

De aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad van de bankier in de regeling van het faillissement van zijn cliënt

Eric J.H. Moons

I. Inleiding

1. In de regeling van het faillissement kennen we in ons rechtssysteem enkele belangrijke perioden : enerzijds de zgn. « verdachte periode », die loopt van 10 dagen voor het vonnis dat de staking van betaling vaststelt tot aan het vonnis van faillissement, en anderzijds de perioden ervoor en erna, waarvan de laatste loopt tot het eventueel eerherstel. De handelingen door de gefailleerde verricht in de verdachte periode kunnen worden nietig verklaard op grond van de art. 445, 446, 447 en 448 Faill.W.. Wat betreft de voorgaande periode, kan men nog steeds een beroep doen op art. 448 Faill.W., de zgn. faillissementspauliana.

Het probleem dat hier wordt onderzocht is de rol die de art. 1382-1383 B.W. in deze materie kunnen spelen, waarbij wij ons beperken tot een onrechtmatige daad gesteld door de bankier-crediteur van de gefailleerde.

II. Onrechtmatige daad : Fout - Schade - Causaal verband Actio paulinia : Eventus damni - Animus fraudandi

2. Bij de actio pauliana moet de eiser bewijzen dat er zich een onvermogenheid — of een vermeerdering van onvermogenheid — heeft voorgedaan, die een rechtstreeks gevolg is van de aangevochten handeling. Ook moet hij de conscientia fraudis van de

contractanten aantonen (1)(2). Ingeval van een vordering op grond van onrechtmatige daad dient de eiser te bewijzen hoe de verweerder zich heeft gedragen, dat deze gedraging een fout uitmaakt en dat deze fout de oorzaak is van de door eiser geleden schade (3). De overwegingen die spelen bij het kiezen tussen beide vorderingen kunnen van velerlei aard zijn, zo b.v. het niet kunnen bewijzen van de *animus fraudandi*.

De *actio pauliana* behelst een « specifieke fout » en een « specifieke » vorm van herstel, terwijl art. 1382 B.W. een inbreuk op de algemene zorgvuldigheidsplicht viseert en een algemene herstellvorm bevat.

Tussen de art. 1382 B.W. en 1167 B.W. (of 448 Faill.W.) kan er een samenloopspatiematiek rijzen, m.n. uit het feit dat er een verhouding bestaat « *lex generalis - lex specialis* » (4).

3. In het ERBA-arrest voor de Hoge Raad dd. 27 juni 1957 (5) werd gepleit dat de vordering op grond van art. 1382 B.W. inzake faillissementen niet ontvankelijk is, en dat aan de eiser slechts een pauliaanse vordering toekomt. Het Hof heeft echter — en m.i. terecht — deze redenering van de hand gewezen, daar art. 1167 B.W. « noch voorschrijft, noch onvermijdelijk meebrengt, dat een vordering op grond van art. 1382 B.W. is uitgesloten » (6). Inderdaad, geen enkele bepaling in de Faillissementswet belet het instellen van een eis ex 1382 B.W. tegen een medecontractant wiens fout de insolventie van de gefailleerde heeft beïnvloed (7). Deze stelling wordt door BEEKHUIS bekritiseerd: de schuldeisers zouden nl. steeds i.p.v. art. 448 Faill.W. aan te wenden, een beroep doen op art. 1382 B.W. — een handelwijze die ontegensprekelijk het element « *conscientia fraudis* » van de pauliana ontkracht, daar bij de onrechtmatige daad de loutere fout volstaat, en er dus niet de bedrieglijke benadeling of het medeweten

(1) De '*conscientia fraudis*' en de '*animus fraudandi*' die we terugvinden in art. 448 Faill.W. en art. 1167 B.W. houden in dat bepaalde handelingen niet tegenstelbaar zijn aan de massa, indien zij door de schuldenaar werden verricht met bedrieglijke benadeling van de rechten van de schuldeisers (*animus fraudandi*) en, behalve als het handelingen om niet betreft, met de medeplichtigheid van de medecontractant (*conscientia fraudis*). Zie in die zin: VAN GERVEN, W., *Handels- en economisch recht*, deel I, *Ondernemingsrecht*, in de reeks *Beginnelsen van het Belgisch Privaatrecht* deel XIII, 1, Antwerpen/Amsterdam, 1975, pg. 143.

(2) KLUYSKENS, A., *De verbintenissen*, deel I, nr. 1948.

(3) DEKKERS, R., *Handboek burgerlijk recht*, deel II, nr. 209 e.v.

(4) BOUKEMA, C., *Civielrechtelijke samenloop*, Zwolle, 1966, blz. 33-55.

(5) H.R., 28 juni 1957, *N.J.*, 1957, 514.

(6) BEEKHUIS, J.H., Bespreking van H.R., 28 juni 1957, *A.A.*, 1957-58, 83.

(7) Cass., 14 dec. 1899, *Pas.*, 1899, 1, 59.

van de derde moet worden bewezen. BOUKEMA beantwoordt deze kritiek door te verwijzen naar de « reflexwerking » van wetsnormen. Hij verdedigt het standpunt dat voor de vaststelling van de onrechtmatigheid rekening moet worden gehouden met de in art. 1167 B.W. neergelegde waardeoordelen. In dit geval is er sprake van een onrechtmatige daad, indien de partijen handelen in het besef dat door hun handeling crediteuren benadeeld zullen worden (8).

4. Dat deze reflexwerking echter niet steeds wordt toegepast, moge volgend voorbeeld illustreren. Bij vonnis van de rechtbank te Carcassonne dd. 21 maart 1953 werd een bank aansprakelijk gesteld t.o.v. de massa, omdat ze voor de gefailleerde een schijnbare en fictieve kredietwaardigheid had gecreëerd.

Het Hof van Beroep te Montpellier ontsloeg echter op 1 maart 1957 de bank van haar aansprakelijkheid, stellende dat er vanwege de bank geen animus fraudandi was. Dit arrest werd dan op 28 nov. 1960 gecasseerd, waarbij de hoogste rechter in overweging nam dat « en ne recherchant pas si les agissements reprochés à la banque ne constituent pas, à défaut de fraude, à tout le moins une faute au sens de 1382 C. Civ., la Cour d'Appel n'a pas donné de base légale à sa décision (...) » (9).

Hier wordt dus zeer duidelijk de mogelijkheid gelaten om het principe van de reflexwerking te negeren, wat leidt tot een mogelijk toekennen van een vordering uit 1382 B.W., hoewel de handeling niet behept was met de animus fraudandi van de derde.

5. Uit deze redenering kunnen we dus bij analogie voor België afleiden dat, naast de mogelijkheid om de actio pauliana in te stellen, men ook een beroep kan doen op vordering uit onrechtmatige daad. In het eerste geval, m.n. art. 448 Faill.W., komen bij het slagen van de vordering de goederen terug in de boedel (de nietigheid werkt ex tunc); in het tweede geval ontvangt de boedel een schadevergoeding (10). De herstelvorm (enerzijds de nietigheid en anderzijds de schadevergoeding) hoeft echter in de praktijk niet te verschillen: art. 1382 B.W. laat het aan de feitenrechter over om de meest gepaste schadevergoeding, b.v. de nietigheid, op te leggen.

De rechtspraak en de rechtsleer blijken m.i. terecht de mening toegedaan dat degene die inzake faillissementen niet de gekwalificeerde fout van de faillissementspauliana heeft begaan, nog kan aansprakelijk worden gesteld voor een algemene fout volgens de regels van het gemeenrecht. Deze algemene fout wordt dan beoordeeld, niet zozeer aan de hand van de bepalingen van art. 1167

(8) BOUKEMA, C., *op. cit.*, blz. 33 en 55.

(9) HOUIN, R., *Faillites et règlements judiciaires*, Rev. Trim. Dr. Comm., 1961, 460 en verwijzingen aldaar.

(10) POLAK, M. en POLAK, N.J., *Faillissement en surséance van betaling*, Groningen, 1972, blz. 79.

B.W., dan wel aan de hand van de zorgvuldigheidsplicht, i.e. het socio-economisch equivalent ervan.

III. De onrechtmatige daad van de bankier inzake faillissement

6. Een der belangrijkste constitutieve elementen van een vordering uit art. 1382 B.W. is de fout van de verweerder. Het past derhalve na te gaan waarin nu de « onrechtmatige daad » van een bankier kan bestaan in het raam van de hier besproken materie.

De jurisprudentie heeft twee types van bankaansprakelijkheid gecreëerd: « L'un résulte du défaut de surveillance des comptes, l'autre d'une distribution imprudente du crédit » (11).

Het aansprakelijk stellen van de bankier voor onrechtmatige daden n.a.v. zijn beroepsbezigheden, heeft tot doel de belangen te beschermen van derden die met de schuldenaar van de betrokken bank handelsrelaties onderhouden (12). Het beginsel dat de kredietverlener ook moet waken over de belangen van derden, is trouwens algemeen en geldt dus niet alleen voor banken (13). Juridisch en moreel valt te verdedigen dat de aansprakelijkheid van de banken in het leven kan worden geroepen n.a.v. hun functie als kredietverstrekker, maar de bank is niet verplicht om al de verrichtingen van haar cliënt te controleren, wanneer niets de aandacht vestigt of had moeten vestigen op enige onregelmatigheid (14). Men moet GAVALDA bijtreden waar hij stelt dat de bankier tenslotte niet tot de economische politie behoort (15). De banken hebben wel wat men kan noemen een professionele aansprakelijkheid. Door de pretoriaanse regeling van de « obligation de conscience professionnelle » worden er steeds hogere eisen aan de banken gesteld (16).

De aansprakelijkheid van de bankier kan zeker niet worden betwijfeld wanneer hij bewust en vrijwillig de derden nadeel heeft willen berokkenen, b.v. wanneer hij verkeerde inlichtingen verschaft over de kredietwaardigheid van een cliënt (17). Ook is het mogelijk dat een bank provisorisch een zich in moeilijkheden bevindende handelaar wil steunen, ten einde haar eigen vordering

(11) GAVALDA, noot onder Amiens, 24 feb. 1969, *J.C.P.*, II, 16124.

(12) STOUFFLET, J., *L'ouverture de crédit peut-elle être source de responsabilité envers les tiers?*, *J.C.P.*, 1965, I, 1882.

(13) ZENNER, A., *Responsabilité du donneur de crédit*, *Rev. Banque*, 1974, 707.

(14) MARTIN, L.M., noot onder Marseille, 8 juli 1971, *Rev. Banque*, 1971, 1144.

(15) GAVALDA, *op. cit.*

(16) Kh. Charleroi, 6 jan. 1972, *J.T.*, 1972, 287.

(17) B.G.H., 17 mei 1975, *Wirtschafts- Wertpapier- und Bankrecht*, 1975, 703.

veilig te stelen, echter zonder enige animus fraudandi (18). Vervolgens kan de bankier zich ook schuldig maken aan een onvoorzichtigheid (19).

7. Over de laatste twee gevallen lopen de meningen uiteen. Hoewel sommigen de bankverrichtingen vergelijken met een « openbare dienst » (cfr. infra) omwille van hun sociaal-economisch impact, mag men m.i. niet uit het oog verliezen dat het primair statutair doel van de handelaar-bankier het realiseren van winst is. Dit plaatst de bankier in een lastig parket: enerzijds is daar de massa der schuldeisers die hem verwijten van zijn bevoorrechte positie in het economisch leven gebruik (lees: misbruik) te hebben gemaakt om zijn eigen schuldverdringen zeker te stellen, en anderzijds de groep aandeelhouders en kleine spaarders (én de Bankcommissie) die er juist op vertrouwen dat de bank zich zoveel mogelijk zal dekken en haar kapitaal — per essentie vreemd kapitaal — veilig zal stellen.

Een vaste rechtspraak en rechtsleer aanvaarden in deze de aquiliaanse aansprakelijkheid van de banken, dus ook wanneer hun handelingen op zichzelf genomen volstrekt wettig zijn. Dit kadert in de huidige socio-culturele opvatting. Maar een zich te streng tonen t.a.v. de banken kan verlamdend werken op de kredietverstrekking en bijgevolg op het economisch leven, waar het optreden van de banken veelal wenselijk is (20). Het ware anti-economisch de louter juridische principes met alle strengheid op de per essentie risicodragende financiële operaties van de banken te laten rusten (21). Dit is dan ook een der argumenten die worden aangehaald om de aansprakelijkheid tot een minimum te beperken, samen met de overweging dat de kredietverlening aan een solvabele, doch niet-liquide onderneming, juist de typische daad van koophandel uitmaakt (22), en het feit dat de schuldeisers die nadien met de nu gefailleerde hebben gehandeld, zelf de financiële situatie hadden kunnen nagaan (23).

Deze laatste opmerking komt mij redelijk voor... de wet is er niet om naïviteit te beschermen! De opmerking geldt natuurlijk niet wanneer de schuldeisers zijn voortgegaan op verklaringen van de bank zelf (24), doch anders zou ik durven

(18) Het toestaan van bijkomende kredieten aan een handelaar in moeilijkheden teneinde bijkomende waarborgen te bekomen zal, volgens een woordvoerder van een der grootste Belgische banken, meestal niet nodig zijn. Per essentie voorziet de bank zich ab initio van voldoende zekerheden zodat zij buiten de massa valt. Het belangrijkste doel is het recupereren van de uitgezette gelden, en een kunstmatig verlengen van een ten dode opgeschreven bedrijf is weliswaar mogelijk, doch houdt een dusdanig risico in voor de bank dat het zelden zal gebeuren.

(19) *J. C.-civil*, 1382-83, XVI c (Banquiers), nr. 183.

(20) *J. C.-civil*, 1382-83, nr. XVI c (Banquiers), nr. 188.

(21) GAVALDA, noot onder Aix-en-Provence, 2 juli 1970, *J.C.P.*, 1971, I, 16686.

(22) Zie o.a. de zaak van GEEP-INDUSTRIES voor de rechtbank van Corbeil-Essones, in *Le Monde* dd. 11 juni 1974. Het vonnis werd door sommige ondernemers als een ware catastrofe aangevoeld. De rechtbank had de kredietverlening aan een weliswaar solvabele, doch niet-liquide, inzonderheid een bijzonder illiquide, onderneming als fout aangemerkt. Men vreesde dat een dgl. foutgedachte faillissementen zou provoceren.

(23) STOUFFLET, J., *op. cit.*, nr. 3.

(24) « Wer einem anderen aus eigennützigen Beweggründen vorsätzlich schädigt kann ihm ein eigenes Verschulden an der Entstehung des Schadens nicht entgegenhalten. » B.G.H., 17 mei 1975, *boven gecit.*

opteren voor een gedeelde aansprakelijkheid, m.n. in het geval dat de andere schuldeisers hadden kunnen of moeten weten dat hun cocontractant financieel niet op rozen zat. Ook voor hen geldt m.i. een « conscience professionnelle ».

8. Boven werd vermeld dat sommigen de bankverrichtingen vergelijken met een openbare dienst. Inderdaad kunnen we naast de private belangen van de kredietverstrekker en de kredietnemer een algemeen belang onderkennen. Het verlenen van krediet is een geldcreërende activiteit en heeft als zodanig een impact op de globale economie. Ook het nemen van krediet kan een algemeen belang hebben. Via de kredietverlening wordt een onderneming in stand gehouden, wat dan weer repercussies heeft voor de werkgelegenheid in een bepaalde regio, de nationale economische politiek etc. Omdat het probleem in wezen niet verschillend is naargelang het gaat om een professionele kredietverstrekker, een privaat- of een publiekrechtelijke schuldeiser, kan men met VAN GERVEN stellen dat er geen reden bestaat om een van het gemeenrecht afwijkende aansprakelijkheidsregeling voor de banken uit te bouwen (25).

9. Een onderzoek naar de verschillende bankverrichtingen en de vraag waar, hoe en wanneer daarbij een onrechtmatige daad kan gesteld worden, zou ons te ver voeren. Ik moge volstaan met te verwijzen naar de bibliografie en de traditionele principes van de onrechtmatige daad: het vaststellen van de fout, de schade en het causaal verband dient in concreto te gebeuren, en het is aan het soevereine appreciatievermogen van de feitenrechter om dat op te lossen.

Als toetssteen gebruikt deze magistraat het bankiersequivalent van de bonus pater familias, m.a.w. hij gaat na hoe de gestelde, of de nagelaten verrichtingen kaderen in de algemene bankpraktijk. Dit maakt de bankier dus ook voor eenvoudige nalatigheid aansprakelijk kan worden gesteld. Wanneer, gelet op de « bankübliche Sorgfalt », een goed en voorzichtig bankier had kunnen of had moeten weten dat deze of gene door hem al dan niet verrichte handeling tevergeefs of juist hoogst noodzakelijk was geweest en dat hij niet in overeenstemming daarmee heeft gehandeld, én wanneer daardoor schade is ontstaan, dan heeft hij een inbreuk gepleegd op de art. 1382-1383 B.W..

10. Bij de algemeen erkende regel dat de bankier « wist of had moeten weten », dient men ook rekening te houden met de moge-
vergissingen waartoe « le souci irrationnel et subjectif de l'équité » kan leiden (26). Het is inderdaad vrij naïef te poneren dat, wanneer een bank, weliswaar bezorgd over de financiële situatie van haar cliënt, meent — zij het ook ten onrechte — dat deze malaise overkomelijk is, verplicht zou zijn om iedere derde over

(25) VAN GERVEN, W., *Ondernemingsrecht*, blz. 391.

(26) MARTIN, L.M., bespreking van Parijs, 15 nov. 1974, *Rev. Banque*, 1975, 345.

de financiële toestand van haar cliënt uitvoerig in te lichten. Een simpel zwijgen, zo stelt MARTIN, kan niet ipso facto als strafbaar worden bestempeld (27). MARTIN kan men ook bijtreden waar hij betoogt dat de jurisprudentie, en ook de doctrine, zich moeten hoeden voor de mythe van de « alwetendheid » van de bankier. Zeker, hij bekleedt een bevoorrechte positie en meestal zal hij vlugger alert zijn, of moeten zijn, dan de andere handelsrelaties van de « handelaar-in-moeilijkheden », doch de redenering « elles (les banques) surveillent leurs engagements, donc elles n'ignorent rien de leurs risques » (28), lijkt mij toch voor heel wat kritiek vatbaar. Het weze herhaald, een fout van de bankier kan aanleiding geven tot een vordering tot nietigheid van de handeling wanneer er sprake is van bedrog (art. 448 Faill.W.), of tot een vordering uit onrechtmatige daad wegens onvoorzichtigheid of wegens een niet-frauduleus handelen, dat echter de algemene zorgvuldigheidsplicht schendt.

Daarbij dient als model de alom erkende bankpraktijk, waarbij men zich vanuit juridisch en economisch standpunt moet hoeden om deze niet al te abstract en ideëel voor te stellen. Men moet een evenwicht zien te vinden tussen de billijkheid en de economische realiteit: noch de alwetendheid (sic) van de bankier, noch zijn verplichting als « openbare dienst » in eerste instantie op het algemeen belang te letten, kaderen in de huidige sociaal-economische werkelijkheid.

IV. Bevoegdheid van de curator tot het instellen van de eis

11. De curator is slechts bevoegd om het belang, gemeen aan het totaal der schuldeisers in de masse te verdedigen. Hij kan zich niet inzetten voor het belang van slechts enkelen onder hen (29). Het resultaat van een strikte toepassing van dit principe is dat de curator onmogelijk in naam van de massa kan optreden tegen enkele schuldeisers in de massa die eventueel handelingen hebben verricht die hun aquiliaanse aansprakelijkheid in het leven roepen (30). Deze schuldeisers hebben zelf het pars creditorum verbroken, en men kan ZENNER gelijk geven waar hij beweert dat degene die een regel schendt toch moeilijk diezelfde regel te zijner bescherming kan inroepen (31). Als oplossing poneert

(27) MARTIN, L.M., *ibid.*

(28) MARTIN, L.M., *ibid.*

(29) GAVALDA, noot onder Aix-en-Provence, *boven gecit.*

(30) GAVALDA, *ibid.*

(31) ZENNER, A., *Responsabilité du donneur de crédit*, Rev. Banque, 1974, 707.

ZENNER het algemeen erkend principe « *fraus omnia corrumpit* ». M.i. geldt dit zeer terecht wanneer de culpeuze handeling van een der medeschuldeisers behept is met het *animus fraudandi*. Technisch-juridisch echter gaat het niet op, ingeval van een niet-bedrieglijke verrichting die echter wel de algemene zorgvuldigheidsplicht schendt, de curator in zijn vordering ontvankelijk te verklaren op grond van *fraus omnia corrumpit* . . .

De banken zijn zowat steeds bevoorrechte schuldeisers en vallen als zodanig buiten de massa. Een vordering van de curator is dus ontvankelijk, ware het niet dat de bankier, door eenvoudig afstand te doen van een « klein voorrechtje » ten voordele van de massa, zich in diezelfde massa kan laten inschrijven, wat dus — behoudens bedrog — de vordering van de curator onontvankelijk maakt en een *actio ut sunguli* noodzakelijk maakt.

Een arrest van het Hof van Beroep te Gent (32) stelt dat een vordering tegen de bank van de gefailleerde steeds een persoonlijk karakter heeft en derhalve slechts toekomt aan de benadeelde schuldeisers, met uitsluiting van de curator. Deze redenering steunt op de theorie dat de vordering van de curator de verzameling is van al de individuele vorderingen van de schuldeisers in de massa. Daar nu de onderscheiden schadevergoedingen zo immens kunnen verschillen kan er dus geen sprake zijn van een collectief en gelijk belang. Een oplossing wordt gesuggereerd in die zin, dat men aanneemt dat alle schuldeisers op een analoge wijze werden benadeeld. De gevolgen van dit principe zijn wel betreuenswaardig : de toch reeds door het faillissement getroffen schuldeisers zien zich nog eens geplaagd voor een tijdrovende en relatief dure procedure, willen zij herstel bekomen voor de door hen geleden schade.

12. Hoe lofwaardig het principe van het *pars creditorum* ook weze, toch doet dit de vraag rijzen of er de *lege ferenda* niet naar een adequate oplossing moet gezocht worden (*contra* : MARTIN) (34). Interessant in dit verband is het principearrest van het Hof van Beroep te Rouen van 8 april 1975 (35) :

Het Hof herhaalt het algemeen principe dat de curator namens de massa niet kan optreden tegen een (niet frauduleuze) schuldeiser in die massa, doch stelt vervolgens dat de curator wel gerechtigd is om namens de gefailleerde op te treden tegen een schuldeiser die door zijn fout de gefailleerde nadeel heeft berokkend. Op zichzelf genomen valt hierop niets aan te merken,

(32) ZENNER, A., *op. cit.* en verwijzingen aldaar.

(33) LUCAS, A., noot onder Cass., 17 dec. 1974, *J.C.P.*, 1975, II, 18057.

(34) MARTIN, L.M., *Rev. Banque*, 1972, 936.

(35) Rouen, 8 april 1975, *Rev. Banque*, 1975, 343.

doch in casu verweet de curator namens de gefailleerde aan de bank-schuldeiser dat het toegestane krediet inopportuun was en hem schade had berokkend.

Hoe ingenieus deze toch ietwat merkwaardige stellingname van het Hof ook moge wezen om alzo met het oog op de billijkheid de curator in zijn vordering ontvankelijk te verklaren, toch moet ik mij in deze bij de kritiek van MARTIN aansluiten (36). Ten eerste valt hier het gebrek aan belang op — waartoe het Hof ook in concreto besluit. De curator handelt weliswaar in naam van de gefailleerde, doch ten voordele van de boedel. Verder lijkt het mij nogal absurd dat een debiteur aan zijn kredietverlener gaat verwijten dat het door hem gevraagde krediet werd verstrekt. Dit houdt m.i. een erkenning in van de eigen onbekwaamheid en geeft, zoals MARTIN opmerkt, een eigenaardige voogdij aan de banken over de handelaars. Weerom wordt de bankier geacht de situatie van zijn cliënt beter te kennen dan wie ook, in casu zelfs beter dan zijn cliënt zelf!

13. Zoals reeds eerder aangetoond, is het moreel en juridisch te verdedigen dat men de banken aansprakelijk kan en zal stellen voor hun onrechtmatige verrichtingen, en de stelling van het Hof valt in zoverre bij te treden dat het de mogelijkheid aanduidt dat er in zo'n situatie een onrechtmatige handeling gebeurd is, b.v. slecht advies van de bank, waarop de cliënt redelijkerwijze en in goed vertrouwen kon voortgaan. Maar de ongenueanceerdheid waarmee dit geponeerd wordt, doet weer denken aan de mythe van de alwetendheid van de bankier, waarbij de gulden middenweg tussen billijkheid en economische realiteit uit het oog wordt verloren . . .

V. Besluit

14. Opdat de eis op grond der art. 1382-1383 B.W. ontvankelijk zou zijn, moet er eerst worden bewezen hoe de bankier zich heeft gedragen, én dat deze gedraging een fout uitmaakt. Het aangewend criterium is de normale bankpraktijk. Het is echter niet voldoende dat de bankier een onrechtmatige daad heeft begaan; deze daad moet ook de oorzaak zijn van de geleden schade. Dit causaal verband dient ook tot uiting te worden gebracht in de foutomschrijving: de bank heeft b.v. door deze of gene onrechtmatigheid een bepaald bedrijf in staat gesteld verder te werken, waardoor er schade ontstond.

(36) MARTIN, L.M., noot onder Rouen, 8 april 1975, *boven gecit.*

De curator moet aantonen dat hij met zijn vordering het belang van de gehele massa en wel op gelijke — eventueel analoge — wijze op het oog heeft. Zoniet is een actio ut singuli noodzakelijk. De vereiste van het pars creditorum kan slechts opzij worden gezet ingeval van bedrog.

15. Bij een succesvolle vordering op grond van art. 1382-83 B.W. beslist de feitenrechter souverain over de door hem toegekende herstellvorm. Dit kan dus ook de speciale herstellvorm van art. 448 Faill.W. zijn, m.n. de nietigheid ex tunc. Ook zal men veelal weigeren de vordering van de bank in te schrijven, of zal men deze alleszins verminderen. De facto is dit echter niet altijd mogelijk, daar men niet de schuld van die bank op de gefailleerde (37).De scheiding van het patrimonium van de massa en dat van de gefailleerde verhinderen dat.

(37) Cass. fr., 6 nov. 1968, *J.C.P.*, 1969, 15759.