

RESEARCH OUTPUTS / RÉSULTATS DE RECHERCHE

Jurisprudence commentée en droit bancaire et boursier

Thunis, Xavier; BUYLE, Jean-Pierre

Published in:
Revue de droit commercial belge

Publication date:
1996

Document Version
le PDF de l'éditeur

[Link to publication](#)

Citation for pulished version (HARVARD):
Thunis, X & BUYLE, J-P 1996, 'Jurisprudence commentée en droit bancaire et boursier', *Revue de droit commercial belge*, pp. 1025-1120.

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal ?

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

Jurisprudence commentée en droit bancaire et boursier

Becomentarieerde rechtspraak in bank- en beursrecht

par/door J.P. Buyle et X. Thunis

Table des matières

Avant-propos

I. Les opérations en compte

1.1. Le compte

1. Tribunal de Commerce de Liège, 31 janvier 1995 (obs.)

1.2. Les intérêts

2. Cour d'Appel de Bruxelles, 8 septembre 1995 (obs.)

1.3. Le virement

3. Cour du Travail d'Anvers, 14 novembre 1995 (obs.)

4. Tribunal de Commerce de Bruxelles, 13 décembre 1995 (obs.)

1.4. Le chèque

5. Justice de Paix d'Anvers, 12 juillet 1995 (obs.)

6. Tribunal de Commerce de Bruxelles, 22 septembre 1995 (obs.)

7. Cour d'Appel de Bruxelles, 6 octobre 1995 (obs.)

1.5. La carte

8. Cour d'Appel de Gand, 7 décembre 1995 (obs.)

II. Les opérations de crédit:

9. Tribunal de Commerce de Liège, 7 avril 1995 (obs.)

10. Cour d'Appel de Bruxelles, 22 décembre 1995 (obs.)

III. Les opérations de bourse et de placement:

11. Tribunal de Commerce de Bruxelles, 2 février 1995 (obs.)

12. Sentence arbitrale du 29 mars 1996 (obs.)

13. Tribunal de Commerce de Bruxelles, 31 août 1995 (obs.)

14. Tribunal de Commerce de Bruxelles, 10 octobre 1995 (obs.)

IV. Autres opérations

15. Tribunal de Commerce de Bruxelles, 27 avril 1995 et 3 mai 1996 (obs.)

16. Tribunal de Commerce de Bruxelles, 29 juin 1995 (obs.)

Inhoud

Voorwoord

I. Verrichtingen met rekeningen

1.1. De rekening

1. Rechtbank van Koophandel te Luik, 31 januari 1995 (noot)

1.2. De interesten

2. Hof van Beroep te Brussel, 8 september 1995 (noot)

1.3. De overschrijving

3. Arbeidshof te Antwerpen, 14 november 1995 (noot)

4. Rechtbank van Koophandel te Brussel, 13 december 1995 (noot)

1.4. De cheque

5. Vrederechter te Antwerpen, 12 juli 1995 (noot)
6. Rechtbank van Koophandel te Brussel, 22 september 1995 (noot)
7. Hof van Beroep te Brussel, 6 oktober 1995 (noot)

1.5. De kaart

8. Hof van Beroep te Gent, 7 december 1995 (noot)

II. De kredietverrichtingen

9. Rechtbank van Koophandel te Luik, 7 april 1995 (noot)
10. Hof van Beroep te Brussel, 22 december 1995 (noot)

III. De beurs- en beleggingsverrichtingen

11. Rechtbank van Koophandel te Brussel, 2 februari 1995 (noot)
12. Scheidsrechterlijke uitspraak van 29 maart 1996 (noot)
13. Rechtbank van Koophandel te Brussel, 31 augustus 1995 (noot)
14. Rechtbank van Koophandel te Brussel, 10 oktober 1995 (noot)

IV. Andere verrichtingen

15. Rechtbank van Koophandel te Brussel, 27 april 1995 en 3 mei 1996 (noot)
16. Rechtbank van Koophandel te Brussel, 29 juni 1995 (noot)

Avant-propos

Dans le domaine des opérations en compte (I), on pointera l'arrêt de la cour d'appel de Bruxelles (décision n° 2) selon lequel la clôture du compte n'empêche pas la banque de revendiquer l'application du taux d'intérêt conventionnellement prévu.

"Rayon transferts": le moment du paiement par virement a donné lieu à un arrêt de la cour du travail d'Anvers (décision n° 3) dont l'enjeu pratique n'échappera pas aux débiteurs de cotisations sociales.

La période écoulée connaît aussi son lot d'incidents en matière de chèques et d'eurochèques.

Il y a des questions classiques comme celle de la responsabilité du titulaire de formules eurochèques délivrées sans carte de garantie (décision n° 7).

D'autres sont plus neuves: ainsi le juge de paix d'Anvers (décision n° 5) a-t-il refusé au banquier tiré le droit d'invoquer, contre son client, l'absence de contrôle qui résulte du non-échange de chèques. La décision mérite d'être signalée car c'est tout le problème de l'effet des règlements interbancaires vis-à-vis des tiers qui se trouve posé.

Les opérations de crédit (II) et singulièrement les garanties à première demande, n'ont pas connu de grands bouleversements (cf. décisions n° 9 et 10), alors que la matière des opérations de bourse (III), outre des décisions portant sur la preuve des ordres (décision n° 13) ou les conditions de leur exécution (décision n° 14) s'enrichit d'un jugement du tribunal de commerce de Bruxelles (décision n° 11) et surtout d'une sentence arbitrale (décision n° 12). Le premier considère que le gestionnaire de fortune est tenu d'une obligation de moyens tandis que la seconde (publiée par extraits en raison de sa longueur) sanctionne la faute lourde du gestionnaire qui n'a pas diversifié le portefeuille et n'a pas respecté les recommandations d'investissements données par l'organisme financier dont il fait partie.

Autres opérations (IV): le tribunal de commerce de Bruxelles a été amené à préciser la responsabilité du banquier fournissant des renseignements (décision n° 15) ou amené à se substituer un tiers pour l'encaissement d'un billet à ordre (décision n° 16). On le voit, le métier de banquier a de multiples facettes ... qui sont autant de responsabilités potentielles.

Voorwoord

In het domein van verrichtingen met rekeningen (I), merken we het arrest van het Hof van Beroep te Brussel op (beslissing nr. 2) waarbij, bij het afsluiten van de rekening, de bank niet belet wordt de toepassing te eisen van de intrestvoet die oorspronkelijk overeengekomen was.

M.b.t. overdrachten wordt het moment van de betaling per overschrijving behandeld in een arrest van het Arbeidshof te Antwerpen (beslissing nr. 3), waarvan de praktische gevolgen voor de debiteuren van sociale bijdragen van een niet te onderschatten belang zijn.

De verlopen periode vertoont ook heel wat problemen bij cheques en eurocheques.

Er zijn de klassieke vragen zoals die van de aansprakelijkheid van de houder van eurocheques zonder garantietaal (beslissing nr. 7).

Ook zijn er nieuwere vragen: zodoende heeft de vrederechter te Antwerpen (beslissing nr. 5) aan de betrokken bank het recht ontzegd om tegen haar cliënt de afwezigheid van controle resulterende uit de niet-uitwisseling van cheques in te roepen. Deze beslissing dient benadrukt want ze betreft de hele problematiek van de gevolgen van interbancaire reglementen tegenover derden.

De kredietverrichtingen (II) en meer bepaald de garanties op eerste verzoek, hebben geen grote veranderingen gekend, in tegenstelling tot alles wat beursverrichtingen aangaat (III), waar naast beslissingen betreffende het bewijs van de orders (beslissing nr. 13) of de uitvoeringsvoorwaarden (beslissing nr. 14), een vonnis van de Rechtbank van Koophandel te Brussel (beslissing nr. 11), en vooral een scheidsrechterlijke beslissing (beslissing nr. 12), de materie verrijkt hebben. De rechtbank is van oordeel dat de vermogensbeheerder gehouden is tot een middelenerbintenis terwijl het scheidsrechterlijk college (wegens haar lengte is de beslissing enkel in fragmenten gepubliceerd) de zware fout van de beheerder sanctioneert die de portefeuille niet diversifieert en de investeringsaanbevelingen van de financiële instelling waartoe hij behoort niet volgt.

Andere verrichtingen (IV): de Rechtbank van Koophandel werd ertoe gebracht de aansprakelijkheid te verduidelijken van de bankier die inlichtingen geeft (beslissing nr. 15) of zich in de plaats stelt van een derde voor de inning van een orderbriefje (beslissing nr. 16). Het beroep van bankier kent aldus vele facetten ... die dan ook vele potentiële aansprakelijkheden met zich meebrengen.

1.1. LE COMPTE / DE REKENING

1. Tribunal de Commerce de Liège

31 janvier 1995

BANQUE – CONCORDAT

Compte – Concordat – Clause d'unicité de comptes

La clôture du compte courant et la résiliation des ouvertures de crédit, à la suite du dépôt d'une requête en concordat, ne constituent qu'une faculté pour la banque. Les parties peuvent valablement convenir dans cette hypothèse du droit pour la banque de suspendre les effets du contrat. Une clause d'unicité de comptes conclue avant le concours créé par le dépôt d'une requête en concordat est opposable aux tiers.

BANK – AKKOORD

Rekening – Gerechtelijk akkoord – Clausule van eenheid van rekeningen

De afsluiting van de rekening-courant en de opzegging van de kredietopeningen, tengevolge van een aanvraag tot gerechtelijk akkoord, zijn slechts een mogelijkheid voor de bank. De partijen mogen in deze hypothese de bank machtigen om de gevolgen van het contract op te schorten. Een clausule van eenheid van rekeningen bedongen vóór de samenloop gecreëerd door de neerlegging van de aanvraag tot gerechtelijk akkoord is tegenstelbaar aan derden.

(Mes P. Cavenaille et A. Pauquay, q.q. faillite S.A. Sodemeca / S.A. B.B.L.)

Les faits – objet du litige

Les faits qui sous-tendent le litige peuvent ainsi être résumés:

• Le 16 juin 1978, la S.A. BBL consentait à la S.A. Sodemeca une ouverture de crédit de 150 millions de francs utilisable sous différentes formes dans divers comptes ouverts en ses livres.

Cette ouverture de crédit était soumise au "Règlement Général des ouvertures de crédit de la BBL" et il était précisé la possibilité pour la BBL de fusionner, à tout moment, tous ou certains de ces comptes constituant un "compte courant unique".

• Le 12 décembre 1979, cette ouverture de crédit, entre-temps ramenée à 130 millions, était portée à 160 millions utilisables aux conditions antérieures sous la précision de l'édition du Règlement Général des ouvertures de crédits (1978 et non plus 1976).

- La S.A. BBL consentait ensuite à la S.A. Sodemeca un crédit de 30 millions destiné à financer la fabrication du transfert de combustible à intégrer dans la centrale nucléaire

Doel IV.

Ce crédit devait être utilisé dans le compte 340-0000113-54 rubriqué "Doel IV" dont il était précisé qu'il formait avec les autres comptes, un compte courant unique soumis à la même possibilité de fusion que celle dont question ci-dessus.

- Il n'est pas contesté que ces ouvertures de crédit et leurs conditions ont été acceptées par la S.A. Sodemeca.

- Le 23 septembre 1980, la S.A. Sodemeca déposait une requête en concordat par abandon d'actif avec poursuite provisoire d'activité.

- Le 24 septembre 1980, la S.A. BBL indiquait à la S.A. Sodemeca que, vu la demande en concordat, "à titre de première mesure", en exécution de l'art. 8 de son Règlement Général des ouvertures de crédits, elle suspendait "dès à présent" l'utilisation des crédits lui consentis en précisant se réserver "de prendre ultérieurement toutes autres mesures".

- Par jugement du 29 octobre 1980, le Tribunal de céans, constatant que la S.A. Sodemeca renonçait à poursuivre la procédure concordataire, la déclarait en faillite et reportait au 23 mars 1980 la date de la cessation des paiements.

- Les demandeurs qualitate qui poursuivent la condamnation de la S.A. BBL à leur rembourser le montant de 19.987.260 Frs en principal représentant les sommes versées sur les comptes ouverts en ses livres au nom de la société faillie entre le 23 septembre 1980 et le 29 octobre 1980, et compensées selon eux, au mépris des principes régissant le concordat judiciaire, avec le découvert de ladite société.

- La S.A. BBL prétend que le contrat d'ouverture de crédit n'a pas été résilié par le dépôt de la requête en concordat.

A titre subsidiaire, elle oppose à la curatelle la convention de compensation visée aux articles 4 et 78 de son Règlement Général des ouvertures de crédits.

A titre tout à fait subsidiaire, elle estime que le montant de 3.283.253 Frs imputé sur le débit du compte 340.0000113.54 provenant de l'encaissement d'une créance gagée à son profit n'est pas dû.

Discussion

Attendu qu'il convient de préciser d'emblée, ainsi qu'il est actuellement admis, que le dépôt de la requête en concordat fait naître un concours, les créanciers ayant "un droit acquis à ce que l'un d'entre eux ne soit pas payé dans une plus grande proportion qu'eux-mêmes"

(v. Traité Pratique de Droit Commercial Belge Tome 2 p. 565 et suivantes Ed. Story Scientia – les nombreuses références citées et la critique de l'opinion selon laquelle le concours ne naît qu'en cas d'abandon d'actif et au jour de l'homologation);

a) Quant à la clôture du compte courant

Attendu qu'en cas de concordat, tout comme en matière de faillite, la règle est la continuation des contrats en cours sauf si la loi prévoit expressément leur extinction;

Qu'en ce qui concerne les contrats conclus intuitu personae, comme en l'espèce, selon l'enseignement classique, la requête en concordat entraînerait de plein droit leur disso-

lution, certains auteurs semblant estimer cependant qu'il conviendrait que la volonté du cocontractant se manifeste;

Qu'ainsi, Monsieur Cloquet précise:

"Lorsque la convention a été basée essentiellement sur la confiance personnelle, l'aveu d'insolvabilité qu'implique le dépôt de la requête permet au créancier de considérer qu'il est mis fin au contrat" (c'est le Tribunal qui souligne - *Novelles Tome IV n° 670*);

Que cette opinion résulte manifestement de la transposition au concordat des règles applicables à la faillite;

Attendu qu'il convient cependant de souligner que le dépôt de la requête en concordat n'entraîne pas le dessaisissement du débiteur, l'article 11 des lois coordonnées ne le prévoyant pas expressément, les pouvoirs du juge délégué constituant une simple tutelle et le débiteur restant à la tête de ses affaires;

Que, dès lors, aucune impossibilité d'exécution matérielle ou juridique (comme c'est le cas en matière de faillite, eu égard, là, au dessaisissement) ne peut frapper les contrats conclus intuitu personae qui ne seront dissous que si l'un des cocontractants en manifeste la volonté expresse (sur cette question certes controversée v. *Traité Pratique de Droit Commercial Tome 2 op. cit.* qui précise: "En pratique, le débiteur devrait être invité par le juge délégué à ouvrir un nouveau compte bancaire qui échappe à l'application des clauses d'unicité (ou de fusion) de comptes et ce, dès le dépôt de la requête");

Attendu que la clôture du compte courant et la résiliation des ouvertures de crédits, à la suite du dépôt d'une requête en concordat, ne sont qu'une faculté pour la banque en général réglementée par les conditions générales (v. *Simont et Bruyneel Rev. Banque 1987 et références citées*);

Attendu qu'en l'espèce, la BBL qui disposait, en vertu de l'art. 8 de son Règlement Général, du droit de suspendre les effets du contrat ou d'y mettre fin sans préavis, eu égard à la demande de concordat, n'a utilisé que la première mesure, ainsi que l'indique de façon non équivoque sa lettre du 24 septembre 1980 (sous farde A p. 5 de son dossier);

Que les dossiers déposés révèlent que les parties n'ont, en outre, après le dépôt de la requête, en aucune façon, entendu mettre fin au contrat les liant, les comptes ouverts dans les livres de la BBL ayant été, durant la période litigieuse (23 septembre au 29 octobre 1980), mouvementés par remises réciproques, le fait que seuls quelques débits aient été actés étant sans incidence;

Attendu que les demandeurs qualitate qua font état d'un jugement du Tribunal de céans du 5 mars 1986 confirmé par la Cour d'Appel dont l'arrêt a fait l'objet, par une autre banque, d'un pourvoi en Cassation qui fut rejeté;

Attendu que les moyens invoqués n'étaient pas similaires à ceux de la présente cause et qu'il apparaît en outre que le 1 octobre 1980, cette autre banque avait, elle, notifié par recommandé la résiliation de l'ouverture de crédit consentie (v. sous farde 7 dossiers des demandeurs qualitate qua);

Attendu que le contrat litigieux n'a été dissous ni de plein droit, ni conventionnellement;

b) Quant à la compensation

Attendu qu'il résulte de ce qui précède que le contrat litigieux est opposable à la masse;

Que ledit contrat prévoyait une clause d'unicité (ou de fusion) de comptes (art. 77 du Règlement Général éd. 76 et art. 6 de l'éd. 78) conclue avant le concours créé par le dépôt de la requête en concordat, sans fraude, et, dès lors, elle aussi opposable aux de-

mandeurs qualitate qua;

Attendu que la demande n'est pas fondée et qu'il est inutile de rencontrer les arguments subsidiaires des parties;

Par ces motifs,

(...)

Reçoit la demande et la dit non fondée.

Du 31 janvier 1995 - 3e chambre

Siég.: Mme H. Gillet-Nicolas, juge et MM. M. Malchair et J. Matagne, juges consulaires.
Plaid.: Mes A. Pauquay et L. Simont.

Observations

1. Un appel a été interjeté contre cette décision.

2. Ce jugement marque assurément un revirement de jurisprudence du tribunal de commerce de Liège à propos des effets du dépôt d'une requête en concordat sur les contrats bancaires en cours. Le dépôt d'une requête en concordat ne constitue pas une cause d'extinction de plein droit des contrats d'ouverture de crédit et de compte courant (comme l'avaient considéré jusqu'à présent les juridictions principautaires). Il s'agit d'un événement qui peut légitimement être considéré par la banque comme étant de nature à ébranler gravement sa confiance dans la solvabilité de son client.¹ L'enjeu de cette question est important. La thèse retenue par le tribunal de commerce de Liège est favorable aux banques puisqu'elle valide l'enregistrement à leur seul profit des remises créditrices intervenues en compte après le dépôt d'une requête en concordat.

3. La convention d'unicité de comptes est traditionnellement définie comme étant celle par laquelle les parties conviennent que les différents comptes qui existent entre elles ne forment que des subdivisions d'un seul et même compte courant.² Dans la mesure où cette clause est conclue avant la naissance d'une situation de concours et où elle ne présente pas un caractère artificiel ou frauduleux, elle est opposable aux tiers.³ La décision commentée fait application de ces principes, mais elle ne

¹ En ce sens, cf. not.: *Comm. Bruxelles*, 21 février 1985, *R.D.C.*, 1986, 633 et obs. M. Regout-Masson; *Mons*, 10 novembre 1987, *R.D.C.*, 1989, p. 508, *Rev. Banque*, 5/1988, p. 33; L. Simont, A. Bruyneel, *Chronique de droit bancaire privé, les opérations de banque (1978-1979)*, *Rev. Banque*, 5/1979, p. 684, n° 12; (1979-1986), *Rev. Banque*, 6/1987, p. 35, n° 12; *Comp. J.P. Renard, le crédit et la faillite, D.A.O.R.*, n° 13, p. 30; *contra*: *Comm. Mons*, 30 octobre 1978, *J.C.B.*, 1978, p. 649, réformé par *Mons*, 14 mai 1980; *Hasselt*, 6 septembre 1979, *J.C.B.*, 1980, p. 202; *Anvers*, 9 septembre 1980, *Rev. Banque*, 1981, p. 60; *Comm. Liège*, 5 mars 1986, *R.D.C.*, 1987, p. 748 et obs. M. Regout-Masson confirmé par *Liège*, 23 décembre 1988, *R.D.C.*, 1990, p. 59 et obs. M. Regout-Masson; *J.M. Nelissen, De rekening courant, Maarten Kluwer's*, 1976, p. 363, n° 163; A. Bongers, *rekening-courant en gerechtelijk akkoord, Rev. Banque*, 1970, p. 538; P. Coppens, F. 't Kint, *Examen de jurisprudence, les faillites et les concordats (1974 à 1979)*, *R.C.J.B.*, 1979, p. 440, n° 105.

² A. M. Stranart, *Opposabilité aux tiers des conventions d'indivisibilité, de compensation et d'unicité de compte, carrefour juridique*, 1983; Ch. G. Winandy, *Les comptes en banque et les intérêts*, in *La banque dans la vie quotidienne*, Ed. Jeune Barreau de Bruxelles, 1986, p. 43, n° 35; J. Van Ryn, J. Heenen, *Principes de droit commercial*, Tome IV, 1988, p. 401, n° 524.

³ Cf. J.P. Buyle, O. Poelmans, obs. sous *Bruxelles*, 16 mars 1989, *J.T.*, 1990, p. 292, n° 7.

distingue pas clairement la convention d'unicité de comptes avec la convention de fusion ou de compensation, dont la nature et les effets sont différents.⁴

1.2. LES INTÉRÊTS / DE INTERESTEN

2. Cour d'appel de Bruxelles

8 septembre 1995

BANQUE - INTÉRÊTS

Compte courant - Intérêts conventionnels à taux variable - Anotocisme - Taux d'intérêts après clôture du compte

Après la clôture d'un compte courant, les intérêts ne peuvent plus être capitalisés en dehors des conditions prévues à l'article 1154 du Code civil.

Si les parties ont prévu un taux d'intérêt débiteur sur le découvert, la clôture du compte ne met pas fin à ces intérêts conventionnels.

Un intérêt à taux variable est valable dès lors que le principe de la variabilité a été expressément accepté et que la fixation du taux ne repose pas sur une décision purement arbitraire ou discriminatoire de la banque.

BANK - INTERESTEN

Rekening-courant - Bedongen variabele interest - Anotocisme - Interestvoeten na afsluiting van de rekening

Na de afsluiting van een rekening-courant mogen de interesten niet meer gekapitaliseerd worden zonder aan de voorwaarden van artikel 1154 van het Burgerlijk Wetboek te voldoen.

Wanneer de partijen een interestvoet voorzien hebben in geval van debetsaldo op de rekening, maakt de afsluiting van de rekening geen einde aan deze overeengekomen interesten.

Een variabele interestvoet is slechts geldig indien het principe van veranderlijkheid uitdrukkelijk aanvaard is en indien de bepaling van de rentevoet niet berust op een zuiver arbitraire en discriminerende beslissing van de bank.

(S.A. Générale de Banque / M. Brichet)

(...)

Attendu qu'aux termes de la citation originale, l'appelante poursuivait la condamnation de l'actuelle intimée au paiement, avec des intérêts conventionnels, du solde débiteur d'un compte courant portant numéro 271-0284868-11, arrêté à la somme de 119.178 francs à la date du 31 août 1992;

Que par la décision entreprise, le premier juge a déclaré la demande recevable et partiellement fondée; qu'il a notamment condamné l'actuelle intimée au paiement du montant postulé à titre principal mais n'a alloué que des intérêts moratoires puis judiciaires au taux légal à partir du 1er septembre 1992 jusqu'au parfait paiement;

Attendu que l'appelante fait grief au premier juge d'avoir considéré qu'il n'y avait lieu à majorer le montant principal des intérêts conventionnels fixés à un taux de 22,80%, au motif que le taux de l'intérêt conventionnel est un taux variable purement potestatif dans le chef de la banque et que l'actuelle intimée devrait pouvoir bénéficier des baisses du taux des intérêts conventionnels pour soldes débiteurs sur compte courant;

Qu'aux termes de son acte d'appel, l'appelante modifie sa demande en poursuivant la condamnation au paiement de la somme de 116.283 frs à majorer des intérêts conventionnels pour soldes débiteurs sur compte courant depuis le 11 août 1992 (sachant que le taux de ces intérêts a été de 22,80% jusqu'en 1994 et est actuellement de 21,60%), jusqu'à parfait paiement;

Attendu qu'il ressort des pièces produites que le montant réclamé en principal est justifié;

Qu'il apparaît en outre de la lettre recommandée adressée à l'intimée le 11 août 1992 que le compte a été, par application de l'article 89 du règlement des opérations, résilié à cette date, moyennant un préavis d'une semaine;

Attendu qu'il n'est pas contesté, ainsi que le premier juge l'a considéré, qu'en raison de la résiliation intervenue et de la clôture du compte y afférente, l'appelante ne peut plus capitaliser les intérêts conventionnels, eu égard aux articles 1129, 1174 et 1154 du Code judiciaire, à partir de cette date;

Qu'en effet la capitalisation des intérêts conventionnels sur un solde débiteur du compte courant ne peut se concevoir que s'il existe un compte courant;

Que par ailleurs la circonstance que l'appelante a pris l'initiative de mettre fin au compte à vue, n'a pas pour effet de l'empêcher de se fonder sur l'article 15 du règlement des opérations, auquel l'intimée a déclaré souscrire au moment de l'ouverture du compte, qui prévoit que dans tous les cas où le compte à vue d'un client présente un découvert, la banque perçoit des intérêts débiteurs au taux qui est, sauf convention contraire, celui affiché dans les locaux de la banque ou publié par la voie de la presse;

Que cette disposition conventionnelle ne prévoit en effet nullement qu'après la clôture du compte les intérêts débiteurs conventionnels ne seraient plus d'application;

Que le taux de l'intérêt débiteur a été calculé conformément à ces conditions générales;

Que ce taux n'est pas potestatif dès lors que le principe de la variabilité a été expressément accepté et que la fixation du taux ne repose nullement sur une décision purement arbitraire ou discriminatoire de la banque;

Que les critères pris en compte pour la fixation du taux de base sont tributaires de critères purement objectifs tels que le taux du marché, le taux pratiqué par les autres opérateurs financiers;

Qu'en l'espèce l'appelante précise que le taux de base pris en considération, outre la marge de dépassement, est le taux "Bibor", taux interbancaire déterminé par le niveau international des taux et la politique de la Banque Nationale;

⁴ Sur la distinction entre la clause d'unicité et la clause de fusion de comptes bancaires, cons. M. Grégoire, obs. sous Bruxelles, 3 février 1986, R.D.C., 1988, p. 709, n° 2; Comm. Namur, 6 novembre 1986, R.R.D., 1987, p. 287 et note M.F. Antoine; Mons, 23 mai 1990, J.L.M.B., 1990, p. 1285 et obs. C. Parmentier.

Par ces motifs,

La Cour,

(...)

Reçoit l'appel, le dit fondé;

(...)

Réformant,

Condamne l'intimée à payer à l'appelante 116.283 francs augmentés des intérêts conventionnels aux taux successifs des intérêts conventionnels pour soldes débiteurs sur compte courant depuis le 11 août 1992 (sachant que le taux de ces intérêts a été de 22,80% jusqu'en 1994 et est actuellement de 21,60% l'an) jusqu'à parfait paiement;

Du 8 septembre 1995 – Bruxelles

Siég.: M. De Riemaecker, conseiller unique.

Plaid.: M. D. Vanhouche.

Observations

1. La cour d'appel de Bruxelles, par plusieurs arrêts similaires rendus en 1995¹, entend clairement réformer la jurisprudence qui s'était forgée au tribunal de première instance de Nivelles et que nous avons dénoncée.² La cour approuve la thèse selon laquelle la clôture du compte n'empêche pas la banque de revendiquer l'application du taux conventionnel.
2. Sur les conditions de l'anatocisme après la clôture du compte courant, la cour d'appel de Bruxelles confirme l'application des principes repris à l'article 1154 du Code civil.³
3. Sur les taux d'intérêts variables, on se référera à nos observations reprises dans notre chronique publiée à la R.D.C. 1995, p. 1012.

¹ Cf. not. Bruxelles 8 septembre 1995 (9ième chambre), S.A. Générale de Banque/Y. Wammin, inédit, R.G. 1453; Bruxelles (9ième chambre), S.A. Générale de Banque/Y. Draye, inédit, R.G. 2886; Bruxelles (9ième chambre), S.A. Générale de Banque/J. Peeters, M. Semaël, inédit, R.G. 285 et Bruxelles (9ième chambre), S.A. Générale de Banque/Ch. Remy, inédit, R.G. 2884.

² Cf. nos observations sous civ. Nivelles, 19 avril 1994, R.D.C., 1994, p. 1071 et s. Outre les décisions nivelloises réformées par les décisions citées sub. 1, cons.: Nivelles, 17 novembre 1992, R.G.D.C., 1993/2, p. 179 et Civ. Nivelles, 8ième chambre, 30 janvier 1995, S.A. Générale de Banque/Di Ilio, inédit.

³ La jurisprudence est en la matière constante. Cons. not.: Civ. Namur, 28 mai 1985, R.R.D., 1985, p. 279; Civ. Liège, 16 septembre 1987, J.L.M.B., 1989, p. 406 et obs. C. Parmentier; Civ. Liège, 28 septembre 1989, J.L.M.B., 1990, p. 31 et obs. C. Parmentier; Mons, 27 février 1990, J.T., 1991, p. 193; Bruxelles, 8 mai 1990, J.T., 1990, p. 675; Liège, 14 janvier 1993, J.L.M.B., 1994, p. 364.

En doctrine, on citera une étude récente en la matière: X. Dugardin, "L'application de l'article 1154 du code civil aux comptes bancaires", R.R.D., 1996, n° 77, p. 11-37.

1.3. LE VIREMENT / DE OVERSCHRIJVING

3. Arbeidshof te Antwerpen

14 november 1995

OVERSCHRIJVING

Ogenblik van betaling – Creditering bankrekening

Het ogenblik van betaling bij een overschrijving is deze waarop de bankrekening van de begunstigde t.b.v. het getransfereerde bedrag gecrediteerd wordt.

De debiteur die het overschrijvingsorder uitschrijft binnen de gestelde termijnen heeft zich geldig bevrijd van zijn verplichting tot betaling ten aanzien van de schuldeiser.

VIREMENT

Moment du paiement – Crédit du compte de banquier

Le moment d'un paiement par virement est celui où le compte de la banque du bénéficiaire est crédité du montant transféré (solution implicite).

Le débiteur qui émet un ordre de virement dans les délais requis s'est valablement acquitté de son obligation de paiement vis-à-vis du créancier.

(Fonds voor Arbeidsongevallen / APRA en N.V. Generale Bank)

(...)

De eerste rechter motiveerde zijn vonnis als volgt:

"Dat blijkt uit het neergelegd vereffeningsblad van de Verrekenkamer te Antwerpen d.d. 31 maart 1987 dat op die datum effectief het bedrag in kwestie werd goedgegeschreven aan het Postcheckkambt hetwelk in casu de bankier is van eiser, het Fonds voor Arbeidsongevallen.

Overwegende dat een financiële instelling bij de uitvoering der financiële verrichtingen nooit "in positie" kan staan, hetgeen wil zeggen dat zij nooit "eigenares" wordt van de fondsen die zij voor rekening van haar cliënten overschrijft of ontvangt.

Dat derhalve, waar in casu vaststaat dat de Generale Bank op 31 maart 1987, voor rekening van APRA, een bedrag van 28.188.909 BF overmaakte voor rekening van het Fonds voor Arbeidsongevallen, zulks ipso facto inhoudt dat op diezelfde datum eiser juridisch eigenaar is geworden van gezegde som, dus op de uiterlijke datum van het verschuldigd zijn en derhalve tijdig.

Overwegende dat, volledigheidshalve, de beschouwing van eiser dat hij op 31 maart 1987 niet kon beschikken over het genoemd bedrag totaal buiten kwestie staat; dat deze situatie slechts een gevolg is van de overeenkomst die ter zake bestaat tussen hemzelf en zijn financiële mandataris, het Postcheckkambt, en niet kan verweten worden aan de opdrachtgever van de gestelde financiële transactie.

Overwegende dat er dienvolgens geen reden is tot toepassing van de bij artikel 9 van het K.B. van 30 december 1976 voorziene opslag en verwijlinterest".

De eerste rechter oordeelde als volgt:

“Verklaart de hoofdvordering ongegrond en de vordering in tussenkomst en vrijwaring zonder voorwerp.

Legt alle gedingkosten ten laste van eiser op hoofdvordering, deze begroot in hoofde van verweerster op hoofdvordering op 6.200 frank rechtsplegingsvergoeding, van verweerster in tussenkomst en vrijwaring op 5.940 frank rechtsplegingsvergoeding en aan de zijde van eiser op 4.950 frank rechtsplegingsvergoeding.

Verklaart dit vonnis uitvoerbaar, niettegenstaande alle verhaal en zonder borgstelling, noch kantonnement.”.

(...)

V. Ten Gronde

1. De Feiten en Retroacta

Gezien appellant op 14 december 1987 eerste geïntimeerde dagvaardde bij toepassing van artikel 9 van het Koninklijk Besluit van 30 december 1976 tot betaling van 2.826.614 frank, als bijdrage-opslag en verwijlinteressen.

Dat, in uitvoering van de bepalingen van hoger vermeld artikel, de schuldenaar die de bedragen bedoeld in artikel 59, 8 van de Arbeidsongevallenwet (thans artikel 59bis, 2° van deze Wet) niet binnen de vastgestelde termijn stort, aan het Fonds voor Arbeidsongevallen een bijdrage-opslag is verschuldigd van 10% van het verschuldigde bedrag alsmede een verwijlinterest van 10% per jaar, te rekenen vanaf het verstrijken van die termijn tot de dag waarop de betaling plaats heeft.

Dat artikel 8 van het koninklijk besluit van 30 december 1976 bepaalt met betrekking tot de overeekomstig artikel 59, 8 van de Arbeidsongevallenwet (huidig artikel 59bis, 2° van deze Wet) verschuldigde bedragen:

“Voornoemde instellingen doen binnen de twee maanden na het verstrijken van ieder jaar aan het Fonds aangifte van het bedrag van de op 31 december van dat jaar gevestigde wiskundige reserves. Deze bezorgen aan het Fonds het bedrag van de bijdrage uiterlijk op 31 maart van het jaar waarop zij betrekking heeft.”.

Dat appelland de door eerste geïntimeerde verschuldigde bijdrage ten bedrage van 28.188.909 frank slechts op 1 april 1987, zijnde één dag te laat, ontving.

Dat eerste geïntimeerde volgens artikel 9 van het Koninklijk Besluit van 30 december 1976 op voormeld bedrag een bijdrage-opslag van 10% verschuldigd is, zijnde 2.818.891 frank, en een verwijlinterest van 10%, zijnde 7.723 frank, dit is in totaal 2.826.614 frank.

Dat eerste geïntimeerde weigert dit bedrag te betalen omdat zij staande houdt dat haar geen fout kan verweten worden, vermits zij op 31 maart 1987 opdracht aan de Generale Bank zou hebben gegeven om dit bedrag onverwijld aan het Fonds voor Arbeidsongevallen over te maken.

Dat bij brief d.d. 17 april 1987 de Generale Bank, Meir 48, Antwerpen, aan appelland liet weten dat “ingevolge de onwetendheid van één van onze personeelsleden voornoemde betaling U slechts werd overgemaakt in datum van 1 april 1987...”.

Dat appelland geen rekening dient te houden met de relatie tussen APRA en de financiële instelling waarop zij een beroep doet.

Dat bij schrijven van 7 april 1987 eerste geïntimeerde dan ook in gebreke werd gesteld.

Dat eerste geïntimeerde echter weigert deze bijdrage-opslag en de verwijlinteressen te

betalen, vermits zij in hoofde de mening is toegedaan dat tijdig werd betaald en, in ondergeschikte orde, haar aansprakelijkheid in deze zaak niet betrokken is, doch wel deze van haar bankinstelling.

Dat eerste geïntimeerde op 1 juni 1987 een verzoek indiende tot vrijstelling van de bijdrage-opslag en de verwijlinteressen, onder inroeping van de afwezigheid van de laattijdige betaling der bijdragen en in ondergeschikte orde op grond van imperieuze redenen van billijkheid.

Dit verzoek werd van de hand gewezen bij schrijven van het Fonds voor Arbeidsongevallen van 20 juli 1987, onder inroeping van de argumentatie dat “volgens de huidige stand van de wetgeving (sic) geen gunstig gevolg kon gegeven worden.”.

(...)

2. In Rechte

(...)

Overwegende dat onderhavige betwisting kadert in een vierhoeksverhouding, met aan de ene zijde de twee geïntimeerden en aan de andere zijde appelland en het Postcheckambt.

Overwegende dat zowel tussen de rekeninghouders en hun bank als tussen de banken onderling de verhoudingen worden geregeld via een rekening-courant.

Overwegende dat zulke rekening-courant gebaseerd is op de schuldvergelijking, bedoeld in artikel 1289 van het Burgerlijk Wetboek. Deze schuldvergelijking is een toepassing van de betaling en geschiedt overeenkomstig artikel 1290 van het Burgerlijk Wetboek in principe van rechtswege, zelfs buiten medeweten van de schuldenaars; de twee schulden vernietigen elkaar op het ogenblik dat zij tegelijk bestaan, ten belope van hun wederkerig bedrag. Zulke regeling is niet van openbare orde, zodat hiervan kan afgeweken worden.

Overwegende dat zulks tussen de banken niet van rechtswege geschiedt, doch er werden (sinds 1908, Vandeputte R., Abraham J.P. en Lempereur, Cl., *Het Belgisch Bankweten*, deel 2, p. 74) organismen, de Verrekenkamers, opgericht die deze vergelijking controleren en viseren, wat thans grotendeels op geïnformatiseerde wijze verloopt.

Overwegende dat op het tijdstip van de transactie de schuldvergelijking plaatsvindt en derhalve de wederzijdse schulden teniet gaan.

Overwegende dat er geen twijfel bestaat dat de gelden vóór 1 april 1987 tussen beide instellingen werden verrekend, dit wil zeggen, dat de gelden alleszins vóór 1 april 1987 het patrimonium van zowel eerste geïntimeerde als tweede geïntimeerde hadden verlaten.

Overwegende dat enkel de vraag overblijft of, voor de situering in de tijd van de daadwerkelijke betaling, vereist is dat eerste geïntimeerde er zorg voor droeg dat tevens de rekening van appelland vóór 1 april 1987 gecrediteerd werd.

Overwegende dat de relatie tussen een rekeninghouder en zijn bank geen bewaargevingsovereenkomst uitmaakt, doch een onbenoemd contract vormt. De rekeninghouder sluit met zijn bank een overeenkomst, waarbij hij beroep doet op de financiële diensten die deze bank aanbiedt en in ruil daarvoor de nodige fondsen bezorgt. Deze fondsen dient de bank niet te bewaren, doch mogen door de bank vrijelijk aangewend worden. In ruil voor de afgifte van de fondsen verwerft de rekeninghouder enkel een gelijkwaardige schuldverplichting op de bank. Waar de bank financiële verrichtingen ten behoeve van de rekeninghouders uitvoert, weerspiegelt de concrete zicht- of depositorekening als rekening-courant tussen bank en rekeninghouder de stand van deze wederzijdse schuldverplichtingen (Feronière Jacques en Patsy J.-P., *Les Opérations de Banque*, Sde uitgave, Dalloz, 1976, Hoofdstuk I).

Overwegende dat hier wordt afgeweken van de schuldvergelijking van rechtswege en normaliter schrijft het bankreglement specifieke regels voor over het tijdstip waarop de schuldvergelijking plaatsvindt, welk tijdstip op de rekeninguitreksels vermeld wordt bij de weergave van de debitering of creditering van de rekening.

Overwegende dat het verschil tussen de inontvangstneming door de bankinstelling van gelden en de boeking ervan op de concrete rekeningen, derhalve een afwijkende modaliteit is binnen de onderlinge contractuele relatie tussen bank en cliënt. Dat zulks kan verschillen van bank tot bank. Zulk verschil in boeking bestaat eveneens tussen het tijdstip van een betalingsopdracht en de daadwerkelijke uitvoering ervan.

Overwegende dat bij het Postcheckkambt het verschil tussen deze tijdstippen beïnvloed kan worden door specifieke opdrachten vanwege de rekeninghouder, mits gebeurlijke betaling van taksen (K.B. van 12 januari 1970, houdende reglementering van de Postdienst, artikel 107, B.S., 22 april 1970).

Overwegende dat een deel van de aspecten van een concrete financiële verrichting zich situeert binnen de contractuele bank-client relatie en ten aanzien van derden een res inter alios acta uitmaakt.

Overwegende dat er, naast de twee bank-client relaties en de onderliggende rechtsverhouding waarop een schuld is gebaseerd, er een vierde rechtsverhouding is die ter zake zeker van belang is.

Overwegende dat, door de schuldenaar uit te nodigen zijn schuld op zijn bankrekening te storten, de schuldeiser een beding-modaliteit toevoegt aan zijn onderliggende schuldvordering.

In plaats van, volgens de gewone wijze van betaling, de schuld in contanten te laten betalen, komt zulke modaliteit neer op een beding ten behoeve van een derde. De schuldeiser vraagt immers de schuld te betalen aan een derde, dit is de bankinstelling. Dat deze uitnodiging, zo niets tegenstrijdig bedongen werd, impliceert dat zulke betaling bevrijdend werkt ten aanzien van de onderliggende schuld.

Overwegende dat appellant niet betwist dat eerste geïntimeerde uitgenodigd werd de betaling via een storting uit te voeren.

Dat appellant aldus een beding ten behoeve van een derde aan de onderliggende rechtsverhouding toegevoegd heeft en ten aanzien van het Postcheckkambt een beroep gedaan heeft op de tussen hen bestaande rechtsverhouding om als lasthebber deze gelden in ontvangst te nemen en deze daarna op de rekening-courant te boeken.

Overwegende dat eerste geïntimeerde geen enkele mogelijkheid had om, na het plaatsvinden van bovengenoemde schuldvergelijking tussen de bankinstellingen, deze boeking te bespoedigen.

Overwegende dat, door er zorg voor te dragen dat de betaling tijdig aan de aangewezen derde verricht werd, eerste geïntimeerde zich van haar schuld bevrijd heeft en het verder boekhoudkundig verloop van de boeking der financiële verrichtingen tussen Postcheckkambt en cliënt een res inter alios acta is.

Overwegende dat, daar vaststaat dat eerste geïntimeerde de nodige instructies heeft gegeven opdat tweede geïntimeerde de betaling op 31 maart 1987 zou uitvoeren, eerste geïntimeerde haar schuld tijdig heeft betaald.

Overwegende dat bijgevolg de door appellant ingestelde vordering als ongegrond dient afgewezen te worden.

Overwegende dat alle andere argumenten door partijen naar voor gebracht niet ter zake dienend zijn en dus niet verder dienen onderzocht te worden.

Overwegende dat het hoofdberoep en het incidenteel beroep ongegrond zijn.

Op die gronden,

Het Hof,

(...)

Verklaart het hoofdberoep en het incidenteel beroep ontvankelijk doch ongegrond,

(...)

D.d. 14 november 1995 – Arbeidshof Antwerpen.

Zet.: De Heer Danneels, raadsheer en H.H. Vangheluwe en Leybaert, raadsheren in sociale zaken.

Pleid.: Mes Van Der Veken loco Van De Put, Engels en Delbaere loco Stevens.

Observations

1. Certaines décisions ont valeur pédagogique plus par l'embaras qu'elles traduisent que par l'enseignement qu'il est permis d'en extraire. L'embaras domine dans l'arrêt de la cour du travail d'Anvers confrontée à la délicate question du moment d'un paiement ordonné par virement. L'enjeu en l'espèce n'était pas mince. Le montant dû par APRA soit 28.188.909 francs belges est liquidé en chambre de compensation à Anvers au 31 mars 1987, date extrême prévue pour le paiement des cotisations au Fonds des Accidents du Travail. Celui-ci ne peut cependant disposer du montant que le 1er avril 1987 et entend appliquer la sanction légalement prévue en cas de retard de paiement, soit 2.826.614 francs belges de dommages et intérêts. Ceci lui est refusé par le premier juge au motif que le paiement dû a été transféré en temps utile par la Générale de Banque, banquier du donneur d'ordre à l'Office des Chèques Postaux, banquier du Fonds des Accidents du Travail qui devient ipso facto propriétaire de la somme détenue par l'Office des Chèques Postaux au 31 mars 1987. Cette motivation est contestable: si la qualification du contrat de compte est discutée¹, il est toutefois acquis que le titulaire du compte est créancier du banquier et non pas propriétaire des fonds inscrits en compte.² Comment d'ailleurs un droit de propriété pourrait-il s'exercer sur une chose de genre non encore individualisée par le banquier?³

¹ La Cour de cassation de Belgique a décidé, dans un arrêt du 16 septembre 1993 (*Rev. Banque* 1994, p. 43) que le contrat de compte à vue, sans être un contrat de dépôt au sens de l'article 1915 du code civil, impose au banquier une obligation de restitution analogue à celle qui pèse sur un dépositaire. Pour plus de références, v. notre précédente chronique *R.D.C.*, 1995/12, p. 1017, note 3.

² Comp. toutefois Ph. Malaurie et L. Aynes, *Contrats spéciaux*, Cujas, 1988, p. 403. Ces auteurs considèrent que le titulaire du compte est propriétaire d'une monnaie scripturale plus que titulaire d'une créance. Strictement parlant, le déposant n'est pas propriétaire des fonds inscrits en compte. La liquidation de la banque fait d'ailleurs réapparaître sa qualité de créancier même si les systèmes garantissant les droits des déposants en cas de difficultés des banques confèrent au compte un statut quasi monétaire (V. à ce sujet les pertinentes réflexions de R. Libhaber, *Recherches sur la monnaie en droit privé*, Paris, L.G.D.J., 1992, p. 161 et s.).

³ Comp. G.A. Dal, "La nature juridique du compte de dépôt à vue" in *Mélanges Dalq*, Bruxelles, Larcier, 1994, p. 63.

Théoriquement contestable, la motivation sert une solution à la fois équitable et opportune. Elle a pour effet d'avancer le moment du paiement et de le fixer non pas au crédit du compte du bénéficiaire, solution traditionnelle⁴, mais au crédit du compte du banquier qui le reçoit pour son client.⁵ Cette solution est appuyée par les meilleurs auteurs⁶ pour des raisons pratiques. Il importe de ne pas faire supporter par le donneur d'ordre les conséquences de l'inertie ou du manque d'empressement manifesté par le banquier du bénéficiaire alors qu'il est choisi par ce dernier pour le représenter⁷ dans le commerce monétaire.

2. La cour du travail d'Anvers, selon une motivation beaucoup plus confuse d'où émerge également le souci de ne pas faire dépendre le moment du paiement du contenu de la relation entre le banquier du bénéficiaire et son client, aboutit à la même solution que le tribunal du travail.

La cour relève justement que le montant dû a définitivement quitté le patrimoine du donneur d'ordre et de sa banque avant la date fatidique du premier avril 1987. Non sans ambiguïté, elle paraît en déduire que le dessaisement, opéré dans les délais requis emporte paiement en temps utile. Ce n'est pas nécessairement le cas.

Autre chose est le dessaisissement définitif et irrévocable par lequel le débiteur assigne les fonds à l'apurement de sa dette et exécute son obligation, c'est le paiement-exécution, autre chose est le moment où ces fonds sont effectivement mis à la disposition du créancier pour apurer la dette, c'est le paiement satisfaction.⁸

Nous pensons, mais c'est une opinion personnelle qui peut être appelée à céder devant les nécessités pratiques, qu'il faut maintenir de façon rigoureuse la distinction entre le moment auquel le paiement est effectué entre les banques et celui auquel il est effectué entre débiteur et créancier à l'opération de base. Le moment du crédit du compte de la banque du bénéficiaire et, de façon générale, le moment auquel la banque du bénéficiaire peut disposer du montant viré suite à la compensation ou autrement, ne peut, à notre avis, être retenu comme moment du paiement vis-à-vis du créancier bénéficiaire de l'ordre.

Cette solution a pour effet, gênant, reconnaissons-le, de reporter les risques de l'ensemble du transfert sur le débiteur amené à supporter l'éventuelle défaillance de la

⁴ En doctrine belge, v. not. A. Bruyneel "Le virement" in *La banque dans la vie quotidienne*, Bruxelles, Ed. Jeune Barreau, 1986, p. 386 et s. (cet auteur s'interroge toutefois sur d'autres solutions); P. Van Ommeslaghe, Les aspects juridiques du paiement, rapport introductif, *Rev. dr. U.L.B.*, 8/1993, p. 26, n° 12; E. Wymeersch, Aspects juridiques de certains nouveaux moyens de paiement, *Rev. Belg.*, 1/1995, p. 23, n° 20. En droit français, M. Cabrillac, v° virement, *Jurisl. Banque et crédit*, 1990, fasc. 390, n° 81 et s.; Cass. (F), 23 juin 1993, *D.S.*, J., 1994, p. 27; *Rev. dr. bancaire et de la bourse*, n° 39, 1993, p. 226.

⁵ En ce sens, Liège, 24 janvier 1974, *R.G.A.R.*, 1981, n° 10.364; Comm. Nivelles, 16 octobre 1989, *Leplat q.q. / S.A. Générale de Banque*, inédit, R.G. 1571/89.

⁶ Renonçant à une solution unique MM. Van Ryn et Heenen, (*Principes de droit commercial*, 2e éd., T. IV, p. 328 et s.) proposent des solutions différentes suivant le nombre des banquiers impliqués et l'organisation de leurs relations. S'il n'y a qu'un seul banquier, le bénéficiaire est censé (nous soulignons) payé au moment du débit du compte du donneur d'ordre. S'il y a deux banquiers opérant par l'intermédiaire d'une chambre de compensation, le virement est accompli lors de la compensation générale. Si le virement ne passe pas par une chambre de compensation, il est accompli par l'inscription au crédit du compte du bénéficiaire. (Comp. P. Wery, note sous trib. trav. Charleroi, 1er décembre 1988, *R.R.D.*, 1989, p. 193).

⁷ Ce verbe est utilisé dans son sens ordinaire et non dans un sens technique: il ne paraît pas que le banquier du bénéficiaire puisse être sans plus qualifié de mandataire à la réception des fonds dus à son client. C'est en son nom propre que le banquier reçoit des fonds dont il est débiteur vis-à-vis du client en vertu de la convention de compte. La position autonome du banquier apparaît de façon particulièrement nette dans sa participation aux chambres de compensation.

⁸ Sur ces deux aspects du paiement, v. en général N. Catala, *La nature juridique du paiement*, Paris, L.G.D.J., 1961, p. 147 et s. En droit bancaire, J.L. Rives-Lange et M. Contamine-Raynaud, *Droit bancaire*, Précis Dalloz, 6e Ed., 1995, p. 302, n° 309.

banque du bénéficiaire que ce dernier a pourtant choisie. Si l'on ne veut pas "gauchir" les règles relatives au moment du paiement par faveur pour le débiteur⁹, tout en lui faisant un sort équitable, on pourrait songer à faciliter ses recours contre les institutions et banques intervenantes, même s'il ne leur est pas contractuellement lié.¹⁰

Une autre solution retenue par certains textes récents¹¹ consiste à rendre la banque du donneur d'ordre responsable, garante serait-on tenté d'écrire, de l'ensemble du circuit de paiement, en ce compris des défaillances de la banque du bénéficiaire.

4. Tribunal de Commerce de Bruxelles

13 décembre 1995

BANQUE - VIREMENT

Paiement de primes d'assurances - Discordance entre le numéro de compte et le bénéficiaire désigné

La responsabilité du banquier qui ne vérifie pas la concordance entre le numéro de compte et le bénéficiaire indiqué par un virement postal ne peut être engagée que si le demandeur prouve le lien causal entre le préjudice subi et le manquement du banquier.

Le paiement fait au courtier d'une compagnie d'assurances est valable dans la mesure où celui-ci peut être considéré comme le mandataire apparent de la compagnie (implícite).

BANK - OVERSCHRIJVING

Betaling van verzekeringspremies - Geen overeenstemming tussen het rekeningnummer en de aangewezen begunstigde

Er kan slechts sprake zijn van aansprakelijkheid van de bankier die de overeenstemming tussen het rekeningnummer en de aangewezen begunstigde bij een postoverschrijving niet controleert, wanneer de eiser het causale verband bewijst tussen de geleden schade en de tekortkoming van de bankier.

⁹ Comp. en droit suisse, la position prise par certaine doctrine choisissant un moment du paiement (celui de la compensation interbancaire) permettant une répartition équitable des risques entre l'émetteur et le bénéficiaire de l'ordre. (V. à ce sujet, I. Billotte-Tongue, *Aspects juridiques du virement bancaire. Implications des développements informatiques*, Schulthess Polygraphischer Verlag, Zürich, 1992, p. 84 et s.). Ce moment a aussi été retenu par une certaine jurisprudence belge (trib. trav. Charleroi, 1er décembre 1988, *J.T.*, 1989, *Rev. rég. dr.* 1989, p. 193, *J.T.T.*, 1989, p. 239).

¹⁰ En ce sens, H. Schönle, "La responsabilité des banques et de leurs clients en cas d'utilisation abusive et frauduleuse des nouveaux moyens électroniques de paiement et de mauvais fonctionnement du système automatisé d'opérations bancaires" in *Les nouveaux moyens électroniques de paiement* (sous la direction de Bernd Stauder), C.J.R., Payot, Lausanne, p. 71.

¹¹ Cf. p. ex. Article 14 de la loi-type CNUDCI sur les virements internationaux commenté par M. Vasseur "Les principaux articles de la loi-type CNUDCI sur les virements internationaux et leur influence sur les travaux de la Commission de Bruxelles concernant les paiements transfrontaliers", *R.D.A.I.*, 1993, n° 2, p. 171. Pour un commentaire de l'article 14 au regard des règles du mandat, M.D. Schodermeier, "Les droits de l'émetteur d'un virement international manqué par la faute d'une banque intermédiaire (étude comparative)", *Rev. dr. bancaire et de la bourse*, n° 43, 1994, p. 107 et s.

(S.A. Ardenne Prévoyante / S.A. Citibank)

Attendu que la demande tend à entendre condamner la S.A. Famibanque à payer la somme de 1.536.180 F;

Attendu que, le 2 août 1991, Mehmet Yildirim et Nizan Seyhan ont versé à l'office des chèques postaux la somme de 16.857 F au compte 954-6606131-88 ouvert auprès de la Famibanque;

Que les coordonnées de la demanderesse en sa qualité de bénéficiaire étaient indiquées sur le bulletin de virement;

Que ce montant représentait la prime annuelle prévue par le contrat d'assurance incendie souscrit par Mehmet Yildirim et Nizan Seyhan auprès de la demanderesse;

Que cette prime venait à échéance le 15 août de chaque année;

Que, le 21 septembre 1991, l'immeuble de Mehmet Yildirim et Nizan Seyhan a pris feu;

Que, le 31 octobre 1991, la demanderesse fit savoir à ses assurés qu'elle n'avait pas reçu le paiement de la prime et qu'elle suspendait la garantie du contrat avec effet rétroactif au 15 août 1991 à défaut de paiement de la prime dans les 14 jours;

Que la prime avait en effet été payée par les assurés au compte du courtier d'assurance Akin Izzet;

Que, le 18 novembre 1991, la demanderesse a interrogé la Banque sur le titulaire du compte et la destination de la somme versée par ses assurés en août;

Que, le 28 novembre, la Banque l'a informée que le compte 954-6606131-88 était celui de Akin Izzet, compte à découvert à concurrence de 95.728 F;

Que, le 5 décembre, la demanderesse expliquait à la Banque que ses assurés avaient versé par erreur le montant de la prime sur le compte du courtier; qu'elle lui reprochait de ne s'être pas rendue compte de la discordance entre le numéro du compte bénéficiaire et le bénéficiaire;

Que, le 5 décembre, la demanderesse écrivait également à ses assurés que, conformément à sa lettre du 31 octobre 1991, la garantie du contrat était suspendue mais qu'elle leur proposait de verser le montant de leur préjudice, ce versement ne pouvant être interprété comme une reconnaissance d'obligation contractuelle de sa part à leur égard;

Que, le 11 décembre 1991, la Banque a transféré à la demanderesse le montant de la prime;

Que, le 12 mars 1992, Mehmet Yildirim et Nizan Seyhan ont subrogé la demanderesse dans tous leurs droits;

Attendu que la demanderesse reproche à la Banque de ne pas s'être rendu compte de la discordance existant entre le n° de compte et le bénéficiaire indiqué par le virement postal et d'avoir retenu le montant de la prime sans en avertir les assurés;

Qu'elle allègue que cette faute a entraîné la suspension du contrat d'assurances et a dès lors causé un préjudice à Mehmet Yildirim et Nizan Seyhan;

Qu'elle réclame le remboursement du montant de 1.504.728 F + 1.536.180 F qu'elle a réglé à ses assurés;

Attendu que la demanderesse ne prouve pas que ses assurés ont subi un préjudice en relation causale avec l'éventuelle faute de la Banque;

Qu'elle n'établit pas qu'elle était en droit de suspendre le contrat d'assurance;

Qu'elle ne démontre pas que la possibilité de suspendre la garantie avec effet rétroactif avait été prévue par le contrat; que les conditions particulières du contrat ne concernent que le créancier hypothécaire; qu'elle ne produit pas les conditions générales de la police;

Qu'à supposer même qu'une telle possibilité ait existé contractuellement, les contrats s'exécutent de bonne foi;

Que ce n'est qu'après l'incendie que la demanderesse a signalé, le 31 octobre 1991, aux assurés que la prime n'avait pas été payée et a menacé de suspendre la police, si la prime n'était pas payée dans les 14 jours;

Que, suite à cette mise en demeure du 31 octobre 1991, les assurés ont réagi rapidement en indiquant avoir effectué le paiement au compte du courtier; que la demanderesse ne semble pas alors avoir exigé de ses assurés un nouveau paiement afin d'éviter une éventuelle suspension;

Qu'au surplus, le courtier, qui était le producteur de l'assurance, pouvait apparaître comme le mandataire apparent de la demanderesse;

Que la demanderesse ne donne d'ailleurs aucune explication quant à ses relations avec ce courtier;

Que, si la demanderesse n'avait pas le droit de suspendre le contrat, elle avait l'obligation d'indemniser ses assurés qui n'ont des lors subi aucun préjudice;

Attendu en outre que la demanderesse ne prouve pas que la Banque a commis une faute;

Que la demanderesse n'avait pas préimprimé son numéro de compte sur le bulletin,

Que les assurés ont indiqué manuscritement le numéro de compte du courtier d'assurance, Akkin Izzet, le producteur de la police;

Que ce dernier n'a pas attiré l'attention des assurés, de la demanderesse ou de la Banque sur le fait qu'il avait reçu un paiement qui ne lui aurait pas été destiné;

Qu'il n'a pas donné instruction à la Banque de reverser la prime sur le compte de la demanderesse;

Que la seule discordance entre le nom du bénéficiaire préimprimé et le numéro précisé manuscritement par les assurés n'implique dès lors pas que le versement au compte du courtier a été fait par erreur;

Que le versement d'une prime au compte d'un courtier n'était pas un acte anormal devant attirer l'attention de la Banque;

Que, lorsque la Banque a été informée par la demanderesse du problème lié au virement de la prime au compte du courtier, elle a immédiatement crédité le compte en banque de la demanderesse;

Que la demanderesse ne prouve par conséquent pas que la Banque a commis une faute en ne contrôlant pas la concordance entre le numéro de compte et les coordonnées du bénéficiaire;

Qu'il est dès lors sans intérêt d'examiner les arguments des parties quant aux conséquences du traitement électronique du virement litigieux par l'intervention de l'ASBL Centre d'échange d'opérations à compenser du système belge (CEC);

Par ces motifs,

Le Tribunal

(...)

Dit la demande recevable mais non fondée;

(...)

Du 13 décembre 1995 – Comm. Bruxelles

Siég.: Mme Rubinstein, juge, MM. Thays et De Smet, juges consulaires.

Plaid.: Mes F. Scholl et J.P. Buyle.

Observations

1. Cette décision est coulée en force de chose jugée

2. La matière de virements exécutés erronément pose de délicats problèmes de responsabilité.¹ Plusieurs banquiers sont parfois requis pour effectuer le transfert de fonds², une erreur du donneur d'ordre peut se combiner à un défaut de contrôle³ ou à une tentative de redressement malheureux de la ou des banques chargées de l'exécution de l'ordre.⁴

Le traitement électronique des ordres de virement, d'application dans les relations interbancaires, ne simplifie par les choses sur le plan juridique, car il aménage les contrôles appliqués par les différents banquiers intervenants. Même s'il n'est pas explicitement tranché dans la décision commentée, le problème de l'application des règlements interbancaires aux titulaires de compte y est sous-jacent.

Pour les ordres de virement ne dépassant pas 100.000 FB, ce qui était le cas en l'espèce, on sait que le règlement du C.E.C. n'impose pas la transcription des indications relatives au bénéficiaire. L'institution destinataire peut se fier exclusivement au numéro de compte qui lui a été communiqué sans se préoccuper d'une discordance avec les données d'identification personnelle (à supposer que celles-ci lui soient transmises).⁵ L'institution financière présentatrice répond des suites dommageables résultant de l'indication d'un numéro de compte erroné du bénéficiaire.⁶

Il y a une différence sensible entre cet aménagement conventionnel des contrôles et la solution qui résulte des principes traditionnels inspirés par le droit du mandat. Par application de ceux-ci, en effet, le banquier du bénéficiaire doit surseoir à l'exécution de

l'ordre si les instructions données, insuffisantes ou ambiguës, ne permettent pas d'identifier le bénéficiaire avec certitude.⁷

Pour les virements inférieurs à 100.000 FB, le règlement du C.E.C. entraîne un déplacement de la responsabilité du banquier du bénéficiaire vers le banquier du donneur d'ordre.

En l'espèce toutefois, c'est la banque du bénéficiaire qui se trouvait assignée en responsabilité, pour réparer les suites dommageables résultant, selon la compagnie d'assurances demanderesse, du défaut de vérification entre le numéro de compte et le bénéficiaire indiqué par le virement postal. Une première observation s'impose: le tribunal admet sans difficulté mais aussi sans beaucoup de justification la recevabilité de l'action de la compagnie subrogée au donneur d'ordre alors qu'aucun lien contractuel ne rattache celui-ci à la banque du bénéficiaire. Il faut supposer que le tribunal a, de façon implicite, considéré la banque du bénéficiaire comme un mandataire substitué soumis à l'action directe de l'article 1994 alinéa 2^o du Code civil.

Seconde remarque: le tribunal n'exclut pas une faute de la banque du bénéficiaire mais l'absout de sa responsabilité pour défaut de lien causal entre cette faute (possible) et le dommage consécutif.

Il reste au commentateur à espérer qu'un jour pas trop lointain, une décision tranche plus nettement en matière de virement la question des effets des règlements interbancaires sur la situation juridique des titulaires de compte qui n'y sont pas parties.⁹

Il faut bien reconnaître qu'en cette matière, la distinction classique entre l'opposabilité des conventions et la relativité de leur effet obligatoire devient difficile à tracer. Les règles souscrites entre banquiers donnent à leur responsabilité professionnelle des contours propres et leur imposent des normes de comportement dont il se prévalent vis-à-vis de leurs clients.

La prise en considération par le juge de ces règles va souvent empêcher le client de mettre en cause la responsabilité du banquier. *Formellement*, le prescrit de l'article 1165 du Code civil est respecté, une obligation n'est pas directement imposée au tiers. *En fait*, on empêche tout de même une créance (en responsabilité) de naître à son profit.

¹ Sur l'ensemble de la question, cons. A. Bruyneel "Le virement" in *La banque dans la vie quotidienne*, Bruxelles, Ed. Jeune Barreau, 1986, p. 423 et s.; cf. aussi les références citées dans nos précédentes chroniques, *R.D.C.*, 1993/11, p. 983 et s.; *R.D.C.*, 1994/12, p. 1083.

² V. p. ex. Paris 22 septembre 1988, *D.S.*, 1991, Somm., p. 30; Trib. comm. Paris, 18 décembre 1992, *D.S.*, 1994, Somm., p. 331, obs. Vasseur.

³ Aix-en-Provence, 29 octobre 1991, *D.S.*, 1993, Somm., p. 57, obs. Vasseur; Cass. fr. (com.), 27 février 1996, *Rev. trim. dr. com.*, 1996, p. 307, obs. M. Cabrillac.

⁴ V. p. ex. Mons, 13 février 1984, *Rev. Banque*, 1984, p. 49 et s., commenté par A. Bruyneel, *op. cit.*, p. 437 et s.

⁵ Pour une description de ce système, A. Bruyneel, *op. cit.*, p. 375 et s.; p. 440 et s.; H. Buckinx et W. Van Minnebruggen, "De aansprakelijkheid in het betalingsverkeer" in *Financieel recht tussen oud en nieuw*, Ed. E. Wymeersch, Maklu uitgevers, Antwerpen, Apeldoorn, 1996, p. 762; En jurisprudence belge, Civ. Mons, 2 décembre 1987, *D.C.C.R.*, 1989/5, p. 52 et s. note M.F. Antoine.

⁶ Encore faut-il que celui-ci soit "plausible". S'il ne l'est pas, l'exécution de l'ordre est impossible, ce qui astreint la banque du bénéficiaire à demander de nouvelles instructions.

⁷ En doctrine belge, J. Van Ryn et J. Heenen, *Principes de droit commercial*, 2e Ed., T. IV, Bruxelles, Bruylant, 1988, p. 332. En doctrine française, M. Cabrillac, *Jurisl. Banque et Crédit*, 1990, v° virement, fasc. 390, n° 74.

⁸ On écarte ici l'hypothèse que la banque du bénéficiaire puisse être considérée comme un agent d'exécution de la banque du donneur d'ordre. Comme le souligne très justement un arrêt de la cour d'appel d'Anvers du 26 octobre 1993 (*Tijdschrift voor notarissen*, 1994/1, p. 79 et s.), la banque du bénéficiaire ne saurait être considérée comme un agent d'exécution puisqu'elle est désignée par le donneur d'ordre et non par sa banque.

⁹ Sur l'ensemble de la question, D. Devos "Les effets externes des conventions en matière financière", in *Le contrat et les tiers, Les effets externes et la tierce complicité*, A.B.J.E., Ed. du Jeune Barreau, Bruxelles, 1995, p. 185. En ce qui concerne la matière des ordres de virement, v. la note de M.F. Antoine précitée. Comp. A. Bruyneel, *op. cit.*, p. 377. Cet auteur paraît considérer que la généralisation du traitement électronique des ordres de virement incitera la jurisprudence à exonérer de toute responsabilité le banquier qui se conforme aux normes C.E.C. En matière de chèque, v. la décision du juge de paix d'Anvers du 12 juillet 1995 (décision n° 5) qui montre que les banques ne sauraient invoquer vis-à-vis de leur clientèle des normes acceptées au niveau interbancaire qui prévoient dispense d'une obligation de vérification de signature du titre considérée comme essentielle.

1.4. LE CHÈQUE / DE CHEQUE

5. Vrederechter van het Zevende Kanton Antwerpen

12 juli 1995

CHEQUE

Gestolen cheque – Reglementering eurocheque niet toepasselijk – Dekkingscontrole – Controle van de handtekening – Niet-uitwisseling van de cheques – Aansprakelijkheid van de betrokken bankier

De bankier die een cheque uitbetaalt zonder voorafgaande controle naar het bestaan van voldoende provisie, begaat een zware fout.

Het garantiesysteem voorzien door het reglement van de eurocheque geldt niet voor cheques waarvan het bedrag 7.000 BF overschrijdt. De bankier moet bijgevolg eerst de overeenstemming van de handtekening op de titel controleren, alvorens tot de betaling over te gaan.

De betrokken bank kan zich niet beroepen tegenover haar cliënt op de afwezigheid van controle van de handtekening die resulteert uit de niet-uitwisseling van de cheques. Het betreft hier een elektronische procedure afgesproken onder de banken waarbij ze het risico op zich nemen en die niet tegenstelbaar is aan hun cliënt.

CHÈQUE

Chèque volé – Réglementation eurochèque inapplicable – Contrôle de provision – Contrôle de signature – Non-échange de chèques – Responsabilité du banquier tiré

Commets une faute grave le banquier qui paie un chèque sans procéder au contrôle préalable de la provision.

Le système de garantie prévu par le règlement eurochèque ne s'applique pas au chèque d'un montant supérieur à 7.000 FB. Il en résulte que le banquier doit procéder à un contrôle de conformité de la signature portée sur le titre avant de procéder au paiement.

Le banquier tiré ne peut se prévaloir vis-à-vis de son client de l'absence de contrôle de signature qui résulte du non-échange de chèques. Il s'agit d'une procédure électronique convenue entre les banques qui en assument le risque et dont elles ne peuvent se prévaloir vis-à-vis de leur client.

(Danthine / N.V. Generale Bank)

(...)

Gezien de dagvaarding in dato van 13 juli 1994, ertoe strekkende gedaagde te horen veroordelen tot een bedrag van 43.500 fr, te vermeerderen met de interesten vanaf 17 april 1992, de gerechtelijke interesten en de kosten van het geding hoofdens terugbetaling uitbetaalde cheque nr. 21 1419 van de Kredietbank afgehouden van rekening nr. 220-0232175-90 van eiseres op 17 april 1992;

Gelet op de door partijen genomen conclusies, gelet ook op de door hen neergelegde stukken en op de mondelinge uiteenzettingen ter zitting;

Overwegende dat eiseres stelt dat zij op 17 april 1992 vaststelde dat haar zichtrekening bij gedaagde met een bedrag van 43.500 fr was gedebiteerd;

Dat toen bleek dat een cheque nr 21 1419 van eiseres was ontvreemd geworden, en dat de onrechtmatige houder deze cheque had uitgegeven zonder bankkaart ter betaling bij een winkelier;

Dat deze derde begunstigde de cheque op zijn beurt had aangeboden bij de Kredietbank, die tot uitbetaling was overgegaan en zich daaropvolgend tot gedaagde had gericht voor verrekening;

Dat eiseres stelt dat gedaagde, wetende nochtans dat de rekening van eiseres niet voldoende geprovisioneerd was, zonder enige controle uit te voeren naar de handtekening van de trekker tot uitbetaling is overgegaan;

Dat een regeling in der minne niet mogelijk bleef, zodat eiseres tot dagvaarding overging;

Overwegende dat gedaagde stelt dat uit de stukken, onder meer een geseponeerd strafbundel, blijkt:

– de cheque werd aangeboden bij de Kredietbank, en tussen de banken verrekend werd via het elektronisch truncation systeem, zodat gedaagde materieel niet in de mogelijkheid was om de handtekening van de trekker te controleren;

– dat eiseres niet op de hoogte was van de diefstal, en gedaagde dan ook nooit van de diefstal heeft verwittigd, dan lang na het aanbieden van de cheque;

– dat eiseres houdster was van een Eurocheque-kaart en derhalve genoot van een automatisch krediet in haar rekening-courant tot een bedrag van 49.999 fr;

– dat de rekening van eiseres gedebiteerd werd per 17 april 1992, en eiseres pas in september 1992, hetzij meer dan 4 maand later, met een niet-gedateerd schrijven, heeft aangemaand tot terugbetaling;

Overwegende dat het principe van de terzake toepasselijke wetgeving wordt vastgelegd in artikel 35bis van de Chequewet, principe dat stelt dat de eigenaar van een chequeboekje aansprakelijk is voor de gevolgen die voortvloeien uit het verlies, de diefstal of het verkeerd gebruik van de chequeformulieren, tenzij men een grove fout van de bankier zou kunnen bewijzen;

Dat beide partijen het over dit principe eens zijn, doch eiseres stelt dat in casu een grove fout in hoofde van gedaagde kan verweten worden, terwijl gedaagde zulks ontkent, en wel integendeel stelt dat er een fout is in hoofde van eiseres zelve, nu zij bepaald onzorgvuldig zou zijn geweest door niet te merken dat zij het slachtoffer was geworden van een cheque-diefstal, en derhalve ook geen aangifte heeft gedaan of verzet tegen de uitbetaling ervan;

Overwegende dat deze laatste stelling van gedaagde alleszins niet opgaat;

Dat van een houder van een chequeboekje bezwaarlijk kan verwacht worden dat hij elke dag zijn voorraad cheques controleert om te kijken of hij niet het slachtoffer zou kunnen worden zijn van een of andere diefstal;

Dat er dan ook in hoofde van eiseres geenszins een zware onzorgvuldigheid wordt bezeten;

Overwegende dat de fout die door eiseres wordt verweten aan gedaagde tweevoudig is, enerzijds het overgaan tot de uitbetaling van een cheque, wetende dat deze niet geprovisioneerd is, en daardoor eigenlijk meewerken aan de voltrekking van een misdrijf, en

anderzijds het uitbetalen van een cheque zonder controle naar de handtekening van de trekker;

Overwegende dat de eerste stelling van eiseres niet kan gevolgd worden;

Overwegende dat de stelling van eiseres erop gebaseerd is, dat bij de opening van de rekening bij gedaagde werd overeengekomen dat eiseres beschikte over een kredietlijn van 25.000 fr, en dat het feit dat gedaagde unilateraal zou overgegaan zijn tot de verhoging van een dergelijke kredietlijn tot 50.000 fr, niet bindend is voor eiseres;

Dat eiseres dient gevolgd daar waar zij stelt dat in casu de Eurocheque-wetgeving niet toepasselijk is, doch anderzijds wel dient vastgesteld dat ook gedaagde in het meer globale systeem dan dat van het Eurochequesysteem, blijkbaar is overgegaan tot verhoging van de kredietlijnen van de houders van Eurochequekaarten tot 50.000 fr;

Dat een dergelijke beslissing uiteraard bij de bankinstelling zelf ligt, en dus geen algemeen bindend principe is, doch in casu duidelijk blijkt dat gedaagde als emitterende bank, is overgegaan tot de verhoging van deze kredietlijn;

Overwegende evenwel dat dient vastgesteld met eiseres dat de opening van een kredietlijn een consensueel contract is, dat derhalve een unilaterale beslissing van de bank zelf tot verhoging van de kredietlijn, niet zomaar kan beschouwd worden als aanvaard door de cliënt, zonder duidelijke aanvaarding van deze laatste;

Dat in casu van een dergelijke aanvaarding door gedaagde geen bewijs wordt voorgelegd;

Dat immers uit de stukken nergens blijkt dat aan gedaagde een dergelijk voorstel tot verhoging van de kredietlijn werd gedaan, of dat gedaagde in kennis werd gesteld van een dergelijke beslissing;

Dat ook nergens uit blijkt dat eiseres effectief ook gebruik zou hebben gemaakt van een dergelijke verhoging van haar kredietlijn, nu door gedaagde nergens wordt aangetoond dat eiseres haar normale voorziene kredietlijn van 25.000 fr zou hebben overschreden;

Dat derhalve noch een uitdrukkelijke, noch een stilzwijgende aanvaarding van eiseres van een verhoogde kredietlijn wordt bewezen;

Dat een loutere mededeling van de bank in de vorm van een publicitaire folder, daartoe uiteraard niet volstaat;

Dat er derhalve moet worden van uitgegaan dat bij gebreke aan een uitdrukkelijke of een stilzwijgende aanvaarding in hoofde van eiseres van een verhoogde kredietlijn, de tussen partijen geldende kredietlijn beperkt was tot 25.000 fr;

Overwegende dat overigens dient vastgesteld dat de feiten dateren van een eerder korte tijd, nadat verschillende financiële instellingen tot een dergelijke verhoging van de kredietlijn hadden besloten;

Overwegende dat de voorgaande vaststelling Ons ertoe leidt te moeten vaststellen dat het inderdaad in casu gaat om de uitbetaling van een niet-geprovisioneerde cheque, nu de uitbetaling van het bedrag van deze cheque in casu blijkbaar leidde tot het overschrijden van de kredietlijn van 25.000 fr;

Dat met eiseres dient gesteld dat de uitbetaling van een dergelijke cheque in hoofde van gedaagde als een ernstige fout kan worden aangezien, gelet op het feit dat het controleren van de provisie op een rekening voor gedaagde geen enkele moeilijkheid inhoudt;

Overwegende dat ook voor wat de tweede beweerde fout in hoofde van gedaagde eiseres dient gevolgd;

Overwegende dat vooreerst dient vastgesteld dat de Eurochequeregeling - zoals die algemeen aanvaard wordt - in deze niet van toepassing is;

Dat inderdaad blijkt dat de uitgeschreven cheque het bedrag van 7.000 fr overschrijdt, zodanig dat deze cheque niet dient beschouwd als vallende onder de Eurocheque-waARBORgen;

Dat dan ook met eiseres dient gesteld dat de verminderde controleverplichtingen die normaal worden aanvaard met betrekking tot een gegarandeerde Eurocheque, in casu niet van toepassing zijn, en de cheque in kwestie, weze het op een Eurochequeformulier, dient beschouwd als een gewone cheque, die wel degelijk aan een controleverplichting is onderworpen;

Overwegende dat voorgaande vaststellingen Ons ertoe moeten brengen te besluiten dat de bankinstelling bij wie de cheque werd aangeboden helemaal geen verplichting had om over te gaan tot betaling van deze cheque, en een dergelijke uitbetaling enkel kon verrichten op eigen risico;

Dat immers voor een gewone cheque het principe geldt dat alleen de vestiging van de betrokkene, waar de rekening van de trekker aan gehouden wordt, de cheque juridisch kan betalen (zie Liebaert, J., De cheque in de landen van de E.E.G., 1982, Brussel);

Overwegende dat ook gedaagde gehouden was tot controle vooraleer over te gaan tot uitbetaling van de andere bankinstelling omwille van de door deze laatste voorgescho-ten uitbetaling;

Dat gedaagde wel stelt dat tussen de banken een specifiek systeem wordt gehanteerd waarbij eigenlijk dergelijke uitbetalingen vereenvoudigd worden, en waardoor eveneens controlemogelijkheden praktisch onbestaande zijn, onder meer omdat de handtekening niet kan worden nagegaan;

Dat een dergelijk elektronisch systeem, het zogenaamde truncation systeem, een gebruik is dat tussen de banken wordt gehanteerd, doch als dusdanig niet tegenstelbaar is aan eiseres;

Dat dit systeem inderdaad wordt gehanteerd op eigen risico van de gebruikende financiële instellingen, doch de cliënt van een bank nog steeds mag verwachten dat een zekere controle wordt uitgevoerd vooraleer wordt overgegaan tot uitbetaling van één zijner cheques;

Dat ook uit dit oogpunt derhalve de verantwoordelijkheid van gedaagde kan worden weerhouden;

Om deze redenen,

(...)

Veroordelen gedaagde tot betaling aan eiseres van de som van drieënveertigduizend vijfhonderd frank (43.500 fr), te vermeerderen met de verwijlsintresten vanaf 17 april 1992 tot en met 13 juli 1994, zijnde de datum der dagvaarding, en de gerechtelijke intresten sedertdien;

(...)

D.d. 12 juli 1995 - Vg. Antwerpen
Zet.: M. Castelyns, Vrederechter
Pleid.: Mes Dierickx en Jespers

Observations

1. Cette décision est coulée en force de chose jugée.
2. La décision rendue par le juge de paix d'Anvers est intéressante, car elle précise la portée de deux contrôles traditionnellement imposés au banquier lorsqu'il paie un chèque: le contrôle de provision et le contrôle de signature. Ces contrôles classiques se sont toutefois transformés, voire estompés à la suite de différentes innovations bancaires:
 - 1° tendant à faciliter l'acceptation du chèque en offrant au bénéficiaire de celui-ci une plus grande sécurité de paiement: c'est le système dit du chèque garanti dont la forme la plus connue est l'eurochèque,
 - 2° visant à diminuer le coût de traitement du chèque pour les établissements financiers: c'est le système dit du non-échange de chèques. Il s'agit d'une procédure convenue entre les banques selon laquelle les chèques originaux ne dépassant pas un certain montant (actuellement 300.000 FB) sont conservés par le premier banquier intervenant qui transmet par voie automatisée au banquier tiré les données essentielles nécessaires au recouvrement des chèques (montant, numéro de compte du tireur, numéro du chèque ...).
3. Dans le système du chèque garanti, le banquier tiré souscrit un engagement unilatéral extracambial et abstrait vis-à-vis du tiers porteur¹ et s'oblige à le payer même si le titulaire des formules ne dispose pas au compte d'une provision suffisante.² Le paiement du tiers porteur s'opère d'ailleurs préalablement au contrôle de provision par le banquier.³ Ceci peut amener le banquier, au cas où la provision est insuffisante, à prélever au-delà du solde disponible en compte. Ce faisant, le banquier, forcé au crédit⁴, exécute un engagement personnel et ne saurait donc commettre une faute lourde.⁵ Dans ce système plus proche de la garantie bancaire que du chèque⁶, la responsabilité du banquier vis-à-vis de son client pour défaut de contrôle de provision ne sera que rarement mise en cause.⁷ Rigoureux pour le titulaire, ce régime est soumis à des conditions d'application strictes prévues dans les conventions passées entre les banques parties au système.⁸ En l'occurrence, l'une des conditions requises, relative au montant maximum soit 7.000 FB faisait défaut puisque le chèque encaissé portait sur un montant de 43.500 FB.⁹

¹ G.A. Dal "L'eurochèque", in *La banque dans la vie quotidienne*, éd. Jeune Barreau de Bruxelles, 1986, p. 316; H. Buckinx et W. Van Minnebruggen "De aansprakelijkheid in het betalingsverkeer" in *Financieel recht tussen oud en nieuw* (éd. W. Wymeersch) Maklu Uitgevers, Antwerpen, Apeldoorn, 1996, p. 777 et s.

² J. Van Ryn - J. Heenen, *Principes de droit commercial*, 2e Ed., T. III, Bruxelles, Bruylant, 1981, p. 434. Ceci est clairement affirmé en jurisprudence. V. p. ex. Civ. Bruxelles (6e ch.) 18 mai 1984, *J.T.*, 1984, p. 431.

³ Ceci est souligné par la cour d'appel de Gand dans son arrêt du 20 décembre 1984, *R.W.*, 1984-1985, col. 2628.

⁴ Il s'agit du crédit-garantie que le banquier offre au tiers porteur d'un chèque répondant aux conditions imposées (montant...) qui ne doit pas être confondu avec le crédit-avance de fonds que le banquier décide d'octroyer ou non au titulaire de compte. La garantie vis-à-vis des tiers ne se double pas ipso facto d'une ouverture de crédit.

⁵ En ce sens, O. Poelmans, "Chronique de jurisprudence. Vol, perte et utilisation abusive d'eurochèques (1975-1992)", *J.T.*, 1993, p. 420, n° 43 et s.

⁶ Cf. sur ce point les réflexions de E. Wymeersch, "Aspects juridiques de certains nouveaux moyens de paiement", *Rev. Banque*, 1995/1, p. 29 et s.

⁷ Comp. B. Ponet "Naar een meer consumentvriendelijke houding bij diefstal van eurocheques", *R.W.*, 1987-1988, p. 1501, n° 29, rendant compte d'une décision du tribunal de première instance de Gand du 15 octobre 1979 (*Rev. Banque*, 1980, p. 541).

⁸ Sur l'ensemble de ces conditions, H. Buckinx et W. Van Minnebruggen, *op. cit.*, p. 777 et s.

⁹ Si le maximum est dépassé, le chèque n'est pas garanti et le porteur ne peut prétendre à aucun paiement, même à concurrence du montant garanti. O. Poelmans, *op. cit.*, n° 23 et s.

C'est donc fort justement que le juge de paix d'Anvers a considéré que la banque tirée en s'abstenant de procéder au contrôle de provision avait commis une faute grave.¹⁰ En écartant l'application du système eurochèque, le juge de paix restaure non seulement le contrôle de provision mais aussi les contrôles de régularité et de conformité de la signature applicables au chèque ordinaire. La signature est un élément essentiel de l'ordre car elle l'authentifie. Le banquier doit donc en contrôler la conformité avec le spécimen déposé lors de l'ouverture du compte.

Certes, on ne saurait faire du banquier un expert en graphologie¹¹ ni lui imposer l'utilisation de moyens techniques sophistiqués pour déceler les falsifications invisibles à l'œil nu.¹² De là à admettre que les banques s'exonèrent totalement du contrôle de signature¹³, il y a un pas... que le juge de paix d'Anvers n'a pas franchi.

La chose vaut d'autant plus d'être soulignée que, pour la première fois à notre connaissance, une banque tirée opposait à son client l'absence de contrôle de signature dérivant de la procédure de non-échange de chèques convenue au niveau interbancaire. Selon le juge, la banque ne peut se prévaloir des caractéristiques de ce système vis-à-vis du titulaire des formules de chèque, qui n'est pas partie aux conventions interbancaires (C. civ. article 1165) et qui est en droit d'attendre du banquier qu'il vérifie l'ordre avant d'en assurer l'exécution.

L'absence de vérification se fait donc aux risques du banquier tiré, risques qu'il choisit d'assumer sur la base d'une analyse "coût-bénéfice".¹⁴

Cela étant, le banquier tiré aurait pu, pour tenter de se libérer, tirer argument d'une jurisprudence (discutable) selon laquelle la responsabilité d'une banque n'est pas engagée malgré l'absence de vérification quand l'imitation de la signature est tellement parfaite qu'un contrôle normalement attentif n'aurait pas permis de déceler la fraude.¹⁵

6. Tribunal de commerce de Bruxelles

22 septembre 1995

CHÈQUE

Vol de chèque - Falsification - Article 35bis de la loi sur le chèque

La responsabilité du propriétaire d'un carnet de chèques n'est pas engagée s'il établit que le chèque a été perdu, volé ou altéré après sa réception par le destinataire légitime.

¹⁰ En ce sens, en jurisprudence belge, Civ. Bruxelles, 8 octobre 1985, *R.R.D.*, 1986, p. 438 et s. (faute lourde d'une banque payant dix-sept chèques sans procéder à la moindre vérification alors que le compte n'avait jamais été approvisionné); Bruxelles, 18 décembre 1984, *R.D.C.*, 1985, p. 547; Liège, 7 avril 1995, *R.R.D.*, 1995, p. 311; Comp. Bruxelles, 19 novembre 1992, *R.D.C.*, 1993/11, p. 1036 et s.

¹¹ P. De Vroede, *De cheque, de postcheque en de reischeque*, Anvers, Kluwer, 1979, p. 48; F. Top, "Is de eigenaar van verloren of gestolen chequeformulieren voldoende beschermd in het eurochequesysteem?", in *Liber Amicorum Jan Ronse*, Story-Scientia, 1986, p. 469.

¹² V. Bruxelles, 19 novembre 1992, *R.D.C.*, 1993/11, p. 1036 et s.

¹³ V. la discussion de cette question dans notre précédente chronique *R.D.C.* 1995/12, p. 1026 et s.

¹⁴ E. Wymeersch, "Règles professionnelles et règles standardisées dans les opérations financières", in *Le droit des normes professionnelles et techniques*, C.D.V.A., Bruxelles, Bruylant, 1985, p. 60.

¹⁵ Comm. Courtrai, 10 janvier 1967, *J.C.B.*, 1968, p. 324 et s. Sur cette décision, P. De Vroede, *op. cit.*, p. 67 n° 197 et s.; J. Van Ryn et J. Heenen "Examen de jurisprudence, titres négociables, opérations de bourse, opérations de banque" (1961-1969)" *R.C.I.B.*, 1972, p. 390 et s.; Comm. Bruxelles (7e chambre), 21 avril 1993, *Lhoas C/ S.A. Crédit Communal de Belgique*, inédit, R.G. 4048/70; Paris, 20 septembre 1994, *Banque et droit*, n° 41, 1995, p. 71.

Le dépôt d'un chèque dans la boîte aux lettres d'une banque n'emporte pas, par lui-même, réception de ce chèque par la banque au sens de l'article 35bis de la loi sur le chèque.

CHEQUE

Gestolen cheque – Vervalsing – Artikel 35bis van de Chequewet

De eigenaar van een chequeboekje wordt niet aansprakelijk gesteld indien hij kan bewijzen dat de cheque verloren, gestolen of gewijzigd is na ontvangst door de rechtmatige bestemming.

De afgifte van een cheque in een brievenbus van een bank volstaat niet, op zich, om ontvangst van deze cheque in de zin van artikel 35bis van de Chequewet te kunnen spreken.

(Etudes et projets d'investissement / Sprl Buromath / S.A. BBL / S.A. Générale de Banque)

(...)

Les faits

A l'occasion d'une commande de meubles de bureau, la demanderesse remit à la défenderesse, en date du 31 mars 1989, un chèque n° 51.0001 d'un montant de 17.838 FB;

La défenderesse soutient avoir déposé le jour même, vers 18h30 une série de chèques, dont celui de la demanderesse, dans la boîte aux lettres de l'agence bancaire avec laquelle elle a l'habitude de travailler, soit l'agence de la BBL sise à Auderghem, av. Lebon n° 28;

La défenderesse soutient que ces chèques avaient été barrés et endossés au moyen d'un cachet portant son numéro de compte, et qu'ils furent signés par elle;

Le 5 avril, constatant ne pas encore avoir été créditée des différents chèques dont question, la défenderesse signala le fait à son agence de la BBL. La BBL lui signala n'avoir reçu aucun de ces chèques;

Le 6 avril, la défenderesse adressa une lettre aux différents clients concernés, faisant état de la disparition des chèques, et invitant les clients à y faire opposition;

Le 19 avril la défenderesse dépose plainte pour vol, par l'intermédiaire de son gérant;

Le dossier répressif fit apparaître que deux des neuf chèques volés avaient été altérés;

Il ressort également du dossier répressif que le chèque émis par la demanderesse fut encaissé par un certain Zangamiolama Boomont, Zairois, auprès de l'agence de la Générale de Banque de la demanderesse;

Le chèque d'un montant initial de 17.838 F fut falsifié de telle sorte que le montant fut porté à 137.838 F;

M. Zangamiolama Boomont ne put être entendu par les autorités de justice;

Discussion

1. L'article 35bis de la loi du 1 mars 1961 sur le chèque stipule que le propriétaire d'un carnet de chèques est responsable des ordres émis sur les formules de chèques extraites

de ce carnet à moins qu'il n'établisse que le chèque n'a été perdu, volé ou altéré qu'après sa réception par le destinataire légitime;

Cet article précise que si ce dernier administre la même preuve, le préjudice est à charge du destinataire subséquent et ainsi de suite;

Il n'est pas contesté par la défenderesse que le chèque litigieux a été volé et altéré après sa réception par le destinataire légitime, soit la défenderesse;

2. La défenderesse soutient avoir elle-même remis valablement le chèque dont question à sa banque, la BBL, et que le préjudice découlant du vol doit par conséquent être mis à charge de la BBL;

C'est à juste titre que la BBL soutient toutefois que ce n'est qu'après dépôt et acceptation d'un chèque par elle, que sa responsabilité peut être engagée;

Dans le cas d'espèce, il faut constater que la défenderesse ne peut établir par pièces probantes qu'elle a déposé le chèque litigieux, ainsi que d'autres, dans la boîte aux lettres de la BBL, ni que c'est suite à ce dépôt que le vol s'est produit;

D'autre part, le seul dépôt dans la boîte aux lettres de la BBL ne peut être considéré comme valant dépôt et acceptation, du courrier déposé, par la BBL. Il s'agit d'une facilité accordée par la BBL à ses clients dont ceux qui l'utilisent sont seuls responsables;

3. La preuve n'étant pas établie que le chèque litigieux fut remis à la BBL, et aucune faute n'étant mise à charge de la BBL, aucune responsabilité quant au dommage occasionné par le vol du chèque ne peut être imputée à la BBL;

4. En ce qui concerne la Générale de Banque, il n'est pas contesté que le chèque litigieux a été touché par un jeune Zairois à l'agence de la Générale de Banque où se trouve ouvert le compte de la demanderesse;

C'est à juste titre que la défenderesse et la BBL soutiennent que la Générale de Banque a commis une faute lourde en payant le chèque au porteur qui lui avait été présenté sans s'informer au préalable auprès de sa propre cliente du bien-fondé de la demande de paiement;

En effet, plusieurs éléments auraient dû attirer l'attention de son employé:

– le chèque présenté, émis par la demanderesse, commerçante, donc dans le cadre de ses activités commerciales, était au porteur et non barré;

– ce chèque fut touché en liquide, par un jeune Zairois, alors que ce chèque devait être émis dans le cadre des activités commerciales de la demanderesse,

– le montant indiqué en lettres faisait apparaître deux écritures différentes, et l'inscription commence à un endroit inhabituel. De plus le "Trente" présente une majuscule alors qu'il n'est pas en début de phrase;

– le "1" du montant indiqué "137.828" est coincé entre le début de la case et le 3 du 37.838,

Par contre, il n'était pas décelable que le 1 de 17.838 avait été falsifié en un 3. De plus la majuscule du mot "Trente" laisse supposer que ce mot avait été inscrit avant l'ajout du mot "cent", en début de phrase;

Compte tenu de ces éléments particuliers, et du fait que la demanderesse devait être connue à l'agence où ce chèque fut touché puisque c'est l'agence avec laquelle collabore la demanderesse et où son compte est ouvert, il y a lieu de considérer que la Générale de Banque a commis une faute lourde en payant le chèque dont question;

5. Compte tenu de la responsabilité de la défenderesse, comme précisé ci-dessus, mais également de la faute lourde commise par la Générale de Banque, le dommage décou-

lant du vol et de la falsification du chèque litigieux sera mis à charge de la défenderesse à raison de 37.838 F, et à charge de la Générale de Banque à concurrence de 100.000 F;

Pour ces motifs,

Le Tribunal,

(...)

- déclare l'action introduite par la demanderesse recevable, et fondée,
- dit pour droit que la facture 892553 de la défenderesse a valablement été acquittée par la remise du chèque n° 51.0001 de la demanderesse;
- condamne la défenderesse à payer à la demanderesse le dommage résultant de la falsification du chèque litigieux, soit 120.000 F, augmentés des intérêts moratoires au taux légal depuis le 31 mars 1989, et des intérêts judiciaires;
- condamne la Générale de Banque à payer 100.000 F à la défenderesse, majorés des intérêts moratoires au taux légal depuis le 31 mars 1989, et des intérêts judiciaires;

Du 22 septembre 1995 - Comm. Bruxelles

Siég.: Mme R. Boone, Juge, MM. Van Der Plassche en Janfils, juges consulaires.

Plaid.: Mes E. Peiffer, Cherpion loco P. Vanderhasselt, S. Ryelandt loco B. Hanotiau et O. Poelmans loco J.P. Buyle.

Observations

1. Cette décision est coulée en force de chose jugée.
2. Voyez nos précédentes chroniques Comm. Bruxelles, 19 janvier 1992, *R.D.C.*, 1993/11, p. 1008 et s.; Comm. Bruxelles, 24 septembre 1993, *R.D.C.*, 1994/12, p. 1085 et s.

7. Cour d'Appel de Bruxelles

6 octobre 1995

CHEQUE

Vol de chèques - Faute du titulaire - Faute de la banque - Partage de responsabilités

Commets une faute contractuelle le client qui ne restitue pas les formules de chèque en sa possession à la clôture du compte bancaire.

Une banque commets une faute lourde en adressant d'autorité à son client des formules eurochèques au lieu de lui envoyer des formules ordinaires.

La réglementation eurochèque n'étant pas applicable à des formules eurochèques délivrées sans carte de garantie, il s'ensuit que le banquier doit procéder au contrôle de signature des chèques encaissés.

En cas de débits frauduleux résultant de fautes d'une même gravité, le partage de responsabilités s'opère par moitié entre la banque et le titulaire des formules.

CHEQUE

Diefstal van cheques - Fout van de titularis - Fout van de bank - Verdeling van aansprakelijkheden

De cliënt die de formulieren van de cheques in zijn bezit bij afsluiting van de bankrekening niet teruggeeft, begaat een contractuele fout.

De bank die eigenmachtig eurochequeformulieren naar haar cliënt stuurt in plaats van haar normale formulieren op te sturen, begaat een zware fout.

De reglementering van de eurocheque geldt niet voor eurocheques uitgegeven zonder garantiekaart, waaruit volgt dat de bankier de handtekening van de uitbetaalde cheques moet controleren.

In het geval van frauduleuze debitering volgende uit even zware fouten, wordt de aansprakelijkheid verdeeld tussen de bank en de houder van de formulieren, ieder voor de helft.

(Dekoninck / S.A. Générale de Banque)

(...)

Attendu que l'appel, régulier en la forme, est recevable;

Attendu que la demande originaire formée par la S.A. Générale de Banque, actuelle intimée, a pour objet la condamnation de Françoise Dekoninck au paiement, en principal, de 154.632 F représentant le montant de 17 eurochèques tirés sur le compte de la S.P.R.L. Limah-Surah dont cette dernière s'était déclarée personnellement responsable en ne les restituant pas lors de la clôture de ce compte bancaire le 23 mai 1986;

Que tous ces chèques ainsi que d'autres tirés sur les comptes ouverts par l'appelante personnellement auprès d'autres organismes bancaires furent volés au domicile de celle-ci le 12 mai 1986;

Qu'ils furent encaissés frauduleusement par deux vagues successives en RFA, par des personnes utilisant des fausses cartes eurochèques et de fausses cartes d'identité - les 3 premiers chèques volés étant émis à Munster le 2 décembre 1986 et les 14 autres émis également en RFA les 28 avril et 4 mai 1987 de la même façon;

Qu'une dame Césarine Vandervorst fut déclarée coupable de l'encaissement frauduleux des 3 premiers chèques début décembre 1986 en RFA par jugement du tribunal correctionnel de Bruxelles du 18 avril 1990;

Que les autres chèques litigieux furent émis, d'après les constatations policières, par un sieur Wellens (cf. p.v. du 26 juillet 1988 - n° 22.591 de la police judiciaire faisant l'objet des notices 17.34.1917/86 du jugement du Procureur du Roi de Bruxelles); que la Cour ignore si le sieur Wellens a été condamné pénalement de ce chef;

Que dans le cadre de la réglementation eurochèque, la SGB a dû payer ces chèques en les portant ensuite au débit de l'appelante - encore que, dans un premier temps, elle ac-

cepta de ne pas poursuivre l'appelante à la suite de la présentation frauduleuse des trois premiers chèques eu égard au faible montant en jeu (3 chèques de 400 DM) "en classant le dossier sans aucune reconnaissance préjudiciable de sa part" (lettre de la SGB à Françoise Dekoninck du 9 mars 1987 écrite à un moment où la banque était dans l'ignorance que 14 autres chèques avaient été volés);

Qu'il échet de relever que ce n'est qu'après avoir constaté, par l'encaissement frauduleux des trois premiers chèques tirés sur le compte de la SPRL Limah-Surah, que le vol dont elle avait été victime pouvait concerner également d'autres chèques, que l'appelante fit opposition au paiement de tout autre chèque en circulation par sa lettre adressée à l'intimée SGB le 12 janvier 1987; que dans un premier temps, la SGB accepta de prendre en considération cette opposition pour les chèques volés non encore mis en circulation en se bornant à faire état, pour les trois premiers chèques volés encaissés le 2 décembre 1986, que l'appelante Dekoninck "n'avait pas fait opposition au paiement des chèques volés dans les délais requis"; (cf. sa lettre du 12 février 1987); que ce n'est qu'ultérieurement, après l'encaissement frauduleux des autres chèques volés du 28 avril 1987, que la S.A. SGB signale au conseil de l'appelante que "vous n'êtes pas sans savoir que cette opposition est impossible et sans effet en matière d'eurochèque" alors pourtant qu'elle signalait peu auparavant à l'appelante qu'elle avait tenté de refouler lesdits chèques auprès des banquiers allemands;

(...)

Attendu certes, que l'engagement du 23 mai 1986 de l'appelante de rester responsable des chèques pouvant être tirés sur le compte de la S.P.R.L. Limah-Surah ouvert auprès de la SGB doit s'apprécier au regard de l'article 35bis de la loi uniforme sur le chèque - dont le principal est repris à l'article 11 du règlement des opérations de la S.A. SGB que les responsables de la S.P.R.L. Limah-Surah ont dû accepter en ouvrant ce compte bancaire;

Que ces dispositions légales et conventionnelles prévoient une responsabilité objective ou sans faute dans le chef du propriétaire du carnet de chèques résultant du risque lié à l'usage abusif de ces chèques par un tiers (cf. Bxl 27 mars 1990, *J.T.*, 1990, p. 707); que si l'appelante veut se dégager de la charge de cet usage frauduleux des chèques qui lui sont remis, elle est tenue de démontrer que le banquier a commis, sinon une fraude - ce qui est hors de propos en l'espèce - du moins une faute lourde qui pourrait être celle des correspondants étrangers de la banque tirée;

Que toutefois, la faute lourde qu'aurait commise la banque n'effacerait nullement la faute initiale commise par son client en ne restituant pas les chèques à la clôture du compte bancaire comme elle en avait l'obligation en telle sorte que le problème se poserait uniquement sur le plan d'un partage des responsabilités;

Attendu que, dans l'appréciation de la faute lourde qui pourrait être reprochée à la SGB, il n'y a pas lieu de se référer à une réglementation eurochèque par laquelle le banquier prend un engagement irrévocable d'honorer les eurochèques garantis ayant une apparence formelle régulière au regard de cette réglementation dès lors que la S.P.R.L. Limah-Surah n'a jamais sollicité et obtenu une carte de garantie eurochèque; qu'elle ne peut pâtir de ce que, d'autorité, la SGB lui a adressé des formules de chèques de type Eurochèque;

(...)

Que toutefois, encore une fois, l'intimée SGB ne pouvait imposer à la S.P.R.L. Limah-Surah et à ses dirigeants, par le simple envoi de formules eurochèques non accompagnées d'une carte de garantie, les inconvénients de ce système dont, par ailleurs, la S.P.R.L. Limah-Surah ne retirait aucun des avantages; que l'appelante peut, dès lors, valablement relever comme faute grave le fait que la signature des chèques encaissés ne correspondait en rien au spécimen remis à la banque et que, de façon plus générale, il n'y eut aucun contrôle sérieux en ce qui concerne la vérification de la signature;

Attendu qu'il est déterminant de relever, pour considérer que l'appelante ne peut être tenue par la réglementation eurochèque, que la SGB lui refuse le bénéfice de l'assurance eurochèque en invoquant précisément le fait qu'elle n'était pas titulaire d'une carte eurochèque; qu'encore une fois, la banque a commis une faute lourde en adressant à l'appelante des formules de chèques de type eurochèque au lieu de formules normales de chèques en imposant ainsi à son client des risques non compensés par les avantages d'une carte de garantie;

Attendu qu'il échet, dans ces conditions, de considérer que le dommage subi par l'appelante a été causé à la fois par sa faute et celle de la SGB; que ces fautes sont d'une même gravité en telle sorte qu'il y a lieu de partager les responsabilités par moitié; qu'il s'ensuit que la SGB ne doit indemniser l'appelante que pour la moitié de son dommage;

Attendu, cependant, que la SGB ne peut réclamer, en tout ou partie, le remboursement des trois premiers chèques de 400 DM (ou 25.764,-frs) encaissés en décembre 1986 compte tenu, non seulement des termes de sa lettre du 9 mars 1987 par laquelle elle informait l'appelante de ce qu'elle classait ce dossier sans reconnaissance préjudiciable de sa part - ce qui impliquait une renonciation définitive par ces trois chèques sans que la circonstance que la découverte d'autres chèques encaissés frauduleusement remette en cause cette renonciation - mais encore et surtout parce que la SGB se constitua partie civile devant le juge répressif à propos de ces trois chèques envers la faussaire Césarine Vandervorst en démontrant ainsi clairement qu'elle était seule préjudiciée;

Que la réclamation de la SGB ne peut porter que sur les 14 chèques de 400 DM présentés frauduleusement à l'encaissement au printemps 1987, soit 128.868,-frs (154.632,-frs montant réclamé dans la citation dont à déduire 25.764,-frs étant le montant réclamé par la SGB pour les trois premiers chèques qui lui furent présentés en compensation le 18 décembre 1986);

Que, sur ce montant, l'intimée SGB n'est fondée à réclamer à l'appelante, eu égard au partage des responsabilités dont question ci-dessus, que 128.868,-frs divisés par deux ou 64.434,-frs à augmenter des intérêts moratoires au taux légal de 8% depuis la mise en demeure du 22 juin 1987 jusqu'au 26 novembre 1994 soit 38.320,-frs, compte tenu des conclusions additionnelles déposées par l'intimée SGB à cette date sollicitant la capitalisation des intérêts échus conformément à l'article 1157 du Code civil (Cass. 18 juin 1981 - *Pas.*, 1981, p. 1200) les intérêts au même taux légal sur la somme de 102.664,-frs (64.434,-frs + 28.230,-frs) depuis le 26 novembre 1994 jusqu'au jour du présent arrêt et, ensuite, les intérêts judiciaires jusqu'au jour du parfait paiement;

Par ces motifs,

La Cour,

Reçoit l'appel;

Le déclare partiellement fondé;

(...)

Condamne l'appelante Françoise Dekoninck à payer à la Société Générale de Banque la somme de 102.664,-frs à augmenter des intérêts moratoires au taux légal depuis le 26 novembre 1994 jusqu'au jour du prononcé du présent arrêt et ensuite, les intérêts judiciaires jusqu'au jour du parfait paiement;

(...)

Du 6 octobre 1995 - Bruxelles
Siég.: M. Collin, conseiller unique.
Plaid.: Mes Van De Veide et Buyle

Observations

Commet une faute le titulaire qui ne restitue pas les formules de chèque encore en sa possession à la clôture du compte lié. Tel est le premier enseignement, classique, qui se dégage de l'arrêt de la cour d'appel confirmant la jurisprudence antérieure rendue en matière de chèques¹ ou de cartes.²

Le titulaire supporte donc les risques liés aux instruments qu'il continue de détenir, risques sérieux s'il s'agit de formules eurochèques dont le caractère quasi monétaire est douloureusement ressenti par les victimes en cas de vol ou de perte.

Mais précisément, la réglementation eurochèque s'applique-t-elle à des formules eurochèques adressées par la banque à un client sans carte de garantie?

Une partie de la jurisprudence³ considère que c'est au client à s'informer et à supporter les risques attachés à ces effets.

Certains auteurs considèrent que c'est là pousser fort loin l'obligation d'information⁴ et étendre à l'excès le régime eurochèque à des titulaires qui, comme le souligne la cour, n'en sollicitent ni les avantages, ni les risques.

L'arrêt est à cet égard particulièrement net: il considère comme une faute lourde la délivrance par la banque de formules eurochèques sans carte de garantie. Ce faisant, il refuse non seulement à la banque le bénéfice de la réglementation eurochèque, mais il donne au manquement de la banque la qualification requise par l'article 35bis de la loi sur le chèque pour lui transférer le risque découlant de la perte, du vol ou de l'usage abusif des formules. Il semble toutefois que la jurisprudence récente, en cas de manquements conjugués du titulaire et du banquier, se refuse à faire supporter par ce dernier la totalité du dommage.⁵ Elle préfère procéder à un partage de responsabilité fondé, au moins formellement, sur la théorie de l'équivalence des conditions. En pratique, et la décision en fournit une bonne illustration, la tentation est grande de qualifier de lourdes les fautes des différents protagonistes pour procéder à un partage des responsabilités par moitié.

¹ V. p. ex. Civ. Bruxelles, 12 septembre 1989, (11e chambre), S.A. Générale de Banque / Kuznitski, inédit, R.G. 49734; Liège, 2 novembre 1989, *J.L.M.B.*, 1990, p. 1264; Civ. Charleroi, 5 juin 1990, *J.T.*, 1991, p. 631; Comm. Bruxelles, 15 mai 1991, *R.D.C.*, 1992, p. 967; Civ. Bruxelles, 29 mars 1994 (11e chambre), S.A. Générale de Banque/Raucent, inédit, R.G. 2354/90. Pour le surplus, v. les références jurisprudentielles citées dans nos observations, *R.D.C.*, 1992, p. 974 en note 14.

² J.P. Bruxelles (6e canton) 28 janvier 1987, *J.T.*, 1987, p. 601 et en appel, Civ. Bruxelles, 10 juin 1988, *J.T.*, 1989, p. 148 (en l'espèce, il y avait eu utilisation frauduleuse de la carte non restituée par le client à la clôture du compte); *D.I.T.*, 1989/2, p. 43, *Computer*; 1990/1, p. 33 et note J.P. Buyle; *Rev. Banque*, 9/1988, p. 57; *Pas.*, 1989, III, p. 13.

³ V. p. ex. Civ. Bruxelles, 12 septembre 1989 (11e chambre), *op. cit.*; Just. Paix Forest, 19 mars 1991, S.A. Générale de Banque/Cox, inédit, R.G. 6402; Comm. Bruxelles, 23 janvier 1992, *Rev. Banque*, 1/1993, p. 43; Comm. Bruxelles, 7 avril 1992, *R.D.C.*, 1993, p. 1032 et s. Cf. aussi les références citées dans notre précédente chronique *R.D.C.*, 1992, p. 973, note 13.

⁴ En ce sens, F. Top, "Is de eigenaar van verloren of gestolen eurochequeformulieren voldoende beschermd in het eurochequesysteem?" in *Liber Amicorum Jan Ronse*, Story-Scientia, 1986, p. 479, Comp. O. Poelmans, "Vol, perte et utilisation abusive d'eurochèques (1975-1992)", *J.T.*, 1993, p. 413 et s. n° 6 et s., qui, au terme d'un raisonnement ingénieux, fait supporter par le client les conséquences d'un système auquel il n'a pas adhéré.

⁵ V. p. ex. Liège, 2 novembre 1989, *R.R.D.*, 1990, p. 76 et s. (fautes lourdes du titulaire et de la banque aboutissant à un partage de responsabilité que la loi du 1er mars 1961 tente pourtant d'éviter). Pour un commentaire H. Buckinx et W. Van Minnebruggen "De aansprakelijkheid in het betalingsverkeer", in *Financieel recht tussen oud en nieuw* (Ed. E. Wymeersch), Maklu Uitgevers, Antwerpen-Apeldoorn, 1996, p. 773. Pour le surplus, v. notre précédente chronique, *R.D.C.*, 1995, p. 1027.

1.5. LA CARTE / DE KAART

8. Hof van Beroep te Gent

7 december 1995

KREDIET

Kredietkaart – Wederrechtelijk gebruik – Verzet

En maatschappij die kredietkaarten uitgeeft moet haar verbintenis nakomen om binnen de overeengekomen termijn gevolg te geven aan het verzet van haar cliënt, om wederrechtelijk gebruik van de kaarten te voorkomen, wat ook de oorzaak moge zijn.

De verbintenis van de uitgevende maatschappij is een resultaatsverbintenis.

CRÉDIT

Carte de crédit – Usage abusif – Opposition

Une société émettrice de cartes de crédit doit respecter son engagement de donner suite dans le délai convenu à l'opposition formée par son client pour empêcher l'utilisation abusive des cartes, quelle que soit l'origine de celle-ci. L'obligation de la société émettrice est une obligation de résultat.

(B.V.B.A. Covatrans / B.V. UTA Nederland)

(...)

Bij overeenkomst van 4 juni 1965 stond UTA Nederland aan Covatrans UTA-kredietkaarten met UTA-tankchequeboekjes af met beding, onder meer, dat de houder steeds aansprakelijk blijft voor de betaling, ook in geval van onrechtmatig gebruik van het chequeboekje en de documenten.

Het systeem bestaat erin dat UTA Nederland de facturen rechtstreeks betaalt aan de gemachtigde UTA-stations en daarna de facturen stuurt naar de gebruikers van de tankkaarten.

In onderhavig geval heeft appellante, houdster van de kredietkaarten, deze op 2 mei 1989 laten blokkeren bij geïntimeerde. Nu de vordering betrekking heeft op facturen van 3 juli 1989 en volgende, stelt appellante dat zij deze niet meer verschuldigd is gezien zij betrekking hebben op leveringen van na de blokkering.

Geïntimeerde stelt daarentegen dat de waarborgen die appellante genoot niet toepasselijk zijn, gezien zij de pasjes heeft doorgegeven aan de firma T.C.M., hetgeen het misbruik mogelijk maakte.

Nu de zaakvoerder van T.C.M. (inmiddels in faillissement), de heer B. Duchateau, zich persoonlijk borg stelde, werd hij door Covatrans in gemeenverklaring gedagvaard.

Ofschoon geïntimeerde aanvankelijk stelde dat de facturen nog betrekking hadden op leveringen van voor 2 mei 1989, laat het geen twijfel dat de gefactureerde leveringen alle verrichtingen betreffen van na 2 mei, gelet op de halfmaandelijkse doorrekening.

En rapport van een vertegenwoordiger van geïntimeerde maakt daarenboven melding van tankingen die plaats vonden op 6 juni 1989 tot en met 30 juni 1989.

Er bestaat evenmin enige twijfel omtrent het feit dat appellante de tankcheques en pasjes aan T.C.M. heeft uitgeleend, feit zonder hetwelk Duchateau zich zeker niet zou hebben borggesteld voor de "schade door UTA geleden door tankbeurten en ander gebruik van de UTA-kaarten door zijn chauffeurs".

Belangrijk is dat de vertegenwoordiger van UTA in zijn verslag van 20 juli 1989 melding maakt van het feit dat UTA stelt dat "de klant na tweemaal 24 uur gedekt is" en zulks als dusdanig nooit ontkend werd door geïntimeerde, weze het dan dat geïntimeerde stelt dat appellante aansprakelijk blijft voor betaling in geval van onrechtmatig gebruik van de kaarten.

Er dient dus in rechte aanvaard te worden dat het systeem van blokkering van de kaarten na tweemaal 24 uur een dekking meebracht voor appellante. Concreet houdt zulks in dat geïntimeerde binnen deze tijdsperiode in staat moest zijn de UTA-verdelers op de hoogte te brengen dat zij geen leveringen meer mochten doen aan diegenen die zich als houder voordeden van de tankcheques en UTA-kredietkaarten uitgereikt aan appellante.

Is er een voorafgaandelijke fout geweest van appellante, dan is het schadegeval anderszijds het rechtstreeks gevolg van het feit dat geïntimeerde naliet de blokkering van cheques en kredietkaarten op passende wijze uit te voeren.

Deze blokkeringsopdracht staat in feite los van de reden die daartoe aanleiding geeft (verlies - diefstal, enz. ...), zelfs indien die reden haar oorsprong vond in een contractuele fout.

Het gehele systeem berust in feite op de verantwoordelijkheid van de twee partijen, in die zin dat de gebruiker van de kredietkaarten instaat voor de schadelijke gevolgen uit diefstal of welke reden ook, tot hij UTA in de mogelijkheid gesteld heeft het gebruik van de kredietkaarten te blokkeren, weze het na een termijn van tweemaal 24 uren. Geïntimeerde heeft kennelijk de nodige technische maatregelen niet onmiddellijk genomen en is tekort gekomen aan haar resultaatsverbintenis die begrepen is in het begrip "gedekt zijn" (vergelijk inzake bankcontact Luik, 22 februari 1985, *Jur. Liège*, 1985, 228).

Bijaldien UTA zich hieraan had gehouden, had zij op haar beurt wellicht een verhaalsrecht tegen diegene die, ondanks verzet, de kaarten nog had aanvaard.

Om deze redenen,

(...)

Ontvangt het hoger beroep en verklaart het gegrond;

Doet het bestreden vonnis teniet en opnieuw wijzende:

Verklaart de oorspronkelijke vordering toelaatbaar doch ongegrond.

Verklaart het arrest gemeen aan Duchateau Boudewijn.

Verwijst de B.V. UTA Nederland in de kosten gevallen aan de zijde van appellante.

D.d. 7 december 1995 - Gent

Zet.: M. Staessens, raadshere, H.H. Delbeke en De Buck, raadsheren.

Pleit.: Mrs Brondel en Van Goethem.

Observations

Le litige oppose UTA Nederland, société émettrice de cartes de crédit, à une société de transport Covatrans.

Celle-ci reproche à UTA de ne pas avoir mis en œuvre l'opposition destinée à empêcher l'utilisation abusive des cartes par une firme tierce ultérieurement tombée en faillite.

En première instance, le tribunal de commerce de Bruges fait droit à l'action en remboursement intentée par UTA contre Covatrans pour des factures relatives à une utilisation des cartes postérieures à l'opposition.

La cour d'appel réforme cette décision. Elle se fonde sur le fait qu'UTA Nederland avait contractuellement accepté de "couvrir son client" dans un délai de deux fois vingt-quatre heures à compter de l'opposition. Selon la cour, l'émetteur assume l'obligation de prendre les mesures adéquates dans le délai convenu pour empêcher l'utilisation abusive des cartes, même si elle a pour origine un manquement du titulaire.

En l'occurrence, UTA Nederland reprochait à Covatrans d'avoir confié ses cartes à une société tierce, contrairement au contrat conclu. Selon UTA, ceci obligeait Covatrans à assumer les suites dommageables de son manquement, y compris celles postérieures à l'opposition dûment notifiée.

La cour refuse de suivre pareille argumentation. Pour elle, l'obligation de l'émetteur est une obligation de résultat dont le manquement antérieur du titulaire ne saurait infléchir la rigueur.

Cette décision rendue en matière de cartes de crédit, est conforme à la jurisprudence belge en matière de carte bancaire électronique de paiement.¹ Selon celle-ci, l'obligation de prévention de la banque, une fois l'opposition notifiée, est une obligation de résultat.² La banque assume entièrement la charge des débits frauduleux après opposition du client même si celui-ci a auparavant commis une faute (manquement à l'obligation de confidentialité ou de garde des moyens d'accès).³

Cette solution rejoint l'enseignement du professeur Gavalda pour qui "l'opposition coupe le lien de causalité, même si, on le sait, le client avait commis une faute atténuatrice ou exonératrice de la banque..."⁴

Cette solution est contestée par la doctrine belge⁵ qui prône un partage des responsabilités (il vaudrait mieux écrire: du sinistre) tenant compte de l'incidence de la faute du titulaire sur la production du dommage.

¹ Pour une synthèse, X. Thunis, "Responsabilité du banquier et automatisation des instruments de paiement", in *Droit de l'informatique: enjeux-nouvelles responsabilités*, Edit. du Jeune Barreau de Bruxelles, 1993, p. 370 et s.

² En France, la Cour de cassation a qualifié cette obligation de moyens (Cass. France), Com., 8 octobre 1991, *Gaz. Pal., Jur.*, 1992, p. 126; *Sem. jur.*, J., 1992, n° 21791; D.I.T., 1991/4, p. 39 et obs. R. Trinquet.

³ Cf. p. ex. l'attendu suivant extrait de la décision du tribunal de commerce de Liège du 19 janvier 1984 (*dr. inform.* 1984/2, p. 29) "Attendu que ... l'article 5 du Règlement Bancontact met à charge du banquier une obligation de résultat, tout manquement à celle-ci constituant la cause exclusive (nous soulignons) des retraits effectués après que la banque a pu faire le nécessaire pour les éviter...". Cette décision a été confirmée par la cour d'appel de Liège le 22 février 1985 (*Jur. Liège*, 1985, p. 228). Dans le même sens, J.P. Verviers, 23 novembre 1984 et civ. Verviers, 8 janvier 1986, *D.I.T.*, 1988/3, p. 58 et s. note M. Schauss.

⁴ Ch. Gavalda, note sous Cass. fr. 20 juin 1977, *D.S.*, 1978, J, p. 400; du même auteur, note sous Paris 1er décembre 1980, *D.S.*, 1981, J., p. 372.

⁵ J.P. Buyle, "La carte de paiement électronique", in *La banque dans la vie quotidienne*, Ed. du Jeune Barreau, Bruxelles, 1986, p. 480; L. Simont et A. Bruyneel, "Chronique de droit bancaire privé. Les opérations de banque (1979-1986)", *Rev. Banque* 1987/6, p. 52 et s.

La tendance en matière de cartes est, en tout cas, de faire supporter par l'émetteur toutes les conséquences financières liées à une utilisation frauduleuse de la carte après opposition formée par le titulaire.⁶

Ce régime rigoureux fait singulièrement contraste avec le sort beaucoup plus favorable accordé au banquier par la jurisprudence belge en matière de chèque⁷ et particulièrement en matière de chèque garanti où l'opposition est plus un avis qu'une véritable défense de payer.

II. LES OPÉRATIONS DE CRÉDIT DE KREDIETVERRICHTINGEN

9. PRÉSIDENT DU TRIBUNAL DE COMMERCE DE LIEGE (REFERES)

7 avril 1995

CRÉDIT

Garantie à première demande – Appel – Astreinte

Lorsqu'une garantie à première demande prévoit comme condition de mise en œuvre une demande écrite de paiement précisant les articles du contrat de base non respectés et la remise d'une attestation certifiant que le contrat de base n'a pas été exécuté, l'appel en paiement d'une garantie à première demande par le bénéficiaire est régulier, lorsqu'il est formulé par écrit et contient l'attestation souhaitée. L'absence de référence aux articles du contrat de base ne peut être reprochée en l'espèce à défaut de contrat de base conclu entre les parties.

En l'absence de clause de réduction, la libération partielle de la garantie est impossible. L'astreinte ne peut être prononcée en cas de condamnation au paiement d'une somme d'argent.

KREDIET

Garantie op eerste verzoek – Beroep – Dwangsom

Wanneer een garantie op eerste verzoek als voorwaarde tot uitvoering stelt dat de aanvraag tot betaling schriftelijk moet aangeven welke artikels van de basisovereenkomst niet gerespecteerd werden en tevens de afgifte oplegt van een verklaring die de niet-uitvoering van de basisovereenkomst vaststelt, is de afroep door de begunstigde geldig indien de afroep schriftelijk is en de gewenste verklaring bevat.

De afwezigheid van vermelding van de artikels van de basisovereenkomst kan in dit geval niet verweten worden gezien de afwezigheid van basisovereenkomst tussen de partijen.

Bij afwezigheid van een verminderingbeding is de gedeeltelijke bevrijding van de garantie onmogelijk. De dwangsom kan niet uitgesproken worden voor een veroordeling tot betaling van een som geld.

(S.A. Entreprises YVO RINALDI / S.A. B.B.L. et SIKA)

I. Exposé

1. Le 02.07.1987, les copropriétaires de la résidence TRIANON confièrent à l'entreprise Rinaldi la restauration de la façade de l'immeuble.

⁶ Cf. l'article 8.2 de la recommandation européenne du 17 novembre 1988 concernant les systèmes de paiement et en particulier les relations entre les titulaires et émetteurs de cartes. Pour un commentaire, X. Thunis, *o.c.*, 1993, p. 379 et s.; X. Favre-Bulle, *Le droit communautaire du paiement électronique*, Schulhess, Polygraphischer Verlag Zürich, 1992, p. 173 et s.

⁷ Pour un exposé d'ensemble, H. Buckinx-W. Van Minnebruggen, "De aansprakelijkheid in het betalingsverkeer" in *Financieel recht tussen oud en nieuw* (E. Wymersch éd.) Maklu uitgevers Antwerpen, Apeldoorn, 1996, p. 765 et s. V. aussi notre précédente chronique *R.D.C.* 1993, p. 1036 et les références citées en notes 4 et 5.

Pour ce faire, certains matériaux et produits Sika furent utilisés.

Des fissures sont apparues peu de temps après l'achèvement des travaux; il semble que la S.A. Sika soit seule responsable des fissurations constatées.

2. L'intervenante volontaire n'ayant pas tenu sa promesse de souscrire une police d'assurance, Rinaldi a obtenu que Sika produise un engagement de garantie irrévocable de la défenderesse.

3. Le 17.07.1989, la B.B.L. "s'est engagée irrévocablement et à première demande, à payer à la société Rinaldi, d'ordre et pour compte de la S.A. Sika, une garantie bancaire de 2.500.000 frs. contre remise d'une demande écrite de la part de la société Rinaldi, ainsi que d'une attestation certifiant que la S.A. Sika n'a pas exécuté le contrat ou ne l'a pas exécuté selon les modalités prévues" (cfr. conclusions de la défenderesse, p. 2).

4. L'expert Parthoens désigné, le 31.10.1990, par ordonnance du Président du Tribunal de 1ère Instance de Liège a déposé son rapport le 15.01.1994.

L'homme de l'art conclut à la seule responsabilité de la S.A. Sika et évalue le coût de la remise en état à la somme de 583.740 FB H.T.V.A.

5. Après des négociations infructueuses, la demanderesse a dû se résoudre à faire appel à la garantie bancaire (cfr. lettre du 18.07.1994).

La B.B.L. refusa d'intervenir sous prétexte que la société Rinaldi n'aurait pas indiqué les articles du contrat qui n'ont pas été exécutés.

Divers courriers ont été échangés entre les parties les 18.08, 13.09 et 29.09.1994. La citation introductive date du 06.10.1994.

II. Objet de l'action

La demanderesse entend obtenir la condamnation de la défenderesse à libérer la garantie de 2.500.000 frs. constituée à son profit sous peine d'une astreinte de 200.000 frs. par jour de retard.

III. Discussion

La défenderesse et l'intervenante volontaire soulèvent divers moyens:

1. l'incompétence territoriale de Notre Jurisdiction;
2. l'irrecevabilité de l'action à défaut d'urgence;
3. les conditions d'exécution de la garantie n'ont pas été respectées;
4. l'absence de responsabilité dans le chef de Sika;
5. le montant réclamé est excessif.

(...)

III.3. L'appel à la garantie

III. 3. A.

La défenderesse au principal se réfère à la Justice quant à la demande de la Société Rinaldi; elle se borne à attirer notre attention sur le fait que l'une des conditions d'exécution de la garantie exigeait la mention des articles du contrat qui n'auraient pas été respectés (cfr. conclusions de la B.B.L., III, 2,b).

L'intervenante volontaire insiste fort sur ce point puisqu'aucun contrat n'a jamais été signé entre les deux parties concernées.

A titre tout à fait subsidiaire, la Sika soutient que la demanderesse ne justifie en rien l'évaluation de son préjudice à la somme de 2.500.000 frs et que ce montant est un maximum absolu devant être "profondément" affiné.

L'intervenante ensuite recule d'un pas en exigeant que la somme de plusieurs factures soit déduite de ce qui serait dû à Rinaldi.

En son dernier retranchement, Sika requiert que la partie de la garantie allouée à la demanderesse soit consignée.

III.3.B.

Il ressort de ce qui précède, sub. III.3.A., que l'intervention volontaire de la S.A. Sika peut être qualifiée d'agressive car elle prétend à un droit sur lequel une contestation est engagée entre d'autres personnes et réclame, à l'encontre de ces dernières, la reconnaissance et la protection de ce droit (R. MOREL, "Traité Élémentaire de procédure civile", 2e édition, Paris, Sirey, 1949, n° 366). L'intervenante fait ainsi l'économie d'une procédure autonome pour solliciter une condamnation.

La recevabilité d'une intervention agressive exige:

- 1° que l'intervenante réclame un droit propre, distinct de celui des parties en cause;
- 2° que l'intervenante justifie de sa qualité et de son intérêt à agir;
- 3° qu'un lien de connexité unisse les demandes; en d'autres termes, qu'il y ait un risque de contrariété de décision.

Le sort qui sera réservé à l'intervention volontaire dépend de ce qui sera dit et décidé ci-après.

III.3.C.

La garantie à première demande est la forme la plus rigoureuse de l'engagement du banquier: sur la seule demande qui lui est adressée par le bénéficiaire, le garant doit s'exécuter, sans pouvoir demander une quelconque justification dans le chef du donneur d'ordre.

Il résulte de l'autonomie de telle garantie que l'obligation du garant a un objet distinct de celui de l'obligation dérivant du contrat de base.

L'engagement de la banque est totalement inconditionnel lorsque la clause "à première demande" figure dans l'acte de garantie (l'expression "nous nous engageons à payer à première demande" est révélatrice). Le bénéficiaire échappe à tout préalable. En principe il ne doit fournir aucune justification, aucune preuve, aucun document autre que la lettre de garantie pour étayer sa décision d'appel au garant. Lequel prend un engagement unilatéral envers le bénéficiaire de lui payer à première demande une somme d'argent déterminée.

De plus, cet engagement est abstrait de sa cause. Il est indépendant à la fois du contrat de base et de la relation existant entre le banquier et le donneur d'ordre.

Enfin, l'engagement du garant est littéral; sa portée ne peut être définie qu'en se référant aux termes de la lettre qu'il a adressée au bénéficiaire (cfr. "Traité Pratique de droit commercial", sous la direction de C. Jassogne, Tome I, p. 611 et s.).

Les différents caractères de la garantie à première demande rappelés ici, amènent des effets exorbitants; tels que:

- l'objet de la garantie peut être plus étendu que celui des obligations du contrat commercial sous-jacent;

- l'obligation de paiement du garant peut être soumise à des modalités propres, différentes de celles de l'obligation du contrat de base;

- le garant exécute sa propre dette, distincte de celle du donneur d'ordre;

- le garant ne peut invoquer aucune exception se rapportant au contrat de base ou aux rapports existant entre le garant et le donneur d'ordre (cfr. C. Jassogne, op. cit., p. 615).

Les seules limites des droits du bénéficiaire sont:

- l'extinction de la garantie (la garantie cesse d'être valable à la date de validité);

- l'illicéité du contrat de base, il faut une atteinte flagrante à l'ordre public au aux bonnes mœurs (Velu, Levy-Morelle, et Delierneux, "Les garanties payables à première demande", in Les "sûretés issues de la pratique", Vol. 3, Feduci, p. 70);

- la fraude ou l'abus de droit manifeste (L. Simont et A. Bruyneel; "Chronique de droit bancaire privé. Les opérations de banque; garanties indépendantes (1979-1988)", Rev. Banq., 1989, p. 525).

Le principe "payer d'abord, réclamer ensuite" et le caractère irrévocable, abstrait et autonome conféré aux garanties à première demande impose au garant un devoir absolu de paiement dès lors que la garantie est appelée conformément aux conditions stipulées dans l'acte de garantie, sous les seules exceptions définies ci-avant.

Les termes utilisés par la B.B.L. établissent sans contestation possible que la garantie conférée était une garantie à première demande:

"Nous nous engageons irrévocablement, indépendamment de la validité et des effets juridiques du contrat que vous avez conclu avec la S.A. Sika, à première demande de votre part et sans faire valoir d'exception ni d'objection résultant dudit contrat tout montant jusqu'à concurrence de maximum: 2.500.000 frs, contre remise d'une demande de paiement écrite de votre part ainsi que d'une attestation certifiant que la S.A. Sika n'a pas exécuté le contrat ou ne l'a pas exécuté selon les modalités prévues. Votre demande de paiement devra préciser quels sont les articles du contrat qui n'ont pas été respectés". (cfr. lettre de B.B.L. à Rinaldi du 11.08.1989).

Les formalités requises pour mettre en œuvre la garantie ont été remplies par la demanderesse:

1. la demande de paiement écrite résulte de la lettre du 18.08.1994;
2. l'attestation certifiant que Sika n'a pas exécuté ses obligations a été délivrée le 12.08.1994;
3. la communication à la B.B.L. du télex n° 271 du 31.08.1987 équivalait à l'énumération des articles qui n'ont pas été respectés.

Le texte émanant de Sika est bien plus explicite et concret que la simple citation numérique des articles contrevenus: "Notre système de réparation Sikatop système mortier hydraulique à 2 composants est garanti en produit 10 ans par Sika. Les produits et l'exécution peuvent être garantis moyennant une police d'assurance et un contrôle du bureau Seco. Cette demande est en cours actuellement..." (voir l'exposé ci-avant, p. 2 en ce qui concerne la police d'assurance qui a dû être remplacée par la garantie de la B.B.L.).

La défenderesse et l'intervenante volontaire tentent vainement de s'accrocher à une condition impossible.

En effet, la demanderesse est dans l'incapacité absolue de préciser les articles du contrat car il n'y a pas eu de contrat écrit entre Rinaldi et Sika.

Cette éventuelle lacune ne saurait être reprochée à la demanderesse (le bénéficiaire) qui n'a pas participé aux négociations entre la défenderesse (le garant) et l'intervenante (le donneur d'ordre).

La défenderesse connaissait parfaitement les engagements de la S.A. Sika:

"Référence est faite au contrat que vous avez conclu avec la S.A. Sika, portant sur des réparations du béton au Sikatop 122F, à la Résidence Trianon, quai St-Léonard à Liège, pour un prix de frs 217.065".

"La bonne exécution du contrat doit être assurée par une garantie bancaire". (pièce 2 du dossier de la défenderesse; c'est Nous qui soulignons).

En temps que spécialiste avisé, le banquier a certainement exigé du donneur d'ordre la production de tout document probant avant de s'engager irrévocablement à payer à première demande. Elle ne saurait faire porter par la demanderesse sa propre négligence et, encore moins, exiger la production d'un contrat dont elle sait l'inexistence du support écrit.

Il serait malhonnête de ce faire. Cela équivaudrait à imposer à la demanderesse de prendre la charge d'obligations inexistantes dont la B.B.L. savait à l'avance que Rinaldi ne saurait jamais y satisfaire.

Par conséquent, la défenderesse doit libérer la garantie dont les caractères, évoqués plus haut, écartent des débats les observations, les critiques et les réclamations de l'intervenante volontaire.

La libération partielle est étrangère à l'objet même de la garantie; à savoir l'engagement par la banque de payer "à première demande" au bénéficiaire.

La question a trait à une des modalités du contrat de garantie; lequel, en l'espèce, ne contient aucune clause de réduction (cfr. Appel Bruxelles, 26.06.1992 et les observations de l'avocat P. Lefebvre, R.D.C., 1994, pp. 51 à 63).

Le principe "payer d'abord, réclamer ensuite" permet au donneur d'ordre d'intenter l'action en restitution de ce qui dépasserait le dommage dû en vertu du droit commun de la responsabilité si la somme exigée par le bénéficiaire excédait celle due par le donneur d'ordre en cas d'inexécution de sa part (F. T'Kint, Sûretés, Larcier, 1991, p. 419, n° 837; H. Van Lier, J.T., 1980, p. 356-43).

La libération de la garantie litigieuse sera ordonnée.

III.4. L'astreinte

L'article 1385bis du Code Civil, entré dans notre droit national par la loi du 31.01.1980 approuvant la Convention Bénélux portant loi uniforme relative à l'astreinte signée le 26.11.1973 à La Haye, interdit formellement le recours à l'astreinte en matière de "condamnation au paiement d'une somme d'argent". Pareille condamnation est assurée à l'encontre de la partie condamnée et au profit de son bénéficiaire par le recours aux voies d'exécution (L'astreinte par J. Van Compernelle, Rep. Not., Larcier 1992, n° 65 et s.; Ch. Panier, note sous Civ. Huy, 23.02.1982, J.T. 1982, pp. 546 et s.).

Il ne sera pas fait droit à cette partie de la demande.

Par ces motifs,

Disons l'action recevable et, en très grande partie, fondée.

Condamnons la B.B.L. à libérer la garantie bancaire "à première demande" constituée au profit de la S.A. Rinaldi.

(...)

Du 7 avril 1995 - Comm. Liège

Siég.: M. Goffin, Président

Plaid.: Mes. Ramquet, Herbiet loco Hanotiau et Terlinden loco Beer.

Observations

Il arrive que des lettres de garantie contiennent une clause de réduction (ou de dégressivité) du montant de la garantie lorsque certaines circonstances se produisent. Ainsi, les parties peuvent prévoir que la garantie sera automatiquement libérée au fur et à mesure et au prorata (20 % par exemple) de la valeur des embarquements effectués par le fournisseur au profit de l'acheteur étranger. Dans cette hypothèse, le texte de la garantie doit prévoir les conditions dans lesquelles la réduction a lieu (précision sur les documents à présenter, sur l'échéance du délai...).

En l'absence de telles clauses et en cas d'appel régulier à la garantie pour le montant promis, le banquier doit s'exécuter. Dans l'hypothèse où les sommes déboursées par le banquier garant excéderaient le montant dû par le donneur d'ordre au bénéficiaire, le donneur d'ordre peut agir en remboursement partiel du trop payé.¹

10. Cour d'appel de Bruxelles

22 décembre 1995

CRÉDIT

Garantie à première demande – Compétence *ratione loci*

Une juridiction belge est compétente ratione loci pour prendre des mesures provisoires relatives à la libération d'une garantie bancaire autonome à première demande émise en francs français par une banque belge (filiale d'une banque française) au bénéfice d'une entreprise française (article 24 de la convention de Bruxelles du 27 septembre 1968).

KREDIET

Garantie op eerste verzoek – Bevoegdheid *ratione loci*

Een Belgisch rechtscollege is bevoegd ratione loci voor het nemen van voorlopige maatregelen betreffende de bevrijding van een autonome bankgarantie op eerste verzoek uitgegeven in Franse franken door een Belgische bank (als filiaal van een Franse bank) ten voordele van een Franse onderneming (artikel 24 van het verdrag van Brussel van 27 september 1968).

(S.A. AIMO / S.A.R.L. Samia - S.A. Crédit Lyonnais Belgium)

¹ En ce sens: Van Lier, H., les garanties dites "à première demande" ou abstraites, *J.T.*, 1980, p. 356, n° 4.3; 't Kint, F., *Les sûretés*, Larcier, 1991, p. 419, n° 837, Martin, C., Delierneux, M., *R.P.D.B.*, compl. T. VII, v° les garanties bancaires autonomes, p. 605, n° 175.

(...)

Que suite à une commande du 10 mars 1995 la S.A. Samia entendait condamner à la S.A. Aimo une machine "aléuseuse" pour le prix net de 1.600.000 francs français;

Que le bon de commande prévoyait en ce qui concerne les conditions de paiement qu'un acompte de 30% du prix de vente, soit 480.000 francs français sera versé à la S.A. Aimo par la S.A. Samia contre la constitution d'une garantie bancaire en faveur de cette dernière;

Qu'en date du 20 mars 1995 la S.A. Crédit Lyonnais de Belgique a émis, à la demande de la S.A. Aimo, une garantie en restitution d'acomptes (n° 54516) en faveur de la S.A. Samia, portant notamment mention: "par la présente lettre, d'ordre de la S.A. Aimo, avenue Lavoisier 1, 1300 Wavre-Nord Belgique, nous, la S.A. Crédit Lyonnais Belgium, agissant par notre siège central de Bruxelles, 17 avenue Marnix, 1150 Bruxelles Belgique, nous engageons par la présente à vous payer immédiatement, à votre première demande, tout montant jusqu'à concurrence de la somme maximale de 480.000 (quatre cent quatre vingt mille francs français) contre remise d'une demande de paiement faite par pli recommandé attestant en particulier que la S.A. Aimo n'a pas rempli ses obligations de livraison et que, par conséquent, vous êtes en droit de réclamer le remboursement de l'acompte que vous avez versé. Pour l'application, l'interprétation et l'exécution de la présente garantie, la législation belge sera seule applicable à l'exclusion de toute autre et les juridictions belges de Bruxelles seront seules compétentes en cas de litige";

Qu'en date du 29 mars 1995 le contrat d'achat est signé entre ces parties, prévoyant tout comme le bon de commande, en ce qui concerne les conditions de paiement qu'un acompte de 30% du prix de vente, soit 480.000 francs français sera versé à la S.A. Aimo par la S.A. Samia contre la constitution d'une garantie bancaire en faveur de cette dernière (article 4.1 du contrat), que la prise de possession de la machine et de l'équipement sera effectuée le 4 août 1995 (article 5.1);

Que ce contrat prévoit à son article 17.1 notamment que: "attribution est faite expressément aux tribunaux du Havre, y compris en cas d'appel en garantie ou de pluralité de défendeurs";

Que le 22 juin 1995 la S.A. Aimo a annoncé que la livraison de la machine subira un retard probable d'environ un mois et demi par rapport au planning et que ses préposés se rendront les 3 et 4 juillet à l'usine pour essayer de trouver des solutions pour réduire ce retard au maximum;

Que le 10 juillet 1995 la S.A. Samia mettra la S.A. Aimo en demeure de restituer l'acompte de 480.000 francs français, dès lors que la date contractuelle du 4 août ne pourra être respectée;

Que le même jour la S.A. Samia demande à la S.A. Crédit Lyonnais Belgium de bien vouloir la créditer du montant de la garantie;

Que par courrier du 14 juillet la S.A. Aimo s'opposera à la libération de cette garantie au motif que l'appel à cette garantie serait abusif, et notamment que le contrat de vente prévoit expressément le retard de livraison, assorti de pénalités et non pas le remboursement de l'acompte;

Que le 17 juillet 1995 la S.A. Crédit Lyonnais Belgium a avisé la S.A. Samia de ce qu'elle entendait suspendre temporairement l'exécution de la garantie jusqu'à plus ample informé et joignait le courrier émanant de la S.A. Aimo;

Que citation en référé sera lancée le 9 août 1995 par la S.A. Aimo et le 25 juillet 1995 par la S.A. Samia;

Que cette dernière lancera citation devant le tribunal de commerce du Havre par exploit du 7 septembre 1995 en vue d'entendre prononcer la résolution du contrat d'achat aux torts de la S.A. Aimo;

Attendu qu'en ce qui concerne l'exception d'incompétence soulevée par la première intimée le premier juge doit être suivi en ce qu'il considère qu'en ce qui concerne les règles de compétence judiciaires entre les Etats membres de la C.E.E. il convient de faire application, en l'espèce, de l'article 24 de la Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968;

Que cette disposition prévoit en effet que les "mesures provisoires ou conservatoires prévues par la loi d'un Etat contractant peuvent être demandées aux autorités de cet Etat, même si, en vertu de la présente convention, une juridiction d'un autre Etat contractant est compétente pour connaître du fond";

Que soutenir, ainsi que le fait la première intimée, que la clause attributive de compétence territoriale (visée en l'article 17 de la Convention) prévalerait sur l'article 24 précité reviendrait à dénaturer cette disposition de tout effet utile et est contraire à l'économie même de la Convention de Bruxelles;

Qu'en effet, cette disposition ne trouve sa justification qu'en raison de l'urgence et de la facilité de mise en œuvre des mesures sollicitées par le juge de l'endroit où les mesures provisoires ou conservatoires devront être prises;

Que la clause attributive de compétence territoriale s'impose quant aux contestations au principal;

Qu'à bon droit le premier juge a considéré que dès lors que l'instruction de verser les fonds doit émaner du Crédit Lyonnais Belgium de Bruxelles, il est territorialement compétent par l'application de l'article 24 de la Convention précitée et des articles 635, 3° et 584, alinéa 2, du Code judiciaire;

Attendu que la garantie émise au bénéfice de la première intimée est une garantie à première demande;

Que les parties s'accordent à admettre que dans l'hypothèse d'une garantie à première demande le banquier est dispensé de son obligation de payer en cas d'illicéité manifeste du contrat de base, de fraude manifeste ou d'abus de droit manifeste dans le chef du bénéficiaire qui fait appel à la garantie;

(...)

Par ces motifs,

La Cour,

(...)

Condamne l'appelante, la s.a. AIMO, aux dépens d'appel;

Du 22 décembre 1995 - Bruxelles

Siég.: Mr De Riemaecker, conseiller unique.

Plaid.: Mes Jakhian, Roger loco Dal, Petré.

Observations

La stipulation dans le contrat de base et dans la garantie d'une clause attributive de compétence ne fait pas échec à la compétence des tribunaux locaux pour prendre des mesures conservatoires visant à empêcher le paiement d'une garantie.¹

L'article 635, 5° du Code judiciaire dispose que les étrangers peuvent être assignés devant les tribunaux du Royaume, soit par un Belge, soit par un étranger notamment s'il s'agit de mesures provisoires ou conservatoires. Cet article permet d'obtenir des mesures provisoires en Belgique contre un étranger, quand bien même les tribunaux belges ne seraient compétents pour juger du fond.² Une demande en référé peut être soumise au président du lieu où la mesure urgente devra s'exécuter alors même que son tribunal serait territorialement incompétent quant au fond. Une clause attributive de juridiction ne fait pas obstacle à l'application de ce principe.³

Cette compétence accordée aux tribunaux belges est conforme à l'article 24 de la Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968 entre les Etats membres de la C.E.E., concernant la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale et dont la cour d'appel de Bruxelles fait une application judicieuse dans l'arrêt reproduit ci-avant.

¹ J.P. Mattout, *Droit bancaire international*, Banque, 1987, p. 264, n° 210, réf. note 2.

² F. Logoz, *La protection de l'exportateur face à l'appel abusif à une garantie bancaire*, Librairie Droz, Genève, 1991, p. 321, n° 7.3.6.2. (cet auteur se réfère à l'article 635 du Code judiciaire belge).

³ E. Gutt, A.M. Stranart, Examen de jurisprudence (1965 à 1970), *Droit judiciaire privé*, R.C.J.B., 1973, p. 222, n° 60.

⁴ Cf. G. Schrans, H. Van Houtte, *Internationaal Handels- en Financieel recht*, Acco, 1991, p. 635, n° 674.

11. Tribunal de commerce de Bruxelles

2 février 1995

GESTION DE FORTUNE ET DE PORTEFEUILLE

Plan d'investissement – Obligation de moyens – Devoir d'information

Un client est mal fondé à reprocher à un gestionnaire de fortune et de portefeuille d'avoir modifié les conditions initialement envisagées par le plan d'investissement, lorsqu'il a été tenu régulièrement au courant de l'évolution des investissements effectués et alors qu'il n'a émis aucune contestation pendant plus d'un an. Sauf stipulation contraire expresse, le gestionnaire n'est tenu qu'à une obligation de moyens. En adressant régulièrement au client des extraits de compte relatifs aux transactions effectuées et des évaluations détaillées du portefeuille, le gestionnaire de fortune respecte son obligation d'information.

VERMOGENSBEHEER EN BELEGGINGSADVIES

Investeringsplan – Middelenverbintenis – Informatieplicht

Een cliënt kan aan een vermogen- en portefeuillebeheerder niet verwijten dat hij de oorspronkelijke voorwaarden uit het investeringsplan wijzigt, indien hij regelmatig op de hoogte werd gehouden van het verloop van de uitgevoerde investeringen zonder één enkele berusting te hebben geuit gedurende meer dan een jaar. Behoudens uitdrukkelijk tegenbeding, is de beheerder slechts gehouden tot een middelenverbintenis.

Door de cliënt regelmatig op de hoogte te houden door middel van rekeninguittreksels betreffende de uitgevoerde verrichtingen en gedetailleerde evaluaties van de portefeuille, voldoet de vermogensbeheerder aan zijn informatieverplichting.

(M. Wittouck / S.A. Serfiges)

Objet de l'action

Attendu que par convention prenant cours le 10 octobre 1989, le demandeur, M. Wittouck, a confié à la défenderesse, la S.A. Serfiges, un capital évalué, à l'époque, à 23.250.000 F. avec pour mission de le "gérer au mieux de ses connaissances et de ses possibilités";

Attendu que M. Wittouck, après avoir dénoncé la convention, le 16 novembre 1990, poursuit actuellement, à charge de Serfiges, le paiement de la somme de 1.987.373 F à titre de dommages et intérêts, ce montant augmenté des intérêts judiciaires et des dépens;

Qu'il fait en effet grief à la défenderesse d'avoir manqué à ses obligations contractuelles et qu'il en est résulté pour lui une perte supérieure de 1.987.373 F au montant de la perte qui eut normalement résulté de la détérioration boursière de l'époque;

Que subsidiairement, M. Wittouck sollicite que soit désigné, avant dire droit, un expert avec pour mission d'évaluer le dommage subi par lui;

Les faits

Attendu que la défenderesse se présente, sur son papier à en-tête, comme une "Société de Services Financiers et de Gestion";

Attendu que les parties sont entrées en rapport en août 1989, M. Wittouck étant soucieux de voir gérer des fonds importants qu'il venait de recueillir par la cession d'une entreprise familiale;

Attendu que par lettre du 21 août 1989, Serfiges, tout en exposant ses principes de gestion, transmettait à M. Wittouck un plan d'investissement prévoyant le placement du patrimoine à concurrence de 55% en obligations straight, 30% en obligations convertibles et 15% en liquidités;

Qu'elle communiquait également au demandeur un exemplaire de son contrat de gestion ainsi que les documents relatifs à l'ouverture de compte à la B.B.L.;

Attendu qu'à une date non précisée, les parties signèrent la convention intitulée "contrat de gestion" aux termes duquel M. Wittouck autorisait Serfiges "à gérer au mieux de ses connaissances et des ses possibilités les titres et avoirs sans instructions préalables du Client ...";

Que ce contrat avait une durée de douze mois à dater du 10 octobre 1989 et qu'il était renouvelable par tacite reconduction sauf dénonciation par l'une des parties;

Que la convention prévoyait encore une rémunération de la défenderesse, sous forme d'une commission annuelle fixée à 1% de la valeur estimative des avoirs gérés, et l'obligation pour Serfiges d'établir tous les 6 mois un bilan de gestion;

Attendu qu'en septembre 1989 la somme de 23.250.000 F fut transférée sur un compte B.B.L.;

Attendu que le 16 novembre 1989, Serfiges adressa à M. Wittouck une évaluation de son portefeuille d'où il résulte que le placement en actions était de 31%;

Qu'il fut régulièrement avisé de l'évolution de celui-ci soit les 7 février, 1er mars, 10 juillet et 3 octobre 1990;

Que notamment par lettre du 1er mars 1990, la défenderesse signalait à M. Wittouck que son portefeuille avait subi une dépréciation de 16%;

Attendu que l'évaluation du 3 octobre 1990 faisait apparaître une perte de valeur par rapport au capital de départ de plus de 4,5 millions de francs;

Attendu que par lettre du 16 novembre 1990, le demandeur mit fin au contrat de gestion et que par lettre de son conseil, du 17 décembre 1990, il mit en cause la responsabilité contractuelle de la défenderesse pour n'avoir pas respecté le plan d'investissement initialement établi, ce qui, d'après lui, avait entraîné une diminution de valeur du capital investi de 1.987.373 F supérieure au montant de la perte qui eut normalement résulté de la détérioration boursière de l'époque;

Attendu que le demandeur assigna en indemnisation par exploit de citation du 20 juillet 1992;

Discussion

Attendu que la défenderesse conteste la demande formée à son encontre et qu'elle conclut au débouté de l'action;

Qu'elle estime en effet que le contrat de gestion de portefeuille intervenu entre parties n'emporte dans son chef qu'une obligation de moyen et que le demandeur n'établit pas de faute dans l'exécution de ses obligations;

Qu'elle soutient également que le plan d'investissement, joint à la lettre du 21 août 1989, n'a aucune valeur contractuelle et que le non-respect des dispositions qu'il contient n'est pas de nature à engager sa responsabilité contractuelle de gestionnaire;

Qu'elle prétend en tout état de cause que sa gestion a été approuvée par le demandeur;

Qu'enfin subsidiairement elle conteste le mode de détermination du dommage;

Attendu que pour sa part, M. Wittouck soutient que la lettre du 21 août 1989 ainsi que ses annexes constituent une offre de Serfiges, offre qu'il a acceptée;

Que le plan d'investissement, qui comportait un placement sans risques à concurrence de 85% du capital à investir, était l'élément essentiel qui l'a déterminé à contracter avec la défenderesse;

Que cette dernière a cependant transgressé les instructions qui lui avaient été données, en augmentant la part d'investissement à risque, et qu'elle a dès lors commis une faute contractuelle;

Qu'en outre le demandeur fait grief à Serfiges d'avoir manqué à son devoir d'information;

1) *Quant à la portée de la convention conclue entre parties*

Attendu qu'il est constant qu'à la suite d'un entretien ayant eu lieu entre parties, Serfiges a, le 21 août 1989, adressé à M. Wittouck un courrier composé de différents documents, soit:

- la lettre proprement dite qui reprend les principes de gestion de la défenderesse,
- un plan d'investissement,
- un exemplaire du contrat de gestion-type proposé par Serfiges,
- les documents d'ouverture de compte à la B.B.L.

Attendu que faisant suite à la communication de ces documents, les parties ont signé le contrat de gestion;

Qu'en l'espèce, il paraît indifférent de connaître la date exacte de la conclusion du contrat dès lors que seule la portée de celui-ci est contestée par les parties;

Attendu que par ce contrat, le demandeur autorise expressément Serfiges (article 1) "à gérer au mieux de ses connaissances et de ses possibilités les titres et avoirs sans instructions préalables du client";

Que plus particulièrement la défenderesse est autorisée "à donner des ordres d'achats ou de ventes ou de souscriptions d'actions, d'options, de parts, de droits, d'obligations, d'emprunts publics ou privés, de métaux précieux, ainsi que de procéder à des opérations de change et de placer les liquidités à court terme";

Que cette convention de gestion, qui ne fait effectivement, à aucun moment, référence au plan d'investissement, donne toute latitude de gestion à Serfiges, sans instructions préalables du demandeur;

Attendu cependant qu'en conclusion de sa lettre du 21 août 1989, la défenderesse précise bien: "en complément, et si vous étiez intéressé par cette perspective de collaboration, nous vous joignons, en annexe 2, un exemplaire de notre contrat de gestion";

Qu'il résulte de cette phrase que la gestion, telle que précisée dans l'article 1 de la convention, devait s'exercer dans le cadre proposé ("cette perspective") dans la lettre en question;

Que contrairement à ce que soutient la défenderesse, elle n'a pas seulement, dans cette lettre, évoqué les principes généraux de sa gestion applicables à toute gestion de portefeuille, elle les a exposés en tenant compte des objectifs poursuivis par M. Wittouck;

Qu'ainsi Serfiges précise à différents endroits:

"... nous vous adressons un relevé reprenant, ainsi que nous l'avons évoqué, une structure de portefeuille apte à rejoindre votre préoccupation ...

la fixation d'un objectif adapté à la situation propre de chaque client.

Ceci nous amènerait, dans le cas présent, à constituer dans un concept de gestion globale, une réserve temporaire de liquidités, capable de profiter de tout retournement possible des marchés boursiers.

Vous constaterez que le facteur "risques" que vous souhaitez nous voir introduire, est intégré dans la deuxième partie du plan ...";

Que ces passages font, sans aucun doute possible, référence au plan d'investissement;

Attendu toutefois que l'examen de la lettre du 21 août révèle que la proposition de Serfiges a été faite dans le cadre d'une "gestion globale";

Qu'à cet égard M. Wittouck explique, sans être contredit par la défenderesse, que celle-ci souhaitait pouvoir obtenir la gestion de la totalité de son patrimoine alors qu'il entendait, dans un premier temps, ne lui en confier qu'une partie, l'autre partie restant gérée par la Kredietbank;

Qu'ainsi Serfiges termine sa lettre en espérant que le demandeur comprenne "l'insistance apportée à vous encourager à gérer globalement vos avoirs...";

Qu'elle avait au préalable précisé, en fin de lettre: "cette proposition d'investissement global nous semble ainsi rencontrer les divers objectifs retenus...";

Qu'elle prévoyait également la constitution d'une réserve temporaire de liquidités (déjà citée ci-dessus), "dans un concept de gestion globale";

Qu'il faut partant en conclure que le plan d'investissement, joint à la lettre du 21 août, a été établi dans le cadre de la gestion par Serfiges de la totalité du patrimoine de M. Wittouck;

Qu'il n'est pas contesté que ce dernier n'a confié qu'une partie de ce patrimoine à la défenderesse, l'autre partie étant gérée par la Kredietbank;

Que l'on ne peut dès lors en déduire avec suffisamment de certitude que les parties ont considéré que le plan d'investissement proposé revêtait une valeur contractuelle et qu'il devait être respecté par la défenderesse;

Que cette position est confortée par le fait que dès le départ soit le 16 novembre 1989, Serfiges adressait à M. Wittouck une évaluation du portefeuille dont la structure différait de manière importante de celle du plan d'investissement puisqu'elle prévoyait clairement le placement en actions à concurrence de 31%;

Qu'il résulte des différentes évaluations du portefeuille, transmises ultérieurement à M. Wittouck, que la conception, basée sur 85% de placements sans risques importants, telle qu'elle figure au plan d'investissement, n'a jamais été suivie par la défenderesse;

Que M. Wittouck qui, tout au long de la gestion incriminée soit pendant un an, a été tenu régulièrement au courant de l'évolution du portefeuille, ne rapporte cependant pas avoir, à un moment quelconque, protesté les investissements sélectionnés par la défenderesse;

Qu'il ne soutient pas non plus n'avoir pas compris la portée et les risques des placements effectués;

Que le demandeur prétend seulement que, lorsqu'en mars 1990, Serfiges lui avait signalé que son portefeuille accusait une dépréciation de l'ordre de 16% (le placement en actions était alors de plus de 34%), il s'était adressé à son précédent conseil, en lui demandant de préparer une lettre de résiliation du contrat mais que finalement il avait renoncé à son projet, préférant poursuivre "des relations néanmoins tendues" avec la défenderesse (conclusions additionnelles, point 025);

Que ce choix ne peut être interprété autrement que comme un accord sur l'optique de gestion de la défenderesse;

Que si tel n'était pas le cas, l'on peut s'étonner, en pareilles circonstances, que M. Wittouck n'ait pas exprimé son mécontentement par écrit s'il provenait d'un non-respect du plan d'investissement initial;

Que les évaluations ultérieures attestent d'un placement en actions encore augmenté, soit 40% en juillet et 36% en octobre;

Que pourtant, pas même dans sa lettre du 10 septembre 1990, par laquelle il faisait parvenir à Serfiges des documents confidentiels relatifs notamment à la projection au 1er juillet 1994 du portefeuille géré par la Kredietbank, M. Wittouck n'a exprimé la moindre désapprobation sur le choix de gestion de Serfiges;

Que le demandeur n'a pas davantage fait part de griefs dans sa lettre de résiliation du 16 novembre 1990;

Que les premiers reproches ont été exprimés un mois après la résiliation du contrat soit par lettre du conseil du demandeur du 17 décembre 1990;

Attendu par conséquent qu'il n'est pas établi à suffisance de droit que le plan d'investissement, joint à la lettre de Serfiges du 21 août 1989, revêtait une valeur contractuelle;

Qu'à supposer même que le plan en question devait être respecté, encore l'absence de contestation, pendant plus d'un an, dans les circonstances décrites ci-dessus, et alors que M. Wittouck était tenu régulièrement au courant de l'évolution des investissements effectués par Serfiges, permet de considérer qu'il y a eu, en l'espèce, accord sur un mode de gestion différent de celui qui avait été initialement envisagé;

2) Quant à la responsabilité de la société de gestion

Attendu que l'article 1 de la convention, dont les termes sont énoncés ci-dessus, permet de qualifier le contrat litigieux de contrat dit de "gestion de fortune et de portefeuille" (v. à cet égard l'article 157, alinéa 1, 2° de la loi du 4 décembre 1990 relative aux opérations financières et aux marchés financiers qui n'est cependant pas d'application en l'espèce, étant entrée en vigueur postérieurement à la fin des relations contractuelles entre parties);

Attendu que ce type de contrat, comme le souligne la défenderesse, ne met à charge du gestionnaire, sauf stipulation contraire expresse - ce qui n'est pas le cas en l'espèce -, que des obligations de moyens (v. notamment Dieux, Questions relatives à l'intermédiation financière en droit positif, in Les intermédiaires commerciaux, éd. JB 1990, p. 300; Flamée et Tilquin, La gestion de fortune et le conseil en placements, Rev. Banq., 1991, p. 582, n° 85);

Que la responsabilité du gestionnaire ne doit être retenue qu'avec une extrême circonspection tant les décisions de ce type sont aléatoires, ce qu'aucun client n'est censé ignorer (Flamée et Tilquin, op. cit. n° 85);

Attendu qu'il appartient au demandeur d'établir la faute de Serfiges;

Que la seule perte, même importante, ne peut à elle seule établir une faute dans le chef de la défenderesse et ce d'autant que la gestion incriminée s'étend sur une période d'importante détérioration boursière due aux événements mondiaux et notamment à la guerre du Golfe (v. les pièces A6 à A8 du dossier de Serfiges);

Que Serfiges n'a pas davantage manqué à son obligation d'information;

Qu'ainsi il résulte de la pièce A16 du dossier de la défenderesse que M. Wittouck recevait les extraits de compte relatifs aux différentes transactions effectuées;

Qu'en outre il n'est pas contesté que Serfiges a transmis à cinq reprises, en un an, une évaluation du portefeuille détaillant à chaque fois les différents titres composant ledit portefeuille, leur nombre, leur taux éventuel, leur échéance, leur cours, leur pourcentage, etc...;

Qu'il ne pouvait ignorer les risques que comporte le placement en actions;

Qu'il résulte enfin des courriers produits aux débats que les parties se sont rencontrées à plusieurs reprises;

Qu'il n'apparaît pas que Serfiges a manqué à son obligation d'information;

Attendu que partant il n'est pas établi à suffisance de droit que la défenderesse aurait exécuté fautivement le mandat qui lui avait été confié par le demandeur;

Que la demande n'est dès lors pas fondée;

Par ces motifs,

Le Tribunal,

(...)

Déclare la demande recevable, mais non fondée et en déboute M. Wittouck.

Du 2 février 1995 - Comm. Bruxelles

Siég.: Mme Schetter, juge, MM. Delfosse et Lambotte, juges consulaires.

Plaid.: Mes Mommens et Fagnart.

Observations

1. Un appel a été interjeté de cette décision.
2. Cf. nos observations sous la décision 12.

12. Sentence arbitrale

29 mars 1996

GESTION DE FORTUNE ET CONSEIL EN PLACEMENT

Droit applicable – Qualification – Obligations de moyens et de résultat – Appréciation marginale de la faute – Limitation et exonération de responsabilité – Obligation de diversification du portefeuille – Avis d'opération

Les contrats conclus avant la date d'entrée en vigueur de l'Arrêté Royal du 5 août 1991 - soit le 1er septembre 1991 - et dont les effets se poursuivent par la suite sont régis par cette réglementation. L'Arrêté Royal du 5 août 1991 consacre et codifie des usages et des règles traditionnelles et déontologiques préexistantes. Il en est ainsi de l'obligation pour le gestionnaire de fortune de se renseigner sur l'expérience et les objectifs du client, de définir le type d'opérations ainsi que les marchés et instruments de placement, de déterminer le risque financier admis, d'inventorier les liquidités et de faire rapport au client.

Le contrat de gestion discrétionnaire de fortune tient à la fois du mandat et du louage d'ouvrage. Le gestionnaire de fortune est tenu à une obligation de moyens sauf dans la mesure où il a garanti l'issue de sa mission, auquel cas il est tenu à une obligation de résultat.

En matière de contrats de gestion de fortune et de conseil en placements, les clauses d'exonération et de limitation de responsabilité, même pour les fautes légères, ne sont pas autorisées pour des faits ultérieurs au 1er septembre 1991.

La responsabilité du gestionnaire de fortune doit s'apprécier en fonction d'un résultat global et non opération par opération. Le gestionnaire de fortune commet une faute lourde en cas d'absence de diversification de portefeuille et en cas de non-respect des recommandations d'investissements données par l'organisme financier dont il fait partie.

Le client ne commet pas de faute en ne réagissant pas aux avis d'opérations qui lui sont adressés dès lors qu'ayant donné un mandat de gestion il n'est pas tenu d'assumer la surveillance de l'évolution de son compte, sauf s'il reçoit des mises en garde.

La responsabilité du conseil en placement ne doit être retenue qu'en cas de dol, de mauvaise foi ou d'imprudence grave.

L'appréciation par le juge de la faute contractuelle est marginale.

VERMOGENSBEHEER EN BELEGGINGSADVIES

Toepasselijk recht – Kwalificatie – Middelen- en resultaatsverbintenis – Marginale beoordeling van de fout – Bepanking en exoneration van de aansprakelijkheid – Verplichting tot diversificatie van de portefeuille – Uitvoeringsbericht

De contracten gesloten vóór de datum van inwerkingtreding van het Koninklijk Besluit van 5 augustus 1991 (d.i. 1 september 1991), en waarvan de gevolgen verder lopen, vallen onder toepassing van deze reglementering.

Het Koninklijk Besluit van 5 augustus 1991 behandelt en codificeert gebruiken en traditionele voorafbestaande deontologische regels. Dit geldt b.v. voor de verplichting van de vermogensbeheerder om zich over de ervaring en de objectieven van de cliënt in te

lichten, om het type van de verrichtingen, de markten en de investeringsmiddelen te definiëren, om het toegelaten financieel risico te bepalen, om een inventaris op te maken van de liquide middelen en om aan de cliënt verslag uit te brengen.

Het contract van discretionair vermogensbeheer houdt tegelijkertijd verband met het mandaat en de huur van werk. De vermogensbeheerder is gehouden tot een middelenverbintenis, tenzij in de mate waarin hij een zekere uitkomst van het beheer gegarandeerd heeft, alwaar hij tot een resultaatsverbintenis gehouden is.

Wat betreft de contracten van vermogensbeheer en beleggingsadvies, zijn de exonerationbedingen en de aansprakelijkheidsbepalingen, zelfs voor de lichte fouten, niet toegelaten voor feiten die gebeurd zijn na september 1991.

De aansprakelijkheid van de vermogensbeheerder moet beoordeeld worden in functie van het globale resultaat en niet verrichting per verrichting. De vermogensbeheerder begaat een zware fout bij afwezigheid van diversificatie van de portefeuille en wanneer de investeringsaanbevelingen van de financiële instelling waartoe hij behoort niet gevolgd werden.

De cliënt begaat geen fout wanneer hij niet reageert op de uitvoeringsberichten die aan hem gericht zijn, aangezien hij een beheersmandaat gegeven heeft en dus niet gehouden is tot een toezicht van de bewegingen op zijn rekening, behoudens wanneer hij waarschuwingen ontvangt.

Van aansprakelijkheid van de beleggingsadviseur kan slechts sprake zijn in geval van bedrog, kwade trouw of zware onvoorzichtigheid.

De beoordeling van de contractuele fout door de rechter is marginaal.

(Mr et Mme A et B / Banque C)

Les demandeurs postulent la condamnation d'une banque à qui ils ont confié la gestion de leur patrimoine. Ils lui réclament des dommages et intérêts en raison des pertes importantes enregistrées sur leur portefeuille entre 1988 et 1994.

(...)

IV. Discussion

A. En droit

1. La législation relative aux opérations et aux marchés financiers

26) Attendu que les activités de gestion de fortune ont été réglementées par le livre IV de la loi du 4 décembre 1990 relative aux opérations financières et aux marchés financiers (ci-après "La Loi") et par l'arrêté royal du 5 août 1991 relatif à la gestion de fortune et au conseil en placements (ci-après "l'A.R.");

Attendu que, suivant l'article 249, 3^o de la Loi et les articles 34 et 35 de l'A.R., les nouvelles dispositions législatives sont entrées en vigueur le 1er septembre 1991;

Que, à partir de cette date, elles régissent les conventions de gestion de fortune;

Attendu que la Loi a mis à la charge des gestionnaires de fortune diverses obligations dans l'intérêt du client; que ces dispositions sont examinées ci-après;

Attendu par ailleurs que l'article 10 de l'A.R. dispose que: "Les sociétés de gestion de fortune ou les sociétés de conseil en placements ne peuvent dans leurs conventions avec leurs clients, déroger au droit commun en matière de responsabilité";

Que cette disposition doit, selon le tribunal arbitral, être interprétée en ce sens que les conventions auxquelles s'applique la législation en cause ne peuvent limiter, même en partie, la responsabilité contractuelle;

Que cette interprétation n'est pas contredite par les parties et découle au demeurant, de manière implicite, de leur argumentation sur l'application de la législation nouvelle dans le temps;

27) Attendu que c'est à tort que la défenderesse soutient que les contrats de gestion de fortune conclus avant le 1er septembre 1991 demeureraient régis par le droit antérieur;

Attendu qu'il est de principe qu'une loi nouvelle s'applique immédiatement non seulement à toutes les situations qui "naîtront sous son empire, mais même aux effets futurs de situations nées sous l'empire de la loi antérieure";

Que l'exception communément apportée en ce qui concerne les contrats en cours ne s'applique pas "si la loi nouvelle est d'ordre public ou si elle est expressément déclarée applicable aux situations en cours" (H. De Page, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. I, éd. 1962, n° 231 C);

Que l'article 8 de l'A.R. - que la défenderesse invoque à l'appui de sa thèse selon laquelle le législateur n'aurait pas dérogé en l'espèce au principe de l'inapplication de dispositions légales nouvelles à des situations contractuelles en cours - vise manifestement toute nouvelle prestation de services, qu'elle s'inscrive dans une relation préétablie ou dans un nouveau rapport contractuel;

Que cette disposition soumet toute nouvelle prestation à la conclusion d'une convention écrite, conforme aux dispositions légales nouvelles;

Qu'il faut en déduire que les obligations imposées par la législation en cause étaient d'application immédiate à compter de son entrée en vigueur;

2. Le contrat de gestion discrétionnaire de fortune

28) Attendu que, sans pour autant constituer une controverse doctrinale, les auteurs qualifient le contrat de gestion discrétionnaire de fortune tantôt de mandat, tantôt de louage d'ouvrage, tantôt de contrat mixte (L. Simont et A. Bruyneel, *Chronique de droit bancaire privé - Les opérations de banque*, Rev. Bque, 1987, 56; M. Flamée et T. Tilquin, *La gestion de fortune et le conseil en placements*, Rev. Bque, 1991, p. 575, n°s 56, 57 et 58, et toutes les références citées; J.F. Romain, *La réforme financière de 1990 - La gestion de fortune et le conseil en placements*, J.T., 1991, p. 629, note 7; Roblot, *Traité de droit commercial*, T. 2, n°s 1789 et 2470);

Attendu que s'il ne s'agissait pour le gestionnaire de fortune que d'accomplir, au nom de son client, des actes juridiques de disposition, la notion juridique de mandat s'imposerait;

Attendu que, toutefois, l'activité du gestionnaire de fortune ne se limite pas aux actes juridiques de disposition - acheter et vendre des valeurs mobilières - mais comporte également et surtout des prestations d'ordre intellectuel;

Que, accompagnée d'actes matériels, cette activité consiste à fournir un travail de réflexion, d'analyse, de synthèse, de prospective au départ de la collecte d'informations;

Que cette activité s'apparente à celle du louage d'ouvrage;

Attendu que l'activité déployée par la défenderesse, à l'occasion de ses rapports avec les demandeurs, tient donc à la fois du mandat et du louage d'ouvrage;

Que les principes qui s'attachent à l'un ou l'autre de ces contrats trouveront à s'appliquer en fonction et en regard des faits qui sous-tendent les relations des parties;

Que les effets juridiques de chacun de ces contrats auront ainsi un caractère résiduaire par rapport aux autres;

29) Attendu que la Loi définit, en son livre IV, intitulé "De la gestion de fortune et du conseil en placements", le gérant et la gestion de fortune (art. 157, 1° et 2°) et le conseiller en placement et les instruments de placement (art. 157, 3° et 4°);

Que la Loi opère une distinction entre le gérant (ou gestionnaire) de fortune et le conseiller en placements; que cette distinction a été confirmée par la loi du 6 avril 1995 relative aux marchés secondaires, au statut des entreprises d'investissement et à leur contrôle, aux intermédiaires et conseillers en placements;

Que si elle rattache le contrat du conseiller en placements au louage d'ouvrage en lui réservant les "services de conseils en matière de placements", elle n'écarte pas nécessairement le louage d'ouvrage du contrat de gérant de fortune;

Que la loi attribue, en effet, au gérant (gestionnaire) de fortune, en même temps que "le pouvoir de poser, le cas échéant, des actes de disposition", ce qui est le propre du mandat, des "services de gestion de fortune", qui relèvent par définition du louage d'ouvrage;

Attendu que, bien que les parties elles-mêmes fassent référence dans la Convention au "mandat" (art. 1: "Le client donne mandat à la banque..."; art. 7: "En vertu du mandat qui lui est conféré..."), elles reconnaissent que la commission forfaitaire couvre "la gestion intellectuelle" (art. 11), ce qui entraîne bien la coexistence du contrat de mandat avec un contrat de louage d'ouvrage;

Attendu que c'est donc à la lumière du mandat et du louage d'ouvrage ainsi que des usages, qui tiennent une place importante dans la matière considérée, que le tribunal arbitral statuera;

3. La nature de l'obligation du gestionnaire de fortune

30) Attendu qu'il importe de définir, pour l'appréciation de sa responsabilité, la nature de l'obligation du gestionnaire de fortune;

Attendu que les parties s'accordent à reconnaître qu'il s'agit d'une obligation de moyens et non de résultat;

Que le tribunal arbitral se rallie à cette solution, qui est celle, au demeurant, admise par la jurisprudence et la doctrine (X. Dieux, *Questions relatives à l'intermédiation financière en droit positif*, *Les intermédiaires commerciaux*, J.B., 1990, p. 300 et les références citées; M. Flamée et T. Tilquin, *op. cit.*, p. 582, n° 85 et les réf. citées; P. Delebecque, *Note sous C.A. Paris*, 23 septembre 1993, *Recueil Dalloz Sirey*, 1994, p. 213);

Attendu que, sur le plan des principaux généraux, une obligation est de moyens lorsqu'elle repose sur des aléas que son débiteur a accepté de prendre en charge, dans l'intention des parties et dans l'intérêt du créancier (P. Van Ommeslaghe, *Examen de jurisprudence (1974 à 1982)*, *Les Obligations*, R.C.J.B., 1986, n° 105, p. 216 et les références citées);

Que cette obligation de moyens est décrite comme une obligation générale de prudence et de diligence, son débiteur s'étant engagé non pas à parvenir au résultat en vue duquel les parties ont contracté mais bien à tenter, par une conduite prudente et diligente, d'y parvenir (Mazeaud et Chabas, *Leçons de droit civil*, 1991, T. II, n° 21, p. 13);

Attendu que tel est bien le cas du gérant de fortune dont la mission repose sur des éléments ou des événements qu'il ne peut maîtriser personnellement et qui ne peuvent dès lors que le conduire à essayer de réaliser l'engagement auquel il a souscrit en adoptant une attitude permanente de prudence et de diligence;

31) Attendu qu'il convient cependant de relever que cette obligation de gestionnaire de fortune peut se transformer en obligation de résultat s'il est amené à garantir l'issue de sa mission;

Que l'obligation de résultat, ou obligation déterminée, se définit comme étant celle prise par le débiteur de parvenir au résultat en vue duquel - et quelles que soient les difficultés rencontrées - les parties ont contracté (Mazeaud et Chabas, op. cit., n° 21, p. 13);

Que rien n'empêche, en effet, de conclure un contrat reposant sur l'obligation de remettre au client un capital déterminé, au terme du contrat;

Qu'agissant de la sorte, le débiteur de l'obligation aura accepté des aléas dont il assumera toutes les conséquences;

Attendu que l'A.R. n'a en rien modifié ces principes;

Que, au demeurant, la défenderesse elle-même a retenu ce type de contrat, à capital garanti, après la mise en vigueur de la loi (voir Règlement prudentiel de gestion discrétionnaire PB/AM/21.06.91, pièce 66 du dossier de la défenderesse);

4. La portée et les effets de l'obligation du gestionnaire de fortune

a) Le principe

32) Attendu que la différence qui sépare l'obligation de moyens de celle de résultat a des effets sur la mise en œuvre de la preuve;

Que, s'agissant d'une obligation de résultat, la responsabilité du débiteur est engagée "même si le créancier n'a pas prouvé la faute du débiteur: il suffit que (le créancier) prouve que le résultat promis n'a pas été obtenu: le débiteur s'exonère en prouvant la force majeure" (B. Starck, H. Roland et L. Boyer, Obligations, 1993, n° 1025);

Que, en revanche, dans le cas d'une obligation de moyens, il appartient au créancier, pour faire retenir la responsabilité de son débiteur, de prouver la faute de celui-ci qui aura consisté à manquer à son obligation générale de prudence et de diligence,

Attendu que, en la présente espèce, les demandeurs devront établir que la défenderesse, à l'intervention de son ou des ses préposés, a commis une faute dans l'exécution de la Convention, qui repose sur une obligation de moyens;

b) La validité des clauses d'exonération

33) Attendu que la validité des clauses d'exonération de responsabilité n'est, en principe, pas contestable;

Qu'elle peut même s'étendre à la faute lourde (Cass., 25 avril 1958, *Pas.*, 1958, I, 944), à la condition que la clause le prévoit expressément (Appel Bruxelles, 7 novembre 1979, *R.W.*, 1980-81, col. 259);

Attendu que, toutefois, l'exonération convenue ne peut avoir pour effet de vider le contrat de sa substance ou de contredire l'essence du contrat;

Attendu que seul le dol - qui, suivant une controverse doctrinale, peut notamment être soit la faute commise avec l'intention de nuire, soit la faute volontaire causant un dommage avec conscience de provoquer celui-ci, soit la faute volontaire, soit la volonté de

tromper la confiance, soit encore la mauvaise foi en matière contractuelle (voir P. Van Ommeslaghe, op. cit., n° 109, p. 223 et 224 et les réf. citées ainsi que, du même auteur, Les clauses limitatives ou exonératoires de responsabilité en droit belge, in *Les obligations en droit français et en droit belge, Convergences et divergences*, Bruylant 1994, p. 182 à 222) - échappe à l'exonération contractuelle;

34) Attendu que l'article 10 de la Convention¹ est donc licite, par application des principes généraux de droit commun qui viennent d'être rappelés;

Attendu que la législation nouvelle relative aux opérations financières et aux marchés financiers fait cependant obstacle à ce qu'un gestionnaire de fortune oppose à son client une clause d'exonération de responsabilité pour des faits ultérieurs à l'entrée en vigueur de cette législation, c'est-à-dire après le 1er septembre 1991;

Attendu que les demandeurs auront ainsi à démontrer, pour retenir l'éventuelle responsabilité de la défenderesse, que celle-ci, en n'exécutant pas son obligation de gestionnaire de fortune avec prudence et diligence, a commis une faute lourde antérieurement au 1er septembre 1991 ou quelque autre faute que ce soit, après cette date;

Qu'elle devra au surplus établir le lien causal entre cette faute et le dommage allégué;

5. La faute

a) La notion de faute

35) Attendu qu'en matière contractuelle la faute consiste en "un manquement aux obligations du contrat, ou à l'une d'elles, imputable au fait du débiteur" (De Page, op. cit., t. II, éd. 1964, n° 586);

Que le débiteur répond en principe de tout manquement que ne commettrait point un bon père de famille, c'est-à-dire un homme normalement prudent et diligent, placé dans les mêmes circonstances;

Attendu que, s'agissant d'obligations de moyens, il convient de rappeler:

- que "l'aléa est tel que l'échec dans la poursuite du résultat ne permet pas de présumer une faute du débiteur. Cet aléa tient habituellement aux seules circonstances" (Mazeaud et Tunc, *Traité de la responsabilité civile*, 5ème éd., t. I, n° 103-4);

- que les débiteurs d'obligations peuvent adopter divers moyens, et partant diverses attitudes justifiables, et qu'ils disposent d'une certaine marge de manœuvre dans les limites de laquelle ils ont le choix entre plusieurs décisions qui ne sont pas déraisonnables;

Qu'un tribunal n'est pas une instance d'appel des décisions prises: il ne doit pas substituer son appréciation personnelle à celle des personnes qu'il a à juger pour vérifier si, dans les mêmes conditions, il aurait ou non adopté le même comportement;

Qu'il peut uniquement apprécier si ces personnes, compte tenu de toutes les circonstances de l'espèce, pouvaient raisonnablement agir comme elles l'ont fait (J.L. Fagnart, *La responsabilité des administrateurs de la société anonyme*, La responsabilité des associés, organes et préposés des sociétés, Ed. du Jeune Barreau de Bruxelles, 1991, p. 7, n° 5);

Que l'appréciation du juge doit être marginale;

¹ Cet article libère la banque "d'une éventuelle moins-value du portefeuille, de fluctuations de rendement, d'une erreur d'appréciation dans le choix d'un placement" mais à la condition toutefois que "cette situation ne soit pas la conséquence directe d'une faute lourde commise" par le banquier.

Que, par conséquent, les personnes dont la responsabilité serait recherchée ne seront sanctionnées, si elles ont pris une décision malheureuse plutôt qu'une autre supposée plus favorable, que s'il est établi que la décision considérée était manifestement déraisonnable;

36) Attendu que, à la lumière de ces principes, un tribunal doit dès lors se replacer dans les circonstances dans lesquelles ces personnes se sont trouvées, en faisant abstraction de ce qui n'a été révélé que par des faits ou des analyses postérieurs; qu'il doit apprécier si le comportement du défendeur à l'action était a priori raisonnable ou non, en telle sorte qu'une appréciation a posteriori serait injustifiée;

Attendu que la cour d'appel de Liège a retenu ces principes: "C'est s'exposer à mal apprécier les faits et surtout les intentions que de remonter le cours d'événements en partant de leur point d'aboutissement: on a alors une vue d'ensemble sur leur suite, qui n'était pas celle qu'avaient ceux qui s'y sont trouvés engagés et dont le comportement a été commandé, à divers moments successifs, par des faits mouvants qui ne suivaient pas toujours le cours que leur volonté souhaitait leur donner" (arrêt inédit du 31 mai 1958, in Rev. Bque 1974, p. 717);

b) La faute lourde

37) Attendu que la faute lourde est "une faute tellement grossière, tellement excessive qu'elle ne se comprend pas de la part d'une personne raisonnable" (De Page, Traité, t. II, op. cit., n° 591bis);

Que seule constitue le manquement susceptible d'être qualifié de faute lourde l'omission "d'apporter à l'exécution de son obligation les soins que personne ne néglige, même pour ses propres choses" (ibidem);

Attendu que diverses dispositions dérogatoires du droit commun de la responsabilité contribuent à l'appréciation de la faute lourde;

Qu'il en est spécialement ainsi en matière de contrat de travail, où la faute constitutive du "motif grave" ne recouvre que des faits tels qu'ils rendent impossible le maintien, même momentanément, des relations normales entre l'employeur et l'employé;

Qu'en matière quasi délictuelle peut être citée la responsabilité aggravée des dirigeants de fait ou de droit de certaines sociétés commerciales pour "faute grave et caractérisée" ayant contribué à la faillite, où la faute grave et caractérisée, qualifiée de voisine du dol et de la faute lourde, est "celle que le commerçant ou le dirigeant raisonnablement diligent et prudent n'aurait pas commise et dont il avait ou devait avoir conscience qu'elle contribuerait à la faillite" (C. Lefebvre, La faillite, in Traité pratique de droit commercial, t. II, Story-Scientia, 1992, n° 345);

Attendu que pour retenir une faute dans le chef du débiteur, il faut dès lors d'abord établir l'étendue de ses obligations;

Qu'à compter du 1er septembre 1991, tout manquement contractuel peut entraîner la responsabilité de la défenderesse;

Qu'antérieurement à cette date, en revanche, seule une faute à ce point grossière dans la composition du portefeuille qu'aucun gestionnaire responsable ne l'aurait commise dans la gestion de son propre portefeuille, était susceptible d'entraîner la responsabilité de la défenderesse;

6. La portée de la Loi et de l'A.R.

a) Les obligations et interdictions

38) Attendu que, indépendamment du livre IV de la Loi, qui définit notamment le gérant et la gestion de fortune (art. 157, 1° et 2°), à l'occasion de la mise en place technique du nouveau régime, il convient d'examiner spécialement les articles 8 et 10 de l'A.R.;

Attendu que l'article 8 de l'A.R. impose une convention écrite entre le gestionnaire de fortune et le client, antérieure au début des prestations;

Que les mentions devant figurer dans la convention sont énumérées;

Que, plus particulièrement, figure (art. 8, § 1, 3°) l'obligation de préciser: "le type d'opérations autorisées ainsi que les marchés et instruments de placement sur lesquels porteront ces opérations et, le cas échéant, les restrictions en matière de gestion; le cas échéant, doivent également être mentionnées, les opérations ne pouvant être réalisées qu'après avoir informé le client ou obtenu son autorisation";

Que le législateur a encore voulu (art. 8, § 1, 4°) que soient précisés: "le risque financier admis et, le cas échéant, les limites en matière de pertes à partir desquelles le client doit être informé";

Attendu que le législateur a donc imposé des règles prudentielles qui fixent des obligations et aussi des interdictions (p. ex. art. 15, al. 1);

Attendu que, toutefois, les mentions relatives aux restrictions ou aux opérations conditionnées ou encore aux limites en matière de perte ne doivent figurer à la convention que si un accord a été pris à leur sujet (la formule "le cas échéant" revient à trois reprises dans les al. 3° et 4° de l'art. 8, § 1);

Que ces restrictions et limites ne sont pas obligatoires mais constituent une faculté pour les parties;

Qu'elles ne sont donc pas en opposition avec la Convention qui ne vise aucune restriction ou limitation dans la mission confiée à la défenderesse (art. 2: "... la banque aura si nécessaire avec le client une discussion..."; art. 6: "La banque soumet en principe le portefeuille..."; art. 7: "... la banque peut, sans autorisation préalable du client, faire toutes opérations...");

Attendu que, en revanche et pour rappel (n° 26), l'article 10 de l'A.R. dispose que les sociétés de gestion ne peuvent déroger au droit commun en matière de responsabilité;

b) Les dispositions normatives de la Loi et de l'A.R.

39) Attendu que, comme en d'autres matières essentiellement professionnelles, qui font l'objet d'une législation spécifique, la législation nouvelle n'a fait que consacrer les usages, l'expérience, voire la déontologie, en regard du droit commun;

Que le législateur de 1990 n'a rien inventé et s'est borné à consacrer des règles non écrites que la pratique et la jurisprudence avaient dégagées, tout en leur donnant une portée normative;

Qu'en parlant de "nouveau régime", les auteurs entendent davantage évoquer la mise en œuvre de dispositions techniques qui ne contreviennent pas aux dispositions de droit commun que la création ab nihilo d'un droit nouveau;

Attendu que la Loi impose certes des structures nouvelles de fonctionnement (art. 160: nécessité d'une société commerciale; art. 161: inscription à une liste ad hoc; art. 163:

actions nominatives; art. 164: honorabilité des gestionnaires; art. 175: sanctions pénales; etc...);

Que la législation nouvelle comporte aussi des dispositions d'inspiration déontologique, telles que celles qui excluent les conflits d'intérêt (art. 165, § 1 et § 3 de la Loi, art. 20 de l'A.R.), et d'autres prises dans l'intérêt du client, telles que

- 1° l'obligation d'une convention écrite (art. 8, § 1er de l'A.R.);
- 2° l'obligation de se renseigner sur l'expérience et les objectifs du client (art. 19 de l'A.R.);
- 3° l'obligation de définir le type d'opérations ainsi que les marchés et instruments de placement (art. 8, § 1, 3° de l'A.R.);
- 4° l'obligation de déterminer le risque financier admis (art. 8, § 1, 4° de l'A.R.);
- 5° l'obligation d'inventorier les liquidités ou une énumération et évaluation des instruments de placement (art. 8, § 1, 5° de l'A.R.);
- 6° les modalités et la périodicité des rapports à faire au client (art. 8, § 1, 7° de l'A.R.);
- 7° les règles relatives, d'une manière générale, à la rémunération (art. 8, § 1, 8° et 10° de l'A.R.);
- 8° la durée du contrat et les conditions et modalités de sa cessation (art. 8, § 1, 9 et 12 de l'A.R.);

Attendu que, d'autre part, l'A.R., n'a pas, à l'occasion des rapports entre le gestionnaire de fortune et son client, créé l'obligation:

- 9° d'établir des restrictions en matière de gestion et d'informer le client ou d'obtenir son autorisation pour certaines opérations (art. 8, § 1, 3° de l'A.R.);
- 10° de définir les limites en matière de pertes à partir desquelles le client doit être informé (art. 8, § 1, 4° de l'A.R.);

Qu'il a laissé aux parties la faculté de régler ces sujets;

40) Attendu que les obligations et prescrits mis en évidence sub 1°, 7° et, en partie, 8° se retrouvent dans la Convention ou à l'occasion de son exécution;

Que ceux repris sub 2°, 3°, 4°, 5° ne se retrouvent ni dans la Convention ni dans les relations entretenues par les parties; que ne s'y retrouvent pas davantage les restrictions visées sub 9° et 10°;

Attendu que l'on peut considérer, quant au fond, qu'il existait, avant la législation nouvelle, une obligation déontologique de se renseigner sur l'expérience et les objectifs du client, de définir le type d'opérations ainsi que les marchés et instruments de placement, de déterminer le risque financier admis et d'inventorier les liquidités;

Que, en revanche, sur le plan formel, il n'existait aucune obligation, avant le 1er septembre 1991, de reproduire ces principes;

41) Attendu que l'Association belge des banques a publié, en avril 1992, c'est-à-dire après la mise en vigueur de la Loi et de l'A.R., un "Inventaire des dispositions légales en matière de marchés financiers" qu'elle a intitulé "Déontologie";

Que, en octobre 1991, toujours après la mise en vigueur de la Loi et de l'A.R., l'Association belge des banques avait déjà publié un document, sous la signature du directeur du département juridique et fiscal, Monsieur J. Pardon, intitulé "La place de la déontologie dans le nouveau droit belge des marchés financiers", sous le titre "Déontologie";

Attendu que le premier document, pages 22 et 23, vise l'obligation d'informer qui pèse sur les sociétés de gestion de fortune (art. 8, § 1 de l'A.R.), tandis que le second, pages 35, 36 et 37, reprend et détaille cette obligation d'informer, en précisant qu'on trouve dans le livre IV de la Loi "l'expression de règles traditionnelles";

Attendu que les dispositions de la Loi et de l'A.R. constituent donc bien des usages et des règles traditionnelles (i.e. déontologiques) qu'elles n'ont fait que consacrer et codifier et que la défenderesse avait l'obligation de respecter;

42) Attendu qu'il est intéressant de relever que la loi précitée du 6 avril 1995 (n° 29), destinée essentiellement à transposer en droit belge la directive ISD du 10 mai 1993 ainsi que la directive (dite CAD) du 15 mars 1993 sur l'adéquation des fonds propres des entreprises d'investissement et des établissements de crédit, a pour but, notamment, de renforcer la déontologie des intermédiaires financiers;

Que l'article 36 de la Loi impose aux intermédiaires qu'elle vise une série de règles de conduite, dont celle qui consiste (4°) "à recueillir d'une manière appropriée auprès des clients qu'ils conseillent, toute information utile concernant la situation financière de leurs clients, leur expérience en matière d'investissement et leurs objectifs de placement qui raisonnablement sont significatifs pour pouvoir réaliser au mieux leurs engagements vis-à-vis de leurs clients en ce qui concerne les services demandés";

Que cette disposition confirme également la volonté du législateur de consacrer, dans un texte de droit positif, des règles de comportement, c'est-à-dire déontologiques, pré-existantes (voir Morton Mey, La nouvelle réforme de la bourse, Rev. Bque, 1995, p. 522);

7. La responsabilité des gestionnaires de fortune

43) Attendu qu'en matière d'opérations boursières, le caractère aléatoire des opérations est particulièrement évident;

Que c'est ce qui explique que la doctrine et la jurisprudence traditionnelles considèrent que:

- une gestion doit s'apprécier en fonction d'un résultat global, et non opération par opération (Dieux, op. cit., p. 301; Flamée et Tilquin, op. cit., n° 87);

- la responsabilité du gestionnaire de fortune "ne doit être retenue qu'avec une extrême circonspection, tant les décisions ou conseils de ce type sont aléatoires, ce qu'aucun client n'est censé ignorer" (Flamée et Tilquin, op. cit., n° 85, p. 582; dans le même sens Storck, note sous Paris, 25 novembre 1988, D., 1990, II, p. 12; Van Ryn et Heenen, Principes de droit commercial, t. IV, 1988, n° 693, p. 555 et ref. citées);

- la responsabilité du conseil en placement ne doit dès lors être retenue qu'en cas de dol, de mauvaise foi ou d'imprudence grave (R.P.D.B., V° Agent de change, n° 293 et s.; Comm. Bruxelles, 7 février 1995, R.D.C., 1996, p. 80);

- "si des valeurs achetées par une banque investie d'un mandat général de gestion ont subi une moins-value au lieu de la plus-value espérée, la banque, qui n'avait pas garanti que les plus-values recherchées seraient obtenues, ne pouvait voir sa responsabilité engagée dès lors que les choix opérés reposaient sur un raisonnement logique" (Storck, op. cit., dans le même sens Cass. fr., 12 juillet 1971, R.T.D.C., 1972, p. 144 et obs. Cabrillac et Rives-Lange);

B. En fait**1. Le comportement de la défenderesse****a) Observation liminaire**

44) Attendu que le tribunal arbitral pose en principe qu'il ne peut s'ériger en théoricien de la constitution d'un portefeuille titres et énoncer des règles destinées à créer le portefeuille titres idéal pas plus que du comportement idéal d'un gestionnaire de fortune, d'un conseil en placements et même d'un particulier.

Attendu que "les valeurs mobilières et autres produits financiers ne sont pas des produits simples, les techniques juridiques auxquelles il font appel sont complexes. Au surplus, ces produits se sont amplement diversifiés et démultipliés et les opérations sur le marché sont de spéculation difficile tant les causes de variation des cours sont multiples (qu'elles tiennent à l'internationalisation des mouvements ou à la variété des méthodes de gestion des comptes)" (note C. Ducouloux-Favard sous C.A. Paris, 28 février 1994, Recueil Dalloz Sirey, 1994, p. 367);

Attendu qu'il s'agit d'une matière qui échappe à toute tentative de codification;

Qu'elle relève certes de la connaissance pratique et théorique d'un ou plusieurs marchés financiers, complétée par des analyses politiques, sociales et économiques;

Que, toutefois, la part subjective, dont l'intuition personnelle n'est pas exclue, peut être déterminante d'un choix financier;

Attendu qu'il n'est pas rare que certains placements, a priori aberrants, se soient révélés judicieux;

Que, à l'opposé, des placements offrant toutes les apparences du succès se sont révélés, à terme, catastrophiques;

Attendu que le choix d'un titre boursier dépend de la performance qu'on en attend à long, moyen ou court terme et procède également d'une attitude à risques ou, au contraire, prudente;

Attendu que, tout en s'inspirant de la législation nouvelle pour la détermination des obligations du gestionnaire de fortune sur le fond, le tribunal arbitral doit cependant se garder de faire de cette législation une application rétroactive et ne peut reprocher à la défenderesse de ne pas avoir respecté les impératifs de forme édictés par le législateur, ainsi qu'il l'a relevé plus haut (n° 40);

Attendu qu'il n'appartient dès lors pas au tribunal arbitral d'apprécier le choix *in se* des actions mais bien de vérifier si le comportement de Monsieur X¹ n'a pas violé une ou plusieurs règles ou un ou plusieurs comportements qui s'imposaient ou auraient dû s'imposer à lui;

45) Attendu qu'il est toutefois admis que certaines règles de base doivent être respectées lorsque l'investisseur professionnel, agissant en vertu d'un mandat précis, ou le particulier, agissant à titre personnel, n'adopte pas, volontairement et de manière délibérée, un comportement spéculatif;

Que ces règles sont limitées: elles prônent la diversification d'un patrimoine en actions, obligations, liquidités, matières premières ainsi qu'une diversification à l'intérieur de chacun de ces produits;

¹ Monsieur X était le gestionnaire des avoirs de A et B auprès de la banque C (n.d.l.r.).

Qu'elles recommandent également de ne pas vendre dans la précipitation en cas de baisse et de faire preuve de patience mais, en cas de baisse persistante sur une certaine période, de mettre un *stop*, à partir d'un seuil déterminé;

Attendu que l'appréciation du tribunal arbitral, dans une matière aussi complexe et controversée, ne peut donc consister à ériger en faute, même légère, des investissements qui ne se sont pas révélés satisfaisants, voire qui ont accusé des pertes considérables;

Qu'il ressort de la documentation abondante fournie par la défenderesse au sujet des prévisions et appréciations qui avaient autorité à l'époque, que les choix de Monsieur X, au moment où ils ont été effectués, pouvaient parfaitement être considérés comme éclairés;

Qu'ils ont cependant été soumis à des événements politiques imprévisibles ou à des contraintes spécifiques tout aussi imprévisibles;

Attendu que condamner a posteriori ces choix reviendrait pour le tribunal arbitral à porter un jugement de valeur, inconciliable avec sa mission d'arbitre, telle qu'elle est définie par la loi et par la convention d'arbitrage;

Attendu qu'il convient d'analyser le comportement de la défenderesse de manière à déterminer, suivant la nature de ses actes ou des ses abstentions, le degré de la faute qui doit lui être reproché, dans le strict cadre de la présente procédure et sur la base des seuls faits spécifiques de la cause;

b) Le règlement prudentiel

46) Attendu que la défenderesse a produit aux débats un document interne intitulé "Règlement de la gestion de fortune";

Que ce règlement a été approuvé par le Comité de direction de la défenderesse du 28 juin 1991;

Qu'une partie de ce règlement relative à la répartition des portefeuilles en gestion discrétionnaire avait déjà été approuvée, par le même Comité de direction, le 16 novembre 1990, soit antérieurement à la publication de la Loi;

Attendu que ce texte figure dans le "Règlement de la gestion de fortune", au chapitre III, sous le titre "Règles prudentielles en matière de gestion discrétionnaire";

Qu'on y lit ce qui suit:

"1. *Obligation de concertation préalable* avec le client sur ses souhaits de placements dans le cadre de la gestion discrétionnaire. Les souhaits exprimés par le client doivent être acceptés par la banque et constatés par écrit.

2. Limites de risque:

Principe général: les portefeuilles doivent être gérés en "Bon père de famille".

* Actions:

a) portefeuilles < 10 mios:

un maximum de 15% peut être investi dans une même valeur.

Ce pourcentage est calculé sur base du prix d'achat.

b) portefeuilles > 10 mios:

un maximum de 10% peut être investi dans une même valeur.

Ce pourcentage est calculé sur base du prix d'achat.

* Obligations:

(...)"

(pièce 66 du dossier de la défenderesse et annexe 3 à la note du 26 janvier 1996 de la défenderesse);

Attendu que c'est par rapport à ce texte qu'il y a lieu d'examiner le comportement de la défenderesse, c'est-à-dire de celui de l'interlocuteur des demandeurs, Monsieur X, dont elle répond;

Que le règlement énonce une obligation de concertation et d'écrit et impose une limite de risque;

c) L'inexistence d'un écrit

47) Attendu qu'il est constant que les souhaits des demandeurs, à supposer même qu'ils aient été énoncés clairement et fait l'objet d'une concertation au moment de la signature de la Convention, n'ont pas été consignés par écrit;

Que, certes, la Convention n'imposait pas d'office cet écrit puisque la défenderesse n'en faisait qu'une faculté qu'elle se réservait de mettre en œuvre (art. 2: "6 ... la banque aura si nécessaire avec le client...");

Qu'il tombe cependant sous le sens que, quelles que fussent les relations antérieures entretenues par les parties, la prudence commandait que les desiderata des demandeurs soient constatés par un écrit: gestion prudente ou agressive;

Que, en formulant par écrit cette règle, la défenderesse, tout en "s'inscrivant dans la perspective de la loi du 4 décembre 1990 et de l'arrêté royal du 5 août 1991" comme elle l'écrit (page 2 de sa note du 26 janvier 1996), ne faisait que fixer une règle de prudence;

Attendu que, en n'ayant pas fait établir un écrit, c'est à la défenderesse qu'il appartient, contrairement à ce qu'elle soutient (n° 10), de faire la preuve, en vertu des articles 1315 du Code civil et 870 du Code judiciaire qu'elle invoque elle-même, que ce sont les demandeurs qui lui auraient donné pour instructions d'acquiescer des valeurs cycliques ou spéculatives et donc d'opter pour une gestion agressive; qu'elle ne fait pas cette preuve;

d) L'absence de diversification

48) Attendu que, d'autre part, la règle de la diversification, qui peut être considérée, comme il a été indiqué ci-dessus (n° 45), comme l'une des seules à être admise comme constituant une norme générale, a également été violée;

Que la règle prudentielle, consacrée par un écrit de la défenderesse (n° 46), commande de ne pas investir plus de 10% dans une même action, lorsque le portefeuille a une valeur de plus de dix millions de francs;

Qu'un portefeuille composé de six actions, dont cinq françaises et dont chacune représente plus de 10% de l'ensemble, ne répond évidemment pas à cette exigence;

Que si la Loi et l'A.R. sont muets sur cette question, c'est que la règle de la diversification apparaît comme tellement évidente qu'il n'était pas utile de l'intégrer dans un texte de droit positif;

Que, en revanche, il était du devoir de la défenderesse de la rappeler par écrit, ce qu'elle n'a pas manqué de faire, en faisant la distinction entre les portefeuilles d'une valeur supérieure ou inférieure à dix millions de francs;

Attendu que la diversification s'impose pour éviter qu'une perte importante survienne à la suite de circonstances propres à un titre;

Que, dans une conjoncture en hausse normale, il existe des titres qui, pour des raisons qui leur sont propres, sont en baisse de même que dans une conjoncture en baisse, des titres, toujours pour des raisons spécifiques à leur émetteur, peuvent connaître des hausses;

Que si une absence de diversification n'empêche pas nécessairement des résultats positifs, il reste que, en l'occurrence, la composition non diversifiée du portefeuille avait un caractère atypique et qu'elle n'a pas manqué, au demeurant, d'entraîner des conséquences dommageables;

(...)

Attendu que l'absence de diversification constatée est tenue par le tribunal arbitral pour un comportement lourdement fautif parce que fondé sur la violation d'une règle élémentaire de prudence consacrée par la défenderesse elle-même;

Qu'il n'en aurait été autrement que si la défenderesse avait fait la preuve - quod non - que cette absence de diversification avait été voulue ou à tout le moins admise par les demandeurs;

e) Le non-respect d'une recommandation

52) Attendu que, enfin, il apparaît des documents produits par les parties que Monsieur X, en tant que personne "jouissant d'une expérience professionnelle d'au moins quinze ans", faisait partie du Comité de placement existant dans le département financier de la défenderesse (page 1 de la note du 30 janvier 1996 de la défenderesse);

Que ce Comité de placement "se réunissait une fois par mois (...) et décidait des valeurs à recommander à la clientèle de la banque" (idem);

Que des listes des valeurs recommandées étaient ainsi dressées;

Que, à l'évidence, Monsieur X, dont la défenderesse répond du comportement, n'a pas respecté la recommandation dudit Comité qui, le 9 mai 1989, soit moins de deux mois après la constitution du portefeuille litigieux, invitait à la vente des actions Cerus; que, sans doute, ultérieurement, le même Comité invitait-il à l'achat des mêmes actions (pièce 64 du dossier de la défenderesse);

Que, toutefois, durant le second semestre 1992, un rapport de gestion de la défenderesse conseillait, en ce qui concerne l'action Cerus, "soit d'alléger progressivement sur réaction le poste Cerus, soit de le couvrir partiellement et progressivement de toute baisse éventuelle en achetant des options PUT (droit de vendre à un prix fixé)" (pièce 20 de la sous-farde 6 du dossier des demandeurs);

Que ni la forme ni le contenu de cette pièce, invoquée par les demandeurs, ne sont contestés par la défenderesse;

Qu'elle s'impose donc au tribunal arbitral;

Qu'aucun de ces deux conseils ne fut suivi par Monsieur X;

Que, bien que membre du Comité de placement, il a ignoré la recommandation qui lui était faite, privilégiant manifestement un comportement personnalisé aux conséquences préjudiciables pour les demandeurs;

Que si le portefeuille avait été allégué ou si des options PUT avaient été émises, une perte n'aurait certes pu être évitée mais elle aurait été moins importante puisque le titre a encore chuté dans des proportions non négligeables;

53) Attendu qu'il est constant que la défenderesse a laissé à Monsieur X ses pouvoirs, malgré cette circonstance et la lettre des demandeurs du 28 juillet 1992, et qu'elle l'a même couvert, par sa réponse du 2 septembre 1992, en lui permettant de continuer à co-

signer, en qualité de "gestionnaire de fortune", le courrier en provenance de la défenderesse (lettre du 24 février 1993);

Attendu que s'il ne peut être reproché à la défenderesse d'avoir maintenu Monsieur X en place, encore aurait-elle dû vérifier qu'il se conformait à ses recommandations et, à défaut, lui donner pour instructions formelles de les respecter;

Que, ne l'ayant pas fait, la défenderesse a engagé sa responsabilité;

(...)

2. La faute de la défenderesse

55) Attendu que le comportement de la défenderesse, tel qu'il vient d'être analysé, permet de répondre aux griefs formulés par les demandeurs;

Attendu que l'absence de diversification du portefeuille et le non-respect de la recommandation du Comité de placement constituent deux fautes lourdes dès lors que le premier comportement a violé une règle élémentaire de prudence consacrée par la défenderesse elle-même et que le second a ignoré une recommandation écrite qui s'imposait d'évidence aux titres Cerus;

Attendu que l'inexistence d'un écrit, le comportement du gestionnaire du portefeuille pendant une longue période et l'abstention à faire signer un nouveau contrat constituent des comportements qui, pris isolément, peuvent trouver leur justification;

Qu'aucun d'eux n'est constitutif d'une faute lourde;

Que c'est toutefois la conjonction de ces comportements, considérés les uns par rapport aux autres, qui constitue une faute lourde imputable à la défenderesse, tout comme la multiplication d'attitudes imprudentes pourrait entraîner une faute lourde;

Que cette solution se retrouve également en matière de droit du travail où plusieurs faits, pris isolément, ne constituent pas "un motif grave" au sens de la loi, c'est-à-dire une faute lourde de nature à ébranler la confiance qui doit présider aux relations de travail, mais dont la répétition ou l'accumulation rendent ces relations définitivement impossibles;

56) Attendu que c'est vainement et à tort que la défenderesse soutient, pour échapper à sa responsabilité, que la réception, sans protestation, d'un avis d'opération équivaut à un consentement sur cette opération;

Qu'en agissant de la sorte, les demandeurs auraient couvert sa faute;

Qu'édictee en termes aussi généraux, la formule méconnaît les effets de la confiance propre à celui qui confie à un gestionnaire de fortune un portefeuille titres en gestion discrétionnaire;

Attendu que "le client d'une société de bourse ne commet pas de faute en ne réagissant pas aux avis d'opérations portant sur des montants anormaux, dès lors qu'ayant donné un mandat de gestion à la société, il n'est pas tenu d'assurer la surveillance de l'évolution de son compte, sauf lorsqu'il reçoit des mises en garde" (Cass. fr. (ch. comm.), 1 février 1994, Rec. Dalloz, Sirey, 1994, p. 424 et note Cl. Ducoulioux-Favard);

Attendu que la faute lourde de la défenderesse, à l'occasion de ses relations contractuelles avec les demandeurs, est ainsi établie;

3. Le dommage

(...)

Par ces motifs,

(...)

Le tribunal arbitral,

(...)

Statuant au fond,

Dit la demande recevable et dès à présent fondée dans la mesure ci-après déterminée;

Dit que la défenderesse a commis des fautes lourdes qui engagent sa responsabilité;

Dit pour droit que les demandeurs ont subi un dommage en relation causale avec les dites fautes;

Mais avant de statuer plus avant,

Ordonne la réouverture des débats pour permettre aux parties de s'expliquer sur le montant du dommage subi par les demandeurs.

Du 29 mars 1996 - Sentence arbitrale

Sié.: Mes Jakhian, Zenner, Mahieux, arbitres.

Plaid.: Walgraffe, Nelissen-Grade, Lefevre.

Observations

1. L'arbitrage en droit bancaire et boursier est rare, surtout lorsqu'il s'agit d'un litige opposant des particuliers à un organisme financier et lorsque les opérations n'ont pas de caractère international.

Les parties peuvent y trouver des avantages certains: confidentialité de l'existence du différend et des informations transmises, compétence des arbitres choisis, rapidité de la procédure, ...

Le coût de cette procédure et l'absence d'un second degré de juridiction restent cependant des freins non négligeables à la diffusion de ce mode non judiciaire de règlement de conflits.

2. La sentence arbitrale (n° 12) a été rendue sur base des règles issues de la loi du 4 décembre 1990 relative aux opérations financières et aux marchés financiers et de l'Arrêté Royal du 5 août 1991 relatif à la gestion de fortune et au conseil en placements.¹ La matière est actuellement régie par la loi du 6 avril 1995 relative aux marchés secondaires, au statut des entreprises d'investissements et à leur contrôle, aux intermédiaires et aux conseillers en placements (spécialement l'article 36, les articles 79 et suivants pour la gestion de fortune et les articles 119 et suivants pour le conseil en placements²). Un

¹ Sur cette réglementation, cons. nat., Romain, J.F., La gestion de fortune et le conseil en placements (loi du 4 décembre 1990), *J.T.*, 1991, p. 629; La gestion de fortune et le conseil en placement: le praticien confronté au nouveau régime légal et réglementaire, *D.A.O.R.*, n° 22, p. 9; Flamée, M., Tilquin, Th., La gestion de fortune et le conseil en placements, *Rev. banq.*, 10/1991, p. 561.

² Cons. B. Feron, la responsabilité du gestionnaire de fortune et du conseiller en placements, séminaire Skyroom, la responsabilité des conseillers, 20 juin 1996.

Arrêté Royal d'exécution qui doit encore être pris. Ces nouvelles dispositions sont très largement inspirées par l'ancienne législation.

Les contrats de gestion de fortune et de conseil en placements ne semblaient donner lieu jusqu'ici qu'à un contentieux restreint. Le nombre croissant de décisions récemment prononcées en la matière³ est sans doute dû à la banalisation récente de ces services financiers, à leur réglementation plus stricte et au comportement plus combatif des investisseurs et des épargnants.

3. Le contrat de conseil en placements - qui comprend tous les services de conseils sur des instruments de financement mais exclut les actes de disposition - est un louage d'ouvrage. Le contrat de gestion de fortune ou de portefeuille constitue, comme le rappelle la sentence arbitrale, un contrat de mandat, assorti d'un contrat de louage d'ouvrage. Mandat en ce que le gérant accomplit, au nom de son client, des actes juridiques de disposition: achat et vente de valeurs mobilières. Louage d'ouvrage en ce qu'il fournit un travail de réflexion, d'analyse et de conseil au départ de la collecte d'informations.

4. L'intervention d'un intermédiaire professionnel n'est pas nécessairement une garantie de rentabilité de l'épargne. Le fonctionnement des marchés reste aléatoire et, dans une certaine mesure, imprévisible.

Les deux décisions (n° 11 et 12 relèvent à bon droit que le gérant est en principe tenu d'une obligation de moyens, de prudence et de diligence, appréciée par rapport au comportement d'un professionnel avisé et averti des techniques et des usages boursiers. Il est cependant tenu à une obligation de résultat lorsqu'il a garanti que les plus-values recherchées seraient obtenues⁴ comme le relève la sentence arbitrale ou, peut-on ajouter, lorsqu'il s'agit de simples opérations techniques qu'un professionnel avisé doit effectuer sans que son client n'ait à subir de préjudice.⁵

Le gestionnaire est responsable de sa faute. Il ne peut - depuis le 1er septembre 1991 - s'exonérer contractuellement ni de sa faute lourde, ni de sa faute la plus légère (article 10, Arrêté Royal du 5 août 1991⁶).

Ce régime d'interdiction des clauses d'exonération de responsabilité est exceptionnel et déroge au droit commun. Il traduit la volonté du législateur de renforcer la responsabilité du professionnel et de mettre fin à des abus constatés dans les années quatre-vingt.

Ces mêmes principes (en ce compris l'interdiction des clauses d'exonération) s'appliquent au conseiller en placements⁷ et on ne peut suivre sur ce point, la sentence arbitrale lorsqu'il y est affirmé que la responsabilité du conseil en placements ne doit être retenue qu'en cas de dol, de mauvaise foi ou d'imprudence grave.

³ Comm. Bruxelles, 9 janvier 1991, *R.D.C.*, 1993, p. 604 et not. J.F. Romain; Prés., Comm. Hasselt (réf.), 24 décembre 1993, *R.P.S.*, 1994, p. 201; Comm. Bruxelles, 7 février 1995, *R.D.C.*, 1996, p. 81; Comm. Bruxelles, 16 mai 1995, *R.D.C.*, 1996, p. 85.

⁴ Cass. France, Comm. 12 juillet 1971, *D.S.*, 1972, 153 et note Ch. Galvada; *R.T.D. Comm.*, 1972, p. 144 et obs. Cabrillac et Rives-Lange.

⁵ M. Storck, contrat de gestion de portefeuille, juriste, banque-crédit, facicule 2210, p. 18, n° 77; Graa, F., la responsabilité civile du banquier en matière de services, juriste, banque et crédit, p. 6, n° 38; Ripert, Roblot, *Droit commercial*, 1981, p. 394, n° 2475; X., Dieux, Questions relatives à l'intermédiation financière en droit positif, in *Les intermédiaires commerciaux*, éd. Jeune Barreau Bruxelles, p. 301; Cass. France, Civ., 22 mars 1977, *D.S.*, 1977, I.R., p. 401, obs. M. Vasseur, *R.T.D. Comm.*, 1977, p. 566 et obs. Cabrillac et Rives-Lange.

⁶ Il est probable que le nouvel Arrêté Royal qui doit être pris en exécution de la loi du 6 avril 1995 contient cette même interdiction. Entre-temps, il faut se référer à l'Arrêté Royal du 5 août 1991 (B. Féron, loc. cit. p. 7 et note 14).

⁷ J.F. Romain, note sous Comm. Bruxelles, 9 janvier 1991, *R.D.C.*, 1993, p. 607.

5. Parmi les obligations incombant au gérant de portefeuille, on retiendra celles d'agir dans les limites de son mandat, de diversifier le patrimoine, de respecter ses propres recommandations et de rendre compte.

Le gérant doit rester dans les limites de son mandat, telles qu'elles sont précisées dans le contrat. Ce contrat, depuis l'Arrêté Royal du 5 août 1991, doit être écrit, préciser le type d'opérations autorisées, les marchés et instruments de placement, déterminer le risque financier admis ... Chacune des deux décisions commentées examine en détail l'étendue de la mission du gérant.

La sentence arbitrale précise que lorsque le client n'adopte pas un comportement spéculatif, le gérant doit diversifier le patrimoine en actions, obligations, liquidités, matières premières. Il est aussi tenu à une diversification à l'intérieur de chacun de ces produits. Se fondant sur les règles prudentielles fixées par la banque elle-même en matière de gestion discrétionnaire, le collège arbitral a estimé que, lorsque la valeur d'un portefeuille est supérieure à 10 millions, le gestionnaire commettrait une faute lourde en investissant plus de 10% dans un même titre. Cette obligation de diversification est considérée par les arbitres comme une règle élémentaire de prudence.

Le gérant doit aussi respecter les recommandations édictées par le Comité de placement de l'organisme financier dont il fait partie. La banque, quant à elle, doit vérifier que le gérant, membre de son personnel, se conforme bien à ses recommandations et, à défaut, lui donner pour instructions de les respecter.

Enfin, le gérant doit rendre compte à son client de sa gestion de façon claire et ponctuelle pour chaque opération passée. Cette information doit être communiquée au client rapidement et de façon périodique - généralement tous les semestres - par la transmission d'un état global du portefeuille (cf. décision n° 11).

Les modalités et périodicités de reddition de compte sont généralement fixées dans le contrat.

6. Le client a l'obligation de réceptionner régulièrement les documents qui sont mis à sa disposition ou qui lui sont envoyés (relevés de compte, avis d'opéré, bilans...) d'en prendre connaissance, de vérifier les informations qui y sont mentionnées, de s'informer, le cas échéant, à leur propos et de contester, s'il y a lieu, les opérations accomplies ou d'émettre à leur sujet des réserves.

Le client doit contester ces documents dans un bref délai pour permettre à l'intermédiaire, le cas échéant, de rectifier rapidement l'opération litigieuse. A défaut de ce faire, le client est présumé avoir ratifié les engagements passés et, en raison du caractère aléatoire de la gestion de portefeuille, il ne peut par la suite mettre en cause la responsabilité de l'intermédiaire.⁸

C'est ainsi que le client ne peut reprocher de prétendues fautes professionnelles à une société de bourse en faisant état d'opérations déficitaires, dès lors que cette dernière lui a régulièrement transmis des avis d'opéré rendant compte de l'exécution des ordres reçus et au vu desquels il n'a émis aucune protestation.⁹

Dans sa décision du 2 février 1995 (décision n° 11), le tribunal de commerce de Bruxelles se prononce en ce sens.

Nous n'approuvons pas la thèse inspirée par la Cour de cassation française¹⁰ reprise dans la sentence arbitrale, consistant à décharger du client, de l'obligation de surveiller

⁸ Cf. note H. de Vauplane, J.P. Boret, *Droit de la bourse*, Litec, 1994, p. 98, n° 154.

⁹ Paris, 29 octobre 1990, *D.S.*, J., 1991, p. 236 et note M. Storck.

¹⁰ Cass. France, Com., 1er février 1994, *Bulletin Joly*, bourse et produits financiers, mars-avril 1994, p. 131 et not. J.J. Essombé Mousno Ussio; *D.S.*, 1994, p. 424 et not. C. Ducouloux-Favard.

l'évolution de son compte en matière de contrat de gestion de portefeuille, sauf lorsqu'il a reçu des mises en garde de la part de l'intermédiaire. A notre avis, le client reste, en effet, tenu, dans tous les cas, d'une obligation de s'informer, de vérifier et de vigilance tout au long de l'exécution du contrat conclu.

Dans une décision de principe récente, rendue en matière d'exécution d'ordres de bourse, la Cour de cassation française semble être revenue sur sa position exprimée dans l'arrêt du 1er février 1994.¹¹

13. Tribunal de commerce de Bruxelles

31 août 1995

BOURSE

Ordre verbal – Preuve – Acte de gestion journalière

Un contrat de vente à terme de devises peut, conformément au droit commun des contrats et aux usages, être valablement conclu verbalement, lorsqu'il ne s'agit pas d'un contrat de gestion de fortune ou de conseil en placement. La preuve du contrat peut être rapportée par toutes voies de droit et notamment par un commencement de preuve par écrit ou par des présomptions sérieuses, précises et concordantes. Lorsqu'un tel contrat constitue une opération isolée de gestion de trésorerie, il peut être valablement conclu par un administrateur-délégué, agissant seul.

BEURS

Mondelinge opdracht – Bewijs – Daad van dagelijks beheer

Een verkoopovereenkomst van deviezen op termijn kan geldig mondeling afgesloten worden overeenkomstig het gemene recht en de gebruiken, wanneer het niet gaat over een contract van vermogensbeheer of van beleggingsadvies.

Het bewijs van het contract mag met alle rechtsmiddelen worden geleverd en in het bijzonder aan de hand van een begin van schriftelijk bewijs of van ernstige, precieze en overeenstemmende vermoedens.

Zo een dergelijk contract bestaat uit een geïsoleerde verrichting van vermogensbeheer, kan het geldig gesloten worden door een afgevaardigd bestuurder, die alleen optreedt.

(S.A. Luxaplast / S.A. B.B.L.)

¹¹ "Si la réception sans protestation ni réserve des avis d'opéré fait présumer l'existence et l'exécution des opérations qu'ils indiquent, elle n'empêche pas le client, pendant le délai convenu ou, à défaut, pendant le délai de prescription, de reprocher à celui qui a effectué ces opérations de n'avoir pas agi conformément aux ordres reçus" (Cass., com., 26 mars 1996, *Banque et Droit*, juillet-août 1996, p. 33).

(...)

I. Faits et thèses des parties

Les principaux faits de la cause et les thèses des parties peuvent être résumés comme suit à l'examen de leurs explications et des dossiers:

1. Le 13 septembre 1993, l'administrateur délégué de la S.A. Luxaplast, Mr Glorieux, se rendit à la banque et y discuta d'un éventuel contrat de vente à terme de liras italiennes.
2. Le 14 septembre 1993, Mr Glorieux téléphona à la banque (conclusions de Luxaplast, p. 3 et concl. ad. p. 2). Celle-ci situe la conclusion du contrat lors de cet entretien. Luxaplast conteste avoir contracté avec la banque et soutient qu'il n'y aurait eu qu'une offre de la BBL qu'elle n'aurait pas acceptée.

Suite à cet entretien téléphonique, la banque adressa le même jour en fin de matinée une télécopie à Luxaplast traduite librement comme suit:

"Concerne couverture réalisée en liras italiennes cf. entretien téléphonique 14/9.

Couverture de 9.500.000 ITL à 6 mois votre achat à 2,2575".

Luxaplast prétend pour la première fois dans ses conclusions additionnelles (p. 3) que Mr Glorieux aurait immédiatement téléphoné à la banque pour contester cette télécopie. Cette contestation alléguée par Luxaplast est démentie par la banque et n'est pas prouvée. Elle ne ressort pas de la correspondance abondante échangée entre les parties avant l'engagement du procès.

3. Le même 14 septembre 1993, la banque établit les avis intégrés relatifs à l'opération de vente à terme comprenant trois feuillets (n^{os} 4, 5 et 6).

Le feuillet n^o 4 indiquait les différentes modalités du contrat (traduction libre: notre réf. v. réf: 14/09 contrat de change à terme HA85140974021117 à l'échéance 16.3.94. Vous fournirez à la BBL: 79.012.500,-FB au taux de 2,257500. La BBL vous fournit: 3.500.000.000 ITL). Il y était demandé à Luxaplast dans son intérêt d'informer la banque de l'emploi du contrat au plus tard deux jours ouvrables avant son échéance. Il lui était également demandé de renvoyer à la banque, à l'usage de son unité devise à Courtrai, le feuillet n^o 5 muni de sa signature.

Le feuillet n^o 5 était rédigé comme suit (traduction libre): Page destinée à la BBL - unité Devises Courtrai.

Confirmation contrat de change à terme: HA... à l'échéance 16.3.94.

Nous fournissons à la BBL: FB 79.012.500 au taux de 2,257500.

La BBL nous fournit: ITL 3.500.000.000.

Message:

Il va de soi que nous ne recevons le montant qui nous revient qu'après notre fourniture de la contre-valeur au plus tard à l'échéance. En cas de non-fourniture à cette date, la banque aura le droit de liquider la transaction à nos risques et périls.

Expéditeur 385-0410541-03 date signature S.A. Luxaplast.

Le feuillet n^o 6 de l'avis débitait le compte de Luxaplast d'une provision de change de 9.850 francs à titre de frais sur l'opération à la date du 14 septembre.

4. Luxaplast expose que Mr Glorieux a réagi contre cette déduction de frais et que la banque aurait reconstitué la somme de 9.850 francs en reconnaissant qu'il s'agissait d'une erreur.

La comptabilité de Luxaplast a renvoyé le 16 septembre 1993 le feuillet n° 6 avec la mention: suite à notre entretien téléphonique de ce jour nous vous prions de créditer ces frais bancaires. Considération distinguée. La comptabilité (traduction libre).

La banque expose que le responsable de la comptabilité de Luxaplast a contesté les frais en cause et qu'elle accepta pour des raisons d'opportunité commerciale de les rembourser, le tarif de l'opération n'ayant pas été formellement communiqué à Luxaplast au moment de la conclusion du contrat.

Elle précise qu'à cette occasion Luxaplast n'a aucunement contesté l'existence même du contrat.

Lors du remboursement, la banque mentionna sur l'avis: remboursement provision de change sur achat à terme ITL conformément à notre entretien téléphonique (trad. libre).

Le remboursement se fit à la valeur du jour pris en considération lors du débit soit le 14 septembre 1993.

Luxaplast en déduisit selon son exposé (concl. ad. p. 6) que l'opération en son entier réalisée par erreur par la banque avait été annulée. Pour elle il n'y avait jamais eu de contrat et même s'il y en avait eu un, la banque y avait renoncé (2ème concl. ad. p. 3).

5. Il n'y eut plus de contacts entre les parties au sujet du contrat litigieux pendant plus de deux mois.

Le 23 novembre 1993, la banque constatant qu'elle n'avait pas reçu en retour l'avis intégré du 14 septembre signé par Luxaplast, lui demanda de faire le nécessaire en ce sens.

Le 29 novembre, Luxaplast répondit qu'il n'y avait jamais eu de contrat d'achat de liras italiennes.

Elle avait entre-temps, le 19 novembre, acheté cinq options d'achat sur des liras italiennes à concurrence de 98.550.000 francs proposées par la Kredietbank.

Le cours de la lire avait par ailleurs relativement chuté entre la mi-septembre et la mi-novembre.

6. Une importante correspondance fut échangée entre les conseils de Luxaplast et la banque. Chaque partie maintint sa position.

A l'échéance du contrat querellé, en mars 1994 la banque dénoua l'opération et revendit les liras ce qui engendra une perte de quelque 6 millions pour la demanderesse.

Celle-ci lança citation début avril 1994 et entend être indemnisée de sa perte en soutenant que la banque a exécuté sans droit un contrat inexistant.

II. Discussion

A. Quant à l'existence du contrat de vente à terme

Il appartient à la banque de rapporter la preuve du contrat dont elle se prévaut pour justifier le débit opéré sur le compte de sa cliente.

S'agissant d'un contrat relatif à une opération financière sur le marché boursier, il peut conformément au droit commun des contrats et aux usages être conclu verbalement, ce qui est justifié en pratique par la fluctuation rapide des taux de change (J.P. Buyle et X. Thunis, Jurisprudence commentée en droit bancaire et boursier, R.D.C., 1993, p. 1067 et décisions commentées Com. Brux. 27 avril 1992, p. 1059).

La preuve du contrat verbal peut être rapportée par toutes voies de droit et notamment par un commencement de preuve par écrit ou par des présomptions sérieuses, précises et concordantes.

La banque prouve le contrat qu'elle invoque par les éléments suivants pris dans leur ensemble:

1) l'envoi de la télécopie du 14 septembre 1993 dont il ne ressort d'aucun élément du dossier qu'elle ait été contestée par Luxaplast alors qu'elle reprenait un accord verbal lors de l'entretien téléphonique du même jour.

Le texte de cette télécopie fait clairement référence à l'achat de liras par Luxaplast ("votre achat") qui nécessitait une couverture de la part de la banque.

Il s'agit bien de la mise par écrit d'un contrat conclu et non d'une simple offre.

Si Luxaplast n'était pas d'accord avec le contenu de cette télécopie, elle devait en informer immédiatement la banque (Buyle et Thunis, op. cit., et références citées, p. 1069 § 2 et 3).

2) l'envoi des avis intégrés par la banque le même jour dont le feuillet n° 4 actait le contrat avenant le 14 septembre et l'absence de contestation du contrat par Luxaplast à la réception de ces avis intégrés.

Le quatrième feuillet confirmait la conclusion du contrat et ne constituait pas un projet de contrat, comme le prétend Luxaplast.

A nouveau, il appartenait à Luxaplast de réagir à la réception de ces documents, si elle considérait qu'il n'y avait pas de contrat et ce d'autant qu'ils étaient précédés de la télécopie du 14 septembre citée ci-avant.

A défaut d'une protestation immédiate justifiée par la rapidité des transactions commerciales, d'autant plus si elles concernent le secteur boursier, le commerçant qui reçoit la confirmation d'une transaction impliquant une obligation de sa part est présumé y avoir acquiescé (Van Ryn et Heenen, Principes de droit commercial, t. III, 2ème éd., n° 14, p. 19).

La contestation de Luxaplast date du 29 novembre 93 soit plus de deux mois après la réception des télécopies et avis. Elle est tardive.

La circonstance que Luxaplast n'ait pas renvoyé signé le cinquième feuillet de l'avis bancaire ne peut être considérée comme étant une contestation. Ce document ne constituait qu'une confirmation du contrat déjà conclu lors de l'entretien téléphonique du 14 septembre 1993.

La signature demandée ne conditionnait ni la formation ni la validité du contrat.

Si Luxaplast a contesté immédiatement les frais bancaires dont son compte avait été débité, elle n'établit nullement avoir contesté l'existence du contrat.

La contestation des frais n'impliquait pas en soi la contestation de l'opération de vente à terme.

La contestation émanait de la comptabilité de Luxaplast et non de son dirigeant. Cette contestation spécifique constituerait plutôt une preuve supplémentaire de l'existence du contrat et de l'acquiescement de Luxaplast à toutes les autres modalités.

Il s'agissait d'une contestation mineure acceptée par la banque pour des raisons de défaut d'information. En recreditant les frais litigieux à la date valeur à laquelle elle les avait débités, la défenderesse a uniquement annulé ces frais. L'avis indiquant cette rectification ne pouvait en aucune manière être interprété comme un avis d'annulation du

contrat global ou comme une renonciation de la banque audit contrat. La renonciation à un droit ne peut se déduire que de faits non susceptibles d'une autre interprétation.

La demanderesse estime que s'il y avait eu contrat, elle aurait été tenue informée entre septembre et novembre 93 de l'évolution de "son investissement". Elle ne précise pas l'information qu'elle aurait dû recevoir. S'agissant d'une opération à terme (du 16 mars 1994) parfaitement définie le 14 septembre 93, le défaut d'envoi d'information (lesquelles?) par la banque ne peut aboutir à mettre en doute l'existence du contrat.

Il en va de même du fait que Luxaplast se soit informée auprès d'autres banques en septembre 1993 et que l'une d'elles selon une attestation faite en mars 1994 écrive lui avoir déconseillé d'acheter des lires italiennes "en septembre 1993" au-dessus du cours de 2,15 FB (avant ou après le 14 septembre?).

L'investissement opéré à la mi-novembre par la demanderesse auprès de la KB est également sans incidence sur la solution du litige.

B. Validité du contrat

1. La demanderesse plaide que le contrat litigieux dépassait le cadre de sa gestion journalière et nécessitait dès lors aux termes de l'article 16 de ses statuts la signature de deux administrateurs, ce que la banque savait.

Or, seul l'administrateur délégué de Luxaplast a engagé celle-ci dans l'opération critiquée.

Cette opération constituait une opération isolée de gestion de trésorerie et entrait dans les limites du mandat de l'administrateur délégué de Luxaplast.

Le fait que le contrat d'option avec la KB ait été signé deux mois plus tard par Monsieur W. Glorieux *seul* le confirme.

La banque conteste avoir toujours demandé la signature de deux administrateurs pour toute opération dépassant 500.000 francs et la demanderesse ne prouve pas son allégation à cet égard.

2. La demanderesse ne prouve pas que le contrat litigieux serait un contrat de gestion de fortune ou de conseil en placements au sens de l'article 157 de la loi du 4 décembre 1990 relative aux opérations financières et aux marchés financiers. Elle ne peut partant se prévaloir de l'obligation dans un tel cas d'établissement d'un contrat écrit préalable.

La banque expose qu'il s'agissait d'une simple opération isolée de gestion de trésorerie effectuée à l'initiative de Luxaplast. Les dossiers déposés corroborent cette thèse.

C. Exécution du contrat

Le contrat a été correctement exécuté par la banque en débitant le compte de Luxaplast du montant de 79.012.500 francs et en créditant son compte de 3.500.000.000 lires italiennes en mars 1994.

La banque a prévenu à plusieurs reprises Luxaplast qu'elle liquiderait l'opération si elle ne provisionnait pas son compte des 79 millions prévus. La liquidation de la transaction et la vente des lires italiennes afin de réduire le solde débiteur du compte de Luxaplast constituaient le dénouement logique du contrat à défaut d'autres instructions, limitaient le dommage de Luxaplast et étaient conformes au principe de l'indivisibilité du compte courant repris à l'article 77 du règlement général des opérations de la banque.

Le contrat de vente à terme a été valablement conclu entre les parties. Il a été correctement exécuté par la défenderesse. L'action de la S.A. Luxaplast est par conséquent non fondée.

Par ces motifs,

Le Tribunal,

Déclare l'action recevable mais non fondée.

Du 31 août 1995 – Comm. Bruxelles

Siég.: Mme Henrion, juge et MM. Demain et Broughton.

Plaid.: Mes Van Gerven et Dujardin loco Lievens.

Observations

1. Un appel a été interjeté contre ce jugement.

2. La preuve des ordres de bourse verbaux continue à occuper, de manière récurrente, les prétoires, particulièrement lorsqu'il s'agit d'opérations sur le marché à terme qui s'avèrent déficitaires.

Dans un jugement inédit prononcé le 18 janvier 1995, en matière de vente et d'achat à terme de devises, le tribunal de commerce de Bruxelles rappelle que lorsque le client reçoit des documents confirmant ses ordres (avis d'information, confirmation, extrait de compte ...), il doit en prendre connaissance et "faire valoir ses contestations quant à l'existence ou aux modalités de l'opération endéans un délai extrêmement court, en l'espèce dans les 5 jours ouvrables". "Le délai de protestation doit être très bref pour permettre éventuellement une rectification rapide compte tenu des fluctuations des cours des marchés".¹

La cour d'appel de Gand a, par ailleurs récemment, rappelé que les ordres verbaux en matière de transactions à terme sur devises sont usuels.² Sur toutes ces questions, on se reportera à nos précédentes chroniques.³

14. Tribunal de commerce de Bruxelles

10 octobre 1995

BOURSE

Ordre d'achat à terme – Couverture

Lorsqu'une banque accepte un ordre d'achat à terme moyennant la constitution d'une couverture déterminée, elle commet une faute en modifiant par la suite unilatéralement les conditions de la garantie exigée et en n'exécutant qu'une partie des ordres donnés sans en avertir son client.

¹ Comm. Bruxelles, 16^e chambre, 18 janvier 1995, S.A. Finadi/S.A. Générale de Banque, inédit, R.G. 13.448/93.

² Gand, 7^e chambre, 11 mai 1995, G. Martens/E. De Busschere et crts, inédit, A.R. 48.561/92.

³ R.D.C., 1993, p. 1067, R.D.C., 1994, p. 1137 et R.D.C., 1995, p. 1063.

BEURS**Termijnorder – Aankoop – Dekking**

Wanneer een bank een aankooporder op termijn aanvaardt mits de samenstelling van een bepaalde dekking, begaat ze een fout wanneer ze eenzijdig de voorwaarden van de geëiste garantie verandert en wanneer ze slechts een bepaald deel van de gegeven opdrachten uitvoert zonder de cliënt in te lichten.

(Duhaud / S.A. Crédit Général)

L'action tend à la condamnation de la banque au paiement de:

380.758 frs représentant une perte de bénéfice en raison de la non-exécution d'ordres d'achat de titres sur le marché à terme donnés le 19 février 1991,

930.539 frs représentant une perte de plus-value sur portefeuille en raison du même refus de la banque d'exécuter des ordres d'achat du 19 février 1991,

1.380.000 frs représentant une perte relative à la non-disponibilité de titres C.B.R. que la banque aurait "bloqués" sur le compte de Mr Duhaud,

34.736 frs représentant des intérêts dont la banque n'aurait pas crédité à tort les comptes de Mr Duhaud en ses livres;

La défenderesse conclut à l'irrecevabilité et au non-fondement de l'action.

Mr Duhaud expose avoir une connaissance approfondie des opérations de bourse et avoir entretenu des relations privilégiées avec le Crédit Général pendant plusieurs années en tant que Président du club d'investissement Rixinvest dont le siège se trouvait à l'agence du Crédit Général de Rixensart;

Fin 1990-début 1991, il encourut des pertes sur des opérations boursières à terme qui s'élevèrent à un peu plus d'un million;

Le 19 février 1991, Mr Duhaud donna des ordres d'achat de titres sur le marché à terme pour une valeur d'environ 3.700.000 frs. Il fournit en même temps une couverture de quelque 28% de l'ordre. La banque délivra les bordereaux confirmant cinq ordres d'achat portant sur les titres Acec, CBR, Gechem, Petrofina et GIB (pièces 14-15 dossier de Mr Duhaud);

Ces opérations qui ne seront que partiellement exécutées font l'objet des deux premiers postes de créance du demandeur;

Le 26 février 1991, Mr Duhaud apprit que la banque n'avait exécuté que l'ordre d'achat des titres GIB et qu'elle refusait d'exécuter les quatre autres ordres estimant que la garantie à délivrer par son client devait être préalablement portée de 25% à 100%. La banque entendait également que les opérations soient clôturées en fin de terme ce qui empêchait Mr Duhaud d'encore donner des ordres de reports;

Le demandeur se plaint de cette situation auprès de la banque par courrier du 27 février dans lequel il faisait également état du sort de 500 titres CBR déposés "libéralement" par la banque sur son compte et dont il refusait le retrait alors que le Crédit Général soutenait que ce dépôt avait été opéré erronément;

Le dépôt des titres CBR concerne le troisième poste de créance du demandeur;

La banque confirma sa position par courrier du 14 mars 1991 en motivant l'exigence d'une garantie de 100% sur les opérations à terme par les pertes encourues dans les derniers mois par Mr Duhaud et expliqua que les 500 titres CBR représentaient la livraison d'un achat effectué alors que le même poste avait été revendu avant livraison scripturale;

Quelque deux mois plus tard, Mr Duhaud réécrivit à la banque en réitérant sa plainte concernant les modifications des conditions des opérations sur le marché à terme et en relevant des "anomalies" quant aux dates d'inscription des opérations en compte influençant défavorablement le montant des intérêts de son carnet de dépôt. Il contestait également l'ouverture à son nom d'un compte à vue non provisionné pour lequel un intérêt débiteur de 10.134 frs lui était compté;

La banque ne répondit pas à cette lettre;

Mr Duhaud écrivit le 26 août 1991 pour demander la clôture de ses comptes auprès de la banque à la date du 1er septembre 1991, les sommes se trouvant sur le compte à vue et sur le compte omnium devant être virées à un compte ouvert auprès du Crédit Communal avec une valorisation pour le 3 septembre 1991 au plus tard;

La banque clôtura les comptes à vue et omnium le 30 août, les 31 août et 1er septembre étant deux jours fériés;

Elle valorisa les intérêts au 29 août pour le 1er compte et au 23 août pour le second;

Mr Duhaud contesta cela par courrier du 2 septembre;

La banque répondit le 6 septembre 1991 en se référant pour le carnet "omnium" "à la nouvelle réglementation en vigueur auprès de notre institution et qui suivant la législation en la matière a été affichée publiquement dans toutes nos agences";

Ces dernières correspondances relatives aux intérêts concerne le quatrième poste de créance du demandeur;

Citation fut lancée en février 1992.

Discussion

(...)

a. L'ordre d'achat du 19 février 1991 et ses suites

1. Contrairement à ce que prétend la banque, elle avait accepté l'ordre d'achat du demandeur du 19 février 1991 portant sur les titres Petrofina, CBR, Acec, Gechem et GIB comme l'établissent les bordereaux déposés par Mr Duhaud qui spécifient que les titres achetés seront à sa disposition à l'agence;

2. La banque a fautivement après l'acceptation de ces ordres et par conséquent la conclusion avec le demandeur des contrats de commission y relatifs, modifié les conditions contractuelles en imposant une garantie majorée par rapport à la garantie convenue antérieurement de 25%;

Une fois les ordres acceptés, la banque ne pouvait plus modifier la garantie exigée;

La garantie fournie par le demandeur était conforme aux accords existant entre les parties à l'époque de la conclusion des contrats et respectait le prescrit légal de l'arrêté royal du 15 octobre 1934 applicable en l'espèce;

En modifiant unilatéralement les conditions contractuelles et en n'exécutant qu'une partie des ordres donnés sans en avertir par ailleurs son client, la défenderesse a commis une faute et doit réparer le dommage causé par celle-ci;

3. En ce qui concerne le dommage, le demandeur a eu connaissance du refus d'exécution de ses ordres le 26 février 1991. Il écrivit immédiatement le 27 à l'administrateur-délégué de la banque qu'il avait connu dans le cadre du club d'investissement pour qu'il examine d'urgence la situation. Il reçut une lettre d'attente le 4 mars puis une lettre confirmant la position de la banque le 14 mars;

A cette date, devant l'attitude définitive de la banque, le demandeur, tenu à limiter son préjudice, devait s'adresser à un autre banquier ou agent de change pour exécuter les ordres refusés par le Crédit Général;

C'est la date du 14 mars 1991 et non celle du 26 février qu'il faut retenir comme clôture de la période dédommageable car à l'examen du dossier rien ne permettait au demandeur de prévoir la voie de fait dont la banque fut l'auteur;

Il avait eu des relations privilégiées avec le Crédit Général et certains de ses membres pendant plusieurs années, ce qui n'est pas contesté par la partie adverse. La Banque avait commis une faute. Il pouvait dès lors légitimement penser qu'en réexaminant la situation, elle modifierait son comportement;

Les rapports existant entre un banquier et son client sont basés sur la confiance, et la confiance ne se balaye pas si rapidement que Mr Duhaud aurait dû comprendre dès le 26 février que la décision fautive de la banque, apprise par lui par hasard, resterait intangible;

Par ailleurs, la banque aurait pu répondre plus rapidement à sa lettre du 27 février. S'agissant d'ordres boursiers, il y avait urgence.

Il convient de tenir compte, pour l'évaluation du dommage, des limites de cours qui avaient été données par le demandeur pour l'achat des titres;

Ainsi pour les Acec la limite était de 2.530 frs,

pour les CBR la limite était de 6.650 fr,

pour les Gechem la limite était de 810 frs et

pour les Petrofina la limite était de 2.540 frs;

Concernant ces deux derniers titres, ils devaient être achetés le 20 février (tableau déposé par la banque);

Il appartient à la banque, auteur de la faute et disposant des informations nécessaires, de collaborer à la charge de la preuve en produisant le tableau de l'évolution des cours des titres en cause jusqu'au 14 mars compris et non jusqu'au 26 février comme elle le fait;

Il y aura lieu de vérifier sur ce tableau si les titres Acec et CBR ont ou non dépassé les limites de valeur imposées et examiner l'évolution des cours des quatre titres en cause du 19 février au 14 mars 1991 inclus.

(...)

Par ces motifs,

Le Tribunal,

(...)

Déclare l'action recevable et provisionnellement fondée à concurrence de trente-quatre mille sept cent trente-six francs;

Condamne la défenderesse à payer au demandeur la somme provisionnelle de trente-quatre mille sept cent trente-six francs;

Rouvre les débats afin que soient produits les éléments repris au point II.a du jugement et afin de permettre à la demanderesse de produire tout élément à l'appui des créances qu'elle fait valoir et qui ne sont pas encore tranchées;

(...)

Du 10 octobre 1995 - Commerce Bruxelles

Siég.: Mme **Henrion**, Juge et MM. **Demain** et **Lalmand**, juges consulaires.

Plaid.: Mes **Gilles** et **Gribaumont loco 't Kint**

Observations

L'intermédiaire financier n'a pas l'obligation d'accepter toutes les opérations à terme demandées par le client, même si de nombreuses opérations de ce genre ont été réalisées avec lui antérieurement.¹ Les organismes financiers prévoient souvent dans leur règlement général des opérations qu'ils se réservent le droit de rejeter les ordres ou les instructions "non à leur convenance". Les intermédiaires financiers peuvent aussi conditionner l'acceptation des ordres reçus d'un client.² La simple remise d'un ordre de bourse par le client ne fait pas naître le contrat s'il n'est pas accepté par l'autre partie.

Lorsqu'un client non professionnel agit sur le marché à terme, il est usuel que l'intermédiaire qui reçoit l'ordre l'invite à constituer une garantie, sous la forme d'une couverture.³

"L'exigence d'une couverture n'est pas seulement destinée à garantir la société de bourse contre l'insolvabilité de son client, mais a aussi pour finalité de protéger le donneur d'ordre contre les risques inhérents au marché boursier".⁴

Auparavant, cette couverture était obligatoire pour le donneur d'ordre non professionnel agissant sur le marché à terme et les conditions relatives à sa validité⁵, à sa consistance et à son importance étaient strictes et rigoureuses.⁶

¹ Merchiers, Y., Colle, Ph., Dambère, M., *Overzicht van rechtspraak, algemeen handelsrecht, handelscontracten, bank-krediet-wissel- en chequeverrichtingen*, (1987-1991), *T.P.R.*, 1992, p. 920, n° 144; *Prés. Comm. Bruxelles (Réf.)*, 12 mai 1987, *Rev. Banq.*, 1989/4, p. 265 et obs. C. Martin; *Comm. Bruxelles*, 25 janvier 1989, *T.R.V.*, 1989, p. 552, note W; Kupers et *R.D.C.*, 1990, p. 31, obs. A.B.; T.G.I. Pontaise, 4 octobre 1995, *Banque et droit*, 1996, n° 45, p. 33.

² De Juglat, M., Ippolito, B., *Traité de droit commercial*, Tome VII, *Banques et Bourses*, 3e Ed. par L.M. Martin, Montchrestien, 1991, n° 722.

³ Sur l'analyse juridique de la couverture, cons. H. de Vauplane, J.P. Bornet, *Droit de la bourse*, Litec, 1994, p. 260, n° 370.

⁴ Paris, 16 avril 1991, *Dr. soc.*, 1991, n° 360.

⁵ Le non-respect de cette formalité était sanctionné par la nullité relative du contrat et l'irrecevabilité de l'action du mandataire (Civ. Liège, 20 septembre 1990-14 novembre 1991, *R.D.C.*, 1992, p. 1002 et notre note d'observations).

⁶ Arrêté Royal n° 10 du 15 octobre 1934 relatif aux marchés à terme des titres cotés en bourse en décision Commission de la Bourse de Bruxelles, séance du 23 juin 1992, circulaire 40/92 du 7 juillet 1992.

Actuellement, les conditions relatives à la constitution de cette garantie ont été assouplies tant sur le fond que sur la forme.⁷ Ainsi, par exemple, le recours à l'écrit et le caractère obligatoire de la couverture pour les non-professionnels ont été abandonnés.

Lorsqu'une couverture est exigée contractuellement et qu'elle n'est pas constituée par le client, l'intermédiaire peut refuser d'exécuter l'ordre. S'il a déjà conclu l'opération, il peut annuler les effets de celle-ci par une opération en sens inverse, en rachetant les titres vendus et non livrés ou en revendant les titres achetés et non payés et ce, sans mise en demeure préalable du client.⁸ Les frais de rachat ou de revente et les risques sont dans ce cas à charge du client défaillant.

Lorsqu'un ordre est accepté et confirmé et que la couverture est constituée par le client, l'intermédiaire est tenu d'exécuter le contrat avec diligence et selon les conditions convenues.

Dans ce cas, l'intermédiaire ne peut pas modifier unilatéralement les conditions de la couverture et, sous prétexte de la non-constitution d'une garantie complémentaire qu'il exigerait par la suite, ne pas exécuter l'ordre donné. En agissant de la sorte, l'intermédiaire engagerait, comme en l'espèce commentée, sa responsabilité de commissionnaire.

Il en serait de même si un intermédiaire négligeait de faire appel à une couverture, acceptait un ordre, puis exigeait brutalement la constitution d'une garantie par la suite.⁹

⁷ Arrêté Ministériel du 16 avril 1996 portant approbation du règlement du marché de la bourse de Bruxelles (conditions relatives à la couverture: articles 84 et suivants; obligation d'information: article 107).

⁸ Article 87. Arrêté Ministériel du 16 avril 1996 portant approbation du règlement du marché de la bourse de Bruxelles.

⁹ Cass. France, 23 octobre 1990, Bull. civ. IV, n° 243, *Banque et Droit*, mai-juin 1991, p. 113 et obs. J.L. Guillot, D.S., 1992, *Somm. Comm.* 29, obs. M. Vasseur.

IV. AUTRES OPÉRATIONS ANDERE VERRICHTINGEN

15. Tribunal de commerce de Bruxelles

27 avril 1995 et 3 mai 1996

CONTRAT

Obligations – Renseignements commerciaux – Avis et conseils – Obligation de moyens

Lorsqu'une banque fournit à un client des renseignements commerciaux, un avis ou un conseil, elle est tenue à une obligation de moyen. La banque doit vérifier les informations qu'elle donne ou sur lesquelles elle se fonde. Le client préjudicié doit établir le caractère déterminant de l'influence de l'information ou du conseil reçu sur sa décision.

OVEREENKOMST

Verplichtingen van partijen – Levering van inlichtingen – Commerciële inlichtingen – Adviezen en raadgevingen – Middelenverbintenis

Wanneer een bank aan een cliënt commerciële inlichtingen, een advies of een raadgeving geeft, is ze slechts gehouden tot een middelenverbintenis. De bank moet de informatie die ze geeft of waarop ze zich steunt, verifiëren. De benadeelde cliënt moet het bepalende karakter van de invloed op zijn beslissing van de verkregen informatie of raad aantonen.

(Pilloy / S.A. B.B.L. et F. Vandebroek, M.G. Gilles / S.A. B.B.L.)

(...)

Le 27 avril 1995, le tribunal de commerce de Bruxelles prononce le jugement suivant:

Les principaux faits de la cause peuvent être résumés comme suit à l'examen des dossiers et des explications des parties:

1. Relations de la banque et de Dimpex

La banque avait ouvert un crédit à la S.A. Dimpex utilisable en crédit de caisse et en crédit d'investissement.

Cette société qui faisait du commerce de véhicules et de pièces détachées était dirigée par son administrateur délégué, Mr Dicembre.

Elle était chapeautée par un holding luxembourgeois, 3Di, qui détenait 60% de ses actions et qui était également titulaire d'une participation majoritaire dans deux autres sociétés à savoir les sociétés luxembourgeoises World Part Services (W.P.S.) et Manage-

ment Trading & Consulting (Matraco). Mr Dicembre détenait quant à lui une participation majoritaire dans le capital de 3 Di.

Le 13 juin 1991, la banque suspendit ses crédits puis les dénonça le 23 juillet en raison du défaut de réalisation d'une augmentation de capital de la société qui avait été jugée nécessaire et prévue.

L'ouverture de crédit d'un montant total de 46.600.000 francs était utilisée alors à concurrence de quelque 28 millions essentiellement en crédit de caisse.

Le dossier fut transmis au sein de la banque au département juridique contentieux et fut traité par Mr Steels qui rencontra à plusieurs reprises Mr Dicembre.

Ce dernier informa la banque de négociations avec des actionnaires potentiels en vue de réaliser l'augmentation de capital ajournée.

La banque put voir que Dimpex continuait à fonctionner et à faire des affaires malgré la dénonciation des crédits. Elle payait régulièrement les intérêts au taux de 17% soit le taux majoré en raison de la dénonciation.

2. Intervention de Mr Vandebroek

Parallèlement à cela, Mr Vandebroek, agent en douane, expose avoir rencontré Mr Dicembre à la mi-1991. Ce dernier lui proposa de s'associer et lui suggéra pour être mieux informé sur Dimpex de s'adresser à Mr Steels à la B.B.L.

Mr Vandebroek qui était client de la B.B.L. s'adressa au gérant de son agence, Mr Foulon, qui prit contact avec Mr Steels. Il eut également un entretien téléphonique personnel avec Mr Steels.

Les demandeurs situent cela à la fin août 1991. Les parties sont contraires en fait sur le contenu de l'information qui fut donnée par Mr Steels.

Selon Mr Vandebroek, Mr Steels aurait indiqué tant à lui-même qu'à Mr Foulon que Dimpex manquait de liquidités mais avait un très grand potentiel d'avenir et aurait affirmé que s'il le pouvait il investirait à titre personnel dans la société.

Selon la défenderesse, Mr Steels aurait indiqué le motif pour lequel le dossier de Dimpex avait été transmis au département juridique à savoir une sous-capitalisation de la société et la nécessité d'une nouvelle mise de fonds et non le fait que l'activité de Dimpex aurait rencontré des difficultés préoccupantes.

Mr Steels aurait par ailleurs insisté sur la nécessité de fonder toute éventuelle décision d'investissement sur un audit personnel de la situation comptable de Dimpex.

Les demandeurs soutiennent avoir décidé d'investir dans Dimpex suite aux informations données par Mr Steels dont ils auraient ignoré qu'il se trouvait au département juridique de la banque.

Ils déposent une convention du 4 septembre 1991 signée par Mr Vandebroek et Mr Dicembre par laquelle ce dernier vend pour le prix de 7 millions, payables par tranche entre le 4 septembre 1991 et le 25 mai 1992;

- 15% du capital nominal de 3Di
- 6% du capital nominal de W.P.S.
- 6% du capital nominal de Matraco
- 6% du capital nominal de Dimpex.

Ils déposent par ailleurs trois documents intitulés "cession d'actions" datés du 3 juillet 1992 qui confirment partiellement les ventes.

Ces achats n'apportaient pas d'argent à Dimpex.

Mr Vandebroek fut nommé administrateur de Dimpex le 26 décembre 1991.

Il soutient n'avoir eu de rôle actif qu'à partir de septembre 1992 et avoir constaté petit à petit l'état de dégradation de la société qui aboutit à la décision de l'assemblée générale de Dimpex du 22 mars 1993 de faire aveu de faillite, ce qui fut fait et entraîna le prononcé de la faillite par le tribunal de céans le 26 mars 1993.

3. Intervention de Mr Pilloy

De son côté, Mr Pilloy, directeur financier, rencontra Mr Dicembre qui lui proposa une collaboration au sein de Dimpex fin 1991. Il fut nommé administrateur de Dimpex le 26 décembre 1991 avec effet au 1er juillet 1992.

Souhaitant obtenir des informations détaillées au sujet de la situation financière de Dimpex, Mr Dicembre lui suggéra de s'adresser à Mr Steels, fondé de pouvoir attaché au service juridique de la B.B.L.

Mr Pilloy rencontra à plusieurs reprises Mr Steels dont il connaissait les fonctions entre le 10 mars et le 25 mai 1992 au siège de la banque.

Les parties sont à nouveau contraires en fait sur les informations qui furent communiquées par Mr Steels.

Selon Mr Pilloy, Mr Steels lui aurait vivement conseillé d'investir dans Dimpex dont les perspectives commerciales étaient très intéressantes.

Il aurait indiqué que la banque souhaitait vivement que Mr Dicembre s'associe avec un nouvel investisseur devant s'occuper de la gestion administrative et financière de Dimpex, profil auquel correspondait Mr Pilloy.

Il aurait indiqué que Dimpex payait régulièrement les intérêts de 17% sur les crédits de caisse et que dès qu'un nouvel investisseur interviendrait ce crédit serait transformé en crédit d'investissement pour alléger la charge d'intérêts.

Selon la banque, Mr Steels aurait informé Mr Pilloy du motif pour lequel le dossier se trouvait au service juridique à savoir la non-réalisation de l'augmentation de capital nécessaire annoncée.

Il aurait indiqué qu'à sa connaissance Dimpex continuait à faire des affaires comme auparavant et que la banque accepterait un remboursement différé des crédits échelonné sur 5 ou 6 ans avec un taux favorable de 10% au lieu du taux majoré de 17% dans l'hypothèse où l'augmentation de capital serait réalisée.

Il aurait insisté sur la nécessité de fonder toute éventuelle décision d'investissement sur un audit personnel de la situation comptable de Dimpex.

Mr Pilloy expose que les informations données par Mr Steels l'ont déterminé à investir 5.700.000 francs dans les sociétés de Mr Dicembre le 20 juillet 1992.

Cet investissement s'est réalisé par une augmentation de capital de la holding luxembourgeoise 3 Di, principal actionnaire de Dimpex. La convention prévoyait le transfert au profit de Mr Pilloy de la propriété de 15% des actions de 3 Di et des trois sociétés chapeautées par la holding.

La société 3 Di octroya alors un prêt subordonné de 7 millions à Dimpex.

Mr Pilloy, en qualité d'administrateur de Dimpex, transmet à la banque les documents relatifs au prêt subordonné et la preuve du transfert des fonds au profit de Dimpex. La banque accorda alors la réduction de taux prévue de 17% à 10% et la possibilité de rembourser les crédits dénoncés en 6 ans avec une première année de carence, vu les efforts de l'actionnariat.

Mr Pilloy expose n'être entré en fonction comme administrateur de Dimpex qu'en juillet 1992 et soutient n'avoir eu accès à sa comptabilité qu'après le 22 juillet 1992.

Il constata alors que les bilans que lui avait remis Mr Dicembre contenaient de nombreuses surévaluations d'actifs et sous-estimation de passif. Qu'au lieu de présenter un résultat d'exploitation positif de 52.558 francs pour 1991 (jusqu'en mars 1992) il constata un solde négatif de près de 18 millions.

En mars 1993, après un espoir déçu d'un nouvel apport émanant d'un tiers, l'assemblée générale de Dimpex décida de déposer le bilan.

Mr Pilloy conclut ultérieurement avec Mr Dicembre une convention de rachat de toutes ses participations dans les sociétés de ce dernier pour le prix de 5.700.000 francs. Il expose que Mr Dicembre n'a pas respecté ses obligations de paiement.

4. L'audit de la banque

La banque postérieurement aux contacts qu'elle avait eus avec Messieurs Vandebroek et Pilloy reçut fin juillet 1992 un rapport d'audit effectué par ses services internes, faisant apparaître le défaut de fiabilité de la comptabilité de Dimpex.

Le 30 juillet 1992, elle insistait auprès de Dimpex pour recevoir un bilan fiable. Elle le reçut après plusieurs demandes le 11 mars 1993. La faillite fut prononcée le 26 mars.

Discussion

Lorsqu'une banque fournit à un client des renseignements commerciaux, un avis ou un conseil, elle encourt une responsabilité et l'obligation qui pèse sur elle est en règle une obligation de moyen c'est-à-dire "de faire ce qu'elle peut du mieux qu'elle peut" avec prudence.

Les renseignements qu'elle donne doivent être à jour et comporter toute information qu'elle ne devrait pas ignorer. Ils doivent être vérifiés et à défaut la banque doit prévenir le client qu'elle n'a pu les vérifier.

De même, l'avis ou le conseil qu'il soit sollicité ou spontané, ne peut être irréflectif et doit reposer sur des informations présentant les qualités précitées.

L'information est la simple transmission d'une donnée tandis que l'avis contient une prise de position objective par rapport à une information précise. Le conseil, lui, est directif. Il est une incitation à agir ou à ne pas faire.

Si une faute est retenue dans le chef de la banque se pose alors la question du lien de causalité entre cette faute et le dommage, le préjudice devant établir le caractère déterminant de l'influence de l'information ou du conseil reçu sur sa décision (voir M. Vasseur, "Des responsabilités encourues par le banquier en raison des informations, avis et conseils dispensés à ses clients", Revue française Banque, 1983, p. 743, Y. Gérard, "La responsabilité du banquier", Revue française Banque, 1991, p. 10; Van Ryn et Heenen, Principes de droit commercial, T. IV, 2e éd., n° 702 et s.).

A. En ce qui concerne Monsieur Pilloy

1. La banque a, à la demande de Mr Pilloy et sur suggestion de sa cliente, fourni des informations commerciales et donné un avis et un conseil au demandeur.

2. Mr Pilloy reproche au fondé de pouvoir de la banque de l'avoir incité à réaliser l'investissement envisagé dans la société Dimpex en indiquant qu'elle avait un grand potentiel d'avenir alors qu'il connaissait le caractère erroné de cette information disposant d'un rapport d'audit interne négatif sur la société dont les crédits avaient été dénoncés par la B.B.L. ce qu'il n'avait pas dit.

2-1. Mr Pilloy reconnaît qu'il savait que le dossier de Dimpex était géré au sein de la banque par le service juridique, secteur contentieux, et qu'il avait été mis au courant du caractère majoré des intérêts atteignant un taux de 17%.

Il admet que souhaitant connaître l'attitude de la banque sur l'évolution future des crédits, il fut informé que celle-ci accepterait un remboursement des crédits sur plusieurs années à un taux de 10% dans l'hypothèse d'une augmentation des efforts propres des actionnaires, la société souffrant d'une sous-capitalisation. Il précise qu'il ne formule aucun grief à l'égard de la banque concernant les informations qui lui furent données sur l'évolution des crédits.

Mr Pilloy, qui s'est présenté à la banque en précisant sa qualité de directeur financier et son intention tant d'investir dans Dimpex que d'en assurer la gestion administrative et financière, ne pouvait ignorer eu égard à ses compétences professionnelles qu'un crédit géré par le service juridique d'une banque et produisant un intérêt de 17% à l'époque était dénoncé et contentieux.

2-2. La banque ne disposait pas d'un rapport d'audit négatif au moment où elle a fourni les renseignements à Mr Pilloy.

Le rapport d'audit effectué par ses services, qu'elle dépose au dossier, date de la fin juillet 1992. Il est donc postérieur aux entretiens litigieux et la banque n'a pu cacher à Mr Pilloy les éléments de ce rapport qui n'était pas encore établi.

Elle a par ailleurs rapidement réagi à sa réception en exprimant sa surprise à sa lecture et en exigeant de Dimpex l'établissement d'un bilan fiable par lettre du 30 juillet 1992.

2-3. Il est apparu fin juillet 1992 à la banque que le bilan établi par Dimpex et dont disposaient toutes les parties, ne reflétait pas la réalité.

Il ne ressort d'aucun élément des dossiers déposés que la banque ait eu connaissance de cette situation au moment où Mr Pilloy lui demanda des informations.

2-4. Mr Pilloy conteste le fait que Mr Steels aurait insisté sur l'utilité pour le demandeur de fonder son éventuel investissement sur un audit personnel par lui de la société.

La banque souligne à juste titre que l'exposé qu'elle fait en conclusion du contenu de l'entretien entre son préposé et le demandeur est constitutif d'un aveu judiciaire indivisible.

Il appartient par conséquent à Mr Pilloy qui a la charge de la preuve du contenu allégué par lui des entretiens litigieux soit de se fonder sur l'aveu de la banque en ce compris l'indication relative à la nécessité d'un audit, soit de rejeter cet aveu et de prouver sa version des entretiens par un autre moyen.

Or, il ne fournit pas d'autre mode de preuve.

Dès lors, s'il choisit la première branche de l'alternative, l'indication par la banque de la nécessité d'un audit doit être considérée comme acquise et il ne peut être considéré que sa responsabilité soit engagée eu égard à cet élément de l'entretien.

S'il choisit la seconde branche de l'alternative, la solution est identique à défaut de preuve d'une faute dans le chef de la banque présentant un lien causal nécessaire avec la perte de l'investissement du demandeur.

L'action de Mr Pilloy ne peut dans ces conditions être accueillie.

Il était en outre imprudent de la part de Mr Pilloy avec la formation qui était la sienne et les facilités de contrôle qu'il pouvait mettre en œuvre personnellement de se dispenser d'un audit des comptes de Dimpex préalablement à son investissement.

La banque n'était pas Dimpex et formulait un avis sur base d'informations par définition partielles.

Il appartenait à Mr Pilloy, administrateur de la société depuis décembre 1991, de s'enquérir sur place de la réalité des comptes avant d'investir en juillet 1992 au lieu de se limiter à se fier au "coup de cœur" du préposé de la banque de Dimpex attaché au service contentieux.

B. En ce qui concerne Mr et Mme Vandebroek

1. Comme dans le premier cas mais dans des circonstances quelque peu différentes, la banque a à la demande de Mr Vandebroek et sur la suggestion de sa cliente Dimpex fourni des informations commerciales sur celle-ci et a donné un avis et un conseil au demandeur.

Les parties sont contraires en fait notamment sur le contenu du conseil, celui-ci étant pour Mr Vandebroek d'investir purement et simplement et pour la banque de subordonner toute décision d'investissement à un audit personnel de Dimpex.

2. Les conjoints Vandebroek reprochent à la banque de les avoir incités à investir dans la société Dimpex alors qu'elle connaissait ou devait connaître la situation irrémédiablement compromise de sa cliente (voir citation).

Ils reprochent à la banque de leur avoir caché l'existence d'un audit négatif interne et la dénonciation des crédits de Dimpex.

Mr Vandebroek expose qu'une réunion eut lieu à la banque début 1993 avec le supérieur hiérarchique de Mr Steels et en présence de ce dernier qui reconnut la réalité des termes que le demandeur lui prête, à savoir l'avis d'un grand potentiel d'avenir pour Dimpex nonobstant son manque de liquidités et le conseil d'investir.

Ce fait n'a pas été contesté dans les conclusions en réponse de la banque ni à l'audience.

Après une audition de témoins, le tribunal prononce le 3 mai 1996, la décision suivante,

(...)

I. Faute de la banque – faute de monsieur Vandebroek?

La Banque soutient que son préposé aurait tempéré son enthousiasme en donnant également comme conseil au demandeur de procéder à un audit personnel de Dimpex. Elle soutient également que Monsieur Vandebroek savait que Monsieur Steels travaillait dans son département juridique en manière telle qu'il aurait dû se rendre compte du caractère contentieux du dossier Dimpex.

Il est contesté et non démontré que Monsieur Vandebroek savait que Monsieur Steels faisait partie du service juridique de la Banque. Aucun élément du dossier ne permet de penser que la société Dimpex aurait donné une telle information à Monsieur Vandebroek et il n'est pas non plus démontré que l'un ou l'autre des préposés de la Banque ait fourni cette information au demandeur. Monsieur Foulon, préposé de l'agence de Jambes, a déclaré lors de son audition qu'il ne savait plus s'il avait précisé à Monsieur Vandebroek que Monsieur Steels travaillait au département juridique et il ne ressort pas du dossier que Monsieur Steels aurait souligné ce point au cours des conversations téléphoniques qu'il a eues avec le demandeur. (La défenderesse n'allègue d'ailleurs pas ce fait).

Il ne peut dès lors être considéré que le demandeur ait connu le caractère contentieux des rapports existant entre Dimpex et la Banque et plus particulièrement la dénonciation des crédits qui avait été opérée. Sur ce dernier point, Monsieur Foulon précisa lors de son audition que Monsieur Steels ne lui avait pas non plus parlé de la dénonciation des crédits.

(...)

Monsieur Steels a donné des informations et un conseil directif en sa qualité de préposé de la Banque, pendant le temps de ses fonctions et en relation avec celles-ci, en manière telle que la Banque est liée par le comportement litigieux de son préposé.

La défenderesse a manqué de prudence en incitant Monsieur Vandebroek à investir dans la société Dimpex sans lui préciser qu'elle ne disposait pas de toutes les informations lui permettant de pouvoir donner un avis aussi catégorique puisque ce n'est qu'un an plus tard qu'elle reçut un audit effectué par ses services internes qui malheureusement fut très négatif.

Elle a en ce faisant commis une faute engageant sa responsabilité vis-à-vis du demandeur.

La Banque reproche à Monsieur Vandebroek d'avoir réalisé son investissement sans avoir recueilli préalablement les informations nécessaires sur Dimpex.

Ce grief ne peut être retenu eu égard aux conseils pleins de conviction que le demandeur avait reçus de la Banque et qui lui ont permis de penser qu'il n'avait pas à faire des recherches supplémentaires, pouvant raisonnablement se fier aux connaissances que devait avoir la défenderesse pour pouvoir prodiguer de telles informations et le conseil d'investir.

(...)

II. Dommage causé par la faute de la banque

A. Investissement du demandeur dans la société Matraco?

Le demandeur établit, sur base des pièces nouvelles qu'il produit à son dossier (pièces 17 à 29), que s'il avait été envisagé dans la convention initiale le liant à Monsieur Dimpex le 4 septembre 1991 de lui faire acquérir une participation de 6% du capital d'une S.A. Matraco, cette acquisition n'avait pas eu lieu et que la somme de 7.000.000 frs payée pour l'ensemble des acquisitions de Monsieur Vandebroek avait couvert l'acquisition des autres participations dans le capital des sociétés 3 Di, W.P.S. et Dimpex.

Le demandeur établit que la convention du 4 septembre 1991 fut remplacée par les trois conventions de cession du 3 juillet 1992 qui ne reprennent pas Matraco. (Voir pièces 28 et 29 confirmant ce fait).

La société Matraco n'a été constituée que le 26 juin 1992, soit plusieurs mois après la convention du 4 septembre 1991. Son capital fut attribué pour 1.249 parts sur 1.250 à 3 Di et pour une part à Monsieur Dicembre. Les pièces 17 à 27 déposées par le demandeur établissent que l'activité de la société Matraco a été des plus réduite. Elle fut déclarée en faillite le 7 mai 1993 et la faillite fut clôturée par jugement du 24 septembre 1993.

Si donc Monsieur Vandebroek et Monsieur Dicembre avaient envisagé en septembre 1991 un investissement du demandeur dans Matraco qui n'existait qu'en projet, les trois documents de cession de juillet 1992 constituent bien la ventilation de tout l'investissement de Monsieur Vandebroek (7.000.000 frs) dans les trois autres sociétés contrôlées par Monsieur Dicembre.

(...)

Par ces motifs,

Le tribunal,

(...)

Condamne la S.A. Banque Bruxelles Lambert à payer à Monsieur Vandebroek la somme de cinq millions quarante mille francs (5.040.000 frs) majorée des intérêts aux taux légaux depuis le 15 janvier 1992 et ce jusqu'à parfait paiement.

(...)

Des 27 avril 1995 et 3 mai 1996 - Comm. Bruxelles

Siég.: Mme Henrion, juge, MM. Espagne et Peffer et Berlinblau et Massion, juges consulaires.

Plaid.: Mes Van Haelst loco Roland, Van Ommeslaghe loco Simont et Poncelet.

Observations

L'information est la simple transmission d'une donnée. L'avis implique une prise de position objective, et, le cas échéant, un conseil sous-jacent, discret, implicite, de faire ou de ne pas faire. Le conseil est directif: il est une incitation à agir ou à ne pas faire.¹ En l'espèce commentée, la banque avait transmis à des candidats investisseurs des bilans d'une société (information). Elle avait indiqué que la lecture de ces bilans laissait entrevoir une évolution favorable de la société cible (avis) et les avait incités à investir dans cette société en vue des résultats enregistrés (conseil). La fourniture de renseignements peut poser plusieurs problèmes au regard tant de l'obligation de discrétion à laquelle est tenu le banquier² que de l'obligation de délivrance des informations correctes, complètes ou sans erreur.

¹ M. Vasseur, Des responsabilités encourues par le banquier à raison des informations, avis et conseils dispensés à ses clients, Banque, 1983, p. 948.

² Cf. sur ce point A. Willems, J.P. Buyle, Les usages en droit bancaire, D.A.O.R., 1990, n° 17, p. 90 et la responsabilité professionnelle des banquiers dans l'établissement et l'utilisation de documents, Rev. Droit U.L.B., 1992, p. 167.

A l'égard du demandeur de renseignements commerciaux, le banquier n'assume qu'une obligation de moyen³ et non de résultat. Le tribunal de commerce de Bruxelles rappelle à bon droit dans la décision commentée, que cette obligation impose à la banque de faire ce qu'elle peut du mieux qu'elle peut, avec prudence.

La responsabilité du banquier ne doit pas être recherchée sur la seule et unique base de l'inexactitude du renseignement fourni. Le critère doit plutôt être trouvé dans la prudence et la diligence avec lesquelles cette information a été communiquée et recherchée. Le client doit démontrer que le banquier n'a pas apporté toute la prudence et la diligence requises.

Si l'exactitude du renseignement procuré n'est pas garantie parce que le banquier n'a pas eu le temps de le vérifier ou parce qu'il en est empêché par son devoir de discrétion, il convient d'être prudent et d'émettre des réserves en éveillant l'attention du demandeur.

Lorsqu'un organisme financier fournit des renseignements, "il doit se montrer particulièrement prudent afin que des tiers, se fiant à la notoriété de son enseigne et au crédit de compétence qui s'y attache, ne prennent de telles informations pour certaines (...). La banque manque à son obligation de prudence lorsqu'elle ignore ou feint d'ignorer quel crédit s'attache aux informations qu'elle accepte de donner".⁴

Le banquier peut aussi être responsable d'informations obtenues de tiers et qui se révéleraient inexactes, qu'il aurait communiquées sans les avoir vérifiées lui-même ou sans avoir pu le faire et sans en avoir avisé le client, lui donnant ainsi l'impression qu'il les cautionne.⁵ "Les renseignements doivent être vérifiés, lit-on dans le jugement bruxellois, et à défaut, la banque doit prévenir le client qu'il n'a pu les vérifier". Il en va de même des avis ou conseils donnés qui ne peuvent être irréfléchis et doivent reposer sur des informations présentant les mêmes qualités, ce qui faisait défaut en l'espèce commentée.

Sur le plan du lien de causalité, le tribunal relève à bon droit que le client préjudicié doit établir le caractère déterminant de l'influence de l'information ou du conseil reçu sur sa décision.

En fonction de l'importance de l'opération envisagée par le client, de sa qualité de profane ou de spécialiste et de la nature du renseignement, de l'avis ou du conseil donné, on se demandera si le client n'a pas - comme en l'espèce - commis lui aussi une faute en accordant un crédit exagéré à l'information transmise, ce qui pourrait conduire à un partage de responsabilités.

Lorsque le renseignement erroné a déterminé le client qui l'a reçu à conclure un contrat, l'indemnité à laquelle il peut prétendre est égale aux pertes éprouvées dans l'opération traitée sur la foi de ce renseignement ou, éventuellement, dans la perte de chance due à la mauvaise qualité de celui-ci.

³ En ce sens, not. Th. Bonneau, *Droit Bancaire*, Ed. Montchrestien, 1994, p. 459; M. Vasseur, loc. cit., p. 950; M. de Juglart, B. Ippolito, *Traité de droit commercial*, Tome VII, Banques et Bourses, 3e édition par L.M. Martin, Ed. Montchrestien, 1991, p. 226, n° 217; J.L. Rives-Lange, M. Contamine-Raynaud, *Droit bancaire*, 6e édition, Dalloz, 1995, p. 747, n° 814 et nombreuses références en notes 2 et 3.

⁴ Comm. Namur, 29 septembre 1988, *J.L.M.B.*, 1990, p. 23 et note J.P. Buyle, réformé par Liège, 5 mars 1992, (7e chambre) S.A. B.B.L. / Radermaker, R.G. 22.165/89, inédit; comp. Bruxelles, 2 mars 1935, *J.C.B.*, 1935, p. 320; Cass. F. (comm.), 24 novembre 1983, *Bull. civ.*, IV, p. 279, n° 322; Cass. F. (comm.), 9 juin 1980, D.S., I.R., 1981, p. 192.

⁵ Comp.: Bruxelles, 2 mars 1935, *J.C.B.*, 1935, p. 320; Cass. France (comm.), 24 novembre 1983, *Bull. n° IV*, 1983, p. 279, n° 3220; F. Grua, *contrats bancaires*, tome 1, Economica, 1990, p. 215, n° 224; Contra J. Heenen, A. Bruyneel, A. Van Overbroek, *Droit bancaire et boursier*, Jura Europac, 20.34.2; J. Van Ryn, J. Heenen, *Principes de droit commercial*, Tome IV, 2e édition, p. 562.

16. Tribunal de commerce de Bruxelles

29 juin 1995

BANQUE

Encaissement sur remise documentaire – Choix du banquier mandataire – Responsabilité – Règles uniformes relatives aux encaissements

En vertu d'un usage, une banque est autorisée à se substituer un tiers pour l'exécution du mandat d'encaissement d'un billet à ordre dont le paiement est domicilié à l'étranger.

Dans ce cas, la banque est responsable du choix du mandataire substitué.

Le fait pour la banque d'avoir soumis l'acceptation d'un mandat d'encaissement de billet à ordre aux règles uniformes relatives aux encaissements de la Chambre de Commerce Internationale sans porter ces règles à la connaissance du client ne rend pas ces règles opposables au client.

L'article 3 des règles uniformes relatives aux encaissements (révision 1978) qui prévoit une clause d'exonération de responsabilité n'est pas la consécration d'un usage.

BANK

Incasso door afgifte van documenten – Keuze van de bankier mandataris – Aansprakelijkheid – Uniforme regels betreffende de incasso's.

Krachtens een gebruik is een bank gemachtigd om zich door een derde te doen vervangen voor de uitvoering van een mandaat van incasso van een orderbriefje waarvan de betaling gedomicilieerd is in het buitenland.

In dit geval is de bank aansprakelijk voor de keuze van de indeplaatsgestelde mandataris.

Het feit dat de bank de aanvaarding van een mandaat tot incasso van een orderbriefje heeft onderworpen aan de uniforme regels betreffende de incasso's van de Internationale Kamer van Koophandel zonder ze ter kennis te brengen van de cliënt, heeft niet tot gevolg dat die regels tegenstelbaar aan de cliënt worden.

Artikel 3 van de uniforme regels betreffende de incasso's (herziening 1978) dat een beëindiging van uitsluiting van aansprakelijkheid voorziet, is geen bekrachtiging van een gebruik.

(E. Stainer / S.A. Banque Belgo-laise)

(...)

Les faits

En date du 6 novembre 1993, la société Soram, administration judiciaire, a remis deux billets à ordre de 320.000 FF, avec échéance au 30 juin 1994, au demandeur;

Ces effets sont tirés avec domiciliation à la Banque Internationale du Congo à Brazzaville;

Le 31 mai 1994, le demandeur les a remis à l'encaissement auprès de la défenderesse;

L'accusé de réception établi par la défenderesse mentionne:

"Protêt en cas de non-paiement"

"Frais à charge du tiré"

La défenderesse confirma la réception des deux billets à ordre en date du 31 mai 1994; les deux avis de confirmation, envoyés au domicile du demandeur, indiquent l'identité du correspondant de la défenderesse, à savoir la Banque Internationale du Congo, et mentionnent:

"Soumis aux "Règles Uniformes relatives aux Encaissements" (révision 1978), Chambre de Commerce Internationale (Publication n° 322);

Ce même jour, la défenderesse transmet les billets à ordre à la Banque Internationale du Congo, qui lui fit savoir en date de 6 juillet 1994 que les effets étaient impayés, et demanda des instructions;

La défenderesse répondit qu'il y avait lieu de faire dresser protêt (téléx du 7 juillet 1994);

Malgré différents rappels de la défenderesse auprès de la Banque Internationale du Congo et une intervention de l'Union Congolaise de Banques à la demande de la défenderesse dans le courant du mois de septembre 1994, ni les effets, ni les actes de protêt furent renvoyés; L'Union Congolaise de Banques fit savoir à la défenderesse que la Banque Internationale du Congo éprouvait des perturbations au niveau de son fonctionnement et qu'elle avait promis de mettre la procédure en route (télécopie du 5 octobre 1994);

Dès le 26 juillet 1994, le demandeur fit savoir à la défenderesse qu'il la tenait pour personnellement responsable de l'inexécution du mandat qu'il lui avait confié;

La défenderesse déclina sa responsabilité aux motifs qu'elle avait réservé un suivi particulier aux opérations, et qu'elle ne pouvait être tenue pour responsable compte tenu de l'article 3 des Règles Uniformes aux encaissements (lettre du 29 juillet 1994);

En droit

Attendu que le demandeur a assigné la défenderesse sur base de sa responsabilité en tant que mandataire du demandeur;

1. Responsabilité de la défenderesse en tant que mandataire du demandeur

1. Attendu que la défenderesse fait valoir que le demandeur a désigné la Banque Internationale du Congo comme mandataire substitué;

Attendu que le demandeur le conteste formellement, et qu'aucune pièce du dossier ne le démontre;

Que le fait que les deux avis de confirmation, envoyés au domicile du demandeur, indiquent l'identité du correspondant de la défenderesse, à savoir la Banque Internationale du Congo, n'est pas une preuve suffisante;

Qu'il y a donc lieu d'admettre que le choix du mandataire substitué, la Banque Internationale du Congo, n'a pas été fait par le demandeur, mais par la défenderesse;

2. Attendu que les parties n'ont pas expressément exclu la possibilité pour la défenderesse de faire appel à un mandataire substitué;

Que vu les usages en matière d'opérations d'encaissement par les banques, la défenderesse était par conséquent autorisée à se substituer un tiers pour l'exécution du mandat (Les Nouvelles, Droit Bancaire, p. 490, n° 21);

3. Attendu que cette autorisation tacite n'implique pas pour autant que le demandeur entendait ainsi libérer la défenderesse de toute responsabilité (P.A. Foriers: "Le droit commun des intermédiaires commerciaux: courtiers, commissionnaires, agents", Les intermédiaires commerciaux (Editions du Jeune Barreau, p. 59-61, n° 38 et s.);

Qu'à la lecture de la lettre du demandeur du 26 juillet 1994 il apparaît qu'au contraire, il n'avait nullement eu l'intention de libérer la défenderesse de toute responsabilité suite à la substitution de mandataire;

4. Attendu que la défenderesse n'est donc en l'espèce pas dégagée de sa responsabilité de mandataire;

Qu'à tout le moins, elle est responsable du choix du mandataire substitué;

Qu'en sa qualité de correspondant de la Banque Internationale du Congo (édition "spécial 10^e anniversaire / 1983-1993" de la Banque Internationale du Congo, p. 19), elle savait et devait savoir si la Banque Internationale du Congo était ou non capable de mener à bien la mission qui lui fut confiée;

Que la défenderesse, en tant que correspondant de la Banque Internationale du Congo, devait être au courant du fait que celle-ci connaissait des perturbations au niveau de son fonctionnement;

Que pour une banque, et spécifiquement la défenderesse, correspondant de la Banque Internationale du Congo, l'incapacité de la Banque Internationale du Congo était notoire;

Que le fait que la Banque Internationale du Congo est un établissement honorable à l'actionariat reconnu concerne la solvabilité de cette banque, et non sa capacité d'organisation;

Que c'est donc à tort que la défenderesse en fait état pour justifier son choix;

Que la défenderesse est par conséquent, ayant fait le choix d'un mandataire substitué incapable, responsable en tant que mandataire à l'égard du demandeur;

5. Attendu que la défenderesse fait valoir qu'elle est dégagée de sa responsabilité en vertu de l'article 3 des règles uniformes relatives aux encaissements;

Attendu que cet article prévoit que les banques utilisant les services d'autres banques pour donner suite aux instructions d'un donneur d'ordre le font pour le compte et aux risques de ce dernier;

Attendu que l'accusé de réception du 31 mai 1994 ne mentionne pas cet article dont la teneur n'a jamais été portée à la connaissance du demandeur;

Que cet article n'est dès lors pas opposable au demandeur;

Que le fait que le demandeur n'a pas protesté contre l'accusé de réception du 31 mai 1994 qui mentionne "aux conditions générales d'encaissement de la Banque, tenues ici pour reproduites", ni contre les messages ultérieurs de la défenderesse qui mentionnent "soumis aux règles uniformes relatives aux encaissements" n'est pas relevant;

Qu'en effet, ni ces conditions générales, ni les règles uniformes relatives aux encaissements, n'ont été portées à la connaissance du demandeur, ni avant ni après la conclusion

du contrat entre les parties, de sorte qu'il ne peut être admis que le demandeur les aurait acceptées;

Attendu qu'il n'est nullement établi que les règles élaborées par la Chambre de Commerce Internationale ne sont en fait que la confirmation de certains usages,

Que c'est donc à tort que la défenderesse invoque l'article 3 des règles uniformes relatives aux encaissements pour échapper à sa responsabilité;

2. La demande principale

Attendu que le fait que les traites se trouvent à Brazzaville - aux dires de la défenderesse - ne rend pas leur restitution impossible;

Qu'il n'y a par conséquent pas lieu de décharger la défenderesse de son obligation de restituer les traites au demandeur;

Que vu les circonstances, il y a toutefois lieu d'accorder un délai à la défenderesse, afin de lui permettre de prendre les mesures nécessaires;

Qu'à cet effet, le tribunal condamne la défenderesse à restituer les originaux des deux billets à ordre dans le mois à partir de la signification du jugement, et fixe le montant de l'astreinte à la somme unique de 100.000 FF;

(...)

Par ces motifs,

Le tribunal,

Statuant contradictoirement,

Déclare la demande principale recevable et partiellement fondée;

(...)

Condamne la défenderesse au principal à restituer au demandeur les originaux des deux billets à ordre d'une valeur de 320.000 FF chacun endéans le mois à partir de la signification du jugement, sous peine d'une astreinte fixée à la somme unique de cent mille francs (100.000 F).

Du 29 juin 1995

Siég.: Mme Gadeyne, juge, Mmes Delfosse et Janssens, juges consulaires.

Plaid.: Mes Zeegers loco Nieuwdorp et Deome loco Buyle.

Observations

1. Un appel a été interjeté contre cette décision.

2. Lorsqu'une opération d'encaissement d'un effet de commerce a lieu, comme en l'espèce, à l'étranger, la banque est autorisée à se substituer à un tiers pour l'exécution de ce mandat.

Cette autorisation, si elle est tacite, n'en est pas moins certaine, car les parties n'ont pas entendu que le banquier se déplace à l'étranger pour encaisser personnellement cet effet.

Le tribunal de commerce de Bruxelles confirme l'existence d'un usage en cette matière: la substitution est, en principe, autorisée en matière d'encaissement d'effets de commerce dont le paiement est domicilié à l'étranger.¹

Le choix du correspondant appartient au banquier, chargé par son client de l'encaissement, à moins que le remettant n'ait désigné lui-même la personne à qui le soin d'encaisser doit être confié. En l'espèce, le tribunal a relevé que la banque ne démontrait pas que le client avait lui-même choisi le mandataire substitué.

Si le client choisit le mandataire substitué, le banquier mandataire substituant échappe, en principe, à toute responsabilité en vertu de l'article 1994, alinéa 1 du Code civil.

Si, par contre, c'est le banquier qui choisit un confrère pour l'encaissement, il répond de son choix (culpa in eligendo). Le banquier substituant n'est responsable des actes du substitué que s'il a désigné une personne notoirement incapable ou insolvable ou s'il manque au devoir de surveillance des actes du substitué.² Mais, le sous-mandataire répond de ses propres agissements. Le banquier substitué doit fournir tout ce qui est nécessaire pour le recouvrement et agir avec diligence.

3. En ce qui concerne les règles uniformes relatives aux encaissements édictées par la Chambre de Commerce Internationale, le tribunal estime que celles-ci - ou tout au moins son article 3 - ne sont pas la consécration d'un usage. Cette question est cependant controversée, certains auteurs étant d'un avis contraire.³

Dans l'hypothèse où le caractère usuel de ces règles aurait été établi, il n'aurait pas dû être démontré que les parties en aient eu connaissance préalable ou y aient adhéré expressément. La volonté tacite des parties contractantes de s'obliger à tout ce qui est d'usage en la matière résulte, en effet, de l'application combinée des articles 1135 et 1160 du Code civil.⁴

4. Si, comme en l'espèce, le caractère d'usage des règles uniformes relatives aux encaissements n'est pas reconnu, encore faut-il examiner si celles-ci ne sont cependant pas rentrées dans le champ contractuel des parties.

L'enjeu de cette question est important puisque la banque invoquait à son profit le bénéfice d'une clause d'exonération de responsabilité sur le choix de la banque chargée de l'encaissement et sur les risques de l'exécution du mandat (article 3 R.U.E., révision 1978 (publication 322), devenu l'article 11 des nouvelles règles, révision 1995, publication CCI n° 522).

Le tribunal a estimé que la seule mention "soumis aux règles uniformes relatives aux encaissements (révision 1978) Chambre de Commerce Internationale (publication n° 322)" figurant sur plusieurs documents contractuels (bordereaux de remise des effets, accusés de réception, correspondances, ...) n'établissait pas que le client ait connu le caractère de ces règles et y ait adhéré. Cette appréciation est sujette à critique. La clause d'exonération vantée reflète une règle notoirement appliquée dans le secteur bancaire et, pour cette raison, pouvait être présumée connue du client. Homme d'affaires habitué à travailler sur le plan international, celui-ci avait déjà, par le passé, confié à la banque un autre encaissement, soumis aux mêmes règles sur lesquelles il n'avait pas jugé bon de s'informer.

par J.P. Buyle et X. Thunis

¹ En ce sens, Les Nouvelles, *Droit bancaire*, 1951, p. 490, n° 21.

² Nouvelles, op. cit.; P.A. Foriers, *Les contrats spéciaux*, U.L.B., p. 593, n° 856 et observations sur l'article 1994 du Code civil et l'action directe née de la substitution, *R.C.J.B.*, 1981, p. 469, spéc. n° 6.

³ Cons. par ex.: C. Gavalda, J. Stoufflet, *Droit de la banque*, P.U.F., 1974, p. 21, n° 12, *Droit du crédit*, Tome 1, Les institutions, Litec, 1990, p. 53, n° 62; M. De Juglart et B. Ippolito, *Traité de droit commercial*, Tome VII, Banques et Bourses, 3e éd. par L.M. Martin, éd. Montchrestien, 1991, p. 31, n° 42, note 101.

⁴ Cass., 29 mars 1976, *Pas.*, 1976, I, p. 833; A. Willems, J.P. Buyle, *Les usages en droit bancaire*, D.A.O.R., n° 17, p. 78, n° 5.1.2.

De handelsagentuurovereenkomst, door D. Struyven, uitgave VBO, 34 p., 1.250 F

Dit werkje houdt een bondige en accurate beschrijving in van de Wet op de handelsagentuur (de auteur was betrokken bij de totstandkoming van de wet). De bespreking is op bepaalde punten te beknopt (vergeleken b.v. met de bespreking van P. Crahay over de beëindiging, verschenen in *T.B.H.*, 1995). Zij bevat praktisch geen enkele verwijzing naar de vloed van commentaren die sinds 1995 over de nieuwe wet zijn verschenen. De commentaar wordt gevolgd door een modelovereenkomst die best bruikbaar is en ertoe kan bijdragen dat de lezer de overmatig dure prijs vergeeft aan de uitgever (bijna 37 F per blad, de witbladen en fotocopie uit het *Belgisch Staatsblad*, die als bijlage voorkomt niet inbegrepen).

La responsabilité des dirigeants de société

par O. Ralet, Larcier, 1996, 389 p., 3200 F

Le livre est plus qu'un remake de l'ouvrage écrit par De Backer et Ralet en 1984. La créativité du législateur, en matière de droit des sociétés, imposait une réédition. L'ouvrage garde l'aspect pragmatique qu'il avait à l'époque: il se limite à 720 notes de bas de page, ce qui indique que l'auteur n'a pas voulu étouffer l'ouvrage par des considérations théoriques.

Il ne faut pas attendre de longues considérations sur la corporate governance, le caractère institutionnel des sociétés ou la forme ouverte des sociétés ou encore l'action du curateur en cas de faillite des sociétés. L'ouvrage se concentre sur les problèmes pratiques pour lesquels il présente une solution tirée du droit positif. A cet égard, l'ouvrage est très bien documenté et constitue une excellente source d'information qui permet en un minimum de temps de s'engager dans la bonne voie.

Signe des temps: l'ASBL reçoit également sa part d'attention tout comme le droit pénal des affaires.

Autre signe des temps: la typographie fleurit le produit informatisé.

Lois sur les sociétés commerciales - Recueil bilingue de textes de lois avec commentaires de jurisprudence

par P. Logelain, Creadif, 1.887 F

Le contenu du livre est exprimé par son titre. Les commentaires sont quelque peu squelettiques.