

# Aansprakelijkheid van de bankier bij leveranciersdiscontokrediet Bespreking van de recente evolutie \*

*Jos Corswarem  
Hendrik Wilmots*

*De rechtspraak i.v.m. leveranciersdiscontokrediet is de laatste tijd in beweging. Aanleiding hiertoe is onder meer het grote aantal faillissementen als gevolg van de economische recessie.*

*Bij een faillissement van de betrokkene van een wissel stellen er zich in het kader van leveranciersdiscontokrediet problemen in verband met de mogelijkheid tot regres van de bankier op de trekker.*

*In deze verhandeling wordt nagegaan hoe een aantal basisbegrippen uit het wisselrecht daarbij op een correcte manier toegepast kunnen worden.*

## I. Wat is leveranciersdiscontokrediet ?

Onder deze kredietvorm verstaat men de operatie waarbij een bank, op grond van een contract van kredietopening er zich tegenover haar cliënt credietnemer toe verbindt om wissels die door een of meerder leveranciers op haar cliënt getrokken worden te verdisconteren. (1).

De grondslag van de operatie is doorgaans een verkoop. Een leverancier verkoopt aan een cliënt op krediet betaalbare goederen; de verkoper trekt een wissel die hij doet accepteren door de betrokkene en vervolgens endosseert hij de wissel aan de bankier van zijn cliënt.

De bankier betaalt dan aan de trekker van de wissel het nominaal bedrag dat op het papier vermeld staat terwijl de discontokosten voor rekening van de betrokkene-client van de bank zijn.

Deze kredietvorm stelt dus de leverancier-trekker in staat om onmiddellijk over de koopsom te beschikken. Niet hij maar de bank van zijn betrokkene verleent bijgevolg uitstel van betaling.

Deze operatie kent in de huidige commerciële praktijk een groot suc-

\* Tekst van een seminarieverhandeling in het kader van de grondige leergang Handels- en Economisch Recht, 1982-1983 (W. van Gerven - J. Stuyck, m.m.v. G. De Clercq en B. van de Walle de Ghelcke).

(1) HENRION, R., *Réflexions sur le crédit d'escompte fournisseurs*, *Rev. Banque*, 1954, p. 869; FREDERICQ, J., *Traité de droit commercial*, Gent, 1952, IX, nr. 190, p. 301; VAN RIJN en HEENEN, *Principes de droit commercial*, II, nr. 2152; VAN GERVEN, W., *Beginselen van Belgisch privaatrecht, Handels- en economisch recht*, 1975, Antwerpen Amsterdam, nr. 56B, p. 487; BROUW, R., *De techniek van de credietonderhandeling*, 1969, Antwerpen, p. 137.

ces. De laatste jaren echter zijn er enkele problemen gerezen, meer bepaald door het grote aantal faillissementen. Inderdaad, wat gebeurt er als de betrokkene-begunstigde van het discontocrediet failliet gaat? De bankier zal dan als houder van de wissel zijn regres uitoefenen tegen de trekker, die medeondertekenaar is van de wissel.

Dit regres heeft sinds 1976 in de rechtspraak voor heel wat controversen gezorgd daar men het niet helemaal eens was over welke verweermiddelen de trekker tegen dit regres kon beschikken.

Infra zal in het licht van enkele recente ongepubliceerde vonnissen vooral nagegaan worden hoe bankier en trekker zich tot elkaar verhouden, welke abstractie er tussen deze partijen heerst om daaruit het verweer waarover de trekker beschikt te distilleren.

## II. Verhoudingen tussen de partijen

### A. Bankier-betrokkene

Tussen deze partijen bestaat er een contract van credietopening.

a) De bankier verbindt zich ertoe de op zijn cliënt getrokken wissels te verdisconteren als deze conform zijn aan de in het contract van kredietopening bedongen voorwaarden. Dit contract zal meestal bepalen aan welke kwaliteiten en voorwaarden de gepresenteerde wissel moet voldoen. Zo kan de wissel bijvoorbeeld geweigerd worden als hij getrokken is in verband met een onregelmatige commerciële operatie.

Als het contract van kredietopening zulkdanige clausules niet vermeldt stelt Fredericq dat dat contract te goeder trouw moet worden uitgevoerd d.w.z. onder normale voorwaarden en volgens de regels van de handelspraktijk(2). Als de bankier zich het recht voorbehouden heeft om de wissels te controleren en als hij de wissels kan weigeren die slechts een normaal risico inhouden, dan betekent dat geenszins dat hij *willekeurig* zou kunnen weigeren om de wissel te verdisconteren, zich bijvoorbeeld beroepend op een clause uit het contract volgens dewelke hij slechts gehouden is wissels te verdisconteren als hij het gepast vindt.

Verplichtingen onderworpen aan een zuiver potestatieve voorwaarde horen namelijk niet thuis in een dergelijke commerciële verhouding(3). Art. 1174 B.W. verbiedt de zuiver potestatieve voorwaarde en maakt de verbintenis die er van afhangt nietig.

Als de bankier zijn verplichting om de wissels te verdisconteren niet nakomt, komt hij een verplichting om iets te doen niet na en kan tegen hem een vordering tot schadevergoeding worden ingesteld(4).

(2) FREDERICQ, *Traité, a. w.*, IX, nr. 188, p. 299.

(3) *ibidem*.

(4) *ibidem*.

Men moet de rechtsleer en rechtspraak bijtreden die stelt dat aan deze verplichting een einde komt ingeval een faillissement van de betrokken cliënt van de bank nakende is, nl. als de toestand van de betrokkene onherroepelijk verloren is en van zulke aard dat niet redelijkerwijze kan worden aangenomen dat hij ooit nog in staat zal zijn het crediet af te lossen(5).

b) Een andere verplichting van de bankier ten opzichte van zijn cliënt is dat hij aan derden en meerbepaald aan de leverancier van zijn cliënt geen inlichtingen mag verstrekken die de achtbaarheid of de gegoedheid van zijn cliënt in gevaar brengen. Maar anderzijds rust op de bankier de verplichting om bij het contract van endossement loyaal samen te werken met de trekker en deze alle inlichtingen te verschaffen die hij van een *bona fide* contractant mag verwachten(6).

De afweging van deze schijnbaar tegenstrijdige belangen is een delicate aangelegenheid: "Attendu que le banquier doit s'efforcer de réaliser l'équilibre entre ses obligations contractuelles de collaboration avec son client et de discrétion sur l'état de ses affaires et l'obligation de ne pas porter fautivement préjudice au tiers" (7).

Het criterium moet hier hetzelfde zijn als voor het probleem of de bankier al dan niet verplicht is nog wissels aan te nemen. Als er namelijk nog een redelijke kans is op herstel, of als het met de cliënt nog goed gaat dan mag de bankier geen ongunstige berichten verspreiden. Is het daarentegen met de cliënt onherroepelijk gedaan, dan moet hij de trekker-leverancier op deze toestand wijzen.

## B. Bankier-trekker

### 1. wisselrechterlijk :

De bankier is houder van de wissel die hij door endossement van de trekker heeft verkregen. De bankier krijgt hierdoor de in de titel belichaamde rechten en daarenboven gaat de trekker de verbintenis aan om mede voor de betaling van de wissel in te staan (8).

Verhouden de trekker en de bankier zich bij dit endossement als onmiddellijke partijen? Het antwoord dat zijn gevolgen heeft voor de al dan niet toepasselijkheid van de in art. 17 W.W. veronderstelde regel, is betwist.

(5) VAN OMMESLAGHE, P., La responsabilité du banquier dispensateur du crédit en droit belge, *Rev. Banque*, 1979, cahier I, p. 57 en 61; Brussel, 28 sept. 1966, *J.T.*, 1967, p. 97; Brussel, 23 mei 1974, *Rev. Banque*, 1979, p. 717; Brussel, 28 sept. 1978, *J.C.B.*, 1979, p. 868.

(6) HENRION, a.w., p. 875; FREDERICQ, *Handelsrecht*, II, nr. 813, p. 57.

(7) Brussel, 23 mei 1979, *Rev. Banque*, 1979 p. 717.

(8) RONSE, J., *De wisselbrief en orderbriefje*, Gent, 1972, nr. 485, p. 161.

Als het om verwijderde partijen gaat speelt immers de abstractie ten volle en zal de wisselschuldenaar - in dit geval de trekker - geen verweer kunnen aanvoeren tenzij in de hypothese van art. 17, *in fine*. Gaat het daarentegen om onmiddellijke partijen, dan kan de trekker alle verweermiddelen putten uit zijn persoonlijke verhouding met de bankier aan deze laatste tegenwerpen. (Toepassing van de in art. 17 veronderstelde regel.)

In de rechtspraak is er slechts één voorbeeld, namelijk een arrest van het Hof van Beroep te Brussel van 1979 (*Rev. Banque*, 1979, p. 587), waar expliciet wordt gesteld dat het om onmiddellijke partijen gaat. Dat kan echter nog zonder daaruit de nodige consequenties te trekken. (zie *infra*).

I. Het antwoord op de vraag of het om onmiddellijke partijen gaat, is in ieder geval bevestigend bij een endossement in de *gewone* wisselrechtelijke verhouding. Meestal wordt hieronder verstaan de hypothese waarbij de endossant en de geëndosseerde zich verhouden als respectievelijk schuldenaar en schuldeiser. De geëndosseerde zal dan de wissel meestal verwerven als schuldeiser van de endossant die door het endossement zijn schuld wil voldoen. Deze verhouden zich dan als onmiddellijke partijen zodat er tussen hen slechts plaats is voor formele abstractie. Met andere woorden alle verweermiddelen uit de onderliggende verhouding blijven tegenstelbaar.

II. In de situatie van het LDC ligt de problematiek enigszins anders. De vraag of de bankier en de trekker als onmiddellijke partijen kunnen beschouwd worden kan onderzocht worden onder twee invalshoeken.

A. Bij een LDC is er tussen de bankier en de trekker geen rechtsband buiten de wisselschuld. Is het *enkele endossement* dan voldoende om hen als onmiddellijke partijen te beschouwen? Als men de vraag bevestigend beantwoordt, kan de bankier als onmiddellijke partij geen aanspraak maken op de bescherming die art.17, *in fine*, aan de derde te goeder trouw verleent. Alleen deze derde kan immers de niet-tegenstelbaarheid der verweermiddelen inroepen.

Soms wordt gesteld dat elke wisselschuld steeds en noodzakelijk een buiten de wisselschuld om aangegane schuld veronderstelt, zodat in dit geval een enkel endossement niet zou volstaan om de partijen tot onmiddellijke wisselpartijen te maken (9).

Kan men zich op deze stelling beroepen om te concluderen dat de trekker geen directe partij is tegenover de bankier? Inderdaad, behalve in de wisselschuld zelf is de trekker op geen enkele manier schuldenaar t.o.v. de bankier.

(9) VAN RIJN en HEENEN, *a.w.*, II, nr. 1286, p. 273 en nr. 1570, p. 459.

Daartegenover stelt Ronse dat een buiten de wisselbrief om bestaande schuld niet van beslissende betekenis is: "Een wisselbrief kan verhandeld worden tussen partijen die niet buiten de wisselbrief jegens elkaar verbonden zijn en dus zonder enig verband met een buiten de wisselbrief bestaande rechtsbetrekking. Er is dan niets anders voorhanden dan de koop van een waardepapier; de koper verwerft de eigendom, om een geldbelegging te doen of om het papier met winst verder te verkopen, of nog om het als een betaalmiddel aan te wenden. Tussen geveer en nemer van de wisselbrief ontstaat hierbij een uitsluitend wisselrechterlijke verhouding. Dergelijk geven en nemen van de wisselbrief is dus volkomen zelfstandig en heeft uitsluitend wisselrechterlijke gevolgen (10). Dat het enkele endossement voldoende is om de trekker en de bankier als onmiddellijke partijen te beschouwen kan blijken uit de definitie die Ronse van de derde te goeder trouw geeft: "De in art.17 bedoelde derde houder is de derde houder die niet de onmiddellijke tegenpartij is van de wisselschuldenaar, *noch in de wisselbrief*, noch in de daaraan onderliggende overeenkomst, en die zijn vordering uitsluitend op de wisselbrief steunt" (11).

Een verder bezwaar tegen de stelling dat trekker en bankier verwijderde partijen zijn is het volgende: onder die veronderstelling is het mogelijk dat een bankier die wist of had moeten weten dat de betrokkene op de vervaldag niet voor de betaling van de wisselschuld zou kunnen instaan toch vrijuit gaat. De bankier is dan namelijk verwijderde partij en art. 17 kan dus niet op grond van art. 1382 B.W. doorbroken worden. Een buitenwisselrechterlijk verweer staat de trekker in dat geval immers niet open. Bovendien is art. 17, *in fine*, zoals verder zal worden aangetoond niet toepasselijk.

De vraag is dan of de mogelijkheid dat de trekker geen verhaal heeft, niet tegen de ratio van art. 17 ingaat. Art. 17 beschouwt namelijk hen die niet met mekaar in een handelsrelatie staan en toch door een wisselrelatie met mekaar verbonden zijn als verwijderde partijen om de huidige houder van de wisselbrief te beschermen. Excepties die de vroegere houder of de trekker betreffen kunnen niet tegen de huidige houder worden ingeroepen door diegene van wie betaling geëist wordt.

Art. 17 wil dus terwille van de vlotheid van het handelsverkeer de huidige houder vrijwaren van een onderzoeksplicht omtrent de waarde van de wissel.

Aan deze situatie beantwoordt de relatie bankier-trekker bij LDC ons inziens niet. De huidige houder, nl. de bankier hoeft door art. 17 niet tegen de trekker beschermd te worden. Hij wist of had moeten weten in welke situatie de betrokkene zich op het moment van het endossement bevond. Was die toestand slecht dan moet de bankier daarvoor

(10) RONSE, *a.w.*, nr. 1300, p. 387.

(11) RONSE, *a.w.*, nr. 1401, p. 432.

de verantwoordelijkheid dragen. Hij is immers t.a.v. de trekker niet verplicht te endosseren. Doet hij dat toch begaat hij eventueel een *culpa in contrahendo*. Niet de trekker maar de bankier moet daarvoor aansprakelijk gesteld worden. Dat kan alleen door 1382 B.W. aanwendbaar te stellen voor de trekker als verweermiddel tegen de bankier die bij niet betaling door de betrokkene zijn regresrecht uitoefent op de trekker.

Daartoe moeten trekker en bank als onmiddellijke partijen aanzien worden.

Gaat de bank echter over tot een volgend endossement, dan pas eist de leer van de abstractie dat de trekker de kwade trouw van de bank met wie hij contracteerde niet meer aan de huidige houder kan tegenwerpen.

De bankier kan dus niet beschouwd worden als een derde houder : hij is een onmiddellijke partij.

B. Vervolgens kan men hetzelfde afleiden uit de aard van de discontoverrichting. Ronse stelt : "Door het disconto wordt de bankier *houder* van de verdisconteerde wisselbrief, hetzij als eerste nemer (wissel aan order van de bank getrokken) hetzij als *geëndosseerde* (wissel aan order van de cliënt getrokken of geëndosseerd en door deze verder geëndosseerd)". Onder deze laatste hypothese valt het cedentendisconto. "Vanuit het standpunt van het wisselrecht en met het oog op de uitoefening van de wisselrechten van de bankier kan het disconto zonder meer beschouwd worden als een *wisselrechterlijke overeenkomst van geven en nemen van de wisselbrief*" (12).

De hypothese van het LDC wordt niet expliciet vernoemd maar we mogen aannemen dat het naar analogie met het cedentendiscontokrediet ook bij leveranciersdiscontokrediet om een wisselrechterlijke overeenkomst gaat. Deze analogie bestaat hierin dat zowel bij cedentendiscontocrediet als bij LDC het endossement aan de bank de gewone wisselrechterlijke gevolgen sorteert, d.w.z. dat de endossant en de geëndosseerde onmiddellijke partijen zijn. Fredericq wijst - zij het niet in deze context - op de analogie tussen cedenten- en leveranciersdisconto : "Les effets de l'escompte sont identiques dans l'escompte cédent et dans l'escompte fournisseurs. (...) Le fait que l'escompteur met le pris à charge du tiré plutôt que du tireur et celui que le montant intégral de la traite est versé au tireur ne constituant que des modalités d'exécution qui n'altèrent pas le caractère juridique de l'opération (13).

(12) RONSE, *a. w.*, nr. 58, p. 21.

(13) FREDERICQ, *Traité*, IX, nr. 186, p. 303.

## 2. de garantieverplichting

De bankier kan de trekker ook aanspreken op grond van de garantieverplichting. Die plicht ontstaat op het moment van het endossement. Eén alleenstaand arrest fundeert ze op het feit dat de trekker door het endossement zou toetreden tot de oorspronkelijke kredietopeningsovereenkomst tussen bankier en betrokkene (14). Daartegen bestaan echter bezwaren (15). De rechtsleer neemt dan ook vrijwel unaniem aan dat de garantieverplichting stilzwijgend inherent is aan de disconto-operatie (16).

“L'escompteur dispose d'une action née de l'obligation de garantie inhérente au contrat d'escompte” (17). Aan iedere discontoövereenkomst zou dus een garantieverplichting van de endossant vasthangen. Colhaes (18) vraagt zich o.i. volkomen terecht af of een clause ‘onder voorbehoud van goede afloop’ die deze garantieverplichting doet ontstaan, iets toevoegt aan de regresplicht van de trekker. Zo kan men stellen dat overal waar de regresplicht is aangetast door niet-wisselrechterlijke gebreken, wat tussen onmiddellijke partijen als bank en trekker mogelijk is, de garantieplicht met haar zelfde civielrechterlijk karakter *a fortiori* door dat gebrek is aangetast.

In één hypothese geldt het bovenstaande niet volkomen. Als namelijk de wissel verjaard is zou een zulke garantieverplichting wel speciale voordelen kunnen opleveren aan de geëndosseerde. De verjaring van de wisselverbintenis heeft namelijk niet tot gevolg dat de onderliggende verbintenis uitdooft. Alleen als de trekker de schuld van de houder aan de verjaring en de geleden schade kan aanduiden, kan hij schuldvergelijking inroepen (19).

In het geval van LDC zou dat betekenen dat de trekker op grond van de garantieverplichting zelfs na de verjaring van de wissel nog voor de betaling van het krediet zou moeten instaan tenzij hij kan aantonen dat de bankier een fout begaat door de wissel te laten verjaren. Daardoor lijdt de trekker schade, omdat hij nu op grond van de garantieverplichting nog voor de betaling moet instaan terwijl de wisselrechterlijke schuld van de betrokkene verjaard is.

Als de trekker die fout van de bankier en dus de schade die hij daardoor lijdt kan aanduiden ontstaat er tussen hem en de bankier schuldvergelijking. Die schuld uit de garantieverplichting vervalt dan tegen-

(14) Bergen, 25 febr. 1977, *J.T.*, 1977, p. 697.

(15) RIPERT, G., en ROBLLOT, R., *Traité élémentaire du droit commercial*, Paris, 1976, II, nr. 2396.

(16) COLHAES, J., Leveranciersdisconto-bankiersaansprakelijkheid-bewijslast, *Rev. Banque*, 1982, p. 529 en verwijzingen.

(17) VAN MAELE, A., *Droit Bancaire, Les nouvelles*, 1951, nr. 5 en 6, p. 461.

(18) COLHAES, J., *ibidem*.

(19) RONSE, J., *a.w.*, nr. 2256 e.v., p. 668.

over de schuld die de bankier oploopt t.a.v. de trekker op grond van 1382 B.W.

Door aan de bankier geen recht op betaling toe te kennen als hij een wissel endosseert wetend dat de betrokkene niet zal kunnen betalen, doet men aan het *beginsel* van de garantieverplichting geen afbreuk. Het ongebrekkige endossement is immers een noodzakelijke - weliswaar ook voldoende - voorwaarde voor het ontstaan van deze verplichting.

### III. Formele of materiële abstractie tussen de bankier en de trekker

Als men de wisselverbintenis als *abstracte* verbintenis kenmerkt, wordt hiermee tot uitdrukking gebracht dat ze losgemaakt of geabstraheerd is van de onderliggende verbintenis die aanleiding gaf tot accepteren, trekken of endosseren van de wisselbrief (20).

Nu kan men twee gradaties in de abstractie onderscheiden.

A. Een eerste vorm van abstractie - de minst verregaande - komt tot stand bij het trekken van de wissel. Deze abstractie houdt slechts een verlegging van de bewijslast in. Elke houder kan door de enkele overlegging van de wisselbrief aanspraak maken op betaling. In tegenstelling tot een gewone schuldeiser hoeft hij de grond waarop zijn vordering gesteund is, niet te bewijzen. Deze vorm van abstractie, die men de formele abstractie noemt, behelst dus niets meer dan een verlegging van de bewijslast van de schuldeiser naar de schuldenaar. Het verweer van de schuldenaar wordt dus niet beperkt. Hij kan alle verweermiddelen aanwenden die hij uit zijn onmiddellijke verhouding met de houder haalt. Dit veronderstelt wel dat zij onmiddellijke partijen zijn geweest, m.a.w. bij eenzelfde endossement.

B. Zijn de houder en de aangesproken wisselschuldenaar geen onmiddellijke partijen, dan is er tussen hen plaats voor materiële abstractie. Deze verregaande vorm van abstractie behelst niet enkel een verlegging van de bewijslast; meer nog: alle verweer wordt aan de schuldenaar ontzegd. Uitzondering wordt gemaakt voor de absolute verweermiddelen (cfr. infra) en de hypothese van art. 17, *in fine*.

De wisselschuldenaar kan dus tegen de houder, die t.o.v. hem verwijderde partij is, geen enkel verweermiddel tegenwerpen dat hij zou kun-

(20) RONSE, J., De abstracte verbintenis in het wisselrecht, *R.W.*, 1961-1962, kol. 2153 e.v.; *Wisselbrief en orderbriefje*, nr. 1298, p. 386, nr. 1305, p. 389, nr. 1319, p. 394, nr. 1326, p. 347.



nen halen uit zijn persoonlijke verhouding tot de trekker of tot vroegere houders.

Deze strenge beperking van het verweer wordt verantwoord met de bedenking dat de derde moet beschermd worden. Het is een eis van het rechtsverkeer dat de derde verkrijger geen onderzoeksformaliteiten moet verrichten bij het verkrijgen van het waardepapier, m.a.w. de geldigheid blijkt *de visu*.

Toegepast op LDC betekent dit dat er tussen de trekkr en de bankier slechts plaats is voor formele abstractie, aangezien ze onmiddellijke partijen zijn.

Dit impliceert dan slechts dat de bankier ontlast is van elke bewijslast maar verder kan de trekker elk verweer aanvoeren dat hij uit zijn persoonlijke verhouding met de bankier haalt. Zijn verweer beperkt zich dus geenszins tot de hypothese van art. 17, *in fine*.

Na het cassatiearrest van 12 november 1976 dat het onderscheid tussen materiële en formele abstractie maakte - zij het slechts impliciet - bleef de rechtspraak in het geval van LDC het verweer van de trekker beperken als zou het om een verwijderde partij gaan. De oorzaak hiervan ligt wellicht in het feit dat een belangrijke stroming in de rechtsleer voorstander was van een strenge beperking van het verweer van elke wisselschuldenaar, ook als het om onmiddellijke partijen ging (21).

#### IV. Verweer van de trekker tegen de bankier

De trekker beschikt over de volgende verweermiddelen (22):

A: *Volstreekte excepties* die tegen iedere houder ingeroepen kunnen worden:

1. vormgebreken van de wissel;
2. zichtbare gebreken, vb. de wissel vermeldt een ongeoorloofde oorzaak;
3. valsheid van de handtekening van de persoon die wordt aangesproken;
4. onbekwaamheid van de schuldenaar.

B: *Betrekkelijke excepties* die niet kunnen worden ingeroepen tegen de houder te goeder trouw, d.w.z. hij die het effect bekomen heeft

(21) VAN RIJN en HEENEN, *Principes*, II, 1454; VAN RIJN EN HEENEN, *Controverses sur le droit cambiaire*, J.T., 1974, p.473; HEENEN, noot onder Cass. 30 sept. 1977, R.C.J.B., 1978, p. 221.

(22) FREDERICQ, *a.w.*, II, nr. 854, p. 194; VAN RIJN en HEENEN, *a.w.*, II, nr. 1456, p. 390 en nr. 1317, p. 298.

zonder te weten dat hij ten nadele van de schuldenaar heeft gehandeld (art. 17).

Bij de betrekkelijke excepties kan men ook nog de *wilsgebreken* voegen. De houder (bankier) kan de toestemming van de wisselschuldenaar op een onregelmatige manier verkregen hebben (23). Het verweermiddel is betrekkelijk omdat het alleen inroepbaar is tegen de houder jegens wie gedwaald is, of door wie het geweld is gepleegd. Bovendien wordt door een gedeelte van de rechtsleer de vereiste gesteld dat de verweerder het bewijs van het gebrek dadelijk kan leveren (24). Kan dat bewijs niet aanstonds worden geleverd dan eist de wisselgestrengheid dat de eis gesteund op de wisselbrief wordt toegestaan. De tot betaling veroordeelde verweerder moet zijn verweer in een daaropvolgend geding (strekking tot terugbetaling van het betaalde) laten gelden. Deze tweede beperking die verantwoord wordt met een bepaalde interpretatie van de wisselgestrengheid wordt betwist (25).

Volgens de auteurs die de trekker slechts een zeer beperkte mogelijkheid van verweer toestaan t.o.v. de bankier, zou de wisselgestrengheid de processueel beperkende betekenis niet hebben (cfr. infra).

## V. Evolutie in rechtsleer en rechtspraak tot 1982

Voor het cassatiearrest van 12 nov. 1976 werd door een belangrijk deel van de Belgische Rechtspraak en Rechtsleer aangenomen dat er tussen onmiddellijk verbonden partijen een volledige abstractie gold (26).

Wat betreft de verhouding bankier trekker bij LDC zijn Rechtspraak en Rechtsleer na dit arrest niet ingrijpend gewijzigd. Het verweer dat de trekker kon aanwenden, bleef sterk beperkt. Men moet bijgevolg opmerken dat er een contradictorische situatie ontstond. Want alhoewel bankier en trekker eigenlijk onmiddellijke partijen zijn, werd de trekker enkel het verweer toegestaan dat hij kan inroepen als hij slechts verwijderde partij is. Met andere woorden als het om een LDC ging, hield men tussen onmiddellijke partijen de materiële abstractie in stand.

Eén van de voornaamste steunpilaren van het verweer van de trekker was art. 17, *in fine*, van de wisselwet. Excepties die de wisselschuldenaar had tegen een onmiddellijke partij werden tegenstelbaar aan de

(23) RONSE, *Wisselbrief, a.w.*, nr. 1401, p. 432; VAN RIJN en HEENEN, *ibid.*, nr. 1318 p. 300; nr. 1457, p. 391; nr. 1582, p. 456.

(24) VAN RIJN en HEENEN, *ibid.*, nr. 1456 en 1467, p. 390; FREDERICQ en DEBAC-KER, *Traité de droit commercial*, Gent, 1954, X, nr. 104, p. 263.

(25) RONSE, *R.W.*, *a.w.* kol. 2162; VAN GERVEN, W., *Leerboek Handels- en economisch recht*, Antw., 1978, p. 222.

(26) VAN RIJN en HEENEN, *a.w.*, II, nr. 1454; FREDERICQ, *Traité*, X, nr. 104, p. 263.

houder wanneer deze laatste bij de verkrijging desbewust ten nadele van de wisselschuldenaar had gehandeld.

Wat betreft de interpretatie van het woordje "desbewust" is er een evolutie merkbaar in de rechtspraak en rechtsleer in die zin dat men komt tot een ruimere interpretatie.

In de vroegere rechtspraak en rechtsleer werd de niet-tegenstelbaarheid van verweermiddelen slechts doorbroken als de wisselschuldenaar kon bewijzen dat er *bedrieglijke samenspanning* (collusion frauduleuse) (27) was tussen de bankier en haar cliënt. Hiervoor baseerde men zich vooral op een cassatiearrest uit 1953 (28).

Onder bedrieglijke samenspanning werd verstaan de situatie waarin de bankier *kennis* heeft van de kritieke situatie van zijn cliënt en bovendien dat de credietverlening gepaard gaat met listen of kunstgrepen. Deze rechtspraak die door de enge interpretatie van art. 17, *in fine*, zeer voordelig was voor de bankier, werd terecht verlaten.

Het Hof van Cassatie besliste in 1968: "Attendu que la complicité, c'est-à-dire la collusion frauduleuse entre tireur et porteur n'est pas exigée" (29).

De trekker die zich wil verweren kan volstaan met te bewijzen dat de bankier *kennis* had van het *bijzonder nadeel* dat hij aan de trekker berokkende.

Enkele kennis is niet voldoende. Uit de bewoordingen van art. 17, *in fine*, (desbewust) leidt men af dat een *intentioneel element* vereist is. Hieruit volgt ook dat een nalatigheid of een onvoorzichtigheid door de bankier begaan niet kunnen volstaan om zijn regres te stuiten.

Wat voor de hier uiteengezette problematiek belangrijk zal blijken te zijn is niet zozeer de interpretatie van art. 17, *in fine*, maar het feit dat art. 17, *in fine*, überhaupt toepasselijk geacht wordt in de hypothese waar de bankier regres uitoefent tegen de trekker.

In de rechtspraak van voor 1982 wordt de toepasselijkheid nooit in vraag gesteld. Enkele voorbeelden illustreren dit:

1: Kh. Brussel, 9 aug. 1979, *J.T.*, p. 662.

"Lorsque la demande a pour objet le paiement d'une lettre de change, le fournisseur ne peut résister au recours cambial qu'en écartant le principe de l'inopposabilité des exceptions affirmé par l'art. 17 des lois coordonnées; il doit donc rapporter la preuve que le banquier escompteur a agi sciemment à son préjudice."

(27) HENRION, *a.w.*, p. 869.

(28) Cass., 7 mei 1953, *Pas.*, I, nr. 692; Andere Rs: Kh. St. Nikolaas, 23 april 1957, *Rev. Banque*, 1957, p. 465; Gent, 16 juni 1954, *Rev. Banque*, 1955, p. 204; Kh. Gent, 10 januari 1953, *ibidem*; Kh. Luik, 29 maart 1952, *Rev. Banque*, 1952, p. 568; Kh. Aalst, 18 dec. 1952, *Rev. Banque*, 1952, p. 65.

(29) Cass., 28 nov. 1968, *Pas.*, I, p. 311; Brussel, 10 mei 1979, *Rev. Banque*, 1979, p. 583.

2: Kh. Brussel, 2 oktober 1974, *J.T.*, 1975, p. 44

3: In een arrest van het Hof van Beroep te Brussel van 10 mei 1979, *Rev. Banque*, 1979, p. 583. wordt reeds gesteld dat bankier en trekker onmiddellijke partijen zijn en dat bijgevolg alle verweermiddelen gehaald uit hun onderliggende verhouding tegenstelbaar zijn. Nochtans vindt de rechtbank het nodig de terminologie van art. 17 *in fine* te gebruiken om het gedrag van de bankier te toetsen.

Verder kan het arrest niet goedgekeurd worden omdat teruggegrepen wordt naar *bedrog* als evaluatiecriterium: "Attendu qu'il résulte des diverses considérations que l'intimé n'a pas démontré *le dol* qu'aurait commis la banque X en escomptant les deux traites; qu'elle ne peut, dès lors, résister au recours cambial exercé contre elle."

Bovendien wordt de leverancier-trekker op tegenvordering toch in het gelijk gesteld omdat de bankier een *fout* begaan zou hebben. Daar het om onmiddellijke partijen ging, had deze fout moeten volstaan als verweer tegen de oorspronkelijke vordering.

4: Brussel, 23 april 1979, *Rev. Banque*, 1979, p. 717.

Zelfde terminologie met een lichte wijziging: "a agi délibérément au détriment..."

5: Brussel, 23 maart 1978, *Rev. Banque*, 1979, 426.

Ook in dit arrest wordt het gedrag van de bankier geëvalueerd in het licht van art. 17 *in fine*.

Ook de rechtsleer is behalve Colhaes unaniem. De toepasselijkheid van art. 17, *in fine*, wordt niet in vraag gesteld (30). Colhaes daarentegen wijst op de werkelijke betekenis van art. 17, *in fine*, en stelt terecht dat: "art. 17 bescherming wil verlenen aan een derde houder te goeder trouw tegen de verweermiddelen die de wisselchuldenaar kon opwerpen o.m. uit de onderliggende verhouding met een voorman van de derde houder. Deze hypothese vindt evenwel in geval van LDC geen toepassing. In geval de leverancier-trekker de wisselbrief zelf aan de bank endosseert, heeft de bank immers geen andere voorman dan de trekker zelf. Ook in het geval de betrokkene de wisselbrief endosseert

(30) VAN RIJN en HEENEN, *Principes*, III, 1981, nr. 417, p. 315 en II, nr. 1579; NELISEN, overzicht van rechtspraak, *T.P.R.*, 1981, p. 1092; VAN OMMESLAGHE, P., *a.w.*, p. 55; FREDERICQ, *Belgisch Handelsrecht*, II, 1978, nr. 582, p. 199; DE COCK en DE LAT, *Aansprakelijkheid van de bankier bij kredietverlening*, 1982, p. 86; PARMENIER, M.C., La responsabilité civil du banquier et le crédit en droit belge, publicatie van de facultés universitaires St. Louis, maart 1981; ZENNER, A., Responsabilité du donneur de crédit, *Rev. Banque*, 1974, p. 739; HEENEN, J., La règle de l'inopposabilité des exception et la mauvaise foi du porteur d'une lettre de change, *R.J.C.B.*, 1965, p. 377 e.v.; FREDERICQ, *Traité*, X, nr. 106, p. 272.

vindt deze hypothese van art. 17 van de wisselwet geen toepassing : De acceptant-voorman van de bank beschikt niet over een wisselrechterlijke vordering tegen de trekker" (31).

## VI. De evolutie in 1982 en 1983

### A: Beschrijving

De bestudeerde vonnissen betreffen allemaal dezelfde juridisch-commerciële verhouding. Het gaat telkens om een regresrecht van een bank tegen een trekker van wie gevraagd wordt een wissel te betalen getrokken op de inmiddels failliete cliënt van de bank. De wissel kwam in handen van de bank via disconto door de trekker, in het kader van een LDC geopend ten voordele van de betrokkene-client van de bank.

De hoger beschreven rechtspraak ondergaat in 1982 gevoelige wijzigingen aangaande het LDC. De nieuwe Rs. neemt o.i. terecht, een beperkende interpretatie aan omtrent art. 17 *in fine*. Het probleem wordt echter verschoven naar het eerste deel van art. 17 : men maakt het dus de trekker mogelijk zijn verweer tegen de regresvordering, een in ieder geval wisselrechterlijk verweer, als een persoonlijke verhouding aan de bank tegen te stellen.

In het vonnis SOCOL van 3 februari 1982 vinden we de volgende passage : "Il convient immédiatement d'observer que l'art. 17 ne permet au signataire de la lettre de change que d'opposer au porteur qui se trouve dans des conditions décrites et commenté qualifié de ce fait *porteur de mauvaise foi* les exceptions fondées sur ses rapports personnels avec le tireur ou les porteurs antérieurs ;

Or le demandeur ne cite ni invoque de telles exceptions, la défense basée sur l'art. 17 de la loi est donc *irrelevante*. Il convient donc que le principe de l'abstraction cambiaria soit appliqué."

De redenering achter dit citaat is de volgende : art. 17 *in fine* is gemaakt om de niet tegenstelbaarheid van excepties teniet te doen. Aangezien de bank zich niet op excepties beroept is art. 17 *in fine* in deze irrelevant.

Dit is een impliciete manier om te zeggen dat de driepartijenrelatie zoals die in het aangehaalde art. wordt verondersteld niet voorhanden is.

In een tweede arrest aangaande de nalatenschap van de N.V. SOCOL lezen we het volgende : (32)

"Ceci n'est pas une application de l'art. 17 de la loi uniforme, ce dernier vise en effet le cas où le débiteur changeur peut opposer au

(31) COLHAES, J., *a.w.*, 1982, p. 527 e.v. meer speciaal p. 532.

(32) Kh. Brussel, 28 april 1982, onuitg., 16de kamer.

porteur une exception tirée de ses rapports avec un autre signataire de la lettre de change ;

... que l'argumentation développée par le défendeur ne peut constituer l'exception qui, à elle seule, constituerait le fondement suffisant d'un simple refus de payer au porteur de la lettre de change''.

Dit alles wordt op 29 april 1982 bijzonder klaar gesteld in een vonnis inzake VANDERBORGHT (33):

''Que cette disposition consacre l'un des mécanismes essentiels du droit cambiaire: l'inopposabilité des exceptions qui désarme le débiteur principal à l'égard d'un tiers bénéficiaire de la traite (VAN RIJN EN HEENEN, principes de droit commercial -T3-2ème éd.-, nr. 414) qu'elle ne peut être invoquée par le porteur qui *en acquérant la lettre a agi sciemment au détriment du débiteur*; que par là le législateur a entendu sanctionner le comportement du porteur qui a pour effet de priver le débiteur principal des exceptions dont il aurait pu se prévaloir à l'égard du tireur ;

Qu'il est donc clair que la règle ainsi énoncée est tout à fait étrangère au cas d'espèce où l'on voit le débiteur invoquer une exception déduite de ses rapports personnels avec le porteur ;

Attendu que l'art. 17 concerne exclusivement le domaine cambiaire ; qu'il ne s'applique pas au contrat d'escompte, qui est régi par le droit commun ;''

Met Colhaes (34) moet deze stelling bijgetreden worden :

art.17, *in fine*, omschrijft de situatie waarin de wissel geëndosseerd wordt *om* de excepties die tussen trekker en betrokkene bestaan te omzeilen. Dit gedrag wil het sanctioneren door aan de houder niet het voordeel van de materiële abstractie te geven. Vereist is dan echter ondermeer dat de trekker de wissel met dat doel zou hebben vreemd.

In een vonnis van de Rechtbank van koophandel te Luik van 18 februari 1983 (35) wordt overwogen : ''Qu'il est impliqué qu'entre les parties cambiaires directement impliquées, tous les moyens de défense tirés de leurs rapports sous-jacents, et spécialement le dol, restent opposables''.

Dit arrest kan echter niet helemaal bijgetreden worden omdat er nog verkeerdelijk beroep gedaan wordt op de tegenvordering.

#### *B: Het TRT-vonnissen en zijn fundering*

De meest zuivere consequentie van deze rechtspraak wordt teruggevonden in een vonnis dat met het bovenstaande schijnbaar in tegen-

(33) Kh. Brussel, 29 april 1982, 13e kamer, onuitgegeven.

(34) Colhaes, J., *a.w.*, nr. 10, p. 532.

(35) Kh. Luik, 18 februari 1983, 4e kamer, onuitgegeven.

spraak is. Ondanks het feit namelijk dat art. 17, *in fine*, door de tot dan toe uitgesproken vonnissen uit den boze is als verweer tegen het regresrecht van de bankier, zal de trekker door dit artikel op een andere en de enig juiste manier aan te wenden, toch in zijn verweer slagen. Uit art. 17, dat voorziet in de niet-tegenstelbaarheid der excepties tussen onmiddellijke partijen, leidt de rechtbank terecht af dat *a contrario* tussen onmiddellijke partijen de excepties gestoeld op deze directe verhouding wel tegenstelbaar zijn.

“Que commet un acte illicite le banquier qui escompte un effet en sachant ou devant savoir que le tiré, bénéficiaire du crédit, se trouve dans une situation sans issue ce qui était le cas en l'espèce au moment de la prise de l'effet à l'escompte; que ce faisant, le banquier prend délibérément le risque de causer un dommage au tireur ;  
*que les contrats doivent être conclus et exécutés de bonne foi*,  
que le caractère abstrait et formel de la lettre de change ne peut donner au porteur le droit de tirer profit d'un acte illicite” (36).

Volkomen terecht beschouwt de rechter de bank en de trekker als directe partijen. Het feit dat deze ‘acte illicite’ tegenstelbaar wordt geacht impliceert dat het bij trekker en bankier om wisselrechterlijk onmiddellijke partijen gaat. Die partijen zijn verbonden door een contract : het endossement. Bijgevolg moet dat contract te goeder trouw worden aangegaan en uitgevoerd.

Op deze manier wordt een verdere dubbele fout vermeden :

Ten eerste hoeft de rechter geen beroep te doen op art. 17, *in fine*. Dat een zulkdanige constructie uit den boze is, had de Rechtbank al eerder verklaard in de zaak VANDERBORGHT (37).

Maar bovendien is de juridisch oncorrecte constructie van het ‘schizofrene’ vonnis vermeden. Het is niet langer via de tegenvordering binnen hetzelfde vonnis dat de trekker zal ageren. Omdat hij via art. 17, *a contrario*, - de in art. 17 geïmpliceerde regel - al in zijn verweer slaagt, moet de rechtbank zijn tegenvordering zonder voorwerp verklaren.

Aan het volgende moet echter aandacht worden besteed : de oplossing die in het TRT-vonnis wordt aangenomen, is niet gespeend van verwar- ring tussen verweer en tegenvordering. De rechter verklaart immers die tegenvordering ontvankelijk. In navolging van Ronse moet deze hou- ding verworpen worden (*infra*).

(36) Kh. Brussel, 16 september 1982, onuitg. 13de kamer.

(37) Kh. Brussel, 29 april 1982, onuitg., 13de kamer.

## VII. Verwarring tussen verweer en tegenvordering

### *A : Ontstaan van de verwarring*

De termen *rigor cambialis*, het monetaire karakter en de abstractie zijn in het verleden vaak zonder meer door elkaar gebruikt. Ze slaan nochtans op verschillende eigenschappen van de wisselverbintenis (38).

De *rigor cambialis* staat in zijn juiste interpretatie op art. 74 van de wisselwet. De rechter mag aan de wissel schuldenaar niet zoals in 1244 B.W. uitsteltermijnen verlenen (39).

Volkomen onterecht is het begrip in het verleden aangewend om in het wisselproces een aantal excepties uit te sluiten omdat ze het proces zouden vertragen. Er is geen enkele procesrechterlijke regel die dit toelaat (40).

In een wisselproces is er alleen het materiële wisselrecht dat aanduidingen geeft omtrent de al dan niet aanwendbaarheid van excepties. Tussen directe partijen echter is een dergelijke beperking niet voorhanden. Zodoende wordt de bevoegdheid van de rechter noch door art. 17, noch door het procesrecht, noch door het materiële wisselrecht beperkt. Bovendien worden respijttermijnen die met de tijd die tijdens een proces voor het onderzoek is vereist gelijkgesteld (41).

Het monetaire karakter is het net zo vergaan (42). Ook dat is vaak foutief aangewend, ter verantwoording van het feit dat een proces snel zou moeten verlopen. Het duidt daarentegen in het huidige wisselrecht enkel aan dat het voorwerp van een wisselbrief een bedrag in geld moet zijn, zoals is uitgedrukt in art. 1 van de wisselwet.

Zelfs aan de abstractie werd voor de definitieve doorbraak van het onderscheid tussen formele en materiële abstractie een zo verregaande betekenis gegeven dat er voorgehouden werd abstractie te maken van alles wat niet *de plano* uit de wisselbrief bleek, of niet onmiddellijk bij het begin van een wisselproces kon worden aangetoond (43).

Via het abstracte karakter, de *rigor cambialis* en het monetaire karakter die niet altijd op een correcte manier werden aangewend, kwam men tot een zulke beperking van de verweermiddelen van de trekker dat hij bijna gedoemd was in het wisselproces aan het kortste eind te trekken. Daarbij kreeg men dan te maken met het volgende probleem: "De op tegenspraak geveld uitspraak, waarbij de vordering tot betaling van de wisselbrief, met verwerping van het daartegen gevoerde verweer, wordt toegewezen, is een eindvonnis. Hierdoor is de rechts-

(38) VAN RIJN en HEENEN, *Principes, aw.*, II, p. 272.

(39) RONSE, J., *R.W., a.w.*, kol. 2167.

(40) RONSE, J., *Wisselbrief*, a.w., nr. 1455, p. 452.

(41) PLANIOL en RIPERT, VII, nr. 1917, p. 325; DE PAGE, I, nr. 146, p. 193.

(42) RONSE, J., *R.W., a.w.*, kol. 2167.

(43) VAN RIJN en HEENEN, *a.w.*, II, p. 298.



macht van de rechter over het al dan niet verschuldigd zijn van de wisselschuld uitgeput. (art. 19 Ger. W.) Dit vonnis heft gezag van gewijsde zolang de beslissing niet ongedaan gemaakt is door rechtsmiddelen bij wet bepaald (art. 23 Ger. W.)” (44).

De combinatie van de twee bovenstaande feiten : de strenge beperking van de verweermiddelen van de trekker in een proces, en anderzijds het gezag van gewijsde van dat proces, werd voor de trekker het bijna zekere verlies van het credietbedrag. Dit heeft men willen vermijden door aan de trekker een tegenvordering toe te kennen binnen het wisselproces, om hem zo een eis op grond van art. 1382 toe te staan. Daardoor ontstonden wat we hierboven ‘schizofrene’ vonnissen hebben genoemd, waarin enerzijds de trekker wordt veroordeeld tot betaling op grond van het wisselrecht, maar anderzijds van die plicht tot betaling wordt ontslagen omdat de bankier op grond van art. 1382 aan hem hetzelfde bedrag verschuldigd is.

### *B: De verwarring*

“Deze oplossing steunt op een onduidbare verwarring tussen verweer en tegenvordering” (45).

Wil men namelijk met een echte tegenvordering te maken hebben, moet die een verschillend voordeel nastreven dan de hoofdvordering. Aangezien de bank en de trekker directe partijen zijn en dus ieder verweer tegenstelbaar is tussen hen, kan er wat de wisselschuld betreft, de enige schuldvordering die er tussen hen bestaat, geen sprake zijn van een tegenvordering. Iedere tegenwerping aan de wisselschuld is een verweer (46).

Men moet tussen onmiddellijke partijen op grond van het materiële wisselrecht ieder verweer tegenstelbaar achten. De vertraging die in het wisselproces optreedt is zoals hierboven uiteengezet niet in strijd met de *rigor cambialis*. De verleiding om de traagheid van ons juridisch apparaat aan de eisen van het handelsverkeer aan te passen via de *rigor cambialis* is wellicht groot, maar niettemin is die oplossing juridisch fout.

De ‘acte illicite’ van de bankier kan dus door de trekker als verweer worden gebruikt.

(44) RONSE, J., *Wisselbrief*, a. w., nr. 1462, p. 455.

(45) *ibidem*, nr. 1464, p. 456.

(46) RONSE, J., *R. W.*, a. w., kol. 2162.

## VIII. Grondslag, kenmerken en criterium van de aansprakelijkheid

### *A: Grondslag van de aansprakelijkheid*

In het algemeen kan men stellen dat de grondslag contractueel zal zijn tussen partijen waar er een contract bestaat. Daar waar anderzijds geen contract bestaat, is er eventueel van delictuele aansprakelijkheid sprake.

Het moment waar zich de fout van de bankier bij LDC situeert, ligt, althans t.a.v. de trekker, *in de contractsluiting zelf*. Men kan deze fout kwalificeren als een *culpa in contrahendo*. Van een echte contractuele fout is er geen sprake aangezien de bankier geen contractsbepaling schendt door het sluiten van de disconto-overeenkomst met de trekker. Vandaar het gerechtvaardigde beroep op art. 1382. Het enkele aangaan van een overeenkomst zal namelijk het gerechtvaardigd beroep op 1382 niet ongedaan maken.

### *B: Kenmerken van de aansprakelijkheid*

De aansprakelijkheid van de bankier moet beoordeeld worden: "... selon les critères du droit commun par comparaison avec le professionnel normalement prudent et diligent remplacé dans les mêmes circonstances extrinsèques" (47).

d'Ieteren en Verbraeken gebruiken in dit verband de term "*bonus argentarius*" (48).

Het zal dus gaan om een professionele aansprakelijkheid. Het is immers duidelijk dat men ook in de kredietsector van een professioneel bankier meer kennis van zaken kan eisen dan van een particulier kredietverlener. Art. 1382 ev. B.W. zullen dus van toepassing zijn, en dus zal de lichtste fout volstaan om de bankier te verplichten alle schade, die in causaal verband staat met de fout en die bewezen is, te vergoeden.

Het is niet nodig dat er een "zware" of "manifeste" fout zou aange-toond worden. A fortiori is niet vereist dat er een intentie om te schaden zou bestaan, noch dat er een bedrieglijke samenspanning of een heimelijke verstandhouding zou zijn tussen cliënt en bankier (49).

Het zal bijgevolg van primordiaal belang zijn voor de rechter om uit te maken wat een fout is en wat er geen is. Het zal niet gemakkelijk zijn om de *mate* van waakzaamheid en voorzichtigheid die men van een professioneel mag verwachten, te bepalen - daarbij in acht genomen de

(47) DALCQ, R., *Traité de Responsabilité civile, Les Nouvelles*, 1967, I, nrs. 709-730; Brussel, 23 mei 1979, *Rev. Banq.*, 1979, 1717.

(48) d'IETEREN en VERBRAEKEN, *La responsabilité du banquier qui octroie du crédit à une entreprise en difficulté, R.A.G.R.*, 1977.

(49) VAN OMMESLAGHE, P., *a.w.*, p. 7.

bijzondere gebruiken en eisen die aan het beroep gesteld worden (50). In het bijzonder zal het moeilijk zijn om bij bedrijven in moeilijkheden het onderscheid te maken tussen een *lichte fout* en een *verkeerde appreciatie* van de kansen van de onderneming door de bankier. Begaat de bankier een fout als achteraf blijkt dat hij bv. de kansen op herstel van een bedrijf verkeerd beoordeeld heeft? *Nee*, want dat zou betekenen dat het enkele feit dat de kredietoperatie mislukt, de aansprakelijkheid van de bankier zou meebrengen (51).

Het moet ten zeerste benadrukt worden dat deze verkeerde appreciatie geen fout kan uitmaken in hoofde van de bankier. Immers, daaruit blijkt geenszins dat de bankier zich niet heeft gedragen zoals van een normaal voorzichtig en bekwaam bankier verwacht mag worden.

Ter staving van deze zienswijze dienen zich twee argumenten aan: Vooreerst kan men het de bankier niet kwalijk nemen dat hij uit hoofde van zijn functie bepaalde risico's moet nemen. Vanaf het ogenblik dat de kredietoperatie een redelijke kans op slagen heeft, gaat de bankier vrijuit. De mogelijkheid dat onvoorziene omstandigheden optreden die de onderneming in moeilijkheden brengen, kan niet ten laste van de bankier gelegd worden als daardoor de kredietoperatie mislukt. Een *constructief risico* is immers inherent aan elke kredietoperatie (52). Enkele arresten bevestigen dat de rechtspraak deze visie deelt (53).

Het kan niet beter geïllustreerd worden dan met de woorden van Harmel: "... une erreur d'appréciation dans les capacités réelles de l'entreprise et dans ses chances de relèvement ne peut être considérée comme donnant ouverture à l'application des articles 1382 et 1383 si elle peut être classée parmi les erreurs normales inhérentes au commerce de banque" (54).

Terloops wijst Vasseur er ook nog op dat de rechtbanken van koophandel zich vaak *zelf* vergissen in de kansen van een onderneming in het kader van officiële procedure van gerechtelijk akkoord of faillissement (55). Vervolgens mag men de bankier geen *resultaatsverbintenissen* opleggen. Het feit dat een bankier krediet verleent, mag door de derden niet zo begrepen worden dat de bankier zich borg stelt voor alles wat daardoor met de kredietnemer gebeurt, m.a.w. dat de bankier een

(50) CUIGNET, R., La responsabilité juridique du banquier donneur du crédit, *Rev. Banq.*, 1976, p. 7.

(51) PARMENTIER, a.w., p. 5.

(52) VAN OMMESLAGHE, P., a.w., p. 6.; BRUYNEEL, A., Le mémoire de Barcy sur la responsabilité du donneur de crédit, *Rev. Banq.*, 1977, p. 332; PARMENTIER, a.w., p. 6.

(53) Cass., 4 januari 1973, *Pas.*, I, 434; *J.T.*, p. 550 met noot van FAGNART; Brussel, 23 mei 1979, *Rev. Banq.*, 1979, 717; Brussel, 10 mei 1979, *Rev. Banq.* 1979, 583; Luik, 1 februari 1978, *J.T.*, 1979, p. 180.

(54) HARMEL, *Banques*, II, 1943, p. 475.

(55) VASSEUR, M., La responsabilité civile du banquier dispensateur de crédit, 3ème édition, *Banque*, 1978, p. 54.

goede afloop garandeert. We kunnen nogmaals Vasseur aanhalen: "Ceux-ci (les banquiers) ne sont pas la Sécurité Sociale des créanciers des entreprises qui ont sombré". Wat *goed* en wat *slecht* krediet is, mag m.a.w. niet bepaald worden door de afloop van de zaken.

Als de onderneming het goed blijft doen, zou men het als goed krediet kwalificeren, loopt het daarentegen mis, dan moet de bankier ervoor opdraaien. Deze appreciatie *a posteriori* van het gedrag van de bankier gaat niet op. De rechter moet zich plaatsen op het ogenblik van de beslissing van de bankier om het krediet toe te staan of te behouden, om deze beslissing te beoordelen en het al dan niet foutief karakter ervan te bepalen. De rechtsleer wijst unaniem op deze verplichting voor de rechter om abstractie te maken van het resultaat (56).

Enkele uitspraken in deze richting (57).

In een arrest van het Hof van Beroep van Brussel wordt in dit verband gezegd dat het om een "gekaracteriseerde fout" moet gaan. Volgens P.-A. Foriers wil dit zeggen: "l'arrêt attend par là que la faute doit apparaître clairement au vu des circonstances du fait appréciées au moment de l'octroi du crédit" (58). Uit al deze arresten besluiten Simon en Bruyneel dat de rechter slechts over een *marginale controle-recht* over het gedrag van de bankier beschikt (59).

De theorie van het marginaal controlerecht wordt niet eensgezind aangevaard. Volgens sommige rechtsleer zou het betekenen dat alleen de zware fout wordt weerhouden, hetgeen hier zeker niet de bedoeling is. De rechtsleer stelt voor het begrip marginale toetsing ter zijde te laten en te vervangen door de *culpa levis* als norm te hanteren met een geconcretiseerde fouttoetsing (60).

Twee ogenblikken zijn belangrijk om het gedrag van de bankier te toetsen, nl. enerzijds het ogenblik dat de bankier beslist om het krediet te verlenen, en anderzijds bij het beheer van het verleende krediet het ogenblik dat de bankier had moeten overwegen dit krediet stop te zetten of terug te draaien.

### *C: Criterium van de aansprakelijkheid*

De bankier zal aansprakelijk gesteld worden als hij verder wissels verdisconteert terwijl hij op de hoogte is van de benarde toestand van de betrokkene. De trekker zal de bankier dan kunnen verwijten dat hij

(56) VAN OMMESLAGHE, P., *a.w.*, p. 41; SIMON en BRUYNEEL, *Chronique du droit bancaire privé, Rev. Banq.*, 1979, p. 702; FORIERS, P.A., *Rev. Banq.*, 1979, p. 85.

(57) Brussel, 10 mei 1979, *Rev. Banq.*, 1979, p. 583; Luik, 1 februari 1978, *J.T.*, 1979, p. 180; Luik, 31 mei 1958, onuitgegeven.

(58) Brussel, 27 september 1978, *J.C.B.*, 1979, I, p. 268 met noot van P.A. Foriers.

(59) SIMON en BRUYNEEL, *a.w.*, p. 702.

(60) VANDENBERGHE, H., VAN QUICKENBORNE, M., HAMELINK, P., *a.w.*, nr. 16, p. 63.

misleid is geweest omtrent de reële situatie van de betrokkene. Op het ogenblik van het endossement rust immers een informatieplicht op de bankier. Zoals elke contractspartij moet de bankier de trekker inlichten opdat deze niet zou dwalen omtrent de omstandigheden waarin het contract gesloten wordt. De trekker mag er immers van uitgaan dat de bankier op de hoogte is van de situatie van de kredietnemer. De bankier beschikt daartoe als professioneel over de nodige middelen.

“En cas d’escompte d’une traite fournisseur, la banque commet une faute génératrice de sa responsabilité sur pied de l’art. 1382, lorsqu’elle procède à l’escompte *sachant* sans en donner connaissance au fournisseur *que le papier négocié est douteux* parce que déjà des traites tirées sur la clientèle restèrent impayées” (61).

Welke zijn nu de preciese omstandigheden waarin de trekker de bankier kan verwijten dat hij aan zijn verplichtingen als loyale contractspartner tekort is gekomen?

De trekker mag immers van de bankier niet verwachten dat deze hem *alles* zal bekendmaken omtrent de financiële toestand van de betrokkene, cliënt van de bankier. Op de bankier rust een plicht van discretie. Zo zegt Henrion: “Nous croyons que l’obligation au secret demeure absolu en ce qui concerne les particularités que le banquier n’a pues connaître que par l’exercice de sa profession” (62).

Men neemt aan dat het enkele feit dat de bankier weet dat het met zijn cliënt slecht gaan onvoldoende is om de discontoverrichting aan te tasten. Alleen als hij weet - of zou moeten weten - dat de onderneming van de betrokkene onvermijdelijk failliet zal gaan en dat de wissels waarschijnlijk geprotesteerd zullen worden, moet hij het krediet stopzetten en de trekker wijzen op de situatie van zijn cliënt. Doet de bankier dat niet, dan begaat hij een *culpa in contrahendo*.

Het criterium moet dus zijn: heeft de onderneming redelijkerwijze een kans op herstel, of is ze onherroepelijk verloren. Het is op dat ogenblik dat de bijzondere plicht tot samenwerking met en tot informatie van de trekker begint. Op dat ogenblik eindigt ook de plicht tot geheimhouding die de bankier tot de betrokkene heeft. Het hoeft geen betoog dat het bepalen van dit ogenblik in de praktijk een delicate aangelegenheid zal zijn:

“Attendu que le banquier doit s’efforcer de réaliser l’équilibre entre ses obligations contractuelles de collaboration avec son client et de discrétion sur l’état de ses affaires et l’obligation de ne pas porter fautivement préjudice aux tiers que cet équilibre est rompu et engage

(61) Kh. Gent, 10 januari 1953, *Rev. Banq.*, 1954, p. 876.

(62) HENRION, R., *Réflexions sur le crédit d’escompte fournisseurs*, *Rev. Banq.*, 1954, p. 869.

la responsabilité de donneur de crédit lorsque celui-ci ne tire pas son concours à une entreprise irrémédiablement perdue" (63).

Zo zegt Van Ommeslaghe: "Nous pensons dès lors que le critère devrait être le suivant... : le banquier pourra être considéré comme imprudent et comme coupable d'une faute envers l'escompteur, s'il accepte des effets à l'escompte alors qu'il sait ou ne peut ignorer que la situation de son client est *définitivement compromise*, en sorte qu'il ne peut pas *raisonnablement* croire ou espérer que la traite pourra être honorée à l'échéance par le débit du compte du client" (64).

## IX. Verrechtvaardiging van de voorgestelde oplossing

In een LDC verleent de trekker zijn medewerking aan de verwezenlijking van de kredietopening die een bank aan zijn koper heeft toegestaan.

Hij wil enkel zijn kredietwaardigheid aanwenden om zijn koper behulpzaam te zijn bij de verwezenlijking van *diens* kredietovereenkomst (65).

Als een onderneming in moeilijkheden raakt mag het niet haar kredietinstelling zijn die beslist het risico van die problemen af te wentelen op een ander, *in casu* de trekker. "Attendu que les mécanismes du droit cambiaire ne peuvent être utilisés de manière discrétionnaire par le banquier pour déplacer le risque du crédit à son client et le faire supporter par le terreur dont le seul tort est d'avoir fait escompter l'effet pour obtenir le paiement auquel il avait droit depuis l'échéance des factures» (66).

Het is niet zo dat door de voorgestelde oplossing de trekker in ieder geval van ieder risico ontbloot zou blijven. Het enige wat door deze oplossing veilig gesteld wordt is dat hij door de discontering een *risico* aangaat, en niet zonder het te weten met *zekerheid* het nadeel zal moeten dragen van een kredietverlening door een bank aan haar cliënt.

Het wisselrecht wordt door de voorgestelde oplossing niet ondergraven maar in zijn waardigheid hersteld. Het mag namelijk geen dekmantel zijn van ongeoorloofde praktijken: "Que le caractère abstrait et formel de la lettre de change ne peut donner au porteur le droit de tirer profit d'un acte illicite" (67). Daarbij worden noch de *rigor cambialis*

(63) Brussel, 23 mei 1979, *Rev. Banq.*, 1979, p. 717.

(64) VAN OMMESLAGHE, P., *a.w.*, p. 57.

(65) COLHAES, J., *a.w.*, nrs. 3 en 4, p. 528.

(66) Kh. Brussel, 16 september 1982, onuitg., 13de kamer.

(67) *ibidem*.

noch het monetaire aspect, noch de abstractie ten aanzien van derden te goeder trouw als principe aangetast.

Ook de handelsrelaties lijden niet onder deze beperkingen.

De handelsrelatie die tussen de bank en de trekker tot stand komt is immers ruimer dan die, die in het beperkte wisselproces tot stand komt. De trekker kan immers in die - zoals hoger beschreven oncorrecte - oplossing na het wisselproces opnieuw op grond van het gemeenrecht procederen. Duurt de *economische onzekerheid* over de betaling in die oplossing niet nog langer dan in de verdedigde oplossing?

Tenslotte eist het handelsverkeer een zeker formalisme dat met name is neergelegd in het wisselrecht. Dat formalisme wordt niet aangetast. De bewijslast rust immers op de verweerder in het proces.