

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:
1994

Document Version
le PDF de l'éditeur

[Link to publication](#)

Citation for pulished version (HARVARD):
Thunis, X & BUYLE, J-P 1994, 'Jurisprudence commentée en droit bancaire et boursier', *Revue de droit commercial belge*, numéro 12, pp. 1057-1146.

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

Becommendarieerde rechtspraak in bank- en beursrecht

par/door Jean-Pierre Buyle et/en Xavier Thunis

Avant-propos

Nécessairement subjectif, le choix des décisions publiées et commentées dans cette chronique est dicté par un souci de continuité et de renouvellement.

Continuité parce qu'on s'efforce, dans la mesure où le permet la période écoulée, de commenter des décisions rendues dans des matières déjà traitées dans les chroniques précédentes¹ de façon à actualiser l'information du lecteur et à lui permettre d'apprécier la portée des solutions, fermes ou contrastées, adoptées par la jurisprudence.

Hormis une décision surprenante rendue en matière d'eurochèque par le Tribunal de Première Instance de Bruxelles (décision n° 11), la matière des ordres de paiement (virement (1.2), chèque (1.3) et eurochèque (1.4)) n'a pas connu de bouleversement jurisprudentiel. Les litiges relatifs aux opérations de crédit (II) et de bourse (III) ont, eux aussi, été tranchés de façon classique.

Renouvellement aussi. Même dans des matières connues, la jurisprudence rencontre des questions nouvelles. Ainsi le lecteur remarquera-t-il, en matière de paiements scripturaux, trois décisions (n°s 13, 14 et 15) consacrant de façon particulièrement stricte la force obligatoire du règlement de la Chambre de Compensation dans les relations inter-bancaires.

Enfin, le contentieux relatif au loyer de l'argent se développe; il a donc paru utile de faire le point sur une matière qui n'avait pas été traitée précédemment: les intérêts (1.1).

Voorwoord

Bij de uiteraard subjectieve keuze van de in de kroniek opgenomen becommentarieerde beslissingen, waren "bevestiging" en "vernieuwing" onze hoofdbekommernis.

Bevestiging omdat we, in de mate waarin het mogelijk is voor de betrokken periode, hebben getracht de beschouwingen van vroegere overzichten² bij te werken zodat de lezer het belang van de door de rechtspraak aangereikte oplossingen kan beoordelen.

Behoudens een merkwaardig vonnis van de rechtbank van eerste aanleg over Eurocheques (beslissing nr. 11), is de rechtspraak inzake opdrachten tot betaling (overschrijvingen (1.2), cheque (1.3) en eurocheque (1.4)) niet noemenswaardig veranderd. De geschillen m.b.t. krediet- (II) en beursverrichtingen (III) werden eveneens op de gekende wijze beslecht.

¹ R.D.C., 1992/11, p. 952 et s.; R.D.C., 1993/11, p. 980 et s.

² T.B.H., 1992/11, p. 952 e.v.; T.B.H., 1993/11, p. 980 e.v.

Vernieuwing was onze andere zorg. Zelfs in bekende onderwerpen moeten nieuwe vragen een oplossing krijgen. Zo zal de lezer kunnen vaststellen dat drie beslissingen inzake girale betalingen (nrs. 13, 14 en 15) op een zeer strikte wijze de bindende kracht van het reglement van de Verrekeningskamer in de interbancaire verhoudingen bekrachtigen.

Ten slotte vestigen we de aandacht op het toenemend aantal geschillen met betrekking tot rente (1.1). Het leek ons nuttig in het overzicht hierop in te gaan.

I. LES OPERATIONS EN COMPTE/VERRICHTINGEN MET REKENINGEN

A. LES RELATIONS ENTRE LES BANQUES ET LEUR CLIENTELE/DE BETREK- KINGEN TUSSEN DE BANKEN EN DE CLIENTEN

1.1. Les intérêts/De interesten

1. Cour d'Appel de Liège

14 janvier 1993

BANQUE – INTERETS

Prêt personnel à tempérament – Dénonciation – Nullité de la clause de déchéance du terme – Intérêts de retard – Anatocisme – Clause pénale

Revêt un caractère de peine privée et est en conséquence nulle, la clause d'un contrat de prêt personnel à tempérament qui, en cas d'inexécution des obligations de l'emprunteur, prévoit la déchéance du terme du solde restant dû en principal et intérêts, en ce compris sur les mensualités à échoir jusqu'à l'expiration normale du contrat.

La clause par laquelle les intérêts de retard sont dus au taux légal de plein droit et sans mise en demeure sur les mensualités échues et impayées constitue une demeure pénale.

Dans un contrat de prêt personnel à tempérament, les mensualités échues comprennent une part de remboursement en capital mais aussi une part d'intérêts compris dans le chargement auxquels s'applique la réglementation relative à l'anatocisme (art. 1154 C. civ.).

La clause pénale visant à désintéresser le créancier de l'augmentation des frais généraux occasionnés par le non-paiement de sa créance, à l'exclusion de tous frais de justice et d'avocat, est licite.

BANKEN – INTREST

Persoonlijke lening met afbetalingstermijnen – Opzegging – Nietigheid van het beding van verlies van termijnen – Moratoire interesten – Anatocisme – Strafbeding

Het beding in een overeenkomst van persoonlijke lening met afbetalingstermijnen dat bij niet-uitvoering van de verplichtingen van de kredietnemer het verlies van de termijnen voorziet voor het niet-betaalde saldo van de hoofdsom en interesten, inclusief op de nog te vervallen maandelijkse afbetalingen tot de normale afloop van de overeenkomst, is een burgerlijke straf en is bijgevolg nietig.

Het beding waarbij de moratoire interesten van rechtswege en zonder ingebrekestelling verschuldigd zijn aan de wettelijke intrest, is een strafbeding.

In een overeenkomst van persoonlijke lening met afbetalingstermijnen bevatten de vervallen maandelijkse afbetalingen een deel van het terug te betalen kapitaal maar ook

een deel van de interesten, waarop de regels op het anatocisme (art. 1154 B.W.) toepasselijk zijn.

Het strafbeding dat de schuldeiser moet vergoeden voor de verhoging van de algemene kosten wegens de niet-betaling van zijn schuldvordering, met uitsluiting van gerechtskosten en advocaatkosten, is wettig.

(S.A. BBL/Lardeau et Consorts)

1. L'objet du litige

La demande formulée par l'appelante dans sa citation originale a pour objet la condamnation solidaire des intimés au remboursement de sommes dues à la suite du découvert d'un compte courant bancaire et à la suite de l'inexécution des obligations procédant d'un contrat de prêt personnel à tempérament conclu le 29 avril 1982.

(...)

4. Quant à la clause relative aux intérêts de retard dus au taux légal, de plein droit et sans mise en demeure, sur les mensualités échues

L'appelante prétend que l'argumentation développée par les intimés sur base de la réglementation de l'anatocisme contenue dans l'article 1154 du Code civil et déjà accueillie par la cour, à tort selon elle dans une autre espèce (Liège, 9 mai 1989, *Ann. Dr. Lg.*, 1990, p. 49) ne serait pas pertinente, au motif que les intérêts moratoires stipulés s'appliquent non au solde restant dû, en ce compris les mensualités à échoir, mais uniquement aux mensualités échues et impayées (conclusions, p. 11).

Cette prétention de l'appelante n'est pas fondée car elle repose sur une interprétation erronée de la jurisprudence citée par les intimés; il est hors de doute, au vu de la motivation de l'arrêt, que la notion de solde restant dû et conventionnellement productif d'intérêts moratoires s'entendait du montant des mensualités déjà échues, comprenant à la fois une part de remboursement en capital mais aussi une part d'intérêts compris dans le chargement, et que la convention d'anatocisme permettant le calcul des intérêts moratoires sur les intérêts conventionnels échus et impayés contrevenait à l'article 1154 du Code civil.

Cette argumentation de l'appelante ne correspond au surplus pas au cas de l'espèce soumis à la cour, les intérêts devant être calculés suivant la clause litigieuse sur le montant des seules mensualités échues.

Pour le surplus, la cour constate que l'appelante ne conteste pas les principes de droit applicables à l'anatocisme: la réglementation de l'anatocisme est d'ordre public (Cass., 22 décembre 1938, *Pas.*, 1938, I, 405; Cass., 29 novembre 1985, *Pas.*, I, 393) parce que l'anatocisme en raison de son mécanisme d'incorporation des intérêts échus et non payés à l'échéance, au capital dû, en telle sorte que ces intérêts deviennent à leur tour un capital productif d'intérêts, recèle des dangers considérables pour un débiteur qui n'a pas pris soin d'en chiffrer soigneusement le résultat (De Page, t. III, n^{os} 149 et 150).

L'appelante soutient cependant que la clause litigieuse ne revêtirait aucun caractère de clause pénale parce qu'elle constituerait une simple clause dérogatoire aux articles 1153 et 1139 du Code civil (conclusions, p. 12), et de façon contradictoire que la prohibition de l'anatocisme prévue à l'article 1154 du Code civil ne serait pas violée, parce que la déduction des intérêts dus en cas d'inexécution du contrat ne constituerait que l'indemnité

sation du retard apporté par le débiteur à l'exécution de ses obligations (conclusions, p. 13).

Il est sûr qu'une clause contractuelle visant à chiffrer forfaitairement les dommages et intérêts dus à une partie en cas d'inexécution par l'autre partie de ses obligations, constitue une clause pénale, laquelle, suivant la jurisprudence de la Cour de cassation précitée, ne peut avoir qu'une nature indemnitaire. Le seul fait que le taux des intérêts de retard correspond au taux légal, n'enlève pas à la clause son caractère de clause pénale: la dérogation à l'article 1153 du Code civil n'a pour objet que de dispenser le créancier de procéder à une mise en demeure et en conséquence a pour seul effet pratique d'avancer la date de prise de cours des intérêts conventionnels dus en vertu de la clause pénale.

En outre la prohibition des clauses prévoyant l'anatocisme s'étend à tous les types de clauses sans qu'il y ait lieu de distinguer entre les clauses dites pénales et celles qui ne le sont pas, entre celles qui s'appliquent dans le cadre de l'exécution normale du contrat et celles qui visent l'inexécution du contrat (Van Lier, "Les opérations à tempérament visées par la loi du 9 juillet 1957", in *J.T.*, 1983, n^o 47; Bosmans, "Les conditions générales en matière contractuelle", in *J.T.*, 1981, n^o 59, p. 43; Hannequart, Y., "La protection des emprunteurs en dehors de la loi sur les ventes à tempérament", in *R.C.J.B.*, 1960, p. 45; Biquet, C., "Au sujet des clauses pénales assortissant la déchéance d'un prêt à tempérament", *Ann. Dr. Lg.*, 1990, p. 62).

Il ne peut en effet être perdu de vue que l'article 1154 du Code civil s'applique à tous les intérêts judiciaires, qu'ils soient compensatoires, moratoires, conventionnels, légaux ou judiciaires (voy. pour les intérêts légaux, Cass., 13 avril 1987, *J.T.T.*, 1987, p. 330; voy. aussi Verbraken et de Schoutheete, "L'anatocisme", in *J.T.*, 1989, p. 101).

L'article 1154 du Code civil prévoit en effet la capitalisation des intérêts dus au moins pour une année entière, tant par une sommation judiciaire que par une convention spéciale.

La Cour observe encore que l'appelante fait vainement état des dispositions de l'article 1155 du Code civil (conclusions, p. 14) non applicables en l'espèce et constituant un régime d'exception spécialement prévu par le Code civil.

Il suit de ces considérations que la clause litigieuse est bien une clause pénale et qu'en outre elle contrevient à la disposition de l'article 1154 du Code civil, disposition d'ordre public.

Il convient donc d'enlever à cette clause toute portée dans la mesure où elle viole la réglementation de l'anatocisme prévue à l'article 1154 du Code civil, et donc d'ordonner une réouverture des débats pour permettre à l'appelante de déposer un tableau d'amortissement du prêt faisant ressortir, quant aux mensualités échues, la part d'intérêts sur lesquels les intérêts moratoires ne peuvent être calculés en raison de la réglementation de l'anatocisme, et la part de capital et autres frais compris dans le taux de chargement (sur ce point, voy. Henrion, "Détermination de créances à tempérament en cas de faillite", in *Rev. Dr. com.*, 1986, n^o 18; Liège, 9 mai 1989, *Ann. Dr. Lg.*, 1990, p. 49).

5. Quant à la clause de déchéance du terme du solde restant dû en principal et intérêts, en ce compris quant aux mensualités à échoir, en cas d'inexécution de leurs obligations de la part des emprunteurs

Les intimés font à tort état de la disposition de l'article 190cies, § 1, de la loi du 9 juillet 1957 pour en conclure que cette disposition aurait été violée par la clause de déchéance du terme prévue au contrat.

Cette interprétation n'est pas exacte en ce que les intimés se méprennent sur la portée de cette disposition.

En effet, ils prétendent que la clause de déchéance du terme prévue au contrat, qui, dans son modèle stéréotypé, fait expressément référence à la loi du 9 juillet 1957, ne serait pas conforme à l'article 190c*ies*, § 1 en ce que la clause de déchéance du terme viserait le solde restant dû en principal et intérêts des sommes non échues (conclusions, p. 4) et non le solde restant dû sur le montant nominal du prêt personnel.

La portée de l'article 190c*ies*, § 1 n'est autre que de soumettre les clauses qu'il désigne et dont il précise les effets à des conditions particulières d'application (défaut de paiement de plusieurs mensualités, nécessité d'une mise en demeure par recommandé non suivie d'effet) en vue d'assurer une meilleure protection des débiteurs vis-à-vis de prêteurs trop rigoureux, sous peine d'invalidité de la clause.

Cet article ne vise donc pas à définir en soi le contenu d'une clause ayant les effets déterminés par la loi mais de soumettre un certain type de clauses expressément précisés à des conditions d'application rigoureuses protectrices des intérêts des emprunteurs.

Il est donc indifférent pour la solution du présent litige de relever une inadéquation de la formulation utilisée par le législateur ou des différences d'interprétation de la disposition légale par différents auteurs (voy. De Caluwé, *Les venies, prêts et prêts personnels à tempérament*, éd. 1965, p. 185 à 188; Moreau-Margrève, I., "La loi du 5 mars 1965 et le régime des prêts personnels à tempérament", in *J.T.*, 1966, n° 35 et note 74), puisque le but du législateur fut de soumettre à des conditions rigoureuses, dont il n'est pas démontré qu'elles n'auraient pas été respectées en l'espèce (voir pièce 5 du dossier de l'appelante), les clauses précisées dans la loi (suivant De Caluwé se basant sur le texte et sur un argument de raison procédant de la différence entre le régime de la révocation de l'obligation et celui de l'exécution accélérée de celle-ci en cas d'exigibilité immédiate, seules les clauses résolutoires expresses entraînant la restitution du capital à rembourser; suivant Moreau-Margrève, se fondant sur une interprétation téléologique, les clauses de déchéance du terme entraînant l'exigibilité de toutes les sommes dues en vertu du contrat).

Il est donc manifestement sans intérêt de rechercher si la disposition de l'article 190c*ies*, § 1 s'applique uniquement aux conditions résolutoires expresses ou encore aux clauses de déchéance du terme, puisque les conditions d'application, auxquelles dans le meilleur des cas pour les emprunteurs, la clause litigieuse aurait été soumise, ont été remplies.

Par contre, il convient d'analyser si la clause de déchéance prévue au contrat revêt le caractère indemnitaire qui seul est de nature à en autoriser la mise en œuvre.

L'analyse de la clause pénale en droit commun, donc indépendamment de la législation particulière applicable en matière de prêts personnels à tempérament, où la réduction, voire la mise à néant de la clause est toujours possible si elle revêt un caractère excessif, doit s'effectuer au moment de la conclusion du contrat (Cass., 1^{er} février 1974, *Pas.*, I, p. 576; Cass., 21 novembre 1985, *Pas.*, 1986, I, p. 347).

En l'espèce, la clause qui prévoit l'exigibilité immédiate de la dette contractée en capital et intérêts, en ce compris sur les mensualités à échoir jusqu'à l'expiration normale du contrat, revêt incontestablement un caractère de peine privée qui enlève à la clause son caractère strictement indemnitaire.

Il est incontestable qu'une telle clause, dans l'absolu, produit pour le créancier un avantage tel qu'il a intérêt à l'inexécution de la convention plutôt qu'à son exécution, sans qu'il y ait lieu de spéculer sur la possibilité de récupération effective de la part du

créancier, puisque la Cour de cassation a bien précisé qu'il convenait de se placer au moment de la conclusion du contrat pour apprécier la validité de la clause.

La pénalité est d'autant plus lourde que le débiteur défaille peu après la conclusion du contrat.

C'est en vain que l'appelante tente de soutenir sur base d'un article de doctrine (Moreau-Margrève, *J.T.*, 1966, n° 38, note 88), dépassé par l'évolution de la jurisprudence de la Cour de cassation (arrêts précités du 17 avril 1970 et du 24 novembre 1972), que l'exigibilité immédiate du montant total de la dette ne revêtirait pas un caractère de clause pénale puisqu'elle est destinée à dédommager le créancier en cas d'inexécution de son obligation par le débiteur et qu'en outre le législateur en 1965 déjà, lors de l'adoption de la législation sur les prêts personnels à tempérament, n'a pas partagé cet avis (voy. De Caluwé, préc. p. 185, citant le rapport de la commission du sénat, *Doc. parl.*, Sénat, n° 342, session 1963-64, p. 4; voy. aussi Hannequart, Y., préc. in *R.C.J.B.*, 1960, p. 48).

C'est en vain encore que l'appelante tente de soutenir qu'il ne pourrait être admis que la clause conventionnelle de déchéance du terme autorisée expressément par le législateur dans l'article 19, § 1 (prêt à tempérament de la loi du 9 juillet 1957) puisse être déclarée illicite puisque la mise en œuvre de la clause de déchéance du terme pourrait ne pas être autorisée pendant toute la durée du contrat et être limitée à certaines sommes à échoir sans viser la totalité des intérêts.

La cour constate pour le surplus que même si la clause ne devait pas être annulée pour absence de contrariété aux articles 6, 1131 et 1133 du Code civil, pour n'avoir pas contrevenu au caractère indemnitaire nécessaire de la clause pénale, qui seul autorise son application, elle devrait être réduite à néant en vertu de l'article 190c*ies*, § 2 de la susdite loi, au motif qu'en l'espèce, les emprunteurs ayant négligé leurs obligations après à peine plus d'une année de remboursement sur une période de cinq ans, la clause pénale revêt un caractère excessif et totalement disproportionné par rapport au bénéfice normal du contrat.

Il ressort de ces considérations que la clause pénale visée au présent titre II ne doit pas être appliquée, vu son caractère de peine privée.

6. Quant à la clause dite pénale et relative à une majoration du solde restant dû de 10%

Les intimés font valoir que cette clause contreviendrait à l'article 1023 du Code judiciaire, encore qu'elle se réfère expressément à ce que ce montant de dommages et intérêts est destiné à couvrir l'appelante de ses frais de recouvrement et de contentieux *non judiciaire*.

C'est à tort que les intimés interprètent la clause en ce qu'elle ne pourrait recevoir d'application en cas de contentieux judiciaire. Une telle interprétation n'est pas admissible car elle ne correspond pas à la portée du texte rédigé en manière telle qu'il vise à éviter l'application de l'article 1023 du Code judiciaire.

L'article 1023 du Code judiciaire a pour objet d'empêcher la mise à la charge des débiteurs de toute majoration du solde restant dû en cas de poursuites judiciaires, en sorte que la détermination forfaitaire des dommages et intérêts visant à désintéresser le créancier de l'augmentation des frais généraux occasionnés par le non-paiement, en dehors de la procédure judiciaire est licite (Van Lier, préc., n° 45, p. 61).

Il est en effet admis que le créancier peut recevoir à la fois une indemnité pour inexécution ainsi qu'une indemnité pour le retard d'exécution, cette dernière réparant la perte de rentabilité de l'argent du créancier et ne l'indemnisant pas des frais supplémentaires

due à la perte de rentabilité de son personnel (De Page, t. III, p. 132, n° 99 et s.; Van Lier, préc., p. 62; Bosmans, préc., n° 58, p. 42; Margrève, I., "Pour un certain pouvoir de révision des clauses pénales", in *J.T.*, 1976, p. 639).

Par contre, le créancier ne peut obtenir une double indemnisation du même dommage, en sorte que la clause de majoration ne peut s'appliquer qu'à la somme des tranches impayées, déduction faite de l'intérêt qui aurait été produit pendant la période restant à courir jusqu'à l'échéance normale du contrat (voy. Liège, 14 mai 1975, *Jur. Liège*, 1978-79, p. 78; Van Lier, préc., n° 47, p. 62 et Bosmans, préc., n° 68, p. 42).

(...)

Par ces motifs,

La Cour,

Staurant contradictoirement:

Dit l'appel recevable et déjà partiellement fondé,

Met à néant le jugement déféré,

(...)

Du 14 janvier 1993 – Liège (9^e chambre).

Siég.: M. J.J. Willems, Conseiller ff. du Président, MM. J. Schils et J.P. Aerts, Conseillers.
Plaid.: Mes Mersch (Liège), Sevrain et Clarenne (Marche-en-Famenne).

Observations

Cf. observations reprises après la décision n° 4.

2. Tribunal de Première Instance de Nivelles

18 février 1993

BANQUE – INTERETS

Compte en banque – Taux d'intérêts conventionnels – Fixation par le banquier – Conditions de validité

En vertu de l'article 1152 du Code civil, les parties peuvent convenir d'un taux d'intérêts moratoires plus élevé que le taux légal.

Un contrat de compte peut valablement prévoir que les taux d'intérêts débiteurs sont déterminés par le prêteur et sont régulièrement portés à la connaissance du client, au moyen des extraits de compte.

BANK – INTRESTEN

Bankrekening – Bij overeenkomst vastgestelde rentevoet – Vaststelling door de bankier – Geldigheidsvoorwaarden

Krachtens artikel 1152 B.W. kunnen de partijen voor de moratoire intresten een hogere rentevoet overeenkomen dan de wettelijke rentevoet.

Een rekeningovereenkomst kan op geldige wijze voorzien dat de kredietgever de rentevoet van de debetintresten bepaalt en deze regelmatig aan de cliënt meedeelt door middel van de rekeninguittreksels.

(Gruselle C/ S.A. Crédit Communal de Belgique)

(...)

2. Eléments de fait

- Le 6 mai 1976 l'appelant est devenu titulaire du compte n° 061-6324490-70 intitulé "compte orange" auprès de l'intimée suivant convention venue entre les parties;
- Le 23 février 1981 il contracta un prêt personnel à tempérament d'un montant nominal de 100.000 F remboursable par prélèvements automatiques mensuels de 4.113 F;
- Le 21 mars 1983 ledit compte présentant un solde débiteur de 16.723 F compte tenu du prélèvement automatique des cinq dernières mensualités du prêt et de l'absence de tout nouveau provisionnement par l'appelant;
- Le 29 juillet 1985 l'intimée avisa l'appelant qu'eu égard à la position débitrice non réglementaire de son compte (supérieure au crédit automatique de 25.000 F par comptabilisation d'intérêts) elle procédait au blocage de celui-ci et l'invitait à régulariser sans délai la situation;
- Les lettres de rappel adressées ultérieurement par l'intimée à l'appelant demeurèrent sans réponse;
- Selon les conclusions de l'intimée, le compte fut clôturé le 31 décembre 1987 et présentait à cette date compte tenu de la capitalisation des intérêts un solde débiteur de 41.170 F;

3. Discussion

(...)

– Quant à la variabilité et au taux des intérêts.

Attendu que l'appelant allègue, en vain, que l'intimée ne pouvait modifier unilatéralement les taux d'intérêts et qu'à tout le moins ceux-ci ne pourraient s'appliquer en l'espèce à défaut d'avoir été régulièrement portés à sa connaissance;

Attendu qu'ainsi que le relève, à bon droit, l'intimée, l'article 1907 du Code civil ne s'oppose pas à ce qu'un contrat stipule que le taux d'intérêts applicable au solde débiteur d'un compte sera celui déterminé par le prêteur;

Attendu qu'au terme de l'article 13 du règlement relatif aux comptes oranges les taux d'intérêts sont fixés par le conseil d'administration du Crédit Communal de Belgique et ont, à en juger par la production des extraits de compte, été régulièrement portés à la connaissance de l'appelant;

Attendu d'autre part que compte tenu des taux du marché bancaire, les taux retenus même s'ils sont nettement supérieur au taux légal, ne sont pas constitutifs en l'espèce d'intérêt usuraire et ne peuvent être considérés comme contraires à l'ordre public;

Qu'il apparaît bien des éléments produits, que les intérêts prévus sont uniquement destinés à réparer le préjudice subi par le créancier à la suite de la perte de jouissance de son capital pendant le délai de retard de paiement de l'obligation principale;

Attendu enfin que l'intimée relève avec raison qu'il ne peut être contesté que les parties peuvent, par dérogation à l'article 1153 du Code civil mais en exécution de l'article 1152 du même code, convenir d'un taux d'intérêts moratoires plus élevé que le taux légal;

Attendu que le Tribunal constate que l'appelant n'a pas réagi lors de la réception de ses extraits de compte et des lettres de rappel qui lui ont été adressées par l'intimée;

Qu'il s'ensuit que seul le comportement particulièrement négligent qu'il a adopté dans la gestion de ses affaires est à l'origine de l'aggravation de la situation de débit de son compte;

Qu'aucune attitude abusive n'est démontrée dans le chef de l'intimée;
(...)

Par ces motifs,

Le Tribunal, statuant contradictoirement;

Reçoit l'appel et le déclare non fondé;

(...)

Du 18 février 1993 – Civ. Nivelles (1ère chambre).

Siég.: M. B. Desmette, Juge ff. de Président, MM. I. Desaeleer et M. Janssens, Juges.
Plaid.: Mes Dalne loco Feltz (Nivelles) et Thiery loco Linsmeau (Bruxelles).

Observations

1. Cette décision est coulée en force de chose jugée.
2. Cf. observations reprises après la décision n° 4.

3. Cour d'Appel de Liège

25 mai 1993

BANQUE – INTERETS

Ouverture de crédit – Dénonciation – Intérêts conventionnels – Commissions – Clause pénale

Les intérêts de retard sont destinés à réparer le préjudice subi par le créancier pour la perte de jouissance de son capital pendant le délai de retard.

Leur taux peut être supérieur au taux légal et peut être variable.

Les commissions constituent la rémunération des services rendus par la banque.

La clause pénale par laquelle le banquier couvre le coût résultant de son service de recouvrement de créance doit, pour être valable, revêtir un caractère indemnitaire.

Les parties peuvent valablement prévoir que la dénonciation de crédit ne modifie pas le taux des intérêts et le montant des commissions.

BANK – INTRESTEN

Kredietopening – Opzegging – Bij overeenkomst bepaalde intresten – Commissies – Strafbeding

De moratoire intresten dienen tot vergoeding van de door de schuldeiser geleden schade wegens het verlies van het gebruik van zijn kapitaal tijdens de periode van niet-betaling.

De rentevoet mag hoger zijn dan de wettelijke rentevoet en mag gewijzigd worden.

Een commissie is de vergoeding voor de door de bank bewezen diensten.

Het schadebeding tot dekking van de kosten die de bankier maakte bij de inning van schuldvorderingen, moet een vergoedend karakter hebben om geldig te zijn.

Het beding dat de opzegging van het krediet de rentevoet noch het bedrag van de commissies wijzigt is wettig.

(Gois et consorts / S.A. Banque Ippa)

Par acte du 7 juillet 1982, la Banque Ippa accorde à Monsieur et Madame Gois-Vanderavroet un crédit de 900.000 F "réalisable en compte courant". L'article 9 des conditions générales précise: "L'arrivée du terme ou la dénonciation du crédit ne modifie ni le taux des intérêts, ni celui des commissions, lesquels continuent à être décomptés aux mêmes conditions jusqu'à la libération totale des engagements de la créditée envers la banque". L'article 7 prévoit pour sa part que: "Lorsqu'un crédit sera venu à échéance et que la créditée sera demeurée en défaut de le rembourser dans les quinze jours de l'envoi d'une lettre recommandée de mise en demeure, le montant dû à la banque sera augmenté de 10% à titre de dommages et intérêts". Par acte du même jour, Monsieur et Madame Gois-Lambois se portent cautions solidaires et indivisibles des engagements de Monsieur et Madame Gois-Vanderavroet. L'acte de caution précise en son article 2 que: "Les intérêts, frais, commissions et autres accessoires stipulés à l'égard du débiteur principal continueront à courir ou se renouvelleront et seront dus par la caution, même après l'échéance du terme de la dette principale, que la banque exerce ou non des poursuites, et même en cas de faillite et de concordat, quand bien même le débiteur principal n'en serait plus tenu", et l'article 10 que: "Si la caution, mise en demeure de payer par lettre recommandée à la poste, n'exécute pas ou n'exécute pas complètement son obligation dans les quinze jours, elle sera tenue de plein droit de payer, à titre de clause pénale une somme égale à 10% du montant qu'elle n'aura pas réglé dans ce délai."

Le crédit est dénoncé par courrier recommandé le 21 février 1984 aux débiteurs principaux et la dénonciation est portée à la connaissance – toujours par lettre recommandée – des cautions le 26 juin 1984.

La banque réclame aux débiteurs et aux cautions le solde en principal (118.705 F), les intérêts conventionnels au 31 mai 1989 (17.757 F), les commissions (35.511 F), la clause pénale (93.691 F), ainsi que les intérêts conventionnels sur le principal depuis le 1^{er} juin 1989.

(...)

a. Attendu qu'il est aujourd'hui clair

1. que les "commissions" et leur maintien après la dénonciation du crédit ont été contractuellement prévues dans le contrat (article 9 du contrat-type et la convention entre parties qui porte expressément que la commission trimestrielle est de 1/4% ...) ce qui n'était pas le cas dans le litige dont question dans l'arrêt rendu par la Cour d'appel de Bruxelles, le 26 mars 1986 et qui a été cité dans l'arrêt a quo: la convention entre les parties excluait, dans cette espèce, toute commission;

2. que les commissions sont considérées comme la rémunération des services rendus par la banque au client à l'occasion de l'ouverture d'un crédit et qu'elles ne peuvent pas se confondre avec les intérêts conventionnels qui constituent le "loyer de l'argent" (cf. sur les commissions Van Ryn et Heenen, *o.c.*, dans l'arrêt a quo n° 434 et 3.) qu'en aucun cas, ces commissions ne peuvent être non plus confondues, in abstracto ou in concreto, avec l'application de l'anatocisme telle que la doctrine et la jurisprudence l'admettent durant la vie du compte-courant, mais non une fois le crédit dénoncé;

b. Attendu que les appelants se sont en vain employés à prétendre que l'article 9 du contrat-type qui prévoit en son alinéa deux que la dénonciation du crédit ne modifie ni le taux des intérêts, ni celui des commissions devrait être annulé eu égard au fait qu'il autoriserait par son libellé même, le maintien de l'anatocisme au-delà de la dénonciation du crédit.

Attendu que l'allusion au "taux des intérêts" ne comporte pas, ni expressément, ni même tacitement, semblable conséquence et qu'ainsi les décomptes adressés par l'intimée aux appelants ne peuvent être rejetés sur base de ce qui apparaît en réalité comme un procès d'intention que les seconds font à la première: ces décomptes auraient pu in abstracto, disent les appelants, sur base de l'article 9 litigieux, englober des intérêts calculés en violation de l'article 1154 du Code civil, même si, in concreto, les décomptes n'en comportent point; ils devraient ce néanmoins, être écartés.

Attendu que le texte de l'article 9 ne dit point cela: que le caractère exceptionnel de l'anatocisme admis durant la vie du compte-courant n'autorise pas le juge à voir dans l'allusion, dans l'article 9 litigieux, au "taux" des intérêts, autre chose que ce taux et non donc la manière dont les intérêts se calculent (de manière trimestrielle plutôt que annuelle, et cela avec l'automatisme qu'admet l'usage).

c. Pour le surplus, attendu que le taux des intérêts moratoires conventionnellement admis et dont, à juste titre, il n'a pas été prétendu qu'il serait un taux usuraire, ne constitue point une clause pénale annulable pour illicéité: qu'il appert, en effet, que l'augmentation in specie du taux, prévue en cas d'inexécution par l'emprunteur de ses obligations, apparaît bien comme étant réellement destinée à réparer le préjudice subi par le créancier par suite de la perte de jouissance de son capital pendant le délai de retard, le taux de 8,75% constituant, lui, le loyer de l'argent prêté; qu'il ne peut être contesté que, pendant la durée du retard des paiements, le créancier ne peut pas faire fructifier cet argent en le plaçant et qu'en outre, s'il a lui-même des dettes de sommes, il ne dispose pas de ses fonds pour payer celles-ci et doit en conséquence emprunter pour pouvoir payer ses propres créanciers (cf. Civ. Bruxelles, 18 octobre 1989, *J.L.M.B.*, 1990, p. 103 à 107); que l'on peut d'ailleurs constater qu'en l'occurrence, il avait été prévu dans le contrat, conclu le 7 juillet 1982, un "taux d'intérêt variable, soit actuellement

17,50% l'an majoré de 1,50%" alors que dans le décompte adressé aux intimés, le taux a été calculé à "8,75% + 1,50% = 10,25% l'an";

d. Attendu que la clause pénale de 10% visée par l'article 16 du contrat-type ne constitue certes pas une clause pénale illicite au sens où la jurisprudence entend ces termes; que par la fixation forfaitaire de ces dommages et intérêts, l'intimée entend essentiellement couvrir le coût total que lui occasionne son service de recouvrement des créances à payer (à l'exclusion évidemment de tous frais de justice et frais d'avocat) où se trouve pour la plus grande part la charge du personnel qui gère ce service; qu'ainsi on ne peut y voir une clause qui permettrait à la banque de spéculer sur le manquement par ses clients à leurs obligations contractuelles (cf. sur ce point et pour l'examen des arrêts rendus par la Cour de cassation en matière de clause pénale, Van Ommeslaghe, P., "Examen de jurisprudence, les obligations", *R.C.J.B.*, 1975, n° 59, p. 532; qu'in specie, la clause apparaît bien comme purement indemnitaire, représentant la réparation du dommage tel que les parties pouvaient l'envisager au moment où elles ont contracté.

e. Attendu que le maintien conventionnel des commissions (0,25% par trimestre) au-delà de la dénonciation du crédit n'enlève rien au caractère indemnitaire ci-dessus reconnu à la clause pénale sensu stricto puisque ces commissions ne visent pas à réparer un dommage.

f. Attendu que le cumul de la clause pénale avec la clause d'intérêts moratoires conventionnels à un taux plus élevé que le taux légal - qui était de 12% lorsque le contrat a été conclu et de 8% lors de sa dénonciation - est, en l'occurrence, parfaitement licite puisque l'objectif des clauses est différent: chômage du capital pendant la durée du retard de paiement, d'une part, diminution de la productivité du personnel jointe à une augmentation des frais généraux, d'autre part (voy. Civ. Bruxelles, cité ci-avant, p. 107) et que la transparence de ces clauses ainsi que des décomptes établis sur cette base ne fait point de doute; que dès lors qu'elles sont conventionnelles et ne sont pas interdites par la loi, elles doivent être respectées.

(...)

Par ces motifs;

Reçoit l'appel; le dit non fondé;

(...)

Du 25 mai 1993 - Liège (11^e chambre).

Siég.: Mme Cl. Margrève, Président.

Plaid.: Mes Lamon (Bruxelles) et Mineur (Heusy).

Observations

Cf. observations reprises après la décision n° 4.

4. Tribunal de Première Instance de Nivelles

19 avril 1994

BANQUE - INTERETS

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

L'existence d'un compte courant peut justifier la capitalisation des intérêts conventionnels à un taux variable purement potestatif dans le chef du banquier, par dérogation aux articles 1129, 1174 et 1154 du Code civil.

Après la cessation de compte du compte courant, la capitalisation des intérêts dérogeant à l'article 1154 du Code civil et le maintien des intérêts conventionnels ne sont pas justifiés.

BANK - INTRESTEN

Rekening-courant - Bij overeenkomst bepaalde intresten met veranderlijke rentevoet - Anatocisme - Rentevoet na afsluiting van de rekening

Een rekening-courant kan de kapitalisatie van de bij overeenkomst bepaalde intresten aan een in hoofde van de bankier louter potestatief veranderlijke rentevoet rechtvaardigen, in afwijking van de artikelen 1129, 1174 en 1154 B.W.

Na het afsluiten van de rekening-courant zijn de kapitalisatie van de intresten in afwijking van artikel 1154 B.W. en de handhaving van de bij overeenkomst bepaalde intresten niet langer gerechtvaardigd.

(S.A. BBL / Lewandowska)

Attendu que la demande a pour objet d'obtenir, avec des intérêts conventionnels fixés à un taux variable au gré de la demanderesse, sur base d'une convention de crédit, la condamnation de la partie défenderesse au paiement du solde débiteur d'un compte à vue n° 310-0788188-52 clôturé en date du 10 août 1993, mais qui, en fait, selon les relevés produits, paraît avoir cessé de fonctionner depuis le 17 août 1993, avec un solde débiteur, intérêts capitalisés inclus, fixé au terme du trimestre en cours à 885.578 F (863.132 F + 22.446 F);

Attendu que seule l'existence effective d'un compte courant peut justifier une capitalisation des intérêts à un taux variable purement potestatif dans le chef de la partie demanderesse par dérogation aux prescrits des articles 1129, 1174 et 1154 du Code civil;

Attendu qu'en application desdits articles, il n'est pas justifié, après la cessation du compte courant en cause, de maintenir des intérêts conventionnels à un taux variable purement potestatif dans le chef de la partie demanderesse, ni une capitalisation desdits intérêts, dérogeant à l'article 1154 dudit Code civil;

Attendu que, sur base de l'article 1153 du Code civil, il est seulement justifié, pour la période postérieure à ladite cessation, d'accorder à la partie demanderesse des intérêts

au taux légal, majorés des commissions et frais stipulés par la convention de crédit en cause;

Attendu que la demande paraît, dès lors, fondée dans la mesure indiquée au dispositif;

Par ces motifs,

Le Tribunal,

Statuant par défaut;

Reçoit la demande et la déclare fondée dans la mesure ci-après:

Condamne la partie défenderesse à payer à la partie demanderesse la somme de huit cent quatre-vingt-cinq mille cinq cent septante-huit francs, augmentée d'intérêts moratoires puis judiciaires au taux légal à partir du premier octobre 1983 jusqu'au parfait paiement, avec, par trimestre, une commission de 0,375% et 400 francs de frais;

Du 19 avril 1994 - Trib. Nivelles (4^e chambre).

Siég.: M. X. Malengreau, Juge.

Plaid.: Mes Van Ackere loco Leplat.

Observations

Le contentieux relatif au loyer de l'argent se développe. Les quatre décisions publiées abordent la problématique classique de l'anatocisme, des clauses pénales, du cumul des intérêts conventionnels et de la clause pénale. Nous limiterons nos commentaires à la question des intérêts à taux variable, du taux des intérêts après la clôture du compte, de la clause de déchéance de terme dans les prêts personnels à tempérament et de la manière dont doit être calculée la créance du prêteur dans le cas d'un prêt personnel à tempérament dénoncé.

1. Les intérêts à taux variable

Beaucoup de contrats contiennent des clauses particulières permettant au banquier de modifier le taux d'intérêts, en cours d'exécution de la convention de compte ou de crédit.

On rencontre souvent des clauses types suivant lesquelles "le taux d'intérêts est fixé au taux de base de la banque, majoré de ...%, avec un minimum de ..." ou "les taux d'intérêts sont affichés dans les locaux de la banque ou publiés par la voie de la presse ou communiqués par lettre circulaire", étant entendu que le taux de la banque ou le taux affiché est fixé et modifié par le banquier.

Plusieurs décisions françaises récentes ont contesté la validité de telles clauses.

Une première espèce concerne le cas d'une banque qui avait consenti à des particuliers un prêt à durée déterminée. L'intérêt annuel était fixé au taux de référence pour la banque pour les crédits à court terme, majoré de 4,5%. L'intérêt s'établissait au jour de l'acte à 13,40% et devait suivre les fluctuations en hausse ou en baisse du taux de référence, sans pouvoir descendre au-dessous de 12,5%. Les crédits contestaient cette clause, estimant qu'elle était purement potestative et dépendait de la seule volonté du banquier.

La Cour de Cassation a cassé l'arrêt de la Cour d'Appel de Nancy qui avait admis la validité de cette clause, parce que celle-ci n'avait pas recherché si le taux d'intérêts était déterminable par référence à des éléments du marché financier extérieurs à la volonté du prêteur.¹

Cet enseignement a été confirmé par un arrêt subséquent du 9 juin 1992.²

Saisi d'une espèce similaire, le Tribunal de Grande Instance de Caen a, quant à lui, estimé que la modification du taux devait être écartée dans la mesure où le taux variait en fonction d'éléments dépendant de la seule volonté d'une des parties, en l'occurrence le créancier.³

Le Tribunal de Grande Instance de Paris a également refusé d'appliquer un tel taux variable, car il n'était pas à ses yeux déterminé ou déterminable, la variation de taux effectif global dépendant de la seule volonté de la banque.⁴

Selon le droit commun, l'objet d'un contrat n'est pas déterminé s'il dépend d'un nouvel accord ou d'une nouvelle négociation entre les parties, s'il est tributaire de la décision totalement arbitraire de l'une d'entre elles. Il y a lieu de réserver l'hypothèse où la détermination ou la modification possible de l'objet est contractuellement laissée à l'appréciation d'une des parties⁵, en l'espèce le créancier de l'obligation. Dans ce cas, le créancier doit respecter les règles applicables (telles que celles relatives à la réglementation des prix ou à l'interdiction des taux usuraires) et agir de bonne foi, sans arbitraire, le tout sous le contrôle des tribunaux.

Dans le domaine qui nous occupe, ceci implique que le taux de base de la banque peut être modifié unilatéralement par celle-ci, à condition qu'elle puisse justifier économiquement ou objectivement la modification: taux des avances de la Banque Nationale, taux du marché, coût du refinancement, taux pratiqué par la concurrence, coût de la rémunération des comptes courants, spécialisation et structure financière de l'établissement ...

Plus précisément pour certains crédits à court terme, on tient compte, par exemple, du taux interbanque à trois mois; pour les crédits à long terme, on se réfère aux taux des emprunts d'Etat, des bons de caisse du Crédit Communal ou de la CGER. Pour certains crédits spécifiques, les banques tiennent compte des tarifs des institutions ou des maîtres du marché: par exemple, la CNCP et la SNCI pour les crédits professionnels, l'OCCH ou la CGER pour les crédits hypothécaires.

¹ Cass. fr., 2 mai 1990, *Banque*, 1990, p. 1097 et obs. J.L. Rives-Lange; *Rev. jur. comm.*, 1990, p. 342 et note Schmidt; *J.C.P.*, 1991, 21655 et note J. Stoufflet; Martin, D., "Le taux de base", *D.S.*, 1991, Chronique, XXIV.

² Cass. comm., 9 juin 1992, *Banque*, 1992, p. 736; *Rev. droit bancaire*, 1992, n° 32, p. 136, n° 33, p. 205; *Banque et Droit*, 1992, p. 215; *D.S.*, 1992, p. 529 et note Gavalda; cons. Ghestin, J., "Le crédit à la consommation et la nullité fondée sur l'article 1129 du Code Civil des clauses de révision des taux d'intérêt", *Sem. Jur.*, 1993, I, 3714.

³ 17 janvier 1990, *Rev. droit bancaire*, 1990, n° 19, p. 130, n° 10, obs. Crédot et Gérard. L'on retrouve la même idée dans l'article 32.2 de la loi du 14 juillet 1991 qui interdit la clause faisant varier "le prix en fonction d'éléments dépendant de la seule volonté du vendeur".

⁴ TGI Paris, 30 novembre 1993, *Banque et Droit*, n° 35, mai, juin 1994, p. 33.

⁵ Van Ommeslaghe, P., "Examen de jurisprudence - les obligations", *R.C.J.B.*, 1986, p. 81 et s., n° 26 et s. et réf. citées; Foriers, P.A., *L'objet et la cause du contrat in Les obligations contractuelles*, Ed. Jeanne Barreau, Bruxelles, 1984, p. 136; Foriers, P.A., "L'objet", in *Les obligations en droit français et en droit belge, convergences et divergences*, Bruxelles, Bruylant, 1994, p. 65.

En d'autres termes, et pour reprendre les termes de l'arrêt rendu par la Cour de Cassation française, le taux d'intérêts doit être déterminable "par référence à des éléments du marché financier extérieur à la volonté du prêteur".

La question est alors de savoir dans quelle mesure la possibilité laissée contractuellement au banquier de modifier partiellement l'objet de la convention (le taux d'intérêt) est conforme aux principes dégagés par la doctrine moderne.

En cas de modification de prix décidée unilatéralement par le banquier en vertu d'une autorisation contractuelle préalable, deux hypothèses au moins sont envisageables:

- soit le contrat prévoit que le client peut s'y opposer endéans un certain délai et selon certaines formes. Passé ce délai, et en l'absence de protestation régulière, la modification est définitivement acquise. C'est apparemment l'hypothèse sous-jacente au jugement prononcé par le Tribunal de Première Instance de Nivelles le 18 février 1993 (décision n° 2).

En cas de désaccord formulé à temps et selon les formes convenues, la modification ne peut être appliquée et le banquier peut dénoncer le contrat s'il est à durée indéterminée.

- soit le contrat prévoit que la modification est applicable de plein droit au client. Dans ce cas, si le droit à la contestation est inexistant, rien ne peut empêcher le client de résilier le contrat, s'il est à durée indéterminée, moyennant le préavis conventionnel ou à défaut suivant le préavis requis par l'usage.

Outre l'application du droit commun, il faut souligner l'incidence de deux textes spécifiques:

La loi du 4 août 1992 relative au crédit hypothécaire prévoit expressément que le taux d'intérêt peut être fixe ou variable (art. 7), étant entendu que si le consommateur choisit le taux variable, il bénéficie d'une importante protection (art. 9).⁶

La loi du 12 juin 1991 relative au crédit à la consommation prévoit que "sauf les exceptions prévues à la présente loi, toute clause qui autorise le prêteur à modifier unilatéralement les stipulations du contrat est réputée non écrite" (art. 30).

Toutefois, en matière d'ouverture de crédit, le prêteur peut se réserver le droit, dans l'offre et dans le contrat lui-même, de modifier le taux débiteur (art. 60).

Dans ce cas, le consommateur doit en être informé clairement, personnellement et préalablement à la modification, au moyen d'un relevé de compte.

La loi n'a pas précisé le délai endéans lequel le consommateur doit être informé. Il en résulte que l'avis peut être communiqué au consommateur au plus tard la veille de l'entrée en vigueur du nouveau taux.

A défaut d'information préalable, le taux précédemment en vigueur reste applicable.

2. Le taux d'intérêt débiteur à la fin du contrat

Lors de la clôture du compte à vue ou d'une ouverture de crédit, les intérêts débiteurs continuent en principe à courir. Par contre, et sauf disposition conventionnelle contraire, les commissions liées au fonctionnement même du compte ne sont plus dues, vu la disparition de leur cause.

Il se peut que le contrat ait précisé le taux d'intérêt applicable à la créance du solde: le même taux que celui qui était d'application pendant l'exécution du contrat majoré, le cas échéant, d'un pourcentage de pénalité.

⁶ Cf. Meulemans, D., Lens, M., "De nieuwe wet op het hypothecaire krediet", *D.C.C.R.*, 1994, p. 589 et Jakhian G., *Le crédit hypothécaire*, Larcier, 1994, p. 51.

La plupart des règlements des opérations des banques contiennent une clause de ce type.⁷

Dans ce cas, le contrat s'applique bien entendu, à condition que le taux ne soit pas usuraire ou ne constitue pas une clause pénale contraire à l'ordre public (art. 6 C. civ.). L'arrêt de la Cour d'Appel de Liège du 25 mai 1993 (décision n° 3) va en ce sens, appliquant ainsi le principe de la convention-loi.⁸

L'article 1153 du Code civil qui limite le taux d'intérêt moratoire au taux légal n'étant ni d'ordre public ni impératif, les parties peuvent valablement fixer un autre taux, ce que rappelle la Cour d'appel de Liège (décision n° 3).

Une controverse existe dans l'hypothèse où la convention se borne à prescrire le taux applicable pendant la durée du compte sans préciser expressément le taux applicable après la clôture du compte.

Pour certains⁹, seul le taux légal peut être revendiqué par le banquier; c'est le point de vue suivi par le Tribunal de Première Instance de Nivelles dans son jugement du 19 avril 1994 (décision n° 4).

L'argumentation sous-jacente est simple: la clôture du compte rend le solde exigible. Selon le droit commun, à défaut de remboursement à l'échéance, les intérêts qui courent à ce moment sont de nature moratoire, ils doivent dès lors être calculés au taux légal.

Pour d'autres cependant, le taux conventionnel continue à s'appliquer, jusqu'au paiement complet du solde débiteur.¹⁰

⁷ En matière de compte courant postal, la même règle est prévue à l'article 111, § 4, de l'Arrêté Ministériel du 12 janvier 1970.

⁸ En ce sens également, Gand, 22 mai 1980, *Rev. Banque*, 1980, p. 669; Bruxelles, 14 janvier 1987, *R.G.D.C.*, 1989, p. 340 et note C. Dalcq; Anvers, 24 février 1987, *D.C.C.R.*, 1989/3, p. 189 et note B. Ponget; Civ. Liège, 16 septembre 1987, *J.L.M.B.*, 1989, p. 406 et note Parmentier; Liège, 21 décembre 1989, *J.L.M.B.*, 1991, p. 326 et note Buyle; Bruxelles, 8 mai 1990, *J.T.*, 1990, p. 675, *Rev. Banque*, 8-9/1990, p. 463; Liège, 28 juin 1990 (11^e chambre), De Loose/Générale de Banque, RG 19.802/87, inédit; *contra*: Civ. Liège, 2 septembre 1987, *R.G.D.C.*, 1988, p. 577; Civ. Liège, 30 septembre 1987, *J.L.M.B.*, 1987, p. 1470; Civ. Namur, 9 janvier 1991, *J.L.M.B.*, p. 641; J.P. Tubize, 16 mars 1993, *J.J.P.*, 1994, p. 56.

⁹ Anvers, 9 mars 1870, *P.A.*, 1870, I, p. 131; Gand, 9 avril 1923, *B.J.*, Col 4/3; Comm. Anvers, 23 janvier 1930, *Rev. faill.*, 426; Civ. Liège, 2 septembre 1987, *R.G.D.C.*, 88/6, 577; *R.P.D.B.*, v° *Compte courant*, p. 543, n° 255; Douai, 12 mai 1925, *D.P.*, n 1926, II, p. 61 et note Chiran; Besançon, 12 avril 1937, *D.H.*, 1937, p. 321; Bordeaux, 16 octobre 1962, *Rev. Banque*, 1965, p. 894; Nîmes, 20 décembre 1972, *D.S.*, 1973, 466 et note Gavalda; Paris, 14 mars 1977, *J.C.P.*, 1978, 18863; Cass. fr. (com.), 14 mars 1978, *D.S.*, 1975, L.R., p. 145; TGI Versailles, 20 juin 1980; Paris, 8 janvier 1981, *J.C.P.*, 1981, II, 19696 et note Bouteiller; Paris, 16 avril 1982, *Gaz. Pal.*, 13 mai 1982, p. 14; Versailles, 19 septembre 1983, *D.S.*, 1984, IR, p. 264; TGI Lyon, 20 mars 1989, *Rev. jur. comm.*, 1990, p. 182; Cass. fr. (com.), 23 octobre 1990, *Sem. Jur.*, 21710 et note J. Stoufflet.

¹⁰ En Belgique: Dieryck, *Les ouvertures de crédit*, p. 266, n° 251; *Novelles. Droit bancaire*, v° *Compte-courant*, p. 157, n° 219; Simont, L., Bruyneel, A., "Chronique de droit bancaire privé, les opérations de banque (1978-1979)", *Rev. Banque*, mai 1979, p. 685, n° 13 citant un arrêt inédit de Gand du 13 octobre 1977, "Les opérations de banque (1979-1986)", *Rev. Banque*, juin 1987, p. 38 citant un jugement inédit de Civ. Courtrai du 20 décembre 1979; Van Ryn, J., Heenen, J., *Principes de droit commercial*, t. IV, 2e éd., p. 382, n° 508; Winandy, Ch. G., "Les comptes en banque et les intérêts", in *La banque dans la vie quotidienne*, Editions du Jeune Barreau Bruxelles, 1986, p. 42 et 5, références citées en note 52; Liège, 28 juin 1990 (11^e chambre), De Loose C/Générale de Banque, RG 19.802/87, inédit; Liège, 24 octobre 1991 (11^e chambre), Générale de Banque C/Ernens, RG 25.432/90, inédit. En France: Toulouse, 13 janvier 1966, *Banque*, 1968, p. 472; Douai, 18 avril 1967, *Banque*, 1967, p. 638; TGI Paris, 17 février 1970, *Banque*, 1970, p. 817 et obs. Marin; Aix, 8 juin 1971 (2 arrêts), *Banque*, 1972, p. 1041 et obs. Martin; Paris, 7 juillet 1972, *Banque*, 1972, p. 1045, *Gaz. Pal.*, 1973, p. 895; Rouen, 6 novembre 1973,

Deux raisons nous convainquent de la pertinence de cette dernière thèse.

Un premier argument se fonde sur l'interprétation de la volonté des parties elles-mêmes. La clôture d'un compte laisse apparaître un solde créditeur ou débiteur, payable immédiatement. "La clôture du compte ne fait point disparaître le découvert mais arrête seulement le solde du compte et fait apparaître la créance exigible".¹¹ Si le paiement n'a pas lieu à ce moment (par exemple, parce que le débiteur est insolvable ou malheureux en cas de solde débiteur), il faut présumer que les parties ont voulu également faire produire intérêt au même taux que celui en vigueur pendant le contrat, à la créance du solde et ce, jusqu'à son complet remboursement.

Rien n'explique, en effet, pourquoi le coût du loyer de l'argent serait plus lourd (si le taux d'intérêt débiteur conventionnel est supérieur au taux légal) au moment où le client n'est pas encore tenu au remboursement des positions débitrices et pourquoi sa dette finale s'allège lorsqu'elle devient exigible et n'est pas payée immédiatement.

Le taux d'intérêt débiteur est en quelque sorte, d'un point de vue économique, plus lié à la contrepartie du crédit octroyé en compte qu'au fonctionnement du compte lui-même ou à la contrepartie des services qui lui sont attachés.

Il appartient au juge de rechercher, dans les cas qui lui sont soumis, la volonté présumée des parties et de conclure par exemple qu'"aucun élément précisé dans la correspondance entre les parties ne permet de conclure que celles-ci avaient entendu abandonner, pour la période postérieure aux arrêtés de clôture, le cadre conventionnel initial".¹²

L'interprétation du juge peut aussi se fonder sur le silence gardé par le client à la réception de l'arrêté de compte précisant le solde et le taux d'intérêt retenu à partir de ce moment.

Un second argument est lié à l'usage.

La loi ne réglant pas spécialement la convention de compte courant, les conditions, les modalités, les effets, en sont librement fixés par les parties et, à défaut, par l'usage.¹³

Il en est ainsi de l'intérêt. C'est l'usage qui justifie qu'en matière de compte courant, l'intérêt court de plein droit sans mise en demeure préalable, pendant son fonctionnement mais aussi après sa clôture. C'est l'usage aussi, qui, à défaut de convention expresse ou tacite, permet de déterminer le taux d'intérêt¹⁴, tout au long du fonctionnement du compte courant et après sa clôture.

Mais ce taux d'usage peut être difficile à établir. Les taux de base des banques sont souvent très différents, de même que les majorations apportées à certains clients.

C'est pourquoi aussi l'usage veut (sauf volonté contraire des parties) que le taux d'intérêt soit le même pendant le contrat et à la fin de celui-ci, et ce, jusqu'au remboursement du solde débiteur par le client (ou jusqu'au versement du solde créditeur par le banquier). Le fait que certaines banques se contentent de réclamer après la clôture du

Rev. trim. dr. comm., 1974, p. 319; Cass. (com.), 9 décembre 1974, *Gaz. Pal.*, 1975, p. 212, note G.H.; Cass. fr., 10 janvier 1989, *Rev. jur. comm.*, 1989, p. 210 et note Gallet; Toulouse, 9 octobre 1990, *Banque et Droit*, 1991, p. 162; Gavalda, C., Stoufflet, J., *Droit de la banque*, PUF, 1974, p. 469, n° 363; Marin, *Banque*, 1967, p. 638; Martin, *Banque*, 1971, p. 1042, 1975, p. 1098; Rives-Lange, J.L., Contamine-Raynaud, M., *Droit bancaire*, 1990, p. 270, n° 204; Vasseur, Marin, *Banques et opérations de banque. Les comptes en banque*, t. 1^{er}, p. 470, n° 276.

¹¹ Liège, 21 décembre 1989, *J.L.M.B.*, 1991, p. 326.

¹² Cass. fr., 9 décembre 1974 (2^e arrêt), *Gaz. Pal.*, 1975, I, p. 212 et note GH.

¹³ Cass., 17 février 1970, *Pas.*, 1970, I, p. 535.

¹⁴ Van Ryn, J., Heenen, J., *Principes de droit commercial*, t. IV, 2e éd., p. 380, n° 505; Montpellier, 23 octobre 1953, *D.*, 1955, J., p. 131.

compte un taux d'intérêt équivalant au taux légal, ne remet pas en question l'existence de cet usage, puisqu'il est permis de renoncer volontairement au bénéfice d'un usage. Cet usage a été expressément consacré par plusieurs décisions françaises.¹⁵

3. La clause de déchéance du terme dans les prêts personnels à tempérament

Selon la Cour d'Appel de Liège (décision n° 1), la clause d'un contrat de prêt personnel à tempérament qui, en cas d'inexécution des obligations de l'emprunteur, prévoit la déchéance du terme du solde restant dû, en principal et intérêts, en ce compris sur les mensualités à échoir, revêt un caractère de peine privée qui enlève à la clause son caractère strictement indemnitaire. Celle-ci est donc nulle.

La déchéance du terme est en principe valable. Une telle clause devient illicite lorsqu'elle a pour conséquence de rendre exigible la totalité des intérêts inclus dans les mensualités non échues.¹⁶ Il appartient au juge d'examiner si la déchéance partielle ou complète du terme n'est pas une pénalité injustifiée ou excessive. C'est le travail auquel s'est livré la juridiction liégeoise, conformément d'une part, au droit commun qui fait du caractère strictement indemnitaire une condition de validité des clauses pénales et, d'autre part, à l'article 190cies, § 2, de la loi du 9 juillet 1957 sur les prêts à tempérament. L'article 90, alinéa 2, de la loi du 12 juin 1991 sur le crédit à la consommation permet aussi au juge de réduire ou d'annuler les pénalités excessives ou injustifiées.

La décision commentée s'inscrit dans un courant jurisprudentiel qui va dans le même sens: Civ. Marche-en-Famenne, 24 avril 1986, *R.G.D.C.*, 1987/2, p. 181; Liège, 9 mai 1989, *Ann. Dr. Lg.*, 1990, p. 49 et note Ch. Biquet-Mathieu; Civ. Verviers, 17 février 1992, *J.L.M.B.*, 1993, p. 587 et obs. Balate qui relève que la loi du 12 juin 1991 sur le crédit à la consommation ne modifie pas le type de raisonnement autorisé sous l'emprise de la loi du 9 juillet 1957; J.P. Arlon, 17 décembre 1993, *RG.* 7569, inédit.

4. La détermination du solde exigible d'un prêt personnel à tempérament

Selon la Cour d'Appel de Liège (décision n° 1), en cas de dénonciation d'un prêt personnel à tempérament, la perception d'intérêts moratoires sur la totalité du solde restant dû, c'est-à-dire le capital et le taux de chargement, comprenant lui-même des intérêts, constitue une opération d'anatocisme, prohibée par l'article 1154 du Code civil.

La jurisprudence majoritaire estime que seul le capital des termes non échus peut être pris en compte comme base de calcul des intérêts moratoires et de la clause pénale.¹⁷

Quant aux intérêts de retard conventionnels eux-mêmes, leur taux ne peut actuellement dépasser la moyenne entre le taux d'intérêt légal et le taux annuel effectif global convenu, sous peine de réduction (art. 28 et 90, § 1, de la loi du 12 juin 1991).¹⁸

¹⁵ Tribunal grande instance Paris, 10 février 1970, *Banque*, 1970, p. 817 et Aix, 8 juin 1971 (2 arrêts), *Banque*, 1972, p. 1041.

¹⁶ Sous réserve de l'application de l'article 29 de la loi du 12 juin 1991 sur le crédit à la consommation (comp. art. 19, § 1bis loi 9 juillet 1957).

¹⁷ Liège, 9 mai 1989, *Ann. Dr. Lg.*, p. 49 et note Ch. Biquet-Mathieu; Civ. Verviers, 17 février 1992, *J.L.M.B.*, 1993, p. 587 et obs. E. Balate; J.P. Tubize, 12 mai 1992, *J.J.P.*, 1994, p. 52; Civ. Gand, 7 mai 1993, *J.J.P.*, 1994, p. 49; J.P. Charleroi, 27 septembre 1993, *J.L.M.B.*, 1993, p. 1501 et obs. E. Balate; J.P. Namur, 7 janvier 1994, *J.L.M.B.*, 1994, p. 321; comp. Civ. Courtrai, 9 avril 1993, *J.J.P.*, 1994, p. 45; en doctrine, cons. not. Reghif, H., "La loi du 12 juin 1991 relative au crédit à la consommation...", *Cahiers de Droit judiciaire*, n° 14, septembre 1993, p. 65, spéc. p. 69.

¹⁸ Cons. Balate, E., "Existerait-il en droit belge une obligation d'agir en justice à bref délai?", *R.D.C.*, 1993, p. 916; Demuyneck, I., "Conventionnelle (schade)vergoedingsregelingen en de Wet op het consumentenkrediet", *J.J.P.*, 1994, p. 3.

1.2. Le virement/De overschrijving

5. Cour d'Appel de Bruxelles

5 novembre 1993

BANQUE – VIREMENT

Ordre de virement – Erreur de la banque – Clause exonératoire de responsabilité

Une banque peut valablement se prévaloir vis-à-vis de l'émetteur d'un ordre de virement d'une clause d'exonération prévoyant que l'exécution tardive ou erronée de l'ordre due à une faute de la banque ne donne droit qu'aux intérêts créditeurs dont le bénéficiaire aura été privé.

Le dommage causé au donneur d'ordre résultant exclusivement de la mauvaise exécution du contrat, ne saurait engager la responsabilité quasi délictuelle de la banque.

BANK – OVERSCHRIJVING

Overschrijvingsorder – Vergissing van de bank – Beding tot vrijwaring van de aansprakelijkheid

Een bank kan tegen de opdrachtgever van een overschrijving op geldige wijze een vrijwaringsbeding inroepen dat bepaalt dat de laattijdige uitvoering of de verkeerde uitvoering die te wijten is aan een fout van de bank enkel recht geeft op de kredietrentes die de begunstigde onthouden werden.

De quasi-delictuele aansprakelijkheid van de bankier kan niet ingeroepen worden tot vergoeding van de door de opdrachtgever geleden schade die enkel het gevolg is van de slechte uitvoering van de overeenkomst.

(Naftali / S.A. Kredietbank)

(...)

Attendu que les faits de la cause peuvent être résumés comme suit:

Que l'appelant a remis en date du 16 juillet 1986 à une agence de l'intimée, un ordre de paiement de 1.209 francs destiné à la RTT et concernant une ligne téléphonique utilisée par l'appelant dans le cadre de sa profession de docteur en médecine;

Que le 17 juillet 1986, le compte de l'appelant a été débité de ce montant;

Qu'il est constant que les services de l'intimée ont mentionné erronément sur le bulletin de virement à titre de bénéficiaire "UNERG" au lieu de la RTT;

Que la RTT a enregistré ce montant sur un compte d'attente et a engagé une procédure de recouvrement en envoyant un avertissement en date du 8 août 1986 à l'appelant;

Qu'il est constant que l'appelant a pris contact avec l'agence de l'intimée en vue de régulariser la situation;

Que pendant la période de vacances et d'absence de l'appelant, la RTT a coupé la ligne téléphonique concernée en date du 20 août 1986;

Que l'appelant fait valoir que son remplaçant n'a dès lors reçu aucune communication téléphonique durant 15 jours, ce qui lui aurait causé un préjudice grave;

Attendu que l'appelant fait grief au premier juge d'avoir considéré que l'intimée était fondée à opposer à la demande de l'appelant une clause d'exonération reprise à l'article 8.11 de son règlement général relatif aux opérations bancaires, sans avoir égard aux autres moyens avancés;

(...)

Attendu que l'article 8.11 du règlement précité dispose que "l'exécution tardive ou erronée d'un ordre de virement due à une faute de la Banque ne donne droit qu'aux intérêts créditeurs dont le bénéficiaire aura été privé";

(...)

Attendu que l'appelant conteste en vain, en des termes généraux, le caractère licite de l'exonération de responsabilité visée en l'article 8.11 du règlement;

(Qu'une telle clause est valable en vertu du principe de l'autonomie de la volonté des parties contractantes (Cornelis, L., "Les clauses d'exonération de responsabilité couvrant la faute personnelle et leur interprétation", *R.C.J.B.*, 1981, p. 196 et références y citées p. 200);

Attendu que l'appelant reste par ailleurs en défaut de rapporter la preuve, à l'appui d'un quelconque élément probant, de ce que l'intimée aurait commis une faute distincte de celle de l'encodage erroné, faute quasi délictuelle consistant à avoir négligé de remédier à la situation alors même qu'elle s'y serait engagée;

Que surabondamment, l'intimée fait de manière adéquate valoir que le dommage, à le supposer établi, ne peut être considéré comme étranger à la relation contractuelle des parties, de sorte qu'il ne saurait être question d'une responsabilité quasi délictuelle ayant occasionné un dommage autre que celui qui résulte de la mauvaise exécution de contrat (Cass., 14 octobre 1985, *R.C.J.B.*, 1988, p. 341);

Attendu que les dommages et intérêts visés en l'article 8.11 du règlement général des opérations bancaires ne sont dus qu'au profit du bénéficiaire de l'ordre de virement, soit, en l'espèce, la RTT, et à la condition qu'il ait été privé d'intérêts créditeurs;

Qu'il s'ensuit que la demande manque de fondement;

Par ces motifs,

La Cour,

Reçoit l'appel, le dit non fondé, en déboute l'appelant;

(...)

Du 5 novembre 1993 – Bruxelles (9^e chambre).

Siég.: M. De Riemacker, Conseiller unique.

Plaid.: Mes Hellenbosch et Ghoo loco Van der Mosen.

Observations

Cf. observations reprises après la décision n° 7.

6. Cour d'Appel de Liège

7 décembre 1993

BANQUE – VIREMENT

Virement – Intention libérale – Charge de la preuve

Il appartient au demandeur de prouver qu'un virement non causé est un prêt sans intérêts octroyé au bénéficiaire du virement et qu'il y a donc obligation de restituer à charge de ce dernier (art. 1315 C. civ.).

BANK – OVERSCHRIJVING

Overschrijving – Vrijgevigheid – Bewijslast

De eiser moet aantonen dat een overschrijving zonder oorzaak een lening zonder interest is voor de begunstigde van de overschrijving en dat er dus ten laste van deze laatste een verplichting tot teruggave bestaat (art. 1315 B.W.).

(Lawaree et Pirotte / Maclot)

(...)

Attendu que celui qui réclame l'exécution d'une obligation doit la prouver (art. 1315, al. 1^o, du C. civ.);

Attendu qu'il y a en l'espèce, un virement non causé de sommes;

(...)

Attendu qu'in specie, il échet de constater que le demandeur à l'action prétend précisément que le virement non causé était un prêt sans intérêts qui aurait été conclu entre les époux Pirotte-Lawaree d'une part, et leur fille Pirotte Mireille et celui qui était alors leur gendre, l'intimé, d'autre part; que ce n'est point parce que ce dernier – qu'il soit ou non protégé par l'art. 2279 du C. civ., il importe peu en l'occurrence – a invoqué, sur exception, qu'il y avait eu donation qu'il lui appartiendrait de faire cette preuve et que le "demandeur à l'action" serait dispensé de faire la preuve qui lui incombe (cf. Cass., 14 novembre 1985, *Rev. Not.*, 1986, p. 362, note A. Lorent, *Pas.*, 1986, I, 307);

Que c'est donc bien aux premières, les appelantes, demanderesses à l'action, qu'il appartient de faire la preuve que le virement aurait consisté en un prêt, avec pour conséquence une obligation de restituer dans le chef des emprunteurs et, vu les circonstances de la cause, dans le chef plus précisément du seul Maclot Jean-Claude;

Attendu qu'à supposer que la preuve puisse s'en faire par toutes voies de droit, encore faudrait-il constater qu'aucune des présomptions apportées par les appelantes ne permet de croire qu'il y aurait eu prêt et par conséquent, obligation de restituer à charge des emprunteurs; que l'on peut d'ailleurs et superflètement se demander concernant cette dernière obligation, si l'art. 1326 du C. civ. n'aurait pas lieu d'être invoqué dès lors que le virement n'a pas fait l'objet de règles probatoires particulières (voy. à propos

de l'art. 1326, de Verheyden-Jeanmart, N., *Le droit de la preuve*, Précis Louvain, Larcier, nos 542 à 572, spéc. la note 172).

Que, quoiqu'il en soit, il échet de constater que les appelantes n'ayant nullement fait la preuve qui leur incombe, elles doivent être déboutées de leur action;

Par ces motifs,

La Cour,

Reçoit l'appel, le dit non fondé;

Confirme le jugement a quo;

(...)

Du 7 décembre 1993 - Liège (11^e chambre).
Siég.: Mme Margrève, Président.
Plaid.: Mes Balaes et Bodson loco Bayard.

7. Tribunal de Commerce de Bruxelles

20 décembre 1993

BANQUE - VIREMENT

Exécution d'un ordre de virement ne comportant pas les signatures requises - Indu - Contre-passation

Le banquier qui exécute un virement sans ordre procède à un paiement indu et a le droit de rectifier l'erreur par une contre-passation.

BANK - OVERSCHRIJVING

Uitvoering van een overschrijvingsorder zonder de vereiste handtekeningen - Niet-verschuldigd bedrag - Tegenboeking

De bankier die zonder opdracht een overschrijving uitvoert, verricht een onverschuldigde betaling en heeft het recht om de vergissing recht te zetten door middel van een tegenboeking.

(S.P.R.L. Art Service et Motivation / S.A. Crédit Communal de Belgique)

(...)

Les faits

1. La demanderesse était en relation d'affaires avec la SC Moviebank, à laquelle, après avoir vendu de la marchandise, elle adresse une facture, le 28 décembre 1990, d'un montant de 775.000 F T.V.A.C.;

La SC Moviebank, en date du 15 janvier 1991, effectue un virement, d'un montant de 330.000 F depuis son compte ouvert au Crédit Communal, au profit de la demanderesse, qui dispose également d'un compte auprès de la défenderesse;

Le 19 janvier la défenderesse crédite dès lors le compte de la demanderesse;

Constatant ensuite que le virement exécuté ne comportait la signature que d'un seul administrateur de la SC Moviebank, à savoir M. F. Lahaut, alors qu'en vertu des instructions lui conférées lors de l'ouverture du compte par la SC Moviebank, la signature de trois administrateurs était requise pour tout versement supérieur à 100.000 F, la défenderesse considéra que le virement avait été exécuté par erreur, et rectifia celui-ci en recréditant le compte de la SC Moviebank de la somme débitée, et en débitant le compte de la demanderesse;

La défenderesse refusant de recréditer le compte de la demanderesse, et d'annuler les intérêts débiteurs qui furent la conséquence de cette opération, la demanderesse introduisit la présente procédure.

Discussion

1. La demanderesse soutient que le versement effectué par la SC Moviebank correspondait bien à une opération commerciale en cours, et ne peut dès lors être considéré comme un paiement indu de la part de la SC Moviebank, ou comme le fruit d'une erreur;

2. La demanderesse soutient d'autre part que M. Lahaut, qui effectua le versement litigieux, avait été nommé administrateur-délégué de la SC Moviebank dès sa constitution, le 2 avril 1990, sa nomination ayant fait l'objet d'une publication au Moniteur, que les statuts n'apportaient aucune restriction à ses pouvoirs, et qu'il pouvait donc pleinement payer les factures des fournisseurs, et notamment la sienne;

Le PV du conseil d'administration du 11 octobre 1990 est selon elle entièrement fantaisiste: en effet le CA ne pouvait nommer un nouvel administrateur (Monsieur Lambert), seule l'AG étant compétente pour cela, et cette nomination n'ayant fait l'objet d'aucune publication au Moniteur;

3. Il ressort des pièces produites par la défenderesse que lors de l'ouverture du compte de la SC Moviebank il avait été prévu que les opérations dépassant respectivement 50.000 F et 100.000 F devaient être couvertes par deux et trois signatures;

La défenderesse se devait dès lors de respecter ce qui avait contractuellement été convenu avec la SC Moviebank, conditions qui ne sont d'ailleurs pas contestées par la SC Moviebank, celle-ci n'étant pas à la cause;

4. Il faut ensuite analyser si la défenderesse, ayant exécuté un ordre non conforme aux instructions contractuellement convenues avec le titulaire d'un compte, peut rectifier cette erreur, en recréditant le compte débité, et de manière corrélative, en redébitant le compte crédité;

Le versement n'étant pas couvert par les 3 signatures requises, la défenderesse, en effectuant l'opération, a agi sans ordre valable c.-à-d. sans ordre. L'opération est donc effectuée par erreur;

Or, "le banquier qui a effectué un virement sans ordre a le droit de rectifier l'erreur par une contre-passation et, si le pseudo-bénéficiaire a retiré le montant du virement, lui en réclamer le remboursement. Le pseudo-bénéficiaire a en effet reçu le paiement d'un indu. Peu importe qu'il ait réellement une créance contre celui dont le compte a été débité, car l'indu existe dans le chef du banquier, qui n'a pas l'obligation, envers le bénéficiaire, de créditer son compte sans en avoir reçu l'ordre." (Van Ryn, *Principes de droit commercial*, IV, p. 330);

C'est en vain que la demanderesse soutient qu'il n'y a pas paiement d'indu. En effet, l'indu existe dans le chef du banquier. L'opération commerciale existant entre la demanderesse et la SC Moviebank est ici sans incidence aucune;

D'autre part, la demanderesse, lors de l'ouverture de son compte a accepté le règlement général des opérations de la défenderesse, et en particulier son article 42, qui stipule que la banque "a toujours le droit de rectifier d'office, avec bonne date-valeur et sans avertissement préalable, les opérations qui auraient été comptabilisées à la suite d'une erreur matérielle de ses services."

C'est donc en vain que la demanderesse postule tant le remboursement de la somme dont son compte fut débité, suite à un crédit effectué par erreur, que le paiement des intérêts débiteurs qui lui furent portés en compte;

Demande reconventionnelle

Le compte de la demanderesse présentant un solde débiteur non autorisé de 431.814 F (au 8 novembre 1991), c'est à juste titre que la défenderesse postule paiement de cette somme;

Par ces motifs,

Le Tribunal,

– déclare la demande introduite par la S.P.R.L. Art Service et Motivation recevable, mais non fondée,

(...)

– déclare la demande reconventionnelle introduite par la défenderesse recevable, et fondée,

– condamne la demanderesse à payer à la S.A. Crédit Communal de Belgique la somme de 431.814 F à majorer des intérêts judiciaires depuis la date de dépôt des conclusions de la défenderesse, soit depuis le 12 février 1992, jusqu'à paiement complet;

(...)

Du 20 décembre 1993 – Comm. Bruxelles (9^e chambre).

Siég.: Mme Boone, Juge, MM. Medart et Andersson, Juges consulaires.

Plaid.: Mes Lietart loco Dabin-Serlez et Reghif loco Linsmeau.

Un appel a été interjeté à cette décision.

Observations

Même s'ils sont rares par rapport à la masse des ordres traités¹, des incidents peuvent affecter l'exécution des virements comme le montrent les espèces tranchées par la Cour d'Appel de Bruxelles (décision n° 5) et par le Tribunal de Commerce de Bruxelles (décision n° 7).

1. Pour classique qu'elle soit, la décision rendue par la Cour d'Appel, a l'intérêt de montrer concrètement les conséquences préjudiciables résultant de la mauvaise exécution par la banque d'un ordre de virement d'un montant modeste. En l'espèce, ni la faute de la banque (erreur dans la désignation du bénéficiaire) ni le lien causal avec le dommage causé ne sont contestables. Selon le droit commun (art. 1150 et s. C. civ.) est seul réparable le dommage prévisible lors de la conclusion du contrat.

Etant donné l'incertitude qui s'attache au pouvoir d'appréciation du juge² et le préjudice important qui peut résulter d'une exécution incorrecte ou tardive³, la plupart des règlements bancaires prévoient des clauses limitatives de responsabilité dont les conditions de validité et d'efficacité sont rappelées par la Cour.⁴

Il faut enfin souligner que le droit belge connaît une réglementation des clauses abusives organisée par la loi du 14 juillet 1991.⁵ Celle-ci régit de manière générale les relations entre les "vendeurs" de produits ou de services (*sic*) (ce qui inclut les banques) et les "consommateurs" définis comme étant les personnes qui acquièrent ces produits ou ces services et les utilisent à des fins excluant tout caractère professionnel. Même si la question n'a pas été soulevée devant la Cour, il est permis de s'interroger sur la notion même de consommateur qui détermine le champ d'application de la loi. Le médecin qui utilise les services d'une banque pour payer sa redevance téléphonique peut-il être considéré comme un consommateur bénéficiant notamment du régime "d'interdiction" des clauses abusives prévu par l'article 32 de la loi? La notion de consommateur est bien floue et pourtant essentielle. Une même clause d'exonération prévue par un règlement bancaire pourrait en effet trouver grâce aux yeux du juge si le donneur d'ordre agit à des fins professionnelles mais non s'il s'agit à des fins "excluant tout caractère professionnel" (art. 1.7 de la loi).

2. La décision rendue par le Tribunal de Commerce de Bruxelles le 20 décembre 1993 (n° 7) soulève la question délicate des virements exécutés sans ordre. Le Tribunal, citant longuement Van Ryn & Heenen (*Principes de droit commercial*, t. IV, 2^{ème} éd., 1988, p. 330), considère que la banque a le droit de rectifier l'erreur par une contre-passation même si le bénéficiaire est créancier de celui dont le compte est débité. Ces principes sont généralement admis.⁶ En l'espèce, la contre-passation ne posait guère de pro-

¹ Sur la pathologie dans l'exécution des virements en général, on consultera avec profit Bruyneel, A., "Le virement", in *La banque dans la vie quotidienne*, Bruxelles, Ed. Jeune Barreau, 1986, p. 418 et s.; cf. aussi les décisions commentées dans nos précédentes chroniques *R.D.C.*, 1993/11, p. 983 et s.; *R.D.C.*, 1992/11, p. 954 et s.

² A propos de l'interprétation donnée par la jurisprudence belge du concept de dommage prévisible, voy. les critiques de Cornelis, L., "Le sort imprévisible du dommage prévisible", note sous Cass., 11 avril 1986, *R.C.J.B.*, 1990, p. 98 et s.

³ Voy. part. en matière de transferts internationaux Cass. fr., 7 juin 1983, *D.S.*, 1984, I.R., p. 90 (indemnisation du préjudice subi par le donneur d'ordre suite à la perte d'une option d'achat); Paris, 22 septembre 1988, *D.S.*, 1991 somm. p. 30 (indemnisation pour la perte de change liée à la mauvaise exécution d'un ordre de virement international).

⁴ Pour une synthèse récente, Van Ommeslaghe, P., "Les clauses limitatives ou exonératoires de responsabilité en droit belge", in *Les obligations en droit français et en droit belge*, U.L.B. Paris Saint Maur, Bruylant, Dalloz, 1994, p. 180 et s.

⁵ Pour un aperçu général Van Ommeslaghe, P., *o.c.*, p. 202 et les nombreuses références citées en note 75.

⁶ Voy. les références citées par Bruyneel, A., *o.c.*, p. 419; voy. aussi *R.D.C.*, 1993/11, p. 984.

blème puisque les parties étaient titulaires d'un compte auprès de la même banque et que celle-ci, par une clause particulière de son règlement général, avait pris la précaution de se réserver un droit de rectification en cas d'erreur de ses services.

Admettons la solution dominante prônée par MM. Van Ryn et Heenen à propos des virements sans ordre. Si elle a le mérite de la "simplicité"⁷, elle nous paraît difficilement conciliable avec les solutions défendues par les mêmes auteurs quand le banquier, se trompant sur le solde du compte, crédite le bénéficiaire du montant de l'ordre alors que le compte de l'émetteur est insuffisamment provisionné. Dans ce cas selon eux, le bénéficiaire, réellement créancier par hypothèse, "n'a pas reçu le paiement d'un indu; le virement lui a procuré ce que lui devait le donneur d'ordre. Il n'a pas à se préoccuper des relations entre ce dernier et la banque" (nous soulignons).⁸

Nous ne voyons pas personnellement la raison d'une solution divergente selon que le banquier agit sans ordre ou à la suite d'une erreur sur la provision en compte.

1.3. Le chèque/De cheque

8. Tribunal de Commerce de Bruxelles

24 septembre 1993

CHEQUES

Vol de chèques – 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.

CHEQUES

Diefstal van cheques – Vervalsing – Artikel 35bis Chequewet

De eigenaar van een chequeboekje is niet aansprakelijk indien hij bewijst dat de cheque werd verloren, werd gestolen of beschadigd na ontvangst door de rechtmatige bestemming.

(S.P.R.L. Magister / S.A. Handy Tools / S.A. B.B.L.).

Les demandes – Connexité

L'action principale tend à la condamnation de la société Handy Tools au paiement de 48.000 F, majorés des intérêts légaux depuis le 8 février 1989;

La défenderesse conclut au non-fondement de l'action et sollicite subsidiairement la condamnation de la B.B.L. à la garantir de toute condamnation qui serait prononcée contre elle;

La B.B.L. conclut au non-fondement de l'action dirigée contre elle;

La société Handy Tools, assignée dans des circonstances similaires par la S.P.R.L. Les Trouvères dans une seconde cause (R.G. n° 10.126/92) demande la jonction des deux affaires pour cause de connexité;

Les demandes formulées dans les deux causes ne sont pas objectivement interdépendantes. Il n'y a pas lieu de craindre de solutions inconciliables en manière telle qu'il y a lieu de les juger séparément.

Les faits

Handy Tools facture 1.904 F à la S.P.R.L. Magister le vendredi 27 janvier 1989 et acquitte le même jour la facture en y indiquant avoir reçu un chèque "GB n° 61.1899" dudit montant;

⁷ Selon Bruynaël, A., *ibid.*

⁸ Van Ryn, J., Heenen, J., *o.c.*, t. IV, p. 331, (3e). Même solution en droit français Cabrillac, M., v° *Virement*, *Jurisc. Banque et crédit*, Fasc. 390 2, 1990, numéros 40 et 96; en jurisprudence française voy. p. ex. Cass. fr. (com), 12 janvier 1989, *D.S.*, 1989, somm. p. 329.

Handy Tools expose avoir déposé, toujours ce même jour, plusieurs chèques – dont le chèque en cause – accompagnés d'un bordereau dans la boîte aux lettres de son agence B.B.L. en vue de son encaissement;

Le jeudi 2 février, constatant que le chèque ne lui est pas crédité, elle s'informe auprès de la B.B.L. qui dit ne pas l'avoir trouvé. Elle écrit à sa cliente, Magister, que le chèque s'est égaré lors de la transmission à la banque et lui demande un nouveau paiement avec engagement de remboursement en cas de double paiement;

Magister fit un second paiement;

Le 3 février, le compte de Magister auprès de la S.G.B. est débité de 48.000 F suite à la falsification du chèque n° 61.1899 qui avait été "lavé";

Le 6 février, Magister en informe Handy Tools et la met en demeure de rembourser la somme susdite (lettre du 8 février 1989);

Le 7 février, Handy Tools écrit à la B.B.L. confirmant les entretiens téléphoniques "de ces derniers jours" et met en cause la responsabilité de la banque pour le chèque en cause et pour un autre chèque tiré par la S.P.R.L. Les Trouvères qui était joint au premier;

La B.B.L. répond le 9 février qu'elle n'a pas trouvé trace des chèques et qu'en tout état de cause elle ne peut être tenue responsable de valeurs déposées dans une boîte aux lettres;

La responsabilité de la banque tirée qui a payé le chèque n'est pas mise en cause.

Discussion

Action principale – Art. 35bis loi sur le chèque

1. La demanderesse, titulaire du compte sur lequel le chèque falsifié a été débité, agit contre la société Handy Tools à laquelle elle avait remis le chèque avant toute falsification;

Selon l'article 35bis de la loi sur le chèque, la responsabilité du propriétaire d'un carnet de chèques est exonérée s'il établit que le chèque a été perdu, volé ou altéré après sa réception par le destinataire légitime. Si ce dernier administre la même preuve, le préjudice est à la charge du destinataire subséquent;

Autrement dit si le propriétaire du chèque falsifié établit que le faux a été commis après réception du titre par le premier bénéficiaire, celui-ci est présumé responsable sauf s'il prouve avoir transmis le chèque intact au porteur suivant. C'est alors ce dernier qui sera présumé responsable et ainsi de suite;

Le tireur du chèque falsifié aura le droit de demander réparation de son préjudice au porteur entre les mains duquel le chèque se trouvait lorsqu'il a été volé ou falsifié (Van Ryn et Heenen, *Principes de droit commercial*, t. III, 1984, n° 610 et 612).

2. En l'espèce, la défenderesse Handy Tools établit par un faisceau de présomptions graves, précises et concordantes avoir déposé le chèque litigieux avec d'autres dans la boîte aux lettres de la B.B.L. pour encaissement, suite à quoi les chèques furent volés et falsifiés;

– Il ressort en effet de l'enquête répressive que l'expérience de Handy Tools ne fut pas isolée et qu'à l'époque il y eut plusieurs cas de vols de chèques dans les boîtes aux lettres de différentes agences de la B.B.L., chèques qui furent falsifiés par lavage puis encaissés (pièce 6, défenderesse *in fine*).

Début avril 1989, soit deux mois après les faits litigieux, la B.B.L., se référant au fait que des escrocs avaient mis au point des techniques leur permettant de s'approprier le contenu des boîtes aux lettres d'agences bancaires, invita fermement ses clients à ne pas déposer de chèques ou autres valeurs dans la boîte aux lettres des agences B.B.L.

Le vol dans la boîte aux lettres de l'agence bancaire était donc possible et considéré comme tel même si le système d'ouverture de la boîte avait été conçu comme l'expose la B.B.L. "pour prévenir un éventuel prélèvement".

La société Handy Tools s'inquiéta rapidement (le jeudi 2 février) du non-encaissement du chèque à son profit ce qui n'avait rien d'anormal, au contraire, puisqu'elle aurait dû voir son compte crédité sauf bonne fin vers le lundi 30 janvier.

Les termes de la lettre du 2 février 1989 de Handy Tools faisant état d'égarement du chèque lors de sa transmission à la banque se créent par un doute sur le mode de transmission qui n'y est pas précisé (sic).

Le système de dépôt de chèques dans la boîte aux lettres de la banque n'était pas inhabituel.

L'associé de la S.P.R.L. "Les Trouvères" qui eût la même mésaventure que la demanderesse, un de ces chèques ayant été déposé en même temps que le chèque litigieux par Handy Tools à la B.B.L., a déclaré aux verbalisants dans le cadre de l'enquête pénale placer Handy Tools au-dessus de tous soupçons;

– La demanderesse expose dans sa mise en demeure et en citation en novembre et décembre 1991 qu'il ressort des recherches effectuées tant par la B.B.L. que par Handy Tools que le chèque a été déposé dans la boîte aux lettres de l'agence bancaire de la défenderesse où il a été retiré;

Le fait qu'il puisse y avoir une imprécision de date quant au dépôt du chèque le 26 ou 27 janvier ne modifie pas cette analyse.

– L'ensemble de ces éléments sont suffisamment probants à l'estime du Tribunal pour établir le dépôt du chèque litigieux dans la boîte aux lettres de la B.B.L. avant toute falsification, en tenant compte par ailleurs du fait qu'il n'est pas d'usage de se ménager la preuve d'un tel dépôt, preuve quasiment impossible à fournir à défaut d'organisation technique prévue, alors qu'il est fatal que les clients de la banque dont l'activité porte en grande partie sur des opérations financières déposent des chèques et des ordres de virement dans la boîte aux lettres de leur agence et que de tels dépôts n'avaient pas été proscrits par la banque (voir C.R.C., 6 novembre 1991, *Revue trimestrielle des Banques d'Epargne*, mars 1992, n° 5, p. 108/109).

3. La demanderesse reproche à la défenderesse d'avoir commis une négligence engageant sa responsabilité en déposant le chèque dans la boîte aux lettres de l'agence de la B.B.L.;

Ce grief n'est pas fondé;

Il est constant qu'il n'y avait pas en janvier-février 1989 d'avis recommandant aux clients de ne pas déposer de valeurs dans la boîte aux lettres et que l'agence en cause ne disposait pas de coffres de nuit;

La boîte en cause donnait l'apparence de présenter les garanties de sécurité nécessaire comme le relève d'ailleurs la banque en conclusions, la boîte ayant été conçue "pour empêcher tous prélèvements". Le dépôt du chèque dans la boîte en cause dans de telles conditions n'était pas en soi fautif d'autant que la banque ne s'opposait pas à ce type de dépôt entrant dans le champ de ses activités courantes;

L'action principale est partant non fondée;

L'action en garantie n'a par conséquent plus d'objet.

Par ces motifs,

Le Tribunal,

Déclare l'action principale recevable mais non fondée;

Déboute la défenderesse de son action en garantie;

(...)

Du 24 septembre 1993 – Comm. Bruxelles (11^e chambre).
Siég.: Mme Henrion, Juge, MM. Berlinblau et Peiffer.
Plaid.: Mes Vander Stock, Goemaere et Verbrugge.

Observations

1. Cette décision est coulée en force de chose jugée.
2. Une autre décision similaire également coulée en force de chose jugée a été prononcée par le même siège le même jour (en cause S.P.R.L. Les Trouvères/S.A. Handy Tools – S.A. B.B.L., R.G. n° 10.126/92).
3. Voy. observations reprises sous la décision n° 9.

9. Tribunal de Commerce de Bruxelles

11 octobre 1993

CHEQUES

Vol de chèques barrés remis en paiement au bénéficiaire – Absence de libération du débiteur

La simple remise d'un chèque n'entraîne pas la libération du débiteur. Il s'ensuit que le vol de chèques barrés avant leur encaissement par leur bénéficiaire autorise en principe ce dernier à exiger une nouvelle fois paiement de son débiteur.

CHEQUES

Diefstal van gekruiste cheques die aan de begunstigde werden overhandigd als betaling – Geen bevrijding van de schuldenaar

De loutere overhandiging van een cheque leidt niet tot de bevrijding van de schuldenaar. Hieruit volgt dat de diefstal van een gekruiste cheque vóór de inning ervan door de begunstigde hem, in principe, het recht verleent om opnieuw betaling van zijn schuldenaar te eisen.

(S.A. Caritas / Chevalier)

(...)

Faits

Dans le courant du mois de février 1990, la défenderesse achète auprès de la demanderesse un lot de diverses marchandises, pour une somme de 105.374 F, et remet à la demanderesse, en paiement de cette somme, deux chèques barrés;

La demanderesse soutient avoir été victime d'un vol, en date du 22 février 1990, au cours duquel, outre différentes marchandises, 211 chèques barrés lui furent volés, dont les deux chèques émis par la défenderesse;

La demanderesse soutient avoir demandé à ceux de ses clients dont un ou plusieurs chèques avaient été volés, de faire opposition à ceux-ci, et d'honorer les factures émises, et s'être engagée à rembourser ceux des chèques qui malgré opposition seraient encaissés;

La demanderesse soutient avoir adressé à ses clients, et donc également à la défenderesse, plusieurs courriers, et avoir pris contact téléphoniquement avec la défenderesse pour le règlement de la facture restée en souffrance, puisque le chèque volé n'avait pu être encaissé par elle;

La défenderesse n'a à ce jour pas fait opposition au chèque qu'elle avait émis, et qui fut volé, considère que la remise du chèque vaut paiement et refuse dès lors de payer "une seconde fois" la marchandise achetée;

Les parties ne pouvant trouver de solution amiable au litige qui les oppose, la demanderesse entama la présente procédure;

Discussion

1. C'est en vain que la défenderesse met en doute la réalité du vol au motif qu'aucun dossier répressif n'est versé aux débats. En effet un courrier adressé le 1^{er} mars 1990 à la Police de Schaerbeek et reprenant le détail des objets volés, atteste de la réalité de ce vol;

C'est encore en vain que la défenderesse conteste avoir été mise au courant du vol chez la demanderesse, ainsi qu'avoir été contactée par la demanderesse afin de régler cette situation et le paiement qui devait être effectué. En effet, il est incontesté que les parties entretiennent des relations d'affaires suivies et sont restées en contact dans le courant des années 1990 et 1991. D'autre part, dans le courrier du 24 septembre 1991 adressé par la demanderesse à la défenderesse il est fait référence à divers entretiens téléphoniques;

2. C'est en vain que la défenderesse invoque d'autre part les articles 40 et suivants de la loi sur le chèque et soutient que celle-ci a voulu donner au chèque "une valeur quasi égale au paiement", et que la demanderesse se devait de faire application des recours offerts au porteur d'un chèque en cas de non-paiement de celui-ci;

En effet, les chèques ayant été volés, la demanderesse se trouvait manifestement dans l'impossibilité soit de présenter le chèque en paiement, soit de faire constater un refus de paiement éventuel;

"Le chèque n'est pas, à proprement parler, un moyen de paiement, dont la simple remise, à l'égal d'un règlement en espèces, entraînerait la libération du débiteur. Il constitue seulement un "instrument de paiement" permettant au créancier d'obtenir une remise en espèces par l'encaissement du chèque" (Van Ryn, *Principes de droit commercial*, Livre II, p. 391);

La remise d'un chèque ne constituant pas en soi un paiement (Cass., 21 novembre 1975, *Pas.*, 1976, I, 366), la libération du débiteur n'aura lieu que par l'encaissement du chèque (De Page, t. III, n° 276; Ghysen, p. 267; Vasseur et Marin, *Le Chèque*, n° 158 et s.);

La Cour de cassation réaffirma ce principe en 1982 dans les termes suivants: "l'obligation de l'acheteur n'est pas éteinte par la remise du chèque à la demanderesse, banquier du défendeur: elle ne pouvait l'être que par la remise à la disposition du défendeur du montant de sa créance." (Cass., 23 septembre 1982, *J.T.*, 1983, p. 64);

Il en est de même pour les chèques certifiés et barrés (Mons, 3 septembre 1986, *Rev. Banq.*, 1987, p. 57);

La défenderesse ne produisant aucun avis de débit correspondant aux chèques émis, il faut constater que le paiement des marchandises achetées n'est toujours pas intervenu;

D'autre part, il n'y a pas lieu pour la défenderesse de craindre de "payer deux fois", dans la mesure d'une part où la demanderesse s'est engagée envers ses clients, à condition que ceux-ci aient fait opposition aux chèques émis, à les rembourser en cas de débit de ceux-ci, et d'autre part où il suffit à la défenderesse, conformément aux articles 29 et 32 de la loi sur le chèque, de révoquer les chèques litigieux pour écarter avec certitude tout risque d'encaissement;

Par ces motifs,

Le Tribunal,

statuant contradictoirement et en premier ressort,

– déclare la demande introduite par la S.A. Caritas recevable et fondée dans la mesure ci-après déterminée,

– condamne Madame Dominique Chevalier à payer à la demanderesse la somme de 121 178 F, à majorer des intérêts conventionnels au taux de 12% sur le principal de 105 373 F depuis le 24 février 1990 jusqu'au jour de la citation, et des intérêts judiciaires sur 121 178 F depuis le jour de la citation jusqu'à paiement complet;

– déboute la demanderesse du surplus de sa demande,

(...)

Du 11 octobre 1993 – Comm. Bruxelles (9^e chambre).
Siég.: Mme Boone, Juge et MM. Medart et Andersson.
Plaid.: Mes Leempoel et Haberman.

Un appel a été interjeté à cette décision.

Observations

Les deux espèces commentées ont ceci de commun que s'y trouve posée la question de la répartition des risques entre l'émetteur et le bénéficiaire d'un chèque quand celui-ci fait l'objet d'un vol ou d'une falsification.

La ressemblance toutefois s'arrête là.

Dans l'affaire tranchée par le Tribunal de Commerce dans sa décision du 11 octobre 1993 (décision n° 9), il n'était pas contesté par le destinataire des chèques volés (barrés en l'occurrence) que ceux-ci lui avaient été remis par le débiteur.

A défaut toutefois de pouvoir être encaissés par le bénéficiaire, les chèques en question n'ont pu opérer la mise à disposition des fonds requise pour qu'il y ait paiement et c'est très justement que le Tribunal considère que la dette n'est pas éteinte. Le débiteur reste donc tenu.

Encore faut-il préciser que si les chèques volés faisaient, malgré l'opposition du titulaire, ultérieurement l'objet d'un encaissement, le cas échéant pour un montant supérieur au montant dû (à la suite par exemple d'un lavage ou d'une falsification), le risque en serait pour le destinataire légitime des chèques (Caritas en l'occurrence) par application de l'article 35bis de la loi sur le chèque. Il faut bien entendu réserver le cas où le banquier pourrait voir sa responsabilité mise en cause parce qu'il a mis sur le marché des formules de chèques trop facilement "lavables" ou falsifiables.¹

L'autre affaire (décision n° 8) était plus complexe. Le chèque émis par le débiteur (en l'occurrence Magister) pour un montant de 1.904 F est, selon toute vraisemblance, déposé par le créancier (Handy Tools) dans la boîte aux lettres de la B.B.L. Volé avant son encaissement par la banque, il est "lavé" et le montant en est falsifié.

Dans sa décision, le Tribunal rejette l'action du débiteur mettant son créancier en demeure de rembourser à concurrence du montant falsifié.

Dans les relations entre le tireur et le destinataire du chèque, le problème n'est pas, à notre avis, de savoir si le chèque a ou non été déposé dans la boîte de la banque ou encore si le dépôt présente les conditions de sécurité requises.

La seule question est de déterminer si Handy Tools créancier a effectivement reçu le chèque. Ceci n'étant pas contesté, l'article 35bis trouve à s'appliquer et fait basculer les risques, liés à l'utilisation abusive, du tireur vers le destinataire légitime.

Handy Tools devrait donc vis-à-vis de Magister supporter la falsification. Vient alors la seconde question: tout ou partie du montant en question ne peut-il être reporté sur la banque?

Pour qu'un tel report soit possible, il faut que le dépôt en question soit prouvé par le prétendu déposant (art. 1315 C. civ.), ce qui peut se faire par toutes voies de droit puisqu'il s'agit d'un fait.²

Une fois cette preuve établie, il faut encore déterminer qui va supporter le risque de la falsification.

¹ Sur ce point voir notre précédente chronique *R.D.C.*, 1993/11, p. 1039 et s.

² Comp. en matière de coffres de nuit: Paris, 8 octobre 1981, *R.T.D. Comm.*, 1982, p. 285, n° 20, *D.S.*, 1982, I.R., 242.

La solution qui peut être envisagée (en l'absence de clause contractuelle ou de mise en garde de la banque déconseillant le dépôt de valeurs dans les boîtes aux lettres) pourrait consister à faire supporter ce risque par la banque à la fois parce qu'elle offre un service ne présentant pas les conditions de sécurité requises mais aussi, par application du droit commun des obligations, parce que la déclaration de volonté de son client lui est parvenue au lieu où elle devait ou aurait dû pouvoir en prendre connaissance.

1.4. L'eurochèque/De eurocheque

10. Hof van Beroep te Antwerpen

12 oktober 1993

CHEQUES – EUROCHEQUES

Diefstal van eurocheques – Afsluiting van de rekening door de bank zonder kennisgeving aan de titularis – Artikel 35bis Chequewet – Aansprakelijkheid van de eigenaar van de gestolen chequeformulieren

De eigenaar van een chequeboekje draagt de gevolgen van het misbruik van formulieren die uit zijn woning werden gestolen, tenzij hij een grove fout in hoofde van de bankier kan aantonen.

De bank die de cheque heeft uitbetaald kan niet aansprakelijk gesteld worden voor een grove fout in hoofde van de aanbiedende bank (impliciete oplossing).

CHEQUES – EUROCHEQUES

Vol d'eurochèques – Clôture du compte par la banque sans notification au titulaire – Article 35bis de la loi sur le chèque – Responsabilité du propriétaire des formules des chèques

Le propriétaire d'un carnet de chèques supporte les conséquences résultant de l'utilisation abusive des formules volées à son domicile, à moins qu'il ne démontre une faute lourde du banquier tiré.

Ce dernier ne peut se voir imputer une éventuelle faute lourde de la banque présentatrice (solution implicite).

(N.V. Generale Bank / Schuermans)

Samenvatting

Mijnheer Schuermans, titularis bij de Generale Bank van een rekening die weinig gebruikt wordt, stelt vast dat zijn rekening afgesloten is.

Ten gronde

Overwegende dat de Bank geenszins bewijst dat Schuermans enige nalatigheid, laat staan een grove nalatigheid zou hebben begaan;

Overwegende dat, nu Schuermans niet verwittigd werd dat zijn rekening afgesloten werd en dat hij zijn Eurocheques moest inleveren, de feitelijke grondslag waarop de Bank steunt, niet opgaat;

Overwegende dat het Hof niet moet noch mag onderzoeken waarom Schuermans de verzekeraar niet gedagvaard had, eventueel in vrijwaring;

Overwegende dat het Hof, in tegenstelling met de adviezen van "Eurocheque België" (brieven 19 oktober 1987 en 2 januari 1991), vaststelt dat de NMB Bank een grove nalatigheid heeft begaan;

Overwegende dat het aanbieden van 28 cheques, elk met het toegelaten maximumbedrag, op een zelfde datum, dusdanig verdacht moest zijn dat een grondige controle evident is;

Overwegende dat de cheques niet gedateerd waren, noch de plaats van uitgifte vermeldend; dat zulks het wantrouwen van de NMB-Bank had moeten aanwakkeren, zelfs als die gebreken geen nietigheid impliceren;

Overwegende dat het gebrek aan datum geen nietigheid van de cheques teweeg brengt;

Overwegende dat door een eenvoudig telefoontje naar het agentschap Maaseik van de Generale Bank, de NMB Bank onmiddellijk vernomen zou hebben dat de cheques niet meer gedekt waren en dat Dr. Schuermans geen rekening bij de Bank meer had;

Overwegende dat de aanbieder, zekere A.R. de Rooij, - althans blijkt dat prima facie, gelet op de niet zeer duidelijke brief van de NMB Bank - , uiteraard geen gebruik zou hebben kunnen maken van een Eurokaart van Schuermans;

Overwegende dat de uitbetaling vanwege de NMB Bank, zonder grondige controle, een lichtzinnige professionele fout uitmaakt;

Overwegende dat het Hof vaststelt dat over de strafklacht in Nederland niet verder werd gerept en dat de uitslag daarvan niet wordt vermeld, noch een strafdossier wordt overgelegd;

Overwegende dat blijkbaar vaststaat dat de Eurocheques door inbraak ten huize van Schuermans werden ontvreemd;

Overwegende dat, zelfs indien de NMB Bank de wettelijke of reglementaire voorschriften zou hebben nageleefd, de uitbetaling in de gegeven omstandigheden een grove professionele nalatigheid blijft;

Overwegende dat de Bank steunt op art. 35bis van de Chequewet van 1 maart 1961, waardoor de eigenaar van een chequeboekje alle gevolgen moet dragen, die voortvloeien o.a. van diefstal, tenzij (o.a.) dat aan betrokkene grove schuld te wijten is;

Overwegende dat zulks het geval is wat de NMB Bank betreft maar de Generale Bank, de betrokkene, geen bedrog noch schuld kan verweten worden (Fredericq, L. & S., *Handboek van Belgisch Handelsrecht*, Brussel, Bruylant, 1978, randnummer 985);

Overwegende dat art. 35bis prima facie een onbillijke en tegen de borst stuitende tekst lijkt maar de wetgever terecht acht heeft geslagen op het veelvuldig gebruik van de cheque en de mogelijkheden van fraude e.d. (De Vroede, P., *De Cheque*, Antwerpen, Kluwer, 1981, randnummers 205 e.v.; Fredericq, o.c., randnummer 987);

Overwegende dat de tekst van art. 35bis duidelijk is en in casu moet worden toegepast in de verhouding tussen partijen;

Overwegende dat het Hof desbetreffend de conclusie van appellante moet beamen en overnemen;

Overwegende dat het Hof zelfs niet kan onderzoeken of overmacht al dan niet de toepassing van art. 35bis kan uitschakelen, nu geïntimeerde geen gegevens in verband met de inbraak verschaft waaruit overmacht zou kunnen opgemaakt worden;

Overwegende dat de verwijlrentesten lopen vanaf de inmorastelling d.d. 3 augustus 1988 tegen een rentevoet van 8%;

Om die redenen,

Het Hof,

(...)

Verklaart de oorspronkelijke vordering toelaatbaar en gegrond;

Veroordeelt geïntimeerde tot betaling van 156.072 F, vermeerderd met de verwijlrentesten tegen een rentevoet van 8% vanaf 3 augustus 1988 tot 4 mei 1990 en met de gerechtelijke intresten sedertdien;

D.d. 12 oktober 1993 - Antwerpen (6^e kamer).

Zet.: H. Van Gelder, Voorzitter, H. Thys, Mevr. Vanstraelen.

Pleit.: Mrs Huysmans loco van der Graesen en Koninckx.

Observations

Voy. observations reprises sous la décision n° 12.

11. Tribunal de Première Instance de Bruxelles

19 octobre 1993

CHEQUE - EUROCHEQUES

Vol d'eurochèques - Application du règlement eurochèque (non) - Absence de faute du titulaire - Application de l'article 35bis de la loi sur le chèque (non)

La seule présence d'un numéro de carte eurochèque au verso du chèque ne peut suffire à faire bénéficier celui-ci de la garantie eurochèque une fois qu'il est établi que ce numéro ne pouvait aucunement concorder avec celui de la carte de garantie.

Compte tenu des possibilités de l'informatique moderne, la banque qui ne met pas en œuvre l'opposition au paiement des eurochèques volés commet une faute lourde l'empêchant de se prévaloir du régime prévu par l'article 35bis de la loi sur le chèque.

CHEQUE - EUROCHEQUES

Diefstal van eurocheques - Toepassing van het eurochequereglement (neen) - Afwezigheid van fout van de titularis - Toepassing van artikel 35bis Chequewet (neen)

De loutere vermelding van een nummer van eurochequekaart op de keerzijde van de cheque is onvoldoende om aan de cheque een eurochequewaarborg te verlenen van zodra vaststaat dat dit nummer geenszins kon overeenkomen met het nummer van de waarborgkaart.

Gelet op de mogelijkheden van de moderne informatica, begaat de bank die het verzet tegen betaling van gestolen eurocheques niet uitvoert een grove fout, waardoor zij zich niet meer kan beroepen op artikel 35bis Chequewet.

(S.A. B.B.L. / Ramael et Manderveld)

(...)

II. Les circonstances de fait

A une date inconnue entre le 26 février et le 7 mars 1988, le domicile des défendeurs fut cambriolé, le vol ayant été signalé le 7 mars 1988 par la belle-fille de M. Georges Ramael;

D'après l'enquête de police, il était probable que les cambrioleurs se soient introduits par une entrée carrossable du 41 du Parvis de Saint-Gilles par laquelle il est possible d'atteindre les étages du 43 Parvis de Saint-Gilles, inoccupés, et par là descendre au rez-de-chaussée;

Au cours de ce cambriolage furent volés les chèques dont le paiement est réclamé aujourd'hui ainsi qu'une montre-bracelet pour femme en ivoire et or, un bracelet en ivoire blanc, deux montres et différentes pièces de monnaie et billets;

Furent retrouvés sur place et n'appartenant pas aux défendeurs une paire d'escarpins pour dame blanc peinture 39, un gros tournevis, un pied de biche et un briquet de plastique blanc;

Les cartes de banque afférentes aux différents comptes dont les chèques avaient été volés, étaient conservées par les défendeurs séparément de ceux-ci et n'avaient donc pas été volées;

Les chèques volés furent émis et touchés dans le courant du mois de mai 1988 en Espagne et plus précisément à Ténériffe, les 6 et 7 mai 1988 pour ce qui concerne Mme Manderveld et vers la fin du mois d'avril en ce qui concerne M. Ramael;

Les cartes de banque n'ayant pas été volées, les chèques payés reprenaient des numéros de cartes Eurochèque fantaisistes et sans rapport avec les comptes;

Une bonne partie d'entre eux n'étaient d'ailleurs pas correctement remplis (date et/ou lieu manquants);

III. Discussion

Attendu que la demanderesse fonde sa demande tant sur le règlement Eurochèque que sur la responsabilité du titulaire du chèque prévue dans la loi du 1 mars 1961 et plus précisément de son article 35.

(...)

Attendu que les conventions Eurochèque ne prévoient le paiement automatique d'un chèque que lorsqu'il est présenté accompagné de la carte Eurochèque, sinon au guichet même, au moins chez le commerçant ou l'autre personne l'ayant accepté;

Attendu qu'il est établi ici qu'en aucun cas les chèques litigieux n'ont pu être présentés ni à une banque, ni même à un commerçant, accompagnés de leur carte Eurochèque;

Attendu que la seule présence d'un numéro de carte Eurochèque au verso du chèque ne peut suffire à faire bénéficier celui-ci de la garantie Eurochèque une fois qu'il est établi que ce numéro ne pouvait aucunement concorder avec celui de la carte ayant ouvert le droit à la garantie;

Attendu qu'il résulte de l'examen des photocopies des chèques litigieux que ceux-ci n'ont pas été remis à des commerçants, qui à leur tour les auraient présentés à leur banque, mais ont bien été perçus en espèces aux guichets de la Banco Popular Espanol (en date des 6 mai 1988 et 7 mai 1988), de la Banco de Bilbao (en date des 6 mai 1988 et 7 mai 1988) de la Banco Hispano Americana (en date des mêmes 7 mai 1988), et à la Banca de Bilbao (en date des 28 avril 1988 et 29 avril 1988), et à d'autres banques, sans dates précisées sur les chèques, même non signés;

Qu'il doit être, élémentairement, supposé que la demanderesse a dû informer des avis du vol des chèques, toutes les banques européennes du fait de ce que ces chèques volés ne pouvaient être payés; que les moyens de l'informatique moderne rendent cette façon d'agir extrêmement facile;

Qu'il n'est pas précisé au débat que cet avis, indispensable et élémentaire dans l'esprit du Tribunal, ceci d'autant plus que les numéros des chèques volés avaient été communiqués à la demanderesse, aient été communiqués aux partenaires banques européennes;

Que cela constitue, si ce n'a été fait, une faute de la demanderesse, qui, en effet, a l'obligation de préserver les intérêts de ses clients, en l'espèce preneurs de crédit;

Attendu, d'autre part, et ceci sous réserve que la B.B.L. ait avisé les grandes banques européennes du fait que les chèques volés, dont les numéros étaient connus; que le Tribunal doit constater que les chèques volés ont été payés au guichet par les banques espagnoles, sans aucune demande de pièces d'identité, et pour un grand nombre, le même jour, au guichet de la même banque, ce qui pourrait impliquer une grande responsabilité de ces banques espagnoles ou manque de sens de la responsabilité dans le chef de ses déposés;

Attendu qu'en ce qui concerne l'article 35bis de la loi du 1^{er} mars 1961, il importe de rappeler tout d'abord que cette loi était prise en exécution de la convention de Genève du 19 mars 1931 et introduit dans l'arsenal législatif belge à un moment où le système des chèques garantis, et encore moins le système Eurochèque n'existait pas;

Attendu qu'en 1961, l'usage par les particuliers du chèque pour leurs achats privés était, sans être marginal ni même très rare, sans commune mesure avec l'essor qu'il connut ensuite par l'introduction des cartes de garantie et du système Eurochèque ensuite;

Attendu que le système des cartes de garantie et le système Eurochèque ensuite fut introduit par les banques pour favoriser de manière spectaculaire l'usage du chèque comme moyen de paiement, non pas tant parce que les banques gagneraient à l'usage du chèque en lui-même mais surtout parce que cette formule entraînait l'augmentation de l'ouverture et de l'alimentation des comptes à vue dans les banques ainsi que la perception d'intérêts confortables sur les découverts automatiques auxquels ce système donnait droit;

Attendu que les banques elles-mêmes ont poussé à l'usage des formules de chèques dans leur intérêt exclusif;

Attendu qu'avec une certaine mauvaise foi, les organismes bancaires, après avoir mis au point un service particulièrement efficace, répandu, profitable et moderne, se retranchent à la première occasion derrière la loi du 1 mars 1961 laquelle fait peser sur les titulaires des chèques une responsabilité particulièrement forte, sauf faute lourde du tiré;

Attendu qu'à l'époque où cette disposition légale était introduite, le système bancaire était tel que le tiré (la banque) disposait de tous les moyens possibles pour vérifier l'exactitude de la signature sur le chèque, l'existence d'une provision et l'absence d'opposition sur le chèque;

Attendu qu'aujourd'hui, les banques elles-mêmes ont mis en place un système permettant toutes les fraudes et ce d'autant plus lorsqu'elles refusent de prendre des mesures de surveillance ou de précaution;

Attendu qu'ainsi, de manière générale, les banques, y compris la demanderesse, font peser sur les titulaires des chèques assortis d'une carte eurochèque une responsabilité sans commune mesure avec celle prévue par l'article 35bis de la loi du 1 mars 1961 en rendant nulle l'opposition faite au paiement des chèques garantis ou devant l'être et en permettant le paiement du chèque sans vérification possible de signature du tireur, voire même de la réalité, de la matérialité, de l'existence ou de la conformité entre une éventuelle carte eurochèque et le chiffre de celle-ci repris sur le chèque;

Attendu que, s'il ne fallait faire application que de l'article 35bis de la loi du 1 mars 1961, les défendeurs auraient vu leur responsabilité dérogée suite au vol dont ils ont fait l'objet puisque dans ce cadre les défendeurs auraient pu faire valablement opposition au paiement de ces chèques et que la banque aurait pu vérifier la non-conformité des signatures ou l'inexistence de provision;

Attendu qu'en ce qu'elle est basée sur l'article 35bis de la loi du 1 mars 1961, l'action n'est pas non plus fondée;

Attendu que les défendeurs font état, bien que cette circonstance ne soit pas déterminante dans l'issue du litige actuel entre les parties, de ce qu'il importe de noter que des formules de chèque d'une autre banque avaient également été volées aux défendeurs (compte n° 061-7732290-12 du Crédit Communal); que ces chèques furent eux aussi touchés en Espagne dans les mêmes circonstances mais que dans ce cas-là, le Crédit Communal a reconnu l'absence de responsabilité dans le chef des défendeurs et n'en a pas demandé le paiement;

Attendu que, compte tenu de ce qui précède, et surtout des faits, que:

- les défendeurs, comme le demandent les institutions financières, n'ont pas laissé leur carte Eurochèque ensemble avec les chèques volés;
- il ne peut être reproché aux défendeurs d'avoir conservé les chèques dans leur domicile (où d'autre?), et d'avoir subi la mésaventure d'un vol en ce domicile;
- la demanderesse est intervenue pour 140.000 F (ce probablement en fonction d'une assurance, couverture de risque, qui n'est pas produite au débat) dans le dommage subi par les défendeurs;
- compte tenu des moyens que procure actuellement l'informatique moderne;
- soit la demanderesse a informé ses partenaires banquiers européens, et, alors les banques espagnoles ont commis une faute en honorant les chèques présentés;
- soit la demanderesse n'a pas informé ses partenaires banquiers européens et a alors commis personnellement une faute en aggravant le risque résultant pour les défendeurs du vol de leurs chèques, ce, et le Tribunal insiste, sans vol des cartes Eurochèque;

Que, dès lors, aucune faute ayant occasionné leur préjudice réclamé par la demanderesse, ne peut être mise à charge des défendeurs, les fautes ou omissions ou négligences ayant été commises par les institutions bancaires quelles qu'elles soient;

Par ces motifs,

Le Tribunal,

Reçoit la demande.

La dit mal fondée. En déboute la demanderesse.

Du 19 octobre 1993 – Trib. Bruxelles (5^e chambre).
Siég.: M. De Koninck, Juge unique.
Plaid.: Mes Gerondal et Van Huyneghem.

Observations

1. Un appel a été interjeté à cette décision.
2. Quand un juge laisse parler son cœur ... voy. nos observations sous la décision n° 12.

12. Hof van Beroep te Brussel

10 december 1993

CHEQUE – EUROCHEQUES

Diefstal van een chequekaart en eurochequeformulieren – Aansprakelijkheid van de eigenaar van het chequeboekje (art. 35bis Chequewet) – Verzekering – Potestatieve voorwaarde – Beding ten behoeve van een derde

Het beding dat bepaalt dat de bank de schade, die veroorzaakt wordt door misbruik van een cheque of van formulieren, door haar kan gedragen worden, is geen potestatieve voorwaarde die enkel afhangt van de houding van de bank.

Het beding van de eurochequeverzekeringpolis waarbij elke persoon die recht heeft op een vergoeding overeenkomstig de polisvoorwaarden aangewezen wordt als een begunstigde, is een beding ten behoeve van een derde.

CHEQUE – EUROCHEQUES

Vol d'une carte et de formules eurochèque – Responsabilité du propriétaire du carnet de chèques (art. 35bis de la loi sur le chèque) – Assurance – Condition potestative – Stipulation pour autrui

La clause selon laquelle la banque peut prendre à sa charge le dommage résultant de l'utilisation abusive d'une carte ou de formules eurochèques n'est pas une condition purement potestative soumise à la seule volonté de la banque. S'analyse en une stipula-

tion pour autrui, la clause contenue dans la police d'assurance eurochèque qui désigne comme bénéficiaire toute personne ayant droit à une indemnité conformément aux conditions prévues par la police.

(N.V. Generale Bank / Klijkens en N.V. Assurantie van de Belgische Boerenbond)

(...)

IV. Overwegende dat de volgende feiten blijken uit de voorgelegde stukken:

– dat eerste geïntimeerde sedert 1977 titularis is van een bankrekeningnummer bij appellante, waaraan een eurochequekaart en eurocheques verbonden waren op haar aanvraag;

– dat op 10 mei 1986 omstreeks 14u o.m. de eurochequekaart en eurochequeformulieren gestolen werden uit haar voertuig, terwijl zij en haar echtgenoot parkeerden langs een autostrade te Massanet, Spanje; dat zij deze diefstal onmiddellijk aangaf bij de plaatselijke politie, en schriftelijk en telefonisch verzet aantekende bij appellante;

– dat deze cheques in de loop van de maanden mei en juni 1986 geïnd werden aan de loketten van Spaanse banken en dat haar rekening bij appellante gedebiteerd werd ten belope van een bedrag van 133.310 F;

– dat zowel appellante als tweede geïntimeerde, eerste verzekeraar van de eurochequeverzekeringpolis door appellante onderschreven ten voordele van haar cliëntenhouders van een eurochequekaart, iedere tussenkomst weigerden;

V. Overwegende dat appellante de eerste rechter ten grieve duidt de oorspronkelijke hoofdvordering gegrond te hebben verklaard;

Overwegende dat appellante in de eerste plaats terecht verwijst naar de bepalingen van art. 35bis van de Chequewet van 1 maart 1961, die uitdrukkelijk voorschrijven dat de eigenaar van een chequeboekje aansprakelijk is voor de gevolgen die voortvloeien uit het verlies, diefstal van de formulieren, tenzij hij bewijst dat aan de betrokkenen bedrog of grove schuld te wijten is;

dat bepalingen in dezelfde zin zijn opgenomen in artikel 11 van het reglement der verichtingen van appellante, die de overeenkomst tussen partijen bevat;

dat in casu geen zware fout of bedrog bij het uitbetalen van de cheques lastens appellante wordt bewezen, zodat de aansprakelijkheid van appellante geenszins betrokken is;

Overwegende dat voor zover de oorspronkelijke hoofdvordering gesteund is op de vermeldingen opgenomen in de documenten die door appellante aan haar cliënten overhandigd worden en bepalen dat bij onrechtmatig gebruik ten gevolge van diefstal of verlies van de eurochequekaart en/of cheques, de bank kan tegemoet komen in de schade binnen de genoemde grenzen, en tot dekking waarvan appellante een verzekeringpolis had afgesloten, deze ongegrond is;

dat eerste geïntimeerde tevergeefs aanvoert dat dit een verbintenis onder louter potestatieve voorwaarde is en derhalve nietig;

dat dit beding een geldige eenvoudige potestatieve voorwaarde inhoudt, nu de verwezenlijking ervan niet louter van de wil van de bank, doch eveneens van een uitwendige gebeurtenis, nl. het onrechtmatig gebruik van de cheque door een derde afhangt;

Overwegende dat voor zover de oorspronkelijke hoofdvordering gesteund is op de eurocheque-verzekeringpolis die appellante had onderschreven ten gunste van haar cliënten, teneinde onder bepaalde voorwaarden en binnen bepaalde perken de risico's te dekken die inherent zijn aan het verkeerd gebruik van eurocheques, deze eveneens ongegrond is;

dat overeenkomstig artikel F. e en f van deze polis, uitgesloten zijn de schade ten gevolge van de gelijktijdige diefstal van eurochequeformulieren en eurochequekaart uit voertuigen en bij zware nalatigheid vanwege de titularis;

dat in casu niet kan worden ontkend dat de diefstal inderdaad in omstandigheden gebeurde die uitdrukkelijk uitgesloten zijn;

dat bovendien het zichtbaar achterlaten in een voertuig met niet-slotvast portieren van een handtas en een aktentas waarin zich de litigieuze documenten bevinden alsook de identiteitskaart terwijl de eigenaar uitrust en dit op een drukke parking, wijst op een verregaande onvoorzichtigheid, vooral nu de bewaking van dergelijk voertuig niet afdoende verzekerd was;

Overwegende dat het principaal hoger beroep gegrond is;

VI. Overwegende dat eerste geïntimeerde een incidenteel beroep instelt en de eerste rechter ten grieve duidt haar tussenvordering, gericht tegen tweede geïntimeerde, ontoelaatbaar te hebben verklaard;

Overwegende dat inderdaad uit de bewoordingen van de litigieuze eurocheque-verzekeringpolis blijkt dat als begunstigde wordt aangeduid "iedere persoon die recht heeft op een vergoeding overeenkomstig onderhavig contract", zodat de polis moet worden beschouwd als een beding ten behoeve van een derde en eerste geïntimeerde dus een rechtstreeks vorderingsrecht heeft tegen de verzekeraar;

dat de oorspronkelijke tussenvordering van eerste geïntimeerde tegen tweede geïntimeerde derhalve wel degelijk toelaatbaar is;

Overwegende echter dat deze tussenvordering ongegrond is om de hierboven onder V. vermelde redenen;

dat het litigieus schadegeval immers uitdrukkelijk van dekking uitgesloten is;

VII. Overwegende dat appellante tenslotte haar in eerste aanleg ingeleide vordering in vrijwaring tegen derde geïntimeerde handhaaft;

dat echter, nu de hoofdvordering ongegrond is, deze vordering in vrijwaring zonder voorwerp geworden is;

Om deze redenen,

Het Hof, rechtdoende na tegenspraak;

Ontvangt de hogere beroepen;

Verklaart het principaal hoger beroep gegrond en het incidenteel beroep deels gegrond;

Doet de bestreden beslissing teniet en opnieuw wijzend;

Verklaart de hoofd- en tussenvordering van eerste geïntimeerde tegen appellante en tegen tweede geïntimeerde toelaatbaar, doch ongegrond;

Verklaart de vordering in vrijwaring van appellante tegen tweede geïntimeerde zonder voorwerp;

(...)

D.d. 10 december 1993 – Brussel (5de kamer).

Zet: Mevrouw Pauwels, Voorzitter en Mevr. Van Cauwelaert en Maes-Michiels, Raads-heren.

Pleit: Mes Rouvez loco Buyle, Lacombe loco Vandemeulebroucke, Van de Velde loco Deleu, Winderickx.

Observations¹

L'art subtil qui allie la vigueur du sentiment et la rigueur de la technique pour faire une décision juste, n'est-ce pas cela qu'on appelle la prudence du juge?

Le sentiment domine dans la décision du Tribunal de Première Instance de Bruxelles (n° 11). Est-elle en droit justifiable?

Il est permis d'en douter: jamais, à notre connaissance, juridiction, après avoir critiqué pêle-mêle la politique de "bancaarisation", l'article 35bis de la loi sur le chèque et le système eurochèque, ne s'est-elle aussi délibérément affranchie de toute argumentation juridique rigoureuse pour obtenir le résultat souhaité à savoir l'exonération du titulaire des formules de chèque. Le tribunal va jusqu'à procéder à une comparaison des fautes respectives de la banque et du titulaire que la loi du 1^{er} mars 1961 sur le chèque tend précisément à éviter.

Cela dit, il faut reconnaître que le sort du titulaire de chèques et d'eurochèques est en Belgique, par l'application cumulée de la loi de 1961 et de la réglementation eurochèque, peu enviable.

De nouvelles idées se font jour et certaines initiatives sont prises pour améliorer quelque peu la situation du titulaire des formules. Citons-en quelques-unes.

1. La première idée consiste à tenir compte, de façon plus fine, des *circonstances* de la soustraction des instruments et de la qualité du comportement du titulaire.

Deux critères intéressants émergent ainsi:

a) Celui de la *localisation* des instruments (chèque ou carte). Un sort meilleur pourrait être réservé au titulaire quand la soustraction résulte d'un vol effectué à son domicile (comparer à ce sujet la décision n° 11 qui retient ce critère et la décision n° 10 qui n'en tire aucune conséquence favorable au client).

On risque toutefois d'être forcé à une casuistique délicate: quid d'une soustraction opérée dans les locaux d'une entreprise ...? quid d'une carte laissée un instant sur un comptoir de vente ...?

¹ On sélectionne dans ces observations quelques aspects, neufs ou méritant d'être rappelés sans être exhaustif. Pour plus de références, cf. nos précédentes chroniques R.D.C., 1992, p. 970 et s.; R.D.C., 1993, p. 1035.

b) Celui de la détention conjointe ou séparée des chèques et de la carte. Certains auteurs² ont proposé de réserver un sort meilleur au titulaire qui, conformément aux prescriptions des banques, a gardé séparés les deux instruments. Le Tribunal de Première Instance de Bruxelles (décision n° 11) tire également parti de ce critère.

2. Même si, selon la doctrine³, le banquier n'a pas l'obligation de souscrire une assurance couvrant les risques d'utilisation abusive liés à la soustraction d'eurochèques, les institutions financières sont de plus en plus nombreuses à recourir à des "polices eurochèques" au bénéfice des titulaires de compte.

Il n'est pas exclu que la généralisation et la persistance de ce comportement puissent, à terme, constituer un usage.⁴

Quoi qu'il en soit, la multiplication des polices d'assurance soulève, comme le montre l'arrêt de la Cour d'Appel de Bruxelles du 10 décembre 1993 (n° 12) la question de leurs conditions d'intervention.

A cet égard, la qualification du comportement du titulaire, la prudence (ou la négligence) manifestée dans la garde des instruments de même que les circonstances de la soustraction (voy. les critères cités sous 1°) ont des implications sur l'intervention des compagnies d'assurance puisque celles-ci excluent toute indemnisation en cas de faute lourde. L'arrêt commenté (n° 12) en fournit une bonne illustration. De façon générale, il importe que les conditions d'intervention de l'assurance au profit des titulaires soient déterminées sur une base objective⁵ et non discriminatoire.

L'action directe que les Cours et tribunaux reconnaissent au titulaire tiers bénéficiaire d'une stipulation pour autrui contre les compagnies d'assurance⁶ favorise, nous semble-t-il, cette nécessaire objectivation qui doit aboutir à l'égalité de traitement de l'ensemble de la clientèle bancaire.

3. Les cartes de garantie eurochèque ne sont pas soumises au régime – beaucoup plus rigoureux pour l'émetteur – prévu par la recommandation européenne du 17 novembre 1988 (J.O.C.E. du 24 novembre 1988, n° L 317/55), notamment pour les cartes de paiement électroniques⁷: régime d'opposition devant jouer de façon quasi-immédiate, plafonnement des dommages avant opposition à 150 ECUS en faveur du titulaire pourvu qu'il n'ait pas commis de négligence grave.

A terme, il n'est pas exclu qu'une sorte de contamination puisse jouer: le régime plus favorable au consommateur des cartes de paiement et de crédit va exercer une pression de nature à entraîner une modification de la répartition des risques prévue en matière d'eurochèques.

² Top, F., "Is de eigenaar van verloren of gestolen chequeformulieren voldoende beschermd in het eurochequesysteem?", in *Liber Amicorum Jan Ronse*, E. Story-Scientia, 1986, p. 478.

³ Poelmans, O., "Vol, perte et utilisation abusive d'eurochèques (1975-1992)", *J.T.*, 1993, p. 421, n° 55 et les nombreuses décisions citées; cf. aussi R.D.C., 1992, p. 967 et s., p. 974, notes 15 et 16.

⁴ Sur l'existence de cet usage, cons. Civ. Liège, 30 septembre 1987, *J.L.M.B.*, 1987, p. 1470; en sens contraire Willems, A., Buyle, J.P., "Les usages en droit bancaire", *DAOR*, 1990/17, p. 84 et réf. citées en note 71.

⁵ Voy. Bruxelles, 17 janvier 1990, *J.T.*, 1990, p. 309 (imprudence légère du titulaire – obligation d'intervention de la banque); Civ. Bruxelles, 8 mai 1990, R.G. 47.692 (faute grave du titulaire – refus d'intervention justifié). Comp. Mons, 9 octobre 1992, *J.T.*, 1993, p. 162 et s.; Bruxelles, 25 juin 1990, *J.T.*, 1990, p. 705 et s. (pas de carte eurochèque valide – refus d'intervention).

⁶ Outre la décision commentée, cf. Mons, 17 décembre 1991, *J.L.M.B.*, 1993, p. 76 et s.

⁷ Pour un commentaire approfondi de la recommandation, Favre-Bulle, X., *Le droit communautaire du paiement électronique*, Schulthess, Polygraphischer Verlag Zürich, 1992; Thunis, X., "Responsabilité du banquier et automatisations des instruments de paiement", in *Le droit de l'informatique – Enjeux – Nouvelles responsabilités*, Bruxelles, Ed. Jenne Barreau, 1993, p. 375 et s.

La tendance à l'unification ne peut être que confortée par les techniques de plus en plus efficaces mises à la disposition des banques pour s'opposer aux débits frauduleux qu'ils soient perpétrés à l'aide de cartes magnétiques ou de cartes eurochèque.

13. Tribunal de Commerce de Bruxelles

22 avril 1993

BANQUE

Chambre de compensation – Traite – Compensation – Paiement indu – Répétition – Retour des effets impayés – Délai de rigueur

Le délai imparti par le règlement de la Chambre de compensation pour le retour des effets impayés est un délai de rigueur. Il s'ensuit qu'à défaut de rejet par la banque domiciliataire dans le délai prévu, le paiement intervenu entre les banques est définitif.

BANK

Verrekeningskamer – Wissel – Verrekening – Onverschuldigde betaling – Terugvordering – Terugkeer van de onbetaalde wissels – Verplichte termijn

De door het reglement van de Verrekeningskamer vastgestelde termijn voor het terugzenden van onbetaalde wissels is een vervaltermijn. De uitgevoerde betaling is bijgevolg definitief, indien de gedomicilieerde bank nalaat binnen de voorziene termijn te reageren.

(S.A. Générale de Banque / S.A. Crédit Général et S.A. Deledo et P. Cornil qq.
S.A. Braun)

(...)

Attendu que, par lettre du 17 mars 1990, le Crédit Général consentit des crédits à la S.A. Braun pour un montant total de 23.263.000 F, dont 3.000.000 F utilisables sous forme de crédit d'escompte;

Que, le 31 mai 1989, Braun tira une lettre de change d'un montant de 4.600.000 F à l'échéance du 8 juillet 1989 sur la S.A. Deledo et domiciliée auprès de la Générale de Banque;

Que le Crédit Général escompta la traite et en crédita le produit au compte de Braun en date du 1^{er} juin 1989;

Que, le 9 juin, le Crédit Général adressa une mise en garde à Braun lui signalant que le découvert en compte courant était de 21.800.000 F;

Que, le 14 juin 1989, Braun écrivit à Deledo qu'elle était dans l'impossibilité de livrer les marchandises soit 200 fax Murata M1 et que, par conséquent, elle n'encaisserait pas la traite;

Que, le 23 juin, Braun demanda au Crédit Général de lui restituer la traite et d'en débiter son compte, ce que le Crédit Général refusa par lettre du 29 juin; que le Crédit Général justifie ce refus par l'insuffisance du compte de Braun;

Que, le 27 juin, le Crédit Général dénonça les crédits accordés à Braun;

Que, le 7 juillet, Jacques Dauphinais de la société Deledo informa le Crédit Général qu'il avait donné instruction à son banquier de ne pas payer la traite;

Que le Crédit Général présenta la traite en Chambre de Compensation; que la traite fut payée le 10 juillet;

Que, le 17 juillet, la Générale de Banque demanda au Crédit Général de restituer le montant de la traite, le paiement ayant été effectué par erreur;

Que le Crédit Général ne donna pas suite à cette demande, l'effet ne lui ayant pas été renvoyé dans le délai prescrit par l'article 56 du règlement de la Chambre de Compensation (lettre du 24 juillet);

Que la Générale de Banque recrédita Deledo du montant de la traite;

Que Braun a été déclarée en faillite le 20 février 1990;

Attendu que la Générale de Banque agit contre le Crédit Général en répétition de l'indu;

Qu'elle soutient que les deux conditions de la répétition de l'indu soit le paiement et l'indu sont remplies en l'espèce, puisqu'elle a payé à tort une dette, dont elle n'était pas débitrice, son mandat de paiement ayant été révoqué par Deledo;

Attendu que les chambres de compensation sont des mécanismes essentiels du système contemporain de paiement;

(...)

Attendu que le mode de paiement en Chambre de compensation est dérogoire au droit commun;

Que le paiement ne résulte pas d'une remise d'espèces au créancier mais d'une inscription en compte;

Qu'il ne s'agit pas d'une inscription sur le compte courant entre la banque créancière et la banque débitrice mais d'une forme de compensation multilatérale par l'interposition de la Banque Nationale;

Que cette compensation déroge au droit commun puisqu'elle résulte d'une compensation globale entre les créances présentées par un organisme financier à l'égard de l'ensemble des membres de la chambre et d'autre part les dettes de cet organisme à l'égard de l'ensemble des membres;

Attendu que le règlement de la Chambre organise un régime de présentation et de liquidation des effets de commerce, qui déroge également au droit commun;

Que la présentation doit être faite avant le jour de l'échéance; que, selon l'article 54, les effets de commerce doivent être remis au banquier domiciliataire 3 jours ouvrables bancaires avant l'échéance; que les documents doivent porter au verso le cachet d'acquit; que la date de ce cachet est celle de la liquidation en compensation et non celle de la remise;

Que, conformément à l'article 55, le banquier domiciliataire est tenu de créditer le membre présentateur du montant de l'effet;

Que les effets impayés doivent être restitués au membre présentateur au plus tard au cours de la deuxième séance du jour ouvrable bancaire suivant le jour de liquidation (art. 56);

Que les institutions financières disposent ainsi d'un délai de 4 jours pour vérifier s'il y a lieu ou non de payer l'effet présenté;

Que le mode de paiement organisé par la Chambre est automatique et abstrait; que le présentateur doit être crédité sans tenir compte de la régularité formelle du titre, d'une provision sur le compte du client, de l'existence ou non d'un mandat ... de même qu'il doit accepter le rejet de l'effet dans les délais prévus, quelles que soient les causes de ce rejet;

Attendu qu'à défaut de rejet à l'expiration du délai, le paiement intervenu par compensation entre les banques est définitif;

Que le délai imparti à l'article 56, qui permet de revenir sur un paiement déjà acquis, ne peut être qu'un délai de rigueur;

Que, les membres s'étant engagés à recourir au paiement par compensation pour toutes leurs créances et dettes, le remboursement de l'effet ne pourrait l'être que par une nouvelle compensation dans les limites prévues c'est-à-dire la restitution du titre dans les délais;

Que, par ailleurs, il n'est pas imaginable que, le délai écoulé, la compensation puisse être remise en cause puisqu'elle n'éteint pas seulement les dettes et créances de deux parties mais les dettes et créances de l'ensemble des membres de la Chambre;

Que la seule hypothèse prévue par le règlement où la compensation peut être remise en cause est l'insuffisance du disponible en compte et l'impossibilité pour le membre d'apurer son découvert (art. 83);

Qu'une telle remise en cause (hors cette dernière hypothèse) serait contraire au but poursuivi par les membres de la Chambre de compensation qui est de favoriser la rapidité des transactions;

Attendu que, la demanderesse s'est engagée à respecter les règles de la Chambre de compensation en y adhérant;

Qu'elle ne peut par conséquent remettre en cause une compensation intervenue en dehors des hypothèses énumérées par le règlement de la Chambre de compensation et agir en répétition de l'indu contre le banquier présentateur de l'effet, le délai prévu pour la restitution par l'article 56 étant écoulé;

Qu'au surplus, la demanderesse s'est engagée sur base de l'article 55 à créditer le Crédit Général le jour de la liquidation du montant total des traites remises sous réserve d'un éventuel rejet dans les délais prescrits;

Qu'entre les parties, le paiement de l'effet litigieux a donc une cause;

Attendu que la mauvaise foi du Crédit Général n'est pas établie;

Que l'effet litigieux a été escompté à Braun le 1^{er} juin; que Braun n'a émis aucune protestation lorsque le produit de l'escompte lui a été crédité;

Que, le 20 juin, Braun avait conféré à Jacques Dauphinais (de la société Deledo) le pouvoir d'assurer sa direction et de l'engager pour une période de trois mois;

Que, le 23 juin, Jacques Dauphinais avait été déchargé à sa demande de ce mandat;

Que, ce même 23 juin, Braun adressa au Crédit Général une lettre, dans laquelle elle soutenait que la traite litigieuse avait été escomptée par erreur, dans la mesure où il n'avait jamais été question de livrer et de facturer Deledo et où une autre traite de la société Triade avait été remise au Crédit Général;

Que, dans sa lettre du 29 juin, le Crédit Général s'étonna de ce que Braun allègue que la traite litigieuse soit un effet de complaisance et qu'elle fasse double emploi avec la traite Triade, par ailleurs d'un montant différent, qu'elle avait également escomptée, et que cette protestation intervienne alors que les crédits étaient suspendus;

Que, dans sa lettre du 7 juillet, Dauphinais justifia son refus de paiement de la traite en prétendant que le préposé de la défenderesse savait que l'effet avait été remis à titre de garantie;

Que l'affirmation du Crédit Général, selon laquelle il était impossible de rembourser le montant de la traite et d'effectuer les autres paiements demandés par Braun en respectant les limites du crédit et que Braun savait qu'il n'y avait pas de disponible en compte pour rembourser le Crédit Général lors de sa première protestation, est dès lors plausible (cf. lettre du 3 août du Crédit à Braun);

Que les circonstances entourant les protestations de Braun sont suspectes;

Que, compte tenu de ces circonstances, la présentation de l'effet à la Chambre de compensation ou le refus de restituer le montant de l'effet litigieux ne démontrent pas la mauvaise foi du Crédit Général;

Par ces motifs,

Le Tribunal,

Dit la demande principale recevable et non fondée.

Du 22 avril 1993 – Comm. Bruxelles (10^e chambre).

Siég.: Mme Rubinstein, Juge et MM. Raye et Coppens, d'Eeckenbrugge, Juges consulaires.

Plaid.: Mes Linsmeau, De Patoul et Derick.

Observations

1. Un appel a été interjeté à cette décision.
2. Cf. nos observations reprises sous la décision 15.

14. Tribunal de Commerce de Bruxelles

18 mai 1993

BANQUE

Chambre de compensation – Ordre de virement – Adhésion au règlement

Le règlement de la Chambre de compensation auquel les parties ont adhéré, détermine les obligations et responsabilités de celles-ci.

BANK

Verrekeningskamer – Overschrijvingsopdracht – Toetreding tot het reglement

Het reglement van de Verrekeningskamer waartoe de partijen zijn toegetreden, bepaalt de rechten en verplichtingen van deze partijen.

(S.A. Crédit Communal de Belgique / La Poste et S.A. B.B.L.)

(...)

Les faits se résument comme suit:

- Le 30 novembre 1990, M. Aldo Trabucco émet un ordre de virement de 200.000 F de son compte OCP 000-0637794-19 au profit du compte n° 063-1311981-91 de M. Rafiki ouvert auprès du Crédit Communal.
- L'OCP refuse d'exécuter l'ordre en raison du défaut de couverture du compte de M. Trabucco et retourne le bulletin à M. Trabucco.
- M. Trabucco aurait modifié l'ordre de virement et remplacé le compte bénéficiaire par un autre compte de M. Rafiki n° 310-0801781-08 ouvert auprès de la B.B.L.
- Le bulletin ainsi modifié est transmis à la B.B.L. pour exécution et présenté en Chambre de compensation à l'OCP le 24 décembre 1990.
- Le compte de la B.B.L. en Chambre de compensation est immédiatement crédité par l'OCP du montant de 200.000 F sous réserve de bonne fin.
- Après avoir constaté le défaut de couverture du compte émetteur, l'OCP adresse par erreur le 27 décembre 1990 un bordereau de renvoi au Crédit Communal, en lieu et place de la B.B.L., et débite le compte du Crédit Communal en lieu et place du compte B.B.L. qui avait été crédité du montant de l'ordre.
- Le 11 janvier 1991, la B.B.L. crédite le compte de son client Rafiki de 200.000 F que celui-ci s'empresse de retirer.
- Le 4 février 1991, le Crédit Communal adresse la fiche de renvoi des pièces à la B.B.L. et une note de débit du compte de la B.B.L. en Chambre de compensation en contre-passation de l'écriture erronée.
- Le 20 février 1991, la B.B.L. refuse le débit de son compte et contre-passe l'écriture.
- Le 28 février 1991, le Crédit Communal adresse une lettre d'explication à l'OCP et le 3 mars 1991 une note de débit de son compte en Chambre de compensation;

L'OCP rectifie cette écriture sans autre justification le 4 mars 1991.

– Le 26 mars 1991, le Crédit Communal écrit à nouveau à l'OCP et celui-ci refuse de restituer le montant le 9 avril 1991, invoquant une faute commise par le Crédit Com-

munal qui aurait agi en dehors des délais impartis par le règlement de la Chambre de compensation.

- La citation est lancée le 6 juin 1991;

La cause est plaidée le 4 mai 1993.

Discussion

Le Crédit Communal exerce une action en répétition de l'indu à l'égard de la Poste sur pied de l'article 1376 du Code civil et une action de in rem verso en raison d'un enrichissement sans cause à l'égard de la B.B.L.;

L'action de in rem verso basée sur l'enrichissement sans cause ne peut être invoquée qu'à titre subsidiaire c.à.d. en l'absence de toute autre action naissant d'un contrat, d'un quasi-contrat d'un délit ou d'un quasi-délict. Si pareille action existe, elle doit primer (De Page, *Traité élémentaire de droit civil*, t. III, p. 42);

En l'espèce, les liens entre parties sont réglés par le règlement de la Chambre de compensation qui détermine les responsabilités et auquel les parties ont adhéré conventionnellement;

L'article 40 des Statuts de la Chambre de compensation stipule que "par le seul fait de son admission comme membre, chaque membre "est soumis de plein droit aux dispositions des présents statuts et du règlement y annexé";

Cette disposition indique clairement que les membres de la Chambre de compensation ont eu pour intention de régler de manière conventionnelle leurs droits et obligations respectifs;

Il existe dès lors une action naissant de cette convention;

L'action de in rem verso n'est dès lors pas recevable à l'égard de la B.B.L.;

Les articles 34 et 35 du règlement s'appliquent en réalité également aux ordres de virement émis sur des comptes de l'OCP qui sont traités comme des chèques;

La Chambre de compensation l'atteste dans sa lettre du 17 novembre 1992;

Les responsabilités évoquées par l'action de la demanderesse doivent être déterminées en fonction des manquements qui auraient été commis à l'égard du règlement de la Chambre de compensation qui lie la demanderesse et qui régit le traitement des ordres de virement OCP;

A défaut d'être subsidiaire, l'action de in rem verso de la demanderesse est irrecevable à l'égard de la B.B.L.;

La Poste soutient par ailleurs à juste titre que le Crédit Communal a méconnu le prescrit des articles 22, 34, 35 et 86 du règlement de la Chambre de compensation;

Les articles relatifs aux chèques s'appliquent également aux ordres de virement OCP qui sont traités comme des chèques (voir supra);

Ces dispositions déterminent clairement l'attitude que doit adopter le destinataire de titres de paiement lorsque ces titres ne lui sont pas destinés (art. 22 et 34: réaction aussitôt que possible et le jour même);

Le Crédit Communal n'a réagi auprès de la B.B.L. qu'au début du mois de février 1991, soit plus de 5 semaines après les faits et auprès de l'OCP que le 1^{er} mars 1991 soit plus de 2 mois après la date de la remise erronée faite le 28 décembre 1990, alors que la restitution du titre litigieux devait se produire au plus tard le 4^{ème} jour bancaire ouvrable suivant celui de sa remise;

Si le Crédit Communal avait avisé l'OCP à temps que l'opération de débit de son compte du montant litigieux était une erreur, l'OCP aurait pu annuler l'opération passée par erreur et régulariser l'opération vis-à-vis de la B.B.L. qui aurait alors averti M. Rafiki du sort du virement litigieux et ne l'aurait pas exécuté!

Par son manque de diligence la demanderesse a empêché la récupération du montant litigieux: elle doit dès lors supporter les conséquences de son manque de diligence;

La demande s'avère dès lors également non fondée.

Par ces motifs,

Le Tribunal,

Déclare la demande irrecevable à l'égard de la 2^{ème} défenderesse et non fondée à l'égard de la 1^{ère} défenderesse;

(...)

Du 18 mai 1993 - Comm. Bruxelles (10^e chambre).

Siég.: Mme Swysen, Juge et MM. Walch et Carlier, Juges consulaires.

Plaid.: Mes Reghif loco Linsmeau, Remy, Clabots loco Hanotiau.

Observations

1. Un appel a été interjeté à cette décision.
2. Cf. nos observations sous la décision n° 15.

15. Tribunal de Commerce de Bruxelles

18 novembre 1993

BANQUE

Chambre de compensation - Adhésion au règlement - Retour des chèques impayés - Délai de rigueur - Défaut de contrôle de la banque présentatrice (sans incidence)

Les statuts et le règlement de la Chambre de compensation lient les parties qui y adhèrent.

Le défaut de restitution des chèques par le banquier tiré dans les délais prévus par le règlement rend le paiement définitif entre banquiers.

La remise des pièces à compenser en dehors de la Chambre ne dispense pas les parties du respect des délais édictés par le règlement.

BANK

Verrekeningskamer – Toetreding tot het reglement – Terugkeer van de onbetaalde cheques – Verplichte termijn – Afwezigheid van controle door de aanbiedende bank (zonder gevolg)

De statuten en het reglement van de Verrekeningskamer verbinden de partijen die er tot toetreden.

Wanneer de betrokken bank de cheques niet heeft teruggegeven binnen de door het reglement voorziene termijn, heeft dit tot gevolg dat de betaling tussen de banken definitief is.

De overhandiging van de te verrekenen stukken buiten de Verrekeningskamer ontslaat partijen niet de door het reglement voorgeschreven termijnen te eerbiedigen.

(S.A. Générale de Banque / S.A. Crédit Général)

Attendu que la demande tend à entendre condamner la S.A. Crédit Général à payer la somme de 11.175.000 F;

Attendu que, le mercredi 25 juillet 1990, la S.P.R.L. Cogeba remet au guichet de la succursale de Bruxelles du Crédit Général trois chèques pour un total de 11.175.000 F soit le chèque n° 51101369 émis le 20 juillet 1990 d'un montant de 2.965.000 F, le chèque n° 51101370 émis le 24 juillet 1990 d'un montant de 3.660.000 F et le chèque n° 51101383 émis le 24 juillet d'un montant de 4.550.000 F;

Que ces chèques sont tirés par la S.A. Constructions Ferrovières et Métalliques Bruges et Nivelles (B.N.) sur un compte ouvert auprès de la Société Générale de Banque à La Louvière;

Que le Crédit Général crédite le jour même le compte de Cogeba portant le n° 191-0412342-58 "sauf bonne fin";

Que, le 25 juillet, à 11h30, le Crédit Général présente les trois chèques à la Générale de Banque lors de la deuxième séance de la Chambre de compensation de Bruxelles;

Que, conformément à l'article 25 du règlement de la Chambre, le compte de la défenderesse auprès de la Banque Nationale bénéficie d'un crédit immédiat sauf bonne fin de la valeur des chèques et inclus dans l'écriture globale à la fin de la journée;

Que le compte de la Générale de Banque est débité de cette même valeur;

Que, le 27 juillet, la succursale de Bruxelles de la défenderesse remet en espèces la somme de 11.175.000 F à Jean Michiels après avoir relevé son identité;

Que, lors du contrôle des chèques effectué par l'agence de la Louvière, la demanderesse constate que les chèques ne sont revêtus que d'une seule signature au lieu de deux et que le chèque n° 51101383 présente une discordance entre les montants en lettres (quatre millions cinquante) et en chiffres (4.550.000 F);

Qu'en cas de refus de paiement, la demanderesse est tenue de restituer les chèques litigieux au plus tard le mardi 31 juillet 1990, au cours de la deuxième séance de la Chambre à 11h45 (art. 35 du règlement);

Que, le mardi 31 juillet, entre 9h et 9h30, Devriese, auditeur général adjoint auprès de la demanderesse, contacte par téléphone le service inspection du Crédit Général pour annoncer le rejet des chèques;

Que la défenderesse conteste avoir été informée des raisons précises du rejet ou des circonstances de la fraude;

Que les parties conviennent de ne pas remettre les chèques via la Chambre mais directement entre elles;

Qu'un rendez-vous est fixé au siège du Crédit Général le jour même entre 13h30 et 14h;

Que les représentants de la Générale de Banque se présentent en retard vers 14h45 au siège de la défenderesse;

Que les copies des chèques présentées à la Chambre de compensation lors de la deuxième séance sont rejetées à la troisième séance avec la mention que les photocopies ne sont pas admises en Chambre de compensation et que les originaux ne sont pas en possession de la défenderesse comme promis;

Que, la défenderesse refusant la restitution des chèques, la Générale de Banque supporte la charge des trois chèques litigieux;

Attendu que la Générale de Banque soutient que le Crédit Général a commis des fautes en ne remplissant pas ses obligations de contrôle lors de la présentation des chèques et en payant prématurément les chèques litigieux à un tiers non bénéficiaire;

Qu'elle allègue que le règlement de la Chambre de compensation était inapplicable et qu'aucun délai n'avait été fixé pour la restitution des chèques et que, de toute façon, le non-respect des délais ne pouvait entraîner le rejet des chèques litigieux, ces délais n'étant pas des délais de forclusion;

Qu'elle prétend enfin que la défenderesse a commis un abus de droit en refusant de recevoir les chèques;

Attendu que la Générale de Banque n'établit pas que le Crédit Général aurait renoncé au délai prescrit par le règlement de la Chambre de compensation;

Que la renonciation ne se présume pas;

Attendu que les statuts et le règlement de la Chambre de compensation sont obligatoires à l'égard des membres de cette institution (art. 36 des statuts);

Que la Chambre a pour objet de permettre à ses membres d'exécuter par compensation journalière tous les paiements en espèces ou tous transferts en compte que les uns doivent faire aux autres, que les parties agissent en nom propre ou comme mandataire et notamment les paiements dus en vertu de chèques (art. 4 des statuts);

Que la liquidation par compensation journalière à la Chambre de toutes leurs dettes et créances respectives est obligatoire pour tous les membres (art. 4 des statuts);

Qu'en adhérant à l'institution, les membres renoncent dès lors à exécuter leurs paiements tant pour leur compte propre que comme mandataires selon d'autres modalités que celles prévues par les statuts et le règlement de la Chambre;

Attendu que le mode de paiement en Chambre de compensation est dérogaire au droit commun;

Que le paiement ne résulte pas d'une remise en espèces au créancier mais d'une inscription en compte; qu'il ne s'agit pas d'une inscription sur le compte courant entre la banque créancière et la banque débitrice mais d'une forme de compensation multilatérale par l'interposition de la Banque Nationale;

Que cette compensation déroge au droit commun puisqu'elle résulte d'une compensation globale entre d'une part les créances présentées par un organisme financier à

l'égard de l'ensemble des membres de la Chambre et d'autre part les dettes de cet organisme à l'égard de l'ensemble des membres;

Attendu qu'en ce qui concerne le paiement des chèques, le mécanisme de compensation repose sur le principe du crédit immédiat au membre présentateur (art. 25 du règlement);

Que le paiement par compensation ainsi intervenu ne peut être remis en cause que de la manière et dans les limites prévues par le règlement;

Que, parmi ces limites, figure l'obligation pour le membre destinataire de retourner les pièces dans un délai précis (art. 35 du règlement) soit en l'espèce au plus tard lors de la deuxième séance du quatrième jour bancaire ouvrable;

Que le membre tiré doit procéder aux diverses vérifications indispensables (régularité des signatures et des mentions, validité du chèque, situation du compte du tireur, ...) et au cas où elles s'avèreraient négatives, il doit rejeter le chèque dans le délai imparti;

Que le membre présentateur est tenu d'accepter les chèques impayés quel que soit le motif du refus pour autant que la restitution soit faite dans les délais prévus (art. 34);

Attendu en outre que l'article 69 du règlement prévoit qu'au cours de la troisième séance, les membres ont la faculté de restituer les pièces traitées au cours de la journée;

Que cette restitution doit intervenir avant 14h30 pour les pièces reçues au cours de la journée pour lesquelles la liquidation est refusée (art. 73 du règlement);

Attendu que le défaut de restitution dans les délais prévus par la Chambre rend le paiement définitif entre banquiers;

Qu'il ne serait pas imaginable que, les délais écoulés, la compensation puisse être remise en cause, sauf dans les cas expressément prévus par le règlement, puisqu'elle n'éteint pas seulement les dettes et les créances des deux parties mais les dettes et créances de l'ensemble des membres de la Chambre;

Qu'une telle remise en cause serait contraire au but poursuivi par les membres de la Chambre qui est de favoriser la rapidité et la sécurité des transactions;

Attendu que la faculté de la remise, en dehors de la Chambre, des pièces ou supports à compenser moyennant l'accord des parties est expressément autorisée par l'article 4, 5ème alinéa des Statuts de la Chambre;

Qu'en convenant de la restitution des chèques litigieux hors chambre, les parties ont dès lors fait usage de cette faculté;

Que le Crédit Général n'a pas émis les chèques litigieux, qu'elle ne les a pas garantis;

Que la Générale de Banque n'a pu demander paiement (par compensation) des chèques litigieux au Crédit Général qu'en se fondant sur le règlement de la Chambre;

Que c'est ce qu'elle a fait en présentant les photocopies des chèques à la deuxième séance de la Chambre et en acceptant un rendez-vous entre 13h30 et 14h;

Que l'heure du rendez-vous permettait en effet un éventuel rejet de l'écriture de compensation lors de la dernière séance de la Chambre;

Que les copies des chèques litigieux ont été présentées et ont été traitées lors de la deuxième séance puisqu'ils ont fait l'objet d'une écriture de débit;

Que le membre tiré est tenu de restituer au membre présentateur les chèques dont le paiement est refusé (art. 35), sauf accord des parties de les remettre en dehors de la Chambre (art. 4);

Qu'en l'espèce la remise de photocopies en Chambre ne pouvait être acceptée que si les originaux des chèques étaient restitués à la défenderesse;

Que, sur base de l'article 73, l'ultime délai prévu par le règlement de la Chambre pour contrepasser l'opération de débit était 14h30 lors de la troisième séance;

Que le rendez-vous fixé entre 13h et 14h permettait ainsi à la défenderesse de disposer d'un temps suffisant pour rejeter l'opération de débit dans l'hypothèse où les originaux des chèques ne lui étaient pas remis;

Qu'à 14h30, la défenderesse n'était toujours pas en possession des originaux;

Qu'elle a donc refusé la liquidation des copies des chèques litigieux;

Que la défenderesse conteste que le représentant du Crédit Général ait téléphoné de la Chambre de compensation après 15h pour savoir s'il pouvait accepter la restitution des copies présentées; qu'elle affirme que c'est elle qui a appelé son délégué pour s'entendre dire que l'écriture avait déjà été contrepassée en application de l'article 73;

Que les parties ont donc appliqué à leurs relations les statuts et le règlement de la Chambre de compensation, y compris l'article 4, qui permet aux parties de remettre les documents en dehors de la Chambre et qui ne dispense pas les parties du respect des délais édictés par le règlement;

Qu'il en résulte que la restitution des originaux pour 14h avait bien été convenue par les parties compte tenu des délais édictés par le règlement de la Chambre, l'écoulement de ces délais ne permettant plus aux membres de la Chambre de mettre en cause le paiement intervenu par compensation à la Chambre (sauf dans les cas expressément prévus par ce règlement);

Attendu que le Crédit Général a commis une faute en ne décelant pas la discordance manifeste entre les montants en lettres et en chiffres du chèque n° 51101383;

Que le dommage subi par la demanderesse ne résulte cependant pas de cette faute mais du non-retour des chèques dans les délais convenus;

Attendu que la demanderesse ne prouve pas que le Crédit Général aurait commis d'autres fautes ou négligences graves;

Attendu que les chèques litigieux ont été payés au compte de la S.P.R.L. Cogeba;

Que la défenderesse affirme qu'elle disposait des statuts de cette société et des pouvoirs du gérant, dont la signature était déposée en ses livres;

Qu'elle explique qu'il s'agissait d'un client habituel, bien connu et dont les comptes présentaient des mouvements créditeurs;

Qu'un compte avait été ouvert le 28 juin 1989 pour la S.P.R.L. Cogeba en formation; qu'après constitution de la S.P.R.L. Cogeba le 3 juillet 1989, ce compte avait fonctionné normalement depuis le 5 juillet 1989;

Que la demanderesse ne démontre pas que le Crédit Général n'aurait pas fait de vérification sérieuse lors de l'ouverture du compte;

Attendu que le compte de la B.N. était provisionné; que les chèques avaient été émis sous la signature du Président de la B.N. personnalité éminente du monde des affaires en Belgique;

Que la demanderesse ne prouve pas que le Crédit Général aurait commis une faute en accordant un crédit direct à Cogeba;

Qu'au surplus, le Crédit Général aurait dû supporter les conséquences de ce crédit direct, si les chèques avaient été restitués dans les délais par la demanderesse;

Attendu que la demanderesse n'établit pas que le Crédit Général aurait entravé les possibilités de recouvrement à l'égard du bénéficiaire;

Qu'elle ne prouve pas avoir demandé à la défenderesse le nom du bénéficiaire du paiement au moment des faits, nom que la défenderesse aurait alors refusé de communiquer;

Attendu que c'est à l'initiative de la demanderesse que les parties ont recouru à la remise des pièces en dehors de la Chambre de compensation;

Que c'est la demanderesse qui est arrivée en retard au rendez-vous fixé entre 13h30 et 14h; qu'elle ne donne aucune explication quant au motif de ce retard;

Que la demanderesse n'établit pas que le Crédit Général avait été informé des motifs précis du rejet des chèques litigieux;

Qu'aucun avis indiquant les motifs du rejet n'était joint lors de la présentation des copies des chèques en Chambre de compensation;

Que la demanderesse ne prouve pas que le Crédit Général disposait d'éléments qui lui permettaient avant l'ultime délai de 14h30 de douter de l'honorabilité de sa cliente;

Que le Crédit Général n'aurait plus été en droit de contrepasser l'écriture après 14h30 le 31 juillet 1990 ou les jours suivants;

Qu'elle aurait engagé sa responsabilité, si elle avait accepté ce débit sans disposer du titre de la créance;

Que le Crédit Général n'ayant pas reçu la visite des représentants de la Générale de Banque ignorait ce qu'il était advenu des originaux;

Qu'elle a donc adopté une attitude prudente en appliquant les règles de la Chambre de compensation;

Qu'elle n'a par conséquent pas commis un abus de droit;

Attendu qu'il convient dès lors de rejeter la demande;

Par ces motifs,

le Tribunal,

(...)

Dit la demande recevable et non fondée.

En déboute la demanderesse et la condamne aux dépens liquidés à 18.263 F et à l'égard de la défenderesse à 11.400 F.

Du 18 novembre 1993 – Comm. Bruxelles (10^e Chambre).

Siég.: Mme Rubinstein, Juge, MM. Van den Hove et Raye, Juges consulaires.

Plaid.: Mes Buyle et De Patoul.

Cette décision est frappée d'appel.

Observations

Si la relation entre le client et son banquier est généralement bien étudiée par la doctrine, celle-ci prête beaucoup moins d'attention aux relations interbancaires. Il est vrai que

l'analyse en est difficile à la fois à cause de l'absence de sources formelles "classiques" et de l'efficacité d'une pratique bancaire qui, soucieuse de discrétion, prévient les conflits et les empêche d'affleurer au niveau judiciaire.

Les trois décisions reproduites ci-dessus présentent donc le grand intérêt d'exister et de montrer que la collaboration interbancaire, solide et intense, a ses règles qui répartissent les tâches et les responsabilités entre les organismes chargés d'exécuter ou de recouvrer un ordre de paiement.

Tout en gardant à ces observations la retenue qui s'impose puisque l'un des soussignés est conseil d'une des parties litigantes, nous allons, afin d'éclairer le lecteur, souligner les principales questions soulevées par les décisions et la portée des solutions qu'elles adoptent.

Les banques admises au sein de la Chambre de Compensation sont liées par un règlement qui a force obligatoire entre banquiers et détermine leurs droits et leurs obligations. Cette solution s'impose qu'on soit partisan d'une analyse contractuelle ou d'une conception plus institutionnelle de la compensation. Cette seconde conception adoptée semble-t-il par le Tribunal de Commerce de Bruxelles dans sa décision du 18 novembre 1993 (décision n° 15), rend sans doute mieux justice à la nature très spécifique des sources collectives et multilatérales destinées à assurer la circulation harmonieuse de la monnaie scripturale.

Quelle que soit l'analyse retenue, la violation par une banque d'une disposition interbancaire peut engager en principe sa responsabilité (contractuelle ou mieux, selon nous professionnelle) comme le décide le Tribunal de Commerce de Bruxelles dans sa décision du 18 mai 1993 (décision n° 14). La décision condamne le Crédit Communal à supporter les conséquences d'une erreur qui, bien que n'émanant pas de ses services, n'avait pas été signalée par la banque avec la diligence prescrite par le règlement.

Même si la force obligatoire du règlement interbancaire à l'égard de ses adhérents ne paraît pas contestable, certaines hésitations peuvent toutefois surgir quand la sanction d'une obligation imposée à une banque n'est pas explicitement prévue par le règlement.

Ainsi, le délai imposé à une banque tirée (chèque) ou domiciliataire (traite) pour le retour d'un effet litigieux (non provisionné, ...). S'agit-il d'un délai de rigueur ou de forclusion à l'expiration duquel la banque assure la charge de l'impayé? S'agit-il au contraire d'un délai dont la sanction serait plus douce puisque l'inobservation du délai obligerait seulement la banque domiciliataire ou tirée à agir en répétition d'indu contre la banque présentatrice?

En France, la Cour de cassation¹ approuve l'arrêt d'une Cour d'appel selon lequel "à défaut de restitution [par la banque tirée] des chèques pour absence de provision dans les formes et délais prévus par les usages bancaires, la compensation devient définitive à l'égard de la banque tirée".

Cet arrêt a donné lieu à controverses dans la doctrine française, les uns prétendant que le banquier tiré malgré le non-respect du délai pourrait conserver un recours contre la

¹ Cass. fr. (com.), 2 octobre 1978, D.S., 1979, p. 349 et s. et la note M. Vasseur; Cabrillac, M. et Rives-Lange, J.-L., *Rev. trim. dr. com.*, 1979, p. 782 et s.; cf. aussi Cabrillac, M. et Teyssie, B., *Rev. Trim. dr. com.*, 1981, p. 577.

banque présentatrice², les autres prétendant au contraire que le délai imparti est un délai de forclusion à l'écoulement duquel la banque tirée perd la possibilité de rejeter les chèques.³

Les décisions rendues par le Tribunal de Commerce de Bruxelles le 22 avril 1993 (décision n° 13) et le 18 novembre 1993 (décision n° 15) s'inscrivent incontestablement dans ce courant. Sur un plan théorique, on peut objecter à l'instar de M. Vasseur dans sa note précitée⁴ que cette solution rigoureuse pour la banque tirée confère à une "règle, qualifiée de règle d'usage [i.e. le règlement interne d'une Chambre de compensation] (...) cette vertu extraordinaire d'établir une règle de fond relative au paiement des effets de commerce ...".

Ou encore que l'action en répétition indu est ouverte à qui paie ce qui n'est pas dû, la faute du solvens n'étant pas un obstacle de principe à la recevabilité de l'action. Les juridictions bruxelloises ne sont guère sensibles à ce genre d'argument qu'elles écartent en se bornant à affirmer que le délai prévu pour la restitution de l'effet est écoulé.⁵

Il ressort très clairement des deux décisions commentées que le souci d'assurer la sécurité des paiements scripturaux aboutit à écarter un principe de droit civil dont l'application pourrait multiplier les cas où une transaction monétaire serait remise en cause et mettre en péril la stabilité du système de compensation.⁶

C'est la première fois, à notre connaissance, que des juridictions belges se prononcent aussi nettement dans ce sens.⁷

Cela dit, une fois ainsi affirmés avec vigueur la force obligatoire des règlements interbancaires et la sanction des délais qu'ils imposent, une autre question surgit qui n'a pas été tranchée par les décisions reproduites: quelles sont les conséquences juridiques de la violation de la norme interbancaire dans les relations entre les banques et les titulaires de compte, émetteurs ou bénéficiaires de l'ordre? Plus concrètement, un banquier tiré peut-il voir son recours en répétition d'indu contre le bénéficiaire du chèque rejeté pour manquement à la norme interbancaire? Inversement le bénéficiaire d'un chèque peut-il reprocher à sa banque (banque présentatrice) d'accepter (et donc de contrepasser) un chèque retourné hors délai par la banque tirée?

Nul doute que la jurisprudence belge ait à trancher, dans un proche avenir, cette question épineuse déjà bien connue en jurisprudence et en doctrine françaises.⁸

² En ce sens, Vasseur, M., note citée, p. 349 pour lequel la clause stipulant que "toute valeur non rendue dans les délais est considérée comme payée" n'établit qu'une présomption simple qui supporte la preuve contraire sous peine de permettre à la banque présentatrice et, par son intermédiaire, au porteur de réaliser un profit suite au retard de la banque tirée, ce qui serait choquant.

³ Cabrillac, M., et Rives-Lange, J.L., *Rev. trim. dr. com.*, 1979, p. 783; Cabrillac, M. et Teyssie, B., *Rev. trim. dr. com.*, 1985, p. 339 et plus récemment Rives-Lange, J.-L., "Chronique de jurisprudence bancaire", *Banque*, avril 1989, p. 448 pour lequel cette solution est "à l'abri de toute discussion".

⁴ *O.c.*, p. 352, n° 6.

⁵ Sans faire de distinction apparemment suivant que le titre rejeté hors délai est non provisionné ou que le banquier n'est plus mandataire de l'émetteur au moment où il procède au paiement.

⁶ Sur le plan pratique, une telle solution a des conséquences fort rigoureuses pour les banques tirées dans le système du non-échange de chèques. Dans ce système qui vaut pour les chèques d'un montant inférieur à 250.000 FB, la banque tirée ne reçoit plus le titre lui-même. En cas de fraude (fausse signature, falsification de montant ...), la banque tirée ne peut être alertée qu'à l'initiative du titulaire de compte dont les protestations ne se feront qu'après consultation des extraits de compte, bien après l'expiration des délais prévus au niveau interbancaire.

⁷ *Comp. Mons.*, 4 mai 1987, *Rev. Banq.*, 1987/10, p. 65 et s., qui rejette la demande de remboursement d'un établissement de crédit domicile contre la banque remettante d'une lettre de change impayée par le tiré aux motifs que l'établissement de crédit ne s'est pas conformé aux obligations du protocole conventionnel entre banques lui imposant d'informer le remettant en cas de défaut de paiement.

⁸ Pour une étude d'ensemble Romani, AM., "Les recours accessibles au banquier tiré ou domiciliataire en cas de non-respect du règlement des chambres de compensation", *D.S.*, 1993, *Chron. LIX*, p. 223 et s.

En jurisprudence française, voy. récemment Paris 15 janvier 1993, *D.S.*, 1994, *Somm.*, p. 326 obs. Vasseur.

16. Tribunal de Commerce de Bruxelles

24 mars 1993

BANQUE - CREDIT

Crédit documentaire confirmé et non transférable - Délégation

L'engagement du banquier confirmateur d'exécuter le crédit documentaire en faveur d'un tiers, sur instruction du bénéficiaire originaire résulte d'une délégation: le banquier agit comme délégué, le tiers comme délégataire et le bénéficiaire originaire comme déléguant.

Cet engagement personnel du banquier est autonome et valable, nonobstant la non-transférabilité du crédit documentaire et la faillite postérieure du bénéficiaire originaire.

BANK - KREDIET

Documentair krediet - Niet-overdraagbaar, bevestigd documentair krediet - Delegatie

De verbintenis van de bevestigende bank om het documentair krediet ten voordele van een derde uit te voeren in opdracht van de oorspronkelijke begunstigde, vindt haar oorsprong in een delegatie: de bankier handelt als gedelegeerde, de derde als cessionaris en de oorspronkelijke begunstigde als overdrager.

Deze persoonlijke verbintenis van de bankier is autonoom en geldig, niettegenstaande de niet-overdraagbaarheid van het documentair krediet en het faillissement van de oorspronkelijke begunstigde.

(S.A. Ampex / S.A. N.M.B. Bank et Me Cools-Dumont q.q. S.A. Socotrex)

1. Objet des demandes

La demande principale tend à la condamnation de la défenderesse au paiement de 2.565.290 F augmentés des intérêts capitalisés;

La demande en intervention tend à condamner le curateur q.q. à rembourser à la défenderesse les sommes indûment perçues;

2. Les faits

La S.A. Ampex a vendu à la S.A. Socotrex des cassettes vidéo pour un montant de 3.414.600 F en principal, représenté par plusieurs factures;

Parmi ces factures figure celle portant le n° E.0731 du 2 octobre 1990 d'un montant de 2.565.290 F;

Les cassettes devaient être revendues par la S.A. Socotrex à la S.P.R.L. Secob, société située au Burundi;

Il avait été convenu que cette dernière vente ferait l'objet d'un crédit documentaire irrévocable qui a été émis par une banque du Burundi dénommée Méridien Bank Burundi confirmé par la banque belge N.M.B. Bank à la S.A. Socotrex;

La S.A. Socotrex a donné instruction, par lettre du 2 octobre 1990, à la banque N.M.B., de payer dès paiement du crédoc la somme de 2.565.290 F à la S.A. Ampex;

Par télex du 3 octobre 1990, la N.M.B. Bank a fait valoir à Ampex: "nous vous confirmons nos entretiens téléphoniques du 2 octobre 1990 par lesquels nous nous engageons irrévocablement à vous payer la facture n° E.0731 du 2 octobre 1990 de 2.565.290 F dès réception des documents certifiés conformes remis par Socotrex sur base d'un crédit documentaire de la MC Bank Burundi confirmé par notre banque et payable à Bruxelles";

La S.A. Socotrex a été déclarée en faillite par jugement du 29 octobre 1990, et le curateur a remis les documents requis par le crédit documentaire si bien que la banque MC Bank Burundi a payé le montant du crédit documentaire à la N.M.B. Bank le 15 janvier 1991, somme que la N.M.B. Bank a ensuite payée au curateur;

Le conseil de Ampex a adressé à la N.M.B. Bank une demande de paiement par lettre circonstanciée du 11 avril 1991 à laquelle aucune réponse n'a été donnée; un rappel a été adressé le 6 mai 1991, resté également sans réponse; une mise en demeure a alors été lancée le 11 juin 1991 et le 9 juillet 1991; la N.M.B. Bank restant muette, la citation a été signifiée le 23 juillet 1991;

3. Discussion

La demanderesse soutient que l'engagement de la N.M.B. Bank envers elle s'analyse en une délégation par laquelle une personne prie une autre personne de s'engager envers une troisième personne, qui accepte, relativement à une chose déterminée (réf. à De Page, t. III, n° 606);

Elle estime que Socotrex apparaît comme délégant ayant donné instruction par lettre du 2 octobre 1990 au délégué N.M.B. Bank de payer Ampex, délégataire; elle constate que le délégué s'est expressément engagé irrévocablement à payer le délégataire par télex du 3 octobre 1990 et que ce dernier l'a accepté, l'existence de cet engagement étant une condition de la vente à Socotrex;

Elle fait remarquer que l'engagement du délégué était soumis à la condition de la remise des documents conformes du crédit documentaire mais souligne que cette circonstance ne modifie pas la nature de l'engagement;

La défenderesse fait valoir au procès-verbal de comparution volontaire du 26 septembre 1991 que le crédit documentaire émis par la MC Bank Burundi en faveur de Socotrex n'était pas transférable à un tiers;

Elle soutient que le transfert demandé par Socotrex ne pouvait plus être exécuté en cas de faillite, et que si Socotrex pouvait, en sa qualité de bénéficiaire, céder son droit de créance à Ampex ou donner instruction à sa banque de payer par priorité, ce règlement pouvait être effectué pour autant que Socotrex ne soit pas déclarée en faillite;

Elle prétend qu'après la faillite, elle ne pouvait plus payer un créancier sous peine de rompre l'égalité entre les créanciers et elle estime avoir à bon droit vidé ses mains entre celles du curateur;

En conclusions, la défenderesse conteste la position de la demanderesse et fait valoir que même si la thèse de la délégation devait être retenue, l'opération devrait être déclarée nulle en application des articles 445 et 446 de la loi sur les faillites;

Elle conteste le fait qu'elle aurait pris un engagement personnel à l'égard de la demanderesse, et conclut à une simple "mise à disposition" qui ne l'engage nullement et se limite pour elle à signaler au fournisseur que son client, bénéficiaire d'un crédit documentaire, lui a donné des instructions irrévocables de payer au bénéficiaire, par priorité, et pour autant que juridiquement rien ne s'y oppose, une somme déterminée;

Elle soutient enfin que l'acceptation par le délégataire de l'engagement du délégué, condition essentielle de la délégation, n'est pas prouvée;

La défenderesse en intervention qualifiée qua souligne que le crédit documentaire obtenu par l'acheteur S.P.R.L. Secob au Burundi en faveur de Socotrex n'était pas transférable, ce qui aurait permis au fournisseur de se faire payer directement;

Elle soutient qu'il s'agissait d'une simple mise à disposition du crédit par laquelle le bénéficiaire du crédit (Socotrex) a donné instruction à sa banque de régler un fournisseur par priorité, et estime qu'étant donné que Socotrex a été déclarée en faillite, le produit du crédit doit être payé au curateur, le fournisseur restant simple créancier;

Elle estime que rien n'établit un engagement personnel de la N.M.B. Bank puisqu'elle s'est uniquement engagée à payer sur base du crédit documentaire;

Elle constate que la demanderesse ne jouit d'aucun privilège et qu'il n'y a donc aucune raison de la payer par préférence;

Contrairement à ce que soutiennent les défenderesse et défenderesse en intervention, l'engagement de la N.M.B. Bank était bien personnel et irrévocable à l'égard de Ampex;

Si la société Socotrex a donné instruction à la S.A. N.M.B. Bank de payer la société Ampex par priorité, le télex de la N.M.B. Bank adressé à Ampex ne se limite pas à une simple répercussion de cette instruction comme la banque voudrait le faire admettre;

Pour des motifs qui lui sont propres et résultant sans doute des entretiens qui ont eu lieu entre Ampex et la banque, en suite desquels le télex a été adressé, la banque a manifesté unilatéralement son engagement personnel et irrévocable de payer la somme de 2.565.290 F dès réception des documents conformes remis par Socotrex sur base du crédit documentaire dont Socotrex était le bénéficiaire;

Il n'est pas contesté que lesdits documents ont été remis, avec quelque retard peut-être, si bien que la condition à laquelle l'engagement de payer était soumis, a été réalisée;

Le texte de l'engagement de la banque est particulièrement clair et ne demande aucune interprétation; les termes "nous nous engageons irrévocablement à vous payer ..." donnent sans ambiguïté à l'engagement de la banque le caractère d'un engagement personnel dont le jeu dépend exclusivement de la condition exprimée dans la lettre de garantie;

En sa qualité de banquier et donc de professionnelle, elle n'est pas fondée à en contester ensuite la portée;

La demanderesse invoque à bon droit la délégation pour justifier l'autonomie de l'engagement du banquier envers le bénéficiaire; son acceptation est établie car il résulte de l'examen des faits que la demanderesse a accepté de livrer après avoir reçu l'engagement de la banque;

La faillite de Socotrex n'exerce aucune influence sur l'engagement personnel et irrévocable de la banque à l'égard de Ampex;

Il faut constater que les nullités énoncées aux articles 445 et 446 de la loi sur les faillites n'existent qu'à l'égard de la masse de sorte que seul le curateur peut les invoquer (voy. *Novelles Dr. Comm.*, t. IV, année 1975, n° 402), ce qu'il ne fait pas en l'espèce;

Même dans ce cas, la délégation ne pourrait être rendue inopposable à la masse que si cette opération avait eu pour effet de payer une dette antérieurement contractée (voy. *Van Ryn, Dr. Comm.*, t. IV, 1^e éd., n° 2723 et *Novelles Dr. Comm.*, t. IV, n° 477); en l'espèce, elle est intervenue conjointement à la vente faite par Ampex à Socotrex;

La demande de la S.A. Ampex apparaît recevable et fondée;

La demande en intervention apparaît fondée en son principe; la restitution par la curatelle doit être limitée au montant de la facture de Ampex majoré des intérêts moratoires depuis la date du PV de comparution volontaire du 26 septembre 1991;

Par ces motifs,

Le Tribunal,

Déclare la demande principale recevable et fondée;

Condamne la défenderesse S.A. N.M.B. Bank au paiement de 2.565.290 F augmentés des intérêts moratoires puis judiciaires depuis le 11 avril 1991 et des intérêts sur les intérêts échus depuis plus d'une année à compter du 10 mars 1993, date de dépôt des dernières conclusions de la demanderesse valant sommation anatocisme;

Déclare la demande en intervention et garantie recevable et fondée dans la mesure ci-après;

Condamne la défenderesse en intervention et garantie q.q. au remboursement à la S.A. N.M.B. Bank de la somme de 2.565.290 F augmentée des intérêts judiciaires depuis le 26 septembre 1991;

Du 24 mars 1993 – Comm. Bruxelles (14^e chambre).
Siég.: M. Van Vyve, Juge, MM. Ghion et Chatelle, Juges consulaires.
Plaid.: Mes Lechien, Stevens loco Bastin et Nolinghen.

Observations

Cette décision est coulée en force de chose jugée.

17. Cour d'Appel de Bruxelles

6 mai 1993

BANQUE – CREDIT

Crédit d'escompte cédant – Traite – Protêt – Publication

La demande en référé formulée par le tireur d'une traite portant sur les sursis à la publication d'un protêt ne préjuge pas du fond.

Le juge des référés peut enjoindre au receveur de l'enregistrement d'omettre un protêt du tableau, prescrit par l'article 443 du Code de Commerce, lorsqu'il existe des présomptions sérieuses tendant à établir que les conditions légales de la publication ne sont pas réunies.

Lorsque le tireur d'une traite veut engager la responsabilité du banquier porteur de la traite dans le cadre d'un escompte-cédant, il doit démontrer que le contrat qu'il a conclu avec le tiré l'a été suite à une faute de la banque.

BANK – KREDIET

Cedentendiscontokrediet – Wissel – Protest – Bekendmaking

De vordering in kort geding door de trekker van een wissel over het uitstel van bekendmaking van een protest, loopt niet vooruit op de behandeling ten gronde.

De rechter in kort geding mag de ontvanger der registratie bevelen om een door artikel 443 W. Kh. voorgescreven protest van de lijst weg te laten, als er ernstige vermoedens bestaan dat de wettelijke voorwaarden tot bekendmaking niet werden nageleefd.

Wanneer de trekker van een wissel de bankier-houder van een wissel in het kader van een cedentendisconto wil aansprakelijk stellen, moet hij aantonen dat de overeenkomst die hij met de trekker heeft aangegaan, werd gesloten ten gevolge van een fout van de bank.

(S.A. Générale de Banque / S.A. Dod et csts)

(...)

Attendu, quant aux faits, que le 27 mai 1992 l'intimée fit une commande d'articles de textile livrables fin juillet 1992 auprès de la S.A. Fastosch laquelle a tiré une lettre de change d'un montant de 500.000 francs sur l'intimée, qui l'accepta, venant à échéance le 30 septembre 1992 à titre d'acompte;

Que le 11 juin 1992 la S.A. Fastosch a remis la traite à l'appelante en vue de l'escompter, ce que celle-ci fit le 15 juin 1992; que le compte de la S.A. Fastosch fut crédité du montant de l'effet;

Que le 24 juin 1992 l'appelante adressa une lettre à la S.A. Fastosch où elle déclara ramener à la demande de celle-ci le crédit d'escompte d'effets "clients" qu'elle lui avait consenti en ses livres, de 3.000.000 F à 1.000.000 F et ramener de 1.000.000 F à 500.000 F la faculté d'utilisation sous forme de découverts de fonds en compte du crédit de 2.500.000 F avec gage sur fonds de commerce qui était également réalisable à concurrence de 1.000.000 F sous forme de crédit d'acceptation;

Que par lettre recommandée du 15 juillet 1992 l'appelante a dénoncé les crédits consentis à la S.A. Fastosch et lui rappela qu'elle détenait entre autres l'effet litigieux à l'échéance du 30 septembre 1992;

Qu'elle lui rappela ce dernier point par lettre du 22 juillet 1992 en lui signalant que cette somme de 500.000 F lui était due, au cas où l'intimée n'honorerait pas cette échéance;

Que l'intimée ne paya pas la traite, présentée à l'échéance par l'appelante, au motif que la S.A. Fastosch ne pourrait exécuter la commande du 27 mai 1992;

Que l'effet fut protesté le 2 octobre 1992;

Que la S.A. Fastosch fit aven de faillite le 28 octobre 1992;

Que l'action actuelle fut initiée par citation du 2 novembre 1992;

Attendu que le premier juge a ordonné la mesure sollicitée, estimant que huit jours à peine après avoir escompté la traite, l'appelante a réduit de deux tiers la ligne d'escompte cédant et de 500.000 F l'utilisation sous forme d'avance en compte courant et que cette constatation ne permet pas raisonnablement d'exclure que les allégations de l'intimée quant à la bonne foi de la banque se révèlent fondées à l'occasion de l'examen par le juge du fond de l'évolution du dossier crédit précédant l'envoi de la lettre du 24 juin 1992;

Attendu que l'appelante fait grief au premier juge de n'avoir pas répondu à ses conclusions sur ce, qu'en l'espèce l'intimée:

— n'établit pas que les conditions légales requises pour la publication du protêt ne sont pas réunies;

— n'établit pas "prima facie" un droit qui justifie les sursis à la publication;

Que selon l'appelante, la décision entreprise vide de sa substance le mécanisme de l'abstraction cambiariaire et qu'en outre les allégations quant à sa bonne foi lors de l'escompte de la traite litigieuse sont totalement injustifiées;

Attendu qu'en conclusions, l'appelante conteste que les conditions d'urgence et de provisoire soient établies;

Attendu qu'un sursis à la publication d'un protêt ne préjuge pas du fond; qu'il ne porte atteinte à aucun droit ou intérêt du tireur, dès lors que c'est le protêt seul, et non sa publication, qui est nécessaire à l'exercice des droits de recours du porteur;

Que la mesure sollicitée laisse intacte la faculté du juge du fond de statuer sur le litige, à savoir le paiement des effets de commerce;

Que le juge des référés peut enjoindre au receveur de l'enregistrement d'omettre un protêt du tableau lorsqu'il existe des présomptions sérieuses tendant à établir que les conditions légales de la publication ne sont pas réunies;

Qu'il lui convient cependant de vérifier ces conditions avec minutie car le tableau des protêts est établi en vertu de l'article 443 de la loi sur les faillites dans le but d'informer le tribunal de commerce et les tiers de l'état de cessation de paiement d'une entreprise en difficultés;

Que cet article relève par conséquent de l'ordre public économique;

Attendu que l'intimée peut obvier à l'application de l'article 443 de la loi sur les faillites en payant la traite litigieuse dans le mois de l'avis de protêt;

Qu'elle entend cependant démontrer les agissements fautifs de l'appelante, à l'exclusion de toute considération relative aux relations extra-cambiaires existant entre elle et la S.A. Fastosch;

Qu'elle admet que l'obligation cambiariaire du tiré est indépendante des relations extra-cambiaires et que les exceptions relatives à ces relations sont inopposables aux tiers porteurs, ainsi que cela découle de l'article 17 des lois coordonnées sur la lettre de change et le billet à ordre;

Qu'elle soutient par contre que l'article 17 est étranger à l'hypothèse où le débiteur poursuivi invoque une exception déduite de ses rapports personnels avec le porteur;

Attendu toutefois que pour invoquer une faute en relation causale avec son dommage, c'est-à-dire son obligation d'honorer son engagement à l'échéance alors que les marchandises ne seront pas livrées en raison de la faillite de la S.A. Fastosch, dans le chef

du porteur, en l'espèce l'appelante, l'intimée doit démontrer qu'elle a accepté la lettre de change en raison de cette faute;

Qu'en l'espèce il ne s'agit pas d'un escompte fournisseur, qui permet à un débiteur d'assurer, grâce au concours de son propre banquier, le paiement immédiat d'un fournisseur, qui ne consent pas à traiter à terme tout en se réservant lui-même les délais de paiements qui lui sont nécessaires (Kileste, "L'escompte fournisseur", *R.D.C.*, 1988, p. 688);

Que dans la présente cause, c'est la S.A. Fastosch qui a consenti à traiter à terme et a présenté la lettre de change, qui ne fut établie le 27 mai 1992 à l'ordre d'aucune banque, à l'escompte de sa propre banque seulement le 11 juin 1992;

Qu'il s'agit ici d'un escompte cédant, c'est-à-dire une opération de crédit réalisée par l'appelante le 15 juin 1992 au profit de la S.A. Fastosch, garantie par le transfert de propriété de l'effet par celle-ci;

Attendu que c'est en vain que l'intimée prétend appliquer par analogie à l'escompte cédant les principes applicables à l'escompte fournisseur;

Qu'aucune relation personnelle n'existe en l'espèce entre l'intimée et l'appelante, sauf celle qui résulterait d'une faute aquilienne, ce qui n'est pas démontré;

Qu'en effet pour prétendre à un dédommagement de ce chef, l'intimée, qui n'invoque aucune violation d'une obligation imposée par la loi, doit prouver que sans le manquement allégué de l'appelante au devoir général de prudence, elle n'aurait pas contracté avec le crédité, la S.A. Fastosch (cf. Van Ryn & Heenen, *Principes de Droit Commercial*, 1988, t. IV, 663 et s.);

Qu'en l'espèce, l'intimée est le débiteur de l'effet et qu'elle ne démontre pas qu'elle a contracté le 27 mai 1992 avec la S.A. Fastosch par la faute de la banque;

Que c'est l'intimée, à qui aucun crédit n'a été consenti, qui est le débiteur naturel de l'obligation cambiariaire; que son obligation de payer à l'échéance existe quel que soit le porteur de la lettre de change à ce moment, l'appelante ou le crédité, la S.A. Fastosch;

Que le préjudice allégué de l'intimée, la perte de son acompte en raison de la non-livraison des marchandises commandées à la S.A. Fastosch, eût également existé en cas de paiement comptant de cet acompte;

Que c'est elle qui a pris ce risque avant et indépendamment de l'escompte accordé par l'appelante et qu'elle doit en supporter les conséquences;

Attendu que l'intimée fait valoir vainement que l'appelante a violé le principe de l'égalité des créanciers dans la faillite, se créant de toutes pièces un privilège au détriment des autres créanciers, dont l'intimée elle-même et qu'elle a commis un dol rendant nul le contrat d'escompte par application de l'article 1109 du Code civil;

Que l'intimée ne peut en effet soutenir que l'appelante escompta la traite litigieuse à son détriment et en sachant pertinemment que le contrat qui était à l'origine de l'émission de celle-ci ne serait jamais exécuté, vu l'imminence de la faillite;

Qu'en effet, ainsi que précisé ci-dessus, même si la banque n'avait pas escompté l'effet, l'intimée était tenue de l'honorer à son échéance, indépendamment de l'exécution ou non du contrat sous-jacent;

Qu'elle n'a dès lors du reste pas intérêt à soulever la nullité du contrat d'escompte;

Attendu que si l'intimée soutient *in fine* de ses conclusions (p. 9) qu'elle n'aurait jamais contracté avec la S.A. Fastosch si elle avait eu connaissance de sa situation financière réelle, elle ne démontre toutefois pas, à première vue, que cette ignorance dans son chef

est imputable à un comportement fautif de l'appelante qui l'eût influencée à la date de la conclusion de ce contrat;

Qu'elle n'établit dès lors pas "prima facie" un droit qui justifie le sursis à la publication;

Que l'appel est fondé;

Par ces motifs,

La Cour,

Reçoit l'appel, le déclare fondé;

Met l'ordonnance entreprise à néant, sauf en ce qu'elle a liquidé les dépens, et statuant à nouveau,

Déclare la demande originaire non fondée;

(...)

Du 6 mai 1993 – Bruxelles (9^e chambre).

Siég.: M. De Riemaecker, Cons. ff. Président, MM. Vermylen et Rutsaert.

Plaid.: Mes Reghif loco Linsmeau, Onseu loco Cartuyvels, Hanssens loco Raes.

Observations

1. Cette décision est coulée en force de chose jugée.

2. Sur l'interdiction ou l'omission de publication d'un protêt, cf. Civ. Bruxelles (réf.), 28 juin 1960, *J.T.*, 1960, p. 558; Comm. Bruxelles (réf.), 7 avril 1977, *J.C.B.*, 1977, p. 435; Comm. Bruges (réf.), 7 novembre 1977, *R.W.*, 1977-78, col. 1264; Comm. Anvers (réf.), 10 mai 1979, *J.C.B.*, 1979, p. 552; Comm. Charleroi (réf.), 8 août 1990, *Rev. Rég. Droit*, 1991, p. 47; Comm. Anvers (réf.), 4 décembre 1991, *D.C.C.R.*, 1992/16, p. 1144 et note G. Straetmans.

18. Tribunal de Première Instance de Bruxelles

3 septembre 1993

BANQUE – GARANTIE

Garantie à première demande – Cause – Appel manifestement abusif

La cause de la garantie à première demande réside dans les rapports fondamentaux existant tant entre le donneur d'ordre et le bénéficiaire qu'entre le donneur d'ordre et le banquier. Les parties peuvent valablement convenir que la garantie soit abstraite de sa cause.

Le banquier est dispensé de son obligation de payer en cas d'illicéité du contrat de base, de fraude manifeste ou d'abus de droit manifeste.

L'appel à une garantie bancaire est abusif lorsqu'un droit est exercé d'une manière qui dépasse manifestement les limites de son exercice normal par une personne prudente et diligente.

BANK – ZEKERHEDEN

Garantie op eerste verzoek – Oorzaak – Kennelijk misbruik

De oorzaak van de garantie op eerste verzoek ligt zowel in de basisverhouding tussen de opdrachtgever en de begunstigde, als in de basisverhouding tussen de opdrachtgever en de bankier. De partijen mogen op geldige wijze overeenkomen dat de garantie wordt gescheiden van haar oorzaak.

De bankier is vrijgesteld van zijn verplichting tot betaling indien de basisovereenkomst onwettig is, indien er sprake is van kennelijke fraude of indien er sprake is van kennelijk rechtsmisbruik.

Beroep doen op een bankwaarborg houdt een rechtsmisbruik in, indien het recht wordt uitgeoefend op een wijze waarbij de grenzen van de normale uitoefening door een voorzichtig en zorgvuldig persoon duidelijk overschreden worden.

(Boutroy et Crts / S.A. Générale de Banque et csts)

I. Objet de la demande

Attendu que la demande tend à entendre condamner la défenderesse à payer aux demandeurs l'équivalent en francs belges, calculé au cours le plus élevé du jour du paiement de la somme de 2.000.000 de francs français, majorés des intérêts compensatoires calculés depuis le 4 janvier 1991, des intérêts judiciaires et des dépens;

Attendu que les intervenants volontaires se joignent à la défenderesse pour entendre déclarer l'action non fondée;

II. Faits et antécédents

Attendu que les faits et antécédents de la cause ont été correctement exposés par les parties en conclusions et peuvent être repris comme suit:

Attendu que par convention conclue à Paris le 20 novembre 1990, les demandeurs se sont engagés à céder les parts qu'ils détenaient dans la société à responsabilité limitée de droit français "Laboratoires d'analyse médicales BIO-MED" à Monsieur Rudi Marien pour un montant de 18.500.000 FF, et les parts qu'ils détenaient dans la société en nom collectif de droit français "Romain Rolland" à la société "Laboratoires d'analyse médicales BIO-MED" pour un montant de 1.000.000 FF;

Attendu qu'à l'effet de garantir le paiement de l'entier prix de cession des parts, soit de la somme de 19.500.000 FF en principal, il fut expressément convenu ce qui suit à l'article 5.10 du Protocole et au titre des "conditions essentielles sans lesquelles les parties n'auraient pas contracté":

– "(Monsieur Rudi Marien) se porte fort par les présentes d'obtenir d'une banque belge ou française de premier rang une caution solidaire à l'effet de faire garantir par ladite banque la bonne fin de son engagement de paiement à bonne date de l'entier prix convenu de la cession, soit de la somme de 19.500.000 FF en principal";

– "(Monsieur Rudi Marien) s'engage irrévocablement, sous sa responsabilité entière et exclusive, à produire ledit engagement de caution dans un délai maximum de 6 semaines de la date du présent Protocole";

– "Faute par lui de n'avoir pas produit ledit engagement de caution pour quelque cause que ce soit dans ce délai de rigueur de 6 semaines et aux conditions des présentes, soit le 3 janvier 1991, au plus tard, il devra verser sans délai aux (demandeurs), à titre de clause pénale, une indemnité irréductible de 2.000.000 FF" sans préjudice de l'exécution forcée de l'ensemble des dispositions du présent protocole si bon semble aux cédants;

– "Le paiement de ladite somme de 2.000.000 FF est garanti par une garantie à première demande émanant de la Générale de Banque, comme il est (dit) à l'article 14 ci-après";

Attendu qu'au titre de l'"indemnité de non-production de la caution bancaire aux termes et conditions de l'article 5.10", l'article 14 du Protocole constate la remise, par Monsieur Rudi Marien aux demandeurs, d'une lettre datée du 19 novembre 1990 de la Générale de Banque contenant garantie à première demande du paiement de ladite somme de 2.000.000 FF;

Attendu qu'en ladite lettre du 19 novembre 1990, la garantie à première demande était donnée par la Générale de Banque aux demandeurs dans les termes suivants:

"(Le) protocole prévoit en son article 14 que Monsieur Rudi Marien s'oblige à fournir une garantie bancaire payable à première demande au cas où, pour quelque cause que ce soit, il ne serait pas en mesure de fournir au plus tard le 3 janvier 1991, une caution bancaire émanant d'une Banque française ou belge de premier rang pour garantir son obligation de paiement du prix de 19.000.000 FF (dix-neuf millions de francs français) à la date, au plus tard, du 30 avril 1991 et pour les 150 parts précitées dépendant du capital de la société BIO-MED et pour garantir l'obligation de ladite société BIO-MED de paiement du prix de 500.000 FF (cinq cent mille francs français) pour les 800 parts dépendant du capital de la S.N.C. Romain Rolland à la date, au plus tard, du 30 avril 1991.

En conséquence, nous, Générale de Banque, vous garantissons irrévocablement et inconditionnellement le paiement d'un montant maximum de

2.000.000 FF (deux millions de francs français)

à première demande de votre part et sans que nous puissions en contester le bien-fondé.

La présente garantie entre en vigueur ce 19 novembre 1990.

Tout appel à la garantie devra pour être recevable nous parvenir par lettre recommandée au plus tard le 14 janvier 1991.

Cette lettre d'appel mentionnera les motifs de votre réclamation sans que, comme indiqué ci-dessus, nous puissions en contester le bien-fondé.

A défaut d'appel dans les formes mentionnées ci-dessus, ou à défaut de prorogation dûment acceptée par nous, la présente garantie deviendra automatiquement sans effet dès production de la caution bancaire mentionnée ci-dessus et, en tout état de cause, au plus tard le 15 janvier 1991."

Attendu qu'au 3 janvier 1991, Monsieur Rudi Marien était en défaut d'exécuter son engagement de production d'une caution bancaire garantissant la bonne fin de son obligation de paiement à bonne date de la somme de 19.500.000 FF;

Que constatant ce défaut d'exécution, les demandeurs ont fait appel par lettre recommandée datée du 4 janvier 1991, à la garantie de paiement à première demande par la Générale de Banque de la somme de 2.000.000 FF, "représentant l'indemnité de non-

production de la caution bancaire promise au rang des conditions essentielles du Protocole et stipulée à titre irrévocable et irréductible, aux termes à la fois (de la lettre du 19 novembre 1990) et du Protocole";

Que le dernier alinéa de cette lettre attirait l'attention de la défenderesse sur "les conséquences extrêmement dommageables pour nous, d'un éventuel défaut d'exécution par Monsieur Marien de son obligation irrévocable de paiement à bonne date du prix convenu de 19.500.000 FF de l'ensemble de nos participations ...";

Que cet appel à la garantie était renouvelé par lettre recommandée du 7 janvier 1991;

Attendu que le 11 janvier 1991, les demandeurs ont reçu de la Générale de Banque une lettre datée du 2 janvier 1991 mais expédiée le 8 janvier 1991, portant engagement de celle-ci de payer aux demandeurs la somme de 18.500.000 FF, somme non conforme au montant convenu de 19.500.000 FF;

Que ce même courrier a été transmis par télécopie le 8 janvier 1991;

Qu'il était porté à ladite lettre que "cet engagement annule et remplace notre garantie émise le 19 novembre 1990 pour un montant de 2.000.000 FF et prend fin automatiquement le 7 mai 1991 à 16 heures";

Attendu que par lettre du 10 janvier 1991, la Générale de Banque accusait réception des lettres recommandées des 4 et 7 janvier 1991 respectivement reçues par elle les 8 et 9 janvier 1991, et, constatant simplement que ces dernières et ses propres courriers s'étaient croisés, attirait l'attention des demandeurs sur le nouvel engagement de paiement de 18.500.000 FF "annulant et remplaçant (la) garantie de paiement de 2.000.000 FF"; que la défenderesse ajoutait: "eu égard au dernier alinéa de votre lettre du 4 janvier 1991, nous supposons que nous pouvons considérer votre demande comme nulle et non avenue";

Attendu que par lettre recommandée du 15 janvier 1991, les demandeurs réitéraient leur appel à la garantie;

Qu'ils ont précisé à cette occasion qu'il n'appartenait nullement à la Générale de Banque de décider unilatéralement de l'annulation et du remplacement de la garantie à première demande contenue dans la lettre du 19 novembre 1990, laquelle garantie ne saurait constituer un engagement vague ou de pure forme, et sans force juridique;

Attendu que par lettre datée du 15 janvier 1991, postée le 24 et reçue par les demandeurs le 27 janvier 1991, la Générale de Banque a fourni la caution solidaire conforme aux termes de l'article 5.10 du Protocole, en portant la somme de 18.500.000 FF faisant l'objet de son engagement de payer, au montant de 19.500.000 FF représentant l'entier prix convenu de la cession;

Attendu que par lettre du 23 janvier 1991 accusant réception de la lettre des demandeurs datée du 15 janvier 1991, la Générale de Banque a précisé sa position:

– le Protocole ne lui est "en aucun cas opposable";

– le seul engagement qu'elle a pris vis-à-vis des demandeurs est constitué soit par la garantie à première demande contenue dans la lettre du 19 novembre 1990, soit par la caution solidaire contenue dans la lettre du 15 janvier 1991;

– les demandeurs doivent dès lors faire le choix entre le maintien de leur demande de paiement de la somme de 2.000.000 FF d'une part, et le bénéfice de la caution solidaire d'autre part;

Qu'au cours de la correspondance échangée ultérieurement, chacune des parties resta sur ses positions;

Attendu que le 6 mai 1991, les demandeurs ont notifié par exploit d'huissier leur demande d'appel à la garantie de caution de la défenderesse, et ont mis celle-ci en demeure de leur payer la somme de 19.500.000 FF;

Attendu que selon des affirmations non contestées de la défenderesse, les débiteurs principaux ont payé aux demandeurs le 17 mai 1991 le montant total de la cession des parts, soit 19.500.000 FF;

Attendu que le 3 juillet 1991 les demandeurs ont assigné la défenderesse en paiement de la garantie de 2.000.000 FF émise par elle le 19 novembre 1990;

Que le 20 juin 1993, les sieurs Marien et Verhoeft se sont portés parties intervenantes volontaires aux fins de soutenir les moyens de défense opposés par la défenderesse et d'entendre déclarer l'action non fondée;

III. Discussion

(...)

B. Au fond

1. Attendu que les demandeurs soutiennent à juste titre que la garantie conférée à leur profit par la défenderesse par lettre du 19 novembre 1990 constitue une garantie bancaire autonome, en l'espèce une "garantie à première demande";

Attendu que la garantie à première demande peut être définie comme étant l'institution née de la pratique commerciale internationale par laquelle un banquier, le garant s'oblige, à la demande d'un de ses clients, le donneur d'ordre, à payer une somme d'argent à la première demande du cocontractant de celui-ci, le bénéficiaire pour assurer à ce dernier la sécurité absolue de la bonne fin des obligations souscrites à son égard par le donneur d'ordre dans le cadre de l'opération commerciale ou industrielle – le plus souvent internationale – à laquelle ils sont tous deux parties;

Attendu que la garantie ainsi définie constitue le substitut, non de la prestation due par le donneur d'ordre en vertu du contrat de base, mais d'un dépôt en espèces ou en valeurs, dont le donneur d'ordre a fait l'économie, ceci expliquant que le bénéficiaire soit placé dans la position confortable de pouvoir dire: "payez d'abord, réclamez ensuite" (Simont, L. et Bruyneel, A., "Chronique de droit bancaire privé. Les opérations de banque: garanties indépendantes (1979-1988)", *Rev. Banq.*, 1989, p. 526);

Attendu que la cause de cette garantie réside à la fois dans le rapport fondamental existant entre le donneur d'ordre et le bénéficiaire et dans le rapport contractuel existant entre le donneur d'ordre et le banquier, l'un et l'autre de ces rapports étant des éléments déterminants de l'engagement du banquier (Van Ommeslaghe, "Sûretés issues de la pratique", in *Les Sûretés*, Feduci, 1984, p. 357);

Que par l'effet de l'autonomie de la volonté des parties, la garantie indépendante est abstraite de sa cause, en ce sens que le garant a licitement admis que son engagement sorte ses effets abstraction faite des vicissitudes pouvant affecter l'un ou l'autre des rapports contractuels qui en constituent la cause;

Attendu que la garantie "à première demande" présente donc un caractère irrévocable, abstrait et autonome, lequel impose, en principe, au garant un devoir absolu de paiement dès lors que la garantie est appelée conformément aux conditions stipulées dans l'acte de garantie – et ceci sous réserve des exceptions qui seront définies ci-après;

Attendu que les termes utilisés par la défenderesse dans sa lettre du 19 novembre 1990, à savoir: "En conséquence, nous, Générale de Banque, vous garantissons irrévocable-

ment et inconditionnellement le paiement d'un montant maximum de 2.000.000 FF, à première demande de votre part et sans que nous puissions en contester le bien-fondé", établissent sans aucune contestation possible que la garantie conférée était une garantie à première demande;

(...)

3. Attendu que la doctrine et la jurisprudence admettent généralement que le banquier est dispensé de son obligation de payer dans les cas suivants:

– illicéité du contrat de base: le contrat est contraire à l'ordre public ou aux bonnes mœurs appréciés au regard de la loi applicable à la garantie; il faut que cette atteinte à l'ordre public ou aux bonnes mœurs soit flagrante (Velu, Levy-Morelle, et Delierneux, "Les garanties payables à première demande", in *Les sûretés issues de la pratique*, vol. 3, Feduci, p. 70);

– fraude manifeste ou abus de droit manifeste: ici également, la fraude ou l'abus doivent être évidents et ne nécessiter aucune instruction particulière de la part du garant (Simont, L. et Bruyneel, A., *o.c.*, p. 525);

Attendu qu'il convient d'observer que le présent litige se présente devant le Tribunal dans des conditions particulières;

Qu'en effet, la majorité de la jurisprudence évoquée ci-dessus s'est formée à l'occasion de procédures en référé, introduites compte tenu de l'urgence, le magistrat saisi statuant au provisoire; que les parties et le magistrat saisi étaient le plus souvent dans l'ignorance du sort qu'allait connaître le contrat de base, les données connues du litige concernant essentiellement le contrat de garantie;

Que cependant, dans la mesure où le contrat de base lui était soumis, il était admis que le Président du Tribunal, siégeant en référé, procède à une instruction sommaire de ce litige; qu'il est donc parfaitement possible que le président fasse défense au banquier de payer en raison d'un abus manifeste, révélé par cette instruction sommaire, dans un cas où le banquier – qui ne doit (et le plus souvent ne peut) pas procéder à cette instruction – aurait pu payer sans commettre aucune faute, si le président n'avait pas été saisi en temps utile (cf. Simont, L. et Bruyneel, A., *o.c.*, p. 528);

Attendu qu'en l'occurrence, le Tribunal est saisi au fond et est appelé à statuer plusieurs années après le déroulement des opérations litigieuses; que tant les données concernant le contrat de garantie que celles concernant l'exécution du contrat de base sont connues;

Qu'il est ainsi acquis aux débats que la caution bancaire, que le cessionnaire, Monsieur Marien, s'était porté fort de fournir pour le 3 janvier 1991 au plus tard, a été fournie par la défenderesse pour la somme de 18.500.000 FF le 8 janvier 1991, et pour la somme de 19.500.000 FF le 24 janvier 1991;

Que l'obligation de porte-fort de Monsieur Marien était sanctionnée par une clause pénale de 2.000.000 FF, pour la bonne exécution de laquelle la garantie à première demande avait été émise;

Qu'il est également acquis aux débats que le cessionnaire a exécuté son obligation de payer le prix de la cession, non à la date limite prévue, soit le 30 avril 1991, mais le 17 mai 1991;

Attendu qu'à la date de l'appel en garantie, soit le 4 janvier 1991, celui-ci ne pouvait pas paraître manifestement abusif aux yeux de la défenderesse;

Qu'en effet, les demandeurs rappelaient à juste titre à la défenderesse dans leur lettre du 4 janvier 1991, "les conséquences extrêmement dommageables pour nous d'un éventuel défaut d'exécution par Monsieur Marien de son obligation irrévocable de paiement à

bonne date du prix convenu de 19.500.000 FF de l'ensemble de nos participations dans les sociétés BIO-MED et Romain Rolland";

Que le paiement de la somme forfaitaire de 2.000.000 FF pouvait apparaître comme la réparation de ce dommage potentiel;

Que la défenderesse, qui s'était en principe interdit d'opposer à la demande de paiement de la garantie une exception tirée du contrat de base, ne devait pas conclure, "prima facie", au caractère illicite de la clause pénale sanctionnée par son obligation de garantie, au motif que celle-ci n'aurait pas présenté un caractère indemnitaire;

Que la défenderesse admet elle-même qu'au cas où le cessionnaire ne se serait pas exécuté volontairement et où les demandeurs auraient opté, conformément à l'article 1184 du Code civil, pour la résiliation judiciaire du protocole, l'indemnité forfaitaire de 2.000.000 FF aurait pu constituer une forme de dédit; (concl. déf., p. 7-8).

Attendu que le caractère indemnitaire d'une clause pénale doit être apprécié en fonction du préjudice potentiel envisageable par les parties lors de la conclusion du contrat, et non en fonction du préjudice réellement subi;

Attendu que lors de l'appel à la garantie du 4 janvier 1991, la défenderesse ne pouvait conclure que la clause pénale sous-jacente à son obligation de garantie présentait, de manière flagrante, un caractère illicite;

Attendu que par contre, le maintien de l'appel à la garantie de 2.000.000 FF, alors que la caution bancaire exigée par le contrat de base avait été fournie en sa majeure partie (18.500.000 FF) le 8 janvier 1991 et en sa totalité (19.500.000 FF) le 24 janvier 1991, et ceci sans que les demandeurs n'optent pour la résiliation judiciaire du contrat de base, apparaît manifestement abusif;

Qu'en effet, le préjudice subi par les demandeurs du fait de la fourniture, avec quelques semaines de retard, de la caution bancaire exigée, apparaît sans aucune mesure avec le préjudice infligé au cessionnaire du fait de l'appel à la garantie de 2.000.000 FF et du paiement de cette garantie;

Que le caractère abusif du maintien de l'appel à la garantie de 2.000.000 FF apparaît encore plus flagrant lorsque l'on constate que l'exécution du contrat de base s'est poursuivie presque normalement, à la seule exception que le cessionnaire s'est acquitté de son obligation de payer le prix de la cession avec 17 jours de retard;

Qu'ici encore, le préjudice subi par les demandeurs du fait de ce paiement effectué avec 17 jours de retard est sans commune mesure avec le préjudice résultant de l'appel à une garantie de 2.000.000 FF;

Attendu que l'abus de droit peut résulter non seulement de l'exercice d'un droit avec la seule intention de nuire, mais aussi de l'exercice de ce droit d'une manière qui dépasse manifestement les limites de l'exercice normal de celui-ci par une personne prudente et diligente;

Qu'en l'espèce, il y a manifestement eu abus de droit de la part des demandeurs; que c'est à juste titre que la défenderesse a refusé de délivrer la garantie contenue dans sa lettre du 19 novembre 1990;

Que la demande est non fondée;

Par ces motifs,

Le Tribunal,

Déclare la demande principale recevable mais non fondée; en déboute les demandeurs.

Du 3 septembre 1993 – Trib. Bruxelles (4^e chambre).

Siég.: Mme A. de Poortere, Juge unique.

Plaid.: Mes E. Peiffer, Ch. Steyaert loco J.P. Buyle, Everaert loco J. Cruyplants.

Observations

1. Un appel a été interjeté de cette décision.

2. L'application de la notion d'abus de droit en matière d'appel à une garantie à première demande est constante (Simont, L., Bruyneel, A., "Chronique de droit bancaire privé, Les opérations de banque: garanties indépendantes (1979 – 1988)", *Rev. Banq.*, 1989, p. 528).

A côté des cas où il est fait appel à la garantie pour des motifs étrangers à ceux pour lesquels elle a été concédée, l'abus de droit est appliqué dans les circonstances où le bénéficiaire appelle la garantie alors qu'il n'a aucun droit contre le donneur d'ordre et qu'il le sait (Simont, L., Bruyneel, A., *L.c.*, p. 528) ou qu'il est prouvé de manière irréfutable que sa prétention ne trouve aucun fondement dans le contrat de base (Prum, A., *Les garanties à première demande*, Litec, 1994, p. 256).

L'appel doit également être considéré comme abusif lorsque le contrat de base a été exécuté de manière complète et satisfaisante ou lorsque l'aléa conte lequel le donneur d'ordre entendait se prémunir n'existe plus (Prum, A., *o.c.*, p. 262 et 263).

L'appel à la garantie ne peut être rejeté que si son caractère abusif est manifeste.

En vertu de ce principe, il est interdit au président statuant en référé de paralyser une garantie à première demande si le caractère abusif de l'appel ne "crève pas les yeux", en d'autres termes, si ce caractère abusif ne ressort pas de manière évidente d'un premier examen sommaire de l'affaire.

Le jugement commenté relève que ladite procédure se déroulant au fond, plusieurs années après la passation des opérations litigieuses, les données concernant l'exécution du contrat de base étaient connues. Il s'ensuit que la constatation, dans ces circonstances, de ce que l'appel à la garantie constitue un abus de droit suffit.

19. Rechtbank van Eerste Aanleg te Antwerpen

12 februari 1993

BEURS

Opties - Exceptie van spel

De exceptie van spel kan niet worden ingeroepen met betrekking tot de aankoop van opties wanneer aan de volgende voorwaarden voldaan werd:

- de cliënt, vertrouwd met dergelijke verrichtingen en wetend dat ze speculatief zijn handelt als opdrachtgever,
- de bankier treedt slechts op als tussenpersoon en niet als tegenpartij van de cliënt,
- het blijkt niet dat de partijen ab initio waren overeengekomen iedere werkelijke levering uit te sluiten,
- er bestaat een contractuele dekkingsverplichting,
- de litigieuze verhandelingen speelden zich af op een georganiseerde en geregelende markt.

BOURSE

Options - Exception de jeu

L'exception de jeu ne peut être invoquée à propos d'acquisitions d'options lorsque les circonstances suivantes sont réunies:

- le client, initié à de telles opérations qu'il sait spéculatives, agit comme donneur d'ordre,
- le banquier n'intervient que comme intermédiaire et non pas comme contrepartie du client,
- il n'apparaît pas que les parties aient convenu d'exclure complètement dès l'origine la livraison effective des titres,
- il existe une obligation contractuelle de couverture,
- les opérations litigieuses ont lieu sur un marché organisé et réglementé.

(S.A. Kredietbank / Corbeel)

(...)

Verweerder voert reeds sinds 1980 optietransacties uit op de European Option Exchange te Amsterdam door tussenkomst van eiseres in haar hoedanigheid van Public Order Member van deze optiebeurs.

Met betrekking tot deze frequente transacties sloten eiseres en verweerder schriftelijke overeenkomsten op respectievelijk 2 juni 1983 en 19 april 1989.

In beide overeenkomsten wordt verwezen naar de voorschriften en reglementen van de E.O.E.

Het wordt niet betwist dat verweerder, die deze specifieke beleggingstechniek zeer goed beheerste, gedurende verscheidene jaren erg succesvol was en mooie resultaten uit zijn transacties haalde.

In 1989 had hij echter af te rekenen met tegenslag toen de koers van een aantal aandelen (onder meer Nedlloyd, Hoogovens, Aegon, Unilever) steeg op een ogenblik waarop verweerder een aanzienlijke positie aan geschreven call-opties in deze waarden aanhield.

Verweerder had met andere woorden gespeculeerd op een koersdaling van deze aandelen en werd plots met een koersstijging geconfronteerd.

Per aangetekend schrijven van 16 mei 1989 liet eiseres aan verweerder weten dat hij, bij toepassing van de artikelen 7 en 11 van de overeenkomst van 19 april 1989, binnen de twee werkdagen conforme dekking diende te verschaffen.

Teneinde de posities van verweerder te liquideren voerde eiseres in de daarop volgende weken zelf verscheidene sluitingsaankopen aan via het debet van de rekening van verweerder hetgeen hem gemeld werd respectievelijk op 26 mei, 15 juni en 28 juni 1989.

Op deze brieven volgde klaarblijkelijk nooit een reactie vanwege verweerder.

Ingevolge de sluitingstransacties vertoonde de rekening van verweerder een debetstand van 13.278.247 F.

Huidige vordering strekt tot terugbetaling van dit bedrag, te vermeerderen met de gerechtelijke intresten en de kosten van het geding.

Het is de stelling van verweerder:

1. dat eiseres hem heeft misbruikt door hem gedurende jaren met geld van de bank te laten spelen waardoor eiseres zich heeft verrijkt, terwijl zij, wanneer de kans gekeerd is, deze speelschulden op hem tracht te verhalen;
2. dat eiseres zich niet kan beroepen op de overeenkomst van 19 april 1989 aangezien deze zou zijn afgesloten op het ogenblik waarop de transacties die ten grondslag liggen aan huidige vordering, reeds hadden plaatsgevonden.

Hoewel verweerder er niet uitdrukkelijk naar verwijst, komt het eerste onderdeel van het verweer neer op de exceptie ex artikel 1965 B.W., exceptie die overigens van openbare orde is.

Er dient dus onderzocht of de huidige vordering een speelschuld of een weddenschap betreft in de zin van genoemd wetsartikel.

Vooreerst kan worden vastgesteld dat gehandeld werd met louter speculatief oogmerk, in de eerste plaats door verweerder.

Het was immers verweerder en niet eiseres die de optieorders gaf en hierdoor het risico van de verrichting op zich nam. Men ziet dan ook niet goed in wat verweerder bedoelt door te stellen "Alles wat tot 19 april 1989 gebeurde, droeg de volledige winst aan eiseres".

Het feit dat eiseres aan de transacties mee verdiende via commissies, wisselprovisie, wederbelegging der winsten en dergelijke, doet niets af aan de vaststelling dat het verweerder was die de eigenlijke winsten uit de optieverrichtingen opstreek.

Het louter speculatief karakter van een belegging betekent niet dat zij het karakter van een spel of weddenschap heeft (zie onder meer de Memorie van Toelichting bij het Ko-

ninklijk Besluit van 10 april 1991 houdende de oprichting van het Belgische Future- en Optiebeurs Belfox).

In dit verband kan verwezen worden naar artikel 72 van de wet van 4 december 1990 op de financiële transacties en de financiële markten dat uitdrukkelijk heeft voorzien dat artikel 1965 B.W. niet van toepassing is op de financiële instrumenten – waaronder artikel 1 van de wet onder meer opties begriipt – die door de financiële tussenpersonen worden verwezenlijkt overeenkomstig de bepalingen van deze wet en haar uitvoeringsbesluiten.

Hoewel de loutere verwijzing naar dit artikel op zich niet doorslaggevend kan zijn bij de beoordeling van huidige betwisting, nu enerzijds huidig geschil aanhangig werd gemaakt voor het van kracht worden van deze wet en anderzijds de niet-toepasselijkheid van artikel 1965 B.W. beperkt is tot die transacties die tot stand komen onder de voorwaarden in genoemde wet bepaald, blijkt hieruit toch de bevestiging vanwege de wetgever van een voorheen reeds door een belangrijk deel van de rechtsleer ingenomen standpunt (onder meer De Page, *Traité*, t. V, nrs. 312-316).

Uit de gegevens van het dossier blijkt niet de gemeenschappelijke bedoeling van partij en om te wedden:

- eiseres is slechts opgetreden als tussenpersoon bij de transacties en niet als tegenpartij van verweerder;
- het blijkt niet dat partijen ab initio zouden overeengekomen zijn iedere effectieve levering uit te sluiten (Van Ryn en Heenen, t. V, nr. 293; in dezelfde zin Kh. Brussel, 25 januari 1989, *T.R.V.*, 1989, 552).
- de litigieuze verhandelingen speelden zich af op een georganiseerde en gereglementeerde markt, met name de E.O.E. te Amsterdam;
- er bestond een contractuele dekkingsverplichting (art. 7 van de overeenkomst).

Het feit dat in het verleden meestal op een ongedekte of althans onvoldoende gedekte basis gehandeld werd betekent niet dat de contractuele verhouding tussen partijen hierdoor ongeoorloofd was.

Wat het tweede onderdeel van het verweer betreft, is het duidelijk dat eiseres slechts uitvoering heeft gegeven aan de overeenkomst van 19 april 1989.

Verweerder werpt op dat deze overeenkomst door hem slechts werd ondertekend op het ogenblik dat de markt zich reeds tegen hem gekeerd had.

Op zichzelf is dit geen reden om hieruit te besluiten dat de overeenkomst zou aangetast zijn door enig wilsgebrek in zijn hoofdte, hetgeen hij trouwens ook niet argumenteert.

De overeenkomst strekt verweerder dan ook tot wet en hij dient er de gevolgen van te dragen.

Overeenkomstig artikel 11 van deze overeenkomst was eiseres dan ook volkomen gerechtigd over te gaan tot de litigieuze sluitingstransacties, waartegen verweerder overigens geen protest heeft laten horen en die voor gevolg hadden dat de dreigende schade aanzienlijk kon beperkt worden.

De vordering komt dan ook als gegrond voor.

Om deze redenen,

De Rechtbank,

Verklaart de vordering ontvankelijk en gegrond,

Veroordeelt verweerder om aan eiseres te betalen de som van dertien miljoen tweehonderd achtenzeventigduizend tweehonderd zevenenveertig frank (13.278.247 F) te vermeerderen met de gerechtelijke intresten en de kosten van het geding.

D.d. 12 februari 1993 – Rb. Antwerpen (14^e kamer).

Zet.: H. R. Van Rompay, Rechter.

Pleit.: Mrs. C. Stoop en P. Blanckaert.

Observations

1. Cette décision est coulée en force de chose jugée.
2. Dans le même sens, Civ. Dendermonde, 14 septembre 1992, *R.D.C.*, 1993, p. 1063 et nos observations sur l'exception de jeu, *R.D.C.*, 1993, p. 1069.

20. Rechtbank van Koophandel te Leuven

26 oktober 1993

BEURS

Verkoop op termijn van deviezen – Mondelinge opdrachten

Een contract van verkoop op termijn van deviezen kan geldig telefonisch worden gesloten.

Het bewijs van de overeenkomst kan geleverd worden door middel van een buitengerechtelijke bekentenis van de cliënt en door het opsturen door de bank van een bevestigingsborderel dat de verrichting aantoonst en dat niet onmiddellijk werd betwist door de cliënt.

Van de bankier wordt vermoed, tot het bewijs van het tegendeel, dat hij niet op eigen initiatief heeft gehandeld en dat hij een bevestigingsborderel heeft opgesteld overeenkomstig de opdracht die door de cliënt werd gegeven.

BOURSE

Vente à terme de devises – Ordres verbaux

Un contrat de vente à terme de devises est valablement conclu par téléphone.

La preuve du contrat peut être établie par aveu extrajudiciaire du client et par l'envoi par le banquier d'un bordereau de confirmation constatant l'opération et n'ayant pas fait l'objet d'une protestation immédiate du client.

Le banquier est présumé, jusqu'à preuve du contraire, ne pas agir d'initiative et avoir rédigé un bordereau de confirmation conforme à l'ordre donné par le client.

(N.V. Kredietbank / N.V. Servichem)

I. Feiten

Verweerster is een professionele trader in chemische producten. Tot dekking van de risico's van haar internationale transacties maakt verweerster gebruik van een aantal hedging-technieken, onder meer opties- en termijncontracten. Eiseres is in deze de contractspartner van verweerster.

In de loop van de maand mei 1990 werden aldus een aantal contracten gesloten, meer bepaald met betrekking tot deviezenoperaties van U.S. Dollar tegen Duitse Mark.

De positie van verweerster geeft aanleiding tot verliezen waarvan eiseres nu de afrekening voorlegt.

Vanaf einde mei 1990 tot begin augustus 1990 hebben de gedingvoerende partijen een uitgedrukte briefwisseling gehad over de bepaling van de (debet)positie van verweerster en het verzoek van eiseres aan verweerster om deze aan te zuiveren.

Een en ander heeft niet geleid tot een regeling.

II. Vordering

1. Eiseres vraagt dat verweerder wordt veroordeeld tot de betaling van de tegenwaarde in Belgische Frank tegen hoogste koers tussen 12 juli 1990 en de datum van dit vonnis 272.063,09 DM en 19.235,40 USD, beide bedragen te vermeerderen met de conventionele interesten, de gerechtelijke interesten en de kosten van de procedure, daarin inbegrepen de rechtsplegingsvergoeding.

2. In haar conclusie die is neergelegd op 13 november 1991 vraagt verweerster dat de hoofdvordering ongegrond wordt verklaard en stelt zij een tegenvordering tot veroordeling van eiseres om haar de tegenwaarde in Belgische Frank tegen de hoogste koers tussen 12 juli 1990 en de datum van het vonnis terug te betalen van 255.600 DM, bedrag te vermeerderen met de conventionele verwijlsinteresten, de gerechtelijke interesten en de kosten van de procedure, daarin inbegrepen de rechtsplegingsvergoeding.

Eiseres vraagt de tegenvordering als ongegrond af te wijzen.

III. Bespreking**1. Over de hoofdvordering**

3. Verweerster betwist niet dat de opeenvolgende optie- en termijncontracten die de gedingvoerende partijen hoofdzakelijk in de maand mei 1990 hebben gesloten aanleiding geven tot de mathematische juiste afrekening, c.q. debetstand ten laste van verweerster, die het voorwerp is van dit geschil.

De partijen zijn het er verder over eens dat het geschil alleen betrekking heeft op de 4 termijncontracten d.d. 8 mei 1990 en het termijncontract d.d. 11 mei 1990 waarvan eiseres, kort gezegd, beweert dat ze geldig zijn tot stand gekomen, terwijl verweerster dit om allerlei redenen ontkent.

Verweerster is het er mee eens dat de vordering van eiseres cijfermatig correct is indien tot het besluit wordt gekomen dat de genoemde termijncontracten geldig tot stand zouden zijn gekomen en moeten worden uitgevoerd.

Er is met andere woorden geen enkele discussie over de optiecontracten die in de afrekening van eiseres zijn opgenomen om de slotpositie van verweerster te bepalen.

Op 8 mei 1990 heeft eiseres 4 termijncontracten opgesteld als volgt:

- nr. 40996 tbv. 2.000.000 USD - vervaldag 14 mei 1990, koers 1,6530 DM;
- nr. 40997 tbv. 5.000.000 USD - vervaldag 16 mei 1990, koers 1,6530 DM;
- nr. 40998 tbv. 4.000.000 USD - vervaldag 30 mei 1990, koers 1,6527 DM;
- nr. 40999 tbv. 1.000.000 USD - vervaldag 29 juni 1990, koers 1,6521 DM.

Op 11 mei 1990 redigeert eiseres het volgende contract:

nr. 41.030 tbv. 12.000.000 USD - vervaldag 30 mei 1990, koers 1,6311 DM.

Volgens eiseres heeft verweerster op de gebruikelijke telefonische wijze de opdracht gegeven voor deze contracten. Op dezelfde gebruikelijke wijze heeft eiseres de borderellen voor verkoop van deviezen op termijn overgemaakt aan het kantoor "Groene Hond" waar verweerster haar correspondentie liggend liet houden.

Verweerster neemt in de briefwisseling die de partijen vanaf einde mei 1990 hebben gevoerd diverse standpunten in over de totstandkoming van de overeenkomsten en de opdrachten die zij aan eiseres heeft gegeven.

Vooraleer op de argumentatie van verweerster in te gaan moet er aan het volgende worden herinnerd:

- verweerster is bij het geven van haar opdrachten opgetreden als professionele trader en wordt op grond hiervan geacht een goede kennis te hebben van de hedgingtechnieken die zij zeer frequent, dit wil zeggen van dag tot dag, toepast. Op dezelfde wijze wordt verweerster geacht goed te weten op welke wijze de contracten tot stand komen.

- Eiseres kan behoudens bewijs van het tegendeel er niet worden van verdacht om buiten een gegeven opdracht borderellen te redigeren en eventuele contracten tot stand te brengen of anders gezegd, op eigen initiatief te handelen. Het uitgangspunt is dat eiseres te goeder trouw handelt en niet buiten het bestek van haar lastgeving treedt, vooral gelet op het feit dat zij geen algemeen adviesopdracht of een globaal mandaat heeft, zodat zij inzake de termijncontracten alleen een gegeven opdracht kan uitvoeren.

- Een handelscontract ontstaat door de wilsovereenstemming die volgens het handelsrechtelijk bewijsrecht wordt aangetoond.

4. De rechtbank stelt met eiseres vast dat verweerster in haar faxbericht d.d. 30 mei 1990 toegeeft dat de termijnverkoop d.d. 11 mei 1990 met haar opdracht overeenstemt - wat zij ook in haar conclusie bevestigt -, terwijl zij in haar faxbericht d.d. 1 juli 1990, eveneens aan eiseres gericht, hetzelfde toegeeft met betrekking tot de 4 contracten d.d. 8 mei 1990.

Het betreft inderdaad buitengerechtelijke bekentenissen die verweerster niet zonder gevolg kan terugtrekken of doen verdwijnen in de mist van haar eigen tegenspraak.

Tegen de achtergrond van deze in normale omstandigheden tot stand gekomen verklaringen kan verweerster nog moeilijk volhouden dat de opdracht van 11 mei 1990 alleen een bevestiging zou zijn van de opdracht van 8 mei 1990.

Tegen deze bevestigingstheorie pleit ook het feit dat de 4 opdrachten d.d. 8 mei 1990 inhoudelijk erg verschillen de ene opdracht d.d. 11 mei 1990. In het eerste geval gaat het over 4 verschillende termijnverkoppen voor een globaal bedrag van 12.000.000 USD, met specificatie van 4 verschillende vervaldata en 3 verschillende koersen.

In het tweede geval gaat het over een globale transactie van 12.000.000 USD. Hieruit mag worden besloten dat, zelfs al zou verweerster de opdracht d.d. 8 mei 1990 hebben willen bevestigen, de inhoud van de opdracht d.d. 11 mei 1990 logischerwijze bij eiseres niet de idee van een bevestiging kon oproepen, omdat de specificatie alleen de hypothese van een nieuwe opdracht openlaat.

Aldus kan de bevestigingstheorie hooguit worden herleid tot een communicatieprobleem waarvoor alleen verweerster zelf verantwoordelijk kan zijn, o.m. door het feit dat verweerster naar haar eigen zeggen slechts op 28 mei 1990 in de mogelijkheid was om haar posities te verifiëren. Het is onbegrijpelijk, en waarschijnlijk onwaar, dat verweerster dit niet eerder kon doen. Ook op dit punt lijkt verweerster aan eiseres geen verwijt te kunnen maken: er is geen reden om aan te nemen dat de bevestigingsborderellen niet binnen de gewone termijn van 2 dagen ter beschikking van verweerster waren in het kantoor "Groene Hond" van eiseres. Het feit dat verweerster dan toch minstens 14 dagen (van 13 mei tot 28 mei 1990) nodig zou hebben gehad om tot bepaalde vaststellingen te komen moet voor rekening van de professionaliteit van verweerster zelf worden gehouden.

Hetzelfde geldt overigens voor de verwarring die verweerster zowel in haar briefwisseling als in haar conclusie heeft gecreëerd door voortdurend nieuwe versies te geven van haar contacten met eiseres op 8 mei en 11 mei 1990 (telefonische opdrachten aan eiseres op verschillende uren van dinsdag 8 mei, verschillende verzoeken tot telefonische bevestiging van de instructies, mogelijkheid of onmogelijkheid van eiseres om te bevestigen, e.d.m.), door nu eens de opdracht van 8 mei te erkennen, en dan weer de opdracht van 11 mei, om dan beide weer te ontkennen, enz.

Bijaldien mag niet worden vergeten dat de wisselkoers van de US Dollar tegenover DM tot 11 mei 1990 negatief evolueert, en daarna positief, zodat vanaf het ogenblik waarop zij van de borderellen kennis kon nemen, en a fortiori op 28 mei 1990, datum waarop zij haar posities naar haar zeggen pas echt kon verifiëren, kennis moest hebben van het feit dat de termijnverkopen zwaar verlieslatend waren.

De theorie van het dubbel gebruik is niets anders dan een variante van de bevestigingstheorie, met dit verschil dat verweerster nog sterker de klemtoon legt op de fout van eiseres, die op 11 mei 1990 de opdrachten van 8 mei 1990 zonder eigenlijke instructie een tweede keer zou hebben uitgevoerd. Na wat vroeger is gezegd blijft ook voor deze theorie de juridische en logische onderbouw zoek.

5. Uit dit alles kan alleen worden besloten dat de borderellen die eiseres met betrekking tot de termijncontracten van 8 en 11 mei 1990 voorlegt de correcte weergave zijn van de wilsovereenstemming tussen partijen.

Het is daarbij niet relevant dat de borderellen uiteindelijk niet door verweerster zijn ondertekend.

Deze ondertekening is geen geldigheidsvoorwaarde. De contracten zijn ontstaan tengevolge het telefonisch akkoord dat de partijen erover hebben bereikt. Verweerster slaagt er overigens niet in om het b.v. op grond van de gebruikelijke handelwijze tussen de partijen, op grond van de algemene handelwijze in dergelijke contracten zoals die ondermeer te vinden is in de algemene regeling van de bankverrichtingen, of op grond van de algemene principes inzake handelscontracten die omwille van hun aard zeer snel en zonder formalismen tot stand komen, te doen aanvaarden dat ze niet geldig zijn ontstaan.

6. Verweerster brengt ook geen andere argumenten aan die deze conclusie in het gedrang brengen.

Nu de posities van verweerster per 30 mei 1990 aanleiding hebben gegeven tot de cijfermatig niet-betwiste vordering van eiseres komt deze vordering als gegrond voor.

Er is ook geen betwisting over het feit dat de debetstanden in deviezen waarvan nu de betaling wordt gevraagd definitief vaststaan vanaf 12 juli 1990, zodat eiseres recht heeft op de verwijlrenten tegen de wettelijke intrestvoet vanaf die datum.

2. Over de tegenvordering

Deze vordering kan niet gegrond zijn, zoals het blijkt uit het onderzoek van de hoofdvordering.

Om deze redenen,

De Rechtbank,

Verklaart de hoofd- en de tegenvordering ontvankelijk doch alleen de hoofdvordering gegrond.

Veroordeelt verweerster om aan eiseres te betalen de tegenwaarde in Belgische Frank tegen de hoogste koers tussen 12 juli 1990 en de datum van dit vonnis van tweehonderdertweeënzeventigduizend en drieënzestig Duitse Mark en negen Pfennig en negentienduizend tweehonderdvijfendertig U.S. Dollar en veertig cents, bedrag te vermeerderen met de verwijlrenten vanaf 12 juli 1990.

Veroordeelt verweerster ook tot het betalen van de gerechtelijke intresten en van de kosten van de procedure,

(...)

D.d. 26 oktober 1993 – Kh. Leuven (2^e kamer).

Zet.: H. J. Berge, Rechter, HH. J. Van Miert en J. Naeye, Rechters in handelszaken.
Pleit.: Mrs. J.V. Lindemans (Brussel) en C. Luyten loco Y. Brose (Brussel).

Observations

1. Cette décision est coulée en force de chose jugée.

2. Dans le même sens, Comm. Bruxelles, 27 avril 1992 et Civ. Anvers, 29 avril 1992, R.D.C., 1993, p. 1059 et 1062 et nos observations relatives à la preuve des ordres de bourse, R.D.C., 1993, p. 1067.

21. Cour d'Appel de Liège

8 décembre 1992
et 2 mars 1993

BOURSE – USAGE

Titres au porteur – Dépossession – Système d'opposition officielle – Usage – Parère

Lorsqu'une partie invoque un usage professionnel – en l'espèce, la mise en place par une banque d'un système officiel d'opposition téléphonique à la négociation de titres volés ou déposés – et que l'existence et le contenu de cet usage sont contestés par

l'autre partie, le tribunal peut solliciter le témoignage d'un professionnel en vue d'établir un parère.

BEURS - GEBRUIK

Titels aan toonder - Buitenbezitstelling - Officieux verzetsysteem - Gebruik - Certificaat dat het bestaan van een gebruik bevestigt

Wanneer een partij een professioneel gebruik inroept - in casu de inrichting door een bank van een officieus telefonisch verzetsysteem tegen de verhandeling van gestolen of buitenbezitgestelde titels - en dat het bestaan en de inhoud van dit gebruik worden tegengesproken door de andere partij, mag de rechtbank beroep doen op de getuigenis van iemand uit het beroep om een verklaring af te leggen die het bestaan van dit gebruik bevestigt.

(S.A. SNCI / Libens et consorts)

Le 8 décembre 1992, la Cour d'Appel de Liège prononce l'arrêt suivant:

Attendu que les faits sont les suivants:

1. Le 1^{er} novembre 1983, Monsieur et Madame Libens sont victimes, à leur domicile (sis à Engis-Clermont), d'un vol portant notamment sur des valeurs mobilières émises par la SNCI (bons de croissance, bons de caisse multi-rendement et bons de capitalisation). (Jamais, depuis lors, le voleur n'a été retrouvé).

2. Le 2 novembre 1983, Monsieur Libens se rend chez Monsieur de Wergifosse, agent indépendant de la SNCI. Ce dernier - selon ses dires - téléphone au service des oppositions de la SNCI à Bruxelles et communique à son interlocuteur - dont il ne se rappelle pas le nom - la liste des titres volés. Monsieur de Wergifosse annonce la confirmation écrite de sa communication téléphonique. Selon les conclusions non contestées du conseil de la SNCI, cette confirmation sera effectivement reçue par la SNCI le 4 novembre 1983.

3. Le 2 novembre 1983, vers 16h30, une personne se présente chez Monsieur Drogne, agent de change à Bruxelles, pour y négocier des valeurs mobilières de la SNCI à concurrence de 850.000 F. L'employé qui le reçoit, Monsieur Verhumst, - selon ses dires - se méfiant de ce client qu'il ne connaît pas et vu l'importance de la somme en jeu, convainc ce dernier de revenir le lendemain pour réaliser l'opération.

4. Le 3 novembre 1983, à la première heure, Monsieur Verhumst - selon ses dires toujours confirmés le 8 septembre 1988 lors de l'enquête autorisée par le premier juge à la demande des époux Libens-Duvivier - téléphone au service des oppositions de la SNCI, afin de s'assurer que les titres qui lui ont été présentés la veille ne sont pas frappés d'opposition. Il lui est répondu par la négative.

5. Selon les conclusions du conseil de Monsieur et Madame Libens, lorsque le client inconnu se présente à nouveau au bureau de l'agent de change Drogne, il reçoit la somme de 1.085.806 F, soit 850.000 F de titres et 235.806 F de coupons.

Selon les conclusions du conseil de la SNCI, la négociation des valeurs se déroule plutôt de la manière suivante: le 3 novembre 1983, le bureau de l'agent de change remet au nouveau client un acompte de 400.000 F; le 4 novembre 1983, le nouveau client reçoit le solde des titres et le 8 novembre 1983, il encaisse la valeur des coupons qu'il avait présentés, soit 235.806 F.

6. Le 8 novembre 1983, à la requête de Monsieur et Madame Libens, un huissier de justice signifie à l'Office national des valeurs mobilières leur opposition à la négociation des valeurs litigieuses.

7. Le 9 novembre 1983, la copie de l'exploit d'opposition parvient à la SNCI.

8. Le 10 novembre 1983, l'opposition paraît au Bulletin des Oppositions.

Attendu que *l'objet et le fondement de la demande originelle* sont les suivants:

Monsieur et Madame Libens demandent à la SNCI de les indemniser de la perte de 1.085.806 F.

Ils estiment que le dommage qu'ils ont subi provient de la faute de ses services, faute ayant consisté à n'avoir pas tenu compte de la communication téléphonique du 2 novembre 1983, alors que, selon eux, elle cadrerait avec ce qui est devenu un usage: le service officieux des oppositions-titres organisé par les organismes bancaires en vue de remédier aux défauts du système de la loi de 1921 (voir leurs conclusions additionnelles du 18 octobre 1991, p. 2-3).

Attendu que *la défense originelle et son fondement* sont les suivants:

La SNCI refuse d'indemniser Monsieur et Madame Libens.

Elle dit s'être conformée strictement aux obligations qui lui sont imposées par la loi du 24 juillet 1921. Elle conteste l'existence de l'usage prétendu et, de toute manière, ne s'estime pas tenue de respecter un usage qui, selon elle, va à l'encontre d'une loi dont, avec une doctrine autorisée, elle souligne le caractère impératif. Enfin, elle paraît mettre en doute la communication téléphonique du 2 novembre 1983, dans la mesure où elle souligne que c'est aux dires de son agent indépendant, Monsieur de Wergifosse, qu'elle a eu lieu, (voir ses conclusions du 16 avril 1991, p. 2 à 4).

(...)

Attendu qu'il a toujours été admis que le juge n'est pas censé connaître les usages professionnels, en sorte que, lorsque la connaissance de certains d'entre eux - sur l'existence et le contenu desquels les parties à un litige ne sont pas d'accord - est indispensable pour trancher ledit litige, il peut en appeler au témoignage de personnes susceptibles de les connaître, en sollicitant d'elles ce qu'en matière commerciale on appelle un parère (cf. De Page, t. I, 3^e éd., n° 187, plus spécialement litt. D, p. 284).

(...)

Après réouverture des débats, la Cour prononce le 2 mars 1993 l'arrêt suivant:

Attendu que l'appelante ne conteste pas qu'elle a mis sur pied un service officieux des oppositions;

Attendu qu'elle soutient toutefois que ce système est organisé de la manière suivante: la personne dépossédée de ses titres doit faire parvenir par écrit (et non pas seulement par téléphone) la liste des titres volés avec leur numéro; un agent de change appelé à négocier des titres peut téléphoner à la SNCI pour vérifier si une procédure d'opposition n'est pas en cours;

Attendu que pour connaître la configuration exacte du système des oppositions officieuses en usage à la SNCI, il échet de solliciter un parère de personnes susceptibles de connaître cet usage; qu'à cette fin, les intimés ont cité les noms des deux agents de change et d'un notaire; qu'il apparaît cependant préférable à la Cour de demander ce parère à la Société de la Bourse des valeurs mobilières de Bruxelles comme indiqué au dispositif ci-après (art. 962 *in fine* du Code judiciaire).

(...)

La Cour,

Reçoit l'appel;

Avant dire droit, ordonne la réouverture des débats;

(...)

Invite le président de la bourse des valeurs mobilières de Bruxelles, Monsieur Dominique Valschaerts (Palais de la Bourse, 1000 Bruxelles), ou toute personne déléguée à ce, par lui, à nous communiquer un parère relatif à l'existence à la SNCI, du système d'oppositions officieuses qui pallierait, en cas de perte ou de vol des titres émis par elle, les lacunes de la loi du 24 juillet 1921, et de décrire en quoi il consiste et comment il fonctionne;

(...)

Des 8 décembre 1992 et 2 mars 1993 – Liège (11^e chambre).

Siég.: Mme Cl. Margrève, Président.

Plaid.: Mes Bours et Philippart de Foy.

Observations

Les décisions rendues par la Cour d'Appel de Liège (n° 21) sont intéressantes dans la mesure où la sollicitation judiciaire d'un parère est exceptionnelle.

Les usages généralement reconnus par tous appartiennent aux connaissances du juge dans l'exercice de ses fonctions et ne doivent, dès lors, pas être prouvés.¹

S'il est de principe que le juge ne peut tenir les faits pour avérés que pour autant qu'ils ont été établis devant lui, selon les règles et les formes prescrites par la loi, il ne saurait lui être interdit, en matière de commerce, de constater un usage pour en faire le fondement de sa décision. Le juge peut faire état de ses connaissances pour appliquer un usage.²

Mais on ne peut exiger du juge qu'il connaisse avec exactitude tous les usages et particulièrement les usages professionnels bancaires ou qu'il sache dans quelle mesure la règle invoquée relève d'un usage, d'une pratique isolée ou constante, d'une déontologie ou d'une tradition.

La preuve de l'usage, lorsqu'elle s'impose, porte sur l'existence de celui-ci, son caractère public, constant – c'est-à-dire uniforme et invariable, "établi par une longue série de faits notoires et pertinents, ne se contredisant pas entre eux et admis par le public sans contestation sérieuse"³ – et sur son caractère général – c'est-à-dire suivi unanimement (ou par la quasi-unanimité) des individus d'un milieu socio-professionnel ou géographique concerné, et non par "la plupart d'entre eux seulement".⁴

Une fois l'usage établi, il ne doit pas 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 de l'application combinée des articles 1135 et 1160 du Code civil.

"Ces textes de loi sont fondés sur le principe que l'acquiescement des parties contractantes, sans lequel il n'existe pas de stipulation résultant valablement d'une convention, porte sur l'engagement que les parties ont expressément déclaré vouloir prendre et aussi sur ce qui est d'usage en cette matière. En admettant qu'il soit constant que les parties ne pouvaient ignorer cet usage, la loi en déduit qu'en n'excluant pas cet usage de leur convention, les parties ont entendu conformer lesdites conventions à cet usage".⁵

Il en va autrement des pratiques bancaires. La pratique est une simple habitude d'un banquier en particulier, dépourvue de tout effet juridique alors que les usages désignent les "pratiques en général locales ou professionnelles habituellement suivies et qu'on sous-entend dans les actes juridiques, pour interpréter ou compléter la volonté des parties ou celle de l'auteur de l'acte".⁶

Les usages constituent une source autonome et complémentaire d'obligations, trouvant leur force obligatoire dans les articles 1135 et 1160 du Code civil.

Les pratiques ne sont pas source de droit autonome, sauf dans la mesure où les parties en ont convenu expressément, par l'application de l'article 1134 Code civil.

Ceci suppose dès lors qu'il soit démontré que les parties ont connu ou dû connaître cette pratique et l'ont acceptée de manière expresse ou tacite.

Celui qui invoque l'usage doit en prouver l'existence, si celle-ci est contestée par la partie à laquelle l'usage est opposé.

Le juge peut aussi imposer à l'une des parties de démontrer l'usage invoqué. "Il n'est pas interdit au tribunal d'estimer, en dépit de l'absence d'une offre précise (de preuve), que l'affirmation de la demanderesse (relative à l'existence d'un usage pourtant contesté) implique sa volonté d'établir l'usage allégué".⁷

L'existence et le contenu d'un usage peuvent être démontrés par toute voie de droit: par témoins, par production de recueil contenant la codification de l'usage, par référence à des décisions de jurisprudence, de la doctrine, l'avis de spécialistes ou d'experts ...

Toutefois, l'usage se prouve normalement par le parère ou par des attestations écrites délivrées par des commerçants notables.⁸

Le tribunal peut décider qui sont les "bons" commerçants susceptibles d'établir un parère et de le convaincre.⁹

⁵ Cass., 29 mars 1976, *Pas.*, 1976, I, p. 833.

⁶ Van Ryn, J., Heenen, J., *Principes de droit commercial*, t. 1, 2^e édition, p. 35, n° 21, 7°; sur la distinction entre pratique et usage, cons. Willems, A., Buyle, J.P., "Les usages en droit bancaire", *DAOR*, 1990/17, p. 73.

⁷ Comm. Bruxelles, 25 février 1966, *J.C.B.*, 1966, p. 162.

⁸ Comm. Bruxelles, 28 juin 1949, *J.C.B.*, 1953, p. 372.

⁹ Comm. Bruxelles, 25 février 1966, *J.C.B.*, 1966, p. 162. En cette espèce, le tribunal avait souhaité que le parère soit établi par des membres de la Commission de la Bourse de Bruxelles pour démontrer l'existence ou non d'un usage relatif au devoir d'information en matière de droit de souscription pour des titres déposés chez un intermédiaire financier, à titre gratuit.

¹ Cass., 11 mars 1983, *Pas.*, 1983, I, p. 766.

² Cass. fr., 22 décembre 1902, *D.S.*, 1903, p. 149.

³ Liège, 1^{er} décembre 1897, *Pas.*, 1898, II, p. 39.

⁴ Cass., 29 mai 1947, *Pas.*, 1947, I, p. 217.

En l'espèce commentée, on se demande toutefois si la Cour n'a pas confondu les notions d'usage et de pratique bancaire. Il est aussi permis de se demander dans quelle mesure le président de la Bourse des Valeurs Mobilières de Bruxelles, invité à produire le parère, a les compétences voulues pour déterminer avec précision le contenu d'un prétendu usage auprès d'un banquier déterminé.