

Blanchiment : circulaire de la Banque Nationale de Belgique du 8 juin 2021 quelles responsabilités pour l'établissement financier qui procède ou non à une déclaration de soupçon ?

Ces dernières années, les lois anti-blanchiment ont considérablement renforcé la collecte d'informations que les établissements financiers doivent effectuer auprès de leurs clients (*Voy. notamment la loi du 18 septembre 2017 relative à la prévention du blanchiment de capitaux et du financement du terrorisme et à la limitation de l'utilisation des espèces, M.B., 6 octobre 2017, art. 26, 27 et 34*).

Il est attendu que ces établissements exercent une surveillance à l'égard de leurs opérations financières afin de détecter les opérations atypiques (*N. COLIN et A. HUBLET, « La prévention du blanchiment de capitaux à la rencontre des autres domaines du droit (responsabilité civile, privacy, devoirs de discrétion professionnelle) », Les avocats et le blanchiment : actualités, enjeux et perspectives, O. Creplet et al. (dir.), 1^{ère} éd., Bruxelles, Larcier, 2018, p. 152 : Ces obligations en matière de blanchiment imposent au banquier une obli-*

gation de contrôle sur les activités et opérations de ses clients. Ces obligations se rapportent à son devoir de vigilance, contenu explicitement aux articles 19 à 44 de la loi du 18 septembre 2017, et s'opposent manifestement à son principe de non-ingérence.)

Le premier chapitre du titre 3 de la loi du 18 septembre 2017 (« la loi » ci-après) est d'ailleurs intitulé « *Obligations générales de vigilance* ». En cas de soupçons, de motifs raisonnables de soupçonner ou de cas avéré de blanchiment d'argent provenant, entre autres, d'opérations atypiques, l'établissement financier doit dénoncer les faits à la CTIF (*Loi du 18 septembre 2017 précitée, art. 45 et 47*).

Dans ce contexte, la Banque Nationale de Belgique (« la Banque » ou « BNB » ci-après) a récemment publié une nouvelle circulaire (ci-après « la circulaire ») (*Circulaire du 8 juin 2021 de la Banque na-*

Sommaire

Page 9

Comptable indélicat et mandat apparent

Page 13

L'absence de la connaissance du vol d'une carte constitue-t-elle une négligence grave ?

Page 15

La banque n'a pas à vérifier si ses clients sont en règle au regard des dispositions de droit économique

Page 18

Une banque peut-elle déterminer unilatéralement le taux d'intérêt lors d'une révision ?

Page 23

La rupture anticipée du contrat de prestation informatique était fautive

Page 25

Achat d'obligations grecques en execution only

Page 31

Existe-t-il un devoir de conseil de la banque lors d'une donation ?

Page 35

L'exigence de transparence et d'information d'un client à l'égard de sa banque doit être raisonnable

tionale de Belgique intitulée “Les devoirs de vigilance à l’égard des rapatriements de fonds depuis l’étranger et la prise en compte des procédures de régularisation fiscale pour l’application de la loi anti-blanchiment». https://www.nbb.be/doc/cp/fr/2021/20210608_nbb_2021_12.pdf).

Celle-ci clarifie les attentes de la BNB en matière de vigilance, obligation imposée par la législation anti-blanchiment aux entités assujetties, notamment pour les fonds détenus par les institutions financières suite au rapatriement de fonds de l’étranger, et ce notamment lorsqu’une procédure de régularisation fiscale a eu lieu (Déclaration libératoire unique ou DLU ci-après) (*Rappelons que la Belgique a connu quatre procédures d’amnistie fiscale et pénale. Nous en sommes actuellement à la quatrième procédure, d’où l’appellation DLUquater de la loi en vigueur. Cf. Loi du 21 juillet 2016 visant à instaurer un système permanent de régularisation fiscale et sociale, M.B., 29 juillet 2016*).

Toutefois, elle invite également les établissements financiers à procéder, via un audit interne, à une évaluation des procédures internes relatives aux obligations de vigilance concernant le rapatriement de fonds de l’étranger, ainsi que du respect de ces procédures ; cette évaluation devrait s’appuyer sur un examen d’un échantillon de dossiers de rapatriements de fonds de l’étranger (passés) qui ont été acceptés par l’institution et dont les capitaux se trouvent encore au sein de l’établissement, (*A. PUGLISI, « Circulaire du 8 juin 2021 de la Banque Nationale – devoirs de vigilance à l’égard du rapatriement de fonds depuis l’étranger », 22 juin 2021, disponible sur www.afschrift.com.*) et ce, même si ces capitaux étaient prescrits au niveau fiscal et ne pouvaient ainsi être régularisés via une ancienne DLU (*Contrairement aux DLUter et DLUquater, les deux premières DLU (loi du 31 décembre 2003 et loi du 27 décembre 2005) ne permettaient pas de régulariser des capitaux prescrits, c’est-à-dire des capitaux dont le délai d’établissement de l’impôt était atteint. Premièrement, la DLUter (a ouvert la procédure de régularisation aux capitaux prescrits. Par la suite, la DLUquater l’a imposé lorsque le contribuable n’est pas en mesure de prouver l’origine licite de ceux-ci).*

Ceci a donné lieu à l’expression « *look back* » et a suscité de nombreux questionnements au vu de l’impact que cette interprétation de la loi a sur la sécurité juridique (*LALLEMAND, LEGROS et JOYN, « DLUs et prévention du blanchiment :*

« Look back » sur les rapatriements », 16 juin 2021, disponible sur www.lij.be ; P. SMEYERS et H. NEVE, “Verplichting voor financiële instellingen om in het verleden uit het buitenland gerepatrieerde geldmiddelen opnieuw onder de loep te nemen ?” 23 juin 2021, disponible sur www.lexgo.be ; J.-P. BOMBAERTS, « Blanchiments : les banques devront vérifier l’origine des fonds rapatriés », 22 juin 2021, disponible sur www.lecho.be.)

L’examen par l’audit interne s’opérera sur base de la réglementation en vigueur à l’époque de l’acceptation des fonds. Il ne sera pas exigé que « *l’origine des fonds soit prouvée en bonne et due forme mais qu’une personne raisonnable puisse être convaincue de la licéité de l’origine des fonds et que, si possible, celle-ci soit corroborée par des documents, le tout proportionnellement, au risque de blanchiment* ».

2. Dans le cadre de l’obligation de vigilance précitée, l’établissement financier est généralement susceptible d’engager sa responsabilité civile de deux façons (*N. COLIN et A. HUBLET, op. cit., p. 179 : « Dans le contexte récent, ce risque de responsabilité civile est accru par les tensions entre l’obsession de transparence et les obligations de secret, de non-ingérence et de discrétion pesant sur les différents professionnels concernés, lesquels mettent les entités assujetties face à des normes contradictoires »).*

Premièrement, sa responsabilité peut être établie par le client de l’établissement, soupçonné à tort de procéder à du blanchiment. En vertu de l’article 57 de la loi, la responsabilité ne peut toutefois pas être établie si l’établissement a, de bonne foi, dénoncé son client.

Autrement dit, cet article consacre un régime protectif à l’égard du *whistleblower*, à condition que sa bonne foi soit établie lors de la dénonciation de soupçon opérée à la CTIF (*A la lumière de la législation belge et européenne, les justifications envisageables pour fonder une dénonciation effectuée de bonne foi consistent à : « savoir » que les fonds proviennent d’une activité criminelle ou sont liés au financement du terrorisme, « soupçonner » ou « avoir des motifs raisonnables de soupçonner » que ces fonds proviennent d’une telle source, coopérer rapidement avec les cellules de renseignement financiers. Cf. art. 33 de la Directive (UE)*

2015/849 du Parlement Européen et du Conseil du 20 mai 2015 relative à la prévention de l'utilisation du système financier aux fins du blanchiment de capitaux ou du financement du terrorisme, modifiant le règlement (UE) n° 648/2012 du Parlement européen et du Conseil et abrogeant la directive 2005/60/CE du Parlement européen et du Conseil et la directive 2006/70/CE de la Commission, J.O.U.E., L 141, 5 juin 2015 ; loi du 18 septembre 2017, art. 47.)

La jurisprudence et la doctrine belges enseignent que l'appréciation du soupçon est subjective (L. CORNELIS, « Voorkoming van het gebruik van het financiële stelsel voor het witwassen van geld », *Rev. Banque*, 1994, p. 98).

La charge de la preuve repose sur le client en ce que la bonne foi est présumée (*En vertu de l'article 2268 de l'ancien C. civ.*).

Deuxièmement, sa responsabilité peut résulter d'un manquement au devoir de vigilance. L'établissement qui n'aurait pas dénoncé un client suspect pourrait voir sa responsabilité civile engagée par un tiers, victime d'une fraude, bien qu'il ne sera pas évident pour ce tiers d'établir le lien causal entre la faute de l'établissement et ses dommages. L'établissement pourrait évidemment également faire face à des sanctions administratives.

Ainsi, il peut arriver qu'un établissement soit dans une situation particulièrement délicate. Une dénonciation trop « légère » engagerait sa responsabilité à l'égard du client mais une certaine passivité pourrait tout aussi bien lui être reprochée. L'entité est ainsi assujettie à des normes contradictoires dont il convient de trouver le bon équilibre. Ce phénomène d'incertitude est encore exacerbé au vu du caractère flou de certaines notions de la loi (*Telle que la notion de soupçon par exemple. Cf. J.-P BUYLE et O. PIRET-GERARD, « La notion de soupçon dans la législation anti-blanchiment », Libertés, (I)égalité, humanité, A. Alen et al. (dir.) 1^{ère} éd., Bruxelles, Bruylant, 2018, p. 851-878*).

Pour ne rien arranger, la jurisprudence est relativement incertaine en la matière. A ce jour, plusieurs décisions portant sur la responsabilité d'un établissement ayant dénoncé un client ont été rendues (*Voy. not. Civ. Louvain (9^e ch.)*, 21 avril 2010, *Rev. dr. pén. entr.*, n°2/3 ; *Comm.*, Bruxelles, 23 janvier 2017, *R.G. n° A/13/08330, inédit* ; *Bruxelles (8^e*

ch.), 2 mai 2017, *D.B.F.*, 2018/1, p. 3 citées par J.-P BUYLE et O. PIRET-GERARD, *op. cit.*, p. 851-878).

En l'absence de critères objectifs, les solutions retenues fluctuent en fonction de l'appréciation du juge (*La décision de la Cour d'appel de Bruxelles rendue en la matière semble particulièrement sévère pour les établissements financiers. Dans cette affaire, les agissements du client étaient plutôt atypiques et portaient à suspicion. Cependant, la Cour ne fut pas de cet avis et estima que la responsabilité de la banque était engagée en raison d'une dénonciation effectuée de mauvaise foi par la banque. Voy. Bruxelles, 2 mai 2017, D.B.F., 2018/1, p. 3*).

Ceci ne participe pas à renforcer la sécurité juridique (*J.-P BUYLE et O. PIRET-GERARD, op. cit.*, p. 877).

3. Au vu de ce qui précède, il est légitime de questionner l'éventuelle incidence de la circulaire sur la responsabilité de l'établissement financier qui procède ou non à une déclaration de soupçon à la CTIF. Sur ce point, la circulaire se limite à renvoyer à l'exposé des motifs de la loi du 18 septembre 2017 (et à d'autres sources qui n'apportent aucune plus-value) (*Projet de loi relative à la prévention du blanchiment de capitaux et du financement du terrorisme et à la limitation de l'utilisation des espèces, Exposé des motifs, Doc., Ch. 2016- 2017, n° 2566/001, p. 174-175 : « (...) l'immunité reste intacte même dans une situation où les déclarants n'avaient pas une connaissance précise de l'activité criminelle sous-jacente et ce, indépendamment du fait qu'une activité illicite s'est effectivement produite (Recommandation 20 GAFI). Ainsi, par exemple, dès lors qu'une entité assujettie avait des raisons de soupçonner l'origine illicite des fonds, cette origine pouvant consister dans de la fraude fiscale, sa responsabilité ne peut pas être mise en cause par le client du fait qu'elle n'avait pas déterminé préalablement qu'il s'agissait de fraude fiscale grave. A cet égard, il est également précisé que la déclaration doit être considérée de bonne foi dès lors qu'elle n'est pas effectuée dans le but de nuire au client et ne se base pas sur des informations que l'entité savait erronées. La bonne foi implique en outre que l'entité assujettie n'ait pas commis de manquement manifeste à l'obligation d'examen attentif prévue à l'article 35, § 1er, 1°, en projet, ou à son obligation d'analyser les opérations atypiques, conformément à l'article 45, § 1er, en projet, et qu'il ne puisse pas être considéré qu'elle devait savoir ou, en tout cas, qu'elle ne pouvait igno-*

rer que les opérations ayant fait l'objet de la déclaration de soupçons n'étaient pas liées au blanchiment de capitaux ou au financement du terrorisme. Ceci suppose notamment que, dans son examen de l'opération considérée, l'entité assujettie tienne compte de manière appropriée de l'ensemble des informations pertinentes relatives au client, à la relation d'affaires et à l'opération qui sont en sa possession »).

En premier lieu, nous analyserons si l'application de la circulaire par les établissements financiers serait susceptible de porter atteinte à leur bonne foi (ci-après n°4) ? Cette bonne foi est requise dans le cadre de leur obligation de dénonciation à la CTIF comme nous l'avons évoqué. Autrement dit, le client pourrait-il remettre en cause la bonne foi de l'établissement qui dénoncerait (fautivement) des situations déjà réglées par une ancienne DLU ?

Deuxièmement, l'établissement qui ne se conformerait pas aux recommandations de « look back » de la BNB, relatives à un rapatriement de fonds ayant fait l'objet d'une DLU, pourrait-il voir sa responsabilité engagée administrativement ou judiciairement (ci-après n°5) ?

Enfin, nous nous poserons la question de savoir si un recours en annulation est envisageable contre cette circulaire (ci-après n°6).

L'APPLICATION DE LA CIRCULAIRE EST-ELLE SUSCEPTIBLE DE PORTER ATTEINTE A LA BONNE FOI DES ETABLISSEMENTS FINANCIERS ?

4. Concernant la première question, il convient d'abord d'examiner si la circulaire fournit des éléments qui permettraient à l'établissement de ne pas engager sa responsabilité en raison d'une dénonciation tardive portant sur des fonds rapatriés de l'étranger ayant déjà été régularisés via une ancienne procédure DLU. Formulée autrement, cette dénonciation de soupçon « tardive » satisfierait-elle à l'exigence de dénonciation effectuée de bonne foi ?

Des éléments sont évoqués par la circulaire afin d'évaluer ce risque (montant des opérations, pays d'origine des capitaux concernés, connaissance de l'établissement financier sur le client et sur son patrimoine, connaissance sur la donation ou sur l'héritage, caractéristiques du client...) (*Voy. p. 12-13 et 25-26 de la circulaire du 8 juin 2021*).

Il est précisé qu'une approche fondée sur les risques qui se baserait uniquement sur un des facteurs énoncés n'est pas suffisante et adéquate. Si ces éléments justificatifs ne peuvent être fournis par le client, l'établissement doit effectuer une déclaration à la CTIF. Comme mentionné *supra*, dans le cadre de cette obligation de « look back », il suffit qu'une personne raisonnable puisse être convaincue de la licéité de l'origine des fonds (et que, si possible, celle-ci soit corroborée par des documents, proportionnellement au risque de blanchiment) pour ne pas devoir effectuer de dénonciation. La preuve formelle de l'origine licite des fonds n'est pas nécessaire.

Respecter ces recommandations permettrait, selon la BNB, de se conformer à son obligation de vigilance.

Pour rappel, la circulaire invite les établissements financiers à évaluer, au cas où l'examen de leur audit interne révèle des manquements significatifs, si les soupçons de fraude fiscale grave pouvaient être écartés à l'égard de fonds rapatriés par le passé.

Dans l'hypothèse énoncée, ces fonds ont été régularisés d'un point de vue fiscal via une DLU, à l'exception des capitaux prescrits, selon les cas. Les deux premières DLU n'offraient pas la possibilité de régulariser des capitaux prescrits. Via la troisième DLU, cette option était disponible mais restait facultative.

La loi fiscale en question, qui variait donc selon l'époque, accordait une immunité fiscale et pénale à ces capitaux en cas de régularisation des revenus non-prescrits (*Il s'agit de l'opinion majoritaire de la doctrine sur la question. P. SMEYERS et H. NEVE, "Verplichting voor financiële instellingen om in het verleden uit het buitenland gerepatrieerde geldmiddelen opnieuw onder de loep te nemen ?" 23 juin 2021, disponible sur www.lexgo.be ; LALLEMAND, LEGROS et JOYN, op. cit., disponible sur www.llj.be.) à l'exception des revenus régularisés découlant d'une infraction de blanchiment ne consistant pas exclusivement en une infraction fiscale, un abus de biens sociaux ou un abus de confiance selon la loi (A. LECOCQ et al., « Nouvelle procédure de régularisation fiscale – Analyse de la loi du 11 juillet 2013 », J.T., 2013/36, n° 6538, p. 693).*

La circulaire enjoint les entités assujetties à s'assurer qu'elles ont bien, par le passé, collecté les informations pertinentes et procédé à leur analyse. Or,

les travaux préparatoires de la procédure DLUbis insinuent clairement que l'immunité couvrait également les capitaux prescrits.

Dès lors, poursuivre ces dossiers postérieurement à la régularisation opérée, alors qu'il n'était pas toujours possible de régulariser ces capitaux (voy. DLU et DLUbis), et que ceux-ci étaient couverts par l'amnistie fiscale et pénale accordée, semble à la fois contraire au principe de confiance légitime (*Ce principe appartient aux principes de bonne administration. Cf. S. LEQUEU, Principe de confiance légitime : quelle légitimité dans l'ordre juridique belge?, Faculté de droit et de criminologie, Université catholique de Louvain, 2017. Pour son application en droit fiscal, cf. C. PARMENTIER, « Le principe de confiance légitime confronté au principe de légalité en droit fiscal », J.L.M.B., 2015/2, p. 83*) et de sécurité juridique.

La circulaire précise « *qu'elle n'interprète pas le droit fiscal ou pénal mais s'en tient à l'application de la loi anti-blanchiment* ». Au vu de son interprétation des DLUs, il est permis d'avoir quelques doutes.

Malgré une régularisation fiscale, il existe ainsi un risque de divulgation à la CTIF et de poursuites ultérieures éventuelles menées par le ministère public.

Bien que restant muette sur ce point, la circulaire comporte un effet rétroactif. Il est aujourd'hui établi que, sauf exception admise, la non-rétroactivité d'une loi pénale défavorable est un principe général de droit (*F. KUTY, « Les hypothèses d'inapplicabilité des principes de la rétroactivité de la loi pénale favorable et de la non-rétroactivité de la loi pénale défavorable », Principes généraux du droit pénal belge – Tome I – La loi pénale, 3e éd., Bruxelles, Larcier, 2018, p. 344*).

La loi ne peut s'appliquer à des comportements antérieurs à son entrée en vigueur. L'ancien Code civil comporte une disposition similaire à ce principe. Son article premier stipule que : « *la loi ne dispose que pour l'avenir : elle n'a point d'effet rétroactif* ». Ceci participe à la sécurité juridique des justiciables.

La question de l'obligation d'introduire une DLU-*quater* après une DLU, DLUbis ou DLUter suscitait un raisonnement similaire. Certains ont souligné « *qu'aucune disposition légale ne prévoyait la possibilité de régulariser des successions prescrites ou des revenus prescrits. D'ailleurs il n'était prévu au-*

cun taux, et pour cause, qui aurait pu être applicable alors que le prélèvement dû était fonction de l'impôt. En dépit d'un texte clair, l'ISI de Gand et le parquet de Gand considèrent que l'immunité pénale et fiscale ne porte que sur les revenus qui ont effectivement été régularisés et non sur les capitaux qui n'ont pas été régularisés. Cela implique que des poursuites pourraient être engagées à l'encontre d'un contribuable qui a pourtant procédé à une DLU mais jugée trop peu onéreuse. Or, pareille attitude est tout simplement contraire aux principes qui doivent régir pareil type de procédure, à savoir la sécurité juridique.

Le trouble actuel ne devrait pas être toléré par l'État" (R. THONET et S. SCARNA, « La régularisation fiscale – DLU quater », R.P.P., 2018/3, p. 205-206).

De plus, l'infraction de blanchiment suppose un élément moral. L'intention de déguiser ou dissimuler l'origine des avoirs est requise. Est-il possible de considérer que cette intention était toujours présente dans le chef des contribuables ayant recouru à une DLU et dont la situation fiscale est depuis lors irréprochable? (*LALLEMAND, LEGROS et JOYN, op. cit., disponible sur www.llj.be*).

Dans la mesure où c'est la responsabilité civile de l'établissement financier qui serait mise en cause, c'est au juge civil qu'il reviendrait de se prononcer sur la question de l'exécution de bonne foi de la dénonciation par l'entité assujettie dans les circonstances évoquées. Il s'agit d'une appréciation casuistique.

Au vu des éléments évoqués, et de la jurisprudence instable quant à la présomption de bonne foi (*Comm., Bruxelles, 23 janvier 2017, R.G. n° A/13/08330, inédit ; Comm. néerl. Bruxelles, 27 février 2013, R.G., n° 05/7478, inédit*), il est difficile de conclure avec certitude que la bonne foi de l'entité serait ou non établie.

La faute s'apprécierait comme l'acte ou l'abstention d'agir que n'aurait pas commise le « *bonus pater familiae* », c'est-à-dire l'homme normalement prudent et diligent.

Si la banque était (à l'époque) confrontée à des indices de blanchiment, l'homme prudent et diligent dénoncerait-il des capitaux rapatriés de l'étranger ayant fait l'objet d'une régularisation fiscale

(antérieure à la DLU quater) ? Si la banque, à l'heure actuelle, lors d'un nouvel examen, *n'est plus* convaincue de la licéité de l'origine des fonds, elle est censée « *décider si la documentation disponible permet de convaincre une personne raisonnable que l'opération ne suscite pas de soupçons de blanchiment de capitaux* » ?

Selon la circulaire, deux fois oui. Selon les principes de bonne administration, deux fois non.

L'ETABLISSEMENT FINANCIER QUI NE RESPECTERAIT PAS LA CIRCULAIRE VERRAIT-IL SA RESPONSABILITE ENGAGEE ?

5. Il revient dans un premier temps de déterminer la force obligatoire d'une circulaire de la Banque nationale de Belgique. Les banques étant des entités privées, doivent-elles obligatoirement se conformer à une interprétation législative de la BNB ? Habituellement, une circulaire lie les fonctionnaires à qui elle est destinée. Le raisonnement opéré par un auteur pour les circulaires de la CBFA (aujourd'hui devenu la FSMA) pourrait être applicable par analogie à la BNB.

Certains estiment que la question de la force obligatoire d'une circulaire doit être distinguée de celle du Code de conduite, dans la mesure où les établissements de crédit n'adhèrent pas expressément à ces circulaires. Dès lors, il n'en résulte pas un engagement par manifestation unilatérale de volonté.

En revanche, les tribunaux pourraient favorablement considérer qu'un manquement aux recommandations d'une circulaire constitue un manquement au devoir général de prudence, et ainsi une faute extracontractuelle (C. ALTER, *Droit bancaire général*, Bruxelles, Larcier, 2010, p. 176).

De plus, les termes employés par la circulaire ne sont pas contraignants (« *l'audit interne auquel les établissements financiers sont invités [...]* »). La circulaire précise d'ailleurs qu'il s'agit des attentes de la Banque nationale de Belgique relatives à la vigilance requise par la loi à l'égard des rapatriements de fonds depuis l'étranger.

De ce point de vue, l'interprétation qui est faite de la loi par l'autorité de contrôle ne semble pas contraignante pour l'entité assujettie, du moins d'un point de vue judiciaire. Le principe est plutôt « *comply or explain* ».

Les dispositions légales sèment toutefois le doute sur la question.

L'article 85 de la loi porte sur les autorités de contrôle. La Banque nationale de Belgique y est énoncée et il y est précisé qu'elle exerce notamment le contrôle du respect du titre 2 de la loi, des arrêtés pris en exécution et du Règlement européen relatif aux transferts de fonds à l'égard des entités assujetties visées à l'article 5, § 1er, 4° à 10°.

L'article 86 dispose à son paragraphe 1 que : « *Les autorités de contrôle ou le cas échéant, les autorités désignées par des autres lois, peuvent prendre des règlements applicables aux entités assujetties relevant de leur compétence et complétant sur des points d'ordre technique les dispositions du livre II et III et des arrêtés pris pour son exécution, des mesures d'exécution de la directive 2015/849 en tenant compte de l'évaluation nationale des risques visés à l'article 68 (Un règlement a bien été adopté par la BNB en application de la loi et confirmé par un arrêté royal du 10 décembre 2017 (M.B. 22 décembre 2017). Cf. Règlement de la Banque nationale de Belgique du 21 novembre 2017 relatif à la prévention du blanchiment de capitaux et du financement du terrorisme). Le cas échéant, les règlements visés à l'alinéa 1er ne sortissent leurs effets qu'après leur approbation par le Roi (...)* ». Le paragraphe 2 dispose que « *En fonction de leur appréciation des besoins en vue d'une application effective des dispositions visées à l'article 85, § 1er, les autorités de contrôle : 1° adressent aux entités assujetties des **circulaires**, recommandations ou autres formes de communication visant à **clarifier la portée des obligations qui découlent, pour ces entités, des dispositions précitées** (...)* ».

A la lecture de ces dispositions, la BNB est en mesure de préciser les obligations qui pèsent sur les entités assujetties en vertu du titre 2 de la loi et des arrêtés pris en exécution. Les circulaires seraient obligatoires en ce que leur non-respect pourrait entraîner une violation d'une disposition légale dont elle exerce le contrôle.

En l'espèce, il y a toutefois lieu de s'interroger. En exigeant des établissements financiers de procéder au « *look back* » de fonds qui ont été régularisés au moyen d'une DLU, dans l'hypothèse où l'audit interne constate des manquements significatifs, l'interprétation de la loi par la Banque ne reviendrait-elle pas à une interprétation *contra legem* ?

En partant du principe que ces circulaires sont obligatoires, leurs violations pourraient, entre autres

(D'autres alternatives sont possibles. Cf. l'article 93, §1, de la loi du 18 septembre 2017 précitée qui permet d'adresser des injonctions aux entités assujetties ou des astreintes (§2) lorsque ces injonctions ne sont pas respectées. Si, malgré une application de l'article 93, il n'a pas été remédié à la situation, l'article 94 prévoit des sanctions plus sévères. L'article 36/22, 34bis° et 35° de la loi du 22 février 1998 (fixant le statut organique de la Banque Nationale de Belgique) prévoit la possibilité d'exercer un recours selon une procédure accélérée auprès du Conseil d'Etat en cas d'application des articles 36, §2 et 94 de la loi du 18 septembre 2017 précitée), activer les articles 132 à 135 relatifs aux amendes administratives qui peut imposer la BNB à l'égard des entités assujetties qui manquent à leurs obligations dont elle assure le contrôle.

La commission des sanctions est chargée d'infliger les amendes administratives dans le cadre des activités de contrôle confiées à la BNB (*Art. 36/8, § 1er de la loi du 22 février 1998 fixant le statut organique de la Banque Nationale de Belgique, M.B., 28 mars 1998. Concernant les détails de cette procédure, voir H. CULOT, « Le cadre institutionnel de la régulation bancaire et financière en Belgique », *Traité pratique de droit commercial*, C. Jassogne, D. Blommaert et D. Raes (dir.), vol. 1, 2e éd., Waterloo, Kluwer, 2016, p. 77-78).*

Ainsi, l'établissement financier qui ne respecterait pas son obligation de vigilance à l'égard du dossier ayant fait l'objet d'une ancienne DLU pourrait manquer, selon la Banque, à son devoir de vigilance tel qu'elle l'interprète. De ce fait, il commettrait une infraction à la loi et pourrait se voir infliger une amende.

L'amende infligée par le comité des sanctions pourrait être contestée devant la Cour des marchés, saisie sur recours (*Loi du 22 février 1998 fixant le statut organique de la Banque Nationale de Belgique, M.B., 28 mars 1998, art. 36/21).*

En dehors des sanctions administratives, des sanctions civiles ne sont également pas à exclure en cas de défaut de déclaration de soupçon à la CTIF suite à des opérations qui devaient éveiller le soupçon de l'entité assujettie.

Il reviendrait cependant au juge saisi de décider si ce défaut de déclaration serait constitutif d'une faute dans le chef de l'établissement financier. Au vu des développements qui précèdent, il est douteux qu'un juge suive l'interprétation de la BNB consistant à refuser de conférer l'immunité civile et pé-

nale d'une ancienne DLU aux capitaux prescrits. En l'absence de jurisprudence sur la question, aucune réponse définitive ne peut cependant être apportée.

En vertu de la loi, des sanctions pénales peuvent être prononcées contre ceux qui font obstacle aux inspections et vérifications des autorités de contrôle auxquelles ils sont tenus, dans le pays ou à l'étranger, ou qui refusent de donner des renseignements qu'ils sont tenus de fournir ou fournissent des renseignements incomplets ou inexacts sciemment (*Art. 136 à 138 de la loi du 18 septembre 2017).*

Le non-respect de la circulaire par un établissement financier ne consiste pas à s'opposer ou dresser tel obstacle aux autorités de contrôle. L'adoption de sanctions pénales sur ce motif devrait être écartée.

Le tiers à l'infraction sous-jacente de blanchiment peut cependant, sous certaines conditions, être inquiété sur base de l'article 505 du C. pén. Afin de rapatrier des capitaux non déclarés détenus sur des comptes étrangers, cet article prévoit que, concernant les avantages, biens et valeurs qui sont le produit d'une fraude fiscale simple, ce tiers ne sera punissable pour blanchiment que dans les cas visés à l'article 505, 3° (*Ce troisième point de l'article dispose : « convertir ou transférer des avantages, biens et valeurs dans le but de dissimuler ou de déguiser leur origine illicite ou d'aider toute personne qui est impliquée dans la réalisation de l'infraction [sous-jacente] à échapper aux conséquences juridiques de ses actes »).*

Le tiers est ainsi uniquement punissable, concernant les autres comportements visés par l'article 505, lorsqu'ils concernent des avantages étant les produits d'une fraude fiscale grave (*R. THONET et S. SCARNA, « La régularisation fiscale – DLU quarter », R.P.P., 2018/3, p. 219-220. Mais à voir comment la Directive la plus récente (6^{ième}) sur l'anti-blanchiment va être transposée en droit belge : ['Maak huis-tuin-en-keuken-fraude niet langer strafbaar' | De Tijd](#)).*

UN RECOURS EN ANNULATION CONTRE LA CIRCULAIRE EST-IL ENVISAGEABLE ?

6. Afin de résoudre préventivement les deux questions précédentes, une autre possibilité consisterait à introduire un recours en annulation de la circulaire précitée. Le Conseil d'Etat est compétent pour se prononcer sur les recours en annulation d'actes d'autorités administratives (*Lois coordonnées du*

Conseil d'Etat du 12 janvier 1973, art. 14). La BNB est une autorité administrative (*Loi du 22 février 1998 précitée, art. 12quinquies*).

Concernant l'acte attaqué, diverses conditions - relatives à la recevabilité du recours - doivent être respectées pour qu'il soit fait droit à l'annulation de l'acte. Sans rentrer dans les détails, nous précisons simplement que «*pour que le recours en annulation d'une circulaire soit recevable, il faut [notamment] que cette circulaire ait un caractère réglementaire et qu'elle cause grief au requérant (R.v.St., 19/05/2008, T.F.R., 2008/19, nr. 351)*».

Il doit s'agir d'un acte administratif exécutoire (*P. LEWALLE et L. DONNAY, « Le recours en annulation des actes et règlements des diverses autorités administratives — Compétence et recevabilité », Contentieux administratifs, 3e éd., Bruxelles, Larcier, 2008, p. 744*), c'est-à-dire que la décision contestée produise, par elle-même, des effets de droit qui font immédiatement grief au requérant. Or, les circulaires sont réputées comme ne causant pas de grief à moins de «*constituer de véritables décisions exécutoires, qui rajoutent à la réglementation en vigueur*» (*P. LEWALLE et L. DONNAY, ibidem., p. 749*).

Par exemple, il a été jugé qu'une circulaire rappelant certaines dispositions législatives et expliquant aux autorités communales la manière de l'interpréter ne faisait pas grief (*C.E., 24 juin 1983, Tassin c. État belge, n° 23.401, Rec., p. 1434*).

La circulaire ne semble pas se borner à interpréter la loi, elle va au-delà en instaurant une nouvelle règle. Il n'est pas exclu de penser que son interprétation puisse être *contra-legem* comme exposé *supra* en ce qu'elle exige de procéder rétroactivement au contrôle de rapatriements de fonds étrangers de capitaux prescrits, dont les revenus ont fait l'objet d'une ancienne DLU. Concernant le grief, cette nouvelle règle causerait notamment un grief financier considérable aux établissements financiers en leur imposant de réexaminer des anciens dossiers.

Nous pensons qu'un recours en annulation devant le Conseil d'Etat qui serait introduit par une entité assujettie à la loi du 18 septembre 2017 serait recevable. Mais comme on le sait, les recours en annulation doivent être introduits dans un délai relativement court de soixante jours après la publication, la notification ou la prise de connaissance de la décision. Courageux aura été l'établissement financier

qui aura osé s'opposer à son régulateur.

Si le délai légal venait à expirer, l'article 159 de la Constitution permettrait de pallier l'illégalité présumée de la circulaire. En vertu de cet article, les cours et tribunaux ne peuvent appliquer un acte administratif illégal (*B. CAMBIER, Procédure administrative, syllabus, 2020, disponible sur www.avocats.be*). Autrement, les juridictions ne peuvent appliquer cet acte (*Cass. 10 septembre 2007, J.T., p. 748-749*). Ce contrôle est large en ce qu'il n'est limité ni aux irrégularités manifestes, ni dans le temps (*Cass., 4 décembre 2006, J.L.M.B., 06/1166*).

Les tribunaux saisis pour un manquement présumé d'un établissement financier à son devoir de vigilance sur base de la circulaire analysée pourrait recourir à l'article 159 de la Constitution.

7. En conclusion, la circulaire soulève de nombreuses questions de par la position controversée qu'elle adopte à l'égard des fonds rapatriés de l'étranger, suite à une ancienne DLU, portant sur des capitaux prescrits (*P. SMEYERS et H. NEVE, op. cit. ; LALLEMAND, LEGROS et JOYN, op. cit., disponible sur www.llj.be*).

Dans la continuité de la DLU*quater*, cette circulaire accentue encore la pression sur les contribuables afin qu'ils procèdent à une régularisation des fonds importés de l'étranger, qu'il s'agisse de capitaux prescrits ou non.

Relevons également que la charge de la preuve de l'origine licite des avoirs revient au contribuable dans le cadre de cette DLU*quater*. En droit pénal, il revient par contre au parquet de prouver, sur la base d'éléments de fait que toute origine licite peut être exclue (*J.-P. BOMBAERTS, op. cit., disponible sur www.lecho.be, Cass. (2e ch.) RG P.06.1129.N, 28 novembre 2006 (Z.S.M.)*) et ce, selon le principe de présomption d'innocence. Ce renversement de la charge de la preuve pose également question.

Jean-Pierre BUYLE



COMPTABLE INDÉLICAT ET MANDAT APPARENT

Une société soutenait que sa banque avait commis une faute lourde, engageant sa responsabilité contractuelle, en exécutant toutes les opérations demandées par son comptable externe sans vérifier si celui-ci agissait dans le cadre et les limites d'un mandat.

La procuration spéciale donnée au comptable était limitée à des opérations n'impliquant aucun transfert de fonds au profit de tiers et ce n'était que ponctuellement à titre exceptionnel et pour des périodes bien précises et limitées, que le comptable avait bénéficié d'un mandat exprès sur le compte bancaire litigieux pour effectuer des opérations. Il était constant que sur les montants détournés par le comptable, seule une petite partie correspondait à des virements passés pendant des périodes où elle était couverte par les procurations ponctuelles, le solde ayant été détourné en dehors de celles couvertes par lesdites procurations.

La Cour d'appel de Bruxelles qui eût à connaître du litige rappela dans un premier temps que la banque est tenue d'une obligation de vérification et partant « *de procéder aux investigations élémentaires lui permettant de s'assurer de l'imputation effective de l'ordre donné au titulaire du compte mentionné dans celui-ci et de la réalité des mentions de cet ordre* ». Cette obligation était essentielle aux opérations de virement.

Il ressortait des déclarations du directeur et préposé de l'agence bancaire dans laquelle le compte était ouvert, que ces instructions avaient été exécutées par la banque sans respecter les procédures de vérification interne.

L'absence de vérification était en outre corroborée par l'enquête interne réalisée par la banque qui avait conclu que « *l'agence n'avait pas correctement 'visé' certaines opérations* ».

Pour contester toute faute, la banque soutenait que le comptable disposait d'un mandat tacite donné par la société.

Le mandat tacite implique une volonté de contracter. La preuve d'une telle intention dans le chef de la société n'était pas rapportée par la banque et était même démentie par les déclarations de son personnel.

Il ressortait en effet des déclarations des employés de l'agence que l'administrateur délégué avait toujours été très strict sur l'octroi des mandats et qu'il

« La banque est tenue d'une obligation de vérification et partant de procéder aux investigations élémentaires lui permettant de s'assurer de l'imputation effective de l'ordre donné au titulaire du compte mentionné dans celui-ci et de la réalité des mentions de cet ordre »

n'avait « *jamais permis verbalement en venant à l'agence ou téléphoniquement à une de ces comptables successives d'effectuer telle ou telle opération sans qu'il en ait donné son accord et ce, de manière écrite.* »

Le fait qu'à plusieurs reprises l'administrateur - délégué avait établi des procurations expresses et ponctuelles en faveur du comptable et qu'il n'avait jamais signalé que la banque pourrait accepter des ordres de paiement provenant d'une autre personne que les trois personnes investies des pouvoirs de signature ont confirmé que la société n'avait jamais eu l'intention de laisser d'autres personnes agir sur les comptes de la société au profit de tiers sans un mandat expressément donné.

La procédure mise en place pour procéder à des virements au bénéfice de tiers au départ des comptes de la société reposait à partir de 1999 sur le système « *Isabel* » dont l'administrateur-délégué était le seul à détenir la carte et le pouvoir de signature électronique. L'usage de ce système était connu de la banque et il impliquait que le recours

« La preuve d'un tel mandat ne pouvait pas plus se déduire de l'absence de contestation par la société des opérations ordonnées par le comptable. Le silence de la société trouvait en effet sa cause dans l'ignorance dans laquelle elle se trouvait de l'existence des agissements du comptable »

aux virements papiers devenait l'exception. Le nombre de virements papiers ordonnés par le comptable après la mise en place du système « *Isabel* » aurait donc dû éveiller l'attention de la banque et leur usage ne témoignait pas de l'existence d'un mandat tacite qui aurait été donné par la société au comptable.

La preuve d'un tel mandat ne pouvait pas plus se déduire de l'absence de contestation par la société des opérations ordonnées par le comptable. Le silence de la société trouvait en effet sa cause dans l'ignorance dans laquelle elle se trouvait de l'existence des agissements du comptable. Recourant principalement au système « *Isabel* », l'administrateur-délégué n'avait aucune raison de suspecter l'existence de virements papiers « *parallèles* ».

Le fait que la société ne contestait pas les virements ordonnés par le comptable au profit de tiers (qui ne concernaient que 51 opérations), par absence d'intérêt légitime à le faire une fois les détournements découverts, n'était pas non plus très pertinent.

Vainement, la banque soutenait-elle ensuite que le comptable aurait été le mandataire apparent de la société.

En vertu du mandat apparent, « *le pseudo-mandant peut être tenu par les actes du pseudo-mandataire en cas d'excès de pouvoir, voire d'absence de pouvoir lorsque le tiers pouvait raisonnablement croire que le pseudo-mandataire agissait au nom et pour le compte du pseudo-mandant* ». Une personne pouvait être engagée sur le fondement d'un mandat apparent si l'apparence lui était imputable, c'est-à-dire si elle avait librement par son comportement, même non fautif, contribué à créer ou à laisser subsister cette apparence.

Les considérations qui précèdent impliquent également que la banque ne pouvait prétendre avoir eu la croyance légitime que le comportement du comptable correspondait à la réalité d'un mandat

alors qu'elle savait que l'administrateur-délégué était très strict sur la question des pouvoirs de signature bancaire et sur l'octroi de mandats et qu'il recourait principalement à partir de 1999 au système « *Isabel* » pour effectuer ses transferts bancaires. Enfin, il n'était pas davantage établi que la société avait ratifié les opérations ordonnées par le comptable sans mandat.

Le silence de la société s'expliquait, comme relevé ci-dessus, par son ignorance des opérations effectuées en fraude par le comptable avant que son réviseur ne les ait découvertes en février 2000 et qu'il les ait dénoncées immédiatement à la banque.

Cette ratification ne se déduisait pas non plus de l'approbation des comptes par l'assemblée générale de la société. La procédure comptable mise en place par le comptable était « *complexe étant donné l'utilisation de nombreux comptes différents sans pouvoir faire le lien entre ceux-ci de façon rapide et directe* » (cf. le rapport du réviseur de la société) et les comptes étaient conformes à la situation comptable réelle de la société. Le comptable était en outre chargé de la gestion des extraits de compte, des factures et de l'encodage des données y renseignées dans la comptabilité de la société.

La société soutenait également que le système « *Isabel* », tel qu'il fonctionnait à l'époque, ne permettait pas de visualiser sur l'écran une instruction de paiement qui avait été donnée autrement que par la voie électronique et les extraits de compte électronique ne reprenaient pas les virements pas-

sés en dehors du système « *Isabel* » ; l'inverse n'était pas démontré par la banque.

Pour ces mêmes motifs, c'était également sans fondement que la banque se prévalait de l'approbation tacite des opérations en application de l'article 29 des conditions générales selon lequel « *les inscriptions au débit et au crédit d'un compte sont constatées par des extraits de compte ou, le cas échéant, dans un livret d'épargne. Le client doit signaler immédiatement à la banque toute erreur qu'il constaterait dans les extraits ou approuvés de compte* ».

« Le caractère systématique et répété de cette absence de vérification d'un mandat dans le chef du comptable constituait une violation d'une obligation essentielle du contrat et une faute dans le chef de la banque. »

Il s'en suivait que la banque avait commis une faute en exécutant les ordres de paiement donnés par le comptable sans vérifier au préalable les pouvoirs de ce dernier.

Le caractère systématique et répété de cette absence de vérification d'un mandat dans le chef du comptable constituait une violation d'une obligation essentielle du contrat et une faute dans le chef de la banque.

La banque soutenait que la société avait commis une faute en ne vérifiant pas de manière systématique ses extraits de compte et en « *s'organisant d'une manière telle que le comptable ne soit soumis à aucun contrôle concret* » et en a conclu qu'elle était par conséquent la seule responsable du dommage qu'elle avait subi.

« Il ne pouvait être exigé de l'administrateur-délégué qu'il vérifie personnellement tous les extraits de compte papiers de chacun de ses comptes, raison pour laquelle la société avait mis en place une structure impliquant non seulement une aide comptable mais également un expert-comptable et un commissaire aux comptes ».

La société était en 1998-1999 une PME présentant un chiffre d'affaires annuel moyen de l'ordre de 900.000.000 BEF impliquant un flux financier et un volume important de transactions dans plusieurs devises. Elle était titulaire de 18 comptes ouverts auprès de sept banques.

Il ne pouvait être exigé de l'administrateur-délégué qu'il vérifie personnellement tous les extraits de compte papiers de chacun de ses comptes, raison pour laquelle la société avait mis en place une structure impliquant non seulement une aide-comptable et la personne du comptable mais également un expert-comptable et un commissaire aux comptes, personnes en lesquelles elle avait a priori

confiance et dont elle n'avait aucune raison de craindre qu'ils se soient livrés à des malversations.

De plus, il n'était pas démontré que la société aurait pu découvrir les détournements si, comme le soutenait la banque, son administrateur-délégué avait personnellement vérifié les extraits de compte papiers et ce dès lors que :

- l'auteur de l'ordre de paiement n'était pas identifié sur l'extrait de compte et les communications utilisées par le comptable avaient un contenu neutre ;
- le comptable et ses sociétés étaient bénéficiaires légitimes de certains paiements en rémunération de leurs prestations ;
- les virements frauduleux étaient noyés dans un volume très important de transactions puisqu'ils ne représentaient que 0,5 % du total des flux financiers de la société.

Enfin, il n'était pas établi que la société aurait eu la qualité de commettant du comptable. Celui-ci était engagé en qualité de comptable indépendant, rémunéré sur la base de factures libellées à son nom et puis au nom de la société, et la preuve de l'existence d'un lien de subordination exercé par la société sur le comptable n'était pas démontrée par la banque.

La banque fut donc déboutée de son appel.



L'ABSENCE DE LA CONNAISSANCE DU VOL D'UNE CARTE CONSTITUE-T-ELLE UNE NÉGLIGENCE GRAVE ?

Un client avait effectué des opérations bancaires sur un automate situé dans une agence. Il avait quitté l'agence dans la croyance que sa carte avait été avalée par l'automate et qu'il pourrait la récupérer le lendemain lorsque l'agence serait ouverte.

Le lendemain matin, il retourna à l'agence et y apprit que sa carte bancaire n'avait pas été avalée mais avait fait l'objet d'une utilisation frauduleuse durant la nuit. Il mit immédiatement sa carte bancaire en opposition en déclarant sa perte/vol.

Auditionné par la police dans le cadre du vol de sa carte bancaire, il a exposé les circonstances du vol comme suit : alors qu'il se trouvait dans l'agence et qu'il retirait des extraits de compte, un homme qui se trouvait derrière lui, lui a indiqué qu'il avait perdu de l'argent. Il regarda sur le sol et vit deux billets de cinq euros. L'homme quitta la banque et le client a ramassé les billets. Quand il regardait à nouveau l'écran, il remarqua que celui-ci avait changé et qu'il lui était demandé d'insérer une carte. Il pensait que sa carte avait été avalée par l'appareil (ce qui lui était déjà arrivé). Un autre homme lui a dit alors qu'il devait appuyer sur le bouton encore. Il essaya, mais en vain. Il décida de revenir au matin pour récupérer sa carte.

Après analyse du dossier, la banque écrivit à son client que son opposition était tardive, car il aurait dû avertir Card Stop dès qu'il avait été conscient de ne plus être en possession de sa carte, c'est-à-dire au moment où elle avait été avalée.

L'Ombudsman des banques informa le client qu'il rejoignait la position de la banque dans la mesure où il avait commis une négligence grave au sens de

la loi, car il n'avait pas fait opposition dès qu'il avait eu connaissance de la dépossession.

L'analyse des images de la vidéo-surveillance par la police confirma la présence de deux personnes suspectes dans l'agence à l'heure des faits. Le client cita la banque devant le tribunal de première instance de Bruxelles en vue de l'entendre condamner au paiement de 6.599,70 € à augmenter des intérêts compensatoires. Par le jugement entrepris, le tribunal de première instance de Bruxelles déclara la demande non fondée.

En appel, le client réitéra sa demande.

Aux termes de l'article 31 de la loi du 10 décembre 2009 relative aux services de paiement qui était applicable au litige, « *l'utilisateur de services de paiement habilité à utiliser un instrument a les obligations suivantes : (...) 2° lorsqu'il a connaissance*

« L'Ombudsman des banques informa le client qu'il rejoignait la position de la banque dans la mesure où il avait commis une négligence grave au sens de la loi, car il n'avait pas fait opposition dès qu'il avait eu connaissance de la dépossession »

de la perte, du vol, du détournement ou de toute utilisation non autorisée de son instrument de paiement, il en informe sans délai son prestataire de services de paiement ou l'entité indiquée par celui-ci. (...) ».

Aux termes de son article 36, « sans préjudice de l'application de l'article 34, le prestataire de services de paiement du payeur doit, en cas d'opération de paiement non autorisée, après une vérification prima facie pour fraude dans le chef du payeur, rembourser immédiatement au payeur le montant de cette opération de paiement non autorisée et, le cas échéant, rétablir le compte de paiement débité dans l'état où il serait trouvé si l'opération de paiement non autorisée n'avait pas eu lieu, le cas échéant augmenté d'intérêts sur ce montant.

« le payeur supporte toutes les pertes occasionnées par des opérations de paiement non autorisées si ces pertes résultent soit d'un agissement frauduleux de sa part, soit du fait qu'il n'a pas satisfait, intentionnellement ou à la suite d'une négligence grave, à une ou plusieurs des obligations qui lui incombent ».

En outre, le prestataire de services de paiement du payeur doit rembourser les autres conséquences financières éventuelles, notamment le montant des frais supportés par le titulaire pour la détermination du dommage indemnisable ».

Dès lors que la banque avait exclu une fraude dans le chef du client. Il découlait de la disposition précitée qu'elle devait en principe l'indemniser.

La banque invoquait l'article 37, §1er, alinéa 2 de la loi aux termes duquel « le payeur supporte toutes les pertes occasionnées par des opérations de paiement non autorisées si ces pertes résultent soit d'un agissement frauduleux de sa part, soit du fait qu'il n'a pas satisfait, intentionnellement ou à la suite d'une négligence grave, à une ou plusieurs des obligations qui lui incombent en vertu de l'article 31. (...) ».

En vertu du §2 de cette même disposition, « sont notamment considérées comme négligences graves visées au §1er, le fait, pour le payeur de noter ses dispositifs de sécurité personnalisés, comme son numéro d'identification personnel ou tout autre code, sous une forme aisément reconnaissable, et notamment sur l'instrument de paiement ou sur objet ou un document conservé ou emporté par le payeur avec l'instrument de paiement, ainsi que le fait de ne pas avoir notifié au prestataire de services de paiement, ou à l'entité indiquée par celui-ci, la perte ou le vol, dès lors qu'il en a eu connaissance. »

Par l'appréciation de la négligence, le juge tient compte de l'ensemble des circonstances de fait. La production par le fournisseur de services de paiement des enregistrements visés à l'article 35 et l'utilisation de l'instrument de paiement avec le code connu du seul utilisateur de services de paiement ne constituent pas une présomption suffisante de la négligence de celui-ci. La banque soutenait que la négligence grave résidait dans le fait du client de ne pas avoir alerté son prestataire de services de paiement ou l'entité indiquée par lui dès qu'il avait constaté que sa carte avait été avalée. Cette situation ne s'identifiait cependant pas strictement avec la perte, le vol, le détournement

ou une utilisation non autorisée de la carte, au sens de la loi.

La banque ne pouvait davantage invoquer son Règlement de la carte de paiement et particulièrement :

- l'article 9.2.-3° du Règlement qui énonce que le porteur s'engage à avertir sans délai la banque (durant les heures d'ouverture de l'agence) ou Card-Stop (7 jours sur 7, 24H/24H au 070/344.344) de la perte ou du vol de la carte ;
- l'article 9.3.-3° dont il résulte que le titulaire du compte « *supporte toutes les pertes occasionnées par les opérations de paiement non autorisées jusqu'au moment où l'avertissement (de la banque, sans délai, en cas de perte, vol, de détournement ou de toute utilisation non autorisée de la carte) a été fait* », si ces pertes résultent du fait que le titulaire n'a pas satisfait, intentionnellement ou à la suite d'une négligence grave, à une ou plusieurs obligations lui incombant à cet égard ;

- une disposition figurant in fine qui est la seule à contenir la notion de « *tout autre incident (par exemple quand votre carte est avalée par un distributeur)* ».

Dans les circonstances de l'espèce, rien ne permettait de retenir que le client avait connaissance du vol de sa carte. Les manœuvres dont il avait fait l'objet dans l'agence avaient précisément pour objectif de lui faire croire que sa carte avait été avalée et de l'empêcher de comprendre qu'elle lui était subtilisée. Lorsqu'il s'était rendu à son agence le lendemain matin et qu'il avait eu connaissance du vol de sa carte, il avait fait opposition sans délai, selon le prescrit de la loi.

La banque, sur qui reposait la charge de la preuve, ne démontrait pas une négligence grave dans le chef du client en sorte qu'elle devait l'indemniser.



LA BANQUE N'A PAS À VÉRIFIER SI SES CLIENTS SONT EN RÈGLE AU REGARD DES DISPOSITIONS DE DROIT ÉCONOMIQUE

Plusieurs investisseurs décidèrent, il y a plusieurs années, de souscrire à des emprunts obligataires émis par une société, dont le siège était à Bruxelles.

Les premières obligations étaient de 50.000 €, mais que par la suite elles furent du double. Le taux d'intérêts était, lui, toujours intéressant par rapport à ce qu'on trouvait ordinairement sur le

marché, puisqu'il allait de 7 à 8 % l'an sur une période d'au moins cinq ans. Par ailleurs, la société vantait des liens étroits avec une fondation romaine elle-même proche du Saint-Siège. Pour souscrire aux emprunts, les investisseurs créditèrent le compte que la société avait ouvert dans les livres d'une banque belge, le plus souvent par chèque barré, quelquefois par virement.

On ne savait au juste pas comment se déroulaient les relations entre la société et ses obligataires au cours des premières années, mais, selon ces derniers, l'année 2014 vit de premiers dysfonctionnements apparaître, lorsque les intérêts ne furent pas payés et que les emprunts venus à échéance ne furent pas remboursés. En outre, il apparut que le président de la fondation liée à la société n'était pas l'archevêque de Gênes, contrairement à ce qui avait été annoncé.

Les investisseurs furent convaincus d'avoir été escroqués, et ils assignèrent la banque belge, dont ils estimaient la responsabilité engagée à leur égard.

« Les investisseurs considéraient que la banque avait manqué aux obligations que met à sa charge 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 ».

Ils lui firent un premier procès en France mais dès la mise en état de la cause, le tribunal fit droit à l'exception d'incompétence que la banque avait soulevée. Cette décision fut confirmée en appel. Un procès fut alors entamé à Bruxelles.

Entretemps, la société fut placée sous administration provisoire par décision du président du tribunal de commerce francophone de Bruxelles, siégeant en référé. Les investisseurs considéraient que la banque avait manqué aux obligations que met à sa charge 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, dans la version qui était la sienne à l'époque des faits. La banque, elle, considérait que cette loi ne pouvait être invoquée à son encontre par des particuliers et elle citait la jurisprudence qui s'était prononcée en ce sens, en Belgique comme dans des pays voisins (puisque la lutte contre le blanchiment procède de directives européennes). L'approche des investisseurs était sensiblement différente, en ce sens qu'ils ne réclamaient pas, à leur bénéfice, l'application de la loi, mais faisaient grief à la banque de ne pas l'avoir appliquée aux mouvements du compte de la société, ce qui revenait à lui reprocher une méconnaissance de ses obligations légales ou, en somme, la commission d'une faute extracontractuelle. Autrement dit, l'argumentation ici développée s'inscrivait dans les règles du droit commun de la responsabilité.

Le tribunal précisa que la banque avait correctement identifié sa cliente, la société, la seule avec qui elle eût des relations contractuelles (car les investisseurs n'avaient pas de compte en ses livres).

Cette société n'avait rien de particulier qui aurait dû attirer l'attention. Il y allait d'une personne morale de droit belge, ayant son siège dans la même agglomération que la banque, avec pour objet tous investissements et placements financiers, outre la possibilité d'agir dans le secteur immobilier. Elle annonçait des liens étroits avec un autre pays de l'Union européenne (l'Italie), dans la mesure où ses fondateurs étaient une société et une fondation de droit italien, ce qui n'était pas particulièrement suspect non plus. A supposer que la société

n'eût pas, dès le départ, procédé à une inscription correcte à la B.C.E., parce que les codes NACEBEL n'auraient pas été tous visés, ne concernait en rien la banque, qui n'avait pas à vérifier si ses clients étaient en règle au regard des dispositions de droit économique. Dans le cadre de la législation anti-blanchiment, il était attendu des dispositions financières qu'elles ne prêtaient pas leur concours à des opérations illicites ou suspectes, et elles veillaient à n'être pas utilisées pour ce faire, sans qu'il leur incombat d'aller au-delà.

Le tribunal ne pouvait donc suivre les investisseurs quand ils soutenaient que la banque aurait dû analyser les activités de la société pour s'assurer qu'il n'y avait pas là de blanchiment. Au demeurant, si l'on s'en tenait à la présentation des faits donnée par les investisseurs ceux-ci auraient été victimes d'escroquerie. Dans cette hypothèse, l'argent arrivé sur le compte de la société était normalement de l'argent propre (celui des investisseurs), ce qui signifiait que l'opération de blanchiment n'aurait dû intervenir qu'ultérieurement, après que les fonds auraient été transférés ailleurs (peut-être pour simuler un investissement) et qu'il eût alors fallu leur faire réintégrer le circuit économique ordinaire, comme s'ils provenaient d'une activité licite.

Rien de cela ne n'était passé dans les livres de la banque belge. Il ne fallait pas perdre de vue que le rôle de cette dernière n'était pas de conseiller les investisseurs, qui n'avaient aucune relation avec elle, mais d'offrir des services bancaires à sa cliente, sans pour autant avoir quelque devoir de surveillance à son égard. La loi de 1993 attendait d'une série d'institutions

qu'elles fussent attentives aux mouvements financiers qu'elles géraient, et donc, qu'elles eussent mis en place des mécanismes attirant l'attention sur des opérations anormales.

On savait qu'ici, la société avait émis des emprunts obligataires et attendait que son compte fût alimenté par des versements d'au minimum 50.000 ou 100.000 €, de sorte que la banque n'avait pas à s'étonner de la hauteur des chèques ou des virements qu'elle portait au crédit du compte. De même, s'agissant d'une société d'investissement, il n'était pas anormal que l'argent, aussitôt arrivé, repartît ailleurs, le rôle d'une telle société étant précisément de collecter des fonds pour les investir (l'exemple le plus représentatif étant peut-être celui de la SICAV).

« Le rôle de la banque n'était pas de conseiller les investisseurs, qui n'avaient aucune relation avec elle, mais d'offrir des services bancaires à sa cliente, sans pour autant avoir quelque devoir de surveillance à son égard ».

De ce point de vue, aucune faute n'était démontrée.



UNE BANQUE PEUT-ELLE DÉTERMINER UNILATÉRALEMENT LE TAUX D'INTÉRÊT LORS D'UNE RÉVISION ?

Une société, qui avait vu son crédit dénoncé suite aux non-paiements de ses mensualités, contestait le décompte établi par sa banque (i) quant à la façon de calculer les mensualités de remboursement du crédit, (ii) quant à la fixation unilatérale du taux de crédit lors de sa révision quinquennale et (iii) quant au principe de la dénonciation de son crédit. Le calcul de la mensualité de remboursement et la fixation du taux de crédit lors de la révision quinquennale.

La société estimait que les intérêts mensuels devaient être calculés sur base du taux annuel, divisé en 12, ce qui aboutissait selon elle à un trop payé sur 12 ans, de 2.547,75 €.

« L'argument selon lequel la banque aurait fait une modification unilatérale et prohibée de la clause du contrat, manquait de pertinence puisque la banque n'avait nullement modifié la clause, mais en avait fait une juste application conforme aux usages bancaires ».

La banque faisait valoir, d'une part, que la méthode de calcul était prévue conventionnellement et, d'autre part, qu'elle était conforme aux usages bancaires. La banque calculait les intérêts sur une base fictive de 360 jours sur 365 par an, ce qui permettait de niveler l'effet des années bissextiles et de prendre en compte le nombre exact de jours de chaque mois.

La banque exposait la formule de calcul qui découlait de cette méthode et démontrait que les mensualités y correspondaient en l'espèce.

Le tribunal constata que :

- la convention de crédit prévoyait le recours à cette méthode puisqu'elle prévoyait : « *pour le calcul des intérêts, les mois sont comptés pour leur nombre exact de jours et l'année pour 360 jours* ».
- l'application de cette méthode était une norme générale applicable dans le secteur bancaire.
- la banque avait dès lors correctement appliqué le contrat qui faisait la loi des parties.

L'argument selon lequel la banque aurait fait une modification unilatérale (partijbeslissing) et prohibée de la clause du contrat, manquait de pertinence puisque la banque n'avait nullement modifié la clause, mais en avait fait une juste application conforme aux usages bancaires.

Par ailleurs, le tribunal constata que les mensualités avaient toujours été payées sans aucune contestation depuis l'origine du crédit en 2004. Il n'y aurait dès lors en toutes hypothèses pas lieu à remettre en cause l'interprétation du contrat au vu de l'exécution constante en ce sens, de l'accord des parties, pendant 12 ans. La société plaidait également que lors de la révision quinquennale du taux du crédit, la banque avait abusé du libellé imprécis de la clause de révision pour lui imposer un taux excessif. La clause de révision de taux du contrat d'investissement litigieux était libellée comme suit :

« Le taux des intérêts sera revu à la hausse ou à la baisse lors de l'échéance en intérêt qui coïncide

avec ou suit le 5^e anniversaire de la date de la présente Convention, et ensuite tous les 5 an(s).

Le taux appliqué sera celui en vigueur dans la Banque un mois avant la date de révision fixée contractuellement, pour des opérations similaires, c'est-à-dire, des opérations de même nature et de même durée. »

L'article 6 des conditions générales de la banque prévoit que : *« les intérêts, commissions et frais sont déterminés par forme d'utilisation. En fonction des conditions du marché, la banque peut en tout temps modifier les intérêts, commissions et frais ».*

La société estimait anormal qu'alors que les taux d'intérêt sur le marché bancaire avaient fortement diminué entre 2004 et 2009, et plus fortement encore entre 2009 et 2014, l'évolution du taux du crédit litigieux n'ait pas suivi cette tendance. Au contraire, le taux annuel fixé en 2004 à 4,910 % sera porté à 5,594 % en 2009 puis revu à 5,179 % en 2014.

La banque répondait que la lecture combinée de la clause de révision du crédit, et de l'article 6 de ses conditions générales justifiait la latitude de la banque de tenir compte de tous les éléments de l'opération financée et notamment du profil de risque que présentait le crédit. La banque expliquait que le taux avait été fixé en l'espèce, lors des révisions, en fonction de ces critères et que la société si elle n'en était pas satisfaite, avait la faculté de choisir de mettre un terme au crédit avec une indemnité de rupture symbolique de 250,- €. Cette faculté était prévue dans les conditions générales, et pouvait s'exercer entre la notification du nouveau taux de crédit et son entrée en vigueur, délai en l'occurrence de 21 jours.

La société rétorqua qu'il était illusoire de penser qu'un refinancement dans un délai aussi court soit possible, notamment au vu de sa situation financière. Elle exposait s'être trouvée devant le fait accompli d'une décision unilatérale qui lui avait été imposée par la banque, s'agissant pour elle du combat inégal du « *pot de terre* » contre « *le pot de fer* ».

Le tribunal a rappelé que si les conditions purement potestatives étaient prohibées, tel n'était pas le cas d'une clause contractuelle qui laissait une certaine latitude à l'une des parties pour fixer ou modaliser les obligations de l'autre pour autant que la latitude soit exercée de bonne foi.

« Il existe un certain nombre de cas dans lesquels la convention est valable, quoique les parties soient convenues de laisser à l'une d'entre elles le soin de déterminer l'objet d'une

« si les conditions purement potestatives étaient prohibées, tel n'était pas le cas d'une clause contractuelle qui laissait une certaine latitude à l'une des parties pour fixer ou modaliser les obligations de l'autre pour autant que la latitude soit exercée de bonne foi ».

des obligations issues du contrat – situation désignée dans la doctrine néerlandophone par l'expression partijbeslissing.

...

L'intervention de la partie chargée de la détermination de l'objet est tempérée par le fait qu'elle ne peut faire usage de ce droit contraire-

ment à la bonne foi (C. civ., art. 1134, al.3) et que les tribunaux exercent une surveillance marginale sur l'exercice de ce droit. Ils doivent donc vérifier si la partie n'a pas usé du droit de manière inéquitable et contraire à la bonne foi, mais ils ne peuvent substituer leur appréciation à la partie pour la détermination du contenu de l'obligation. Le juge procède en l'espèce à un contrôle marginal, selon la démarche que nous avons déjà rencontrée : il vérifie si l'auteur de la décision n'a pas excédé les marges d'appréciation déterminées par le principe de bonne foi ».

La validité de la clause par laquelle les parties convenaient de fixer le taux d'intérêt par référence aux taux de base variable de la banque avait été admise. La clause stipulée par les parties était dès lors licite.

Il incombait au tribunal de vérifier si la fixation du taux effectuée par la banque lors des deux révisions quinquennales avait ou non été effectuée dans le respect du principe d'exécution de bonne foi des contrats. En l'espèce, la clause de révision de taux prévue au contrat fixait comme critère de référence le taux de la banque pour « *des opérations de même nature et de même durée* ».

La banque indiquait que cette clause s'interprétait comme visant des opérations présentant le même degré de risque, et censées se clôturer dans le même délai.

La société plaidait qu'il était contraire à la bonne foi d'élargir ainsi le critère d'appréciation de la banque aux risques financiers que présentait le crédit, sans que ce soit clairement indiqué dans la clause de révision.

Le tribunal estima qu'au vu de l'obligation qui pesait sur la banque de s'informer de la situation financière

du crédit tant lors de l'octroi du crédit que lors de l'exécution de celui-ci, sous peine d'encourir une responsabilité du fait du maintien fautif d'un crédit, il était normal que l'examen de la situation financière du crédit soit effectué et qu'il en soit tenu compte lors de la révision périodique du taux du crédit.

L'argument suivant lequel le délai de renonciation au crédit en cas de refus du taux révisé était excessivement court – en l'espèce entre le 01/07 et le 22/07 -, n'était pas pertinent, car la décision de principe de renoncer au crédit aurait pu être prise dans ce délai, tout en sollicitant ensuite un délai de quelques semaines pour le remboursement effectif.

Le tribunal notait également que ces deux révisions avaient été notifiées à la société qui n'avait pas contesté les taux successifs ni même demandé d'explication. Il s'en déduisait que la société, dont le dirigeant avait manifestement des compétences sur le plan économique, se doutait que l'augmentation du taux devait être liée à la mauvaise situation financière de la société, ce qui avait été confirmé à l'audience par le gérant de la société. La société n'avait donc pas estimé que le taux était abusif, ni lors de la notification du taux révisé ni lors de la dénonciation du crédit.

Le tribunal estima en conséquence que l'application de la clause de révision de taux par la banque, conformément aux usages bancaires et en fonction de la situation concrète du crédit, ne constituait pas un abus que le tribunal devait sanctionner par une réduction a posteriori du taux de révision quinquennal.

Quid de la responsabilité pour rupture abusive du crédit d'investissement ?

Le tribunal rappela que l'abus de droit consistait à exercer un droit d'une manière qui excédait manifestement les limites de l'exercice normal de ce droit par une personne prudente et diligente. Tel était le cas spécialement lorsque le préjudice causé était sans proportion avec l'avantage recherché ou obtenu par le titulaire du droit. Dans l'appréciation des intérêts en présence, le juge devait tenir compte de toutes les circonstances de la cause.

Si le droit qu'avait le banquier de dénoncer un crédit, dans le respect des conditions contractuelles, était discrétionnaire et s'il n'appartenait pas au pouvoir du juge de rétablir la convention dénoncée, ce droit discrétionnaire était toutefois susceptible d'abus pouvant être sanctionné par l'octroi de dommages et intérêts. Le comportement de la banque postérieurement à la dénonciation était indifférent pour apprécier le caractère abusif de la dénonciation comme telle.

Le banquier devait parfois mettre fin au crédit pour éviter que des tiers puissent lui reprocher d'avoir maintenu une apparence de solvabilité dans le chef de l'entrepreneur dont l'affaire était en fait définitivement condamnée.

En l'espèce, la société estimait que la dénonciation du crédit était abusive en ce qu'elle lui avait causé un préjudice disproportionné (chiffré à plus de 550.000 €) par rapport à l'avantage recherché par la banque, à savoir un remboursement immédiat du solde du crédit (330.000 € et les accessoires) alors que la créance de la banque était couverte par des garanties réelles et personnelles d'une valeur nettement supérieure (hypothèque sur une habitation, estimée à plus d'un million d'euros et caution personnelle du gérant de la société dont la solvabilité

n'était pas contestée).

La banque estimait au contraire qu'elle pouvait dénoncer le crédit sans abuser de son droit au vu des éléments du dossier, c'est-à-dire (i) la mise en demeure au bout de 4 échéances de remboursement impayées (ii) l'absence de réaction de la société suite à cette mise en demeure (iii) la poursuite de l'absence de remboursement pour arriver à 6 échéances impayées et (iv) la situation financière de la société largement obérée. La situation obérée était attestée d'une part par les bilans de la société, dont les capitaux propres étaient négatifs et d'autre part par des dettes à l'ONSS, ce qui démontrait également que d'autres créanciers que les associés et la banque étaient impayés.

« l'utilisation, par le préposé, de sa fonction ou des moyens mis à sa disposition par le commettant à des fins étrangères à celles assignées à sa mission constituait un abus de fonction qui engageait la responsabilité du commettant sur la base de l'article 1384 ».

L'examen du dossier révélait que la société :

- souhaitait elle-même mettre un terme au crédit, puisqu'elle écrivait en décembre 2015 qu'elle souhaitait trouver une solution pour solder ce crédit ;
- avait précisé que son administrateur allait

- vendre un appartement et liquider une assurance groupe pour mettre les fonds à la disposition de la société aux fins de rembourser anticipativement le crédit ;
- n'avait pas sollicité de moratoire ni de réaménagement du crédit, ni avant, ni après qu'elle ait cessé ses remboursements ;
 - avait bénéficié du service Intensive care de la banque lors de la mise en œuvre de son plan de sauvetage de 2011 à 2013 ;
 - n'avait pas tenu informé la banque de l'avancée de son projet de remboursement anticipé entre janvier et juin 2016, tout en s'abstenant d'honorer les remboursements ;
 - n'avait pas réagi à la lettre de mise en demeure de régularisation de la situation sous peine de dénonciation, lui adressée en mai 2016, tout en persistant à ne plus honorer les remboursements ;
 - n'avait pas contesté le principe de la dénonciation ni demandé la remise en vigueur du contrat de crédit, la seule discussion ayant porté sur l'abandon par la banque de la funding loss.

Ce comportement, qu'il résultait de négligence ou était délibéré, était de nature à obérer la confiance de la banque à l'égard de son client.

Quant à l'évaluation de la balance des intérêts respectifs des parties et des conséquences de la dénonciation du crédit.

La société avait, en effet, fait choix de se refinancer auprès du partenaire commercial avec qui elle réalisait un autre projet immobilier, en renégociant leur contrat d'association. La société avait renoncé à des bénéfices éventuels, moyennant une augmentation de son bénéfice certain. Elle indiquait avoir en définitive perdu près de 450.000 € de bénéfice. Cependant, il fallait admettre que la banque ne pou-

vait imaginer que le refinancement allait être à ce point coûteux pour la société ni que la société allait renoncer à des bénéfices éventuels sur un projet immobilier en cours. En effet, la société avait initialement envisagé un autre moyen de financement, dont elle avait informé la banque, soit la liquidation d'une assurance groupe et la vente d'un appartement appartenant au gérant de la société. Outre que le dommage sollicité devait s'analyser au mieux en la perte d'une chance, il fallait constater que l'éventuelle nécessité de renégociation du contrat en termes potentiellement désavantageux n'avait pas été évoquée avec la banque avant la dénonciation du crédit. Cette information sera communiquée en janvier 2018, soit plus d'un an et demi après la dénonciation du crédit. Au moment de la dénonciation, le dommage dont l'indemnisation était alors sollicitée n'était pas prévisible. Il ne pouvait dès lors être reproché à la banque de n'avoir pas tenu compte de celui-ci lors de sa décision.

L'ensemble de ces circonstances conduisaient le tribunal à estimer que la banque, dont l'attitude pouvait effectivement être qualifiée d'intransigente, n'avait toutefois pas manifestement excédé le comportement d'un banquier normalement prudent et diligent, en dénonçant le crédit notwithstanding l'existence de garanties couvrant sa créance, au vu de la situation financière gravement obérée et de l'absence de réaction de son client aux mises en demeure de régulariser les échéances impayées. Les demandes en paiement de dommages et intérêts du gérant de la société et de la société elle-même n'étaient en conséquence pas fondées.

● ● ●

LA RUPTURE ANTICIPÉE DU CONTRAT DE PRESTATION INFORMATIQUE ÉTAIT FAUTIVE

Une société exécutait par l'intermédiaire de son gérant différentes prestations informatiques pour une banque.

Les relations entre la banque et le gérant de la société informatique s'étaient dégradées à partir de l'année 2010, celle-ci lui reprochant entre autres d'indexer d'autorité le prix des prestations convenues ou de gonfler artificiellement lesdites prestations.

Le 6 juillet 2011, le gérant avait été prié de quitter sur-le-champ l'entreprise. Il dénonçait cette situation par un mail du jour même, également envoyé par pli recommandé à la banque, comme suit : « ce jour à 16 h 30, M.R. m'a appelé dans son bureau pour me signifier qu'il était mis fin sur le champ au contrat qui me lie (par la société) à la banque. Aucun motif (ne) m'a été exposé et je n'ai reçu aucun écrit confirmant cet état de fait. J'ai dû rejoindre mon bureau accompagné de deux bodyguard et j'ai été contraint de vider mon bureau de tout ce qui m'appartient. J'ai dû rendre mon ordinateur portable, ma clé d'accès à distance au réseau, mon badge d'accès au bâtiment et j'ai dû vider les lieux sur le champ. Les bodyguard m'ont accompagné jusqu'à la sortie. (...) Je vous demande de confirmer par écrit par retour du courrier la décision que vous avez prise. Je formule bien entendu toutes réserves à propos de ce qui s'est passé aujourd'hui (...) ». Le lendemain déclarant faire application de l'article 6 du « contrat d'assistance en régie » qui régissait, selon elle, la relation des parties, la banque avait écrit à la société informatique dans les termes suivants :

« Nous vous informons par la présente que nous sommes arrivés à la conclusion que toute collaboration avec votre gérant est devenue impossible, notamment pour les raisons suivantes :

- inexactitude des timesheets soumises pour approbation ;
- utilisation du temps partiel de travail sur site à des fins de gestion de la société ;
- comportement inadéquat vis-à-vis des personnes en charge de la gestion journalière des activités de votre gérant réduisant fortement toute possibilité d'une relation de confiance saine et équilibrée.

Nous nous voyons dès lors dans l'obligation de mettre fin avec effet immédiat à son activité dans le cadre du contrat qui nous lie. »

« la banque lui reprochant entre autres d'indexer d'autorité le prix des prestations convenues ou de gonfler artificiellement lesdites prestations. »

Cet article 6, intitulé « Durée et résiliation du contrat » prévoyait en son 2ème alinéa que « Si, pendant la durée du contrat, la banque estime que, pour un motif quelconque, toute collaboration avec la personne concernée est devenue impossible, elle avisera l'entreprise par lettre recommandée. Si dans un délai de deux semaines à compter de la date d'envoi de la lettre recommandée, l'entreprise n'a pas dési-

gné un remplaçant convenant à la banque, le contrat sera résilié de plein droit, la banque ne sera redevable d'aucune indemnité, de quelque nature que ce soit ».

« Faisant suite à cette décision et en application de l'article 6 du contrat en référence, nous vous invitons à nous proposer sous quinzaine un remplaçant qui nous agréé ».

Cette décision avait été contestée par la société informatique tant dans ses motifs que dans sa demande de remplacer son gérant par un tiers, la société déniait être liée par le contrat n° 4800004017 qu'elle avait refusé de signer.

En l'absence de proposition de remplacement de son gérant, la banque avait pris acte, le 25 août 2011, de la résiliation du contrat de plein droit, sans indemnité.

« la société n'avait jamais contesté son application à la réception d'un bon de commande ultérieur, ni durant son exécution, en sorte qu'il fallait en déduire qu'elle en avait accepté les termes, même si elle ne l'avait pas signé ».

Les parties demeurant sur leurs positions, la société cita la banque devant le premier juge aux fins de l'entendre condamnée à lui payer une indemnité du chef du préjudice moral subi en raison des conditions humiliantes et injurieuses dans lesquelles il avait été mis fin au contrat et un montant supplémentaire à titre d'intérêts au taux de 12 % l'an pour le paiement tardif de factures émises, le tout étant à

majorer des intérêts « judiciaires ».

Le premier juge avait fait partiellement droit à cette demande en condamnant la banque à lui payer l'indemnité réclamée considérant, en substance, que le « contrat d'assistance en régie » ne liait pas les parties et que la banque avait rompu anticipativement la relation contractuelle de manière fautive et un montant à titre d'intérêts de retard calculé au taux de 12 % l'an.

La banque a relevé appel de cette décision estimant que tous les chefs de la demande originaire de la société devaient être déclarés non fondés.

La Cour d'appel de Bruxelles constata que la société prétendait en vain que le « contrat d'assistance en régie » ne régissait pas les relations contractuelles des parties au jour où la banque avait prétendu faire usage de son article 6. D'une part, le bon de commande qui prévoyait des conditions particulières en termes de frais, de durée, de l'indexation du prix des prestations, mentionnait expressément qu'il était soumis aux conditions établies par ce contrat d'assistance en régie. D'autre part, la teneur du contrat d'assistance en régie était connue de la société depuis le 29 novembre 2006, dans la mesure où elle avait reçu ce contrat en même temps que la première commande, même si elle prétendait ne pas l'avoir accepté à cette époque.

Enfin, la société n'avait jamais contesté son application à la réception d'un bon de commande ultérieur, ni durant son exécution, en sorte qu'il fallait en déduire qu'elle en avait accepté les termes, même si elle ne l'avait pas signé. Le fait que des conditions particulières de la collaboration n'étaient pas reprises dans ce contrat cadre ne le privait pas d'effet entre parties, dès lors

qu'il prévoyait expressément que l'objet (article 1er), les tâches à exécuter (article 2), les modalités d'exécution de ces tâches (article 3) ou encore la rémunération (article 4) étaient précisées dans le « Purchase Order » (bon de commande). Il restait qu'en intimant au gérant, le 6 juillet 2011, de quitter son poste sur-le-champ, la banque avait méconnu le prescrit de l'article 6 de ce contrat cadre qui stipulait, pour rappel, en son 2ème alinéa, que « *si, pendant la durée du contrat, la banque estime que, pour un motif quelconque, toute collaboration avec la personne concernée est devenue impossible, elle avisera l'entreprise par lettre recommandée. Si dans un délai de deux semaines à compter de la date d'envoi de la lettre recommandée, l'entreprise n'a pas désigné un remplaçant convenant à la banque, le contrat sera résilié de plein droit. La banque ne sera redevable d'aucune indemnité, de quelque nature que ce soit* ».

En effet, il ne résultait d'aucun élément soumis à la Cour que la banque avait préalablement avisé la société que la collaboration avec son gérant était devenue impossible, ni qu'elle avait permis à ce dernier d'exécuter ses prestations durant la période de 15 jours accordée à son cocontractant

pour trouver un remplaçant.

La banque n'était pas fondée à soutenir, comme elle le faisait à titre subsidiaire, que « *la rupture du contrat doit s'interpréter comme une résolution pour faute commise par la société* ». En effet, cet habillage juridique a posteriori de son comportement était radicalement incompatible avec sa lettre précitée du 7 juillet 2011 qui n'imputait aucune faute quelconque à son cocontractant et qui, au contraire, considérait que le contrat de services des parties était toujours en cours, pour autant qu'une autre personne physique lui soit présentée pour exécuter les tâches couvertes par le bon de commande dans un certain délai.

La banque avait donc rompu anticipativement le contrat à durée déterminée des parties sans en respecter les termes et qu'elle était tenue au paiement de l'indemnité de 165.642,00 €, représentant le prix des 9 mois de prestations restants, dont le montant n'était pas contesté en tant que tel. L'appel fut donc déclaré non fondé.

●●●

ACHAT D'OBLIGATIONS GRECQUES EN EXECUTION ONLY

Suite à une communication en octobre 2009 du nouveau Premier Ministre grec, la Grèce avait connu une crise financière économique qui lui avait fait perdre la confiance des marchés financiers et des institutions européennes et qui avait fait vaciller sa dette.

En décembre 2009, Standard & Poor's avait dégradé la note de la Grèce à BBB+.

A partir du printemps 2011, le rating de solvabilité attribué à la Grèce par les 3 plus grandes agences de notation (S&P, Moody's et Fitch) s'était rapidement dégradé. En avril et juin 2010, la Grèce avait perdu sa note « *investment*

grade » auprès de S&P et de Moody's.

Au cours du printemps 2011, le rating de solvabilité de la Grèce avait continué à baisser auprès des 3 grandes agences de notation (7 mars 2011 : B1 par Moody's et 29 mars 2011 : BB- par S&P).

Le 19 mars 2011, un client d'une banque avait acheté des obligations d'Etat grecques pour une valeur de 500.000 EUR au cours de 93 % et, le 22 mars 2011, le client avait acheté des obligations d'Etat grecques pour une valeur de 100.000 EUR au cours de 93 %. Le client avait ainsi investi plus de 1/3 de son portefeuille titres dans les obligations d'Etat grecques.

« Le client reprochait à sa banque de lui avoir conseillé d'investir dans les obligations grecques et de ne pas lui avoir déconseillé d'investir autant de son patrimoine dans des obligations grecques, sans assurer une certaine diversité de ses investissements ».

En juin et juillet 2011, à la suite des discussions menées autour du second plan de sauvetage, le rating de la Grèce avait continué à régresser (1er juin 2011 : Caa1 par Moody's, 13 juin 2011 : CCC par S&P et 13 juillet 2011 : CCC par Fitch).

Fin juillet 2011, suite à la proposition du texte du second plan de sauvetage de la Grèce, une deuxième série de dégradations avait suivi (25 juillet 2011 : Ca par Moody's et 27 juillet 2011 : CC par S&P). Ces notes relevaient de la catégorie « *ultraspéculatif avec faillite imminente et espoir limité de récupération du capital investi* ». La Grèce

affichait ainsi la notation la plus basse attribuée par S&P et Moody's parmi tous les pays qui recouraient à leurs services.

Le 12 décembre 2011, le client avait acheté des obligations d'Etat grecques pour une valeur de 500.000 EUR au cours de 46,05 %. Le client avait ainsi investi plus des 2/3 de son portefeuille titres dans les obligations d'Etat grecques.

Le 23 janvier 2012, le client avait vendu ses obligations Thomas Cook et acheté des obligations d'Etat grecques pour une valeur de 500.000 EUR au cours de 41,12 %. Le client avait ainsi investi l'intégralité de son portefeuille titres dans les obligations d'Etat grecques.

Le client reprochait à sa banque :

- de lui avoir conseillé d'investir dans les obligations grecques,
- de ne pas lui avoir déconseillé d'investir autant de son patrimoine dans des obligations grecques, sans assurer une certaine diversité de ses investissements,
- de ne pas avoir attiré son attention sur le fait que les obligations d'Etat grecques avaient été dégradées par Moody's le 7 mars 2011 de la notation Ba1 à la notation B1, les qualifiant ainsi de titres « *hautement spéculatifs* » ce qui avait pour conséquence que ses investissements étaient contraires à son profil d'investisseur dynamique,
- d'avoir exécuté les ordres sans lui adresser d'avertissement négatif d'investissement,
- de ne pas l'avoir informé que la banque estimait que le scénario de la restructuration de la dette grecque sur une base volontaire – c'est-à-dire sur une base qui ne devait pas affecter les petits porteurs qui auraient été remboursés à 100 % - n'avait que 6,7 % de chance de se réaliser.

Le tribunal de l'entreprise de Bruxelles qui eût à connaître du litige précisa qu'afin de pouvoir examiner si la banque avait manqué ou non à ses obligations, il fallait tout d'abord déterminer si les ordres du client avaient été passés dans le cadre d'une simple exécution (« *execution only* ») ou dans le cadre d'un conseil en investissement vu que les obligations à charge de l'entreprise d'investissement étaient très différentes selon qu'elle se trouvait dans le premier ou le second cas.

Simple exécution (« *execution only* ») ou conseil en investissement ?

Le client affirmait avoir conclu avec sa banque un contrat de conseil en investissement sans prévoir de rémunération particulière et qu'un private banker lui avait été assigné pour le conseiller au mieux dans ses investissements. Il en valait pour preuve le document signé par lequel il acceptait le profil d'investisseur recommandé par la banque, à savoir le profil dynamique (max. 75 % actions et/ou produits dérivés) et où il était précisé que « *afin de recommander la stratégie d'investissement la plus appropriée, la banque fournira au client des conseils d'investissement basés sur le profil indiqué ci-dessus* ». Le client affirmait passer lui-même ses ordres pour l'achat ou la vente de titres par ordinateur. Lorsqu'il avait besoin de conseils, il téléphonait à son private banker et sur la base des conseils donnés par ce dernier, il donnait ordre à son private banker de passer l'ordre pour lui. Il soulignait qu'en l'espèce, tous les ordres pour l'achat d'obligations d'Etat grecques avaient été passés par son private banker et donc sur suite à des conseils donnés par ce dernier.

Le private banker était un contact privilégié pour répondre aux questions du client. Contrairement à

ce que prétendait le client, le private banker n'avait pas d'office pour fonction de conseiller le client. Il n'aura cette fonction que si un contrat de conseil en investissement était conclu. En l'espèce, un tel contrat n'avait pas été conclu et la petite phrase reprise sur le document du 5 octobre 2010 à laquelle se référait le client n'était certainement pas suffisante pour engager les parties dans le cadre d'un contrat de conseil en investissement.

En l'absence d'un contrat de conseil en investissement, le private banker n'avait pas à conseiller, ni à déconseiller ce client concernant ses investissements. Il n'avait pas non plus l'obligation d'attirer son attention sur le fait que l'opération envisagée serait contraire aux recommandations internes de la banque. Cette dernière n'était nullement tenue d'indemniser ce client

« Contrairement à ce que prétendait le client, le private banker n'avait pas d'office pour fonction de conseiller le client. Il n'aura cette fonction que si un contrat de conseil en investissement était conclu ».

sur la base du règlement transactionnel conclu avec la FSMA.

Les manquements reprochés à la banque quant aux obligations qui étaient à sa charge dans le cadre d'un conseil en investissement ne seraient donc pas examinés.

Seuls seraient examinés les manquements reprochés à la banque quant aux obligations qui étaient à sa charge dans le cadre d'une simple exécution (« execution only »).

Informations inexactes et trompeuses.

Le client reprochait à la banque d'avoir communiqué des informations inexactes et trompeuses et d'avoir dès lors violé les dispositions suivantes applicables dans le cadre d'une simple exécution :

- l'article 27, §1er de la loi du 2 août 2002 sur la surveillance du secteur financier – qui transpose l'article 19 de la directive MiFid - : « *Lorsqu'elles fournissent à des clients des services d'investissement et/ou, le cas échéant, des services auxi-*

« entreprises d'investissement ne peuvent communiquer que des informations exactes et doivent « s'abstenir de mettre l'accent sur les avantages potentiels d'un service d'investissement ou d'un instrument financier sans indiquer aussi les risques éventuels correspondants ».

liaires, les entreprises réglementées veillent à agir de manière honnête, équitable et professionnelle qui serve aux mieux les intérêts desdits clients, et se conforment, en particulier, aux règles de conduite énoncées aux §§2 et 12 » ;

- l'article 27, § 2 de la même loi du 2 août 2002 : « *Toutes les informations, y compris publicitaires, adressées par l'entreprise réglementée à*

des clients ou à des potentiels, sont correctes, claires et non trompeuses » ;

- l'article 8 de l'Arrêté Royal du 3 juin 2007 : les entreprises d'investissement ne peuvent communiquer que des informations exactes et doivent « *s'abstenir en particulier de mettre l'accent sur les avantages potentiels d'un service d'investissement ou d'un instrument financier sans indiquer aussi, correctement et de façon bien visible, les risques éventuels correspondants. Elle (l'information) doit être suffisante et présentée d'une manière qui soit compréhensible par un membre moyen du groupe auquel elle s'adresse ou auquel il est probable qu'elle parvienne. Elle (l'information) ne doit ni travestir, ni minimiser, ni occulter certains éléments, déclarations ou avertissements importants ».*

Le client prétendait que son private banker lui avait indiqué qu'en principe la restructuration de la dette grecque se ferait sur une base volontaire, sans impact pour les petits investisseurs et lui avait confirmé que son chef stratégeste partageait le même avis alors qu'à la même époque la banque estimait que ce scénario n'avait que 6,7 % de chances de se réaliser. Il en déduisait que l'information communiquée était inexacte et donc fautive.

Le client ajouta que même si l'information qui lui avait été communiquée avait été conforme aux prévisions internes de la banque, il faudrait constater qu'en confirmant simplement que la restructuration devait se faire sur une base volontaire uniquement, le private banker avait mis l'accent sur les avantages d'un potentiel investissement

sans indiquer de façon précise les risques liés à l'acquisition d'obligations d'Etat grecques supplémentaires, ce qui était également fautif.

La banque affirmait que le schéma qui ne fixait qu'à 6,7 % la probabilité qu'un accord permette aux petits porteurs d'être remboursés dans leur totalité, n'émanait pas de ses services et relevait qu'il n'était pas daté de sorte qu'il n'était nullement démontré qu'il existait et qu'il avait été porté à sa connaissance préalablement à l'entretien téléphonique du 23 janvier 2012.

Absence d'avertissement négatif.

Le client indiqua que dans le cadre d'une simple exécution (« *execution only* »), si un profil d'investisseur était dressé, comme c'était le cas en l'espèce, les règles MiFid imposaient à l'entreprise d'investissement d'avertir le client que l'ordre que ce dernier lui demandait de passer était contraire à son profil. Il ajouta qu'en l'espèce, les ordres avaient été effectués par le private banker sans que ce dernier n'ait adressé d'avertissement négatif, alors que l'acquisition d'obligations d'Etat grecques en telle quantité était manifestement contraire au profil d'investisseur dynamique (et non spéculatif) du client.

La banque a produit le document intitulé « *Ordre de bourse – demande d'achat* » pour l'achat du 19 mars 2001 qui était signé par le client et sur lequel il était précisé ce qui suit : « *Après exécution de cet (ces) ordre(s), la composition du portefeuille (ordres en cours non-exécutés inclus) ne correspondra pas au profil d'investisseur qui y est lié. Le donneur d'ordre confirme qu'il souhaite passer cet (ces) ordre(s) en connaissance de cause et sous sa propre responsabilité, malgré l'avertissement de la banque.* ». Elle a produit des documents simi-

lares avec des mentions similaires pour les autres achats mais non signés par le client.

Le client a répondu que la banque prétendait lui avoir envoyé (mais elle ne disait pas comment) la confirmation des ordres qui indiquait en caractère minuscule qu'après exécution de l'ordre son portefeuille ne correspondra plus à son profil de risque mais que rien n'indiquait toutefois que ces confirmations d'ordres aient effectivement été envoyés au client, ni, surtout, que leur contenu ait été exposé au client lors de la conversation téléphonique au cours de laquelle il avait donné ordre à son private banker de passer l'opération.

Contrairement à ce que prétendait le client, la réponse de la banque sur la probabilité que la restructuration de la dette grecque se ferait sur une base volontaire n'était pas déterminante

« les ordres avaient été effectués par le private banker sans que ce dernier n'ait adressé d'avertissement négatif, alors que l'acquisition d'obligations d'Etat grecques en telle quantité était manifestement contraire au profil d'investisseur dynamique du client. »

pour le client dans sa décision d'acheter des obligations d'Etat grecques en décembre 2011 vu que cet achat avait été effectué avant même de poser la question par email du 13 décembre 2011.

Si on relisait correctement la retranscription de

l'entretien téléphonique du 23 janvier 2012, on pourrait constater que la banque n'avait nullement conseillé ou encouragé le client d'acheter des obligations d'Etat grecques et que le client avait confirmé sa volonté d'échanger les obligations Thomas Cook contre des obligations d'Etat grecques sur la base des prix négociés avant même d'avoir interrogé la banque sur la situation de la Grèce.

Lorsque le 12 mars 2012, les obligations d'Etat grecques du client avaient fait l'objet d'un échange forcé (et pas volontaire) contre des nouvelles obligations d'Etat grecques et des obligations Euro Fin Stab, le client n'avait d'ailleurs nullement reproché à la banque de l'avoir mal informé sur la probabilité que la restructuration de la dette grecque se ferait

« Le client savait pertinemment bien que les ordres qu'il avait passés pour l'achat des obligations d'Etat grecques étaient contraires à son profil investisseur et un rappel du risque encouru ou un avertissement de la banque à ce sujet n'y aurait rien changé ».

sur une base volontaire. Par courrier de son conseil du 5 avril 2012, le client avait uniquement prétendu qu'il n'avait pas donné l'ordre du 23 janvier 2012, ce qui avait été infirmé par l'écoute de l'enregistrement de l'entretien téléphonique.

Il fallait rappeler que le client, s'il n'était certainement pas un trader ou un professionnel de l'investissement, était clairement bien informé. Le client indiquait d'ailleurs dans ses conclusions qu'il s'inté-

ressait aux marchés financiers et lisait la presse financière tout public. Il avait ainsi suivi avec beaucoup d'attention le rating de solvabilité de la Grèce auprès des grandes agences de notation. Il suffisait de lire l'email du 13 décembre 2011 pour s'en convaincre.

Sachant pertinemment bien que les notes des obligations d'Etat grecques relevaient de la catégorie « *ultraspéculatif avec faillite imminente et espoir limité de récupération du capital investi* » et que leur cours était à moins de 50 %, il avait décidé d'investir l'intégralité de son portefeuille titres dans de telles obligations.

Le client avait donc bel et bien décidé de jouer à pile ou face avec son portefeuille titres. Il savait pertinemment bien que les ordres qu'il avait passés pour l'achat des obligations d'Etat grecques étaient contraires à son profil investisseur et un rappel du risque encouru ou un avertissement de la banque à ce sujet n'y aurait rien changé.

Dès lors quand bien même il faudrait considérer que la banque aurait dû se réserver la preuve qu'elle avait averti le client que l'ordre que ce dernier lui demandait de passer était contraire à son profil ou qu'elle aurait dû ajouter après « *théoriquement oui oui c'est sur une base volontaire uniquement* », une phrase comme « *mais en pratique c'est peu probable* », le lien de causalité entre ces fautes et le préjudice du client n'était nullement prouvé.



EXISTE-T-IL UN DEVOIR DE CONSEIL DE LA BANQUE LORS D'UNE DONATION ?

Des donataires reprochaient à la banque de leur avoir conseillé de ne pas procéder à l'enregistrement d'une donation dont ils avaient bénéficié, le préposé de la banque « *tablant sur l'excellent état de santé du donateur et précisant qu'il ferait le nécessaire si sa santé se dégradait* », sans leur communiquer de manière claire, complète et compréhensible, les informations de nature à leur permettre de comprendre les risques liés à l'absence d'enregistrement et de prendre ainsi une décision en connaissance de cause.

La banque contestait avoir conseillé à ces derniers de ne pas enregistrer la donation litigieuse ; elle faisait valoir qu'elle ne fût tenue à aucun devoir de conseil à leur égard dans le cadre de cette donation et n'en avait donné aucun. Elle exposait avoir dûment informé les parties à la donation des modalités d'enregistrement et des conséquences en résultant.

Il convient de distinguer l'obligation d'information de l'obligation de conseil, la première impliquant la communication claire et complète de données objectives, tandis que la seconde s'appréhendait comme une recommandation à donner sur ce qu'il convenait de faire ou de ne pas faire, qui requiert une appréciation subjective de l'opération. L'affaire fut soumise à l'appréciation de la Cour d'appel de Liège.

Obligation de conseil

Cette dernière rappela qu'il n'existe pas en droit belge de devoir général de conseil dans le chef du banquier.

Les donataires soutenaient que l'obligation de la banque de les conseiller quant au choix de procéder ou non à l'enregistrement de la donation litigieuse découlait de la convention patrimoniale avenue entre les parties en septembre 2014 et/ou de la convention précédemment conclue par le donateur. Cette thèse ne pouvait être suivie selon la Cour.

La convention patrimoniale avenue entre le donateur et la banque n'était pas produite aux débats. Il était cependant sans intérêt d'en ordonner la production dès lors qu'à supposer même que cette convention patrimoniale mettait à charge de la banque une obligation de conseil quant au choix d'enregistrer ou non la donation, les dona-

« Il convient de distinguer l'obligation d'information de l'obligation de conseil, la 1ère impliquant la communication claire et complète de données objectives, tandis que la seconde s'appréhendait comme une recommandation à donner sur ce qu'il convenait de faire ou de ne pas faire ».

taires, tiers à cette convention, ne pourraient prétendre à son exécution à leur profit ni se prévaloir du prétendu manquement par la banque à cette obligation contractuelle pour fonder la responsabilité de la banque à leur égard.

Conformément au principe de l'effet relatif des

contrats énoncé par l'article 1165 du Code civil, seules les parties au contrat pouvaient en effet invoquer à leur profit les droits que le contrat faisait naître, sous réserve d'exceptions dont il n'était pas soutenu qu'elles trouveraient à s'appliquer en l'espèce.

La circonstance que les parties avaient conclu en septembre 2014 la convention patrimoniale portant sur la gestion de tout ou partie des avoirs précédemment gérés par la banque dans le cadre de la convention patrimoniale avenue avec le donateur n'avait par ailleurs pas pour effet de transférer les droits et obligations nés de cette convention aux donataires.

« L'absence d'obligation légale ou contractuelle de conseil n'empêchait cependant pas qu'un conseil ait pu être donné par la banque et puisse engager sa responsabilité extracontractuelle, le conseil, même donné en-dehors de toute obligation contractuelle, devant être approprié ».

Quant à la convention patrimoniale, elle ne fondait pas davantage le devoir de conseil qui était invoqué par les donataires s'agissant des opérations de donation, et particulièrement de l'éventualité de son enregistrement. Cette convention, dont l'objet était en substance de définir et réaliser une stratégie patrimoniale dans le chef des donataires, était postérieure à la donation et ses dispositions ne régissaient pas l'intervention, par hypothèse antérieure, de la banque dans les opérations de donation. Les donataires étaient d'ailleurs libres de ne pas conclure cette convention patrimoniale avec la

banque, les reconnaissances de donation leur imposant uniquement de « *confier à une banque belge de premier ordre la gestion des biens donnés, dans le cadre d'un contrat de gestion de fortune à conclure entre le donataire et cette banque et ce, tant que le donataire sera tenu au paiement de tout ou partie du montant de la rente* ».

Aucun devoir de conseil portant sur l'opportunité d'enregistrer ou non la donation litigieuse n'était établi dans le chef de la banque. L'absence d'obligation légale ou contractuelle de conseil n'empêchait cependant pas qu'un conseil ait pu être donné par la banque et puisse engager sa responsabilité extracontractuelle, le conseil, même donné en-dehors de toute obligation contractuelle, devant être approprié.

A cet égard, la banque contestait avoir émis la moindre recommandation quant à l'opportunité de faire enregistrer la donation et d'en supporter le coût ou de l'éviter en misant sur une survie du donataire pendant un délai de trois ans. Il revenait par conséquent aux donataires d'établir que la banque leur aurait donné le conseil qu'ils critiquaient et dont il convenait de relever que le caractère inadapté ne faisait en l'espèce l'objet d'aucune contestation par la banque. Il convenait par ailleurs de relever que le donateur était décédé en décembre 2015, des suites d'un cancer diagnostiqué à un stade avancé en septembre 2015.

Si comme l'affirmaient les donataires, la banque leur avait déconseillé de procéder à l'enregistrement au motif de l'excellent état de santé du donateur et avait annoncé « *faire le nécessaire si sa santé se dégradait* », il n'était pas douteux

que les donataires auraient à tout le moins interpellé la banque sur cette question lorsque la pathologie grave qui entraînera le décès du donateur avait été diagnostiquée en septembre 2015. Les donataires ne soutenaient cependant pas avoir informé la banque de la dégradation de l'état de santé du donateur. Les donataires restaient en défaut d'établir que la banque leur aurait conseillé de ne pas procéder à l'enregistrement de la donation avant le décès du donateur.

Obligation d'information.

Selon la Cour, l'obligation d'information de la banque dans le cadre des opérations de donation ne trouvait à l'égard des donataires pas davantage d'assise contractuelle que le devoir de conseil qu'ils invoquaient, les seuls rapports contractuels noués entre les parties étant relatifs à la gestion des avoirs ayant fait l'objet de la donation et lui étant par conséquent postérieurs. L'intervention de la banque dans ces opérations de donation s'inscrivait dans le cadre des relations contractuelles nouées avec le donateur et de la volonté de ce dernier de planifier sa succession, ainsi qu'il ressortait du rapport interne de la réunion tenue entre le défunt et la banque en date du 2 juin 2014. Contrairement à ce que soutenaient les donataires, cette intervention de la banque dans la planification financière souhaitée par le donateur ne s'inscrivait pas dans le cadre des conventions patrimoniale et de gestion discrétionnaire qui seraient souscrites, après réalisation de la donation, entre les parties à la cause, de sorte que les obligations souscrites par la banque au terme de ces conventions étaient sans incidence sur la solution à apporter au litige.

Intervenant dans le cadre de ces opérations en

qualité de cocontractant du donateur, le banquier n'était pas contractuellement tenu d'informer les donataires, - qui n'étaient par ailleurs pas ses clients -, des implications de l'opération projetée. La question de l'intensité, - de moyens ou de résultat -, de l'obligation d'information ne se posait par conséquent pas. Elle se posait d'autant moins en l'espèce que la problématique n'était pas de déterminer si la banque avait commis une faute en ne communiquant pas l'information, mais d'établir si l'information avait ou non été transmise.

L'obligation d'information pouvait cependant exister en dehors de tout contrat et résulter du devoir général de prudence.

Les parties s'accordaient pour préciser qu'une réunion avait été organisée entre la banque,

« l'obligation d'information de la banque dans le cadre des opérations de donation ne trouvait à l'égard des donataires pas davantage d'assise contractuelle que le devoir de conseil qu'ils invoquaient ».

son client le donateur et les consorts donataires, à une date non déterminée, mais préalablement à la séance de signature des reconnaissances de donation. Dans ce cadre, c'était à juste titre que les donataires faisaient valoir que tout professionnel normalement prudent et diligent placé dans les circonstances de l'es-

pèce les aurait informés de manière claire et complète quant aux modalités d'enregistrement de la donation et aux conséquences résultant de l'exécution ou non de cette formalité. La banque ne contestait d'ailleurs pas ce devoir d'information à l'égard des donataires. Les parties s'opposaient quant au respect par la banque de cette obligation. Aucun élément de nature à déterminer la teneur exacte de la réunion organisée avec les donataires n'était produit, la banque soutenant que les différentes possibilités de donation, ainsi que les modalités d'enregistrement et les conséquences en découlant y avaient été exposées, ce que contestaient les donataires en faisant valoir que le préposé de la banque leur avait, lors de cette réunion, déconseillé de procéder à la formalité de l'enregis-

« démontrer dans le chef de la banque un devoir d'information résultant de la norme générale de prudence ne suffisait par conséquent pas, encore faut-il que les demandeurs en responsabilité établissent que les informations qui devaient leur être transmises ne l'avaient pas été ».

trement sans les informer clairement des risques encourus. Par application des articles 8.4, alinéa premier, du livre VIII du Code civil et 870 du Code judiciaire, il incombait aux donataires qui recherchaient la responsabilité de la banque d'établir dans le chef de celle-ci le fait générateur de responsabilité qu'ils lui reprochaient

Ainsi que rappelé par un arrêt de la Cour de cassation du 11 janvier 2019, dont l'enseignement était

transposable au cas d'espèce au contraire de celui de l'arrêt du 25 juin 2015 auquel se réfèrent les donataires, « lorsqu'elle soutient que le dommage qu'elle a subi a été causé par un manquement au devoir général de prudence, en ce que la personne dont la responsabilité est mise en cause ne lui a pas fourni une information donnée, la partie lésée doit non seulement prouver que cette personne aurait dû lui communiquer cette information, mais également qu'elle ne l'a pas fait. »

Démontrer dans le chef de la banque un devoir d'information résultant de la norme générale de prudence ne suffisait par conséquent pas, encore faut-il que les demandeurs en responsabilité établissent que les informations qui devaient leur être transmises ne l'avaient pas été. Même si la preuve d'un fait négatif était plus ardue, elle ne justifiait pas de renverser la charge de la preuve. Toutefois dans cette hypothèse, l'article 8.6 du livre VIII du Code civil dispose que « sans préjudice de l'obligation de toutes les parties de collaborer à l'administration de la preuve, celui qui supporte la charge de la preuve d'un fait négatif peut se contenter d'établir la vraisemblance de ce fait ».

En l'espèce, les donataires n'avançaient aucun élément au soutien de leurs affirmations, tandis que la banque produisait une « Lettre d'information à remettre aux clients avant la réalisation de la donation – Version 26/11/2012 », laquelle exposait notamment les différentes formules de donation, les clauses standards proposées dans les conséquences liées au défaut d'enregistrement de la donation en cas de prédécès du donateur dans les trois ans de la donation.

Les donataires faisaient valoir qu'à supposer même que cette lettre d'information leur aurait été communiquée, elle devait être « écartée » pour violation de l'article 10 de l'Arrêté Royal du 3 juin 2007 portant les règles et modalités visant à transposer la directive concernant les marchés d'instruments financiers, dès lors que cette disposition imposait la transmission des informations qu'elle énonçait « *soit avant que (les clients) ne soient liés par un contrat de prestation de services d'investissement ou de services auxiliaires, soit avant la prestation de tels services si cette prestation précède la conclusion d'un tel contrat* », et que l'information leur aurait en l'espèce été communiquée plus de deux mois après la reconnaissance de donation, la convention de mise en gage qui faisait état de la remise de cette lettre ayant été signée le 27 novembre 2014.

Les dispositions de l'Arrêté Royal du 3 juin 2007 qui étaient invoquées se rapportaient aux informations que devaient fournir les entreprises réglementées aux clients de détail existants et potentiels, dans le cadre de la souscription d'un contrat de prestation de services d'investissement ou de services auxiliaires ; elle ne s'appliquaient pas aux informations que la banque était tenue, en vertu de l'obligation générale de prudence, de communiquer aux bénéficiaires de la donation réalisée par son

client et étaient étrangères à la mise en cause de la responsabilité de la banque dans ce cadre. C'était également en vain que les donataires faisaient valoir que les informations communiquées n'étaient pas claires s'agissant des risques liés à une absence d'enregistrement, la lettre d'information faisant expressément mention, dans des termes accessibles à des non-initiés et suivant une mise en forme facilitant sa lecture, de la possibilité d'enregistrer immédiatement ou non la donation, des taux des droits de donation applicables en cas d'enregistrement, et de la soumission des biens donnés à des droits de succession en cas de prédécès du donateur dans les trois ans de la donation. Les donataires devaient être d'autant plus attentifs à cette section de la lettre d'information que les reconnaissances de donation mettaient à leur charge les droits de donation en cas d'enregistrement. S'il subsistait un doute quant aux conséquences du choix qu'il leur appartenait de faire, il leur incombait de solliciter davantage d'informations ou de se faire conseiller. Les donataires restaient en défaut d'établir la faute reprochée à la banque.

La Cour les a déboutés.



L'EXIGENCE DE TRANSPARENCE ET D'INFORMATION D'UN CLIENT À L'ÉGARD DE SA BANQUE DOIT ÊTRE RAISONNABLE

Souhaitant développer ses activités et améliorer la visibilité de son commerce, le client d'une banque avait constitué une société en vue d'acquérir un ensemble immobilier.

A cette fin, la banque avait octroyé, en codébiton, une ouverture de crédit destinée à financer l'acquisition et la rénovation des immeubles.

Quelques temps plus tard, suite à l'examen de leurs comptes arrêtés annuellement, il était apparu

que le ratio DSCR était de -3,34 pour l'immobilier et de 0,07 pour le commerce. La banque avait demandé aux crédités de lui faire part des mesures entreprises ou à entreprendre pour remédier à cette situation, faute de quoi, elle exercerait les droits découlant de la lettre de crédit, tels que la suspension ou la résiliation anticipée des crédits. La banque avait consenti une période de carence de quatre mois.

La cliente sollicite la prolongation de cette période pour une durée de deux mois.

La banque exposa une fin de non-recevoir à cette requête tout en indiquant qu'elle s'estimait fondée à résilier le crédit avec effet immédiat.

Les clientes demandaient en référé au tribunal de suspendre les effets de la dénonciation de leur crédit jusqu'à l'issue de la procédure au fond qu'elles avaient intentée à l'encontre de la banque. A l'appui de leur demande, les clientes exposaient que l'article 13,3 des « *Conditions générales des ouvertures de crédit* » de la banque, évoqué dans sa lettre de dénonciation de crédit, prévoyait diverses hypothèses de fin immédiate de celui-ci. Cet article n'était clairement pas applicable en l'espèce dès lors qu'un préavis de trois mois leur avait été accordé par la banque. De surcroît, la banque ne précisait pas le motif retenu par celle-ci à la base de sa résiliation. Rappelant qu'en cas d'exercice d'une clause résolutoire expresse, le rôle du juge se limitait à vérifier que ses conditions d'application étaient réunies, la banque estimait que la dénonciation du crédit des clientes n'était pas abusive au regard des trois avertissements qu'elle leur avait envoyés et de ses demandes répétées de renseignements. Elle soutenait par ailleurs que sa lettre de dénonciation, faisant référence à l'article 13,3 de ses conditions générales d'ouverture de crédit, re-

posait bien sur une violation contractuelle. Selon elle, les clientes avaient fait preuve d'un manque coupable de transparence à son égard, en ne lui fournissant pas les renseignements demandés quant à leur situation financière. La banque estimait dès lors avoir agi de manière professionnelle et avec modération en consentant aux clientes un préavis de trois mois alors qu'elle n'y était contractuellement pas obligée. La banque constatait que l'article 13,3 sous examen prévoit qu' « *excepté en cas de défaut du Crédité, la banque ne peut mettre fin à l'ouverture de crédit ou à une forme d'utilisation à durée déterminée sans accorder une indemnité raisonnable au Crédité, sauf cas de force majeure* ». Il résultait de cette disposition que si un « *défaut du Crédité* » était constaté, la banque pouvait dénoncer le crédit avec effet immédiat et sans indemnité. Tel n'était pas le cas si la résiliation ne s'appuyait pas sur un manquement contractuel, sauf le cas de la force majeure.

Le juge constata que la réalisation de contreperformances financières par la société immobilière (se traduisant par un DSCR insuffisant, un manque de trésorerie ou des pertes) ne constituait pas une inexécution contractuelle dans son chef. La dénonciation du crédit pour un tel motif était autorisée par l'article 13,3 m) des conditions générales des ouvertures de crédit de la banque mais seulement moyennant l'allocation d'une « *indemnité raisonnable* ». Une telle indemnité faisait défaut en l'occurrence.

La dénonciation du crédit des clientes pour cette raison était dès lors irrégulière. La banque faisait également grief aux clientes de manquer de transparence et de méconnaître, de ce fait, son devoir d'information au sens de l'article 13,3 a)

de ses conditions générales des ouvertures de crédit. En ce qui concerne les informations financières à fournir par les clientes, il était stipulé aux conditions particulières de la lettre d'ouverture de crédit du 13 février 2017 que celles-ci devaient communiquer annuellement à la banque leur bilan, leur compte de résultat ainsi que leur budget. Il n'était pas contesté que la banque avait été mise en possession de ces informations. La banque estimait être en droit de disposer de renseignements plus détaillés, soit des bilans internes des deux clientes. Selon le juge, cette demande allait *prima facie* au-delà de ce qui avait été prévu au contrat. La circonstance qu'elle n'aurait pas été rencontrée par les clientes ne pouvait en conséquence fonder la dénonciation de leur crédit.

La banque reprochait également aux clientes de ne lui donner que « *peu d'information sur le processus de cession* » de leurs actions et de ne pas lui transmettre, dans ce cadre, une expertise actualisée des bâtiments appartenant à la société immobilière. Il était indéniable qu'en raison de leur mise en gage, les actions des clientes ne pouvaient être cédées sans l'accord de la banque. Il était légitime que

dans ce cadre, la banque souhaitait obtenir des informations de la part d'une des clientes tant en ce qui concernait l'identité et la solvabilité des potentiels repreneurs qu'au niveau de la valorisation des actions cédées. Ce droit n'était pas absolu et devait être exercé de manière raisonnable. Il ne pouvait, à cet égard, être exigé des clientes qu'elles informaient la banque au stade précoce de leurs négociations avec des parties ne souhaitant pas nécessairement que leur identité soit divulguée.

Au vu de ce qui précède, il n'apparaissait pas que les clientes aient violé leur devoir d'information vis-à-vis de la banque ou ses droits de créancier gagiste. Il ne semblait en conséquence pas – *prima facie* – que les conditions d'exercice de la clause résolutoire expresse contenue à l'article 13,3 a) des conditions générales des ouvertures de crédit de la banque aient été réunies.

Il y avait donc lieu de faire droit à la demande des clientes de suspendre la dénonciation de leur crédit, dont le caractère urgent n'était au demeurant ni contesté ni contestable.



Banque & Finance

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

**André-Pierre ANDRE-DUMONT -
Jean-Pierre BUYLE - Clément CLAESENS -
Pierre-Alexandre FASSIN -
Laurent CLOQUET -
Thomas MALENGREAU - Lies MARTENS -
Thomas METZGER - Aurélie NAUD -
Olivier PIRET-GERARD -
Els VAN POUCKE - Emilie VAN TRICHT -
Jeanine WINDEY**

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 Louise 523, 1050 Bruxelles
Tél. 32 2 600 52 00—Fax : 32 2 600 52 01
jpbuyle@buylelegal.eu