

Editorial

Que 2013 soit bienveillance !

Face au stress et à la pression de la concurrence économique que nous connaissons, ne faut-il pas réfléchir à développer dans les entreprises une éthique de la bienveillance ?

La bienveillance est le fait pour une personne de vouloir faire du bien à celui ou celle qui lui fait confiance. Cette valeur appliquée dans la relation à autrui peut être le fondement d'un monde de travail commun retrouvé.

L'anticipation de la bienveillance d'autrui produit de la confiance, laquelle devient un mécanisme efficient de coordination. Elle renforce la coopération et la solidarité.

Ce que nous pouvons faire de mieux pour ceux qui nous entourent c'est d'être heureux, de partager notre bonheur, de le redistribuer.

C'est ce que nous apprennent la politesse et sans doute la déontologie, qui sont des bonheurs d'apparence.

Que 2013 vous soit bienveillante !

Jean-Pierre BUYLE
jpbuyle@buylelegal.eu

Sommaire

Page 2

L'obligation de mise en garde du gestionnaire

Page 6

Le prêt à la consommation, uniquement pour les besoins de la vie journalière ?

Page 10

L'immunité d'exécution et la déclaration de tiers saisis

Page 13

Le règlement de la CEC résiste-t-il à une escroquerie ?

Page 18

L'indemnité de remploi devant la Cour constitutionnelle

Page 21

Le *modus operandi* logique du voleur de carte bancaire

L'OBLIGATION DE MISE EN GARDE DU GESTIONNAIRE DE FORTUNE

Un client avait fait part à son banquier de son intention de procéder à des donations en faveur de ses enfants. Quelques mois plus tard, le client effectua deux donations bancaires, chacune assortie d'une charge de rente en faveur du donateur et de son épouse.

Il était prévu que les avoirs ainsi donnés fassent l'objet d'un contrat de gestion. Un contrat de gestion fut donc signé en juillet 1997 moyennant un profil de 30% en actions et 70% en obligations. Les rentes représentaient environ 4,5% des avoirs donnés.

En mars 2000, les donataires modifièrent leur stratégie de gestion en un profil essentiellement investi en actions.

En février 2002, la banque avertit le client que suite à l'évolution négative des marchés financiers, il convenait de prendre des mesures de sauvegarde et de revenir à une stratégie plus conservatrice impliquant un placement de 50% en actions et 50% en obligations.

Quelques mois plus tard, les deux donataires mirent en cause la responsabilité de leur banquier qui avait, selon eux, violé son obligation d'exécuter le contrat de gestion de fortune en gestionnaire normalement prudent et diligent. Ils reprochaient plus spécifiquement à leur banquier :

- de les avoir mal conseillés lorsqu'en mars 2000, ils sont passés d'une stratégie équilibrée

à une stratégie d'investissement composée essentiellement d'actions ;

- de ne pas les avoir mis en garde contre les risques d'une telle stratégie d'investissement ;
- et d'avoir dès lors violé ses obligations déontologiques prévues à l'époque à l'article 36 § 1^{er} de la loi du 6 avril 1995 (agir de manière loyale et équitable, servir au mieux l'intérêt des clients, compte tenu de leur degré de connaissances professionnelles, recueillir de manière appropriée toute information utile concernant leur situation financière, leur expérience en matière financière et leurs objectifs de placement qui sont significatifs pour pouvoir réaliser au mieux leurs engagements).

« Ils reprochaient plus spécifiquement à leur banquier de les avoir mal conseillés lorsqu'en mars 2000, ils sont passés d'une stratégie équilibrée à une stratégie d'investissement composée essentiellement d'actions »

Le litige fut soumis à l'appréciation de la Cour d'appel de Bruxelles après que la demande des clients fut rejetée en première instance.

Dans son arrêt, la Cour rappelle dans un premier temps que la convention de gestion de fortune n'engendre qu'une obligation de moyens dans le chef du gestionnaire, dès lors que cette gestion est soumise aux aléas des marchés financiers. La simple constatation qu'un portefeuille subit une moins-value, même importante, n'est pas constitutive de faute. Pour mettre la responsabilité du gestionnaire en cause, le client doit dès lors prouver que le gestionnaire a commis une faute que n'aurait pas commise un gestionnaire professionnel normalement prudent et diligent placé dans les mêmes conditions de l'espèce. Enfin, l'appré-

« Le tribunal avait considéré (à tort selon la Cour) que l'article 36 précité ne s'appliquait pas aux contrats de gestion de fortune (et à la conclusion d'un avenant à un tel contrat) au motif que ce dernier ne serait pas une opération sur instruments financiers »

ciation de la responsabilité du gestionnaire par les cours et tribunaux n'est que marginale.

Le tribunal de 1^{ère} instance avait considéré (à tort selon la Cour) que l'article 36 précité ne s'appliquait pas aux contrats de gestion de fortune (et à la conclusion d'un avenant à un tel contrat) au motif que ce dernier ne serait pas une opération sur instruments financiers

visée par cette disposition.

Selon la Cour, cette interprétation se heurte à la constatation que tout contrat de gestion de fortune a pour objet la réalisation d'opérations sur instruments financiers visées par l'article 36 §1^{er} précité et s'applique donc manifestement non seulement à chaque opération conclue en exécution du contrat, mais également au contrat cadre lui-même qui a pour objet ces opérations.

Le libellé de l'article 36 § 1^{er} le confirmerait implicitement, selon la Cour puisqu'il « met à charge des conseillers en placements une obligation particulière, qui n'aurait aucun sens si cet article n'était pas d'application générale à ces conseillers en placements et, pour les autres dispositions du texte, également aux gestionnaires de fortune.

En l'espèce, l'application de l'obligation de l'intermédiaire financier d'agir loyalement et équitablement en vue de promouvoir les pratiques honnêtes sur le marché, l'obligation de servir au mieux les intérêts de leurs clients, avec la compétence et le soin et la diligence qui s'imposent, compte tenu du degré de connaissance professionnelle de ces clients, et l'obligation de se conformer aux règles applicables à l'exercice de ses activités de manière à défendre au mieux les intérêts de ses clients ne se différencie pas quant à son contenu de l'obligation de droit commun d'agir comme un professionnel normalement prudent et diligent, placé dans les mêmes circonstances.

Le comportement de la banque s'apprécie donc de la même manière sur le fondement de l'article 36 §1^{er} de la loi du 6 avril 1995 que sur le fondement de l'obligation de droit commun d'exécuter le contrat en professionnel normalement prudent et diligent.

Les clients soutenaient que c'était la banque qui leur avait donné le conseil de modifier leur stratégie d'investissement, alors que la banque soutenait qu'il n'en était rien.

Il ressortait cependant du dossier que c'était bien les clients qui avaient pris cette décision et qui l'avaient fait, malgré leur expérience limitée en matière d'instruments financiers, en sachant que « *cette stratégie présentait un degré de risque encore plus élevé [que la stratégie antérieure] et peut se traduire par une évolution de rendement très fluctuante* ».

La seule question qui se posait, selon la Cour, était de savoir si la banque pouvait conseiller (dans l'hypothèse où elle l'avait fait) ou ne devait pas mettre les clients en garde (dans l'hypothèse où elle ne l'aurait pas conseillée) contre les risques spécifiques d'une telle politique de placement, compte tenu de la nature particulière de la gestion du compte en l'espèce, qui impliquait le versement de deux rentes mensuelle et trimestrielle indexées estimées à 4,5% du portefeuille.

La question du conseil inapproprié reproché à la banque se confondait, selon la Cour, dans ses conséquences avec la question de savoir

si la banque avait respecté ou non en l'espèce son obligation de mise en garde, compte tenu de la nature particulière de la gestion qui lui était confiée, et ne nécessitait pas un examen distinct.

La Cour estime que la banque a l'obligation de mettre en garde lorsque son client fait des choix hasardeux compte tenu, soit de son profil ou de ses objectifs, soit de l'équilibre à respecter entre les risques encourus et les charges de son patrimoine. Cette obligation trouve son fondement selon la Cour aussi bien dans l'obligation générale de veiller aux intérêts de ses clients avec diligence, compétence et soin que son obligation d'agir comme un professionnel normalement prudent et diligent. Le banquier devrait donc, selon la Cour, en sa qualité de professionnel, mettre en garde son client contre tout déséquilibre manifeste des choix

«La question du conseil inapproprié reproché à la banque se confondait dans ses conséquences avec la question de savoir si la banque avait respecté ou non en l'espèce son obligation de mise en garde, compte tenu de la nature particulière de la gestion»

opérés par lui au regard des risques qu'il comporte. La Cour précise que s'il le fait verbalement et que sa mise en garde n'est pas enten-

due, il doit le faire par écrit s'il veut justifier qu'il s'est conformé par tous les moyens à son obligation.

La Cour relève que s'il ne pouvait être nié que les clients avaient pris eux-mêmes la décision en mars 2000 d'autoriser l'investissement de la totalité de leur portefeuille en actions, et s'ils avaient reconnu être conscients que cela entraînerait un risque accru par rapport à la stratégie d'investissement antérieurement convenue, il ne résultait de rien que la banque avait déployé tous les moyens raisonnables pour les mettre en garde contre le caractère hasardeux de ce choix compte tenu de la structure très

« C'était précisément contre des tentations de cette nature que le gestionnaire de fortune professionnel doit mettre en garde ses clients, lui qui sait bien mieux qu'eux la nature réelle du risque auquel ils s'exposent »

particulière du portefeuille confié en gestion et qui impliquait le versement par les soins de la banque de rentes périodiques conséquentes supposant un rendement annuel stable d'au moins 4,5% indexé, ce que personne, selon la Cour, ne pouvait garantir avec un placement à 100% en actions en période de baisse boursière.

Le risque encouru n'était donc pas le risque

ordinaire lié à tout placement en actions, couvert par la déclaration stéréotype souscrite par les clients mais le risque spécifique de ne pas pouvoir verser les rentes convenues sans entamer, voire épuiser la valeur en capital des sommes données dans le cadre d'une structure complexe mise en place avec l'accord et le concours de la banque.

La Cour rejeta l'argument retenu par le tribunal de 1^{ère} instance selon lequel le choix effectué en mars 2000 s'inscrivait dans une réflexion familiale sur la manière de faire fructifier au mieux les avoirs dont la famille disposait. C'était précisément contre des tentations de cette nature que le gestionnaire de fortune professionnel doit mettre en garde ses clients, lui qui sait bien mieux qu'eux la nature réelle du risque auquel ils s'exposent.

La banque soutenait que les charges incombant aux donataires n'étaient pas liées aux biens donnés et que les clients pouvaient les exécuter au moyen d'autres biens. La Cour releva toutefois qu'il n'était pas établi que les clients possédaient d'autres biens leur permettant d'honorer la charge des rentes stipulées à leur charge. A supposer même que ce fut le cas, tel n'était pas l'objectif de la structure mise en place avec l'assistance de la banque. L'obligation de celle-ci, en tant que professionnel normalement prudent et diligent, était précisément d'aider ses clients par une information suffisante pour que cette structure puisse, sauf événement imprévisible, à la fois garantir le paiement des rentes et la préservation du capi-

tal contre des ponctions à effectuer à un moment où les marchés ne le permettent pas.

La Cour précise que le fait que les clients n'aient pas protesté contre les relevés trimestriels du portefeuille que leur adressait la banque ne pouvait être considéré comme une approbation implicite du risque spécifique contre lequel ils n'avaient pas été mis en garde. Selon la Cour, une gestion discrétionnaire doit s'apprécier en fonction d'un résultat global et non opération par opération. La clause contractuelle selon laquelle les clients étaient tenus de signaler leurs remarques ou objections au sujet de chaque rapport trimestriel immédiatement après sa réception ou au plus tard, dans le

mois qui la suit, n'est donc pas applicable aux conséquences du défaut de mise en garde commis par la banque. La Cour estima que le dommage des clients causé par le manquement de la banque était égal à la différence entre l'évolution réelle du portefeuille confié en gestion entre la date de la signature de l'avenant et la mise en garde (a posteriori) de la banque en février 2002 et la valeur qu'il aurait eue si l'on avait conservé entre les deux dates l'allocation initiale.

Un pourvoi en Cassation a été introduit contre cette décision.

LE PRÊT À LA CONSOMMATION, UNIQUEMENT POUR LES BESOINS DE LA VIE JOURNALIÈRE ?

Une banque avait consenti un crédit à terme fixe pour 39 mois à l'un de ses clients en vue de lui permettre d'acquérir les actions d'une société. Le crédit était garanti par un nantissement de titres pour lesquels le client avait conclu une convention de conseil en placements avec ladite banque.

Un peu avant l'échéance, le crédit fut prorogé pour une durée de 8 années supplémentaires et le taux revu à la baisse.

Quelques années plus tard, le client décida de citer la banque pour violation de la loi sur le crédit à la consommation ainsi que violation

des obligations imposées par la convention de conseil en placements.

L'affaire fut confiée par le tribunal d'arrondissement au juge de paix du canton de Molenbeek-Saint-Jean.

Dans un premier temps, le juge rappela que la loi du 12 juin 1991 relative au crédit à la consommation ne trouve à s'appliquer que si conformément à son article 2, un contrat de crédit est conclu avec un « consommateur » défini comme « toute personne physique qui, pour les transactions régies par la présente loi, agit dans un but pouvant être considéré com-

me étranger à ses activités commerciales, professionnelles ou artisanales ».

En d'autres termes, selon le juge de paix, il ne peut être question de contrat de crédit à la consommation qui si le crédit octroyé a servi à financer l'acquisition de biens de consommation courants (petits appareils ménagers, livres, alimentation,...) et de services (restauration, voyages,...) ; il doit s'agir d'un crédit utilisé au quotidien pour des menus achats.

« Le juge précisa que la recherche d'une «plus-value à court terme» révèle l'existence d'une intention spéculative, laquelle présente un caractère commercial »

Or, en l'espèce, le juge estima que le client n'avait pas agi en qualité de «consommateur» lors de la conclusion du contrat et de sa prorogation. En effet, les fonds consentis avaient permis au client d'acquérir la totalité des actions d'une société dans le but de les revendre à moyen terme après redressement de la société notamment par le travail du client qui en devenait administrateur et membre du comité de direction.

Le juge releva que le client exerçait pour le compte de nombreuses sociétés depuis de

nombreuses années les fonctions d'administrateur-délégué et de président de conseil d'administration, ce qui permettait de déduire qu'il était habitué aux opérations financières et que le contrat de prêt litigieux n'était pas un acte isolé.

Par ailleurs, l'activité exercée par la société n'était pas étrangère au client dans la mesure où ce dernier avait exercé des fonctions d'administrateur dans des sociétés opérant dans les mêmes sphères d'activités, ce qui permettait au juge de déduire que le prêt litigieux s'inscrivait bel et bien dans le cadre des activités professionnelles du client.

Par ailleurs, il ne faisait aucun doute pour le juge que l'intention du client était de rembourser le prêt litigieux grâce au produit issu de la revente des actions de la société au sein de laquelle il exerçait des fonctions d'administrateur. Il y avait donc un lien entre les revenus issus de l'activité professionnelle du client et le remboursement du prêt litigieux.

Le juge précise à cet égard que la recherche d'une «plus-value à court terme » révèle l'existence d'une intention spéculative, laquelle présente un caractère commercial, selon la jurisprudence de la Cour d'appel de Bruxelles.

Il est sans incidence selon le juge que le prêt ait pu être consenti à des fins privées dans le chef de l'épouse du client (cosignataire de la prorogation), car en cas d'utilisation mixte d'un contrat de prêt, c'est l'usage prioritaire de ce prêt qui détermine si la loi du 12 juin 1991 régit ou non la convention. Or, en l'espèce, l'usage

prioritaire du prêt n'était pas étranger à l'activité professionnelle indépendante du client, de sorte que la loi précitée ne pouvait trouver à s'appliquer.

Le juge releva que la non application de ladite loi découlait également de l'ampleur du crédit consenti (+/- 620.000 euros) au client, « *ce montant exclut à lui seul l'application de la loi puisqu'il ne s'agit pas de sommes consacrées par [le client] aux besoins de la vie journalière* ».

Le client reprochait également à la banque une faute dans son obligation d'information et de conseil préalablement à la conclusion du crédit. Le juge estima que s'il pèse sur la banque un devoir d'information sur ce qu'est un crédit, son fonctionnement, sur les différentes formes de crédit pouvant le cas échéant exister, elle n'a, à défaut de disposition légale le prévoyant, aucune obligation quelconque de conseil. Le juge précisa que l'obligation d'information est fonction de la qualité du créancier de l'information ainsi que des informations qu'il a lui-même communiquées. Il ne pouvait en effet être exigé du banquier de fournir « *l'annuaire des crédits disponibles* ». Il n'était du reste pas démontré que si la banque leur avait fait part de la possibilité de conclure un contrat de crédit à la consommation, la situation aurait été autre.

Le client reprochait en outre à la banque d'être restée en défaut de ne pas examiner les renseignements relatifs à leur situation financière et à leurs facultés de remboursement tel que

prévu par la loi relative au crédit à la consommation.

Le juge rappela qu'en dehors de l'obligation de consultation de la banque centrale des données gérée par la Banque Nationale de Belgique qui s'analyse comme une obligation de résultat, la banque n'a qu'une obligation de moyen dans la recherche des informations sur la situation financière et les capacités de remboursement de l'emprunteur. L'exécution de cette obligation s'apprécie par rapport à l'attitude du prêteur respectueux de ses obligations normalement prudent et diligent placé dans les mêmes circonstances. A cet égard, le juge rappela que le fait de faire référence à d'autres avoirs détenus par le client auprès du banquier, est un indice permettant de confirmer que le prêteur a bien apprécié la capacité financière du « *consommateur* ».

«s'il pèse sur la banque un devoir d'information sur ce qu'est un crédit, son fonctionnement, sur les différentes formes de crédit pouvant le cas échéant exister, elle n'a, à défaut de disposition légale le prévoyant, aucune obligation quelconque de conseil »

Le client prolongeait ses reproches sur la prorogation du crédit accordée à un moment où la situation dont les titres avaient été rachetés

était préoccupante et ne permettait pas un remboursement du capital avant une nouvelle période de 8 années.

S'il est vrai que le fait pour un banquier d'accorder un crédit supplémentaire à son client afin de lui permettre de rembourser un prêt antérieur peut dans certains cas appeler à une vigilance accrue de la part du prêteur, il n'était pas ainsi en l'espèce, selon le juge, dans la mesure où il ne s'agissait pas à proprement

« le client partait de la constatation que la valeur d'inventaire de son portefeuille avait diminué pour en déduire que nécessairement des fautes avaient été commises, ce qui était en totale contradiction avec les principes élémentaires du droit de la responsabilité »

parler d'un crédit supplémentaire, mais bien d'une prolongation du délai de remboursement prévu pour le montant en capital initialement octroyé par la banque.

Le client tenta également de mettre en cause la responsabilité de la banque au motif que la banque se serait abstenue de fournir les conseils qu'elle s'était engagée à donner dans le cadre du contrat de «*Private Banking*» et que le portefeuille de titres faisant l'objet de ce contrat aurait subi une dépréciation en raison de cette absence de gestion.

Le juge rappela qu'il ne suffisait bien entendu pas de constater l'existence d'une moins-value pour considérer que le conseiller avait commis une faute, particulièrement lorsque cette moins-value provient d'une détérioration boursière. Les décisions ou conseils en placements sont aléatoires, ce qu'aucun client n'est censé ignorer de sorte que le simple fait d'avoir subi, le cas échéant, un dommage à la suite du conseil donné par le conseiller ne suffit pas à engager la responsabilité de celui-ci.

Or, le juge estimait que le client partait de la constatation que la valeur d'inventaire de son portefeuille avait diminué pour en déduire que nécessairement des fautes avaient été commises, ce qui était en totale contradiction avec les principes élémentaires du droit de la responsabilité précités, ainsi qu'avec les termes mêmes de la convention signée avec la banque qui prévoyait notamment que « *le conseil de la banque est basé sur des prévisions d'évolution des marchés financiers. Vu le caractère complexe de ces marchés, ces prévisions sont toujours indicatives et la banque ne peut donc fournir aucune garantie quant à la mesure dans laquelle ces prévisions se réaliseront* ».

Le juge rappela que la convention conclue entre les parties était une convention de conseil en placements, et non un contrat de gestion de fortune. C'est le client qui décide d'acheter ou de ne pas acheter, de vendre ou de ne pas vendre, et ce quels que soient les conseils donnés. Par conséquent, la personne qui gère, qui décide d'acheter, de vendre, de ne pas

acheter ou de ne pas vendre, est le client et non l'entreprise d'investissement. Le juge releva que ceci était rappelé expressément à l'article 4 de la convention qui stipulait : « *le client est libre de suivre ou non les conseils de la banque et d'effectuer de sa propre initiative quelque opération que ce soit* ».

En l'absence de mandat de gestion discrétionnaire conféré dans le cadre d'un contrat de gestion de fortune, il ne peut être reproché à la banque de ne pas avoir pris les mesures nécessaires pour veiller à la conservation du compte-titres. Cette tâche incombait uniquement au client, lequel était tenu en vertu de la convention de prêt litigieuse, de maintenir une valeur de gage minimum.

Le client n'apportait pas la preuve de ce que les conseils qui ont été donnés par la banque, au moment où ils ont été donnés étaient mauvais, compte tenu des objectifs exprimés par lui consistant en un portefeuille « *très dynamique* » pour lequel l'investisseur accepte expressément

un risque de très fortes fluctuations de valeurs. Le simple fait que d'autres titres aient connu un meilleur rendement ne permet pas de conclure à l'existence d'un mauvais conseil dispensé par la banque ni même de l'absence de conseil dans son chef.

Le juge précisa encore que le fait pour une banque de proposer à ses clients de souscrire des Sicavs dont elle est le gestionnaire n'entraînait pas en soi, l'existence d'un conflit d'intérêt. En principe, rappela le juge, le gestionnaire a les mêmes intérêts que le souscripteur puisque sa rémunération dépend de la performance de ce type de produit financier. Par ailleurs, une sicav est un panier de valeurs mobilières diverses qui sont en principe, émises par d'autres opérateurs que le gestionnaire, si exceptionnellement une sicav devait contenir une action du gestionnaire, la diversification de sa composition ne pourrait avoir de conséquence notable sur le rendement de celle-ci.

La demande fut donc déclarée non fondée.

L'IMMUNITÉ D'EXÉCUTION ET LA DÉCLARATION DE TIERS SAISIS

Dans le cadre d'un litige opposant une organisation internationale basée à Bruxelles à une société américaine, une sentence arbitrale avait été rendue et condamnait l'organisation internationale au paiement d'une certaine somme d'argent.

La société sollicita par requête l'exequatur de la décision qui lui fut accordée quelques semaines

plus tard. Après avoir signifié à l'organisation internationale l'ordonnance avec commandement de payer, la société pratiqua une saisie-arrêt exécution entre les mains de l'Etat belge ainsi que dans les mains d'une banque belge.

Les tiers saisis firent tous deux une déclaration de tiers saisi en indiquant cependant que, conformément aux articles de la convention cadre sur le statut de l'organisation internatio-

nale, cette dernière bénéficiait de l'immunité de juridiction et d'exécution.

L'Etat belge précisait que sa déclaration était faite à titre conservatoire et afin de préserver tous ses droits, sous toutes réserves et sans aucune reconnaissance préjudiciable.

Les articles de la convention précités précisent que les biens et avoirs de l'organisation où qu'ils se trouvent et quel que soit leur détenteur,

« ils pouvaient être préjudiciés par l'exequatur dans la mesure où ils risquaient de devoir exécuter leurs obligations sans qu'aucune retenue ne soit acceptée et dès lors verser les fonds entre les mains de l'huissier instrumentant »

sont exempts de perquisition, réquisition, confiscation, expropriation ou de toute forme de contrainte. Sur cette base, l'Etat belge informa l'huissier de justice qu'il ne réserverait pas suite à la sommation de vider ses mains entre celles de l'huissier en invoquant la convention internationale précitée.

Après que sa demande d'entendre le juge des saisies suspendre à titre provisoire l'exécution de l'ordonnance de l'exequatur fut rejetée, l'Etat belge introduisit une citation en tierce opposition tendant à réformer l'ordonnance accor-

dant l'exequatur de la sentence arbitrale sur base de laquelle les saisies-arrêts exécutions furent pratiquées.

La banque saisie fit une intervention volontaire à cette procédure.

Dans un premier temps, la Cour d'appel de Bruxelles saisie du litige releva que, dans la mesure où l'Etat belge et la banque avaient des obligations envers l'organisation internationale, ils pouvaient être préjudiciés par l'exequatur dans la mesure où ils risquaient de devoir exécuter leurs obligations sans qu'aucune retenue ne soit acceptée et dès lors verser les fonds entre les mains de l'huissier instrumentant.

S'il était exact que « l'exécutoire n'est pas l'exécution » selon la Cour, toujours était-il que « l'exécutoire » sert le fondement pour l'exécution à savoir l'invitation par l'huissier de justice aux tiers saisis de vider leurs mains dans celles de l'huissier.

La Cour rappela également qu'une action peut être admise lorsqu'elle a été intentée, même à titre déclaratoire, en vue de prévenir la violation d'un droit gravement menacé. La constatation que les droits de l'opposant pouvaient être lésés lui fournit outre la qualité, aussi l'intérêt pour agir. La tierce opposition était recevable, dès lors que la position de l'opposant pouvait être menacée par la décision critiquée.

La société prétendait que l'organisation internationale avait renoncé à son immunité d'exé-

cution suivant un article de la convention d'arbitrage qui stipulait « *the arbitration panel shall decide in any case of an unresolvable dispute and the parties shall be bound by that decision* ». Cette phrase ne pouvait, selon la Cour, être traduite comme emportant (au moment de la conclusion du contrat) une renonciation à une (future) immunité d'exécution. Par ailleurs, le fait que l'organisation n'ait pas renoncé à l'immunité ressortait de la déclaration du représentant de l'organisation lors des débats devant le collège arbitral ainsi que du récit de la thèse de l'organisation que donnait la sentence arbitrale.

La Cour rappela que la renonciation à un droit ne se présume pas, la preuve doit en être fournie, or cette preuve n'était pas établie en l'espèce.

A la supposer établie, la renonciation à l'immunité de juridiction ne s'étendait pas à des mesures de contrainte et d'exécution. Autrement dit, la soumission à l'arbitrage n'emporte pas renonciation à l'immunité d'exécution.

En reconnaissant la force exécutoire de la sentence arbitrale, l'ordonnance attaquée avait écarté l'immunité d'exécution. Or, l'organisation n'ayant pas renoncé à cette immunité, celle-ci devait être respectée par l'Etat belge et la banque. La Cour précise que la convention internationale instituant l'organisation est une norme de droit international qui prévaut sur les principes de droit belge. Les dispositions du droit national ne peuvent déroger aux règles de droit international et, en cas de conflit entre une règle

de droit national et une règle de droit international, le juge doit déclarer que la seconde prévaut.

L'Etat belge et la banque faisaient valoir que l'immunité d'exécution dont dispose l'organisation internationale est une norme de droit international qui, en cas de conflit de normes, prévaut sur les normes de droit national. Il ressortait de l'application de ce principe et des dispositions conventionnelles précitées que, selon la Cour, un débiteur de l'organisation internationale doit refuser de faire une déclaration en tant que tiers saisi au sens de l'article 1492 du Code judiciaire.

Dans la mesure où il n'y avait pas lieu de faire une déclaration de tiers saisi, il était certain qu'il ne pouvait être procédé à une quelconque

«la renonciation à l'immunité de juridiction ne s'étendait pas à des mesures de contrainte et d'exécution. Autrement dit, la soumission à l'arbitrage n'emporte pas renonciation à l'immunité d'exécution»

mesure d'exécution contre le tiers saisi. Il s'en suivait que l'huissier de justice ne pouvait pas lui demander de vider ses mains en celles de l'huissier. L'immunité d'exécution a pour effet

que toute mesure d'exécution est illégale en ce compris tout jugement ou ordonnance qui rend exécutoire une sentence arbitrale.

La société créancière invoquait l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme. Si la Cour reconnaît que lors d'un conflit entre une norme internationale relative à l'immunité et le droit d'accès à un juge, la Cour européenne des droits de l'homme fait primer la seconde norme sur la première, porte substantiellement atteinte aux droits des parties en ce sens que le droit de la partie s'en trouve atteint dans sa substance même, elle releva qu'une tierce opposition est un litige distinct du litige créancier et débiteur. Par ailleurs, les avoirs financiers devant revenir à l'instance internationale bénéficiant de l'immunité d'exécution étaient nécessaires à son fonctionnement (budget auquel la Belgique s'est obligée) et à l'accomplissement de ses missions. La

contribution aux différents budgets de l'organisation internationale par l'Etat belge se trouvait bloquée, or cet élément était prépondérant selon la Cour, par rapport aux droits de la personne contre laquelle l'immunité d'exécution était invoquée. La Cour estima dès lors qu'en l'espèce, la proportionnalité entre l'immunité de l'organisation internationale et les droits d'accès à un tribunal tel que consacré par article 6 §1^{er} de la CEDH n'était pas entravée par le fait de respecter l'immunité d'exécution. Le bon fonctionnement de l'organisation internationale (à vocation particulière pour le respect de la paix mondiale) prévalait sur la protection des droits subjectifs de la société créancière telle que garantie par la CEDH.

L'ordonnance prononcée par le tribunal de 1^{ère} instance fut donc mise à néant, l'arrêt de la Cour d'appel déclarant la demande d'exequatur non fondée.

LE RÈGLEMENT DE LA CEC RÉSISTE-T-IL À UNE ESCROQUERIE ?

Dans le cadre du contrat liant le donneur d'ordre d'un virement à sa banque, le banquier est (notamment) tenu à l'obligation de résultat de restituer les fonds dont le compte de son client a été irrégulièrement débité, cette obligation étant analogue à celle du dépositaire à l'égard du déposant.

Le titulaire du compte peut également fonder son droit à exiger de sa banque le remboursement des fonds dont il a été injustement dépouillé sur les règles du paiement inscrites aux

articles 1235 et suivants du Code civil.

En effet, en vertu de l'article 1239 du Code civil, « *le paiement doit être fait au créancier, ou à quelqu'un ayant pouvoir de lui, ou qui soit autorisé par justice ou par la loi à recevoir pour lui. Le paiement fait à celui qui n'aurait pas pouvoir de recevoir pour le créancier est valable, si celui-ci le ratifie, ou s'il en a profité* ».

En application de cette disposition, la banque qui, sans faute de sa part, débite le compte-courant d'un de ses clients sans ordre de celui-ci pour en créditer le compte d'un pseudo-

créancier qui se révèle ultérieurement être un faussaire, ne peut opposer le paiement intervenu au titulaire du compte par application de l'article 1239 du Code civil.

Ni l'article 1239 précité, ni l'obligation de restitution du banquier des fonds irrégulièrement virés n'étant d'ordre public, les parties peuvent toutefois, contractuellement déroger à ces dispositions par la rédaction de clauses qui reporteraient sur le titulaire du compte le risque de paiements effectués au profit de tiers qui n'avaient ni qualité, ni pouvoir pour les recevoir.

En l'espèce, une compagnie d'assurances avait été victime de l'une de ses employées qui avait effectué à son bénéfice pendant plus de 9 ans, des milliers de virements prétendument destinés à des tiers assurés et ceci à l'aide de faux documents comptables. La compagnie ne pouvait invoquer l'application des dispositions précitées dans la mesure où il ne s'agissait pas de « faux virements » ou de « virements irréguliers ».

Le tribunal rappela en effet qu'il y avait ordre irrégulier (ou absence d'ordre régulier) « lorsque le virement a été effectué en vertu d'un ordre portant une fausse signature ou que les mentions qu'il comporte ont été falsifiées ». Il en allait de même lorsque l'ordre a été donné par une personne qui ne disposait pas du pouvoir de mouvementer le compte ou lorsque l'ordre de virement était revêtu de la signature d'un mandataire qui a excédé ses pouvoirs.

Tel n'était cependant pas le cas d'espèce.

Les ordres exécutés par la banque de l'assureur n'étaient pas de « faux ordre » ou des ordres falsifiés, mais de véritables ordres qui n'étaient cependant justifiés par aucune pièce comptable ou qui étaient par des pièces qui, elles, étaient fausses.

Il n'était pas contesté que la préposée indelicatote disposait des pouvoirs pour réaliser des virements bancaires au nom et pour le compte de l'assureur. Le tribunal rappela que lorsque le mandataire méconnaît son obligation de loyauté et qu'il pose un acte qui, bien que demeurant dans les limites de ses pouvoirs ne respecte pas la finalité du pouvoir de représentation, mais est guidé par son intérêt propre, il ne commet pas un abus de pouvoir mais un détournement de pouvoir.

«les parties peuvent, contractuellement déroger à ces dispositions par la rédaction de clauses qui reporteraient sur le titulaire du compte le risque de paiements effectués au profit de tiers qui n'avaient ni qualité, ni pouvoir pour les recevoir.»

Une telle déloyauté constituait incontestablement une faute de nature à engager la responsabilité contractuelle du mandataire. Elle ne permettait cependant pas une remise en cause

de l'acte juridique posé au nom et pour le compte du mandant.

Il convenait donc, selon le tribunal, de considérer que les virements litigieux avaient été exécutés par la banque sur base d'un ordre régulier de son client assureur.

Cela étant, dans le cadre de l'exécution de sa mission, la banque est également tenue, à l'égard de son client, au respect d'autres obligations. Il a ainsi l'obligation de vérifier l'ordre de

« Tout risque lié à un paiement d'un virement d'un montant inférieur ou égal à 10.000€ sera à charge du banquier présentateur, les risques liés aux montants supérieurs étant à charge du banquier destinataire »

virement qu'il reçoit de manière à détecter, non seulement les falsifications éventuelles, mais également les erreurs affectant certaines mentions. Cette obligation de vérification porte, notamment, sur le nom du donneur d'ordre, le numéro de son compte, la conformité de sa signature, la provision et la disponibilité de son compte, mais également sur le numéro et les mentions personnelles caractérisant celui-ci.

S'agissant d'ordres de virement interbancaires, cette obligation de vérification incombe, tantôt à la banque du donneur d'ordre, tantôt à la ban-

que du bénéficiaire (par le biais du mécanisme du mandat substitué), et ce, en fonction de la nature des données à vérifier et des possibilités de vérification dont elles disposent. Ainsi, la vérification de la concordance entre le numéro de compte et l'identité du bénéficiaire incombera logiquement au banquier destinataire, qui seul dispose des données permettant cette vérification.

Dans la pratique, l'automatisation du système de traitement des ordres de virement et les contraintes qui lui sont inhérentes ont eu un impact sur les vérifications concrètes effectuées par les banques. Le système de traitement traditionnel (impliquant remise physique du bulletin de virement à la seconde banque via la chambre de compensation) a en effet été remplacé par un système de traitement électronique (où seul un support standardisé contenant certaines données est transmis via le Centre d'échange et de compensation – CEC).

Dans le cadre de virements interbancaires automatisés, seuls l'indice bancaire (les trois premiers chiffres) et la plausibilité du numéro du bénéficiaire sont encore vérifiés par la banque du donneur d'ordre qui se contente d'encoder les mentions du virement sur un support informatique standardisé sur la foi duquel le banquier destinataire exécute l'ordre.

Dans le but de minimiser le coût d'encodage, les banquiers ont souhaité ne pas devoir encoder systématiquement l'identité du bénéfici-

ciaire du compte et se contenter d'encoder le numéro de compte et le montant à transférer. Ce souhait a mené l'adoption, dans le règlement de la CEC, de dispositions particulières répartissant les risques du défaut de concordance entre le nom et le numéro de compte du bénéficiaire. Tout risque lié à un paiement d'un montant inférieur ou égal à 10.000€ sera à charge du banquier présentateur, les risques liés aux montants supérieurs étant à charge du banquier destinataire.

La réglementation CEC ne permettait pas, selon le tribunal, de considérer les banques (et en particulier, la banque du destinataire) comme dispensées, à l'égard du donneur d'ordre, de toute obligation de vérification. Cette réglementation « *ne saurait constituer une forme de norme professionnelle définissant le comportement qui s'impose à un banquier prudent et diligent et à l'aulne duquel il faudrait mesurer sa responsabilité vis-à-vis du client* ». Applicable entre banques adhérentes au système, elle n'a pour vocation que de répartir entre elles les risques découlant du choix stratégique et économique qu'elles ont fait de ne plus se donner les moyens, dans certains cas, d'exécuter l'obligation de vérification qui leur incombe à l'égard de leurs clients.

Le règlement CEC ne permettait pas aux banques, selon le tribunal, d'échapper à leurs responsabilités vis-à-vis du donneur d'ordre, et notamment à la banque du bénéficiaire de se retrancher derrière le fait qu'elle n'aurait pas reçu toutes les informations lui permettant d'effectuer un contrôle sur la concordance entre

l'identité et le n° de compte du destinataire pour ne pas devoir répondre vis-à-vis du donneur d'ordre des conséquences de non-respect de l'obligation de vérification lui incombant.

Ce règlement permet, par contre, aux banques de se retourner l'une contre l'autre dans la mesure de la répartition des risques qui y est opérée. Sur base de ces principes, les banques destinataires avaient bien une obligation de vérification mais compte tenu du fait que les virements litigieux étaient manifestement inférieurs à 10.000€, ces banques avaient un recours en garantie contre la banque présentatrice.

Les obligations de vérification susvisées peuvent donner lieu à des aménagements contractuels entre parties par le biais du règlement général des opérations (RGO) des banques.

«La réglementation CEC ne permettait pas, selon le tribunal, de considérer les banques (et en particulier, la banque du destinataire) comme dispensées, à l'égard du donneur d'ordre, de toute obligation de vérification»

Les banques destinataires entendaient se prévaloir du contenu des dispositions du RGO de la banque présentatrice puisque l'article 15

prévoyait que « *la banque n'est pas tenue de vérifier la conformité de l'identité du donneur d'ordre ou du bénéficiaire du virement, d'une part, et des numéros de comptes indiqués, d'autre part* ». Selon le tribunal, sauf lorsqu'elles touchent à l'ordre public, les obligations sont modulables par les parties pour autant qu'il n'y ait pas exonération en raison d'un dol et que ladite exonération ne conduise pas à vider le contrat de sa substance. Or, pour le tribunal, la clause précitée dénaturait le contrat en supprimant purement et simplement l'une de ses obligations essentielles.

Par ailleurs, les autres dispositions des conditions générales invoquées par les banques ne permettaient d'engager la responsabilité de la banque qu'en cas de dol et/ou de faute lourde. En l'espèce, « *en s'abstenant volontairement et consciemment de procéder à toute vérification permettant de détecter les défauts de concordance entre le nom et le numéro de compte du bénéficiaire d'un virement inférieur ou égal à 10.000€ et en permettant, ce faisant, à une employée indélicatement d'effectuer à son bénéfice pendant plus de 9 ans, des milliers de virements prétendument destinés à des tiers, les banques destinataires avaient incontestablement commis une faute lourde vis-à-vis du donneur d'ordre selon le tribunal* ». Cette faute était en lien causal avec le préjudice dont la compagnie d'assurances entendait obtenir réparation dans la mesure où, sans celle-ci, les détournements opérés par l'employé, de la manière dont ils avaient été réalisés, n'auraient pas été possibles.

Les banques destinataires invoquaient l'existence d'une faute commise par la compagnie d'assurances elle-même dans la survenance de son propre dommage. Selon le tribunal, il fallait considérer à cet égard, que le premier garant du contrôle de la conformité entre l'identité du bénéficiaire et celle du titulaire du numéro de compte renseignés en vue de l'exécution d'un virement est incontestablement le donneur d'ordre lui-même, soit en l'espèce la compagnie d'assurance.

Il était difficilement concevable pour le tribunal que « *dans une structure aussi importante que celle de la compagnie d'assurances, qu'une seule employée fut chargée de l'exécution des paiements, sans contrôle systématique et croisé d'un autre employé. Par ailleurs, l'organisation et les contrôles internes à l'entreprise auraient dû permettre de déceler la fraude beaucoup plus rapidement que cela ne fut le cas* ».

La compagnie d'assurances avait, elle-même, commis une faute en lien causal avec le propre dommage dont elle postulait la réparation. Selon le tribunal, cette faute avait contribué dans une mesure plus importante que celle des banques précitées à causer le dommage. Le tribunal délaissa à la compagnie d'assurance 75% de son dommage et porta 25% à charge des banques destinataires des virements.

Cette affaire aurait sans doute été traitée différemment depuis la nouvelle loi sur les services de paiement.



L'INDEMNITÉ DE REMPLOI DEVANT LA COUR CONSTITUTIONNELLE

L'article 1907bis du Code civil est rédigé comme suit : « Lors du remboursement total ou partiel d'un prêt à intérêt, il ne peut en aucun cas être réclamé au débiteur, indépendamment du capital remboursé et des intérêts échus, une indemnité de emploi d'un montant supérieur à six mois d'intérêts calculés sur la somme remboursée au taux fixé par la convention ».

Dans l'examen d'un litige opposant une société à laquelle une banque avait octroyé divers crédits qui avaient fait l'objet d'un remboursement anticipé sous condition de paiement des indemnités de emploi convenues, la Cour d'appel de Bruxelles a eu l'occasion de rappeler que la disposition précitée étant dérogatoire du droit commun, elle est d'interprétation restrictive.

Trois types de contrats avaient été signés avec la banque, certaines conventions prévoyaient le remboursement anticipé, d'autres l'interdisaient et enfin une dernière convention ne l'excluait ni l'autorisait.

Dans l'examen des premières conventions, la Cour précisa qu'il est constant que le contrat de prêt est un contrat réel, c'est-à-dire un contrat qui se forme par la remise matérielle de la chose prêtée, et en principe unilatéral. Le prêt à intérêts visé par l'article 1907bis du Code civil ne se confond dès lors pas avec une ouverture de crédit, qui est un contrat consensuel, à titre onéreux et synallagmatique, par lequel « une personne (le créditeur) s'oblige à mettre tempo-

rairement à la disposition d'une autre (le crédité) ses fonds ou son crédit personnel à concurrence d'un montant déterminé ; en contrepartie, le crédité s'engage à payer une commission et en outre, si le crédit est réalisable en argent, à rembourser les avances reçues augmentées d'un intérêt ».

Ainsi que la jurisprudence l'a déjà reconnu à plusieurs reprises, l'article 1907bis ne s'applique dès lors pas, selon l'interprétation littérale du texte, au contrat d'ouverture de crédit tel que défini ci-dessus.

En l'espèce, les conventions de crédit à tempérament étaient des contrats purement consensuels par lesquels la banque s'engageait à

«Le prêt à intérêts visé par l'article 1907bis du Code civil ne se confond dès lors pas avec une ouverture de crédit, qui est un contrat consensuel, à titre onéreux et synallagmatique»

mettre des sommes à la disposition du crédité par voie de prélèvements à effectuer par celui-ci. Le fait que le crédit devait être prélevé en

une seule fois pour la totalité du montant et dans une période relativement brève ne permettait pas de requalifier la convention en contrat réel de prêt.

Toutes les conséquences du caractère consensuel de la convention étaient respectées, puisqu'une commission de réservation était prévue sur toute partie du crédit qui ne serait pas prélevée jusqu'au prélèvement effectif, les intérêts débiteurs n'étant dus qu'en cas de prélèvement effectif.

« la limite établie par l'article 1907bis concerne non seulement l'indemnité de emploi stipulée de façon forfaitaire et préalable à la convention de prêt mais aussi plus généralement toute indemnité de emploi qui est réclamée à l'emprunteur »

Il ne pouvait donc être conclu, selon la Cour, à l'application de l'article 1907bis du Code civil à ces conventions.

La banque limitait, à tort selon la Cour, le champ d'application de l'article 1907bis du Code civil aux conventions de prêt qui autoriseraient expressément ou à tout le moins n'interdiraient pas le remboursement anticipé.

Lorsque le remboursement anticipé est exclu, comme c'était le cas de certaines conventions,

mais que la banque l'autorisait néanmoins, elle ne pouvait, sans abuser de son droit de refuser ce remboursement anticipé, subordonner celui-ci au paiement d'une indemnité de emploi qui serait supérieure à ce qu'autorise l'article 1907bis du Code civil pour le cas où le remboursement anticipé est autorisé. L'article 1907bis du Code civil limite, selon la Cour, l'indemnité de emploi, abstraction faite de son mode de fixation.

La Cour reprenait à son compte la doctrine de certains auteurs en soulignant que « l'article 1907bis régit l'indemnité de emploi qui peut être réclamée à l'emprunteur lors du remboursement anticipé de son prêt ; il précise qu'en aucun cas elle ne peut excéder le maximum qui lui est assigné. Partant, la limite établie par l'article 1907bis concerne, ... non seulement l'indemnité de emploi stipulée de façon forfaitaire et préalable à la convention de prêt mais aussi plus généralement toute indemnité de emploi qui est réclamée à l'emprunteur lors du remboursement anticipé de son prêt ».

La Cour constata par contre que comme pour les précédentes conventions de crédit, celles visées ici étaient également un contrat purement consensuel qui, pour les mêmes raisons que celles exposées ci-avant, ne pouvaient être requalifiées en contrat réel de prêt soumis à l'application de l'article 1907bis du Code civil dans l'interprétation qui doit être donnée au texte.

Pour ce qui concernait la convention de crédit qui n'excluait ni autorisait le remboursement

anticipé, la banque avait appliqué volontairement la limite de l'article 1907bis du Code civil, s'agissant indiscutablement d'un contrat de prêt et non d'une ouverture de crédit. Le premier juge avait toutefois considéré que comme le remboursement anticipé n'était pas interdit et qu'aucune indemnité de remploi n'était prévue dans le cas d'un tel remboursement, l'indemnité de remploi prélevée par la banque n'était pas justifiée.

La Cour estima ne pas pouvoir se rallier à cette conclusion. Le contrat de prêt à tempérament prévoyait expressément que le prêt consenti devait être remboursé au moyen de 84 amortissements mensuels en capital et en intérêts de 1.050,79€, dès la mise à disposition par la banque de la somme prêtée.

Le remboursement anticipé devait dès lors s'analyser en une résiliation d'une convention à durée déterminée, à la demande d'une partie, ce qui supposait l'accord de l'autre partie.

La Banque pouvait soumettre cet accord à la condition du paiement d'une indemnité de remploi selon la Cour. Aucune règle d'ordre public ou impérative ne s'opposait en l'espèce à l'indemnité de remploi telle qu'elle avait été calculée par la banque, c'est-à-dire dans le respect de la limite fixée par l'article 1907bis du Code civil.

A titre subsidiaire, la société demandait que la Cour pose à la Cour constitutionnelle à titre préjudiciel la question de savoir si « l'interprétation donnée à l'article 1907bis du

Code civil selon laquelle ce dernier n'est pas applicable aux ouvertures de crédit – et en particulier aux ouvertures de crédit non réutilisables – viole les articles 10 et 11 de la Constitution, en ce que les emprunteurs sont traités de manière différente alors qu'ils se trouvent dans une situation identique ».

La Cour rappela que conformément à l'article 26 de la loi spéciale sur la Cour de cassation, la Cour pouvait écarter cette demande que si elle estime que la réponse à la question préjudicielle proposée n'est pas indispensable pour rendre sa décision.

Elle estima cependant que tel n'était pas le cas en l'espèce puisqu'à supposer qu'il y ait dans l'article 1907bis du Code civil une rupture du principe d'égalité consacré par les articles 10 et 11 de la Constitution, *il se pourrait que la*

«Aucune règle d'ordre public ou impérative ne s'opposait en l'espèce à l'indemnité de remploi telle qu'elle avait été calculée par la banque, c'est-à-dire dans le respect de la limite fixée par l'article 1907bis du Code civil. »

lacune ainsi constatée soit jugée par la Cour constitutionnelle intrinsèque à l'article 1907bis du Code civil. Dans ce cas, la Cour constitutionnelle pourrait elle-même apporter, dans le

dispositif de son arrêt, une règle ou une norme qui serait suffisamment précise pour être appliquée par la Cour de céans, indépendamment de l'intervention toujours possible du législateur ».

Une telle conclusion était loin d'être exclue selon la Cour « *car la doctrine s'interrogeant depuis longtemps sur la justification d'une distinction faite entre le prêt à intérêts et l'ouverture de crédit au regard du but poursuivi par le législateur qui est de protéger le débiteur contre les conséquences financières excessives d'un remboursement anticipé, certains auteurs s'efforçant d'assimiler sous certaines conditions l'ouverture de crédit à un prêt pour l'application de l'article 1907bis du Code civil* ». Cette réflexion concerne plus particulièrement les ouvertures de crédit non réutilisables comme c'était le cas en l'espèce. Selon la Cour, ce type d'ouverture de crédit ne présente guère de différences avec

un prêt, si ce n'est qu'il confère plus de latitude au crédit en ce qui concerne la (les) date(s) de prélèvement et lui évite par conséquent de payer des intérêts sur une somme dont il n'a pas un besoin immédiat. Citant un auteur de doctrine, la Cour ajouta qu'on se demande bien pourquoi une différence touchant exclusivement à la manière dont l'argent est mis à disposition du crédit justifierait un traitement différent de la validité des clauses relatives aux intérêts ou aux remboursements anticipés du crédit.

Il convenait donc selon la Cour de poser à la Cour constitutionnelle la question préjudicielle relative à l'interprétation donnée à l'article 1907bis du Code civil selon laquelle cet article ne serait pas applicable aux prêts entre commerçants.

LE MODUS OPERANDI LOGIQUE DU VOLEUR DE CARTE BANCAIRE

La titulaire d'une carte de débit et d'une carte de crédit avait constaté vers 13h00 la disparition de son portefeuille contenant les deux cartes précitées.

Elle déposa plainte vers 16h00 et téléphona à *card stop* vers 16h30.

Il apparut toutefois que des retraits avaient été effectués avec les cartes en question pour un montant total de 2.700€. Considérant que sa cliente avait commis une négligence grave, la banque refusa de rembourser les montants frau-

duleusement prélevés.

Après divers échanges de courriers entre parties, la banque proposa d'intervenir à concurrence de 1.050€, ce que la cliente refusa. Elle cita la banque devant le tribunal de commerce de Bruxelles.

Ce dernier rappela dans un premier temps les dispositions législatives applicables.

L'article 36 de la loi du 10 décembre 2009 relative aux services de paiement prévoit que

« le prestataire de services de paiement du payeur doit, en cas d'opération de paiement non autorisée, après une vérification *prima facies* pour fraude dans le chef du payeur, rembourser immédiatement au payeur le montant de cette opération de paiement non autorisée et, le cas échéant, rétablir le compte de paiement débité dans l'état où il se serait trouvé si l'opération de paiement non autorisée n'avait pas eu lieu, le cas échéant augmenté d'intérêts sur ce montant ».

L'article 37 de la même loi précise toutefois que par dérogation à l'article 36, le payeur supporte, à concurrence de 150€, jusqu'à notification faite conformément à l'article 31 § 1 2°, les pertes liées à toute opération de paiement non autorisée consécutive à l'utilisation d'un instrument de paiement perdu ou volé ou, si le payeur n'est pas parvenu à préserver la sécurité de ses dispositifs de sécurité personnalisés, au détournement d'un instrument de paiement.

Le payeur supporte toutes les pertes occasionnées par des opérations de paiement non autorisées si ces pertes résultent soit d'un agissement frauduleux de sa part, soit du fait qu'il n'a pas satisfait, intentionnellement ou à la suite d'une négligence grave, à une ou plusieurs des obligations qui lui incombent en vertu de l'article 31. Dans ce cas, le montant maximal visé à l'alinéa 1^{er} ne s'applique pas.

(...)

La charge de la preuve en matière de fraude ou d'intention ou de négligence grave incombe au prestataire de services de paiement.

Sont notamment considérées comme négligences graves visées au §1^{er}, le fait, pour le payeur de noter ses dispositifs de sécurité personnalisés, comme son numéro d'identification personnel ou tout autre code, sous une forme aisément reconnaissable, et notamment sur l'instrument de paiement, ainsi que le fait de ne pas avoir notifié au prestataire de services de paiement, ou à l'entité indiquée par celui-ci, la perte ou le vol, dès qu'il en a eu connaissance.

Pour l'appréciation de la négligence, le juge tient compte de l'ensemble des circonstances de fait. La production par le fournisseur de services de paiement des enregistrements visés à l'article 35 et l'utilisation de l'instrument de paiement avec le code connu du seul utilisateur de services de paiement ne constituent pas une présomption suffisante de la négligence de celui-ci ».

«l'utilisation de l'instrument de paiement avec le code connu du seul utilisateur de services de paiement ne constituent pas une présomption suffisante de la négligence de celui-ci »

La banque entendait faire application de l'article 37 pour refuser toute intervention au motif

que la cliente se serait rendue coupable de négligence grave.

Cette négligence consistait à avoir « *plus que vraisemblablement et de manière présumée noté son numéro d'identification personnel ou tout autre code, sous une forme aisément reconnaissable, notamment sur l'instrument de transfert électronique de fonds ou sur un objet ou un document conservé ou emporté par le titulaire de l'instrument* ».

La banque tirait ses vraisemblances et présomptions de différentes circonstances comme l'absence de toutes utilisations des cartes litigieuses par la cliente dans les moments ayant précédé le vol ainsi que la réalisation des transactions au moyen des cartes litigieuses et du code introduit dès la première tentative.

Toutefois selon le tribunal, le simple fait que les circonstances de l'utilisation frauduleuse des cartes de débit et de crédit restaient inexpli-

quées ou que le *modus operandi* logique d'un voleur ne soit pas suivi, ne suffit pas à rapporter la preuve d'une négligence grave dans le chef de la cliente.

Faute de rapporter cette preuve, la banque ne pouvait selon le tribunal se prévaloir des dispositions de l'article 37 de la loi du 10 décembre 2009 précitée.

La banque fut donc contrainte de supporter seule les conséquences du vol des cartes.



Banque & Finance
est publié par l'association d'avocats
blegal société civile à forme de S.C.R.L. avec
la collaboration de

André-Pierre ANDRE-DUMONT
Jean-Pierre BUYLE
Sebastien DAEMS
Bruno DESSART
Mady GEERTS
Naomi GLIBERT
Gilles LAGUESSE
Isabelle MOENS de HASE
Pierre PROESMANS
Dimitri SCHRIJVERS
Daniël VANDERMOSEN
Annelien VERSCHAEVE
Jeanine WINDEY

Réalisation

Max

Mise en page

Collette FLAHAUT

Les informations publiées par Banque et Finance sont données à titre de renseignements. Il ne s'agit pas de consultations juridiques portant sur des situations déterminées.

Les destinataires de cette lettre d'informations sont informés par la présente de ce qu'ils sont enregistrés dans un fichier établi en vue de l'envoi de la lettre d'informations. Le cas échéant, ils peuvent demander l'application de la loi du 8 décembre 1992 relative à la protection de la vie privée.

Reproduction autorisée, sauf à des fins commerciales, moyennant mention de la source.

Editeur responsable : Jean-Pierre Buyle
Avenue Louise 240, 1050 Bruxelles
Tél. 32 2 600 52 00—Fax : 32 2 600 52 01
jpbuyle@buylelegal.eu