

BANQUE & FINANCE

LETTRE TRIMESTRIELLE
D'INFORMATIONS JURIDIQUES

Editorial

Simplifier la réglementation financière grâce à l'IA

Les Etats-Unis innovent, la Chine manufacture, l'UE régule. En matière financière, Bruxelles surréglemente. Les directives et les règlements nous étouffent : MIFID, DORA, RGPD, LCB/FT, AML, PSD, CRR, CRD, MiCA...

La production normative massive a entraîné une inflation et une complexification sans précédent. Plus personne ne peut plus suivre la réglementation dans son intégralité. C'est une véritable source d'insécurité juridique. C'est un coût élevé pour les acteurs. La non-maîtrise du risque juridique est devenue un risque en soi. Cette surréglementation porte aussi atteinte à la compétitivité de l'Union à l'échelle mondiale.

Le 10 février 2025, un groupe d'experts issus de différents Etats membres dont la Belgique a publié un rapport recommandant à nos autorités de simplifier les lois en matière bancaire et financier. Simplifier n'est ni déré-

glementer, ni faire une pause réglementaire. La solution passe sans doute par une codification réalisée à l'aide de l'IA.

Je vous recommande de lire ce [rapport](#). C'est une formidable boîte à outils pour nos institutions et les professionnels de la finance. Les textes de niveau 1 (directives et règlements) doivent être moins nombreux. Il faut avoir une stratégie de simplification et de prioritarisation. A quoi est-on prêt à renoncer ?

Les textes de niveau 2 (actes délégués ou d'exécution) et de niveau 3 (soft law des Esas) doivent être limités, ou mieux encadrés et plus contrôlés.

Il en faut pas aller au-delà de ce qui est strictement nécessaire au vu seulement de ce qui est adopté au niveau international : « [Less is More](#) »

Jean-Pierre BUYLE

SOMMAIRE

Blanchiment : une erreur relativement grave est-elle une infraction ?	02	Quelques précisions sur l'exemption de responsabilité du prestataire de paiement	15
Une prévision de cours d'action peut-elle être consitutive d'une faute lourde ?	05	Pour constituer un vice de consentement, l'erreur doit est entrée dans le champ contractuel	19
Une escroquerie est-elle nécessairement une opération de blanchiment ?	09	Les quatre conditions de l'action paulienne	21
Appartient-il a la banque d'apprécier le bien-fondé des crédits enregistrés sur le compte de ses clients ?	13		

BLANCHIMENT : UNE ERREUR RELATIVEMENT GRAVE EST-ELLE UNE INFRACTION ?

Un client d'une banque s'était vu désigné un administrateur provisoire qui, dans le cadre de sa mission, constata que le client était titulaire de deux coffres dont il demanda l'ouverture en présence d'une employée de banque.

Selon l'inventaire établi par l'administrateur provisoire, le coffre contenait une somme de 1.070.295 euros en petites coupures.

Quelques mois plus tard, l'administrateur provisoire mentionna dans son rapport, après avoir constaté le contenu du coffre, que « La banque refuse tout dépôt sur un compte sans connaître l'origine de cette somme. Or, je n'ai aucun élément à cet égard ».

Les enfants interrogés par l'administrateur provisoire déclarèrent ne pas connaître l'origine de cette somme qui restera dans le coffre jusqu'au décès de leur père.

Le notaire chargé des opérations de succession fut informé du contenu du coffre et adressa aussitôt une déclaration de soupçon à la CTIF. La somme fut saisie et déposée sur un compte de l'OCSC.

Le procureur du Roi reprocha à la banque où le coffre avait été loué d'avoir entre le moment de l'inventaire de l'administrateur provisoire et celui de la saisie des fonds dissimulé des fonds alors qu'elle connaissait ou devait connaître l'origine illicite de ces fonds.

Le procureur rappelait que de façon constante, la Cour de cassation considère que les sommes d'argent transformées/investies dont il ne ressort d'aucune circonstance

de la cause (appréciation en fait) qu'elles puissent être le fruit d'activités légales constituent bien des avantages patrimoniaux d'origine illicite dont le réinvestissement, la transformation, constituent autant d'opérations de blanchiment.

Ainsi, pour la Cour de cassation « il suffit pour qu'il y ait déclaration de culpabilité et condamnation de l'auteur d'infractions de blanchiment au sens de l'article 505, alinéa 1er, 2°, 3° et 4° du Code pénal, que la provenance ou l'origine illicite des choses visées à l'article 42, 3°, du Code pénal et la connaissance qu'il en avait, soient établies, sans qu'il soit requis que le juge pénal connaisse l'infraction précise, pour autant que, sur la base des données de fait, le juge puisse exclure toute provenance ou origine légale

Lorsque la loi ne prescrit aucun moyen de preuve particu-

“L'origine illicite des choses peut également être déduite de la circonstance qu'il ne ressort d'aucune donnée crédible que cette origine peut être légale “

lier de la provenance ou de l'origine illicite des choses visées à l'article 505, alinéa 1er, 2°, 3° et 4° du Code pénal, le juge répressif apprécie souverainement la valeur probante des éléments qui lui ont été régulièrement soumis et que les parties ont pu contredire. L'origine illi-



cite des choses peut également être déduite de la circonstance qu'il ne ressort d'aucune donnée crédible que cette origine peut être légale ».

Le procureur requérait la confiscation obligatoire de la somme d'argent.

L' article 505, al. 6 et 7 du Code pénal dispose en effet que les choses constituent l'objet de l'infraction et seront confisquées, dans le chef de chacun des auteurs, coauteurs ou complices de ces infractions, même si la propriété n'en appartient pas au condamné, sans que cette peine puisse cependant porter préjudice aux droits des tiers sur les biens susceptibles de faire l'objet de la confiscation.

Le procureur rappelait que la présomption d'innocence ou le droit de propriété, ne fait obstacle par principe à la possibilité de confisquer des biens, y compris à charge de tiers, lorsqu'il est suffisamment vraisemblable, même en

“la présomption d'innocence ou le droit de propriété, ne fait obstacle par principe à la possibilité de confisquer des biens, y compris à charge de tiers, lorsqu'il est suffisamment vraisemblable que leur origine est illégale et que lesdits tiers ne peuvent, au moment de la confiscation, l'ignorer”

l'absence de toute déclaration de culpabilité, que leur origine est illégale et que lesdits tiers ne peuvent, au moment de la confiscation, l'ignorer, pour autant que cette mesure soit ordonnée à l'issue d'une procédure garantissant le respect des droits de la défense de ces personnes, auxquelles il est par ailleurs admis de prévoir qu'il incombe d'établir la provenance licite des avoirs dont

elles revendiquent la restitution.

Selon le procureur, ni l'enquête ni la contradiction des enfants du propriétaire du coffre entretemps décédé n'ont pu rendre vraisemblable l'origine légale de ladite somme d'argent saisie.

Il rappela que toute restitution de ladite somme aux enfants serait constitutive dans leur chef de la commission d'une infraction de blanchiment et est partant contraire à l'ordre public, la seule détention d'une chose dont l'origine illégale est connue de son détenteur est constitutif d'une infraction de blanchiment.

La banque était poursuivie du chef de deux préventions :

- Une infraction à l'article 505, alinéa 1er 2° du Code pénal pour avoir « possédé, gardé ou géré une somme d'argent d'un montant total de 1.070.345 euros » ;

- Une infraction à l'article 505, alinéa 1er 4° pour avoir « dissimulé ou déguisé la nature, l'origine, l'emplacement, la disposition, le mouvement ou la propriété des choses visées à l'article 42 3° du Code pénal, en l'occurrence les avantages patrimoniaux tirés directement de l'infraction, des biens et valeurs qui leur ont été substitués, et des revenus de ces avantages investis alors qu'elle connaissait ou devait connaître l'origine de ces choses au début de ces opérations, en l'espèce une somme d'argent d'un montant total de 1.070.345 euros. »

Il apparaissait du dossier que les sommes avaient été retirées en espèces au Luxembourg pour être déposées dans un coffre en Belgique. Il n'y avait eu aucune déclaration quant au retrait et au dépôt de ces sommes auprès des autorités fiscales belges.

Le client n'avait pas travaillé au Grand-Duché de Luxembourg, ce qui aurait permis de justifier qu'il y disposait de

comptes en banque. Il avait donc indubitablement selon le tribunal veillé à ce que le transfert se produise en toute discrétion, ce qui pourrait laisser supposer que ces sommes avaient une origine illicite.

Le tribunal déplorait que la banque n'ait, après l'ouverture du coffre en présence de l'administrateur provisoire, entrepris aucune démarche alors que, au regard de l'importance des montants en espèces déposés dans le coffre, quelques vérifications élémentaires auraient pu, voire dû conduire à une déclaration de soupçons à la CTIF sur la base des articles 47 et suivants de la loi du 18 septembre 2017 relative à la prévention du blanchiment des capitaux et du financement du terrorisme et à la limitation de l'utilisation des espèces.

Une telle démarche aurait pu aboutir, dans le cadre d'une information, à divers devoirs parmi lesquels l'audition de la personne directement concernée alors qu'il était encore en vie et la confrontation de ce dernier avec les devoirs éventuellement réalisés.

Le tribunal releva que le client s'était vu poursuivi du chef de corruption passive dans le cadre de sa qualité de contrôleur au sein du Ministère des Finances. L'action fut toutefois déclarée prescrite. Ceci dit, l'accomplissement des divers devoirs d'enquête et les documents déposés par le fils du client ne permettaient a priori pas de reconstituer l'ampleur des sommes qui ont été déposées.

Cette somme pouvait-elle refléter l'actif provenant des investissements accomplis à la suite de l'héritage des parents du client, la vente des biens à la suite de sa séparation et des économies réalisées durant sa carrière ?

Selon le tribunal, cette interrogation aurait peut-être pu être levée si, dans le cadre de la DEE luxembourgeoise, une enquête avait été menée en amont afin de connaître

la provenance de la somme, si nécessaire en remontant aux mouvements bancaires à partir de l'ouverture du compte en 1981.

Il ne peut donc, en l'absence de l'accomplissement de tels devoirs, être totalement exclu que la somme ait une origine licite, même si le dépôt de telles sommes aurait inévitablement dû faire l'objet d'une déclaration auprès des autorités fiscales belges, constat qui est renforcé par les circonstances dans lesquelles elles ont été retirées sur les comptes luxembourgeois et déposées, en toute discrétion dans un coffre belge.

La banque avait certainement commis une erreur, relativement grave, en ne procédant à aucune démarche après avoir eu connaissance du contenu du coffre. En revanche, pour les raisons ci-avant énoncées, la banque devait selon le tribunal être acquittée des préventions à sa charge.

“Le tribunal déplorait que la banque n'ait entrepris aucune démarche alors que quelques vérifications élémentaires auraient pu, voire dû conduire à une déclaration de soupçons à la CTIF”

Un appel a été interjeté.

UNE PREVISION DE COURS D'ACTION PEUT-ELLE ETRE CONSTI- TUTIVE D'UNE FAUTE LOURDE ?

Un investisseur recherchait devant le tribunal de 1ère instance du Brabant Wallon la responsabilité contractuelle de sa banque à laquelle il imputait comme faute, le conseil personnalisé de vendre ses actions Netflix avec un objectif de cours de 80,00 USD par titre, afin de ne pas subir dans l'année un décrochage violent de l'action.

Le client avait suivi ce conseil en vendant la totalité de ses 1.752 titres à un cours moyen de 186,82 USD.

Il est apparu que le cours ne baissa jamais et au contraire s'envola dès les mois suivants pour atteindre 423,31 USD.

“Il était prévu que le private banker procède à l'examen régulier des avoirs du client « afin de lui formuler les conseils adaptés » et qu'il l'avertira s'il estimait qu'une opération à exécuter par la banque n'était pas adéquate pour lui”

Au-delà d'un an, le titre cotera 363,02 USD alors qu'à la date du prononcé de ce jugement, le titre cotait 461,59 USD, en hausse.

Le client avait conclu avec la banque une convention particulière de « consultation en planification

financière » pour l'assister dans la planification successorale qu'il projetait, laquelle impliquait la création de liquidités pour effectuer des donations à ses deux enfants. Lors de l'établissement du « bilan patrimonial », la banque releva notamment la surpondération des titres Netflix (acquis en 2005) à 23,89 % de la valeur du portefeuille et formula le conseil de diversifier les titres en portefeuille.

D'une part, une « convention patrimoniale Private Banking » par laquelle il lui était assigné un « private banker » pour le « conseil en investissement », défini comme « un ensemble de conseils initiés par votre private banker en liaison étroite avec les spécialistes en investissement de la Banque Privée ». Ce service laisse au client la libre disposition de ses avoirs, une totale liberté dans le choix de ses investissements, la banque exécutant ses instructions sous son entière responsabilité.

D'autre part, une « convention patrimoniale Convention particulière de Conseil en Investissement » laissant au client la décision finale, quelque soit l'opération proposée. Le « profil de risque » choisi fut « dynamique » avec une répartition des classes d'actifs en 65 % d'actions, 10 % en obligations, 20 % en placements alternatifs et 5 % en liquidités.

Il était prévu que le private banker procède à l'examen régulier des avoirs du client « afin de lui formuler les conseils adaptés » et qu'il l'avertira s'il estimait qu'une opération à exécuter par la banque n'était pas adéquate pour lui.

En décembre 2017, le private banker répondant manifestement à une demande du client confirma son avis de vendre les actions Netflix avec un cours potentiel de 80 USD.

Le client vendit en deux lots l'ensemble de ses titres Netflix avec une importante plus-value par rapport à leur prix d'acquisition en 2005.

Toutefois, compte tenu de l'évolution du cours, le client saisit le « service de médiation des services financiers Ombudsfin », qui conclut « ne relever aucune faute qui justifierait une intervention de la banque en votre faveur », ce qui entraîna la citation devant le tribunal de 1^{ère} instance.

Le tribunal releva que le principe de cette revente n'était pas litigieux puisque :

- le client entendait dégager des liquidités afin d'effectuer des donations à ses deux grands enfants ;
- la banque estimait que son portefeuille de titres était surpondéré en actions N (23,89 % de la valeur totale) et lui avait donc conseillé d'en revendre ;
- le client entendait suivre ce conseil, sans qu'il ne soit alors arrêté le nombre d'actions et le timing pour y procéder.

Par contre, il releva que l'élément déclencheur des opérations de vente inappropriées devait manifestement être trouvé dans la communication personnalisée et répétée de la banque à son client qui par deux fois et après demande de confirmation de ce dernier, lui indiqua un cours potentiel de 80 USD.

La banque contestait avoir donné un conseil personnalisé. Selon elle, son intervention s'était limitée à relayer un avis général auprès de toute sa clientèle, le dit avis émanant de son sous-traitant pour

les actions nord-américaines, une entreprise américaine de gestion d'actifs, laquelle n'était pas à la cause. La banque contestait toute faute dans son chef et soutenait avoir exécuté son obligation de moyen (et non de résultat) dans un contexte caractérisé par les aléas dérivant de la glorieuse incertitude de la bourse. Enfin, elle contestait l'existence d'un dommage et d'un lien de causalité avec une faute.

Le tribunal releva que les parties avaient conclu deux contrats portant sur la délivrance de conseils personnalisés par un conseiller particulier et spécialisé en matière de gestion d'actifs financiers, la banque utilisant indifféremment les termes de conseil, avis ou recommandation pour qualifier ses prestations, alors que ces termes sont des synonymes dans le langage courant.

Le tribunal se référa l'article VI.37 du Code de droit économique qui précise que « lorsque toutes ou

“lorsque les clauses du contrat sont écrites, ces clauses doivent être rédigées de manière claire et compréhensible. En cas de doute sur le sens d'une clause, l'interprétation la plus favorable au consommateur prévaut.”

certaines clauses du contrat sont écrites, ces clauses doivent être rédigées de manière claire et compréhensible. En cas de doute sur le sens d'une clause, l'interprétation la plus favorable au consommateur prévaut.

Cette règle d'interprétation est dérogatoire et supplante celles du droit commun.

A supposer l'existence d'un doute, le juge doit donc s'efforcer, à partir des termes du contrat et des circonstances qui entourent la conclusion et l'exécution de celui-ci, de dégager non pas une interprétation favorable au consommateur, mais celle qui lui est la plus favorable.

Cette règle d'interprétation poursuit l'objectif d'immédiatement sanctionner le manque de clarté ou le caractère incompréhensible du texte, ou encore le défaut d'information préalable du consommateur.

En l'espèce, tenu par l'interprétation la plus favorable au consommateur, le tribunal dit pour droit que toutes les communications faites par la banque à

“ le conseiller en placement engage sa responsabilité contractuelle lorsque, sans se couvrir par des analyses prospectives confirmant les siennes et être en capacité de les produire en cas de litige, il délivre à son client un conseil manifestement paradoxal ”

son client et relatives à la vente de ses titres Netflix constituent bien des conseils personnalisés visés par les conventions du 5 décembre 2016.

Il n'était pas contesté que le cours de la bourse d'une action présente des aspects aléatoires, mais pas uniquement, sous peine de priver d'objet les con-

ventions rémunérées intervenues entre les parties.

Certes, la banque était tenue à une obligation « de moyens », ce qui met à charge du client l'obligation de rapporter la preuve de ce que la banque n'a pas fourni ses best efforts pour le conseiller. La banque faisait valoir qu'elle avait fait précéder son conseil d'une analyse prospective du titre, diligente et minutieuse. Son analyse était confirmée par une firme américaine de référence selon elle de l'évaluation d'actions nord-américaines.

Il apparaissait toutefois pour le tribunal que cette société américaine était en fait le sous-traitant de la banque pour les conseils et évaluations relatives aux actions américaines, de sorte qu'elle ne pouvait être à la fois référent et partie. Dans la mesure où cette société était un gestionnaire d'actifs établi à Chicago et à l'échelle mondiale, il s'agissait plutôt en réalité d'un concurrent de la banque.

L'analyse prospective fournie par ces deux établissements n'était pas partagée par les analystes classiques dont le consensus était favorable au titre et à la société Netflix.

Selon le tribunal, le conseiller en placement engage sa responsabilité contractuelle lorsque, sans se couvrir par des analyses prospectives confirmant les siennes et être en capacité de les produire en cas de litige, il délivre à son client un conseil manifestement paradoxal pour être contraire au consensus des analystes sur une prévision de cours d'actions, au seul motif que son sous-traitant américain le recommande.

Toutefois en l'espèce, les conventions liant les parties limitaient la responsabilité de la banque aux cas de faute lourde ou de dol.

Le tribunal rappela que la faute lourde n'était pas définie par la loi et il n'existait pas de consensus en jurisprudence et en doctrine, si ce n'est pour laisser au juge du fond l'appréciation du caractère grave de la faute.

Le tribunal estima que le comportement de la banque était constitutif d'une faute lourde.

Quant au dommage, le tribunal rappela que celui-ci englobe tant la perte subie (*damnum emergens*) que le manque à gagner (*lucrum cessans*).

Le créancier est en effet privé de tout ce qu'il a presté (sa propre contrepartie) ou effectué en vue du contrat (frais, démarches, préparations, etc). Il est aussi privé des avantages, du bénéfice que lui aurait procuré l'exécution du contrat. Enfin, le préjudice moral dont l'atteinte à la réputation commerciale fait également partie du dommage indemnisable.

A ce titre, le client demandait à titre principal la condamnation de la banque à lui remettre 1.750 actions Netflix (soit au cours du jour du prononcé de ce jugement sous déduction de la somme perçue lors de la vente de ses titres soit un montant de 399.072,5 USD).

Toutefois, le tribunal estima que ce mode d'évaluation du préjudice n'était absolument pas justifié.

En réalité, le client a certainement perdu la chance de vendre ses titres à un prix plus favorable et que cette vente était programmée, de sorte que ladite chance était réelle.

La perte d'une chance s'entend comme le dommage constitué par « la perte certaine d'un avantage probable ».

Dans la réalité des faits de la cause, le tribunal estima que tel est bien le cas en l'espèce, les chances perdues étant réelles, sérieuses et raisonnables, et que, sans la faute de la banque, le dommage ne se serait pas réalisé tel qu'il s'est produit in concreto.

S'agissant du quantum du dommage subi en l'espèce, le tribunal recourra à son évaluation *ex aequo et bono*, dès lors que les éléments d'une évaluation concrète n'étaient pas disponibles à suffisance de droit et le fixa à 30.000,00 USD.

“Le tribunal rappela que la faute lourde n'était pas définie par la loi et il n'existait pas de consensus en jurisprudence et en doctrine, si ce n'est pour laisser au juge du fond l'appréciation du caractère grave de la faute”

Un appel a été interjeté à l'encontre de ce jugement.

UNE ESCROQUERIE EST-ELLE NÉCESSAIREMENT UNE OPÉRATION DE BLANCHIMENT DE CAPITAUX ?

Une société avait été victime d'une fraude au président, laquelle peut se décrire comme une fraude dans laquelle le fraudeur se fait passer pour le CEO de l'entreprise, ou une autre personne haut placée dans la hiérarchie, auprès d'un subalterne habilité à effectuer des paiements pour l'inciter à exécuter une opération souvent présentée comme « critique » pour l'entreprise et devant rester secrète. Le fraudeur aura préalablement piraté l'adresse email du CEO, ou il aura créé une autre adresse électronique proche de celle du CEO. Le succès de cette fraude repose sur une collecte minutieuse d'informations sur l'entreprise, permettant au fraudeur de savoir quelle personne viser en

“le prestataire de services de paiement échappe à sa responsabilité en cas d'ordre de paiement exécuté conformément à l'identifiant unique communiqué par l'utilisateur de services de paiement. Si l'identifiant unique fourni par ce dernier est inexact, le prestataire de services de paiement n'est pas responsable de l'inexécution ”

son sein, et d'endormir la méfiance de la victime en lui donnant des détails très crédibles, tels que les déplacements du CEO dont il usurpe l'identité, les procédures internes ou les projets en cours. Grâce à des techniques de persuasion bien rodées, souvent renforcées par l'urgence artificiellement créée de l'opération à réaliser, le fraudeur fait exécuter le

paiement par la victime elle-même.

La société mettait en cause la responsabilité contractuelle de sa banque pour avoir manqué à son devoir de vigilance. A son estime, sans les fautes de la banque, les paiements n'auraient jamais été exécutés de sorte que le lien causal entre les fautes et le dommage qui en a résulté – à savoir la perte de 847.000,00 € était établi.

La banque contestait quant à elle toute responsabilité et rejetait la faute sur sa cliente.

Le Code de droit économique (CDE) décrit le régime de responsabilité du prestataire de services de paiement, en cas d'opérations de paiement, par virement notamment, en introduisant une distinction entre les opérations autorisées et celles qui ne le sont pas.

Il n'est pas discuté en l'espèce qu'il s'agit d'opérations autorisées. Les ordres de paiement avaient en effet été initiés par la société, laquelle avait consenti à l'opération.

Le CDE institue une absence de responsabilité dans le chef du prestataire de services de paiement lorsque la banque a exécuté un ordre de paiement introduit par son client conformément à l'identifiant unique. En d'autres termes, le prestataire de services de paiement échappe à sa responsabilité en cas d'ordre de paiement exécuté conformément à l'identifiant unique communiqué par l'utilisateur de services de paiement. Si l'identifiant unique fourni par ce dernier est inexact, le prestataire de services

de paiement n'est pas responsable de l'inexécution ou de la mauvaise exécution de l'opération.

La question se pose donc de savoir si cette nouvelle disposition constitue un allègement par rapport aux obligations qui s'imposent aux banques en vertu du droit commun, et qui impliquent notamment que celles-ci doivent vérifier la concordance entre le numéro de compte et l'identité du bénéficiaire, sous peine de commettre une faute. Sur cette dernière obligation, en particulier, cela semble être le cas. Le droit commun s'applique toutefois pour le surplus de manière complémentaire, comme le confirme l'exposé des motifs : remarquons que les dispositions de cet article ne portent pas préjudice au contrôle de la cohérence d'un identifiant unique, de la falsification d'un ordre de paiement, etc. effectué sur base du devoir complémentaire général de diligence du prestataire de services de paiement professionnel, conformément au droit commun.

Parmi les principes de droit commun, l'on retrouve le devoir de vigilance du banquier qui peut se décrire comme une obligation de déceler les irrégularités et anomalies évidentes. Lorsqu'il constate une telle anomalie ou irrégularité, le banquier doit, selon les circonstances, refuser d'accomplir l'opération, mettre le client en garde ou proposer à celui-ci une solution plus appropriée. La limite de l'obligation de vigilance qui pèse sur le banquier réside dans l'interdiction qui lui est faite, par ailleurs, de s'immiscer dans les affaires du client. Ce principe de non-ingérence, ou non-immixtion est généralement compris comme signifiant que le banquier n'est pas obligé d'intervenir pour empêcher son client d'accomplir un acte irrégulier, inopportun ou dangereux et qu'il n'est pas en droit de refuser l'exécution instruc-

tions du client au motif qu'elles ne lui paraissent pas judicieuses. Il s'exprime également par l'idée que le banquier n'a pas à se substituer à son client dans la conduite de ses affaires.

Encore faut-il, pour que ce devoir soit conciliable avec le principe de non-immixtion du banquier dans les affaires de son client qu'il s'agisse d'une opération présentant une anomalie matérielle apparente en fonction des règles ou pratiques propres à l'opération en question ou d'une anomalie évidente qui crève les yeux se traduisant dans les comptes et qui serait l'indice d'opérations frauduleuses ou irrégulières. Il est en effet matériellement impossible pour le banquier d'examiner chaque opération en compte de chaque client pour déterminer si cette opération présente ou non une anomalie.

Au vu de ces considérations, le tribunal qui eût à connaître du litige estima qu'il convenait d'examiner

“Il est en effet matériellement impossible pour le banquier d'examiner chaque opération en compte de chaque client pour déterminer si cette opération présente ou non une anomalie”

le comportement de la banque au regard de son devoir de vigilance qui lui imposait de surseoir à l'exécution d'opérations présentant des anomalies apparentes et évidentes, dans l'attente d'une confir-

mation de la part des clients concernés.

En revanche, contrairement à ce que soutenait la société, il n'y avait pas lieu selon le tribunal d'apprécier le comportement de la banque à l'aune des obligations réglementaires en matière de prévention du blanchiment, plus précisément celles issues de la loi du 11 janvier 1993 relative à la prévention de l'utilisation du système financier aux fins de blanchiment de capitaux et du financement du terrorisme.

Cette loi impose aux banques une vigilance destinée à détecter les opérations susceptibles d'être liées au blanchiment de capitaux ou au financement du terrorisme.

La société affirmait que le transfert de fonds dans le cadre d'une fraude au président constitue une es-

“ A l'évidence, toute escroquerie impliquant un transfert de fonds n'est pas nécessairement une opération de blanchiment de capitaux, particulièrement dans le chef du titulaire du compte à partir duquel les fonds sont transférés. ”

croquerie et donc en soi une opération de blanchiment de capitaux.

Pour le tribunal, la seule circonstance qu'une société soit victime d'une escroquerie ayant eu pour effet des transferts de fonds ne signifie pas pour autant que l'on doive retenir l'existence d'une opération

répondant à la notion de blanchiment de capitaux. A l'évidence, toute escroquerie impliquant un transfert de fonds n'est pas nécessairement une opération de blanchiment de capitaux, particulièrement dans le chef du titulaire du compte à partir duquel les fonds sont transférés.

Le tribunal se rallie en outre à la jurisprudence de la Cour d'appel de Bruxelles qui a considéré que la méconnaissance par l'intimée de l'article 4 de la loi qui vise à combattre le blanchiment de capitaux et qui n'a donc nullement pour objet de renforcer la protection des intérêts particuliers de titulaires de carnets de chèques, ne peut, à l'égard du titulaire d'un carnet de chèques victime d'un vol ou d'un emploi abusif de ses formules de chèques, être qualifiée de faute lourde au sens de l'article 35 bis de la loi uniforme sur le chèque du 1er mars 1961.

L'application de la loi ne pouvait être revendiquée par un particulier. Le devoir de vigilance particulier consacré par la réglementation préventive du blanchiment avait un objectif d'intérêt général, à savoir la prévention de toute contamination du système financier et non la protection d'intérêts privés particuliers, par exemple, détecter si l'opération de paiement initiée par le client n'est pas le résultat d'une tentative de fraude dont il serait victime. Il a donc une tout autre portée que le devoir général de vigilance évoqué ci-dessus, dont il n'est ni un appendice ni un prolongement.

La banque aurait toutefois dû détecter le caractère anormal des opérations puisqu'il s'agissait de quatre opérations aux montants inhabituellement élevés réalisées dans un laps de temps relativement court au profit de quatre bénéficiaires différents qui ne faisaient pas partie des relations d'affaires habituelles de la société et qui étaient situés



dans divers pays avec lesquels la société n'avait pas pour habitude de commercer.

Le caractère anormal des opérations aurait nécessairement dû être détecté par la banque si celle-ci avait exercé son devoir de vigilance et ce, d'autant plus que :

- la réalisation des virements s'est accompagnée de l'envoi d'e-mails et de contacts téléphoniques entre la banque et la comptable de la société, laquelle avait confirmé pour chacune des opérations avoir elle-même effectué les virements. Or, la banque savait ou devait savoir qu'elle n'avait pas les pouvoirs pour ce faire, ce qui devait nécessairement attirer son attention (indépendamment du fait que les opérations sont des opérations autorisées au sens du CDE). Son devoir de vigilance aurait nécessité qu'elle prenne contact non pas avec la comptable mais avec le CEO de la société, seul mandataire du compte.

- pour chacune des opérations, la comptable avait sollicité une confirmation urgente de la réalisation du paiement ;

- la banque est au fait des techniques de « fraude au président » (notamment dans la brochure éditée par la banque).

Sur la base de ces considérations, le tribunal était d'avis que les opérations litigieuses présentaient une anomalie évidente qui « crève les yeux » qu'aurait dû détecter un banquier en exécution de son devoir de vigilance.

La banque conteste toute faute tenant à la détection d'anomalies intellectuelles qui irait à son estime à

l'encontre de son devoir de non-ingérence. Elle s'en réfère à cet égard à l'arrêt de la Cour d'appel de Bruxelles dont question ci-dessus. Il ne peut être déduit avec évidence selon le tribunal que la Cour ait entendu limiter le devoir de vigilance à la seule détection des anomalies matérielles, précisément au vu des faits soumis à l'appréciation de la Cour. Le critère d'appréciation retenu par celle-ci semble être celui du caractère évident (qui crève les yeux) de l'anomalie sans qu'il faille limiter celui-ci aux seules anomalies matérielles.

Mais le comportement de la société n'était pas exempt de toute critique.

Elle avait en effet autorisé la comptable à utiliser la carte personnelle et le code confidentiel de son CEO lui permettant de réaliser des opérations à partir de son compte sans aucune limite. En aucun cas, la mise en place d'une délégation interne (invoquée par la société) ne justifiait l'utilisation de

“Le critère d'appréciation retenu par celle-ci semble être celui du caractère évident (qui crève les yeux) de l'anomalie sans qu'il faille limiter celui-ci aux seules anomalies matérielles.”

moyens de paiement personnels sans contrôle et sans limite, à tout le moins à l'égard de la banque. Selon le tribunal, c'était précisément parce que le CEO avait mis à disposition de la comptable sa

carte et son code confidentiel que le dommage a pu se produire.

La société n'avait de surcroît exercé aucune surveillance sur les tâches accomplies par la comptable, ni vérifié ses extraits de compte.

Tant la banque que la société avaient donc commis des fautes sans lesquelles le dommage ne serait pas produit tel qu'il s'est produit selon le tribunal.

La Cour de cassation précise les contours du partage des responsabilités : lorsque le dommage a été causé par des fautes concurrentes, dont celle de la victime, l'auteur du dommage ne peut être condamné envers la victime à la réparation intégrale ; il appartient au juge d'apprécier dans quelle mesure la faute de chacun a contribué à causer le dommage et de déterminer, sur ce fondement, la part de dommages et intérêts due par

l'auteur à la victime.

Si certes la banque avait commis des fautes en ne détectant pas les anomalies évidentes pointées ci-dessus, ce qui a permis la réalisation de l'ensemble des opérations, la principale cause du dommage réside dans la négligence de la société, laquelle ne peut toutefois pas être assimilée à la cause exclusive du dommage. En effet, si la société n'avait pas été négligente, la comptable n'aurait pas eu accès à ses comptes et n'aurait pas été en mesure de procéder aux paiements ; la société aurait pu par ailleurs détecter les deux opérations réalisées en juillet 2015 et éviter que la troisième et la quatrième opérations ne soient réalisées.

Sur la base de ces constatations, le tribunal mit à charge de la banque 10 % du dommage et de dé-

APPARTIENT-IL A LA BANQUE D'APPRÉCIER LE BIEN-FONDÉ DES CRÉDITS ENREGISTRÉS SUR LE COMPTE DE SES CLIENTS ?

Après avoir identifié plusieurs transactions suspectes au départ d'un compte de l'un de ses clients, une banque procéda au gel dudit compte. Elle invoquait des transferts de fonds importants à destination du Lichtenstein et la Slovaquie, alors que son formulaire d'évaluation du risque de blanchiment établi selon les renseignements transmis par le client ne disait rien quant à des transactions transfrontalières au cours des 12 derniers mois.

Invoquant des suspicions de fraude, d'autres banques sollicitèrent la restitution des fonds virés au nom de leurs clients.

La banque mit fin à sa relation bancaire conformément à ses conditions générales, et moyennant un préavis de deux mois et invita son client à communiquer des coordonnées bancaires vers lesquelles transférer le solde positif de son compte.

Cependant, avant l'expiration du préavis, la banque donna suite aux demandes des autres banques et contrepassa les opérations suspectes qui lui avaient été dénoncées. Le client contesta l'attitude de la banque et les opérations réalisées sans son consentement et cita la banque devant le tribunal de 1ère instance.



Il importait de déterminer si le client disposait d'une créance licite en restitution des fonds qui garnissaient ses comptes et si la banque pouvait exciper d'une raison valable pour ne pas honorer cette obligation.

Dans un premier jugement, le tribunal rappela que si la banque ne pouvait techniquement pas voler ou abuser de la confiance de son client en disposant des sommes que celui-ci a placées sur son compte c'est que, du fait de leur remise, la propriété sur ces sommes est immédiatement translatée à la banque, ce qui empêche tout vol ou tout détournement d'un bien reçu à titre précaire.

Le client qui dépose des fonds sur un compte à vue ou un compte d'épargne en abandonne la propriété en échange d'une promesse de remboursement aux conditions prévues par le contrat. Le titulaire d'un compte à vue n'est pas propriétaire des montants enregistrés et ne dispose pas d'une action réelle en restitution, mais seulement d'une créance personnelle. Les sommes déposées par le titulaire d'un compte à vue ou d'épargne constituent des choses fongibles, en conséquence de quoi l'obligation de restitution du banquier porte sur des choses de même nature ou de même espèce.

En principe, l'obligation de restitution qui pèse sur le banquier est de résultat. Il en résulte que la banque doit restituer les sommes qui lui sont confiées dès qu'elles lui sont demandées par son client, titulaire du compte, dans le respect des conditions contractuelles. Il ne lui appartient généralement pas d'apprécier le bien-fondé des crédits enregistrés et de décider si les versements au crédit du compte étaient dus ou non à ce client. La banque ne peut refuser l'exécution de l'obligation de restitution que

si elle prouve l'existence d'un paiement ou d'une cause libératoire.

En l'espèce, il fallait cependant tenir compte des conditions générales de la banque qui prévoyait qu'elle peut rectifier d'office et à tout moment les erreurs ou fautes de ses services, des institutions qui agissent pour son compte ou d'autres banques. Elle peut également contrepasser toute opération en cas de suspicion sérieuse de fraude.

Cette stipulation contractuelle introduit une cause de justification spécifique permettant à la banque de se libérer de son obligation de restitution dans la mesure où elle peut justifier d'une contrepasation fondée sur une suspicion sérieuse de fraude.

Au titre d'indices sérieux de fraude, la banque invoquait les demandes de remboursement des autres banques, l'existence de deux enquêtes pénales en Allemagne et d'un réquisitoire bancaire du

“Le titulaire d'un compte à vue n'est pas propriétaire des montants enregistrés et ne dispose pas d'une action réelle en restitution, mais seulement d'une créance personnelle.”

chef d'escroquerie, que le parquet de Bruxelles lui avait adressé aux fins d'obtenir l'historique du compte à vue.

Le tribunal constata cependant que la banque ne prouvait pas à suffisance que les fonds litigieux seraient illicites ou qu'ils devraient être tenus comme tels en raison de suspicions sérieuses.

Le client produisait en effet des pièces qui rendaient crédible, selon le tribunal, son affirmation selon laquelle les fonds litigieux provenaient de ventes licites de bitcoins.

Malgré deux réouvertures des débats, la banque ne produisait toujours pas les détails des demandes que ses homologues lui adressèrent pour solliciter la contrepassation des fonds litigieux. De même, il n'était fait état d'aucune condamnation pénale, en sorte que le client demeurait présumé innocent et de bonne foi.

QUELQUES PRECISIONS SUR L'EXEMPTION DE RESPONSABILITÉ DU PRESTATAIRE DE PAIEMENT

Un homme d'affaires étranger s'était engagé à verser à un citoyen américain une somme totale de 5.400.000 € à titre de donation.

En vue de l'exécution de cet engagement, le conseil suisse du donateur reçut un mail en provenance de la boîte mail du donataire lui transmettant une lettre de confirmation de sa banque contenant les détails de son compte bancaire et l'invitant à lui indiquer quand interviendrait le transfert bancaire.

Il est apparu que la boîte mail du donataire avait été piratée et que les mails qui avaient été envoyés au départ de celle-ci l'avaient été par un escroc.

Le compte du bénéficiaire qui fut ainsi frauduleusement renseigné était un compte ouvert par un tiers

Le tribunal précisa que quand bien même un doute subsisterait, celui-ci ne pourrait jouer qu'en défaveur de la banque, à qui échoit la charge de la preuve des exceptions qu'elle invoque

Même en admettant que le client ait négligé de communiquer des renseignements au point de verser dans une faute (pré)contractuelle, le tribunal n'apercevait pas le lien de causalité qui justifierait que ce manquement compensât l'obligation de restitution pesant sur la banque

Il en résulta que la créance en restitution était bien due.

auprès d'une banque belge.

Deux jours après le transfert, le conseil suisse du donateur envoya un mail à la banque belge pour lui indiquer que son client avait été victime d'une escroquerie résultant du piratage de la boîte mail du donataire.

La banque prit contact avec les différentes banques sur les comptes desquels les fonds avaient été transférés, afin d'en solliciter la restitution.

Une somme totale de 3.856.774,37 € a ainsi pu être récupérée et les montants retrouvés ont été restitués au fur et à mesure au donateur.

Le solde ne put donc être récupéré, ce qui poussa la donateur à citer la banque devant le tribunal de l'entreprise. Il estimait qu'en l'espèce la banque belge avait commis les fautes suivantes :

- non respect de ses obligations légales et réglementaires issues du dispositif préventif de la lutte contre le blanchiment d'argent et le financement du terrorisme ;
- non-respect du Règlement (UE) 2015/847 du 20 mai 2015 ;
- et, plus généralement, manquement à son devoir général de vigilance.

Le tribunal rappela qu'aux termes d'un arrêt du 27 mars 2024, la Cour de cassation française avait confirmé que lorsque la responsabilité d'un prestataire de services de paiement est recherchée en raison d'une opération de paiement non autorisée ou mal exécutée, seul est applicable le régime de responsabilité défini aux articles qui transposent les articles 58, 59 et 60 de la directive 2007, à l'exclusion de tout régime alternatif de responsabilité résultant du droit national.

C'est l'article VII/55.2 du CDE qui définit le régime applicable en précisant qu' « un ordre de paiement exécuté conformément à l'identifiant unique est réputé dûment exécuter pour ce qui concerne le bénéficiaire indiqué par l'identifiant unique.

Le prestataire de services de paiement vérifie néanmoins, pour autant que cela soit possible techniquement et sans intervention manuelle, si l'identifiant unique est cohérent. A défaut, il refuse d'exécuter l'ordre de paiement et en informe l'utilisateur de services de paiement qui a donné l'identifiant.

Si l'identifiant unique fourni par l'utilisateur de services de paiement est inexact, le prestataire de services de paiement n'est pas responsable de la non-exécution ou de la mauvaise exécution de l'opération de paiement, pour autant qu'il a effectué le contrôle visé au paragraphe 1er ».

Le donateur estimait que cette disposition n'était pas applicable en l'espèce.

Notion de prestataire de services de paiement.

Il soutenait que c'était le prestataire de services de paiement du payeur qui était visé par cette exclusion du régime du droit commun.

Le tribunal rappela que la CJUE a expressément décidé que la limitation de la responsabilité du prestataire de services de paiement s'applique tant au prestataire de services de paiement du payeur

“la CJUE a expressément décidé que la limitation de la responsabilité du prestataire de services de paiement s'applique tant au prestataire de services de paiement du payeur “

qu'à celui du bénéficiaire.

Le libellé de l'article 74 de la directive 2007, qui utilise la seule expression de prestataire de ser-



VICES de paiement ne fait aucune distinction entre les différents prestataires de services de paiement. Au regard de ce libellé, la limitation de la responsabilité que cette disposition prévoit s'applique donc à chacun des prestataires participant à l'opération, et non uniquement à l'un d'eux. Il en résulte que lorsqu'un ordre de paiement est exécuté conformément à l'identifiant unique fourni par l'utilisateur de services de paiement, lequel ne correspond pas au nom du bénéficiaire indiqué par ce même utilisateur, la limitation de la responsabilité du prestataire de services de paiement, prévue par cette disposition s'applique tant au prestataire de services de paiement du payeur qu'au prestataire de services de paiement du bénéficiaire.

Notion d'identifiants uniques inexacts.

Le donateur releva ensuite que l'article VII du CDE

“ lorsqu'un ordre de paiement est exécuté conformément à l'identifiant unique fourni par l'utilisateur, la limitation de la responsabilité du prestataire de services de paiement s'applique tant au prestataire de services de paiement du payeur qu'au prestataire de services de paiement du bénéficiaire ”

est repris sous la section 4 intitulée responsabilité en cas d'identifiants uniques inexacts, de non-exécution, de mauvaise exécution ou d'exécution tardive d'opérations de paiement.

Il estimait que son litige n'était cependant pas visé par cette section, dès lors que ce qui est couvert

par l'exclusion de la responsabilité, c'est l'erreur dans l'ordre de virement ou la discordance entre l'identifiant unique et la qualité de titulaire du compte, dès l'instant où l'identifiant unique est cohérent et qu'en l'espèce si l'identifiant unique est inexact, il est cohérent qu'il correspond au compte géré par les escrocs.

Le tribunal rappela que tenant compte du caractère général des termes usités par l'article VII CDE l'exemption de responsabilité du prestataire de paiement couvre, outre l'erreur matérielle grevant cet identifiant (lorsque le donneur d'ordre encode un identifiant unique erroné), les hypothèses de fraudes s'appuyant sur une discordance entre le bénéficiaire prévu et l'identifiant unique (par exemple la fraude au président ou le virement falsifié).

L'identifiant unique est « inexact » dès lors que le donneur d'ordre renseigne un numéro IBAN qui n'est pas celui du bénéficiaire escompté. Tel est le cas lorsque cet identifiant unique qui est constitué, en Belgique, du code BBAN ou IBAN, éventuellement complété du BIC du compte à créditer, correspond au compte de paiement d'un autre bénéficiaire.

Ainsi, dans une affaire opposant deux banques dans laquelle celle du payeur sollicitait le remboursement d'un montant auprès de celle du bénéficiaire (suite à la falsification d'un ordre de virement), le tribunal de l'entreprise de Bruxelles a estimé que la banque du bénéficiaire pouvait se prévaloir de l'exemption de responsabilité. Selon le tribunal, l'opération réalisée sur la base de la falsification de l'IBAN s'analyse comme une opération de paiement basée sur un identifiant unique inexact.

L'article VII CDE pose le principe suivant lequel un



ordre de paiement exécuté conformément à l'identifiant unique est réputé dûment exécuté pour ce qui concerne le bénéficiaire indiqué par l'identifiant unique.

L'absence de responsabilité du prestataire de services de paiement suppose que ce dernier vérifie pour autant que cela soit possible techniquement et sans intervention manuelle, si l'identifiant unique est cohérent inexact pour autant qu'il ait effectué le contrôle.

L'étendue de ce contrôle est toutefois limitée.

En effet, vérifier la cohérence implique simplement de contrôler que la structure de l'IBAN est correcte et complète (indication du bon code pays, suite de chiffres complète et cohérente). Inversément, elle ne porte pas sur la concordance entre le numéro d'IBAN et le titulaire du compte correspondant à cet IBAN.

En l'espèce, il n'était pas contesté que le paiement avait été exécuté par la banque belge conformément à l'IBAN qui avait été fourni par le donateur, l'IBAN était cohérent, en ce sens que la structure de l'IBAN ne présentait aucune anomalie (code pays correct, suite de chiffres complète).

En application de l'article VII CDE, l'ordre de paiement qui a été exécuté par la banque belge conformément à l'identifiant unique qui lui a été communiqué par le donateur est donc réputé avoir été correctement exécuté et il ne peut être reproché à la banque belge de ne pas avoir procédé à des vérifications complémentaires afin de détecter d'éventuelles discordances entre l'IBAN indiqué sur l'ordre et le nom du bénéficiaire.

C'est en vain que le donateur reprochait également à la banque belge d'avoir manqué à ses obligations de banquier prudent et diligent dans de semblables circonstances, une fois le paiement litigieux reçu, sur le compte à l'identifiant unique cohérent de son client. En effet, pour les raisons exposées ci-avant, le donateur n'est pas fondé à mettre en cause la responsabilité de droit commun de la banque dès lors que l'article VII CDE exclut son application.

Par voie de conséquence, le donateur fut débouté de ses demandes.



“vérifier la cohérence implique de contrôler que la structure de l'IBAN est correcte et complète. Inversément, elle ne porte pas sur la concordance entre le numéro d'IBAN et le titulaire du compte correspondant à cet IBAN.”

POUR CONSTITUER UN VICE DE CONSENTEMENT, L'ERREUR DOIT EST ENTRÉE DANS LE CHAMP CONTRACTUEL

Un couple s'était porté caution de la bonne fin d'un prêt consenti à leur société par le Fonds de participations via l'intermédiation d'une banque. Le Fonds de participations a en effet notamment pour mission de soutenir les parties entreprises qui souhaitent lancer leur activité par le biais d'octroi de crédits avantageux en complément des crédits octroyés par les banques et les fournisseurs de capital à risques.

Quelques années plus tard, ces cautions furent activées suite à la faillite de la société. Les cautions estimaient toutefois que les conventions conclues

“l'erreur peut constituer un vice de consentement si elle est substantielle, si elle est excusable et si elle est commune, cette dernière condition signifie que les qualités substantielles de la chose sur lesquelles a porté l'erreur doivent être entrées dans le champ contractuel”

avec le Fonds étaient nulles à défaut de consentement valable en application des articles 1108 et suiv de l'ancien Code civil. Ils considéraient en effet que leur consentement avait été entaché d'erreur.

Elles soutenaient que, préalablement à la signature

des consentions, elles auraient reçu de la part de la banque l'information erronée selon laquelle les cautions ne seraient pas actionnées en cas de faillite de la société et que cette erreur aurait déterminé leur volonté à contracter.

La Cour de cassation considère effectivement qu'un vice de consentement dans le chef du débiteur dans la convention principale ne constitue pas une exception qui lui est purement personnelle au sens de l'article 2036 mais une exception qui est inhérente à la dette, de manière telle qu'ils sont en droit de soulever cette exception de nullité pour la convention de prêt également.

S'il ressortait du dossier que les conventions avaient bien été signées deux jours après la date préimprimée sur les différents documents, l'information donnée par la banque au moment du transmis des conventions n'avait pas pu déterminer, selon le tribunal, le consentement des clients à conclure et n'était pas entrée dans le champ contractuel.

Il rappela que l'erreur peut constituer un vice de consentement si elle est substantielle, si elle est excusable et si elle est commune, c'est-à-dire si elle est entrée dans le champ contractuel ; cette dernière condition signifie que les qualités substantielles de la chose sur lesquelles a porté l'erreur doivent être entrées dans le champ contractuel.

Aucune pièce déposée ne permettait d'affirmer la thèse soutenue par les clients selon laquelle ils se



seraient montrés très inquiets par rapport aux garanties à constituer.

En conséquence de ce qui précède, l'information erronée ne portait pas sur une qualité substantielle dans la mesure où alors que l'un des clients disait n'avoir compris ni le sens ni la portée de l'information erronée, cela ne l'avait pas empêché de signer les conventions.

A supposer qu'il doive être considéré que l'erreur a porté sur une qualité substantielle, cette prétendue qualité substantielle n'avait en l'espèce pas été comprise comme telle dans la commune intention des deux parties contractantes, puisque l'information erronée émanait de la banque intermédiaire et non du Fonds de participations : l'erreur n'était donc pas commune aux parties contractantes.

Surabondamment, le tribunal constata que l'erreur n'avait pas été comprise comme telle par les cautions elles-mêmes puisque lorsque la faillite de la société est prononcée sur aveu, les cautions n'ont pas revendiqué in tempore non suspecto pouvoir être libérées du solde restant dû du crédit accordé par le Fonds de participations sur base de l'information erronée litigieuse : au contraire, ils admettaient être redevables, à titre de cautions solidaires, dudit solde.

L'erreur ne peut donc fonder les cautions à solliciter la nullité des conventions

Afin d'échapper à leur obligation de remboursement, les cautions soutenaient également que le Fonds de participations avait commis une faute précontractuelle, liée au non-respect du devoir d'investigation, du devoir d'information et du devoir de con-

seil que l'on attend d'un établissement de crédit.

Le tribunal rappela que le Fonds de participations n'est pas un établissement de crédit, lequel se définit comme une entreprise dont l'activité consiste à recevoir du public des dépôts d'argent ou d'autres fonds remboursables et à octroyer des crédits.

Conformément à l'article réglant l'organisation et le fonctionnement de Fonds de participations, l'examen des demandes de crédits ordinaires subordonnés se fait au moyen d'un dossier dont il détermine les aspects techniques. Le dossier est transmis au Fonds soit directement, soit via un établissement de crédit avec lequel il a conclu un accord de collaboration. La décision est prise par le Fonds après examen du dossier qui lui a été transmis ; lequel se base notamment sur les critères suivants :

l'honorabilité du demandeur ;

“cette prétendue qualité substantielle n'avait en l'espèce pas été comprise comme telle dans la commune intention des deux parties contractantes, puisque l'information erronée émanait de la banque intermédiaire”

la compétence professionnelle et de gestion apportée ;

la valeur technique, économique et financière du projet pour lequel il est fait appel au Fonds ;

la viabilité de l'entreprise.

S'il s'agit d'une entreprise existante, la viabilité doit être démontrée par la production du bilan, des comptes d'exploitation et de résultats, des avertissements-extraits de rôle des impôts directs des 3 dernières années et, s'il y a lieu des prévisions motivées quant aux résultats complémentaires escomptés de l'intervention du Fonds. S'il s'agit d'une entreprise nouvelle, sa viabilité doit être démontrée par la production d'un plan financier et d'un business plan.

Le tribunal constata qu'en soutien de leur demande, les cautions n'avaient déposé aucune pièce relative à la viabilité de l'entreprise, alors qu'un

business plan a dû être établi, comme indiqué sur le formulaire complété.

A défaut de disposer de ces pièces, le tribunal n'était pas en mesure d'apprécier si les manquements reprochés sont avérés ou non. Or, conformément à l'article 8 du Code civil, il appartenait pourtant aux cautions, en leur qualité de demanderesse, d'apporter la preuve de la faute, du dommage et du lien de causalité entre cette faute et le dommage. C'est donc elles, sur qui repose la charge de la preuve, qui devaient supporter le risque du défaut de preuve.

LES QUATRE CONDITIONS DE L'ACTION PAULIENNE

Une banque reprochait à l'un de ses clients condamné en première instance à lui payer à titre de caution divers montants d'avoir fait apport de sa part indivise, soit 50 %, dans un immeuble sis en France, ainsi que son épouse pour la même quotité, à une société, rémunérée par l'attribution de parts sociales de cette société.

Elle avait cité la société et la caution devant le tribunal de première instance du Hainaut, en formant une action paulienne afin que lui soit déclarée inopposable la convention d'apport immobilier de la part indivise de son débiteur.

L'action paulienne prévue par l'article 1167 de l'ancien Code civil permet au créancier agissant d'obtenir l'inopposabilité de l'acte juridique que son débiteur et un tiers ont posé en méconnaissant son droit de gage général.

L'exercice de l'action paulienne est subordonné à quatre conditions :

- la créance de la partie exerçant l'action paulienne soit antérieure à l'acte attaqué ;
- le créancier ait subi un préjudice à la suite de l'appauvrissement du débiteur par l'acte attaqué ;
- le débiteur ait agi frauduleusement ;
- pour les contrats à titre onéreux, le tiers ait été complice.

Au moment de l'acte incriminé, la créance de sommes concernée ne doit pas forcément être exigible ni liquide ; il suffit que son principe même soit né pour que la condition de l'antériorité soit respectée.

Le créancier doit prouver que l'acte frauduleux lui cause préjudice.

A l'origine, le dommage s'entendait de manière as-



sez étroite : le créancier ne pouvait se dire préjudicié que lorsque l'acte frauduleux avait déterminé ou, à tout le moins, augmenté l'insolvabilité du débiteur.

Par la suite, une définition plus large a été adoptée, fondée sur la possibilité pratique pour le créancier de recouvrer sa créance ; dans cette opinion, il faut exclure, pour la détermination de l'insolvabilité du débiteur, les biens qui seraient "insaisissables, introuvables ou situés à l'étranger, dans les conditions telles que leur réalisation forcée en est à peu près impossible".

Ainsi, la cour d'appel de Bruxelles a considéré que le dommage doit consister dans le fait que l'acte incriminé ne permettrait plus au créancier, s'il était maintenu, d'exercer l'intégralité de ses droits et de récupérer ainsi la totalité de sa créance ou lui rendrait les possibilités de recours très malaisées et que pour déterminer s'il y a préjudice, il y a lieu de tenir compte des possibilités pratiques pour le créancier d'obtenir le paiement intégral de sa créance, en analysant la situation du débiteur avant et après l'acte incriminé.

La Cour de cassation a admis que la fraude des droits des créanciers visée à l'article 1167 du Code civil peut consister en une entrave, par l'acte juridique contesté, des droits de recours des créanciers.

Pour ce qui est de la fraude du débiteur, il convient de vérifier si l'acte critiqué peut se justifier normalement.

Si l'acte est normal, il échappe à l'action paulienne sauf au créancier à démontrer que le mobile déterminant a, en réalité, été la volonté du débiteur de

lui causer un préjudice.

Par contre, lorsque l'acte est anormal – eu égard à sa nature, ses conditions, au moment où il est intervenu et vu les circonstances qui l'entourent – le fait de prouver que le débiteur avait connaissance de ce caractère anormal et des conséquences préjudiciables qui en découlent suffit au créancier pour démontrer la fraude.

La doctrine récente considère qu'il y a fraude du débiteur dès qu'il a volontairement posé un acte, tout en se rendant compte que, par cet acte, ses créanciers seront préjudiciés. On assimile à la connaissance effective du préjudice l'ignorance fautive du débiteur.

Quant à la complicité du tiers, elle requiert que le demandeur prouve que le tiers s'est rendu complice de la fraude de son cocontractant, en d'autres termes qu'il a au moins dû se rendre compte de

“lorsque l'acte est anormal le fait de prouver que le débiteur avait connaissance de ce caractère anormal et des conséquences préjudiciables qui en découlent suffit au créancier pour démontrer la fraude”

l'anormalité de l'opération litigieuse et qu'il était conscient du préjudice causé aux autres créanciers de son cocontractant.

La preuve de la complicité du tiers n'est pas requise

pour les actes à titre gratuit.

Si ces quatre conditions sont remplies, l'action paulienne conduit, non à une nullité, mais à l'inopposabilité de l'acte litigieux.

Outre l'inopposabilité de l'acte frauduleux, l'action paulienne peut également conduire à l'octroi de dommages et intérêts.

La Cour de cassation a ainsi précisé que, en matière de vente d'un bien par un débiteur à un tiers, la réparation du dommage consiste en principe à rendre la vente inopposable au créancier qui agit en justice de manière à lui permettre de procéder à l'exécution sur le bien vendu ; si ce mode de réparation n'est plus possible, le créancier peut réclamer la réparation au tiers-complice du dommage subi.

“Il suffit à cet égard que le fondement de la créance existe au moment où l'acte critiqué est posé, sans qu'il soit requis que cette créance soit exigible, certaine ou reconnue par le juge à ce moment”

Elle a encore énoncé qu'en cas de cession frauduleuse par le débiteur d'un élément de son patrimoine à un tiers complice, la réparation du dommage consiste en principe en l'inopposabilité de cette cession au créancier agissant qui peut ainsi procéder à l'exécution sur l'élément du patrimoine

cédé. Lorsque ce mode de réparation en nature n'est plus possible ou que l'élément du patrimoine n'est plus identifiable dans le patrimoine du tiers complice, le créancier peut réclamer la réparation de son dommage au tiers complice. Les dommages-intérêts compensatoires dus par ce dernier sont limités à la valeur de l'élément du patrimoine cédé et ce, à concurrence du montant de la créance du créancier.

Ainsi, la Cour de cassation a considéré que le créancier dont la créance est née avant l'acte attaqué peut introduire une action paulienne au sens de l'article 1167 de l'ancien Code civil. Il n'est pas requis, à ce moment, que le montant de la créance soit déterminé ou que la créance ait été constatée par décision judiciaire.

Elle a également précisé qu'une des conditions de cette action est que la créance du créancier existe au moment où l'acte attaqué est posé. Il suffit à cet égard que le fondement de la créance existe au moment où l'acte critiqué est posé, sans qu'il soit requis que cette créance soit exigible, certaine ou reconnue par le juge à ce moment.

Par contre, la créance doit être exigible, mais pas nécessairement liquide, au moment de l'intentement de l'action paulienne.

En l'espèce, la banque disposait d'une créance exigible à l'encontre de la caution dès la dénonciation des crédits et la mise en demeure lui adressée.

Cette créance avait été consacrée par un jugement exécutoire.

La condition d'exigibilité de la créance était ainsi remplie lorsque l'action paulienne a été intentée.



C'était en vain pour la Cour, que la société faisait valoir que le jugement précité avait été réformé par l'arrêt du 15 juin 2018 de la Cour d'appel de Bruxelles, dès lors que cet arrêt avait été cassé, que les dispositions cassées avaient ainsi disparu de l'ordonnancement juridique et que l'appel avait abouti à un arrêt de la cour de céans confirmant le jugement entrepris.

Une décision de condamnation même non exécutoire par provision constitue la créance certaine liquide et exigible par excellence. La banque avait bien une créance certaine et disposait d'un titre exécutoire pour celle-ci.

La condition d'antériorité de la créance est remplie en l'espèce.

La caution soutenait que l'opération litigieuse n'avait causé aucun préjudice, dès lors que l'apport de sa part indivise dans l'immeuble conjugal s'était fait en contrepartie de parts sociales dans la société dont il détenait les parts avec son épouse.

La société fait valoir que, sans avoir saisi les parts de la société, la banque ne pouvait affirmer qu'elle subirait un préjudice de l'apport en nature effectué. Elle contestait également l'existence d'un lien de causalité en affirmant que si, plutôt qu'un apport réalisé pour l'obtention d'un crédit, l'immeuble avait été hypothéqué en garantie de ce crédit, la banque n'aurait pas pu récupérer sa créance.

La Cour rappela que pour vérifier l'existence du préjudice, il y a lieu de tenir compte dans chaque espèce des possibilités concrètes et pratiques pour le créancier d'obtenir le paiement intégral de sa cré-

ance, en comparant la situation du débiteur avant et après l'acte incriminé. Il ne faut pas établir un bilan comptable théorique du patrimoine du débiteur, mais tenir compte des possibilités, réelles d'exécution du créancier. Le critère n'est pas à proprement parler l'insolvabilité du débiteur mais la possibilité concrète pour le créancier de mettre ses droits en œuvre par l'exécution.

Ainsi, si le débiteur apporte ses biens en société et reçoit en échange des parts pour une valeur théorique équivalente, l'action paulienne sera néanmoins accueillie dans la mesure où la réalisation de ces parts s'avérerait pratiquement impossible ou en tout cas beaucoup plus difficile à effectuer que ne l'aurait été la réalisation des biens apportés.

En l'espèce, la réalisation de la part indivise du client dans un immeuble, même situé en France, n'aurait pas posé de difficultés particulières. Il en allait tout autrement de la réalisation de parts so-

“pour vérifier l'existence du préjudice, le critère n'est pas à proprement parler l'insolvabilité du débiteur mais la possibilité concrète pour le créancier de mettre ses droits en œuvre par l'exécution”

ciales d'une SRL.

Pour la Cour, une telle réalisation serait beaucoup plus difficile à effectuer que la réalisation de la part

indivise dans l'immeuble et aboutirait à un résultat tout à fait aléatoire. C'était en vain que la société fait valoir que les parts pourraient être vendues notamment à l'épouse de la caution, ce qui dépendrait de la décision de celle-ci et laisserait augurer, en l'absence d'autre amateur, un prix de cession très faible. La condition de préjudice était donc remplie.

La société et la caution contestaient que l'opération litigieuse ait été réalisée dans une intervention frauduleuse. Ils faisaient valoir que l'apport en nature de l'immeuble constitue une opération normale dans la gestion du patrimoine et précisait que cet apport avait été réalisé précisément afin d'obtenir des financements et pour rassurer les tiers.

Ils faisaient état de la difficulté d'obtenir autrement un crédit alors que la société est une société de

“ Les actes normaux sont ceux qu'une justification légitime et raisonnable soutient dans le cadre d'une gestion normale d'un patrimoine, à la différence des actes anormaux, qui ne peuvent pas être légitimement et raisonnablement justifiés ”

droit belge exerçant ses activités en Belgique, que le client et son épouse sont résidents français et que l'immeuble est situé en France.

La Cour de cassation a récemment rappelé qu'en vertu de l'article 1167 de l'ancien Code civil, les créanciers peuvent, en leur nom personnel, attaquer

les actes faits par leur débiteur en fraude de leurs droits. Lorsque l'acte a un caractère anormal, la fraude suppose que le débiteur ait agi en sachant que les créanciers seraient préjudiciés. Les actes normaux sont ceux qu'une justification légitime et raisonnable soutient dans le cadre d'une gestion normale d'un patrimoine, à la différence des actes anormaux, qui ne peuvent pas être légitimement et raisonnablement justifiés.

S'il est fréquent que des immeubles fassent l'objet d'un apport à des sociétés, il s'agit d'apports à des sociétés immobilières destinées à gérer un patrimoine ou d'apports d'immeubles utiles pour l'exploitation de l'activité de la société. En l'espèce, l'apport portait sur un immeuble d'habitation, servant de résidence aux associés de la société. Il concernait un immeuble situé en France alors que la société a pour activité l'exploitation d'un magasin de vêtements en Belgique.

En outre, l'apport est intervenu dans un contexte particulier puisque la caution venait d'être condamnée à payer une somme la banque.

Même si la réticence des banques est étayée par les attestations produites, cela n'exclut pas pour autant de trouver sur le marché belge un banquier qui accepte d'accorder des crédits transfrontaliers, aucun obstacle juridique ne s'y opposant. La caution qui a été l'un des dirigeants d'une agence bancaire, était à cet égard bien mieux au fait des possibilités d'emprunt qu'un profane.

Lorsque l'acte est anormal, l'intention de nuire peut être prouvée par une présomption de fait déduite de la conjonction du caractère anormal de l'acte et de la connaissance du débiteur de son caractère préjudiciable pour le créancier.

Eu égard à l'ensemble de ces éléments, la Cour estima que l'apport effectué en 2014 ne pouvait être considéré comme un acte anormal dans le cadre de la gestion du patrimoine de la caution.

Quant à la complicité du tiers, la Cour rappela qu'il n'est pas requis que le tiers ait eu l'intention de nuire, il suffit que le tiers ait traité avec le débiteur en sachant que l'acte juridique litigieux porterait atteinte aux intérêts de ses créanciers ; la doctrine majoritaire y assimile aussi l'absence de connaissance imputable à une négligence du tiers : à savoir le cas où par application du critère du bon père de famille, le tiers aurait dû, compte tenu des circonstances concrètes de l'espèce, à savoir que l'acte préjudicierait aux droits de ses créanciers.

L'apport portait sur l'immeuble d'habitation servant de résidence aux époux, lesquels sont mariés sous le régime de la communauté de biens réduite aux acquêts. Dans ces circonstances de fait, il

était certain, selon la Cour, que la société savait que l'acte d'apport préjudierait les intérêts de la banque.

Il ressortait des considérations qui précèdent que les conditions de l'action paulienne étaient réunies. Entretemps, l'immeuble faisant l'objet de l'apport a été vendu et les parties se sont accordées quant à la consignation de la moitié du prix de vente.

La banque avait modifié sa demande eu égard à cette vente et postulait que la société soit condamnée à lui payer des dommages et intérêts à concurrence de la valeur de la part de la caution dans l'immeuble apporté, ce montant étant augmenté des intérêts judiciaires à dater de la citation.

Cette demande, telle que modifiée, fut donc déclarée fondée.

Réalisation
Max
Mise en page
Aurore Rousseau

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

Les destinataires de cette lettre d'informations sont informés par la présente de ce qu'ils sont enregistrés dans un fichier établi en vue de l'envoi de la lettre d'informations. Le cas échéant, ils peuvent demander l'application du Règlement général sur la protection des données(ou RGPD).

Reproduction autorisée, sauf à des fins commerciales, moyennant mention de la source.
Editeur responsable : Jean-Pierre BUYLE
Avenue de Tervueren 270, 1150 Bruxelles
Tél. 0495 54 15 42
jpbuyle@monardlaw.be



MONARD LAW
joined by **BUYLE**

BANQUE & FINANCE

est publié par l'association d'avocats
Monard Law joined by Buyle avec la
collaboration de :

André-Pierre Andre-Dumont

Jean-Pierre Buyle

Clément Claesens

Laurent Cloquet

Lara Degeest

Tibère Devis

Yasmina Elbi

Pierre-Alexandre Fassin

Jan Ghysen

Thomas Malengreau

Thomas Metzger

Olivier Piret-Gerard

Jeroen Raskin

Stefaan Van Dyck

Armelle Zaluzec