAVEN LEVERANCIERSDISCONTOKREDIET - CONTROLEPLICHT - MIDDELENVERBINTENIS — Bij het al dan niet handhaven van het leveranciersdiscontokrediet dient de bank, als normaal voorzichtige en zorgzame kredietverlener, een evenwicht na te streven tussen enerzijds de belangen van haar cliënt, aangezien de opzegging van het krediet de leefbaarheid van de onderneming in het gedrang kan brengen, en, anderzijds, de leveranciers die op de schijnbare kredietwaardigheid zouden kunnen betrouwen om hun leveringen verder te zetten.

Bij die belangenafweging ontstaat een appreciatiemarge die overschreden wordt indien het krediet in stand wordt gehouden in zodanige omstandigheden dat de gevolgen van de insolvabiliteit van de cliënt met zekerheid worden afgewenteld op de leverancier, trekker van de wissel. De bankier maakt dan immers misbruik van het wisselrechtelijk mechanisme, op een ogenblik dat hij de uitzichtloze situatie van zijn cliënt kent of moest kennen, aangezien hij niet meer rekent op de solvabiliteit van de betrokkene, maar enkel op het regresrecht jegens de trekker (Brussel, 3 februari 1986, *T.B.H.*, 1987, 788, noot; Brussel, 25 september 1986, *J.T.*, 1987, noot Logie, J.; Brussel, 30 september 1986, *R.G.A.R.*, 1989, n° 11.432, noot Dath, M.; *T.B.H.*, 1987, 151; Kh. Luik, 30 november 1989, *T.B.H.*, 1990, 1067, noot; zie ook Kileste, P., ,,L'escompte fournisseur'', *T.B.H.*, 1988, 668 e.v.).

Bij die evenwichtsoefening met betrekking tot de belangen van alle bij het leveranciersdiscontokrediet betrokken partijen rust op de bankier geen resultaatsverbintenis, doch enkel een middelenverbintenis. Indien achteraf blijkt dat de bankier zich heeft vergist nopens de kredietwaardigheid van de failliet verklaarde kredietnemer, volstaat die vaststelling niet om tot aansprakelijkheid te besluiten. De bankier draagt niet het risico voor de toekomst van een onderneming, aangezien die afhankelijk is van de algemene of sectoriële conjunctuur en van de risico's eigen aan het ondernemen (zie Brussel, 25 september 1986, *J.T.*, 1987, 234, noot Logie, J.; Brussel, 30 september 1986, *R.G.A.R.*, 1989, n° 11.432, noot Dath, M.; *T.B.H.*, 1987, 151; Kh. Oudenaarde, 9 september 1986, *T.B.H.*, 1987, 700).

De bank die kennis heeft van het misbruik dat de betrokkene maakt van het leveranciersdiscontokrediet door wissels voor te stellen aan zijn leverancier ter betaling van oude schuldvorderingen, en die desalniettemin het krediet niet opzegt, begaat een buiten-contractuele fout jegens de leverancier (Brussel, 25 september 1986, *J.T.*, 1987, 234, noot Logie, J.; Brussel, 30 september 1986, *R.G.A.R.*, 1089; n° 11.432, noot Dath, M.; *T.B.H.*, 1987, 151; Brussel, 19 mei 1988, *Bank Fin.*, 1988, afl. 8, 51, noot).

249. LEVERANCIERSDISCONTOKREDIET - OORZAKELIJK VERBAND — Om tot aansprakelijkheid te kunnen leiden, moet niet enkel de fout van de kredietverlener worden bewezen, doch tevens het oorzakelijk verband tussen de fout en de geleden schade. Sommige rechtscolleges wijzen de eis van de leverancier af bij gebrek aan bewijs van oorzakelijk verband tussen de door de bank verwekte schijn van kredietwaardigheid en het verderzetten van de leveringen die onbetaald zijn gebleven (Antwerpen, 17 december 1986, *T.B.H.*, 1989, 3, noot; Kh. Luik, 30 november 1989, *T.B.H.*, 1990, 1067, noot).

Bij de beoordeling van dit causaal verband zal het van belang zijn de zakenrelatie tussen de leverancier en de betrokkene na te gaan met betrekking tot de periode waarin en de voorwaarden waaronder zij gewoonlijk handel dreven. Er zal daarbij worden onderzocht of de leveranciers bewarende maatregelen konden nemen om zich te beschermen tegen het risico

van insolvabiliteit van hun medecontractant, b.v. door het eisen van voorschotten, contante betaling, zekerheden (Brussel, 25 september 1986, *J.T.*, 1987, 234, noot Logie, J.; Brussel, 30 september 1986, *J.T.*, 1987, 234, noot Logie, J.; Brussel, 30 september 1986, *R.G.A.R.*, 1989, n° 11.432: *T.B.H.*, 1987, 151).

Indien vaststaat dat, zonder de door de kredietverlener gecreëerde schijn van valse zekerheid, de leveranciers bovenvermelde voorzorgsmaatregelen zouden genomen hebben, dan staat het oorzakelijk verband tussen de fout van de bank en de door de leverancier geleden schade vast. Enkel die leveringen zullen in aanmerking komen die werden gedaan tussen de dag dat de bank had moeten weigeren het misbruik van het leveranciersdiscontokrediet verder te dulden, dit is het ogenblik waarop de fout een aanvang nam, en de dag waarop het krediet werd beëindigd. De eisen tot schadevergoeding die betrekking hebben op leveringen die werden verricht buiten de periode begrepen tussen die twee data moeten worden afgewezen, aangezien zij niet kunnen zijn beïnvloed door de fout van de bank en er derhalve geen oorzakelijk verband mee vertonen (Brussel, 19 mei 1988, *Bank Fin.*, 1988, afl. 8, 51, noot; zie ook Cornelis, L., *l.c.*, 398, nr. 46).

250. LEVERANCIERSDISCONTOKREDIET - VERHOUDING TUSSEN BANK EN TREKKER — Het verweermiddel dat leveranciers putten uit art. 17 Wisselbriefwet om aan het wisselrechtelijk verhaal van de bank te ontsnappen, kan in het kader van het leverancieringsdiscontokrediet niet worden aanvaard. In de zin van art. 17 van de Wisselbriefwet is de houder te kwader trouw diegene die bij de verwerving van de wisselbrief niet alleen wist dat de schuldenaar geldige verweermiddelen kon inroepen tegen de overdrager, maar ook dat de schuldenaar onherroepelijk schade zou ondergaan indien hij de wisselrechtelijke verbintenis toch uitvoerde (zie infra, nrs.289 en 290).

De wetgever heeft het gedrag willen beteugelen van de houder die de hoofdschuldenaar de verweermiddelen ontneemt die hij ten overstaan van de trekker zou kunnen inroepen.

Derhalve is de bepaling niet van toepassing op de verhouding die bestaat tussen een bank en de trekker van de wisselbrief die in het kader van een leveranciersdiscontokrediet werd verdisconteerd (Luik, 5 oktober 1987, *Pas.*, 1988, II, 23).

Bij leveranciersdiscontokrediet bekomt de bankier de wisselbrief rechtstreeks van de trekker, zodat deze laatste geen excepties kan laten gelden tegen een niet bestaande vroegere houder (Brussel, 13 december 1989, *T.B.H.*, 1990, 1061, noot; cf. Kileste, P., *l.c.*, 677-678; Regout-Masson, M., noot onder Kh. Charleroi, 22 oktober 1986, *T.B.H.*, 1987, 801; Van Ommeslaghe, P. en Simont, L., ,,De aansprakelijkheid van de bankier-kredietverlener in het Belgisch recht'', *T.P.R.*, 1986, 1120, nr. 40; Van Ryn, J. en Heenen, J., *Principes*, IV (1988), nr. 566 c.).

Tevergeefs doen leveranciers eveneens een beroep op de nietigheid van de

disconto-overeenkomst wegens bedrog. De wisselrechtelijke vordering blijft immers bestaan, tenzij zou worden aangetoond dat de bank door middel van bedrog de leverancier heeft overgehaald zijn handtekening op de wissel te plaatsen.

Bij een leveranciersdiscontokrediet wordt de wissel echter ondertekend door de leverancier vóór het sluiten van de disconto-overeenkomst, zodat de bank geen bedrog zou kunnen plegen of onjuiste inlichtingen verstrekken omtrent de financiële toestand van haar cliënt.

Indien de nietigheid van de disconto-overeenkomst kan worden bewezen, b.v. wegens het bedrog dat erin bestaat om intentioneel en doelbewust een disconto-overeenkomst te sluiten, terwijl de bank wist dat de onderneming van haar cliënte op het faillissement afstevende (Brussel, 25 januari 1990, *J.L.M.B.*, 1990, 1272), worden partijen in hun vroegere toestand geplaatst: de bank dient de wissel terug te geven aan de trekker en deze laatste dient het van de bank ontvangen bedrag terug te betalen.

Het is duidelijk dat dit de leverancier niet veel verder helpt. Evenwel biedt de nietigheid van de disconto-overeenkomst de mogelijkheid tot het eisen van een schadevergoeding van de bank, gelijk aan het bedrag van de wissel, verhoogd met bijhorigheden en kosten (Brussel, 13 december 1989, *T.B.H.*, 1990, 1061, noot; Kh. Charleroi, 22 oktober 1986, *T.B.H.*, 1987, 798, noot Regout-Masson, M.; Van Ryn, J. en Heenen, J., *Principes*, IV (1988), nr. 566 c).

Men kan tegen deze stelling inbrengen dat de bank wel degelijk bedrog kan plegen in de wisselrechtelijke verhouding, zoniet bij de ondertekening van de wissel van de leverancier dan wel bij de endossering in haar voordeel. Als houder die de handtekening op de wissel d.m.v. bedrog heeft verworven, dient haar de wisselrechtelijke vordering tegen de leverancier te worden ontzegd. Voor de leverancier biedt dit het voordeel dat hij niet het bewijs van schade en oorzakelijk verband moet leveren (Kileste, P., *l.c.*, 681; Van Ommeslaghe, P. en Simont, L., *l.c.*, 1122-1123, nr. 42).

Om het moeilijk te leveren bewijs van bedrog te ontlopen, werd in dezelfde hypothese beroep gedaan op een schending vanwege de bank van de algemene verplichting tot uitvoering te goeder trouw van overeenkomsten of op culpa in contrahendo bij de totstandkoming van de disconto-overeenkomst (zie: ,,Overzicht van rechtspraak (1982-1986)", *T.P.R.*, 1987, 1907, nr. 124; Van Ryn, J. en Heenen, J., *Principes*, IV (1988), nr. 566 c).

251. De meest adequate techniek voor de leveranciers om de aansprakelijkheid van de bankier te laten beoordelen, lijkt het instellen van een tegenvordering te zijn, gebaseerd op een tekortkoming van de bank in de algemene zorgvuldigheidsplicht (artikelen 1382-1383 B.W., zie supra nrs. 242-244).

Bij leveranciersdiscontokrediet bestaat de fout van de bank erin dat zij de wisselbrief ter verdiscontering aanvaardde, terwijl zij redelijkerwijze wist enkel op de handtekening van de trekker te kunnen rekenen (Luik, 5 oktober 1987, *Pas.*, 1988, II, 23).

De schadevergoeding bestaat uit het bedrag van de wissels, zodat in geval van aanvaarding van de aansprakelijkheid van de bank schuldvergelijking kan plaats vinden met het bedrag van de wisselrechtelijke vordering van de bank.

In de gepubliceerde rechtspraak werd de tegenvordering van de leverancier op grond van de feitelijke gegevens steeds afgewezen, ofwel bij gebreke van een bewezen fout (Gent, 17 februari 1986, *T.B.H.*, 792, noot; Luik, 5 oktober 1987, *Pas.*, 1988, II, 23; Brussel, 25 januari 1990, *J.L.M.B.*, 1990, 1280; Kh. Brussel, 31 augustus 1989, *T.G.R.*, 1989, 125, noot), ofwel bij ontstentenis van causaal verband tussen de fout van de bankier die verdisconteert en de schade geleden door de trekker ten gevolge van diens leveringen aan de gefailleerde betrokkene (Gent, 2 december 1987, *T.B.H.*, 1989, 87, noot; *J.T.*, 1989, 238, noot; zie ook Brussel, 14 maart 1986, *T.B.H.*, 1987, 794; Gent, 16 maart 1988, *T.B.H.*, 1990, 79, noot).

De schade wordt geleden op het ogenblik dat de goederen worden geleverd en de leverancier geen contante betaling eist. Het feit dat er naderhand een disconto-overeenkomst tot stand komt met de bank en dat de bank niet tijdig het krediet heeft opgezegd of de discontering heeft geweigerd, heeft geen enkele invloed op de schade van de leverancier (Gent, 2 december 1987, *T.B.H.*, 1989, 87, noot; *J.T.*, 1989, 238, noot; zie ook Brussel, 14 maart 1986, *T.B.H.*, 1987, 794; Gent, 16 maart 1988, *T.B.H.*, 1990, 79, noot).

Het ogenblik waarop men het causaal verband tussen fout en schade moet beoordelen, is dat van de uitgifte van de wisselbrief of van de levering door de leverancier (Regout-Masson, M., noot onder Kh. Charleroi, 22 oktober 1986, *T.B.H.*, 1987, 802; Van Ommeslaghe, P. en Simont, L., *l.c.*, 1126, nr. 47).

252. CEDENTENDISCONTOKREDIET - VERHOUDING TUSSEN BANK EN BETROKKENE — In tegenstelling tot de situatie bij leveranciersdiscontokrediet kan in geval van een klassiek cedentendiscontokrediet wel een verweermiddel ten aanzien van de bank uit art. 17 Wisselbriefwet geput worden.

Om de bepaling te kunnen toepassen, dient de betrokkene te bewijzen dat de houder (bank) op het ogenblik van het disconto wist dat de betrokkene een verweermiddel had tegen de trekker en dat de uitoefening van de wisselrechtelijke vordering onherstelbare schade voor hem zou meebrengen (Luik, 11 februari 1988, *J.L.M.B.*, 1989, 399, noot Parmentier C., ,,Escompte et faute du banquier'').

De nalatigheid die de bank zou hebben begaan door zich niet te informeren over de betalingstoestand van de trekker impliceert niet dat zij desbewust ten nadele van de betrokkene heeft gehandeld (Brussel, 23 februari 1989, *J.L.M.B.*, 1989, 1159).

De Rechtbank van Koophandel te Luik oordeelde dat aangezien art. 17 van de Wisselbriefwet gesteund is op de buitencontractuele aansprakelijkheid van de houder, de bepaling toelaat om elke bedrieglijke verkrijging aan te

vechten, zelfs indien het gebrek waarop het verweermiddel is gesteund niet volledig gekend was door de houder op het ogenblik van de overdracht of indien de houder enkel vermoedde dat het gebrek zou ontstaan na de verkrijging (Kh. Luik, 12 februari 1987, *T.B.H.*, 1989, 82, noot).

In een arrest van 13 mei 1988 had het Hof van Beroep te Gent het verweermiddel van de schuldenaar op grond van art. 17 van de Wisselbriefwet verworpen, waarna het hof oordeelde niet verder te moeten ingaan op het verweer geput uit de schending van art. 1382 B.W. aangezien de principes inzake aansprakelijkheid van de kredietverlener en de verplichting tot het uitvoeren van een solvabiliteitsonderzoek door de bank enkel betrekking hebben op leveranciersdiscontokrediet en terzake een gewoon discontokrediet niet van toepassing zouden zijn.

Het Hof van Cassatie vernietigde dit arrest met de overweging dat de omstandigheid dat de houder van een wisselbrief bij de verkrijging ervan niet desbewust, in de zin van art. 17 Wisselbriefwet, ten nadele van de schuldenaar heeft gehandeld alleen tot gevolg heeft dat diegene die uit hoofde van de wisselbrief wordt aangesproken de verweermiddelen gegrond op zijn persoonlijke verhoudingen tot de trekker of tot de vroegere houders, niet kan tegenwerpen.

Dit neemt niet weg dat de aangesproken schuldenaar op grond van de artikelen 1382-1383 B.W. een vordering tot schadeloosstelling tegen de bank kan instellen (Cass., 9 maart 1990, *A.C.*, 1989-1990, 905).

Uit dit arrest kan worden afgeleid dat de aansprakelijkheid van de bank als kredietverlener bij een cedentendiscontokrediet op gelijkaardige wijze kan worden beoordeeld als bij leveranciersdiscontokrediet.

253. LEVERANCIERSDISCONTOKREDIET - AANSPRAKELIJKHEID DOMICILIEBANK — Een domiciliebank werd aansprakelijk gesteld ten aanzien van de bank die de wissel verdisconteerde wegens het in stand houden van een bedrieglijk discontokrediet in hoofde van de trekker. De domiciliebank had immers gedurende jaren toegestaan dat de trekker in plaats van de betrokkenen de wisselbrieven zelf betaalde door debitering van zijn rekening. Die betalingswijze kan slechts uitzonderlijk aanvaard worden. Als professionele kredietverlener had de domiciliebank de onregelmatigheid moeten opmerken (Kh. Brussel, 19 november 1986, *T.B.H.*, 1987, 786, noot).

254. KREDIETVERLENING AAN ONDERNEMINGEN IN MOEILIJKHEDEN — Het delicate vraagstuk van de kredietverlening aan ondernemingen in moeilijkheden dient aan de hand van de bovenvermelde beoordelingscriteria te worden benaderd (zie supra nrs. 242-245; zie ook ,,Overzicht van rechtspraak (1982-1986)", *T.P.R.*, 1987, 1905, nr. 122).

De bankier begaat een fout door krediet te verlenen aan een onderneming die zich in een hopeloze financiële situatie bevindt en die geen enkele redelijke kans heeft om het faillissement te ontlopen (Kh. Brussel, 2 juni 1988, *Rev. Rég. Dr.*, 1988, 195).

Ook openbare kredietinstellingen, zoals de N.M.K.N., dienen zich te gedragen als normaal voorzichtige en zorgvuldige kredietverleners wanneer zij ondernemingen in moeilijkheden steunen.

Dat zij daarbij onder druk van de Staat kunnen staan, doet niets af van hun eventuele aansprakelijkheid. Zij zijn aansprakelijk ten opzichte van leveranciers die gecontracteerd hebben met een onderneming op grond van de schijn van kredietwaardigheid die ten onrechte werd gecreëerd en in stand gehouden door de kredieten van de openbare instelling (Kh. Brussel, 8 juni 1990, *T.B.H.*, 1991, 241, noot; Kh. Bergen, 15 december 1988, *Rev. Rég. Dr.*, 1989, 37).

255. AANSPRAKELIJKHEID TEN AANZIEN VAN SCHULDEISERS VAN EEN ZUSTERVENNOOTSCHAP — Het louter feit op foutieve wijze krediet te verlenen aan een vennootschap kan niet tot gevolg hebben dat een schijn van bedrieglijke kredietwaardigheid verwekt wordt ten voordele van een zuster- of dochtervennootschap. Het Hof van Beroep te Brussel stelde vast dat het gedrag van de schuldeiser op geen enkele wijze werd bepaald door het reddingsplan van de moedermaatschappij, noch door de uitvoering ervan door de bankier. Het nadeel voor de schuldeiser vloeide uitsluitend voort uit het berekend risico dat hij had genomen om onder de gegeven omstandigheden over te gaan tot uitvoering van het contract zonder bijzondere waarborgen aan een derde te vragen (Brussel, 5 april 1989, *T.B.H.*, 1989, 795).

256. AANSPRAKELIJKHEID TEN AANZIEN VAN DE KREDIETNEMER — De mogelijkheid om als kredietnemer de kredietgever aansprakelijk te stellen voor het foutief verstrekken of behouden van een krediet kan verrassend overkomen. Wie is er immers beter geplaatst dan de kredietnemer zelf om zijn kredietwaardigheid te beoordelen?

Dergelijke aansprakelijkheidsvordering dient derhalve met grote omzichtigheid te worden benaderd.

Er werd terecht op gewezen dat de kredietnemer, door het krediet aan te vragen, toestemt met de schade. Die rechtvaardigingsgrond verhindert het ontstaan van een fout in hoofde van de kredietverlener. De toestemming van het slachtoffer kan, indien de geldigheidsvoorwaarden daartoe verenigd zijn, immers als bevrijdingsbeding in aanmerking worden genomen (Cornelis, L., *l.c.*, 367, nr. 16).

Het Hof van Beroep te Brussel moest oordelen over een vordering die werd gegrond op de schending van de uitvoering te goeder trouw van overeenkomsten doordat de kredietverlener niet had gewezen op de gevolgen van de werking van het krediet en geen aangepast systeem had voorgesteld dat tegemoet kwam aan de reële behoeften van de kredietnemer. Het Hof overwoog dat, bij gebreke van wettelijke of contractuele bepalingen, de kredietnemer niet kon voorhouden dat de kredietverlener gehouden was tot controle van en inmenging in het financieel beheer.

Er werd aan toegevoegd dat, voor zover er op de bank een informatieverplichting zou rusten, die verplichting moet worden beoordeeld in functie van de ervarenheid van de kredietnemer. Nu deze zeer beslagen bleek in handelszaken was hij slecht geplaatst om controle vanwege de kredietverlener te eisen (Brussel, 10 september 1987, *T.B.H.*, 1989, 67, noot).

In een andere zaak oordeelde hetzelfde Hof van Beroep dat de kredietverlener in principe zijn contractuele verbintenissen niet schendt door het krediet te verstrekken onder de voorwaarden van de met de kredietnemer gesloten overeenkomst. Evenwel kan hij foutief handelen, hetzij door een krediet toe te staan terwijl de goede trouw gebiedt om geen overeenkomst te sluiten, hetzij door bij de uitvoering van de overeenkomst te kort te komen aan de goede trouw.

De kredietverlener mag het volgen van de evolutie en de handel van zijn cliënt niet verwaarlozen, waardoor een onvoorzichtig beheer of ieder ander abnormaal feit dat van aard is de goede uitvoering van de kredietovereenkomst door de kredietnemer in het gedrang te brengen hem zou kunnen ontgaan. De controleplicht moet echter binnen redelijke grenzen worden begrepen. De bankier moet zich niet inlaten met een algemene controle en mag zich zeker niet inmengen in het bestuur en de interne werking van zijn cliënt. Hij mag erop vertrouwen dat een belangrijke onderneming kennis heeft van elementaire zaken op het gebied van handel en financiën (Brussel, 28 september 1989, *T.B.H.*, 1990, 1054, noot).

257. AANSPRAKELIJKHEID IN GEVAL VAN FAILLISSEMENT — Een kredietverlener werd door de curator van de gefailleerde kredietnemer verweten dat hij te kort geschoten was in zijn algemene verplichting tot samenwerking met de cliënt door eerst een overschrijding van de kredietopeningen toe te staan en daarna van houding te veranderen. De rechtbank herinnert aan de algemene principes inzake de aansprakelijkheid van de kredietverlener: de aansprakelijkheid wordt in concreto beoordeeld, rekening houdend met de omstandigheden waarin het krediet werd toegekend of opgezegd. Op het gevaar af het bankieren onmogelijk te maken, dient men het vermoeden te hanteren dat de bank op een redelijke manier heeft gehandeld. Een vergissing in beoordeling houdt niet noodzakelijkerwijze een fout in, indien een zorgvuldige en bekwame professioneel een gelijkaardige vergissing zou kunnen begaan (Kh. Luik, 21 november 1989, *T.B.H.*, 1990, 1058, noot).

De controle die een kredietverlener uitoefent op het beheer van de kredietnemer kan niet zonder meer worden gelijkgeschakeld met een effektieve deelname aan het bestuur van de gefailleerde kredietnemer. Kunnen evenmin als daden van bestuur worden aangemerkt de benoeming van een bediende van de bank als commissaris en de deelname van de bank aan de stemming in de algemene vergadering van de kredietnemer. De vordering van de curator op grond van art. 63ter Vennootschappenwet werd afgewezen (Kh. Brussel, 24 oktober 1989, *Rev. Not. B.*, 1990, 196).

Om aansprakelijkheid op grond van art. 1382 B.W. te kunnen inroepen, dient de curator te bewijzen dat de bank niet heeft gehandeld met de voorzichtigheid en zorgvuldigheid die van een professioneel kredietverlener mogen verwacht worden. Dit kan het geval zijn indien het krediet niet werd opgezegd op het ogenblik dat de kredietverlener er zich van bewust was dat de toestand van de kredietnemer onherstelbaar was aangetast, waardoor het passief van het faillissement groter werd (Kh. Brussel, 24 oktober 1989, *Rev. Not. B.*, 1990, 196).

258. AANSPRAKELIJKHEID TEN AANZIEN VAN DE BORGEN VAN DE KREDIETNEMER — De bepaling van art. 2037 B.W. dat de borg ontslaat van zijn verbintenissen indien hij door toedoen van de schuldeiser niet meer in diens rechten, hypotheken en voorrechten kan treden, werd herhaaldelijk als verweermiddel tegen de kredietverlener ingeroepen. De door art. 2037 B.W. gesanctioneerde gedraging kan zowel een foutief handelen of een nalatigheid zijn.

Art. 2037 B.W. werd toegepast in gevallen waar de kredietverlener die beschikte over het voorrecht van de onbetaalde verkoper (art. 20, 5° Hypotheekwet) na het faillissement van de kredietnemer te lang had gewacht met de tegeldemaking van het voertuig of het materieel dat bezwaard was met het voorrecht (Rb. Charleroi, 8 maart 1990, *Rev. Rég. Dr.*, 1990, 481; Rb. Luik, 4 april 1990, *J.L.M.B.*, 1990, 1291).

De fout van de kredietverlener geeft aanleiding tot herstel in natura hetgeen bereikt wordt door de borgen te ontslaan van hun verbintenissen jegens de schuldeiser (De Page, H., *Traité*, VI, nr. 882).

Art. 2037 B.W. kan niet ingeroepen worden indien er geen enkele vorm van zekerheid werd gesteld.

Op de bank rust geen algemene informatieverplichting ten aanzien van de borgen i.v.m. de kredietwaardigheid van de schuldenaar. Dit geldt des te meer indien de borg zelf informatie kon inwinnen over de afwikkeling van de schuld, gezien zijn zakenrelatie met de schuldenaar (Kh. Charleroi, 23 oktober 1986, *Rev. Rég. Dr.*, 1987, 27; zie over de afwezigheid van een algemene informatieverplichting: Bergen, 17 maart 1989, *J.L.M.B.*, 1990, 248 (verkort); Antwerpen, 25 maart 1987, *T.B.H.*, 1989, 77, noot; Brussel, 25 november 1986, *T.B.H.*, 1987, 430; *J.L.M.B.*, 1987, 160, noot Parmentier, C.; Rb. Luik, 18 februari 1987, *T.B.H.*, 1989, noot).

De borg kan geldig afstand doen van de hem door art. 2037 B.W. verleende rechten.

Hierbij dient te worden opgemerkt dat art. 2037 B.W. kan worden gezien als een toepassing van het algemene principe van de uitvoering te goeder trouw van overeenkomsten (art. 1134, lid 3 B.W.; zie Devos, D., noot onder Brussel, 11 september 1987, *T.B.H.*, 1989, 37-38).

Derhalve zal in gevallen waar art. 2037 B.W. niet kan worden toegepast, hetzij doordat de toepassing ervan contractueel werd uitgesloten, hetzij

doordat de toepassingsvoorwaarden van de wetsbepaling niet zijn verenigd, verder kunnen worden nagegaan of de kredietverlener niet is te kort geschoten in zijn algemene verplichting om de last voor de borgen niet op schuldige wijze te verzwaren.

De kredietverlener loopt aansprakelijkheid op indien de borg de mogelijkheid wordt ontnomen om tijdig doeltreffende bewarende maatregelen te nemen (Brussel, 25 november 1986, *T.B.H.*, 1987, 430; *J.L.M.B.*, 1987, 160, noot Parmentier, C.), indien misbruik werd gemaakt van de onervarenheid van de borg door werken te financieren die duidelijk buiten verhouding stonden met de omvang van het bedrijf van de kredietnemer (Bergen, 4 oktober 1988, *J.L.M.B.*, 1989, 1151), of indien aan de hoofdschuldenaar rechtstreeks kredieten werden toegestaan die niet voorzien waren in de gewaarborgde verbintenissen, en door na te laten de borgen hierover te raadplegen en in te lichten (Brussel, 11 september 1987, *T.B.H.*, 1987, 7, noot Devos, D.).

Het spreekt vanzelf dat indien de bank geen fout of nalatigheid kan worden verweten bij het toestaan of handhaven van het krediet en het faillissement van de hoofdschuldenaar redelijkerwijze niet kon worden voorzien, de borgen niet van hun verbintenissen ontslagen kunnen worden (zie b.v. Rb. Bergen, 12 september 1986, *T.B.H.*, 1987, 779, noot).

259. AANSPRAKELIJKHEID BIJ BEËINDIGING KREDIETVERLENING - RECHTSMISBRUIK — Het Gemeentekrediet had aan één van haar cliënten een geïndividualiseerde brief verstuurd waarin gemeld werd dat automatisch een krediet van 130.000 fr. zou worden verstrekt. Dit vast en voorbehoudsloos aanbod werd door de cliënt aanvaard. Nadien werd hem een akte van lening op afbetaling voorgelegd en vroeg de bank informatie over de bestemming van het geld. Uiteindelijk werd het krediet geweigerd. De Rechtbank van Koophandel te Luik oordeelde dat de bank een fout had begaan door de tussen partijen tot stand gekomen overeenkomst te verbreken en kende een schadevergoeding ex aequo et bono van 50.000 fr. toe (Kh. Luik, 17 maart 1989, *T.B.H.*, 1990, 1052).

De bank kan een kredietovereenkomst van onbepaalde duur onmiddellijk en zonder opzeggingstermijn beëindigen, indien onregelmatigheden bij het gebruik van een kredietopening het noodzakelijk vertrouwen bij een dergelijke overeenkomst hebben geschokt (Brussel, 22 september 1988, *J.T.*, 1989, 694).

Het opzeggingsrecht van de bank kan marginaal getoetst worden aan de beginselen van het rechtsmisbruik, dat in contractuele verhoudingen gebaseerd is op de uitvoering te goeder trouw van overeenkomsten (art. 1134 lid 3 B.W.; Brussel, 12 oktober 1988, *T.B.H.*, 1990, 85, noot; cf. voor het principe o.a. Cass., 19 september 1983, *R.W.*, 1983-1984, 1982; Cass., 18 juni 1987, *R.W.*, 1987-1988, 502; *Pas.*, 1987, I, 1295).

De bank die een kredietopening van onbepaalde duur opzegt volgens de

formele bepalingen van de overeenkomst schendt het beginsel van de uitvoering te goeder trouw van overeenkomsten, indien de beëindiging, die niet werd voorafgegaan door enige verwittiging, moeilijkheden voor de cliënt meebrengt die buiten verhouding staan met het voordeel dat de bank heeft bij de beëindiging van de kredietovereenkomst (Brussel, 4 december 1987, *J.L.M.B.*, 1989, 394). Het Hof van Beroep kende niet alleen materiële schadevergoeding toe, doch eveneens een morele schadevergoeding van 75.000 fr. voor elk van de echtgenoten-kredietnemers.

260. Rechtsmisbruik van de bank bij beëindiging van de kredietovereenkomst wordt ingeroepen voor de kort-gedingrechters ten einde het krediet te herstellen. Daarbij zal de rechter nagaan of de kredietverlener zich zorgvuldig heeft gedragen bij de beëindiging van de kredietovereenkomst. Gelet zal worden op het feit of de cliënt tijdig op de hoogte werd gesteld (Voorz. Kh. Brussel (Kort Ged.), 28 oktober 1986; *T.B.H.*, 1987, 768, noot), of de bank een ernstig onderzoek heeft gevoerd naar de vermogenstoestand van de kredietnemer vooraleer het krediet te beëindigen en of de betekening van de beëindiging werd gemotiveerd (Voorz. Kh. Gent (Kort Ged.), 31 januari 1991, *T.G.R.*, 1991, 76).

Er zal geen aanleiding zijn om in kort geding het krediet te herstellen indien de beëindiging het gevolg is van overtredingen van bepalingen van de kredietovereenkomst door de kredietnemer en de opzegging conform de bepalingen van het reglement van de kredietopeningen is geschied (Voorz. Kh. Brussel (Kort Ged.), 15 oktober 1986, *T.B.H.*, 1987, 765, noot) of indien niet voldoende vaststaat voor de appreciatie van de rechter in kort geding dat de bank misbruik zou hebben gemaakt van haar rechten of de overeenkomst niet te goeder trouw uitvoerde, b.v. omdat de bank een redelijk belang had bij de opzegging van het krediet (Brussel, 11 oktober 1988, *T.B.H.*, 1990, 85, noot).

261. Er werd reeds vroeger op gewezen dat de feitelijke omstandigheden waarin het krediet wordt beëindigd, kunnen leiden tot aquiliaanse aansprakelijkheid van de kredietverlener, b.v. wanneer de opzegging brutaal geschiedt of met de bedoeling te schaden (Cornelis, L., *l.c.*, 363, nr. 14).

HOOFDSTUK V

DE WISSELBRIEF EN HET ORDERBRIEFJE

AFDELING 1

GROND- EN VORMVEREISTEN

262. VERMELDING VAN DE NAAM VAN DIEGENE AAN WIE DE BETALING MOET WORDEN GEDAAN — De door artikel 1, 6° Wisselbriefwet voorgeschreven vermelding van de naam van degene aan wie of aan wiens order de betaling moet worden gedaan, is een wezenlijk bestanddeel van de wisselbrief. De niet-vermelding ervan op het ogenblik dat de betaling van de wisselbrief wordt gevorderd, heeft de volstrekte nietigheid van de wisselbrief voor gevolg (Cass., 31 maart 1989, *A.C.*, 1988-1989, 855, noot; *Pas.*, 1989, I, 767; *R.W.*, 1988-1990, 47; Kh. Oudenaarde, 2 december 1980, *B.R.H.*, 1981, 561, noot; Kh. Kortrijk, 9 mei 1985, *T.B.H.*, 1986, 240, noot; Vred. Boussu, 28 september 1989, *Pas.*, 1990, III, 37, noot; Fredericq, L. en S., *Handboek van Belgisch Handelsrecht*, II, Brussel, Bruylant, 1978, 169, nr. 831; Ronse, J., *Wisselbrief en orderbriefje*, in *A.P.R.*, Gent, Story-Scientia, 1972, nr. 156; Van Ryn, J. en Heenen, J., *Principes de droit commercial*, III, Brussel, Bruylant, 1981, nrs. 295 en 301).

In het hogervermelde vonnis van de Rechtbank van Koophandel te Oudenaarde werd, onder verwijzing naar art. 11 Wisselbriefwet, ten onrechte de mogelijkheid opengelaten dat de houder te goeder trouw zich toch van een onvolledige wisselbrief zou kunnen bedienen ten einde de wisselrechten uit te oefenen.

In een geval waarin de naam van de nemer op een orderbriefje ontbrak, stelde het Hof van Beroep te Brussel op grond van de gelijkaardige bepaling van art. 75, 5° Wisselbriefwet vast dat het papier met een vormgebrek was behept en geen wisselrechtelijke waarde had.

Omwille van de orderclausule kon het orderbriefje niet met toonderpapier gelijkgesteld worden. Het gaat om een onderhandse belofte die, bij gebreke van vervulling van de voorwaarden van art. 1326 B.W., slechts een begin van bewijs door geschrift inhoudt (Brussel, 4 mei 1983, *Bank Fin.*, 1986, afl. 2, 30; zie ook Dirix, E., ,,Waardepapieren'' in *Beginselen van Belgisch Privaatrecht*, XIII, *Handels- en Economisch recht*, deel I, *Ondernemingsrecht*, vol. A, Van Gerven, W., Cousy, H. en Stuyck, J., Brussel, Story-Scientia, 1989, 406, nr. 377).

263. BLANCO WISSELBRIEF — De blanco wisselbrief is geenszins nietig. De nemer van een blanco wisselbrief verwerft echter geen andere bevoegdheid dan om de wissel te vervolledigen in overeenstemming met hetgeen tussen gever en nemer bedongen was (Gent, 18 november, 1987, *T.G.R.*, 1988, 25;

Ronse, J., *o.c.*, nrs. 221 en 230; contra Van Ryn, J. en Heenen, J., *Principes*, III (1981), 241, nr. 302 die stellen dat het geschrift niet als wisselbrief zou kunnen worden beschouwd zolang de ontbrekende vermelding niet werd aangebracht).

Indien de blanco wissel wordt ingevuld in strijd met de overeenkomst tussen de ondertekenaar en de nemer dan wordt de derde houder te goeder trouw beschermd door art. 10 Wisselbriefwet.

De schending van de overeenkomst kan hem slechts worden tegengeworpen indien zijn kwade trouw of grove schuld bij de verkrijging van een wisselbrief wordt bewezen.

Ten einde aan zijn betalingsverplichting ten aanzien van de derde houder te ontsnappen, dient de ondertekenaar te bewijzen dat de wisselbrief werd vervolledigd in strijd met de overeenkomst met de nemer en dat de houder op de hoogte was van de schending van de overeenkomst, of minstens ernstige vermoedens moest hebben, zonder er nochtans rekening mee te houden (Kh. Brussel, 27 september 1984, *T.B.H.*, 1986, 222; Dal, G.A. en Corbisier, I., ,,Chronique de jurisprudence. Les instruments de paiement et de crédit (1980-1989)", *J.T.*, 1990, 429, nr. 11; Dirix, E., *l.c.*, nr. 377; Van Ryn, J. en Heenen, J., *Principes*, III (1981), 242, nr. 302).

De Rechtbank van Koophandel te Bergen onderstreept dat de regel van art. 10 Wisselbriefwet enkel de houder beschermt die de volledige wisselbrief ontving en niet de houder die een onvolledige wisselbrief kreeg. In dit laatste geval moet de houder beseffen dat de titel die, volgens de stelling van Van Ryn en Heenen althans, nietig is als wisselbrief, slechts kon vervolledigd worden in gemeenschappelijk akkoord tussen de ondertekenaar en de nemer. De houder diende zich te informeren over de grenzen waarbinnen de ondertekenaar zich heeft willen verbinden. Door dit niet te doen, beging de houder een onzorgvuldigheid ten aanzien van de ondertekenaar.

Art. 10 Wisselbriefwet regelt niet de verhouding tussen de ondertekenaar en diegene die de wissel heeft vervolledigd. Aan deze laatste kan steeds de miskenning van de overeenkomst betreffende de vermeldingen op de wissel worden tegengeworpen (Kh. Bergen, 1 september 1987, *J.L.M.B.*, 1988, 425).

264. TIJDSTIP WAAROP DE VERMELDINGEN OP DE WISSELBRIEF MOETEN VOORKOMEN — Om te beoordelen of een titel de voor een wisselbrief vereiste bestanddelen bevat, moet worden teruggegaan tot het tijdstip waarop betaling ervan wordt gevraagd, o.m. op de dag van de dagvaarding tot betaling (Cass., 30 juni 1989, *A.C.*, 1988-1989, 1314; *A.C.*, 1989-1990, 303).

Met die uitspraak lijkt de stelling dat de ontbrekende bestanddelen van de wisselbrief niet meer in de loop van het geding kunnen worden aangebracht definitief het pleit te hebben gewonnen (zie Dal, G.A. en Corbisier, I., *l.c.*, nr. 12; Fredericq, L. en Debacker, R., *Traité de droit commercial belge*,

X, Gent, Fecheyr, 1954, 96, nr. 32; Van Ryn, J. en Heenen, J., *Principes*, III (1981), nr. 303; zie ook Kh. Brugge, afd. Oostende, 27 januari 1983, *T.B.H.*, 1983, 386; cf. Nelissen Grade, J.M. en Merchiers, Y., ,,Overzicht van rechtspraak. Wissel- en chequerecht (1960-1980)'', *T.P.R.*, 1981, 1073, nr. 7; contra Ronse, J., *o.c.*, nr. 219).

265. TEKSTVERANDERING — Krachtens art. 69 Wisselbriefwet zijn zij die hun handtekening op de wisselbrief hebben geplaatst voordat de tekst ervan veranderd werd, enkel verbonden volgens de oorspronkelijke tekst. Die regel geldt niet als zij met de verandering hebben ingestemd. Het vonnis dat de veranderde vervaldatum van de wisselbrief in aanmerking neemt om het aanvangspunt van de verjaring te bepalen, zonder vast te stellen dat de acceptanten met die verandering hebben ingestemd, schendt art. 69 Wisselbriefwet (Cass., 22 mei 1987, *A.C.*, 1986-1987, 1309, noot, *R.W.*, 1987-1988, 500, cf. Fredericq, L. en Debacker, R., *Traité*, X, 135; Ronse, J., *o.c.*, nr. 1246; Van Ryn, J. en Heenen, J., *Principes* III (1981), nr. 492).

In dezelfde lijn had het Hof van Cassatie reeds geoordeeld dat art. 69 Wisselbriefwet uitsluitend de rechtsgevolgen van ongeoorloofde tekstveranderingen regelt, dat wil zeggen de tekstveranderingen die zonder toestemming van de wisselschuldenaars zijn aangebracht (Cass., 16 november 1984, *A.C.*, 1984-1985, 382, noot, *Pas.*, 1985, I, 341; *R.W.*, 1984-1985, 2473). In hetzelfde arrest wordt gesteld dat art. 69 Wisselbriefwet verhindert dat een tekstverandering, zoals in casu het vervangen van de naam van de nemer door een andere naam, tot gevolg heeft dat het geschrift, bij gebrek aan geldige aanwijzing van de nemer, een toonderpapier wordt en niet meer geldig is als wisselbrief (cf. Ronse, J., *o.c.*, nrs. 1239 e.v.).

Het verwisselen van de naam van de begunstigde van de wisselbrief moet als een tekstverandering in de zin van art. 69 Wisselbriefwet worden begrepen. Het gaat niet om een endossement in de zin van art. 13 Wisselbriefwet (Gent, 10 oktober 1986, *R.W.*, 1986-1987, 1400).

266. BEKWAAMHEID — De bekwaamheid om een wisselverbintenis aan te gaan, moet worden beoordeeld op het tijdstip waarop de verbintenis wordt aangegaan (Ronse, J., *o.c.*, nr. 305; Van Ryn, J. en Heenen, J., *Principes*, t. III (1981), nr. 284, 2°).

De omstandigheid dat diegene die tijdens zijn onbekwaamheid een wisselverbintenis heeft aangegaan ten tijde van het protest bekwaam (meerderjarig) is geworden, brengt niet mee dat de ongeldige verbintenis geldig wordt (Cass., 22 mei 1987, *A.C.*, 1986-1987, 1309, noot; *R.W.*, 1987-1988, 500).

267. DUBBELE HANTEKENINGSCLAUSULE - SCHIJNMANDAAT — De statuten van een vennootschap bevatten een dubbele handtekeningsclausule. De uitgeschreven wisselbrieven werden slechts door één bestuurder ondertekend, zodat de vraag naar de geldigheid van de vertegenwoordiging van de

vennootschap kon worden opgeworpen. De Rechtbank van Koophandel te Brussel stelde eerst de principiële geldigheid en tegenwerpelijkheid aan derden van dergelijke clausules vast.

Dit zou tot gevolg hebben gehad dat de wisselrechtelijke verbintenis werd gegeven met overschrijding van de bevoegdheid van de ondertekenende bestuurder. Evenwel werd uit de omstandigheid dat er wel degelijk een mandaat was gegeven aan de bestuurders om dergelijke verbintenissen aan te gaan en dat in het verleden wissels door één bestuurder werden ondertekend zonder dat de dubbele handtekeningsclausule werd ingeroepen, besloten tot het bestaan van een schijnmandaat, op grond waarvan de vennootschap ten aanzien van de derde houder te goeder trouw verbonden was (Kh. Brussel, 18 juni 1981, *B.R.H.*, 1982, 493; Ronse, J., *o.c;*, nr. 331; voor de grondslag van het schijnmandaat: Cass., 20 juni 1988, *R.C.J.B.*, 1991, 45, noot Kruithof, R., ,,La théorie de l'apparence dans une nouvelle phase''; *T.R.V.*, 1989, 540, noot Callens, P. en Stijns, S., ,,Schijnvertegenwoordiging: een keerpunt!'').

268. BEVOEGDHEIDSBEDING — De derde houder die de wisselrechtelijke vordering instelt, kan zich beroepen op alle vermeldingen die op de wisselbrief voorkomen en meer bepaald op het beding dat de territoriaal bevoegde rechtbank aanwijst (Arrondrb. Charleroi, 5 juni 1984, *J.T.*, 1984, 551).

269. TAALGEBRUIK — Het is onverschillig in welke taal de wisselbrief is opgesteld.

Art. 1 Wisselbriefwet bepaalt in dat verband alleen dat de benaming ,,wisselbrief'' moet worden opgenomen in de tekst, in dezelfde taal waarin de titel is gesteld (zie Dal, G.A. en Corbisier, I., *l.c.*, nr. 5; Fredericq, L. en Debacker, R., *Traité*, X, 74, nr. 22 en 77, nr. 23; Ronse, J., *o.c.*, nrs. 109 en 110).

Een wisselschuldenaar dacht een verweer te kunnen vinden in het Decreet van 19 juli 1973 tot regeling van het gebruik van talen voor de sociale betrekkingen tussen werkgevers en werknemers, alsmede van de door de wet en de verordeningen voorgeschreven akten en bescheiden van de ondernemingen. De wisselbrief was volledig in het Frans opgesteld, terwijl de trekker, een N.V., haar exploitatiezetel in het Nederlands taalgebied had. Het Hof van Beroep te Brussel stelt eerst vast dat dergelijk verweermiddel, gebaseerd op de inhoud van de wisselbrief, in principe tegen iedere houder kan worden tegengeworpen (zie Ronse, J., *o.c.*, nr. 143 die spreekt van een absoluut verweermiddel). Evenwel laat een dergelijke nietigheid, in de veronderstelling dat de wisselbrief valt onder de bescheiden en documenten bedoeld in art. 5 van voornoemd Decreet, krachtens art. 10, lid 5 de rechten van derden onverminderd, dus ook die van de derde houder van een wisselbrief (Brussel, 1 december 1986, *R.W.*, 1986-1987, 2720, met een verwijzing naar Renard, R., *Talen in bestuurszaken, in de bedrijven en in de sociale betrekkingen*, in *A.P.R.*, nr. 471).

270. REGELEN BORGTOCHT NIET VAN TOEPASSING — Op de avalgever rust een zelfstandige wisselrechtelijke verbintenis, hetgeen als keerzijde heeft dat hem een zelfstandige rechtsvordering wordt toegekend tegen de geavaleerde (art. 32, laatste lid Wisselbriefwet). De avalgever waarborgt volgens art. 32, lid 2 Wisselbriefwet niet alleen de betaling, maar de geldigheid zelf van de hoofdschuld (Ronse, J.,*o.c.*, nrs. 1028 en 1039; Van Ryn, J. en Heenen, J., *Principes*, III (1981), nr. 375; anders, onder invloed van de Franse doctrine: Fredericq, L. en Debacker, R., *Traité*, X, 333, nr. 125).

In dezelfde zin oordeelde het Hof van Cassatie dat de bepalingen van het Burgerlijk Wetboek met betrekking tot de borgtocht niet toepasselijk zijn op het aval, omdat de avalgever geen borg is maar een onafhankelijke schuldenaar, wiens rechten en verplichtingen door het wisselrecht worden bepaald.

Art. 2037 B.W. kan derhalve niet op het aval worden toegepast (Cass., 3 april 1981, *A.C.*, 1980-1981, 874; *Pas.*, 1981, I, 851; *R.W.*, 1982-1983; *J.T.*, 1982, 291; *T.B.H.*, 1984, 182, noot E.W., „De regelen van de borgtocht zijn niet op het aval toepasselijk").

De handtekening van de avalgever kan niet dienen als bewijs van een borgstelling; zij kan gemeenrechtelijk geen andere bewijswaarde krijgen dan die welke zij in het wisselrecht heeft (Antwerpen, 19 januari 1983, *R.W.*, 1983-1984, 1772 noot).

Aan het aval, dat elk wisselrechtelijk gevolg mist, kunnen niet door gerechtelijke conversie de rechtsgevolgen van een civiele borgtocht worden toegekend (Antwerpen, 18 mei 1983, *R.W.*, 1983-1984, 2039).

271. WETTELIJKE AANWIJZING TREKKER ALS GEAVALEERDE — Bij gebrek aan aanwijzing van diegene voor wie het aval is gegeven, wordt het aval geacht te zijn gegeven voor de trekker (art. 31, laatste lid Wisselbriefwet; Antwerpen, 13 juni 1979, *Limb. Rechtsl.*, 1980, 19, noot; Antwerpen, 19 januari 1983, *R.W.*, 1983-1984, 1772, noot; Antwerpen, 18 mei 1983, *R.W.*, 1983-1984, 2039; Antwerpen, 21 december 1983, *R.W.*, 1984-1985, 908; Kh. Verviers, 5 februari 1981, *Jur. Liège*, 1981, 166).

De bepaling vormt een sanctie voor het ontbreken van de aanwijzing van de geavaleerde. Gelet op dit sanctiekarakter en op het wisselrechtelijk formalisme wordt in België algemeen aangenomen dat het gaat het om een regel van dwingend recht die geen tegenbewijs duldt (Kh. Verviers, 5 februari 1981, *Jur. Liège*, 1981, 166; zie ook Cass, 12 oktober 1976, *A.C.*, 1977, 181; Dirix, E., *l.c.*, 418, nr. 388; Fredericq, L. en Debacker, R., *Traité*, X, 320, nr. 123; Nelissen Grade, J.M. en Merchiers, Y., *l.c.*, 1086, nr. 18; Ronse, J., *o.c.*, nrs. 959 e.v.; Van Ryn, J. en Heenen, J., *Principes*, III (1981), 291, nr. 379).

De bovenvermelde regel geldt evenzeer voor het geval dat de wisselbrief door derden is verkregen, als voor het geval dat de wisselbrief in handen van de trekker is gebleven.

Daaraan doet niet af de omstandigheid dat het aval gegeven is voordat de trekker zelf de wissel ondertekende (Antwerpen, 19 januari 1983, *R.W.*, 1983-1984, 1772, noot).

272. OMVANG VERBINTENIS AVALGEVER - ONDERLINGE VERHOUDINGEN TUSSEN AVALGEVERS — De avalgever is op dezelfde wisselrechtelijke wijze gehouden als diegene voor wie aval gegeven is, zonder dat protest nodig is. Bijgevolg is de verlenging van de vervaldag verleend aan de acceptant geldig ten aanzien van diens avalgever zodat er geen aanleiding is tot toepassing van de artikelen 38 en 53 Wisselbriefwet (verjaring verhaalrecht).

De verhaalmogelijkheden tussen de avalgevers onderling worden beheerst door het gemeen recht en meer bepaald door artikel 1214 B.W. (Rb. Brussel, 15 maart 1984, *Pas.*, 1985, III, 7; Fredericq, L. en Debacker,R., *Traité*, X, 318, nr. 122; Ronse, J., *o.c.*, nrs. 920 en 1066; Van Ryn, J. en Heenen, J., *Principes*, III (1981), nr. 386).

AFDELING 3

OVERDRACHT VAN WISSELRECHTEN

273. BEGRIP — Het endossement is de wisselrechtelijke overdracht van de in de wisselbrief geïncorporeerde rechten. Krachtens het gebruik wordt daartoe door de endossant een vermelding aangebracht op de rugzijde van de wisselbrief, waarbij een nieuwe aanwijzing om te betalen aan de geëndosseerde geschiedt (Ronse, J., *o.c.*, nrs. 485 en 496; Dirix, E., *l.c.*, nr. 379).

Wanneer de trekker, na acceptatie, op de wisselbrief de naam van de begunstigde doorhaalt en vervangt door de naam van een andere persoon, kan dit niet als een endossement in de zin van art. 13 Wisselbriefwet worden beschouwd. Het gaat om een wijziging van een van de bestanddelen van de wisselbrief (Gent, 10 oktober 1986, *R.W.*, 1986-1987, 1400).

274. GEVOLGEN — Door het endossement worden alle uit de wisselbrief voortvloeiende rechten overgedragen (art. 14, eerste lid Wisselbriefwet). Men is het erover eens dat hierbij een zelfstandig recht, dat beantwoordt aan de inhoud van de wisselbrief, aan de geëndosseerde wordt toegekend (Fredericq, L. en Debacker, R., *Traité*, t. X, 288; Ronse, J., *o.c.*, nr. 589; Van Ryn, J. en Heenen, J., *Principes*, III (1981), nr. 328).

Hiermee worden alleen de wisselrechten bedoeld en niet de eventuele zekerheden m.b.t. de onderliggende rechtsverhouding (Ronse, J., *o.c.*, nr. 589).

Het endossement draagt de schuldvordering van de trekker niet over aan

de geëndosseerde; derhalve wordt daardoor het voorrecht van de verkoper, dat de schuldvordering waarborgt (art. 20, 5° Hypotheekwet), niet overgedragen.

De geëndosseerde heeft enkel een voorrecht op het fonds in handen van de betrokkene tegenover de schuldeisers van de trekker (art. 81 Wisselbriefwet) en een rechtstreekse vordering tot betaling van de wisselbrief tot beloop van het fonds tegen de betrokkene die niet heeft geaccepteerd (art. 83 Wisselbriefwet).

Bovenvermelde principes werden door het Hof van Beroep te Brussel in herinnering gebracht (Brussel, 20 februari 1981, *J.T.*, 1981, 304).

In casu vermeldde de wisselbrief echter dat de betaling van de wissel gewaarborgd werd door het voorrecht bepaald in art 20, 5° Hypotheekwet. Derhalve kon het Hof van Beroep oordelen dat het voorrecht van de niet-betaalde verkoper was overgedragen en dat de geëndosseerde er zich op mocht beroepen (zie ook Dal, G.A. en Corbisier, I., *l.c.*, nr. 15).

275. ENDOSSEMENT NA PROTEST - TEGENWERPELIJKHEID VERWEERMIDDELEN — Het endossement dat wordt gesteld na het protest van niet-betaling heeft slechts de gevolgen van een gewone overdracht (art. 20, lid 1 Wisselbriefwet).

De verweermiddelen uit de onderliggende rechtsverhouding die de betrokkene aan de trekker kon tegenwerpen, zijn in dat geval eveneens tegenwerpelijk aan de geëndosseerde (Luik, 28 juni 1985, *Jur. Liège*, 1985, 601; Ronse, J., *o.c.*, nr. 565; Van Ryn, J. en Heenen, J., *Principes*, III (1981), 260, nr. 330).

AFDELING 4

BETAALPLICHT EN REGRES

276. GEDEELTELIJKE EN VERVROEGDE BETALING - TERMIJNEN VAN RESPIJT — De houder kan niet weigeren een vervroegde betaling aan te nemen (art. 39, lid 2 Wisselbriefwet). Die wettelijke bepaling machtigt de houder echter niet, hij weze bankier, om dergelijke gedeeltelijke betaling te eisen, noch om op éénzijdig initiatief geld dat op de rekening van de betrokkene staat, af te halen (Kh. Namen, 25 september 1980, *Rev. Rég. Dr.*, 1981, 342).

Luidens art. 40 Wisselbriefwet kan de houder van een wisselbrief niet genoodzaakt worden voor de vervaldag betaling te ontvangen en handelt de betrokkene die voor de vervaldag betaalt op eigen verantwoordelijkheid. Die wetsbepalingen beogen enkel het vermijden van bedrog. Wanneer de effecten niet bestemd zijn om in omloop te worden gebracht en wanneer alle medeondertekenaars hun akkoord met vervroegde betalingen hebben betuigd, verbiedt niets dat vervroegde betalingen voor de eindvervaldag worden verricht (Brussel, 17 maart 1982, *Bank Fin.*, 1983, 513).

Termijnen van respijt (art. 1244, lid 2 B.W.) kunnen niet worden toegestaan voor een wisselschuld gezien het verbod van art. 74 Wisselbriefwet (Luik, 21 maart 1985, *Jur. Liège*, 1985, 483; Brussel, 1 december 1986, *R.W.*, 1986-1987, 2720). Die bepaling is te aanzien als een toepassing van de *rigor cambialis* (Dal, G.A. en Corbisier, I., *l.c.*, nr. 23; Ronse, J., *o.c.*, nrs. 1279 e.v.; Van Ryn, J. en Heenen, J., *Principes*, III (1981), nr. 407).

277. BETALING DOOR DOMICILIEBANK — De verplichtingen van de domiciliebank ontstaan niet uit het op de wisselbrief vermelde domiciliëringsbeding, maar uit de overeenkomst krachtens welke zij als domiciliebank werd aangewezen. Na aanvaarding van de opdracht wordt zij geen schuldenaar van de wisselbrief.

Wanneer de domiciliebank aan de trekker-houder te goeder trouw betaalt, schept zij ten aanzien van deze laatste een vermoeden dat zij voor rekening van de betrokkene handelt, met andere woorden dat zij als lasthebber van de betrokkene optreedt.

Het verwekt vermoeden wordt niet weerlegd door de omstandigheid dat de kredietopening van de betrokkene bij de domiciliebank een einde had genomen of dat er onvoldoende dekking op de rekening was (Antwerpen, 21 maart 1984, *R.W.*, 1984-1985, 1653, noot; zie over de rechtspositie van de domiciliebank: Ronse, J., *o.c.*, nr. 1686).

278. BETALING AAN ORDER - FOUTIEVE BETALING AAN TREKKER - AANSPRAKELIJKHEID GERECHTSDEURWAARDER, BETROKKENE EN TREKKER — Een trekker verdisconteert een wisselbrief aan de bank, met vermelding van een orderclausule.

De betrokkene betaalt echter aan de trekker, die later failliet wordt verklaard.

De bank die geen betaling bekwam, roept de aansprakelijkheid in van de gerechtsdeurwaarder die belast was met het protesteren van de wissel. Deze laatste hield het protest immers in nadat de betrokkene had aangetoond dat hij had betaald aan de trekker.

De Rechtbank van Eerste Aanleg te Antwerpen oordeelde dat de gerechtsdeurwaarder een fout had begaan. Evenwel diende de in vrijwaring geroepen betrokkene de gerechtsdeurwaarder te vrijwaren. Aangezien hij regelmatig wissels accepteerde, moest hij weten dat hij na het ondertekenen van een ,,aan order van de bank'' geschreven wissel niet meer aan de trekker mocht betalen.

Werden eveneens tot vrijwaring veroordeeld, de trekker en de zaakvoerder van de trekker die, aldus de rechtbank, werkelijk bedrog hadden gepleegd en de grootste fout hadden begaan door het bedrag van een wissel, die zij reeds lieten disconteren, te ontvangen (Rb. Antwerpen, 12 februari 1981, *Pas.*, 1982, III, 41).

279. BETALING NA DERDENBESLAG — Een schuldeiser legde bewarend beslag op een schuldvordering welke zijn schuldenaar had op een derde. Die derde had daarvoor wissels geaccepteerd. De beslagrechter te Kortrijk oordeelde dat die derde de in art. 1452 Ger. W. voorgeschreven verklaring moet doen, maar gerechtigd is op de vervaldagen van de door hem geaccepteerde wissels te betalen aan de derde houders, niet-schuldeisers van de onderliggende verbintenis (Beslagr. Kortrijk, 29 juni 1987, *R.W.*, 1989-1990, 305, noot Vrielynck, P., ,,Beslag en wisselbrief, enkele bemerkingen'').

Deze oplossing verhindert de schijnbare impasse die zou ontstaan door een te strikte toepassing van de regels van het beslagrecht en het wisselrecht. Strikt genomen mocht de derde-beslagene de gelden van de onderliggende rechtsverhouding niet uit handen geven gezien het beslag, doch anderzijds dient hij de wisselbrief op de vervaldag te betalen, op het gevaar af een protestakte te zien opstellen (cf. Ronse, J., *o.c.*, nrs. 1624 en 2228; zie ook Nelissen Grade, J.M. en Merchiers, Y., *l.c.*, nr. 75).

Indien bij de betrokkene ten laste van de trekker derdenbeslag wordt gelegd, begaat de betrokkene geen fout door de trekker niet op de vervaldag te betalen. Indien hij dit wel zou hebben gedaan, zou hij het derdenbeslag hebben miskend en zou hij gehouden zijn een tweede maal te betalen.

De trekker, die als beslagene kennis had van het derdenbeslag, dat zijn oorzaak vond in een geschil tussen de trekker en de B.T.W.-administratie, moest weten dat een wettelijke reden zich verzette tegen de uitbetaling van de wisselbrief.

Door in die omstandigheden protest te laten opstellen, beging de trekker rechtsmisbruik. De rechter kende de betrokkene een ex aequo et bono bepaalde schadevergoeding van 25.000 fr. toe (Luik, 28 juni 1990, *Rev. Rég. Dr.*, 1991, 41).

280. VERVROEGDE BETALING ORDERBRIEFJE - FAILLISSEMENT — De medeverbondenen van een orderbriefje gingen naar aanleiding van het faillissement van de ondertekenaars van het orderbriefje over tot vervroegde betaling. De Rechtbank van Koophandel te Brussel stelt dat zij in die omstandigheden aanspraak kunnen maken op vrijstelling van de intresten tot aan de vervaldag, zoals omschreven in art. 450, lid 3 Faillissementswet (Kh. Brussel, 30 september 1986, *T.B.H.*, 1987, 313).

281. REGRESVORDERING VOOR VERVALDAG - AANVRAAG GERECHTELIJK AKKOORD - STAKING VAN BETALING — Overeenkomstig art. 43 Wisselbriefwet kan de houder zijn regresrecht uitoefenen zelfs vóór de vervaldag indien de wisselschuldenaar in een toestand verkeert van staking van betaling of van kennelijk onvermogen.

Art. 44, laatste lid Wisselbriefwet schrijft voor dat de staking van betaling dient te worden vastgesteld bij rechterlijke beslissing.

De Rechtbank van Koophandel te Leuven aanvaardde echter dat de staking van betaling eveneens kon blijken uit de neerlegging van een verzoekschrift strekkende tot het bekomen van het gerechtelijk akkoord (Kh. Leuven, 18 mei 1982, *B.R.H.*, 1982, 563, noot). Het vonnis sluit zich aan bij de meerderheidsstelling in de rechtsleer door vervolgens te aanvaarden dat de houder, i.g.v. vervroegd regres wegens staking van betaling, vrijgesteld is van het opmaken van de protestakte. Die formaliteit is volgens art. 44 lid 5 Wisselbriefwet enkel vereist bij vervroegd regres wegens kennelijk onvermogen (zie ook Fredericq, L. en S., *Handboek van Belgisch Handelsrecht*, II (1978), 273, 934; Fredericq, L. en Debacker, R., *Traité*, X, nr. 174; Van Ryn, J. en Heenen, J., *Principes*, III (1981), nrs. 460-461; cf. Ronse, J., *o.c.*, nr. 1729 die opmerkt dat de vrijstelling van de algemene voorwaarde van het opstellen van een protestakte slechts geldt wanneer een vonnis wordt overgelegd).

282. REGRES TUSSEN ONDERTEKENAARS ORDERBRIEFJE — Alle ondertekenaars van een orderbriefje zijn schuldenaars van dezelfde rang.

Tussen hen bestaat geen wisselrechtelijk recht van regres (Kh. Brugge, afd. Oostende, 23 december 1982, *T.B.H.*, 1983, 403, noot). Het gemeen recht inzake hoofdelijkheid, nl. art. 1214 B.W., kan op die verhouding worden toegepast (Ronse, J., *o.c.*, nr. 1822).

283. AFSTAND REGRESRECHT - LEVERANCIERSDISCONTOKREDIET — Het vonnis van de Rechtbank van Koophandel te Gent waarin werd gesteld dat de bank in geval van leveranciersdiscontokrediet steeds stilzwijgend afstand zou doen van haar regresrecht werd reeds hierboven besproken (Kh. Gent, 10 februari 1987, *T.B.H.*, 1989, 84, noot; *Eur. Vervoerr.*, 1988, 230; zie supra, nr. 225).

AFDELING 5
DE FORMELE ABSTRACTIE VAN WISSELVERBINTENISSEN

284. BEGRIP - ONVOORWAARDELIJK KARAKTER — Met het formeel abstract karakter van de wisselbrief bedoelt men dat de eiser, na formele legitimatie, geen verdere bewijslast draagt m.b.t. de onderliggende rechtsverhouding.

Het abstract karakter van de wisselbrief wordt niet expliciet uitgedrukt in de Wisselbriefwet.

De onvoorwaardelijkheid van de wisselbrief (art. 1, 2° Wisselbriefwet) en het orderbriefje (art. 75, 2° Wisselbriefwet) vormen de uitdrukking van dit abstract karakter (zie Ronse, J., *o.c.*, nrs. 1317 en 1318).

Luidens art. 75 Wisselbriefwet moet het orderbriefje ondermeer een onvoorwaardelijke belofte tot betaling inhouden en luidens art. 76 Wisselbriefwet geldt de titel waarin deze vermelding ontbreekt niet als orderbriefje. Een orderbriefje dat niet aan de onvoorwaardelijkheidsvereiste voldoet,

is derhalve nietig (Kh. Brugge, afd. Oostende, 23 december 1982, *T.B.H.*, 1983, 403, noot).

284bis. ZELFSTANDIGE TITEL VAN SCHULDVORDERING - BEWIJSLAST — In de klassieke terminologie van het Hof van Cassatie wordt de wisselbrief bestempeld als een ,,zelfstandige titel van schuldvordering''. De wisselbrief is een voldoende grondslag voor de vordering tot betalen die de eiser ontslaat van elke verdere bewijslast (zie Nelissen Grade, J.M. en Merchiers, Y., *l.c.*, nr. 26; Ronse, J., *o.c.*, nrs. 1317 en 1322).

Het Hof van Cassatie herinnerde aan dit principe door te stellen dat de rechtsvordering tot betaling van de begunstigde van een orderbriefje een eigen grondslag heeft en als dusdanig niet op de onderliggende verbintenis stoelt.

285. De begunstigde behoeft derhalve het bestaan en het geoorloofd karakter van de onderliggende verbintenis niet aan te tonen.

Evenwel kunnen de ondertekenaar van het briefje en, bij faillissement, zijn niet bevoorrechte schuldeisers aan die rechtsvordering het ongeoorloofd karakter van de onderliggende verbintenis tegenwerpen, op voorwaarde dat zij dat aantonen (Cass., 9 maart 1989, *A.C.*, 1988-1989, 780, noot, *R.W.*, 1989-1990, 146).

Het Hof van Beroep te Antwerpen herinnert er eveneens aan dat de onderliggende verbintenis slechts uitzonderlijk ter sprake kan komen, meer bepaald wanneer zou zijn aangetoond dat de oorzaak van de verbintenis ongeoorloofd of nietig is. De betrokkene kan na voorlegging van de wisselbrief geen bijkomend bewijs van de trekker eisen (b.v. het overleggen van de boekhouding), maar moet zelf het bewijs leveren van het door hem ingeroepen bedrog (Antwerpen, 2 december 1981, *R.W.*, 1982-1983, 109).

286. TEGENWERPELIJKHEID VERWEERMIDDELEN TUSSEN ONMIDDELLIJK VERBONDEN WISSELPARTIJEN — In het vorig overzicht van rechtspraak konden nog enkele achterhoedegevechten worden gesignaleerd tegen de door Ronse verdedigde leer, overgenomen door het Hof van Cassatie, die stelt dat hoewel de wisselrechtelijke vordering een eigen grondslag heeft en als dusdanig niet op de onderliggende verbintenis stoelt, in de verhouding tussen de onmiddellijk verbonden wisselpartijen, zoals de trekker en de betrokkene, de verweermiddelen uit de onderliggende rechtsverhouding tegenwerpelijk blijven (zie Nelissen Grade, J.M. en Merchiers, Y., *l.c.*, nrs. 38-52; Ronse, J., *o.c.*, nrs. 1309 e.v.).

In de onderzochte periode kreeg die stelling nagenoeg algemene navolging (Cass., 28 maart 1980, *A.C.*, 1979-1980, 956, noot; *R.W.*, 1980-1981, 643; Cass., 24 april 1981; *A.C.*, 1980-1981, 966 noot; *R.W.*, 1981-1982, 1677; *Pas.*, 1981, I, 957; Cass., 6 september 1984, *A.C.*, 1984-1985, 33, noot; *R.W.*, 1984-1985, 2579; Brussel, 22 september 1988, *Pas.*, 1989, II, 38,

noot; *J.T.*, 1989, 333; Bergen, 4 oktober 1988, *Pas.*, 1989, II, 61, noot; Kh. Brussel, 13 januari 1989, *T.B.H.*, 1990, 1080; Vred. Boussu, 28 september 1989, *Pas.*, 1990, III, 37; zie evenwel Van Ryn, J. en Heenen, J., *Principes*, III (1981), nrs. 425-434).

Het Hof van Beroep te Luik paste de stelling op impliciete wijze toe door te oordelen dat de betrokkene, die een wisselbrief accepteerde, de exceptie van spel (art. 1966, lid 2 B.W.) aan de trekker kan tegenwerpen (Luik, 25 november 1982, *T.B.H.*, 1983, 576).

De exceptie van spel werd eveneens ingeroepen door de wisselschuldenaar die een overeenkomst m.b.t. Bingo-spelen had afgesloten. Wegens strijdigheid met de openbare orde en de goede zeden was de overeenkomst aangetast door een absolute nietigheidsgrond.

Tussen de onmiddellijk verbonden wisselpartijen kan worden ingeroepen dat de wisselrechtelijke vordering haar steunpunt vindt in een ongeoorloofde oorzaak (Kh. Brussel, 13 januari 1989, *T.B.H.*, 1990, 1080).

287. Op de regel van de tegenwerpelijkheid der verweermiddelen bestaat geen enkele procesrechtelijke beperking (Brussel, 22 september 1988, *Pas.*, 1989, II, 38, noot; *J.T.*, 1989, 333).

De rechten van de verdediging dienen ten volle te worden gevrijwaard en zijn aan geen enkele wettelijke beperking of belemmering onderhevig.

Het verweer steunend op de onderliggende rechtsverhouding is geen wedereis waarop de regel van art. 810 Ger. W. krachtens hetwelk de wedereis de berechting van de hoofdeis niet mag vertragen, van toepassing zou zijn. Evenmin bevat art. 74 Wisselbriefwet een regel van procesrecht (zie Nelissen Grade, J.M. en Merchiers, Y., *l.c.*, nr. 49; Ronse, J., *o.c.*, nrs. 1464 en 1465).

Ten onrechte stelde het Hof van Beroep te Bergen dat alhoewel het verweer van de wisselschuldenaar tegen de eiser, gesteund op de onderliggende rechtsverhouding, in principe mogelijk is, dit verweer slechts binnen bepaalde grenzen zou kunnen gevoerd worden en niet kan aanvaard worden indien voor de beoordeling ervan een onderzoeksmaatregel zou moeten worden bevolen waardoor de uitspraak over de wisselrechtelijke vordering zou worden vertraagd (zie Bergen, 3 februari 1987, *Rev. Rég. Dr.*, 1987, 280).

288. AFSTAND VAN VERWEERMIDDELEN - LATERE VORDERING OP GROND VAN DE ONDERLIGGENDE OVEREENKOMST — De wisselschuldenaar die in de onderliggende koopovereenkomst afstand heeft gedaan van zijn exceptie tegenover de financier, kan tegen het wisselrechtelijk verhaal van deze laatste de regel niet inroepen dat de excepties die voortspruiten uit de onderliggende rechtsverhouding tegenwerpelijk zijn aan de financier als betreffende de relaties tussen onmiddellijk verbonden wisselpartijen (Bergen, 10 januari, 1989, *J.T.*, 1989, 255; *T.B.H.*, 1989, 621, noot Wymeersch, E. „Tegenwerpelijkheid van excepties bij afbetalingsfinanciering", die

opmerkt dat de financier eigenlijk geen onmiddellijk verbonden wisselpartij was, zodat de omweg langs de afstand van verweermiddelen overbodig was om te besluiten tot de niet-tegenwerpelijkheid ervan).

Het opwerpen van verweermiddelen uit de onderliggende rechtsverhouding tegen de onmiddellijk verbonden wisselpartij is een mogelijkheid, doch geenszins een verplichting ten einde de rechten geput uit die onderliggende verhouding te vrijwaren.

Het Hof van Cassatie maakte dit duidelijk door te stellen dat de beslissing waarbij de rechter de (wisselrechtelijke) vordering inwilligt, zonder dat hem enig geschil nopens de onderliggende overeenkomst werd overgelegd, geen gezag van gewijsde bezit ten aanzien van een naderhand ingestelde vordering tot ontbinding van de aan de wisselbrief onderliggende overeenkomst (Cass., 28 maart 1980, *A.C.*, 1979-1980, 956; *R.W.*, 1980-1981, 643; Cass., 24 april 1981, *A.C.*, 1980-1981, 966, noot; *R.W.*, 1981-1982, 1677; zie ook Dal, G.A. en Corbisier, I., *l.c.*, nr. 21; Nelissen Grade, J.M. en Merchiers, Y., *l.c.*, nr. 53).

AFDELING 6
DE MATERIËLE ABSTRACTIE VAN WISSELVERBINTENISSEN

289. BEGRIP — De materiële abstractie speelt in de verhouding tussen verwijderde partijen en houdt in dat de wisselschuldenaar ten aanzien van de formeel gelegitimeerde derde houder in principe geen verweermiddelen kan tegenwerpen (Ronse, J., *o.c.*, nrs. 1340 e.v.).

De bescherming van het rechtmatig vertrouwen van derden, zoals neergelegd in art. 17 Wisselbriefwet, wijkt indien de derde te kwader trouw is of, zoals art. 17 stelt, indien deze bij de verkrijging van de wisselbrief desbewust ten nadele van de schuldenaar heeft gehandeld.

290. DERDE HOUDER TE KWADER TROUW - BEWIJSLAST — Met de bepaling van art. 17 Wisselbriefwet dat de derde houder desbewust ten nadele van de schuldenaar heeft gehandeld, wordt bedoeld dat het niet voldoende is dat de houder op de hoogte was van de excepties, maar dat bovendien vereist is dat hij wetens ten nadele van de schuldenaar gehandeld heeft (Brussel, 20 januari 1982, *R.W.*, 1982-1983, 240). Dit nadeel bestaat in het verlies van de mogelijkheid om de verweermiddelen die de wisselschuldenaar tegen de trekker heeft, op te werpen (Cass., 15 februari 1985, *A.C.*, 1984-1985, 818; *R.W.*, 1985-1986, 1102).

De enkele kennis door de bankier van de slechte financiële situatie van de trekker die de onderliggende overeenkomst heeft gesloten, volstaat niet opdat de betrokkene zich zou kunnen beroepen op de bepaling van art. 17 Wisselbriefwet.

Hij dient te bewijzen dat de financiële situatie noodzakelijkerwijze zou leiden tot de niet-uitvoering door de trekker van zijn verbintenissen op de

vervaldagen. Door de wisselbrief te verwerven, moest de houder zich ervan bewust zijn dat hij aldus de schuldenaar van een verweermiddel zou beroven (Brussel, 27 februari 1989, *J.T.*, 1989, 476; zie ook m.b.t. de bewijslast Brussel, 1 december 1986, *R.W.*, 1986-1987, 2720).

Art. 17 Wisselbriefwet wordt veelal als verweermiddel gehanteerd tegen de wisselrechtelijke vordering in geval van cedentendisconto- en leveranciers-disconto-overeenkomsten (zie supra nrs. 250 en 252).

Wanneer de rechter overweegt dat, nu niet bewezen is dat de houder van een wisselbrief bij de verkrijging ervan desbewust ten nadele van de uit hoofde van de wisselbrief aangesproken schuldenaar heeft gehandeld, die schuldenaar krachtens art. 17 Wisselbriefwet de verweermiddelen gegrond op zijn persoonlijke verhoudingen tot de trekker niet aan de houder kan tegenwerpen, behoeft hij niet nader te antwoorden op een verweer van de schuldenaar dat de trekker de wissel door oplichting heeft verkregen. Zodanig verweer is ter zake niet dienend (Cass., 24 januari 1985, *A.C.*, 1984-1985, 679, noot).

291. REKENING-COURANT TUSSEN TREKKER EN BETROKKENE - GEVOLGEN TEN AANZIEN VAN HOUDER GEDISCONTEERDE WISSELBRIEF — Partijen lieten hun wederzijdse schuldvorderingen opgaan in een rekening-courant, doch voor de schuldvorderingen die zij op elkaar hadden en die in rekening-courant werden opgenomen, werden niettemin frequent wissels op de andere partij getrokken en verdisconteerd. Een arrest van het Hof van Beroep te Gent van 7 juni 1983 had die handelswijze verklaard door het feit dat de betrokkene, bewust van het risico dat hij, hoewel zijn schuld via de rekening-courant betaald was, nog eens zou moeten betalen aan de bank aan wier order de wissels getrokken waren, ermee akkoord ging dat op hem wissels werden getrokken volgens een procédé dat tot gevolg moest hebben dat hij aan de houder van de wissels niet het verweermiddel zou kunnen tegenwerpen dat hij krachtens de rekening-courant-verhouding tegen de trekker kon opwerpen.

Het cassatiemiddel tegen dit arrest, op grond van de schending van o.m. art. 17 Wisselbriefwet, werd verworpen met de overweging ,,dat het arrest die uitschakeling van gevolgen van de rekening-courant voor het trekken en accepteren van bepaalde wissels heeft kunnen kwalificeren als een afstand van het recht dat in normale omstandigheden, zonder die uitschakeling, voor de betrokkene zou hebben bestaan om een verweermiddel, gegrond op het bestaan van de rekening-courant, tegen te werpen aan de houder indien deze bij de verkrijging van de wissel desbewust ten nadele van de schuldenaar zou hebben gehandeld (Cass., 15 februari 1985, *A.C.*, 1984-1985, 818, noot; *R.W.*, 1985-1986, 1102).

292. NIET-TEGENWERPELIJKHEID VERWEERMIDDELEN IN PERSOONLIJKE VERHOUDING MET ENDOSSANT — Art. 19, lid 2 Wisselbriefwet bevat een

parallelle bepaling aan art. 17 Wisselbriefwet in geval van endossering van de wisselbrief. De wisselschuldenaars kunnen de verweermiddelen gegrond uit hun persoonlijke verhoudingen tot de endossant niet aan de houder tegenwerpen. Die regel lijdt uitzondering indien de houder bij ontvangst van de wisselbrief desbewust ten nadele van de schuldenaar heeft gehandeld.

Bovenvermelde regel werd door het Hof van Beroep te Brussel toegepast, waarbij het verweermiddel gegrond op de persoonlijke verhouding met de endossant bestond uit de vervanging van de leningovereenkomst waarvoor de wisselbrief was geaccepteerd, door een andere lening-overeenkomst voor een bedrag dat het saldo inhield van de eerste lening en voor welk bedrag een nieuwe wisselbrief werd getrokken.

Het Hof van Beroep stelt dat dit verweermiddel slechts aan de geëndosseerde houder van de wisselbrief kan worden tegengeworpen, indien bewezen wordt dat deze op het ogenblik van de verwerving van de wisselbrief niet alleen kennis droeg van het verweermiddel, doch eveneens van de schade die het verlies van het verweermiddel zou veroorzaken (Brussel, 21 mei 1990, *J.T.*, 1990, 594; Fredericq, L. en Debacker, R., *Traité*, X, nr. 106; Ronse, J., *o.c.*, nrs. 1378-1393; Van Ryn, J. en Heenen, J., *Principes*, III (1981), nrs. 417 en 424; zie supra nrs. 289 en 290).

AFDELING 7

PROTEST EN PUBLICATIE

293. VRIJSTELLING VAN PROTEST — Opdat de houder van een wisselbrief van de vrijstelling van protest voor de uitoefening van de regresvordering na de vervaldag zou kunnen genieten, dient de ,,zonder kosten''-clausule op de wisselbrief te worden gesteld overeenkomstig art. 46 Wisselbriefwet. Zoniet vervalt zijn regresrecht (art. 53 Wisselbriefwet).

Tussen partijen kan de vrijstelling van protest bij afzonderlijke overeenkomst worden toegestaan, bijvoorbeeld in het Reglement van de kredietopeningen van de bank. Die conventionele verzaking van de betrokkene aan het voordeel van art. 53 Wiselbriefwet is geoorloofd. Evenwel is die vrijstelling niet tegenwerpelijk aan derden, zoals de trekker in geval van leverancierskredietdisconto-krediet. Het Hof van Beroep te Brussel besloot toch tot de tegenwerpelijkheid aan de trekker op grond van het feit dat er identiteit was tussen de bestuurders van de trekker en van de betrokkene, zodat geoordeeld werd dat de trekker stilzwijgend, maar zeker, zijn goedkeuring hechtte aan het Reglement der kredietopeningen door de wissels ter disconto bij de bank aan te bieden, daar dergelijke verrichting enkel kan geschieden onder de voorwaarden van de kredietopening waarop zij stoelde (Brussel, 17 maart 1982, *Bank Fin.*, 1983, 513).

Dergelijke afstand in een afzonderlijke overeenkomst is geldig tussen partijen aangezien de beschermde partij, i.c. de betrokkene, kan verzaken aan regelen van dwingend recht die in zijn voordeel zijn uitgevaardigd (Dal,

G.A., en Corbisier, I, *l.c.*, nr. 36; Ronse, J., *o.c.*, nr. 1900; Van Ryn, J. en Heenen, J., *Principes*, t. III (1981), nr. 474; contra Fredericq, L. en Debacker, R., *Traité*, X, 110, nr. 37).

294. SCHORSING PUBLICATIE IN KORT GEDING — Op één uitzondering na werd in de onderzochte periode algemeen aanvaard dat de rechter zetelend in kort geding verbod kan opleggen aan de ontvanger van de registratie om het protest te brengen op de tabel waarvan sprake in artikel 443 Faillissementswet.

Enkel de Voorzitter van de Rechtbank van Koophandel te Namen riep nog de klassieke stelling in als zou het principe van de scheiding der machten zich ertegen verzetten dat de rechter tegen de administratie (i.c. de ontvanger der registratie) een bevel of verbod zou uitspreken (Voorz. Kh. Namen (Kort Ged.), 7 maart 1985, *Rev. Rég. Dr.*, 1985, 200).

De afwijzing van het gevraagde verbod lijkt in de bovenvermelde beschikking echter vooral te berusten op het gebrek aan bewijs van het ingeroepen verweer (valse handtekening).

Algemeen wordt aangenomen dat de rechter in kort geding verbod kan opleggen de wissel aan te bieden en de protestakte openbaar te maken en derhalve niet op de door art. 443 Faillissementswet vermelde tabel te brengen, indien de wettelijke voorwaarden van de aanbieding en de openbaarmaking niet zijn vervuld (Brussel, 4 april 1985, *Pas.*, 1985, II, 114; Voorz. Kh. Gent (Kort Ged.), 17 september 1986, *T.G.R.*, 1987, 24; Fredericq, L. en S., *Handboek*, II (1978), nr. 923; Nelissen Grade, J.M. en Merchiers, Y., *l.c.*, nr. 62; Ronse, J., *o.c.*, nr. 2027; Van Ryn, J. en Heenen, J., *Principes*, III, (1981), 352, nr. 470).

295. Het Hof van Beroep te Brussel wees erop dat de opschorting van de publicatie geen vooroordeel m.b.t. de grond van de zaak inhoudt. Dergelijke opschorting benadeelt de rechten van de trekker niet, aangezien niet de publicatie, maar wel het protest een noodzakelijke voorwaarde is voor het uitoefenen van het regresrecht.

Art. 443 Faillissementswet bestaat niet in het belang van de houder van de wisselbrief, maar wel om de Rechtbank van Koophandel toe te laten na te gaan of de betrokkene in staking van betaling verkeert.

Op grond van die overweging komt het Hof van Beroep ertoe te stellen dat de doeleinden van art. 443 Faillissementswet niet zouden bereikt worden, indien een bevelschrift in kort geding de publicatie van een protest zou kunnen verhinderen om de enkele reden dat de betrokkene voorhoudt dat de onderliggende overeenkomst foutief werd uitgevoerd of dat de trekker niet te goeder trouw zou zijn (Brussel, 4 april 1985, *Pas.*, 1985, II, 114, cf. Van Ryn, J. en Heenen, J., *Principes*, t. III (1981), 353, nr. 470).

Aldus werd gehoor gegeven aan de oproep om buiten het geval van nietigheid, vervalsing of bedrog (zie b.v. Voorz. Kh. Charleroi (Kort Ged.), 8

augustus 1990, *Rev. Rég. Dr.*, 1991, 47), slechts in uitzonderlijke omstandigheden een verbod om protest te laten opmaken, uit te spreken (Nelissen Grade, J.M. en Merchiers, Y., *l.c.*, nrs. 62-64).

Nochtans liet de Voorzitter van de Rechtbank van Koophandel te Brussel de mogelijkheid open dat het verbod kan worden uitgesproken, indien de slechte uitvoering van de onderliggende overeenkomst op overtuigende wijze kan worden aangetoond (Voorz. Kh.Brussel (Kort Ged.), 5 februari 1987, *J.L.M.B.*, 1987, 1379, noot Cl. P.).

AFDELING 8

VERVAL VAN HET REGRESRECHT EN VERJARING

296. WISSEL EN ORDERBRIEFJE BETAALBAAR OP ZICHT - VERJARING - TERMIJN — Een wisselbrief zonder vermelding van de datum waarop hij moet worden betaald, wordt geacht betaalbaar te zijn op zicht.

Overeenkomstig art. 23 Wisselbriefwet moet een wissel op zicht, ter acceptatie worden aangeboden binnen een jaar na zijn dagtekening. Bij gebreke daarvan verjaart de vordering tegen de acceptant door verloop van de verjaringstermijn van drie jaren, bedoeld in art. 70 Wisselbriefwet, te rekenen vanaf de laatste dag van de termijn binnen welke de wissel had moeten worden aangeboden (Antwerpen, 2 maart 1983, *R.W.*, 1983-1984, 1687, noot; Ronse, J., *o.c.*, nr. 2127).

Aangezien de ondertekenaar van een orderbriefje gelijkgesteld wordt met diegene die een wisselbrief accepteert (artikelen 53 en 78 Wisselbriefwet) worden dezelfde regels toegepast bij verzuim van aanbieding van een orderbriefje betaalbaar op zicht (Brussel, 2 juni 1987, *R.W.*, 1987-1988, 683).

297. VERJARING EN FAILLISSEMENT — Indien geen protest moet worden opgemaakt, b.v. wegens staking van betaling (art. 43, lid 2 Wisselbriefwet), is het vertrekpunt van de verjaring van de vordering van de houder tegen de trekker in principe de vervaldag van de wisselbrief, zelfs indien de houder vervroegd regres kan uitoefenen ten gevolge van de toestand van staking van betaling.

Het feit dat de houder in geval van faillissement kan genieten van een vervroegd regres doet niets af aan de regel van art. 70 Wisselbriefwet.

Volgens het Hof van Beroep te Brussel is art. 43, lid 2 Wisselbriefwet een toepassing van de principes die ten grondslag liggen aan art. 450 Faillissementswet. Indien de houder verkiest zich te beroepen op het verlies van het voordeel van tijdsbepaling, begint de verjaringstermijn te lopen vanaf het faillissement (Brussel, 21 december 1983, *Bank Fin.*, 1984, afl. 3, 45, met kritische noot Regout-Masson, M.).

Hiermee bevestigde het Hof van Beroep een vonnis van de Rechtbank van

Koophandel te Brussel van 29 mei 1980 dat in het vorig overzicht van rechtspraak werd bekritiseerd. Voor de verschillende stellingen omtrent dit vraagpunt kan derhalve verwezen worden naar hetgeen reeds vroeger werd geschreven (zie Nelissen Grade, J.M. en Merchiers, Y., *l.c.*, nr. 67).

Evenwel heeft het Hof van Beroep te Brussel in een arrest van 18 december 1990 de hogervermelde, op Van Ryn en Heenen (*Principes*, III (1981), 375, nr. 496) geïnspireerde leer verlaten en ze zelfs afgewezen als ontoelaatbaar en aanleiding gevend tot rechtsonzekerheid. Er werd geopteerd voor de meerderheidsstelling in de rechtsleer die het vertrekpunt van de verjaring in alle gevallen bepaalt op de vervaldag (Brussel, 18 december 1990, *J.L.M.B.*, 1992, 182, noot De Patoul, F., ,,La prescription de l'action du porteur contre le tireur en cas de faillite du tiré: point de départ''; Fredericq, L. en Debacker, R., *Traité*, X, 503 en 504, nr. 180; Ronse, J., *o.c.*, nr. 2131; voor Frankrijk: Gavalda, C. en Stouflet, J., *Droit Commercial - Chèques et effets de commerce*, (1978), 249, nr. 236).

298. VERANDERING VERVALDATUM NA ONDERTEKENING — Tekstveranderingen van een wisselbrief vereisen het akkoord van al diegenen die daarvoor hun handtekening op de wisselbrief hebben geplaatst, zoniet zijn zij slechts verbonden volgens de oorspronkelijke tekst (art. 69 Wisselbriefwet; zie supra nr. 265).

Art. 69 Wisselbriefwet wordt geschonden door het vonnis dat een veranderde vervaldatum in aanmerking neemt om het aanvangspunt van de verjaring te bepalen, ongeacht of de acceptanten met die verandering hebben ingestemd (Cass., 22 mei 1987, *A.C.*, 1986-1987, 1309, noot; *R.W.*, 1987-1988, 500).

299. VERJARING VORDERING TEGEN DE AVALGEVER - VORDERING TUSSEN AVALGEVERS — De avalgever is op dezelfde wijze verbonden als degene voor wie aval gegeven is (art. 32, lid 1 Wisselbriefwet). Daaruit volgt dat hij dezelfde wisselrechtelijke verjaringstermijn kan inroepen als die welke van toepassing is op de gewaarborgde schuld (Kh. Verviers, 5 februari 1981, *Jur. Liège*, 1981, 166).

Aangezien de verhoudingen tussen avalgevers niet van wisselrechtelijke aard zijn (zie supra, nr. 272), is de verjaring bepaald in art. 70 Wisselbriefwet niet van toepassing. Dit geldt des te meer nu die wetsbepaling het geval van onderling verhaal tussen medeavalgevers niet regelt. Derhalve is de gemeenrechtelijke dertigjarige verjaringstermijn van toepassing (Rb. Brussel, 15 maart 1984, *Pas.*, 1985, III, 7; zie ook Nelissen Grade, J.M., en Merchiers, Y., *l.c.*, nrs. 23 en 66).

300. VERVAL - VERLENGING AANBIEDINGSTERMIJN - AFWIJKEND BEDING — De vervaldag van de wisselbrief kan worden uitgesteld. Die verlenging van de aanbiedingstermijn is niet door de wet verboden en is niet onderworpen

aan enige formaliteit. De verlenging is mogelijk door een tekstverandering op de wisselbrief zelf of door vervanging van de wisselbrief door een andere (Brussel, 17 maart 1982, *Bank Fin.*, 1983, 513). Dergelijke verlenging is slechts tegenwerpelijk aan de latere houders (art. 69 Wisselbriefwet, zie supra nr. 265).

Een verlenging van de wettelijke aanbiedingstermijn kan eveneens geschieden in een afwijkend beding, zoals b.v. een bepaling in de onderliggende leningsovereenkomst krachtens hetwelk de acceptant heeft aanvaard dat de wisselbrief kan worden geëist tot algehele betaling van de schuld. De acceptant kan zich in dat geval niet beroepen op het verval (art. 34 Wisselbriefwet), noch op de verjaring (art. 70 Wisselbriefwet; Kh. Brussel, 20 december 1985, *T.B.H.*, 1987, 694, noot, waarin terecht wordt opgemerkt dat de uitspraak voor wat betreft de mogelijkheid om op voorhand in een beding afstand te doen van de verjaring lijkt in te gaan tegen art. 2220 B.W.).

301. VERJARING EN LEVERANCIERSDISCONTOKREDIET — In geval van leveranciersdiscontokrediet is de éénjarige verjaringstermijn van art. 70 Wisselbriefwet niet van toepassing op de extra-cambiaire vordering die voortvloeit uit de disconto-overeenkomst tussen de bank en de trekker (leverancier) (Kh. Verviers, 14 december 1987, *T.B.H.*, 1989, 89, noot).

302. OVERBLIJVENDE RECHTSVORDERING NA VERJARING — Wanneer de rechtsvordering van de trekker tegen de acceptant krachtens art. 70, eerste lid Wisselbriefwet verjaard is, behoudt de trekker tegen de acceptant die zich onrechtmatig zou hebben verrijkt, een rechtsvordering die verjaart door verloop van een nieuwe termijn van drie jaar (art. 70bis, eerste lid, 2° Wisselbriefwet). Onder onrechtmatige verrijking wordt het geval verstaan van de acceptant die het fonds tot betaling heeft ontvangen, maar de wissel niet betaalde. De trekker, die het fonds tot betaling moest bezorgen, is gehouden het bestaan van de onrechtmatige verrijking te bewijzen (Antwerpen, 2 maart 1983, *R.W.*, 1983-1984, 1687, noot; Fredericq, L. en Debacker, R., *Traité*, X, 520, nr. 184; Ronse, J., *o.c.*, nrs. 2182 en 2192; Van Ryn, J. en Heenen, J., *Principes*, t. III (1981), 379, nr. 501).

HOOFDSTUK VI

DE CHEQUE

AFDELING 1

ALGEMEENHEDEN

§ 1. Waardepapier - Verhandelbare titel

303. De cheque aan toonder is een onlichamelijk roerend goed waarin een recht op zodanige wijze is geïncorporeerd dat beiden geassimileerd worden, met als gevolg dat het recht circuleert samen met de titel waarin het gematerialiseerd is (Vred. Lens, 3 november 1987, *T. Vred.* 1987, 317). Deze omschrijving beantwoordt volkomen aan deze van de waardepapieren of verhandelbare titels (Zie Van Ryn J. en Heenen, J., *Principes*, III, 1981, nrs. 79 e.v.; Dirix, E., ,,Waardepapieren'' in *Beginselen van Belgisch Privaatrecht, XIII, Handels- en Economisch Recht, deel I, Ondernemingsrecht*, Vol. A, Van Gerven, W., Cousy, H. en Stuyck, J. (eds.), Brussel, Story-Scientia, 1989, nrs. 359 e.v.). De cheque is dus naast de wisselbrief, het orderbriefje, enz. een *waardepapier*.

§ 2. Bewijskracht

304. De cheque vormt als zodanig geen bewijsmiddel van de onderlinge rechtsverhouding. Hij kan hooguit dienen als begin van bewijs door geschrift (art. 1347 B.W.), dat aangevuld moet worden met bijkomende elementen (zie *infra*, nr. 364).

§ 3. Bankvolmacht, lastgeving en chequerechtelijk regres

305. Zeer dikwijls beschikt de éne echtgenoot over een bankvolmacht op de rekening van de andere. Het Hof van Beroep te Brussel dat met een dergelijke situatie geconfronteerd was, nam de gelegenheid te baat om op bijzonder duidelijke wijze het onderscheid uit te leggen tussen de ,,bankvolmacht'' en de ,,lastgeving tussen echtgenoten'' (Brussel, 13 januari 1987, *T.B.H.*, 1987, 681).

De *bankvolmacht* regelt de verhoudingen tussen de bank, de titularis van de rekening en degene die door de titularis gemachtigd wordt om van zijn rekening gebruik te maken, in voorkomend geval middels de uitgifte van cheques. De bankvolmacht heeft voor gevolg dat de bank alle rekeningverrichtingen uitvoert die van de titularis of zijn gemachtigde uitgaan, zonder het risico te lopen van een verhaalvordering vanwege de titularis wegens het gebruik van zijn rekening door de derde-gemachtigde (de mede-echtgenoot).

De *lastgeving* tussen de echtgenoten, anderzijds, bestaat in de machtiging die de titularis van de rekening aan zijn mede-echtgenoot verleent om in zijn naam en voor zijn rekening van de bankrekening en de cheques gebruik te maken. Degene die de cheque ondertekent, wordt in beginsel als trekker aanzien. Dit is ook zo voor de lasthebber, indien hij geen melding maakt van de hoedanigheid waarin hij tekent. De houder en de andere chequerechtelijke partijen kunnen in laatstbedoeld geval geen regresvordering instellen tegen de echtgenoot-lastgever, tenzij zij op één of andere wijze kunnen aantonen dat de cheque wel degelijk in zijn naam en voor zijn rekening getrokken werd (over de problematiek van de lastgeving in een chequerechtelijke verhouding, zie het uitstekend artikel van Kileste, P., ,,Rappels de quelques principes régissant la représentation en matière cambiaire'', *T.B.H.*, 1987, 652-663). Ten aanzien van derden is het lastgevingscontract een rechtsfeit. Het bestaan ervan mag met alle middelen van recht bewezen worden (Cass., 29 mei 1974, *A.C.*, 1974, 1072; Cass., 17 november 1976, *A.C.*, 1977, 307; Cass., 18 december 1980, *A.C.*, 1980-1981, 446; De Page, H., *Traité*, V, nr. 399).

§ 4. Cheque betaalbaar met de clausule ,,niet aan order''

306. De clausule ,,niet aan order'' betekent dat de cheque rechtstreeks betaald moet worden aan de met name genoemde begunstigde, die door endossement niet vervangen kan worden. Zodanige cheque is slechts overdraagbaar in de vormen geldend voor een gewone overdracht (art. 14, lid 2 Chequewet). De formaliteiten neergelegd in artikel 1690 van het Burgerlijk Wetboek moeten derhalve nageleefd worden. De bank, die met miskenning van de aangehaalde beginselen, de cheque aan een andere dan de met name aangeduide begunstigde uitbetaalt, begaat een onrechtmatige daad en is, in voorkomend geval, schadevergoeding verschuldigd aan de trekker (Brussel, 17 september 1987, *J.L.M.B.*, 1988, 415; Brussel, 11 september 1990, *J.L.M.B.*, 1991, 1373, noot De Patoul, F.).

307. De clausule ,,niet aan order'' vormt geen beletsel voor een endossement ,,ter incasso'' of ,,in lastgeving'', omdat zulk endossement een lastgevingsopdracht tot inning betreft (zie art. 23 Chequewet), die geen eigendomsoverdracht van de cheque voor gevolg heeft (Brussel, 11 september 1990, *J.L.M.B.*, 1991, 1373, noot De Patoul, F.). Wanneer het endossement de termen ,,ter incasso'' of ,,in lastgeving'' niet vermeldt, moet hij die beweert dat het om een incasso-endossement gaat, het bewijs ervan leveren. In de bankpraktijk wordt aanvaard dat de door de begunstigde gerugtekende en aan de bankier overhandigde cheque ter inning aan de bankier is geëndosseerd (Brussel, 11 september 1990, *geciteerd*).

AFDELING 2
DE UITGIFTE

§ 1. Verplichte vermeldingen

308. De *dagtekening* is een essentiële vermelding van de cheque (art. 1, 5° chequewet). Doch de datum moet niet noodzakelijk door de trekker zelf worden vermeld. Artikel 13 van de chequewet laat inderdaad toe dat een ten tijde van de uitgifte onvolledige cheque naderhand vervolledigd wordt. Het is een courante bankpraktijk dat de bankier de datum zelf invult wanneer deze op de cheque ontbreekt (De Vroede, P., *De cheque, de postcheque en de reischeque*, Antwerpen, Kluwer, 1981, nr. 66).

De vermelde datum moet overigens niet noodzakelijk de werkelijke datum zijn (Kh. Brussel, 22 juni 1989, *T.B.H.*, 1990, 1043; De Vroede, P., *o.c.*, nr. 67). Artikel 28, lid 2 van de chequewet bepaalt dat de cheque die ter betaling wordt aangeboden vóór de dag vermeld als datum van uitgifte, betaalbaar is op de dag van de aanbieding. De rechtsgeldigheid van gepostdateerde cheques wordt als zodanig wettelijk bekrachtigd. De bank-betrokkene, die bewust een gepostdateerde cheque uitbetaalt kan derhalve niets verweten worden (Kh. Brussel, 22 juni 1989, *T.B.H.*, 1990, 1043). In de betrokken zaak waren de op de rekening van een N.V. getrokken cheques met meer dan zes maanden gepostdateerd. De bank moest dit weten. Inderdaad, de ene ondertekenaar was zes maanden vóór de vermelde chequedatum overleden en de N.V. had acht maanden vóór de vermelde chequedatum de volmacht van de tweede ondertekenaar bij de bank ingetrokken.

309. Voor de rechtsgeldigheid van de cheque is eveneens de vermelding van de *plaats* van *uitgifte* vereist (art. 1, 5° Chequewet). Bij gebreke hiervan wordt echter de cheque geacht te zijn ondertekend in de plaats aangegeven naast de naam van de trekker (art. 2, lid 4 Chequewet). Doch, wanneer ook de vermelding van laatstgenoemde plaats ontbreekt, bestaat er geen cheque (Brussel, 24 maart 1987, *Ann. Dr. Liège*, 1988, 64, noot Rigaux, F.). De onregelmatige cheque kan weliswaar vervolledigd worden (cf. art. 13 Chequewet) met het oog op de opheffing van de onregelmatigheid. De vervollediging blijft echter zonder gevolg indien ze plaats vindt na de verstrijking van de verjaringtermijn bepaald in artikel 52 van de Chequewet (Brussel, 23 juli 1988, *Pas.*, 1988, II, 245 en *J.T.*, 1989, 381, noot Rigaux, F.).

310. Artikel 13 van de Chequewet stelt dat de vervollediging gemaakt in strijd met de aangegane overeenkomsten niet kan tegengeworpen worden aan de houder, tenzij deze de cheque te kwader trouw heeft gekregen of hem grove schuld bij de verkrijging te wijten is. De vervollediging in strijd met de aangegane overeenkomsten kan niettemin door de trekker tegen de eerste en onmiddellijke houder opgeworpen worden, doch de bewijslast rust op

de trekker (Rb. Luik, 30 april 1987, *J.L.M.B.*, 1988, 1409). Tussen onmiddellijk verbonden partijen kunnen alle excepties opgeworpen worden (*infra*, nr. 336).

311. Een onregelmatige cheque die niet vervolledigd werd, geldt niet als cheque. Het geldt evenmin als schuldbekentenis, doch kan dienst doen als begin van bewijs door geschrift (art. 1347 B.W.) van de onderliggende rechtsverhouding (Rb. Doornik, 30 november 1988, *J.L.M.B.*, 1989, 641).

§ 2. Het fonds

312. Een cheque mag slechts uitgegeven worden, indien de bankier op wie de cheque getrokken wordt gedurende de gehele aanbiedingstermijn een voorafgaand, toereikend en beschikbaar fonds onder zich heeft waarover de trekker mag beschikken (art. 3 Chequewet).

De miskenning van die bepaling wordt strafrechtelijk gesanctioneerd door artikel 61 van de Chequewet. De trekker kan, onder omstandigheden, ook wegens oplichting vervolgd worden (zie *infra*, nrs. 366 e.v.).

Het is dus van wezenlijk belang dat een toereikend fonds aanwezig is vanaf de uitgifte van de cheque.

313. Het fonds kan bestaan in een schuldvordering ten gevolge van een kredietopening, voor zover de (zelfs stilzwijgende) kredietovereenkomst aan de uitgifte van de cheque voorafgaat en het daaruit volgend door de betrokkene ter beschikking gestelde tegoed minstens gelijk is aan het bedrag van de door de trekker uitgegeven cheque (Cass., 24 januari 1977, *A.C.*, 1977, 575; Cass., 28 september 1977, *A.C.*, 1978, 133; Corr. Neufchâteau, 18 december 1984, *R.D.P.*, 1985, 595; Van Ryn, J. en Heenen, J., *Principes*, III nr. 527). Is dat zo, dan is de bank-betrokkene, op straffe van persoonlijk aansprakelijk te worden gesteld, verplicht de uitgegeven (gedekte) cheques uit te betalen, zolang zij het bedoelde krediet niet officieel heeft opgezegd (Kh. Brussel, 6 september 1988, *T.B.H.*, 1990, 64).

Wanneer de bank, tussen het ogenblik van de uitgifte van de cheque en de aanbieding tot betaling, een voor onbepaalde tijd toegestaan krediet rechtsgeldig opzegt, is haar weigering om de cheque uit te betalen wegens gebrek aan provisie tegenstelbaar aan de houder (Rb. Brussel, 11 oktober 1984, *Bank Fin.*, 1985/6, 43). De verplichting het fonds gedurende de gehele aanbiedingstermijn in stand te houden bestaat uitsluitend in hoofde van de trekker (art. 3, lid 1 Chequewet) (Rb. Brussel, 11 oktober 1984, *Bank Fin.*, 1985/6,43).

314. Het feit dat het fonds uit een krediet kan bestaan, brengt mee dat de titularis van een Eurochequekaart, waaraan automatisch een kredietopening van 50.000,— fr. (vroeger 25.000,— fr.) is gekoppeld, over een

,,voorafgaand, toereikend en beschikbaar fonds'' beschikt ten belope van dat bedrag (Cf. Kh. Brussel, 31 mei 1988, *T.B.H.* 1990, 72; Kh. Brussel, 25 januari 1991, *J.T.*, 1991, 412. *Contra*, Gent, 17 juni 1983, *R.W.*, 1984-1985, 552, kritische noot Vandeplas, A.).

Gelden daarentegen niet als beschikbaar fonds de afgifte van wisselbrieven (Antwerpen, 14 december 1984, *R.W.*, 1985-1986, 1023, noot Verstraeten, R.) of kasbons (Antwerpen, 12 januari 1989, *R.W.*, 1988-1989, 1033), die hiervoor pas in aanmerking komen na tegeldemaking en dienovereenkomstige creditering van de rekening van de trekker (Voor meer bijzonderheden, zie de geciteerde lezenswaardige noot van R. Verstraeten).

315. Kredietoverschrijdingen, die als een loutere gedogenheid van de bank moeten aanzien worden, gelden evenmin als toereikend en voorafgaand beschikbaar fonds. Zij staan de strafbaarheid van de trekker niet in de weg (Antwerpen, 28 mei 1982, *R.W.*, 1982-1983, 2680; Corr. Neufchâteau, 18 december 1984, *R.D.P.*, 1985, 595. Zie ook Brussel, 9 december 1987, *T.B.H.*, 1989, 54. Voor vroegere cassatierechtspraak, zie Nelissen-Grade, J.M. en Merchiers, Y., ,,Overzicht van Rechtspraak. Wissel- en Chequerecht (1960-1980)'', *T.P.R.*, 1981, 1133, nr. 95).

De uitbetaling van cheques dank zij welwillende kredietfaciliteiten vanwege de bank, mag de trekker niet tot het besluit brengen dat hij voortaan over een formeel krediet beschikt (Brussel, 6 juli 1989, *Pas.*, 1990, II, 64). Indien de bank per vergissing uitbetaalde, kan de bankier het uitgekeerde bedrag wegens onverschuldigde betaling terugvorderen (Brussel, 9 december 1987, *T.B.H.*, 1989, 54. Zie echter de kritische bemerkingen van Van Ryn, J. en Heenen, J., *Principes*, III, 1981, nr. 590).

316. De Chequewet schrijft eveneens strafsancties voor jegens de trekker, die tijdens de aanbiedingstermijn wetens en willens het fonds geheel of ten dele terugneemt (art. 61, 3° Chequewet), of die, met bedrieglijk opzet of met het oogmerk om te schaden, de cheque herroept, het fonds ervan geheel of ten dele onbeschikbaar maakt of, na het verstrijken van de aanbiedingstermijn, het fonds geheel of gedeeltelijk terugneemt (art. 61, 4° Chequewet). Ernstige betwistingen omtrent de onderliggende overeenkomst maken zelfs geen rechtsvaardigingsgrond uit (Antwerpen, 14 januari 1988, *R.W.*, 1987-1988, 923). Zulks houdt verband met het abstract karakter van de cheque (Zie *infra*, nr. 335).

§ 3. De certificatie

317. De certificatie heeft tot gevolg dat het fonds, op de verantwoordelijkheid van de betrokkene, tot het einde van de aanbiedingstermijn ten behoeve van de houder geblokkeerd moet blijven (art. 4, lid 4 Chequewet).

Hieruit volgt dat de certificatie gedaan na het verstrijken van de aanbie-

dingstermijn (De aanbiedingstermijn bedraagt in principe 8 dagen: zie art. 29 Chequewet.), geen gevolgen kan hebben (Kh. Brussel, 28 oktober 1980, *Pas.*, 1980, III, 57 en *J.T.*, 1981, 29).

AFDELING 3

DE BETALING

§ 1. Rechtstreeks krediet en incassomandaat

318. Artikel 32 van de *Algemene Regeling van de Bankverrichtingen* bepaalt: ,,De bank kan het bedrag van ter incasso ingegeven cheques onmiddellijk en onder voorbehoud van effectieve inning, bij wijze van voorschot, crediteren of uitbetalen. Indien een ter incasso ingegeven document niet wordt betaald, mag de bank van rechtswege de ingever debiteren met de voorgeschoten bedragen, vermeerderd met al de kosten, of deze bedragen ten laste van de ingever terugvorderen''. Dit is de techniek van het ,,*rechtstreeks krediet*''.

Het rechtstreeks krediet wordt toegepast wanneer de cheque aangeboden wordt bij een andere bank dan de betrokkene of op een ander kantoor van de bank-betrokkene dan datgene waar de trekker zijn rekening houdt, omdat betreffende bank of kantoor niet onmiddellijk kan nazien of er voldoende fonds aanwezig is. Laatstbedoelde bank of kantoor wordt geacht met een *incassomandaat* (Over het incassomandaat in het algemeen, zie Merchiers, Y., ,,Factoring, kredietverzekering, incassomandaat. Rechtsverhoudingen tussen partijen'' in *De overeenkomst vandaag en morgen*, Storme, M., Merchiers, Y. en Herbots, J. (eds.), Antwerpen, Kluwer, 1990, 32-34.) belast te zijn: de effectieve betaling van de cheque bekomen in naam en voor rekening van de aanbieder. De betreffende incasso-bank of -kantoor blijven vreemd aan de chequerechtelijke verhoudingen (Rb. Turnhout, 9 mei 1985, *Turnh. Rechtsl.*, 1987, 25; Rb. Turnhout, 29 oktober 1986, *Turnh. Rechtsl.*, 1987, 26). Indien de incassobank of kantoor om één of andere reden (bv. ontoereikend fonds, herroeping) de betaling van de betrokkene niet bekomt, is die bank of dat kantoor gerechtigd het voorgeschoten bedrag (het rechtstreeks krediet) terug te vorderen, wat doorgaans gebeurt door de rechtstreekse debitering van de rekening van de aanbieder (Brussel, 18 april 1981, *T.B.H.*, 1984, 105, noot Wymeersch, E.; Brussel, 27 juni 1988, *T.B.H.*, 1990, 68).

319. Alhoewel de aanbieding van de cheque op het kantoor van de betrokkene, waar de trekker zijn rekening voert, in beginsel bevrijdend is (art. 15, lid 5 Chequewet), is niettemin de regeling van artikel 32 van de ,,Algemene Regeling van de Bankverrichtingen'' toepasselijk wanneer de betrokkene onder voorbehoud betaalt (Wymeersch, E., noot onder Brussel, 18 april 1981, *T.B.H.*, 1984, 110).

320. Bij wanuitvoering van het mandaat, kan de incassobank aansprakelijk worden gesteld. Zo bijvoorbeeld wanneer zij twee dagen wacht alvorens de ontvangen cheque door te sturen naar de bank-betrokkene, zodat intussen de aanbiedingstermijn verstreken is en de cheque inmiddels herroepen werd (Brussel, 16 januari 1986, *T.B.H.*, 1987, 751).

§ 2. De cheque als betaalmiddel

321. De schuldenaar (koper) komt zijn betalingsverplichting niet na door de enkele overhandiging van een cheque ten belope van het verschuldigde bedrag. Zijn schuld gaat pas teniet wanneer aan de schuldeiser het bedrag van zijn schuldvordering (daadwerkelijk) ter beschikking wordt gesteld, hetzij in likwiditeiten, hetzij door de creditering van zijn rekening (Cass., 23 september 1982, *A.C.*, 1982-83, 127, *R.W.*, 1984- 1985, 1601 en *J.T.*, 1983, 64; Brussel, 18 april 1981, *T.B.H.*, 1984, 105; Bergen, 15 oktober 1991, *T.B.H.*, 1992, 303, *J.T.*, 1992, 129 en *Rev. Rég. Dr.*, 1991, 446). Ten bewijze hiervan wordt soms artikel 3 van het K.B. nr. 56 van 10 november 1967 ter bevordering van het gebruik van giraal geld aangehaald, dat bepaalt dat de verplichte aanvaarding van cheques ten aanzien van handelaars in hun onderlinge handelsbetrekkingen *onder voorbehoud van goede afloop gebeurt* (Spruyt, N., ,,De betaling van een cheque na faillissement van de trekker'', *R.W.*, 1984-1985, 877-878).

Dezelfde beginselen gelden ten aanzien van een *gekruiste* en een *gecertificeerde* cheque (Bergen, 3 sepember 1986, *J.T.*, 1987, 9 en *Bank Fin.*, 1987, 57).

322. Van die algemene regel wordt afgeweken om uit te maken of een betaling *tijdig* plaatsvond. Inderdaad, wanneer de betaling binnen een bepaalde termijn moet geschieden, wordt hieraan geacht voldaan te zijn wanneer de schuldeiser (i.c. de R.S.Z.) op de laatste dag een cheque ontvangt en aanvaardt en onder voorbehoud dat hij gedekt is (Arbrb. Charleroi, 27 mei 1982, *J.T.T.*, 1983, 272; Cass. fr., 17 mei 1972, *Dall.*, 1973 J, 129, noot Gavalda; Van Ryn, J. en Heenen, J., *Principes*, III, nr. 561).

323. Dat de loutere overhandiging van een cheque op zichzelf geen betaling uitmaakt, belet niet dat het hoger bod gedaan ter gelegenheid van een uitvoerend beslag op onroerend goed en dat in handen van de notaris geconsigneerd moet worden (art. 1592, lid 3 Ger.W.), door middel van de overhandiging van een cheque gebeurt (Beslagr. Luik, 5 augustus 1987, *Rev. Not. B.*, 1988, 111). De consignatie door de wet geëist is geen betaling, daar de notaris de fondsen bij zich houdt voor rekening van de hoger biedende partij. Binnen het kader van die procedure beschikt hij daarenboven over een niet onbelangrijke appreciatiebevoegdheid (zie art. 1592, lid 5 Ger. W.) zodat hij op die grond alleen al gemachtigd is een cheque als hoger bod te

aanvaarden (Beslagr. Luik, 5 augustus 1987, *Rev. Not. B.*, 1988, 111). Wel doet hij er goed aan een gecertificeerde cheque te eisen.

§ 3. Cheque als betaalmiddel en faillissement

324. De problematiek van de betaling van een cheque na faillissement maakte het voorwerp uit van een aantal interessante bijdragen: Spruyt, N. ,,De betaling van een cheque na faillissement van de trekker'', *R.W.*, 1984-1985, 877-886; Mihail, Ph., ,,Le paiement d'un chèque par le banquier après la faillite du tireur'', *Bank Fin.*, 1987/5, 39-42; Benoit-Moury, A., ,,Incidence d'une déclaration de faillite sur la validité du paiement d'un chèque'', *Ann. Dr. Liège*, 1989, 205-218; Dal, G.A. ,,L'inopposabilité des paiements faits après le jugement déclaratif de faillite et la répétition de l'indû'', *J.T.*, 1981, 236.

De omstandigheid dat de schuld niet teniet gaat door de enkele overhandiging van een cheque (*supra* nr. 321) heeft belangrijke gevolgen wanneer de schuldenaar failliet wordt verklaard tussen het ogenblik van de overhandiging van de cheque en de debitering van zijn rekening. Dergelijke betaling is, in de gegeven omstandigheden, niet tegenstelbaar aan de massa van de schuldeisers terwille van de buitenbezitstelling van de gefailleerde (art. 444 Faill. W.) en dit alhoewel de cheque reeds vóór de faillietverklaring was overhandigd [Cass., 2 mei 1986, *A.C.*, 1985-1986, 1183, *R.W.*, 1986-1987, 697, *J.T.*, 1987, 110, *Rev. Not. B.*, 1987, 287 en *Rec. Gén. Enr. Not.*, 1989, 71; Bergen, 3 september 1986, *J.T.*, 1987, 9 en *Bank Fin.*, 1987, 57; Bergen, 7 maart 1988, *T.B.H.*, 1989, 976, *J.L.M.B.*, 1989, 404 en *Ann. Dr. Liège*, 1989, 203, noot Benoit-Moury, A.; Antwerpen, 20 januari 1988, *T.B.H.*, 1989, 972; Bergen, 15 oktober 1991, *T.B.H.*, 1992, 303, *J.T.*, 1992, 129 en *Rev. Rég. Dr.*, 1991, 446; Kh. Brussel, 28 oktober 1980, *Pas.*, 1980, III, 57 en *J.T.*, 1981, 29; Rb. Antwerpen, 27 april 1981, *R.W.* 1982-1983, 466. *Contra* Antwerpen, 25 april 1983, *R.W.*, 1984-1985, 895 (hervormd door Cass., 2 mei 1986, *geciteerd*). Zie ook *infra* nr.330].

325. Het endossement, dat na faillissement van de endossant geschiedt, is om dezelfde reden niet tegenstelbaar aan de massa van de schuldeisers (zie De Vroede, P., *o.c.* nr. 115).

326. De bank, die wegens onzorgvuldigheid de uitbetaling van de cheque laat aanslepen, kan hiervoor aansprakelijk worden gesteld door de houder wanneer de trekker intussen failliet wordt verklaard met de onbeschikbaarheid van het fonds als gevolg, zodat de cheque niet meer mag uitbetaald worden (Bergen, 7 maart 1988, *T.B.H.*, 1989, 976, *J.L.M.B.*, 1989, 404 en *Ann. Dr. Liège*, 1989, 203, noot Benoit-Moury, A.).

327. Volgens sommige rechtspraak valt het betalingstijdstip niet samen met

de dag waarop de houder van de cheque gecrediteerd wordt, maar wordt de betaling geacht te gebeuren op de dag waarop de cheque in verrekeningskamer werd verhandeld (Kh. Brussel, 23 juni 1987 en 21 mei 1988, *T.B.H.*, 1990, 1039). Hiermee wordt de dag bedoeld waarop de rekening van de bankier van de begunstigde gecrediteerd wordt. Het valutawaarden-stelsel maakt dat beide tijdstippen meestal niet samenvallen.

328. Volgens een andere stelling is de betaling door de bank-betrokkene verricht na faillissement van de trekker tegenstelbaar aan de massa van de schuldeisers, zo de curator geen verzet heeft gedaan tegen de betaling en de bank geen kennis had van de faillietverklaring (Rb. Antwerpen, 27 april 1981, *R. W.*, 1982-1983, 466; Van Ryn, J. en Heenen J., *Principes*, III, 1981, nr. 549). Verschillende argumenten worden hiervoor aangehaald:

— de goede trouw van de bankier;

— de bank-betrokkene geniet de vertrouwensbescherming geboden door de artikelen 2008 en 2009 van het Burgerlijk Wetboek (Spruyt, N., *l.c.*, 880). Een tegenargument is dat het fonds door de faillietverklaring onbeschikbaar is geworden, zodat de bank in haar hoedanigheid van lasthebber er evenmin kan over beschikken (Brussel, 20 februari 1990, *J.L.M.B.*, 1990, 1099; Kh. Brussel, 28 oktober 1980, *Pas.* 1980, III, 57 en *J.T.*, 1981, 29).

— alleen in geval van bedrog of grove fout is de bank-betrokkene niet wettig bevrijd door de betaling van de cheque (art. 35, lid 2 Chequewet) (Mihail, Ph., *l.c.*, 41, nr. 11). Als tegenargument geldt dat de bevrijding, waarvan sprake in artikel 35, lid 2 van de Chequewet, uitsluitend betrekking heeft op de verplichting die de betrokkene jegens de trekker aangaat en erin bestaat de cheque uit te betalen voor zover voldoende fonds beschikbaar is (Van Ryn, J. en Heenen, J., *Principes*, III, nr. 587). Welnu, in geval van faillissement van de trekker, is het fonds precies onbeschikbaar geworden (Brussel, 20 februari 1990, *J.L.M.B.*, 1990, 1099).

— het komt uitsluitend de curator toe de niet-tegenstelbaarheid op te werpen van de in strijd met artikel 444 van de Faillissementwet gedane betalingen en verrichtingen (Benoit-Moury, A., *l.c.*, 211).

Dit laatste argument is eigenaardig. De niet-tegenwerpelijkheid kan per definitie slechts ingeroepen worden nadat de betaling heeft plaatsgevonden. De overige argumenten zijn evenmin overtuigend. Wij vinden geen juridische grond, die toelaat de bankier gunstiger te behandelen dan anderen bij de toepassing van artikel 444 van de Faillissementswet.

329. De keuze voor de ene of de andere stelling leidt tot belangrijke praktische consequenties.

Indien de betaling van de cheque niet tegenstelbaar wordt geacht, wordt de bankier ten belope van de gedane betaling schuldeiser in het faillissement van de trekker. De bankier kan evenwel proberen het uitgekeerde chequebedrag van de begunstigde te recupereren op grond van de leer van de

onverschuldigde betaling (art. 1377 B.W.) (Antwerpen, 20 januari 1988, *T.B.H.*, 1989, 972; Bergen, 7 maart 1988, *T.B.H.*, 1989, 976, *J.L.M.B.*, 1989, 404 en *Ann. Dr. Liège*, 1989, 203, noot Benoit-Moury, A.; Brussel, 20 februari 1990, *J.L.M.B.*, 1990, 1099; Kh. Brussel, 28 oktober 1980, *Pas.*, 1980, III, 57 en *J.T.*, 1981, 29; Van Ryn, J. en Heenen, J., *Principes*, III, 1981, nr. 590).

Kan de bankier gewag maken van een onverschuldigde betaling gelet op het feit dat de op artikel 444 van de Faillissementswet gestoelde niet-tegenwerpelijkheid van de betaling enkel geldt ten aanzien van de massa van de schuldeisers van de faillietverklaarde trekker? Ontegensprekelijk, aangezien de bankier als lasthebber van de trekker optreedt, met name ter uitvoering van een betalingsopdracht (Antwerpen, 20 januari 1988, *T.B.H.*, 1989, 972).

AFDELING 4
HET VOORRECHT

330. Het voorrecht van de houder van de cheque op het aanwezige fonds ten tijde van de aanbieding (art. 39bis Chequewet) wordt zo begrepen dat het voorrecht betrekking heeft op de schuldvordering, die de trekker op de betrokkene heeft ten tijde van de aanbieding van de cheque, maar niet op het fonds dat als dusdanig bij de betrokkene aanwezig is (zie hierover Van Ryn, J. en Heenen, J., *Principes*, III, 1981, nr. 566). Het voorrecht verschaft de houder geen rechtstreekse vordering tegen de bank-betrokkene (Bergen, 15 oktober 1991, *T.B.H.*, 1992, 303, *J.T.*, 1992, 129 en *Rev. Rég. Dr.*, 1991, 446; Rb. Brussel, 11 oktober 1984, *Bank Fin.*, 1985/6, 43; De Vroede, P., *o.c.*, nr. 198).

Kan derhalve niet worden goedgekeurd de beslissing die op het bij artikel 39bis ingestelde voorrecht steunt, om, na faillissement van de trekker, de bankier toe te laten rechtstreeks de cheques uit te betalen aan de houder (Kh. Verviers, 19 maart 1984, *T.B.H.*, 1985, 546 en *J.L.*, 1984, 362).

AFDELING 5
HET ENDOSSEMENT

§ 1. Endossement als kwijting

331. Het endossement aan de betrokkene geldt als kwijting, behoudens wanneer de betrokkene verscheidene kantoren heeft en wanneer het endossement is gesteld ten voordele van een ander kantoor dan dat waarop de cheque is getrokken (art. 15, lid 6 Chequewet). De wetgever had hier het geval voor ogen dat de cheque ,,getrokken op een filiaal van een bank, ter betaling aangeboden wordt in een ander kantoor van dezelfde bank, welk kantoor, in de onwetendheid of de trekker werkelijk fonds beschikbaar

heeft, de cheque niet wil betalen, doch de cheque in disconto kan nemen en dan als nemer van de cheque en niet als betrokkene moet worden beschouwd" (Cass., 7 mei 1981, *A.C.*, 1980-1981, 1022, *R.W.*, 1981-1982, 671 en *J.T.*, 1983, 307). In dergelijk geval kan de door de houder op de rugzijde van de cheque aangebrachte handtekening inderdaad niet als kwijting worden beschouwd, vermits nog geen definitieve betaling plaatsvond. De gedane betaling dient als voorschot of *rechtstreeks krediet* (zie *supra*, nr. 318) aangemerkt te worden, zodat het desbetreffende kantoor de terugbetaling ervan kan eisen wanneer geen fonds beschikbaar is op het kantoor waar de cheque getrokken werd, omdat bv. de trekker reeds failliet was verklaard op de dag van de uitgifte van de cheque (art. 444 Faill.W.) (zie Cass., 7 mei 1981, *A.C.*, 1980-1981, 1022, *R.W.*, 1981-1982, 671 en *J.T.*, 1983, 307).

Anders is de situatie waarbij de cheque ter betaling wordt aangeboden in het kantoor van de betrokkene waar de rekening van de trekker wordt gevoerd. De gedane betaling is dan definitief, zodat de handtekening als kwijting geldt (cf. De Vroede, P., *o.c.*, nr. 121) (zie ook *supra*, nr. 319).

§ 2. Endossementenreeks

332. De betrokkene (bankier), die een geëndosseerde cheque betaalt, is gehouden de regelmatigheid van de reeks van endossementen te onderzoeken, maar niet de handtekening van de endossanten. Dit wordt afgeleid uit de artikelen 16, lid 2 en 19 van de Chequewet. Luidens artikel 19 van de Chequewet wordt als rechtmatige houder van de cheque aanzien, hij die van zijn recht doet blijken door een ononderbroken reeks van endossementen, ook al is het laatste endossement in blanco gesteld.

De bankier die in overeenstemming hiermee handelt, is door de betaling wettig bevrijd, behoudens bedrog of grove schuld (art. 35, lid 2 Chequewet) (Cass., 15 maart 1984 *A.C.*, 1983-1984, 915, *R.W.*, 1984-1985, 1051, *J.T.*, 1984, 426 en *Bank Fin.*, 1984/9, 61).

333. Begaat een grove fout de bank die een cheque aan order uitbetaalt aan een beweerde geëndosseerde, wanneer blijkt dat niet de met name genoemde begunstigde als endossant tekende, maar de trekker zelf (Luik, 19 december 1989, *J.L.M.B.*, 1990, 1267). In vermelde zaak was de cheque getrokken door een B.V.B.A. ten gunste van een bij naam genoemde derde en vervolgens door de afgevaardigde bestuurder van de B.V.B.A. in eigen voordeel geëndosseerd. Dit kan natuurlijk niet. Alleen de begunstigde is bij machte de cheque te endosseren. De bank moet dit weten.

§ 3. Gevolgen van het endossement

334. Door het endossement worden alle uit de cheque voortvloeiende rechten overgedragen (art. 17, lid 1 Chequewet).

De geëndosseerde verkrijgt dus alle rechten die rechtstreeks aan de cheque zijn verbonden. Hij wordt echter geen titularis van de onderliggende schuldvordering, die aan de oorsprong ligt van de uitgifte van de cheque of van een vroeger endossement. Bijgevolg, wanneer het chequerechtelijk regres verjaard is, moet de houder van de geëndosseerde cheque blijk geven van het bestaan van een eigen en persoonlijke schuldvordering jegens de trekker om alsnog tegen hem verhaal te kunnen uitoefenen (Bergen, 13 oktober 1987, *T.B.H.*, 1988, 774 en 1990, 70: tweemaal verschenen in hetzelfde tijdschrift). Een andere mogelijkheid ligt vervat in artikel 52bis van de Chequewet, dat evenwel de bewijslevering vereist van een onrechtmatige verrijking van de trekker of van de endossant.

AFDELING 6
DE EXCEPTIES OF VERWEERMIDDELEN

335. Zij die uit hoofde van de cheque worden aangesproken, kunnen de verweermiddelen, gegrond op hun persoonlijke verhouding tot de trekker of tot vroegere houders, niet aan de houder tegenwerpen, tenzij deze bij de verkrijging van de cheque desbewust ten nadele van de schuldenaar heeft gehandeld (art. 22 Chequewet).

In beginsel geldt dus de niet-tegenstelbaarheid van de verweermiddelen geput uit de onderliggende overeenkomst. Het abstract karakter van de cheque steunt op deze regel. De cheque heeft een oorzaak, maar wordt ervan losgekoppeld.

De houder wordt geacht *desbewust* ten nadele van de cheque-schuldenaar gehandeld te hebben, wanneer hij bij de verkrijging van de cheque de ongeoorloofde oorzaak ervan kende. De cheque overhandigd aan een cafébaas ter vereffening van speelschulden (i.c. ,,Bingo''-schulden) heeft een ongeoorloofde oorzaak (Vred. Namen, 29 januari 1981, *Rev. Rég. Dr.*, 1981, 158). Zo ook de cheque verkregen met het oog op belangrijke weddenschappen op paarden (Rb. Namen, 19 april 1982, *Rev. Rég. Dr.*, 1982, 309).

336. De niet-tegenwerpelijkheid van de verweermiddelen voortspruitend uit de onderliggende rechtsverhouding geldt niet tussen de onmiddellijk verbonden partijen (over de ,,formele'' en ,,materiële'' abstractie, zie Nelissen Grade, J. M. en Merchiers, Y., ,,Overzicht van rechtspraak. Wissel- en Chequerecht (1960-1980)'', *T.P.R.*, 1981, 1099 e.v. met verwijzing naar de principe-arresten van het Hof van Cassatie). Terzake een verkoop van schilderijen kan de koper-trekker zich verzetten tegen de uitbetaling van de aan de verkoper overhandigde cheque in geval van dwaling omtrent de authenticiteit van de schilderijen (Brussel, 5 november 1980, *J.T.*, 1981, 77).

De trekker kan eveneens de door de rechtstreeks verbonden houder ingeroepen onderliggende rechtsverhouding betwisten. Zijn verzet tegen de uitbeta-

ling van de cheque moet aanvaard worden, zo de rechtstreeks verbonden houder er maar niet in slaagt het bewijs te leveren van het daadwerkelijk bestaan van de beweerde onderliggende rechtsverhouding, i.c. een lening die, volgens hij beweerde, middels de voorgelegde cheques diende terugbetaald te worden (Rb. Namen, 16 maart 1989, *J.L.M.B.*, 1989, 1175).

AFDELING 7

DE HERROEPING EN HET VERZET

§ 1. De herroeping

337. De herroeping van de cheque heeft eerst gevolg na het einde van de aanbiedingstermijn (art. 32, lid 1 Chequewet).
De herroeping gedaan in de loop van de aanbiedingstermijn is dus niet nietig (*Contra* Rb. Verviers, 27 april 1981, *J.L.*, 1982, 55). Zij heeft alleen geen uitwerking, zolang de aanbiedingstermijn niet is verstreken.

338. De houder van een cheque, die wederrechterlijk niet uitbetaald wordt tijdens de aanbiedingstermijn, lijdt schade die voor vergoeding in aanmerking komt. De schade bestaat uit de interesten op de onbetaalde som en de likwiditeitshinder die hij ondervindt ingevolge de wanbetaling (Rb. Verviers, 27 april 1981, *J.L.*, 1982, 55).

339. Een verzoek aan de bank gedaan om voorlopig niet uit te betalen geldt niet als herroeping in de zin van artikel 32 van de Chequewet. Daartoe is een definitieve en ondubbelzinnige opdracht vereist. De bank, die bij onstentenis van formele bevestiging van het voorlopig verbod, twintig maanden later de cheque uitbetaalt, kan geen verwijt worden gemaakt (Brussel, 12 januari 1983 *R.W.*, 1983-1984, 42). In de gegeven omstandigheden was het nochtans voor de bank een kleinigheid geweest naar de definitieve beslissing van de trekker te informeren.

Herroeping en regres

340. De herroeping heeft niet het verval van het recht van regres, zoals geregeld door artikel 40 van de Chequewet, voor gevolg (Brussel, 21 april 1982, *R.W.*, 1982-1983, 1459; Van Ryn, J. en Heenen, J., *Principes*, III, nr. 551).

341. De bank, die in weerwil van artikel 32 van de Chequewet een herroepen cheque uitbetaalt, nadat de aanbiedingstermijn verstreken is, kan de betaling aan de trekker niet tegenwerpen. Men motiveert dit soms door een beroep te doen op de regels inzake lastgeving (Luik, 18 januari 1989, *T.B.H.*, 1990, 1037). Wellicht ten overvloede, daar de oplossing voortvloeit

uit de bepalingen van de Chequewet. Het tweede lid van artikel 32 verbiedt de bankier uitdrukkelijk een herroepen cheque uit te betalen na het einde van de aanbiedingstermijn. Dergelijke betaling moet bovendien als een grove schuld van de bankier aangemerkt worden, waarvoor hij op grond van artikel 35, lid 2 van de Chequewet instaat (De Vroede, P., *o.c.*, 186, die het voorzichtiger uitdrukt: ,,zou als grove schuld kunnen aangemerkt worden''). Wel kan de bankier het uitgekeerde bedrag wegens *onverschuldigde betaling* van de houder terugvorderen (Luik, 18 januari 1989, *T.B.H.*, 1990, 1037).

§ 2. Verzet

342. Het verzet tegen de betaling van een cheque is wettelijk niet geregeld. Het verzet komt nochtans vaak voor in de praktijk en wordt als dusdanig aanvaard (De Vroede, P., *o.c.*, nrs. 139 e.v.; Van Ryn, J. en Heenen, J., *Principes*, III, nr. 582). Er kan evenwel geen verzet worden gedaan tegen de betaling van een onder dekking van een chequekaart uitgegeven cheque. Alsdan speelt immers de garantieplicht van de bankier (zie *infra*, nrs. 351, 353 en 359).

Behoudens in laatstvermeld geval, wordt aangenomen dat de betrokkene verplicht is de betaling van de cheque op te schorten, wanneer het verzet gerechtvaardigd lijkt. De reden is dat de betrokkene enkel verbonden is jegens de trekker en geen banden heeft met de houder (Kh. Brussel, 25 januari 1991, *J.T.*, 1991, 412; Van Ryn, J. en Heenen, J., *Principes*, III, nr. 582).

AFDELING 8
AANSPRAKELIJKHEID

343. De aansprakelijkheden neergelegd in artikel 35 (aansprakelijkheid als trekker) (Art. 35, lid 2: ,,De betrokkene is door de betaling van de cheque wettig bevrijd, tenzij hem bedrog of grove schuld te wijten is''.) en in artikel 35bis (aansprakelijkheid als bewaarder van het chequeboekje) (Art. 35bis is geciteerd *infra*, nr. 345) van de Chequewet komen, naar luid van de voorbereidende werkzaamheden, ten laste van de rekeninghouder, omdat diefstal en vervalsing eerder door hem dan door de betrokkene kunnen worden vermeden (*Gedr. St.*, Kamer, 1959-1960, nr. 460/2,2; Bergen, 29 juni 1984, *Pas.*, 1984, II, 146; Brussel, 27 maart 1990, *J.T.*, 1990, 707; Rb. Brussel, 10 februari 1984, *J.T.*, 1984, 246; Rb. Brussel, 18 mei 1984, *Bank Fin.*. 1984/9, 59).

§ 1. Toepassingsgebied

344. Het Hof van Cassatie besliste dat de artikelen 35 en 35bis van de

Chequewet niet van elkaar te scheiden zijn, zodat de aansprakelijkheidsregels in beide artikelen neergelegd uitsluitend toepasselijk zijn op formulieren die uit een chequeboekje komen. In geval het betalingsorder via een gewone brief gebeurt (dus geen formulier uit een chequeboekje), moeten de verantwoordelijkheden vastgelegd worden krachtens de aansprakelijkheidsregels van het gemeen recht (Cass., 27 september 1990, *A.C.*, 1990-1991, 88, *Pas,*. 1991, I, 82, *R.W.*, 1990-1991, 854, *J.T.*, 1991,88 en *Bank Fin.*, 1992, 37, noot Romain, J.F.. Over bedoelde gemeenrechtelijke aansprakelijkheidsregels, zie Simont, L. en Bruyneel, A., ,,Chronique de droit bancaire privé. Les opérations de banque (1979-1986)'', *Bank Fin.*, 1987/6, 48-49, nr. 29; Romain, J.F., noot onder Cass., 27 september 1990, *Bank Fin.*, 1992, 42-43). De niet-toepasselijkheid van de artikelen 35 en 35bis wordt verklaard door het feit dat de trekker volledig vreemd blijft aan en niet de minste controle heeft op uitgifte van een vervalste cheque, die niet opgemaakt is op een formulier uit een chequeboekje (Van Ryn, J. en Heenen, J., *Principes*, III, nr. 611; Romain, J.F., noot, *l.c.*, 41). In de betreffende zaak bleek de brief die het betalingsorder bevatte, vervalst te zijn, zodat diende uitgemaakt te worden of de bank die de betalingsopdracht had uitgevoerd, dan wel de beweerde trekker de gevolgen van de vervalsing moest ondergaan.

§ 2. Aansprakelijkheid voor verlies, diefstal of verkeerd gebruik

345. De eigenaar van het chequeboekje draagt alle gevolgen die voortvloeien uit het verlies, de diefstal of het verkeerd gebruik van de chequeformulieren, tenzij hij bewijst, ofwel dat aan de betrokkene bedrog of grove schuld te wijten is, ofwel dat de cheque verloren, gestolen of vervalst werd nadat de wettige geadresseerde hem ontvangen had (art. 35bis Chequewet).

Deze aansprakelijkheid blijft bestaan na het afsluiten van de rekening, indien de resterende cheques aan de bank niet werden terugbezorgd (Rb. Charleroi, 5 juni 1990 *J.T.*, 1990, 631. Zie ook *infra* nr. 358). De aansprakelijkheid geldt in hoofde van beide echtgenoten wanneer het een gezamenlijke of meerhoofdige rekening (Zie hierover Braeckmans, H., ,,Bankrekeningen, betaal- en kredietverrichtingen'' in *Beginselen van Belgisch Privaatrecht, XIII, Handels- en Economisch Recht, deel I, Ondernemingsrecht*, Vol. B, Van Gerven, W., Cousy, H. en Stuyck, J. (eds.), Brussel, Story-Scientia, 1989, nr. 600.) betreft, ook na echtscheiding (Brussel, 27 maart 1990, *J.T.*, 1990, 707, noot Dal, G.A.).

346. De conventionele interest (18 % in het ene geval en 22,8 % in het andere geval) aangerekend op de debetstand van een rekening werd niet toepasselijk verklaard in een geval dat het debet het gevolg was van de uitbetaling van gestolen cheques. Deze interestvoet, verklaart de Rechtbank, bevat een penaliteit wegens wederrechtelijk bekomen van krediet. Dit laatste kan de eigenaar van de gestolen cheques niet worden verweten. De

dieven zijn verantwoordelijk voor de debetstand van de rekening (Rb. Luik, 2 september 1987, *T.B.B.R.*, 1988, 577; Rb. Luik, 30 september 1987, *J.L.M.B.*, 1987, 1470). Dit is ongetwijfeld een *billijkheidsoplossing*. Of ze in rechte verdedigbaar is, is een andere vraag. Wat contractueel overeengekomen is, strekt de partijen tot wet (art. 1134 B.W.) (In die zin, Luik, 21 december 1989, *J.L.M.B.*, 1991, 326, noot Buyle, J.P.). Een schadebeding houdt overigens geen straf in, zoniet is het strijdig met artikel 6 van het Burgerlijk Wetboek. Vervolgens houdt de aansprakelijkheid neergelegd in artikel 35bis van de Chequewet in dat de eigenaar van het chequeboekje in principe alle gevolgen ondervindt van de diefstal.

347. Wanneer de bank een gestolen cheque weigert uit te betalen omdat de handtekening niet overeenstemt met het bij de bank neergelegde model, kan de eigenaar van de cheque niet aansprakelijk worden gesteld door de onbetaalde houder indien laatstgenoemde het bewijs niet levert van een fout, nalatigheid of onzorgvuldigheid in hoofde van eerstgenoemde (Vred. Namen, 18 december 1985, *T. Vred.*, 1987, 119). De onbetaalde houder die cheques in betaling aanvaardde boven het door de chequekaart gewaarborgde bedrag moet de gevolgen hiervan dragen, wanneer later blijkt dat het om gestolen cheques gaat. Hij heeft geen verhaal tegen de eigenaar van de cheques (Luik, 14 februari 1985, *J.L.*, 1985, 215; Vred. Brussel, 30 juni 1983, *T. Vred.* 1983, 293). Hij kan geen beroep doen op de aansprakelijkheidsregeling neergelegd in artikel 35bis van de Chequewet, daar zij uitsluitend geldt in de verhouding tussen de eigenaar van het chequeboekje en de betrokkene.

1. *Grove fout van de bank*

348. Ten einde te ontsnappen aan de aansprakelijkheid ex artikel 35bis van de Chequewet, roept de eigenaar van verloren of gestolen cheques dikwijls de grove fout in van de bank. De feitenrechter oordeelt hierover soeverein (Kh. Brussel, 18 december 1984, *T.B.H.*, 1985, 547).

De *uitbetaling* van een *ongedekte* cheque maakt niet noodzakelijk een grove fout uit. Kredietverstrekking zonder formele kredietopening komt veelvuldig voor. Deze praktijk past in het commercieel beleid van de bank ten aanzien van de cliënteel (Rb. Gent, 9 september 1987, *R.W.*, 1988-1989, 652, waar het evenwel overschrijvingsformulieren betrof). Bij de beoordeling is alles afhankelijk van de feitelijke omstandigheden. Er bestaat dan ook rechtspraak in de andere richting (zie Kh. Brussel, 18 december 1984, *T.B.H.*, 1985, 547).

349. De bank-betrokkene die een reeks cheques uitbetaalt aan een bediende van een B.V.B.A., die zonder daartoe gemachtigd te zijn de cheques zelf getekend en getrokken had op rekening van de B.V.B.A., begaat een grove fout waarvoor ze krachtens artikel 35, lid 2 van de Chequewet moet instaan

(Kh. Brussel, 28 februari 1985, *T.B.H.*, 1986, 626). Hieraan kan worden toegevoegd dat door de plaatsing van zijn handtekening op de cheque, bedoelde bediende zelf chequerechtelijk verbonden is (art. 11 Chequewet) en aldus het voorwerp kan uitmaken van een regresvordering.

Begaat eveneens een grove fout in de zin van artikel 35 van de Chequewet, de bank die cheques aan order (zie artikel 5 Chequewet) van een N.V. op de persoonlijke rekening van een personeelslid van de N.V. uitbetaalt (Kh. Brussel, 10 november 1987, *J.T.*, 1988, 391. Zie ook *supra*, nr. 333).

350. De bank-betrokkene die 17 cheques uitbetaalt waarop een kaartnummer vermeld staat, terwijl de trekker nooit een chequekaart aangevraagd of ontvangen heeft en bovendien nooit zijn rekening gebruikte noch provisioneerde, begaat een grove fout waarvoor zij krachtens artikel 35bis van de Chequewet persoonlijk moet instaan (Rb. Brussel, 8 oktober 1985, *Rev. Rég. Dr.*, 1986, 438). De bank kan dan wel een vordering wegens onverschuldigde betaling instellen tegen de begunstigde (art. 1377 B.W.) (Rb. Brussel, 25 maart 1986, *Rev. Rég. Dr.*, 1986, 442: zelfde zaak als Rb. Brussel, 8 oktober 1985, maar na heropening van de debatten).

2. *Grove fout en eurocheques*

351. Bij de beoordeling van de grove fout inzake eurocheques moet rekening gehouden worden met de terzake geldende bijzondere (waarborg)regeling, waarnaar de cheque hoe dan ook zal uitbetaald worden voor zover o.m. (Rb. Brussel, 20 september 1985, *J.T.*, 1986, 10; Brussel, 27 maart 1990, *J.T.*, 1990, 707; Dal, G.A., noot onder Kh. Brussel, 17 maart 1981, *B.R.H.*, 1982, 152-153):

— het bedrag van 7.000,— fr. niet wordt overschreden;

— de datum en plaats van uitgifte vermeld zijn;

— de geldigheidsduur van de kaart niet verstreken is;

— het kaartnummer op de keerzijde van de cheque is ingevuld.

Wanneer die voorwaarden vervuld zijn, is de bank, die zowel in binnen- als buitenland de regelmatig lijkende cheques uitbetaalde, gerechtigd betaling te vragen aan de betrokkene (de rekeningvoerende bank), die vervolgens de rekening van de trekker mag debiteren met het overeenstemmende bedrag (Gent, 20 december 1984, *R.W.*, 1984-1985, 2626).

352. Eurocheques die aan de gegeven voorwaarden beantwoorden, kunnen niet herroepen worden (Kh. Luik, 15 mei 1986, *T.B.H.*, 1987, 753).

De bank is eveneens verplicht om die cheques uit te betalen niettegenstaande het verzet van de trekker (Bergen, 29 juni 1984, *Pas.*, 1984, II, 144; Brussel, 18 oktober 1984, *J.T.*, 1985, 59; Antwerpen, 24 februari 1987, *D.C.C.R.*, 1988-1989, 189, noot Ponet, B.; Brussel, 27 maart 1990, *J.T.*, 1990, 707, noot Dal, G.A.; Rb. Brussel, 10 februari 1984, *J.T.*, 1984, 246; Kh.

Charleroi, 3 april 1985, *T.B.H*, 1986, 237; Kh. Brussel, 8 februari 1987, *T.B.H.*, 1989, 52; Rb. Luik, 30 september 1987, *J.L.M.B.*, 1987, 1470; Rb. Brussel, 13 maart 1989, *J.L.M.B.*, 1989, 1168 en *Rev. Rég. Dr.*, 1989, 334).

De houder bekomt aldus een rechtstreekse vordering tegen de bank-betrokkene (Rb. Brussel, 18 mei 1984, *J.T.*, 1984, 431 en *Bank Fin.*, 1984/9, 58; Kh. Charleroi, 3 april 1985, *T.B.H.*, 1986, 237).

353. De door de bankier opgenomen garantieplicht met betrekking tot cheques die het bedrag van 7.000,— fr. niet overschrijden, wordt gekwalificeerd als een verbintenis uit eenzijdige wilsuiting (Bergen, 29 juni 1984, *Pas.* 1984, II, 144; Brussel, 27 maart 1990, *J.T.*, 1990, 707, noot Dal, G.A.; Kh. Charleroi, 3 april 1985, *T.B.H.*, 1986, 237 en *J.T.*, 1985, 428; Van Ryn, J. en Heenen, J., *Principes*, III, 1981, nr. 572). Bij miskenning van de garantieplicht stelt de bankier zich bloot aan een gebeurlijke aansprakelijkheidsvordering vanwege de onbetaald gebleven houder (Kh. Charleroi, 3 april 1985, *T.B.H.*, 1986, 237 en *J.T.*, 1985, 428). Een door de trekker gedaan verzet kan door de bankier niet ingeroepen worden om aan zijn waarborgverplichting te ontkomen (*Ibid*).

354. Aan de uitbetalende bank kan geen fout verweten worden, wanneer zij de conformiteit van de handtekening op de cheque met deze op de voorgelegde chequekaart heeft nagekeken (Brussel, 27 maart 1990, *J.T.*, 1990, 707, noot Dal, G.A.; Rb. Brussel, 13 maart 1989, *J.L.M.B.*, 1989, 1168 en *Rev. Rég. Dr.*, 1989, 334).

Dat het om een valse chequekaart ging, is irrelevant, indien de valsheid op het ogenblik van de aanbieding redelijkerwijze niet kon ontdekt worden (Brussel, 17 maart 1981, *B.R.H.* 1982, 148, noot Dal, G.A.; Gent, 20 december 1984, *R.W.*, 1984-1985, 2626; Rb. Brussel, 20 september 1985, *J.T.*, 1986, 10; Kh. Brussel, 29 maart 1990, *D.A.O.R.*, 1991/19, 84, noot Van Gompel, H.).

Dezelfde principes zijn van toepassing op de afhalingen, die gebeuren door middel van een garantiekaart verbonden aan een ,,oranje-rekening'' (Vred. Verviers, 10 februari 1989, *J.T.*, 1990, 312).

355. De uitbetaling van een cheque, waarvan het vermelde kaartnummer niet uit de gebruikelijke acht cijfers bestaat, gaf aanleiding tot uiteenlopende rechtspraak.

De ene rechter merkt dit aan als grove fout van de bankier (Brussel, 28 oktober 1987, *J.L.M.B.*, 1987, 1370; Luik, 2 november 1989, *Rev. Rég. Dr.*, 1990, 76; Rb. Brussel, 13 maart 1989, *J.L.M.B.*, 1989, 1368), zelfs wanneer de uitbetaling in het buitenland geschiedde omdat de buitenlandse bankier als lid van de eurochequeregeling op de hoogte is van het aantal cijfers waaruit Belgische kaartnummers bestaan. De Belgische bank-betrokkene die dit de buitenlandse incasso-bank niet tegenwerpt, begaat aldus een

grove fout (Brussel, 28 oktober 1987, *J.L.M.B.*, 1987, 1370; Luik, 2 november 1989, *J.L.M.B.*, 1990, 1264 en *Rev. Rég. Dr.*, 1990, 76).

De andere rechter, daarentegen, ontkent het karakter van grove fout, omdat de diverse leden van de eurochequeregeling niet hetzelfde aantal cijfers gebruiken bij de bepaling van de kaartnummers en van een bankier niet kan worden verwacht dat hij het aantal cijfers kent dat in elk land gebruikt wordt (Brussel, 27 maart 1990, *J.T.*, 1990, 707, noot Dal, G.A.; Brussel, 29 maart 1990, *D.A.O.R.*, 1991/19, 84, noot Van Gompel, H.). Het gebruikte aantal cijfers kan overigens te allen tijde gewijzigd worden (over deze problematiek, zie ook Dal, G.A. en Corbisier, I., ,,Chronique de jurisprudence. Les instruments de paiement et de crédit (1980-1989)'', *J.T.*, 1990, 438, nr. 61).

356. De uitreiking van een eurochequekaart gaat gepaard met de toekenning van een automatisch krediet van 50.000,— Fr. (vroeger 25.000,— fr.), zodat de betaling van een ongedekte cheque ten belope van dat bedrag niet als grove fout van de bank kan worden aangemerkt (Bergen, 29 juni 1984, *Pas.* 1984, II, 144; Rb. Brussel, 18 mei 1984, *Bank Fin.*, 1984/9, 58 en *J.T.*, 1984, 431; Kh. Brussel, 31 mei 1988, *T.B.H.*, 1990, 72). Te dezen is het gebruik van de term ,,ongedekte cheque'' zelfs verkeerd, aangezien een rechtmatig verkregen krediet als beschikbaar fonds in aanmerking komt (zie *supra*, nrs. 313-314).

Er is ook geen grove fout wanneer geen kaartnummer op de rug van de cheque vermeld werd, omdat het aanbrengen van dat nummer uitsluitend strekt tot het bekomen van een gewaarborgde betaling van 7.000,— fr.(Luik, 21 december 1989, *J.L.M.B.*, 1991, 327; Kh. Brussel, 31 mei 1988, *T.B.H.*, 1990, 72). Inderdaad boven een bedrag van 7.000,— fr. is de vermelding van het kaartnummer volledig irrelevant.

357. Maakt evenmin een grove fout uit, de uitbetaling van cheques waarvan de dagtekening en plaats van uitgifte door de bank werd ingevuld, omdat alleen de handtekening verplicht door de trekker zelf moet aangebracht zijn. Hij mag een derde belasten met de invulling van de overige cheque-vermeldingen (Rb. Brussel, 13 maart 1989, *J.L.M.B.*, 1989, 1168 en *Rev. Rég. Dr.*, 1989, 334). Een ten tijde van de uitgifte onvolledige cheque kan overigens naderhand vervolledigd worden (art. 13 Chequewet) en een cheque welke niet de plaats vermeldt waar hij is getrokken, wordt geacht te zijn ondertekend in de plaats aangegeven naast de naam van de trekker (art. 2, lid 4 Chequewet).

3. *Grove fout en gedeelde aansprakelijkheid*

358. Wanneer in hoofde van de bankier bedrog of grove fout wordt aangetoond, vervalt de aansprakelijkheidsregeling neergelegd in artikel 35bis van de Chequewet en geldt het gemeen recht (Van Rijn, J. en Heenen,

J., *Principes*, III, 1989, nr. 611). Bijgevolg moet de trekker die een samenlopende fout beging, zelf het aandeel van de schade dragen dat aan zijn eigen fout te wijten is (Luik, 2 november 1989, *J.L.M.B.*, 1990, 1264 en *Rev. Rég. Dr.*, 1990, 76). Een dergelijke fout ligt voor, wanneer hij de cheques niet aan de bank heeft teruggegeven bij het afsluiten van de rekening, i.c. 9 jaar voordien (*Ibid*).

4. *Andere gewaarborgde cheques*

359. Onder andere gewaarborgde cheques, verstaat men cheques waaraan een cheque- of garantiekaart andere dan een eurochequekaart verbonden is.

Ten aanzien van dergelijk gewaarborgde cheques gelden *mutatis mutandis* de hoger uiteengezette principes toepasselijk op eurocheques, met dat verschil dat het gewaarborgde bedrag meestal hoger ligt, terwijl het automatisch krediet doorgaans geringer is. De te dezen bestaande rechtspraak is verwerkt in het stuk betreffende de eurocheques (*supra*, nr. 351 e.v.).

§ 3. Verzekering

360. De vrijwillig door banken aangeboden verzekering tegen de risico's van verlies en diefstal van cheques en/of bijhorende chequekaart wordt beheerst door de bepalingen van de verzekeringswet en de polisvoorwaarden. Bij het afsluiten van dit overzicht van rechtspraak is dit nog steeds de wet van 11 juni 1874.

Zo hoeft de verzekeraar niet tussen te komen in geval van grove fout van de verzekerde (art. 16 Verz. W.). Het begrip ,,grove fout'' heeft in de verzekeringswet een eigen betekenis (zie hierover Fredericq, S., ,,L'assurance de la faute lourde'', *R.C.J.B.*, 1971, 31 e.v.; Fredericq, S., Cousy H. en Rogge, J., ,,Overzicht van Rechtspraak (1969-1978). Verzekeringen'', *T.P.R.*, 1981, 398 e.v.).

Meestal is bedongen dat de verzekeringsdekking beperkt is tot de personen die titularis zijn van een bankrekening en over een niet vervallen chequekaart beschikken. Wanneer aan één van die voorwaarden niet is voldaan, moet de verzekeraar niet tussenkomen. Dit is o.m. het geval wanneer de rekening afgesloten werd en de cheques aan de bank niet terugbezorgd werden (Brussel, 25 juni 1990, *J.T.*, 1990, 705; Rb. Charleroi, 5 juni 1990, *J.T.*, 1990, 631). In dergelijk geval is, bij verlies of diefstal van de cheques, de eigenaar nog steeds aansprakelijk op grond van artikel 35bis van de Chequewet (*supra*, nr. 345).

361. Door sommige banken wordt geen verzekeringscontract gesloten. Ze nemen dan zelf de dekking op zich van de door de trekker geleden verliezen ten gevolge van diefstal of verlies van de cheques en/of de chequekaart.

Doorgaans wordt aangenomen dat de verleende dekking moet overeenstem-

men met een normale verzekeringsdekking. Het is de bank niet toegelaten vrij en discretionair de modaliteiten van haar tussenkomst te bepalen (Antwerpen, 24 februari 1987, *D.C.C.R.*, 1988-1989, 189, noot Ponet, B.). Zodoende zou zij de draagwijdte van de dekking volledig kunnen ontkrachten, wat niet aanvaardbaar is vanwege een professionele bankier (Rb. Luik, 30 september 1987, *J.L.M.B.*, 1987, 1776). Dergelijk *obiter dictum* gaat regelrecht in tegen het wilsautonomiebeginsel (art. 1134 B.W.). O.i. ligt de problematiek veeleer in de uitlegging van de geboden dekking.

362. De grove fout of nalatigheid van de trekker is in elk geval van de dekking uitgesloten.

In de onderzochte periode werden volgende beslissingen terzake gewezen:

— Het samen opbergen van de cheques en de chequekaart in een handtas door een dame, die in een groot warenhuis aan het winkelen is, maakt geen grove fout uit terwille van de praktische onmogelijkheid voor een vrouw om in dergelijke omstandigheden de cheques en de kaart afzonderlijk bij te houden (Antwerpen, 24 februari 1987, *D.C.C.R.*, 1988-1989, 187, noot Ponet, B.);

— het achterlaten van chequeformulieren met chequekaart in een handtas in een zelfs slotvaste auto is een grove fout (Rb. Luik, 30 september 1987, *J.L.M.B.*, 1987, 1470). Hiervan wordt soms afgeweken in het licht van bijzondere feitelijke omstandigheden, zoals reizigers die voor zeer korte duur de cheques in hun valies in de autokoffer en de chequekaart in de handschoenendoos van een slotvaste auto achterlaten (Brussel, 17 januari 1990, *J.T.*, 1990, 309);

— het achterlaten van chequeformulieren en chequekaart in een kledingstuk in een niet afgesloten lokaal is een grove nalatigheid (Rb. Brussel, 20 september 1985, *J.T.*, 1986, 10);

— het slachtoffer van een diefstal met braak kan geen grove nalatigheid verweten worden (Brussel, 28 oktober 1987, *J.L.M.B.*, 1987, 1370).

Afdeling 9

DE VERMISTE CHEQUE

363. Hij die onvrijwillig en toevallig buiten bezit van een cheque, is gesteld en geen ander exemplaar kan vertonen, kan de betaling van de vermiste cheque vragen en ze verkrijgen krachtens een beschikking van de Voorzitter van de Rechtbank van Koophandel, mits hij van zijn eigendom doet blijken en tegen borgstelling (art. 58 Chequewet).

Van deze rechtspleging werd gebruik gemaakt door een notaris, toen bleek dat de cheque, die hij als geëndosseerde houder ontvangen had van cliëntenverkopers van een onroerend goed, verloren was gegaan bij het doorsturen ervan naar zijn bank (Vz. Kh. Brussel, 4 oktober 1984, *T.B.H.*, 1985, 319,

noot Krings, M.). De door artikel 58 vereiste borgstelling ten aanzien van de bank-betrokkene bestond in een onherroepelijke en hoofdelijke borgstelling vanwege de bankier van de notaris. De verbintenis van de borg eindigt na zes maanden, indien er gedurende die tijd noch rechtsvordering, noch rechtsvervolging werd ingesteld (art. 60 Chequewet).

AFDELING 10
DE VERJARING

§ 1. Verjaring en onderliggende rechtsverhouding

364. De verjaring van de chequerechtelijke vordering krachtens artikel 52 van de Chequewet blijft zonder invloed op de vorderingen, die tussen rechtstreeks verbonden partijen kunnen worden ingesteld op grond van de onderliggende rechtsverhouding.

De bewijslast aangaande het bestaan van de onderliggende rechtsverhouding rust op de eisende partij (art. 1315 B.W. en art. 870 Ger.W.). De ondertekening van de cheque kan niet worden ingeroepen als schuldbekentenis van de tegenpartij met betrekking tot de onderliggende rechtsverhouding. De cheque kan hooguit dienen als begin van bewijs door geschrift (art. 1347 B.W.). Bijkomende bewijselementen zijn nodig om tot het bestaan van de beweerde onderliggende rechtsverhouding te doen besluiten (Rb. Brussel, 2 mei 1985, *J.T.*, 1985, 427). In de aangehaalde zaak hield eisende partij voor een lening aan verwerende partij te hebben toegestaan, terwijl laatstgenoemde aanvoerde een verkoopsmandaat te hebben gesloten met een vennootschap. De vordering van eisende partij werd afgewezen, omdat zij er niet in slaagde het bestaan van de lening afdoend te bewijzen.

§ 2. Verjaring en onrechtmatige verrijking

365. Een bank die een te incasseren cheque verloor na de houder ervan rechtstreeks te hebben gecrediteerd (*supra*, nr. 318), kan, na verjaring van de cheque, niettemin betaling van de trekker afdwingen op grond van de in de artikelen 48bis en 52bis van de Chequewet voorziene onrechtmatige verrijking (Kh. Antwerpen, 3 juni 1988, *Bank Fin.*, 1989, 331, kritische noot Kruithof, M. die, gelet op het subsidiair karakter van de vordering wegens onrechtmatige verrijking, van oordeel is dat de bijzondere procedure voor vermiste cheques neergelegd in de artikelen 58 e.v. van de chequewet diende ingesteld te worden). Wanneer de cheque verloren gaat, verrijkt de trekker zich onrechtmatig wanneer hij de genoten prestatie uit de onderliggende overeenkomst niet wil betalen (De Vroede, P., *o.c.*, nr. 361).

Vandaar ook dat de verjaring van de cheque geen beletsel vormt voor de rechtstreeks contracterende partijen uit de onderliggende overeenkomst om op andere gronden tegen elkaar te vorderen, bv. wegens vermogensvermeerdering zonder oorzaak (Antwerpen, 17 mei 1989, *Rev. Not. B.*, 1990, 214).

AFDELING 11
DE STRAFSANCTIES

Aangaande de strafsancties, zie ook *supra*, nrs. 312-316.

§ 1. De strafsancties in de chequewet

366. Hij die wetens en willens een cheque uitgeeft zonder voorafgaand, toereikend en beschikbaar fonds wordt gestraft met gevangenisstraf van 1 maand tot 2 jaren en met geldboete van 26,— fr. tot 3.000,— fr. (art. 61, 1° Chequewet). In Frankrijk werd dit misdrijf afgeschaft, maar de Franse wetgever voerde tegelijkertijd een vereenvoudigde tenuitvoerleggingsprocedure in ten gunste van de slachtoffers van ongedekte cheques (zie daarover Chaput, Y., ,,La loi n° 91-1382 du 30 décembre 1991 relative à la sécurité des chèques et des cartes de paiement'', *Dall.*, 1992, Chron., 101-108).

,,Wetens en willens'' duidt op het *moreel bestanddeel* van het misdrijf. Om strafbaar te zijn moet, doch is het ook voldoende dat de trekker bewust gehandeld heeft.

367. De omstandigheid dat sommige verplichte vermeldingen voor de rechtsgeldigheid van de cheque (zie art. 1 Chequewet) ontbreken, staat niet noodzakelijk de bestraffing in de weg, nu daarmee de bescherming van het publiek en een vlot en veilig handelsverkeer wordt beoogd (Cass., 5 mei 1982, *A.C.*, 1981-1982, 1087, *R.D.P.*, 1982, 792 en *R.W.*, 1982-1983, 1313, noot Vandeplas, A.: i.c. niet vermelding van dagtekening en plaats van uitgifte. De niet vermelding van de plaats van uitgifte schept overigens niet het minste probleem, aangezien art. 2, lid 4 Chequewet bepaalt dat in dergelijk geval de cheque geacht wordt te zijn ondertekend in de plaats aangegeven naast de naam van de trekker). De verklaring ligt ook in de autonomie van het strafrecht (Corr. Neufchâteau, 18 december 1984, *R.D.P.*, 1985, 595).

368. Het feit dat de cheque uitgeschreven werd om speelschulden of om met de goede trouw strijdige daden af te betalen, vormt evenmin een beletsel voor de strafrechtelijke vervolging van de beschuldigde (Antwerpen, 13 april 1989, *R.W.*, 1989-1990, 304). De strafvervolging staat los van de burgerlijke partijstelling, die wel onontvankelijk zou zijn wegens een met de goede zeden strijdige oorzaak.

369. In elk geval moet aangetoond worden dat de trekker wist dat de cheque niet gedekt was. De betichte zaakvoerders van een B.V.B.A. werden alzo vrijgesproken, omdat de rekening van de B.V.B.A. gecrediteerd was geweest met een bedrag van 100.000,— fr. ingevolge de boeking van een van een derde ontvangen cheque, die nadien ongedekt bleek te zijn, waarna de rekening met eenzelfde bedrag gedebiteerd werd. De zaakvoerders hadden

hiervan slechts drie dagen later kennis gekregen bij de ontvangst van het rekeninguittreksel. De cheque die zij intussen zelf uitgegeven hadden, was dus niet ,,wetens en willens'' ongedekt (Corr. Tongeren, 28 september 1983, *Limb. Rechtsl.*, 1984, 109, kritische noot Hanssen, M., met beschouwingen over het ,,weten'' en het ,, behoren te weten''. Zie ook Wymeersch, E., noot onder Brussel, 18 april 1981, *T.B.H.*, 1984, 108-110).

370. Het misdrijf voltrekt zich op het ogenblik dat de cheque uitgegeven wordt en de uitgifte gebeurt op het ogenblik dat de cheque in omloop wordt gebracht of aan de rechthebbende is overhandigd, ook al wordt hij niet of pas later ter betaling aangeboden (Cass., 15 maart 1988, *A.C.*, 1987-1988, 926. Voor vroegere cassatierechtspraak, zie Nelissen Grade J.M. en Merchiers, Y., *l.c.*, *T.P.R.*, 1981, 1131, nr. 92).

§ 2. Oplichting (Art. 496 S.W.)

371. De overhandiging van een ongedekte cheque kan tevens als een listige kunstgreep in de zin van artikel 496 van het Strafwetboek aangemerkt worden, met als gevolg dat de trekker wegens oplichting vervolgd kan worden (Cass. 30 mei 1988, *R.W.*, 1988-1989, 715, noot Spriet, B.). Om aan de kwalificatie van artikel 496 van het Strafwetboek te beantwoorden, is dan wel vereist dat de overhandiging van de ongedekte cheque bepalend is geweest voor de levering van voorwerpen of de terbeschikkingstelling van fondsen (Corr. Luik, 22 maart 1982, *J.L.*, 1982, 319, noot Piedboeuf, F.; Messine, J. ,,Aspects nouveaux de l'émission de chèques sans provision'', *R.D.P.*, 1973-1974, 135). Dit is het geval wanneer de overhandiging van de cheque de levering van vee voor gevolg heeft (Corr. Neufchâteau, 18 december 1984, *R.D.P.*, 1985, 595). Dit is ook het geval wanneer een cheque afgegeven wordt aan de chauffeur van een leverancier van koopwaren en de chauffeur belet wordt zijn werkgever te contacteren om te vernemen of hij de goederen mag afgeven in ruil voor een cheque (Luik, 28 juni 1988, *J.L.M.B.*, 1989, 522).

Dit is niet het geval wanneer een cheque uitgegeven werd met het oog op de vereffening van een voorafbestaande ,,drank''schuld (Antwerpen, 16 maart 1990, *R.W.*, 1991-1992, 47, noot Winants, A.).

§ 3. Burgerlijke partijstelling en te bekomen schadevergoeding

372. De rechtsvordering tot herstel van de schade door het misdrijf *veroorzaakt*, behoort aan hen toe die de schade hebben geleden (art. 3 Wb.Sv.).

Hieruit wordt afgeleid dat enkel de schade die in oorzakelijk verband staat met het misdrijf door de schuldige vergoed moet worden, d.i. de schade die niet zou zijn ontstaan zonder het strafbaar feit (Dalcq, R.O., ,,La constitution de partie civile de la victime de l'émission de chèque sans provision'',

J.T., 1987, 23; De Vroede, P., *o.c.*, nrs. 334-336). De burgerlijke partij kan als dusdanig op volgende schadevergoeding aanspraak maken:

— de terugbetaling van de protestkosten (Antwerpen, 17 juni 1988, *R.W.*, 1989-1990, 51, noot Merckx, D.);

— de gederfde interest op het bedrag dat bij de aanbieding van de cheque had moeten uitbetaald worden (Antwerpen, 17 juni 1988, *R.W.*, 1989-1990, 51, noot Merckx D.; Corr. Luik, 22 maart 1982, *J.L.*, 1982, 319, noot Piedboeuf, F.);

— de kosten van opzoekingswerk en briefwisseling (Merckx, D., noot onder Antwerpen, 17 juni 1988, *R.W.*, 1989-1990, 52, nr. 2);

— het feit niet op vakantie te kunnen vertrekken ingevolge de ontvangst van een ongedekte cheque (Dal, G.A., ,,La constitution de partie civile de la victime de l'émission de chèque sans provision'', *J.T.*, 1975,22). De raming van dit schade-element gebeurt *ex aequo et bono*;

— de morele schade bestaande uit de moeilijkheden die de burgerlijke partij heeft ondervonden om haar eigen verbintenissen na te komen (cf. Dalcq, R.O., *l.c.*, 22, nr. 3).

373. Wat het *bedrag* van de *onbetaalde cheque* betreft, dient een onderscheid te worden gemaakt naargelang de cheque uitgegeven werd ter betaling van een voordien bestaande schuld of tot vergoeding van een gelijktijdige en rechtstreekse tegenprestatie (bv. levering van goederen) (Cass. 8 oktober 1985, *A.C.*, 1985-1986, 138; Corr. Namen, 9 oktober 1981, *Rev. Rég. Dr.*, 1982, 56; De Vroede, P., *o.c.*, nrs 337 e.v.; Van Rijn, J. en Heenen, J., *Principes*, III, 1981, nr. 536. Zie ook de uitstekende synthese in Merckx, D., noot onder Antwerpen, 17 juni 1988, *R.W.*, 1989-1990, 51 en in Nelissen Grade, J.M. en Merchiers, Y., *l.c.*, *T.P.R.*, 1981, 1135-1136).

Indien de schuld reeds vóór de uitgifte van de cheque bestond, d.w.z. dat de cheque niet onmiddellijk of gelijktijdig bij het ontstaan van de schuld (bv. uit overeenkomst) is uitgegeven, bestaat er geen causaal verband tussen de uitgifte van de (ongedekte) cheque en het onbetaalde schuldbedrag. De burgerlijke partij kan dan, binnen het kader van de strafprocedure, geen schadevergoeding bekomen voor het onbetaalde bedrag van de schuld (Antwerpen, 17 juni 1988, *R.W.*, 1989-1990, 51, noot Merckx, D.; Antwerpen, 16 maart 1990, *R.W.*, 1991-1992, 47, noot Winants, A.).

In geval van oplichting staat daarentegen het causaal verband tussen de uitgifte van de ongedekte cheque en de niet-voldoening van de onderliggende schuld zonder meer vast (Winants, A., noot onder Antwerpen, 16 maart 1990, *R.W.*, 1991-1992, 48). Immers, dit misdrijf impliceert dat de cheque uitgegeven wordt met de bedoeling zich een zaak te doen afgeven (zie *supra*, nr. 371).

374. De leer van de *samenlopende fouten* maakt dat bij toekenning van schadevergoeding aan de burgerlijke partij rekening moet worden gehouden

met de omstandigheid of zij kennis had van het ontbreken van fonds bij de uitgifte (Cass., 15 maart 1988, *A.C.*, 1987-1988, 926). De dader moet inderdaad niet instaan voor de schade die het gevolg is van de fout van het slachtoffer (Cass. 2 april 1936, *Pas.*, 1936, I, 208; De Page, H., *Traité*, II, nr. 958).

AFDELING 12

ACCREDITIEVEN, GIROBONS EN GIRO- OF OVERSCHRIJVINGSMANDATEN

375. Krachtens artikel 66 van de Chequewet, zijn de bepalingen van de Chequewet toepasselijk op accreditieven, girobons, giro- of overschrijvingsmandaten en bankbiljetten aan order.

De rechtsleer heeft weinig aandacht besteed aan die bepaling, wellicht omdat in de praktijk zelden of nooit van de erin vermelde titels gebruik wordt gemaakt (zie Simont, L. en Bruyneel, A. ,,Chronique de droit bancaire privé. Les opérations de banque (1979-1986),'' *Bank Fin.*, 1987/6, 42-43).

376. De girobons of giromandaten mogen in geen geval verward worden met *gewone overschrijvingen*. Gewone overschrijvingsformulieren bevatten inderdaad de voorgedrukte tekst dat ze niet ter betaling mogen aanvaard worden. Ze kunnen dus onmogelijk met een cheque worden gelijkgesteld en worden derhalve niet beheerst door de bepalingen van de chequewet.

Volkomen terecht werd dan ook beslist dat:

— gewone overschrijvingen, in tegenstelling met de cheque (art. 32 Chequewet), te allen tijde herroepbaar zijn tot op het ogenblik van de debitering van de rekening van de opdrachtgever (Bergen, 25 september 1984, *T.B.H.*, 1985,686, die Kh. Charleroi, 24 februari 1981, *Bank Fin.* 1985/6,39 bevestigt);

— de aansprakelijkheid, die voortvloeit uit het misbruik van overschrijvingsformulieren, beoordeeld moet worden overeenkomstig het gemeen recht en niet krachtens de artikelen 35 en 35bis van de Chequewet (Kh. Brussel, 28 februari 1985, *T.B.H.*, 1986, 626). Het betrof drie overschrijvingen ondertekend door een daartoe niet gemachtigde bediende van een B.V.B.A.

In de rechtspraak bestaat nochtans de (verkeerde) tendens tot gelijkstelling van (gewone) overschrijvingen en giromandaten (zie Mil.Gerechtsh., 17 juni 1980, *J.T.*, 1982, 311). Zo werd toepassing gemaakt van artikel 35bis van de Chequewet in een geval waarbij een zoon betalingen had verricht met vader's overschrijvingsformulieren, die hij zich onrechtmatig had toegeëigend (Rb. Gent, 9 september 1987, *R.W.*, 1988-1989, 652. Zie ook de rechtspraak aangehaald door De Vroede, P., *o.c.*, nr. 297).

BEVOEGDHEID EN PROCEDURE - BEWIJS EN VERJARING

AFDELING 1
BEVOEGDHEID

377. *Bevoegdheid van de rechtbank van koophandel - Geschil tussen handelaars m.b.t. daden van koophandel.*

De Rechtbank van Koophandel, is bevoegd om kennis te nemen in eerste aanleg van de geschillen tussen kooplieden, die handelingen betreffen die de wet als daden van koophandel aanmerkt en die niet onder de algemene bevoegdheid van de vrederechter vallen (art. 573, 1° Ger. W.). Relevant is dat de partijen op het tijdstip van de litigieuse handeling koopman waren, ongeacht of één van hen die hoedanigheid vóór de dagvaarding zou verloren hebben (Cass., 18 mei 1984, zie Merchiers, Y., ,,Overzicht van Rechtspraak (1982-1986)'', *T.P.R.*, 1987, 1849.

De Rechtbank van Koophandel is derhalve bevoegd om kennis te nemen van het geschil tussen een handelsvennootschap en een tussenpersoon in zijn hoedanigheid van verzekeringsmakelaar (Arrondrb. Luik, 23 mei 1991, *J.L.M.B.*, 1991, 980).

378. *Bevoegdheid van de rechtbank van koophandel - Eiser is geen handelaar.*

De Rechtbank van Koophandel is eveneens bevoegd om kennis te nemen van geschillen die betrekking hebben op een handeling die de wet als daad van koophandel aanmerkt en die niet onder de algemene bevoegdheid van de vrederechter vallen, hoewel de eiser niet de hoedanigheid van handelaar heeft.

De Voorzitter van de Rechtbank van Koophandel te Gent (13 juli 1989, *T.G.R.*, 1989, 160) heeft zich derhalve bevoegd verklaard om kennis te nemen van een vordering ingesteld door particulieren die beweren eigenaars te zijn van een schilderij en die ertoe strekte een verkoopgalerie verbod te horen opleggen om het schilderij, dat door de galerie te koop was aangeboden, te verkopen.

379. *Bevoegdheid ratione loci - Bevoegdheidsclausule op factuur.*

Facturen bevatten dikwijls bevoegdheidsaanduidingen ratione loci waarbij de rechter van de woonplaats of maatschappelijke zetel van de handelaar als bevoegde rechter wordt aangeduid om kennis te nemen van alle geschillen.

Bij ontvangst zonder protest door een handelaar van een dergelijke factuur werd aangenomen dat de bevoegdheidsaanduiding ratione loci werd aanvaard (Vred. Brussel, 13 november 1986, *T. Vred.*, 1988, 84).

AFDELING 2
PROCEDURE

380. *Ontvankelijkheid van de vordering. Inschrijving in het handelsregister.*

Elke hoofdeis, tegeneis of eis in tussenkomst welke zijn grond vindt in een handelswerkzaamheid waarvoor de verzoeker niet ingeschreven was vóór het instellen van de vordering is onontvankelijk (art. 42 Handelsregisterwet). Naar de rechtspraak van het Hof van Cassatie (Cass, 6 oktober 1971, *Pas.*, 1972, I, 131) is deze sanctie enkel toepasselijk wanneer de vordering haar oorsprong vindt in de handelsactiviteit.

Zijn handelaars zij die daden van koophandel stellen, en daarvan hoofdzakelijk of aanvullend, hun gewoon beroep maken (art. 1 W. Kh.). Elke verbintenis van kooplieden om het even of ze slaat op onroerende of roerende goederen wordt als daad van koophandel aangemerkt, tenzij bewezen is dat ze een oorzaak heeft vreemd aan de handel.

De vorderingen door een herbergier ingesteld strekkende enerzijds tot hernieuwing van de handelshuurovereenkomst van het door hem geëxploiteerd café en anderzijds tot herstellingen aan het gehuurde goed vinden hun grond in de handelswerkzaamheid. Het vonnis dat de vordering ontvankelijk verklaart hoewel de eiser niet in het handelsregister was ingeschreven, werd dan ook verbroken (Cass., 14 april 1989, *A.C.*, 1987-88, 1023).

Bij toepassing van deze beginselen werden eveneens onontvankelijk verklaard wegens gebrek aan inschrijving in het handelsregister voor de betreffende handelsactiviteit:

— de vordering tot betaling van commissieloon voor in het kader van een agentuurovereenkomst geleverde prestaties (Rb. Turnhout, 22 juni 1989, *Turnh. Rechtsl.*, 1990, 62)

— de vordering in betaling van facturen ingesteld door een handelaar die nooit in het handelsregister was ingeschreven (Rb. Turnhout, 6 juni 1989, *Turnh. Rechtsl.*, 1989, 63).

— een vordering wegens verkoop van tuinhuisjes, serren, chalets, garages en woningen die wel binnen het maatschappelijk voorwerp van de eisende vennootschap valt, is onontvankelijk nu de inschrijving in het handelsregister genomen werd als verwarmingsonderneming en keukeninstallatie (Antwerpen, 8 april 1987, *Pas.*, 1987, II, 151).

Daarentegen is geen aanduiding van inschrijving in het handelsregister vereist, voor de zakelijke vordering wegens aantasting van de eigendom van de handelaar die alsdusdanig volledig vreemd is aan zijn handelsactiviteit (Rb. Luik, 6 januari 1987, *J.L.M.B.*, 1987, 427).

381. *Inschrijving in het handelsregister - Akte van hoger beroep.*

In een akte van hoger beroep moet het nummer van de inschrijving in het handelsregister niet worden vermeld (Arbh. Brussel, 26 januari 1990, *R.W.*, 1990-91, 22).

382. *Vrijheid van bewijsmiddel inzake koophandel.*

Een commerciële verbintenis kan vrij worden bewezen (art. 25 W. Kh.) (Bergen, 14 oktober 1987, *Pas.*, 1988, II, 37; Bergen, 28 maart 1990, *Pas.*, 1990, II, 191 inzake lastgeving).

Het Hof van Cassatie heeft dan ook het vonnis verbroken waarbij een rechtbank had geoordeeld dat het bewijs van de omvang van een handelshuurovereenkomst m.b.t. het voor de handel van de koopman in huur genomen onroerend goed, overeenkomstig de regels van burgerlijk recht diende geleverd (Cass., 21 januari 1988, *A.C.*, 1987-88, 634).

Zie ook wat betreft het bewijs van een lening in het kader van de handelsactiviteit: Bergen, 3 mei 1989, *Rev. Not. B.*, 1990, 39.

Inzake koophandel kan ook tegen en boven de inhoud van een geschrift bewijs worden geleverd door alle middelen van recht (Bergen, 24 maart 1987, *Pas.*, 1987, II, 130).

383. *Geschil tussen handelaar en niet-handelaar - Bewijs tegen de handelaar.*

Tegen een handelaar kan bewijs worden geleverd door alle middelen van recht.

Het Hof van Cassatie verbrak het vonnis waarbij een rechtbank in een geschil tussen een koopman en een niet-koopman over het bestaan of over de bepalingen van een overeenkomst, het bewijsaanbod van de niet-handelaar om bewijs te leveren door alle middelen van recht had afgewezen (Cass., 18 januari 1990, *R.W.*, 1989-90, 1432).

384. *Bewijsmiddel „Affidavit".*

De bewijsregelen in handelszaken verzetten zich niet tegen de voorlegging van een „affidavit" (in casu verklaringen uitgaande van personeelsleden) als beoordelingselement (Antwerpen, 14 mei 1986, *Rechtspr. Antw.*, 1989-90, 173).

385. *Bewijs door getuigen en vermoedens tegen een geschrift.*

Inzake koophandel kan met getuigen en vermoedens bewijs worden geleverd boven of tegen de inhoud van een geschrift (Van Ryn en Heenen, *Principes*, III, (1981) nr. 37).

Een particulier had een bestelbon ondertekend m.b.t. renovatiewerken aan de gevel van zijn huis. Deze bestelbon bevatte geen enkel voorbehoud. Aan de hand van overeenstemmende vermoedens werd nochtans aangenomen dat de bestelling slechts gebeurde onder opschortende voorwaarde van het bekomen van een renovatiepremie, die achteraf niet werd verkregen (Bergen, 31 maart 1987, *J.L.M.B.*, 1987, 770).

386. *Bewijs van een dading.*

Een dading door een handelaar gesloten binnen het kader van zijn handelsuitbating heeft een zuiver handelsrechtelijk karakter. Artikel 2044 lid 2 B.W. eist evenwel dat een dading schriftelijk opgemaakt wordt. Kan een dading inzake koophandel bewezen worden door alle middelen van recht?

De Rechtbank van Koophandel te Gent redeneerde terzake uiterst voorzichtig. De rechtbank treedt de stelling bij dat een dading die door een handelaar gesloten wordt binnen het kader van zijn handelsexploitatie, een zuiver handelskarakter heeft, derwijze dat art. 2044 lid 2 B.W. geen toepassing vindt, doch meent tevens dat gezien de verregaande gevolgen van een dading, het getuigenbewijs slechts in uitzonderlijke gevallen kan toegestaan worden waartoe het haar voorgelegd geschil niet kan gerekend worden. Immers, zo vervolgt de rechtbank, maakt het zowel een verplichting uit in hoofde van een voorzichtige handelaar, als een handelsgebruik om een dading, die afhankelijk gesteld werd van de naleving van bepaalde voorwaarden, schriftelijk te bevestigen (Kh. Gent, 12 oktober 1989, *T.G.R.*, 1989, 169).

Deze redenering valt goed te keuren. Op grond van reeds lang vaststaande cassatierechtspraak behoort het vereiste van het geschrift niet tot het wezen van de dading, doch wordt het enkel als bewijsmiddel opgelegd. Daarom werd op grond van de algemene bepaling van art. 1347 B.W. getuigenbewijs toegelaten bij begin van schriftelijk bewijs (Cass., 25 april 1844, *Pas.*, 1844, I, 152). Zo dient ook geredeneerd inzake koophandel: bewijs door getuigen en vermoedens is toegelaten doch moet met veel voorzichtigheid beoordeeld worden wegens de verzakingen inherent aan een dading.

387. *De factuur als bewijsmiddel van primaire verbintenissen uit overeenkomst.*

Koop en verkoop kunnen bewezen worden door een aangenomen factuur, onverminderd de overige door de handelswet toegelaten bewijsmiddelen (art. 25 lid 2 W. Kh.). Algemeen wordt aanvaard dat de factuur ook als bewijsmiddel mag dienen voor andere overeenkomsten (Van Ryn en Heenen, *Principes*, III, 2de dr., n° 59).

Geldt de factuur als bewijsmiddel dan is ze echter niet het enige bewijsmiddel. Het feit dat op het ogenblik van het instellen van een vordering in betaling nog geen factuur werd uitgeschreven, tast de toelaatbaarheid van een contractuele eis niet aan (Kh. Brussel, 24 mei 1988, *T.B.H.*, 1991, 505). Evenzo kan, hoewel een handelaar geen factuur voor werken heeft uitgeschreven, niettemin worden vermoed dat hij betrokken is bij de werken indien hij nalaat te protesteren tegen een ingebrekestelling om de werken uit te voeren (Kh. Mechelen (Voorz.), 13 januari 1989, *T.B.H.*, 1991, 533).

De factuur is een bewijsmiddel van ,,primaire'' verbintenissen uit overeenkomst, zoals de levering van goederen of het presteren van diensten. Secundaire verbintenissen uit overeenkomst (schadevergoedingen na wan-

prestatie) of uit onrechtmatige daden daarentegen geven geen aanleiding tot het opmaken van facturen. Werd voor deze secundaire verbintenissen uit overeenkomst toch een zogenaamde factuur opgemaakt, dan gelden deze documenten niet als bewijsmiddel in de zin van artikel 25 W. Kh. (Kh. Brussel, 10 augustus 1989, *T.B.H.*, 1990, 506; Kh. Gent, 27 maart 1990, *T.B.H.*, 1991, 508; Kh. Brussel, 1 juni 1990, *T.B.H.*, 1991, 510; Kh. Brussel, 5 september 1990, *T.B.H.*, 1991, 515). Dergelijke onechte facturen dienen niet te worden geprotesteerd (Kh. Brussel, 10 augustus 1989 *loc. cit.*). Ofschoon onregelmatig mist dergelijke onechte factuur nochtans niet alle bewijskracht. Wanneer geen tegensprekelijke vaststelling van schade is gebeurd kan de rechter rekening houden met de reactie van de schuldenaar, zoals hij zou doen bij de beoordeling van briefwisseling. Het bedrag als dusdanig wordt, wegens afwezigheid van protest, echter niet bewezen door de factuur (Kh. Brussel, 1 juni 1990, *loc. cit.*).

388. *De factuur als bewijsmiddel - Geldigheidsvoorwaarden.*

Het K.B. nr. 1 van 23 juli 1969 (art. 2, 1°) legt de verplichting op aan de leverancier om het volgnummer van de factuur te vermelden. Het gebrek aan dergelijke vermelding heeft de nietigheid ervan echter niet tot gevolg, noch de ontoelaatbaarheid van de vordering (Kh. Gent, 31 januari 1991, *T.G.R.*, 1991, 74).

Bij onjuiste vermelding van naam en adres op de factuur geldt deze niet meer als bewijs (Gent, 10 oktober 1990, *T.G.R.*, 1991, 26).

389. *De factuur als bewijsmiddel - Factuur voor nog niet uitgevoerde prestaties.*

Een factuur was uitgeschreven door een — achteraf failliet verklaarde — vennootschap op het ogenblik dat de gefactureerde prestaties nog niet waren geleverd. De factuur was niet geprotesteerd geworden. Na faillissement van de leverancier weigerde de debiteur de factuur te betalen. Het Hof van Beroep te Brussel (1 maart 1988, *T.B.H.*, 1989, 555) stelde dat deze factuur de geschreven bevestiging is van een schuldvordering. Hoewel het gebruikelijk is, behoort het evenwel niet tot de essentie van de factuur dat de gefactureerde prestaties reeds uitgevoerd zijn. Enkel wanneer de schuldvordering pas ontstaat nadat de beloofde prestatie is uitgevoerd, mag de factuur slechts na uitvoering van de prestatie worden uitgeschreven.

390. *De factuur als bewijsmiddel - Laattijdige factuur.*

Een factuur die lange tijd na de uitvoering van de werken werd opgesteld, heeft, gelet op de gegevens van de zaak, geen bewijskracht (Kh. Brussel, 8 maart 1989, *T.B.H.*, 1991, 519 (na 5 maanden); Kh. Brugge, 7 december 1989, *R.W.*, 1990-91, 96 (na 2 jaar); Vred. Komen, 25 februari 1991, *T. Vred.*, 1991, 155 (na 8 maanden).

391. *De factuur als bewijsmiddel - Bewijs van ontvangst.*

Een verkoper steunde zijn vordering tot betaling op de stilzwijgende aanvaarding van de factuur, omdat de koper de facturen niet tijdig zou hebben geprotesteerd. De kopers hielden voor dat de facturen niet op of rond de factuurdatum werden ontvangen, maar slechts maanden later. Dit argument was door de appelrechter als ongeloofwaardig verbroken. Dit arrest werd door het Hof van Cassatie terecht verworpen. De verkoper die zijn vordering tot betaling grondt op de stilzwijgende aanvaarding van facturen, voortvloeiende uit de afwezigheid van tijdig protest tegen die facturen, moet bewijzen op welke datum de facturen bij de geadresseerde toekwamen. In zoverre die datum wordt betwist, kan de rechter zijn beslissing dat de facturen werden ontvangen rond de factuurdatum niet gronden, zonder de bewijslast om te keren en artikel 25 lid 2 B.W. te schenden, op de enkele grond dat het verweer van de koper betreffende de ontvangstdatum van de facturen niet geloofwaardig voorkomt (Cass., 8 november 1991, *T.B.H.*, 1992, 134).

In het licht van dit recent cassatiearrest moet de stelling van de rechtbank van koophandel te Brussel (10 mei 1990, *T.B.H.*, 1991, 522) waarnaar bij betwisting over het niet-ontvangen van een factuur, een vermoeden van toezending kan worden afgeleid uit het factuurboek van de leverancier op grond van art. 20 W. Kh., worden verworpen.

392. *De factuur als bewijsmiddel - Onduidelijke beschrijving van geleverde prestaties.*

Een factuur die geen enkele precieze beschrijving geeft van de geleverde prestaties en van de gemaakte kosten, kan niet geacht worden stilzwijgend aanvaard te zijn. Het is de wederpartij immers niet mogelijk de juistheid van de factuurbedragen te controleren (Kh., Brussel, 25 mei 1990, *T.B.H.*, 1991, 523; Kh. Brussel, 11 juli 1990, *T.B.H.*, 1991, 527).

393. *De factuur als bewijsmiddel - Protest.*

Om een bewijs uit te maken van de onderliggende overeenkomst dient de factuur door de klant te zijn aangenomen.

Indien uit de briefwisseling waarbij een factuur wordt geprotesteerd blijkt dat de debiteur om uitleg verzoekt betreffende de aangerekende prijs voor een verrichte dienst en hij hierop geen antwoord krijgt, geldt de factuur niet als bewijsmiddel van de prijs der gefactureerde diensten (Kh. Brussel, 11 juli 1990, *T.B.H.*, 1991, 527).

Een factuur die na telefonische contacten tussen partijen opnieuw aan de schuldenaar werd gestuurd en door hem in ontvangst werd genomen en niet meer geprotesteerd, werd als aanvaard beschouwd (Kh. Brussel, 22 oktober 1990, *T.B.H.*, 1991, 529).

Zo ook wanneer, na betwisting van facturen, een creditnota zonder voorbehoud wordt aanvaard, moet worden vermoed dat het gecrediteerde bedrag

overeenstemt met het betwiste bedrag (Kh. Brussel, 24 september 1989, *T.B.H.*, 1991, 526).

Aanbod om met getuigen te bewijzen dat men een factuur tijdig protesteerde is niet opportuun, wanneer partijen briefwisseling voerden over verschillende punten en de schuldenaar zijn klachten nopens de factuur niet schriftelijk kenbaar maakte (Kh. Brussel, 9 november 1990, *T.B.H.*, 1991, 530).

394. *De factuur als bewijsmiddel - Aanvaarding van de factuurvoorwaarden - Factuur in andere taal opgesteld.*

Facturen bevatten veelal bepalingen omtrent de betalingsmodaliteiten en de sancties voor niet eerbiediging daarvan en soms ook nog andere bepalingen. Maken deze voorwaarden deel uit van de overeenkomst tussen partijen, zodat de schuldenaar daardoor gebonden is?

Aangenomen wordt dat aanvaarding van de factuur zonder protest, aanvaarding van de factuurvoorwaarden impliceert.

Een Nederlandstalige debiteur die een in het Frans opgestelde factuur had ontvangen, betwistte gebonden te zijn door de op de factuur vermelde algemene voorwaarden. Beslist werd dat bij ontvangst van een in een andere taal opgestelde factuur de debiteur verplicht is hetzij de factuur met de factuurvoorwaarden te doen vertalen, hetzij onmiddellijk bij de leverancier te protesteren en te eisen dat hij hiervoor zelf zou zorgen, doch geenszins gerechtigd is te beweren dat hij een deel van de vermeldingen (in casu de gefactureerde leveringen) aanvaardt, en de andere (algemene factuurvoorwaarden) niet, wegens de gebruikte taal (Kh. Oudenaarde, 16 oktober 1986, *R.W.*, 1987-88, 478).

395. *De factuur als bewijsmiddel - Langdurige niet inroeping van de factuurvoorwaarden.*

Wanneer gedurende geruime tijd de schuldeiser de toepassing van de factuurvoorwaarden niet inroept, kan worden vermoed dat hij van de toepassing van die voorwaarden onder partijen afstand heeft gedaan (Kh. Huy, 2 november 1988, *J.L.M.B.*, 1989, 82; Kh. Brussel, 8 april 1990, *T.B.H.*, 1991, 551; anders: Vred. Gent, 3 januari 1989, *T.G.R.*, 1989, 128).

AFDELING 4
VERJARING

396. *Korte verjaring van artikel 2272 B.W.*

Artikel 2272 B.W. bepaalt dat de rechtsvorderingen van kooplieden, wegens de koopwaren die zij verkopen aan personen die geen koopman zijn, door verloop van een jaar verjaren.

Deze korte verjaring werd toegepast op een intercommunale die stroom levert, en als een handelaar dient aangemerkt voor de levering van stroom aan particulieren (Vred. Genk, 8 oktober 1985, *Limb. Rechtsl.*, 1989, 43).

Deze korte verjaring kan enkel worden ingeroepen wanneer de schuldvordering betrekking heeft op weinig belangrijke leveringen die gewoonlijk zonder geschrift gebeuren en die men over het algemeen vlug betaalt. Ze is niet van toepassing wanneer de schuldeiser-handelaar een comptabiliteit voert en geregeld facturen opstuurt die men moet protesteren om er bewijskracht aan te ontnemen (Vred. Fosses-la-Ville, 12 november 1986, *Rev. Rég. Dr.*, 1987, 271 (terzake levering van benzine door een grote garage); Vred. Bilzen, 4 december 1989, *Limb. Rechtsl.*, 1991, 166 (terzake levering van stookolie)).

397. *Korte verjaring van de wet van 1 mei 1913.*

De wet van 1 mei 1913 (art. 5) bevat een gelijkaardige korte verjaring van 1 jaar: de schuldvorderingen van kooplieden en ambachtslieden voor verkochte goederen of uitgevoerde werken voor niet kooplieden verjaren na verloop van één jaar te rekenen van het burgerlijk jaar binnen hetwelk de koopwaren werden verkocht of de werken uitgevoerd.

Deze korte verjaring is slechts toepasselijk op ,,kleine'' handelaars; aldus werd beslist dat zij niet kon worden opgeworpen aan een garagist die een belangrijke onderneming voert waarvan de hoofdactiviteit bestaat in de verkoop van auto's (Vred. Fosses-la-Ville, 12 november 1986, *Rev. Rég. Dr.*, 1987, 271 (één van de grootste garages van de provincie met verkoop van 800 auto's per jaar en 23 personeelsleden).

De korte verjaring is evenmin toepasselijk op aannemers: de schuldvorderingen van aannemers worden beheerst door de algemene bevrijdende verjaringstermijnen (Gent, 24 februari 1988, *T.G.R.*, 1988, 56).