



# Banque & Finance

LETTRE TRIMESTRIELLE D'INFORMATIONS JURIDIQUES

15 décembre 2019 au 14 mars 2020



## Editorial

*L'Europe bancaire judiciaire est réalité*

L'Union européenne est une communauté d'Etats démocratiques, fondée sur le droit.

L'Union est un continent où la peine de mort est abolie dans chacun des 27 Etats membres et où les droits et libertés sont garantis. La démocratie, le droit, la liberté d'expression, les droits sociaux constituent les points cardinaux de l'Europe. Nous sommes le continent où les droits fondamentaux sont les mieux protégés.

L'Union est créatrice de règles juridiques destinées à faire respecter les libertés des citoyens et des personnes. L'Union bancaire a été concrétisée en 2013. L'intégration repose actuellement sur deux piliers : la supervision et la résolution.

La Banque centrale européenne est devenue la principale autorité de surveillance bancaire. Elle fixe les règles prudentielles communes des grandes banques et de celles qui bénéficient d'une aide, elle contrôle leur respect et clarifie l'état de santé du secteur bancaire.

En cas de difficultés, la BCE garde un rôle déterminant dans la résolution des crises bancaires.

Le contentieux bancaire a pris une place nouvelle devant les juridictions de l'Union européenne. Plusieurs dizaines d'arrêts importants ont déjà été prononcés. Ils sont vecteurs d'uniformisation du droit. Aujourd'hui, plus d'une trentaine d'affaires (en supervision) et une centaine de dossiers (en résolution pour les banquiers défaillants) sont pendants à Luxembourg.

Les affaires sont de plus en plus complexes et diversifiées.

Ne sous-estimons pas l'impact de ces décisions judiciaires sur nos pratiques.

Jean-Pierre BUYLE  
jpbuyle@buylelegal.eu

## Sommaire

### Page 2

Quand a lieu la connaissance effective d'un dommage lié à un swap ?

### Page 5

Paiement non autorisé suite au vol d'une carte bancaire

### Page 9

Des différentes indemnités dues suite à la résiliation d'un contrat d'agence bancaire

### Page 15

La responsabilité bancaire pour fourniture de renseignements commerciaux

### Page 17

L'encaissement de chèque n'était pas fautif mais bien les retraits consécutifs

### Page 19

Une résiliation d'un crédit à l'épreuve de la loi PME et de l'article 1134 C. civ.

## QUAND A LIEU LA CONNAISSANCE EFFECTIVE D'UN DOMMAGE LIÉ À UN SWAP ?

Une société familiale active dans le secteur du bois, était un client de longue date d'une banque à laquelle elle faisait régulièrement appel pour des crédits.

En 2008, elle disposait ainsi de lignes de crédit pour un montant de 1.300.000 EUR, consenties à taux variable.

Le 5 août 2008, la société marqua son accord à l'issue d'un entretien téléphonique avec la banque, pour la conclusion d'un swap d'intérêts de type « Bermudan callable swap », ayant pour effet de lui assurer un taux fixe de 4,35 % sur un montant notionnel de 1.300.000 EUR, pour une durée de cinq ans débutant le 18 août 2008 pour se terminer le 19 août 2013.

Il y était prévu que les sommes respectivement dues par les parties feraient l'objet d'une compensation trimestrielle – et d'un paiement consécutif – les 18 novembre, 18 février, 18 mai et 18 août de chaque année, dates auxquelles la Banque bénéficierait, à partir du 18 février 2009 jusqu'au 20 mai 2013, de la faculté de mettre fin au swap sans frais, en échange de la réduction du taux fixe consenti, par rapport au taux pratiqué pour un swap sans option (soit 4,85 % en l'espèce).

Peu après, la société avait signé une convention-cadre relative aux opérations sur instruments financiers, réputant inclure dans son champ d'application – sauf stipulation contraire expresse – les opérations conclues avant son entrée en vigueur.

Le swap avait été exécuté jusqu'à son terme.

En raison de l'évolution à la baisse du taux EURIBOR, la société avait procédé, au cours du con-

trat, au versement, à la Banque, d'une somme totale de 204.925,93 EUR.

Elle en réclamait le remboursement à la banque et la cita devant le tribunal de commerce de Bruxelles.

La Banque invoquait la prescription de l'action de la société dans la mesure où la société mettait en cause sa responsabilité en raison de manquements allégués aux obligations MiFID, survenus lors de la conclusion du contrat de swap litigieux. La banque faisait valoir que cette action était soumise à la prescription quinquennale prévue à l'article 2262 bis du Code civil.

La Banque plaquait que la société avait eu connaissance des faits à la base de son action plus de cinq ans avant l'introduction de la procédure, soit

*« La Banque plaquait que la société avait eu connaissance des faits à la base de son action plus de cinq ans avant l'introduction de la procédure, soit depuis la fin 2008 ou le début de l'année 2009, au vu des avis de fixing émis trimestriellement dans le cadre du swap. »*

depuis la fin 2008 ou le début de l'année 2009, au vu des avis de fixing émis trimestriellement dans le cadre du swap.

L'action de la société serait en conséquence tardive.

L'article 2262 bis, § 1er du Code civil dispose que :  
« toute action personnelle se prescrit par dix ans (1er alinéa),

toute action en réparation d'un dommage fondé sur une responsabilité extracontractuelle se prescrit par cinq ans à dater du jour suivant celui où la personne lésée a eu connaissance du dommage (ou de son aggravation) et de l'identité de la personne responsable (2ème alinéa). »

Concernant la mise en cause de la responsabilité extracontractuelle, la jurisprudence considère que :

*« le législateur a fixé le point de départ de la prescription au jour où la personne lésée a eu effectivement connaissance du dommage et non au jour où elle doit être présumée en avoir eu connaissance, la connaissance de l'existence d'un dommage n'implique pas la connaissance de son étendue »*

« il ressort de la genèse de cette disposition que le législateur a fixé le point de départ de la prescription au jour où la personne lésée a eu effectivement connaissance du dommage et non au jour où elle doit être présumée en avoir eu connaissance » et que

« la connaissance de l'existence d'un dommage ou de son aggravation n'implique pas la connaissance de son étendue ».

Pour que le délai de prescription prenne cours, il conviendrait donc que le principe du dommage soit connu, le quantum pouvant en être déterminé ultérieurement.

En l'espèce, la société recherchait la responsabilité extracontractuelle de la banque pour défaut d'information précontractuelle.

Ainsi que la banque l'observait à juste titre, l'action résultant d'une faute commise lors de la conclusion d'un contrat ne relevait pas de la responsabilité contractuelle – même si les conséquences/les effets du manquement allégué perdurent durant le contrat – mais bien de la responsabilité extracontractuelle.

La question de l'éventuelle prescription de l'action de la société A devait en conséquence être examinée au regard du 2ème alinéa de l'article 2262 bis § 1er du Code civil et non de son alinéa premier.

Il convenait donc de rechercher quand la société avait effectivement eu connaissance de l'existence du dommage dont elle réclamait réparation à charge de la banque. La société exposait qu'elle n'avait eu une connaissance certaine et définitive de ce dommage qu'à la réception du dernier avis de fixing de la banque, du 19 août 2013 : ce n'était en effet qu'à cet instant que son préjudice serait devenu irréversible, car ne pouvant plus être compensé par une hausse du taux EURIBOR.

Certes, le préjudice allégué par la société (correspondant aux sommes qu'elle avait déboursées dans le cadre du swap) n'avait été définitivement déterminée qu'au terme du contrat.

Il était toutefois artificiel de situer à ce moment la prise de connaissance, par la société, de l'existence de son préjudice, qui faisait courir le délai de prescription.

Il n'avait en effet pas pu échapper à la société, à la réception des 20 avis de fixing de la banque, que depuis le mois de novembre 2008, elle s'était invariablement trouvée débitrice par rapport à cette dernière.

A supposer même que – bien qu'elle ait signé la confirmation du contrat de swap pour accord –, elle n'en ait pas perçu les tenants et aboutissants et n'ait pas été consciente des risques y étant liés, il était peu plausible que la société ait pu honorer les 19 derniers avis de fixing de la banque, sans se rendre compte que ceux-ci lui étaient défavorables, et ce d'autant plus qu'à partir du mois de février 2009, les montants à payer s'étaient élevés – en moyenne – à 10.000,00 EUR par trimestre.

Dès la réception de l'avis de fixing de la Banque du 16 février 2009 – par lequel le paiement de la somme non négligeable de 7.787,26 EUR lui était réclamé – la société avait nécessairement été informée de ce que l'exécution du swap pourrait entraîner la déduction de sommes importantes dans son chef en faveur de la banque.

Et quand bien même ce premier paiement serait passé inaperçu, il devait raisonnablement être considéré que la réception/l'aggravation de cette situation pendant les trimestres ultérieurs n'avait fait que confirmer la potentialité d'un dommage que la société ne prétendait toutefois avoir découvert l'existence qu'au terme du contrat.

Il était donc peu crédible que – ainsi que la société le prétendait –, elle n'aurait pris conscience qu'en fin de contrat de ce qu'un dommage découlerait pour elle de l'exécution du contrat de swap.

Au bout d'une grosse année d'exécution du contrat et après quatre ou cinq trimestres en débit, la société ne pouvait en effet plus ignorer que – sauf remontée du taux EURIBOR – elle continuerait à payer des montants à la banque.

Si la société n'avait pas été suffisamment informée des risques inhérents au swap ou quant à son fonctionnement, il lui appartenait de se retourner le plus rapidement possible contre la banque, ce qu'elle n'avait, à l'évidence, pas fait.

Au vu de ce qui précède, il convenait en conséquence de situer la prise de cours du délai de prescription de l'action de la société au plus tard à

**« Au bout d'une grosse année d'exécution du contrat et après quatre ou cinq trimestres en débit, la société ne pouvait en effet plus ignorer que – sauf remontée du taux EURIBOR – elle continuerait à payer des montants à la banque. »**

la fin de l'année 2009 (soit à la réception de l'avis de fixing du 16 novembre 2009).

Ce délai étant de cinq ans, cette action – formée par citation du 20 juin 2017 – était prescrite.

## PAIEMENT NON AUTORISÉ SUITE AU VOL D'UNE CARTE BANCAIRE

Une cliente avait ouvert un compte à vue et un compte épargne auprès d'une banque et souscrit un contrat Phone Bank-Home Bank.

Alors qu'elle se trouvait à l'étranger, son compte à vue avait été débité pour un montant total de 9.100 €, par des opérations effectuées à l'aide d'un Digipass.

S'étant rendue compte de ces vols à son retour de vacances, le 14 août 2009, elle déposait plainte à la police et le 25 août 2009 se constituait partie civile.

Il apparaîtra que le vol avait été commis par Mme K. Celle-ci avait été employée auprès du même employeur que la cliente et notamment formée par elle pour la réalisation d'opérations bancaires à l'aide d'un Digipass.

Par jugement prononcé le 24 décembre 2014, Mme K avait été condamnée au pénal à lui payer la somme susdite augmentée des intérêts légaux jusqu'à complet paiement.

Le 19 avril 2013, la cliente assignait devant le tribunal de première instance francophone de Bruxelles sa banque en paiement de la somme de 9.100 € considérant que la responsabilité de celle-ci était engagée quant à son obligation de sécuriser ses instruments financiers.

Le tribunal fit droit à la demande. La banque interjeta appel.

La Cour d'appel de Bruxelles constata que les opérations litigieuses avaient été réalisées au moyen d'un instrument de paiement, à savoir le Digipass.

Au moment des faits litigieux, c'était la loi du 17 juillet

2002 relative aux opérations effectuées au moyen d'instruments de transfert électronique de fonds qui était applicable. Celle-ci prévoyait à son article 7 §1er : « *Sans préjudice des obligations et responsabilités du titulaire décrites à l'article 8, l'émetteur est responsable :*

*1° de l'inexécution ou de l'exécution incorrecte des opérations effectuées à l'aide d'un instrument de transfert électronique de fonds, à partir de dispositifs, terminaux ou au moyen d'équipements agréés par l'émetteur, que ceux-ci soient placés sous son contrôle ou non ;*

*2° des opérations effectuées sans autorisation du titulaire et de toute erreur ou irrégularité commise dans la gestion de son compte et imputable à l'émetteur ;*

*3° en cas de contrefaçon de l'instrument de transfert électronique de fonds par un tiers, de l'usage de l'instrument contrefait.*

*Art. 8. § 1er. Le titulaire a l'obligation d'utiliser son instrument de transfert électronique de fonds conformément aux conditions qui en régissent l'émission et l'utilisation.*

*§ 2. Jusqu'à la notification prévue au § 1er, deuxième alinéa, le titulaire est responsable des conséquences liées à la perte ou au vol de l'instrument de transfert électronique de fonds à concurrence d'un montant de 150 €, sauf s'il a agi avec une négligence grave ou frauduleusement, auquel cas le plafond prévu n'est pas applicable.*

*Sont notamment considérés comme négligence grave, le fait, pour le titulaire, de noter son numéro d'identification personnel ou tout autre code,*

*sous une forme aisément reconnaissable, et notamment sur l'instrument de transfert électronique de fonds ou sur un objet ou un document conservé ou emporté par le titulaire avec l'instrument, ainsi que le fait de ne pas avoir notifié à l'émetteur la perte ou le vol, dès qu'il en a eu connaissance.*

*Pour l'appréciation de la négligence du consommateur, le juge tient compte de l'ensemble des circonstances de fait. La production par l'émetteur des enregistrements visés à l'article 6, 8°, et l'utilisation de l'instrument de paiement avec le code connu du seul titulaire, ne constituent pas une présomption suffisante de la négligence de celui-ci. »*

La Cour rappela qu'il était par ailleurs de jurisprudence que :

- c'est à la banque qu'il appartient de fournir la preuve de la négligence grave dans le chef du titulaire. ;
- la conservation d'une carte Visa dans un portefeuille, caché dans la boîte à gants d'un véhicule fermé à clef et stationné sur un parking public, ne constitue pas une négligence grave. L'effraction d'un véhicule fermé et le vol subséquent de son contenu constituent une force majeure. En fonction des circonstances, le rangement d'une telle carte dans un véhicule verrouillé peut même présenter un moindre risque de perte et de vol que le fait de la porter sur soi.

Il résulte du texte même de l'article 8 § 2 de la loi du 17 juillet 2002 et des travaux préparatoires que le législateur n'a nullement entendu exclure le recours aux présomptions pour établir la négligence grave dans le chef du titulaire, le juge tenant compte à cet égard de l'ensemble des circons-

tances de fait. Le tribunal ne peut pas se fonder sur la seule utilisation par le tiers du code PIN.

La banque reprochait au premier juge d'avoir considéré que la cliente avait pris les précautions raisonnables pour assurer la sécurité de l'instrument de transfert électronique de fonds dont elle disposait. Selon elle, ces précautions n'avaient pas été prises et en réalité la cliente aurait abandonné, au vu et au su, ledit instrument de transfert.

La cliente le contestait précisant avoir laissé le Digipass dans un tiroir fermé ou dans un bureau fermé à clef.

La Cour rappela que c'était la banque qui était en charge de la preuve étant précisé que, conformément à la loi précitée, la banque ne pouvait pas, par des clauses et conditions, ou des combinai-

**« le législateur n'a nullement entendu exclure le recours aux présomptions pour établir la négligence grave dans le chef du titulaire, le juge tenant compte à cet égard de l'ensemble des circonstances de fait. »**

sons de clauses et conditions dans son contrat de mise à disposition du Digipass, aggraver la situation du consommateur.

La cliente avait précisé, compte tenu du fait qu'elle vivait en co-location et de son départ à l'étranger, qu'elle avait rangé le Digipass dans le tiroir fermé

de son bureau plutôt que de le laisser dans son appartement. Ledit bureau était par ailleurs situé dans un immeuble disposant d'une concierge et les locaux étant accessibles par l'utilisation d'un badge.

Pour la banque, c'est la cliente qui était en charge de la preuve des précautions qu'elle prétendait avoir prises et elle échouait à rapporter celles-ci dès lors qu'aucune pièce du dossier ne démontrait que le Digipass et le code étaient bien dans un tiroir fermé à clef. Elle mettait en exergue que d'ailleurs, aucune trace d'effraction sur ce tiroir n'avait été décelée par les enquêteurs. Elle en concluait

*« Pour la banque, c'est la cliente qui était en charge de la preuve des précautions qu'elle prétendait avoir prises et elle échouait à rapporter celles-ci dès lors qu'aucune pièce du dossier ne démontrait que le Digipass et le code étaient bien dans un tiroir fermé à clef. »*

qu'elle avait en fait abandonné cet instrument de paiement sur son bureau à la vue de tous et celui-ci n'étant pas en sécurité, il avait été rendu possible les transferts litigieux.

Si même il fallait supposer que tel n'était pas le cas, et si tant est que la réinitialisation du digipass puisse avoir lieu par téléphone, laisser au même endroit celui-ci, et le modus operandi pour cette réinitialisation ab initio, et donc à portée de main

de personnes mal intentionnées, constituait une négligence grave.

Certes, la cliente invoquait que les lieux étaient en quelque sorte « sécurisés » puisque la porte d'entrée de l'immeuble nécessitait l'utilisation d'un badge et qu'il y avait la présence d'un concierge et la porte du bureau qui était fermée à clef. Ainsi, la voleuse était une ancienne collègue de la cliente et était déjà parvenue à s'introduire une première fois dans les lieux. Elle connaissait donc les failles de la soi-disant sécurisation vantée ci-dessus. A preuve, les vols déjà intervenus. Ainsi donc, la cliente - sachant qu'un vol avait été commis et que la voleuse était une ancienne collègue et qu'elle connaissait le moyen de pénétrer dans les lieux - avait laissé son Digipass et ses codes d'accès dans son tiroir de bureau non fermé à clef (et même si tel était le cas, sachant que la voleuse n'ignorait pas l'endroit où se trouvait la clef qui en permettait l'ouverture, ce qui revenait au même).

Or, était considéré par la loi comme négligence grave, notamment, le fait, pour le titulaire, de noter son numéro d'identification personnel ou tout autre code, sous une forme aisément reconnaissable, et notamment sur l'instrument de transfert électronique de fonds ou sur un objet ou un document conservé ou emporté par le titulaire avec l'instrument.

En l'espèce, - déjà - le fait d'avoir laissé le Digipass avec ses codes d'accès au même endroit constituait une négligence grave.

En outre, (en prenant en considération l'hypothèse la plus favorable du tiroir fermé à clef) le fait d'avoir laissé dans les mêmes lieux la clef qui permettait d'ouvrir le tiroir contenant l'un et l'autre, sachant

qu'un méfait avait déjà été commis par une ancienne collègue (qui avait donc su avoir accès aux lieux) – et qui plus était – qui savait où se trouvait cette clé, constituait une autre négligence grave. La cliente, suivie en cela par le premier juge, soutenait qu'il y avait eu faute dans le chef de la banque de n'avoir pas eu sa vigilance éveillée par deux virements effectués en faveur d'une certaine Mme G, alors qu'il s'agissait d'une fausse identité et que le véritable titulaire du compte était précisément Mme K.

La Cour rappela que la loi du 17 juillet 2002 n'imposait pas de vérifier, dans le chef de la banque en sa qualité d'émetteur, la concordance entre l'identité du titulaire du compte et le n° de compte mentionné dans l'ordre.

La banque observait d'ailleurs avec pertinence qu'eu égard aux impératifs de rapidité d'exécution des ordres, une telle exigence serait inappropriée et irréaliste. *« Le prestataire de services de paiement agit correctement s'il exécute l'ordre de paiement conformément à l'identifiant unique que lui a renseigné l'utilisateur de services (...) cet ordre est réputé avoir été correctement exécuté. Contrairement ce que soutient {l'utilisateur}, la vérification du {prestataire} ne devait pas s'étendre à d'autres informations, tels que la concordance entre l'identité du bénéficiaire – le document produit par {l'utilisateur} ne permettant d'ailleurs pas de l'établir avec certitude que cette information lui aurait été communiquée – et l'identifiant unique ».*

Par ailleurs, son règlement général des opérations, approuvé par la cliente, précisait qu'en cas

de discordance entre le n° de compte et l'identité du donneur d'ordre du bénéficiaire, il n'y avait pas d'obstacle à l'exécution de l'ordre en cause. La circonstance que le compte du donneur d'ordre soit tenu dans la même banque que celui du bénéficiaire était irrelevante.

La banque reprochait au premier juge d'avoir retenu sa responsabilité par le fait de la contrefaçon de l'instrument de paiement par un tiers ; celui-ci ayant considéré que la notion de contrefaçon était à étendre par analogie au cas où l'instrument n'était *« pas contrefait mais où certaines données sont copiées ou des systèmes piratés »* tel ayant été le fait que *« Mme K s'est servie frauduleusement de l'instrument de paiement pour commettre le vol ».*

***« la vérification du prestataire ne devait pas s'étendre à d'autres informations, tels que la concordance entre l'identité du bénéficiaire – le document produit par {l'utilisateur} ne permettant d'ailleurs pas de l'établir avec certitude que cette information lui aurait été communiquée – et l'identifiant unique »***

Mme K avait effectivement utilisé le Digipass mais il ne résultait d'aucun élément du dossier que celle-ci ait *« copié certaines données »* ou *« piraté le système »*.

Le grief de la banque était donc fondé.

## DES DIFFÉRENTES INDEMNITÉS DUES SUITE À LA RÉSILIATION D'UN CONTRAT D'AGENCE BANCAIRE

Une sprl avait conclu avec une banque un contrat d'agence bancaire portant sur l'exploitation d'une agence à Soignies. Cette convention, conclue pour une durée indéterminée, avait été complétée par plusieurs documents contractuels, parmi lesquels une annexe au contrat contenant le « *Barème des commissions pour les agents indépendants* ».

*« Les donataires ne pouvaient dès lors valablement opposer à la banque un quelconque motif légitime qui justifierait le non-accomplissement des formalités d'enregistrement avant son décès »*

Début 2016, la banque avait fait part à ses agents de sa volonté de modifier les taux des commissionnements. Après examen de la modification proposée, la sprl avait indiqué à la banque qu'elle ne pouvait l'accepter.

Le 8 juillet 2016, la banque avait notifié la résiliation du contrat d'agent de la sprl, moyennant un préavis d'un mois prenant cours le 1er août 2016 pour se terminer le 31 août 2016 et le paiement d'une indemnité compensatoire de préavis égale à 5 mois de rémunération.

Le 6 octobre 2016, la banque avait payé à la sprl un montant calculé par la banque au titre de l'indemnité compensatoire de préavis duquel était déduit un solde d'avances sur commissions dû par l'agent. Dans la rémunération

mensuelle servant à calculer l'indemnité compensatoire de préavis, la banque avait accepté, « *par souci d'apaisement* », dans la perspective d'un possible accord transactionnel, d'intégrer les primes d'exploitation et d'accroissement.

Dès la réception de la lettre de résiliation, la sprl avait fait part de son désaccord sur les modalités de la rupture. A son estime, l'indemnité compensatoire de préavis calculée conformément à la loi du 13 avril 1995 sur le contrat d'agence commerciale se chiffrait à un montant supérieur à celui qui lui avait été alloué et elle était, en outre, en droit de prétendre, en vertu de la même loi, à une indemnité d'éviction.

La banque restant sur sa position, la sprl l'avait citée devant le tribunal de l'entreprise (FR) de Bruxelles.

### 1) L'indemnité compensatoire de préavis.

En vertu de l'article 18, § 3, de la loi du 13 avril 1995 relative au contrat d'agence commerciale, elle est « *égale à la rémunération en cours correspondant soit à la durée du préavis, soit à la partie de ce délai restant à courir. Lorsque la rémunération de l'agent commercial consiste en tout ou en partie en commissions, la rémunération en cours est calculée sur base de la moyenne mensuelle des commissions méritées pendant les douze mois qui précèdent la date de cessation du contrat d'agence commerciale ou, le cas échéant, les mois qui précèdent la date de cessation du contrat* ».

Il n'était pas contesté que, compte tenu de la durée de la relation contractuelle, le préavis à res-

pecter était ici de 6 mois. La banque ayant notifié un préavis de seulement un mois, elle était donc redevable d'une indemnité compensatoire de préavis égale à 5 mois de rémunération.

Comme la banque le faisait valoir, le tribunal prit en compte non pas les commissions qui avaient été effectivement payées mais celles que l'agent avait « *méritées* » pendant la période de référence, c'est-à-dire celles auxquelles l'agent avait acquis un droit sans pour autant qu'elles soient payables pendant la période de référence.

Cela signifiait notamment que les commissions payées au cours de la période de référence mais sur lesquelles la sprl avait acquis un droit antérieurement à cette période n'étaient pas à prendre en considération.

S'agissant de commissions méritées, la problématique des avances à rembourser n'avait, en principe, pas lieu d'être. Toutefois, si, au cours de la période de référence, des commissions avaient été payées sous déduction d'avances versées antérieurement à ladite période, les avances ainsi déduites devaient être prises en compte pour le calcul de la rémunération en cours. La période de référence correspondait aux douze mois qui précédaient la date de « *cessation* » du contrat, étant ici le 31 août 2016. Eu égard aux termes clairs de la loi, c'était la date à laquelle le contrat prenait effectivement fin, et non la date de la notification de sa résiliation comme le soutenait la sprl, qui devait être prise comme point de départ de ces douze mois.

Selon le tribunal, dès lors qu'elles étaient calculées sur base de l'encours (le portefeuille) et non sur le nombre et la valeur des affaires, les primes

d'accroissement et les primes d'exploitation ne constituaient pas des commissions au sens de la loi du 13 avril 1995. Il n'en restait pas moins qu'elles faisaient partie de la rémunération de l'agent et qu'à ce titre, elles étaient à inclure dans la rémunération mensuelle en cours.

Pour la banque, les commissions relatives aux crédits octroyés n'étaient pas des commissions en raison du contrat d'agence. Force était cependant de constater pour le tribunal que le portefeuille bancaire mis à disposition de la sprl dans le cadre du contrat d'agence était notamment composé de crédits et que l'addendum au contrat d'agent du 11 janvier 2010 relatif à la « *mise à disposition d'un portefeuille bancaire et cession d'un portefeuille d'assurance* » prévoyait, en son article 2, alinéa 1er, que « *l'intermédiaire présentera par priorité à*

**« dès lors qu'elles étaient calculées sur base de l'encours et non sur le nombre et la valeur des affaires, les primes d'accroissement et les primes d'exploitation ne constituaient pas des commissions au sens de la loi du 13 avril 1995 »**

la banque toutes ses propositions de crédit (« *obligation de première présentation* ») à l'exclusion de la présentation desdites propositions à toute autre institution financière », ce qui limitait dans une mesure importante la « *liberté totale* » dont l'intermédiaire était sup-

posé bénéficié dans le cadre de l'intermédiaire en matière de crédit.

Une telle limitation étant incompatible avec le statut de courtier, il s'en déduisait, selon le tribunal que les activités de crédits étaient comprises dans le contrat d'agence. Le fait que la sprl pouvait, le cas échéant, être amenée à mettre le client en contact avec un autre organisme bancaire que la banque était indifférent. L'exclusivité n'était pas une condition d'application de la loi du 13 avril 1995, selon le tribunal.

Il n'y avait pas lieu d'avoir égard aux termes du contrat en ce qu'ils tendaient à exclure les crédits du périmètre du contrat d'agent.

Les dispositions de la loi du 13 avril 1995 étant de droit impératif, elles s'appliquaient selon le tribunal à

*« l'agent a droit à une indemnité d'éviction lorsque deux conditions sont réunies : l'agent commercial a apporté de nouveaux clients au commettant ou a développé sensiblement les affaires avec la clientèle existante ; et cette activité procure encore des avantages substantiels au commettant ».*

toute situation réunissant les caractéristiques du contrat d'agence commerciale. Les commissions méritées dans le cadre des activités de crédit entraient donc en considération pour le calcul de la rémunération en cours.

En ce qui concernait l'activité d'intermédiaire en assurances de la sprl au départ du portefeuille d'assurances « cédé » par la banque à la sprl, on avait affaire à un contrat de courtage et non un contrat d'agence.

Il en résultait que la rémunération mensuelle moyenne retenue par la banque pour calculer l'indemnité compensatoire de préavis de cinq mois était insuffisante. La sprl avait donc droit à un complément d'indemnité.

## 2) L'indemnité d'éviction

La sprl estimait également avoir droit à une indemnité égale à 12 mois de rémunération.

Il résulte de l'article 20 de la loi du 13 avril 1995 que l'agent a droit à une indemnité d'éviction lorsque deux conditions sont réunies :

- l'agent commercial a apporté de nouveaux clients au commettant ou a développé sensiblement les affaires avec la clientèle existante ;
- cette activité procure encore des avantages substantiels au commettant.

Lorsque, comme en l'espèce selon le tribunal, le contrat d'agence commerciale prévoyait une clause de non-concurrence, l'agent bénéficiait d'une double présomption réfragable : il était présumé avoir apporté une clientèle au commettant et celui-ci présumé en tirer des avantages substantiels (articles 20, al. 2 et 24, § 3, de la loi du 13 avril 1995).

Pour le tribunal, la preuve que la sprl n'avait pas apporté de nouveaux clients ni développé sensiblement la clientèle existante n'était pas apportée par la banque.

Il restait qu'en comparant la situation du portefeuille bancaire entre le début et la fin du contrat, le tribunal constata un développement important de la clientèle.

Il était indéniable que la sprl avait largement

contribué au développement de cette clientèle. Ce constat ne pouvait être remis en cause par le fait que la sprl bénéficiait des actions publicitaires menées par la banque au niveau national. On savait, en effet, que l'apport de clientèle résultait rarement des seuls efforts de l'agent, mais était souvent le résultat de l'action conjuguée de l'agent, de par l'efficacité de ses prestations, et du commettant, de par la politique commerciale qu'il mettait en œuvre.

Comme rappelé ci-avant, si le contrat prévoyait une clause de non-concurrence, le commettant était réputé, sauf preuve contraire, recevoir encore des avantages substantiels de l'activité de l'agent. Conformément à l'enseignement de la Cour de cassation, l'agent commercial a droit à une indemnité d'éviction lorsqu'il peut être raisonnablement admis que l'apport des nouveaux clients ou le développement sensible des affaires avec la clientèle existante, apportera des avantages substantiels au commettant après la cessation du contrat, ce qui implique une certaine constance de cet apport ou de ce développement des affaires. Il n'est toutefois pas requis que l'apport ou le développement des affaires, après la cessation du contrat, procure encore effectivement des avantages substantiels au commettant.

Des éléments auxquels le tribunal pouvait avoir égard, il ne ressortait pas que la cessation du contrat d'agent de la sprl ait coïncidé avec une nouvelle activité de banquier démarrée par la sprl ou par ses gérants. La banque n'apportait, dès lors, pas la preuve qu'elle n'avait pas continué à recevoir des avantages substantiels de l'activité de l'agent.

La sprl avait donc droit à une indemnité d'éviction.

L'indemnité de 12 mois à laquelle la sprl prétendait ne pouvait être accordée, dès lors que devaient être prises en compte la relative stagnation du portefeuille bancaire au cours des deux dernières années et la perte inévitable d'une partie des clients du fait de la distance qui séparait Soignies des autres agences de la banque.

Eu égard à l'ensemble des éléments examinés ci-avant, le tribunal fixa l'indemnité d'éviction à 6 mois de rémunération, calculée d'après la moyenne des cinq dernières années. Pour déterminer cette rémunération moyenne, il y avait lieu de prendre l'ensemble des commissions méritées et des primes perçues (le cas échéant, au prorata si la prime récompensait une période contractuelle partiellement en dehors de la période de référence) au cours de la période allant du 1er septembre 2011 au 31 août 2016.

*« L'inexécution contractuelle implique qu'un manquement à une obligation contractuelle puisse être identifié, qui soit imputable à la partie contre laquelle on s'en prévaut ».*

### **3) Les commissions dues sur les affaires conclues après la fin du contrat d'agence**

La sprl estimait que des arriérés de commission ou des commissions sur des affaires conclues après la fin du contrat d'agence lui étaient encore dues.

Elle fondait sa demande sur l'article 11 de la loi

du 13 avril 1995 qui dispose que :

« Pour une affaire conclue après la cessation du contrat d'agence, l'agent commercial a droit à la commission :

1° si l'affaire est principalement due à l'activité qu'il a déployée au cours du contrat d'agence et si l'affaire est conclue dans un délai de six mois à compter de la cessation de ce contrat ;

2° ou, si conformément aux conditions visées à l'article 10, la commande du tiers a été reçue par le commettant ou par l'agent avant la cessation du contrat d'agence. »

Pour déterminer le montant des commissions encore dues, la sprl demandait que la banque soit condamnée à produire tous les documents néces-

*« L'agent commercial peut exiger que lui soient fournies toutes les informations, en particulier un extrait des livres comptables, qui sont à la disposition du commettant et qui lui sont nécessaires pour vérifier le montant des commissions qui lui sont dues. »*

saires relatifs au portefeuille de la sprl, et ce pour la période du 8 juillet 2016 au 8 janvier 2017. Cette demande de production de documents s'appuyait sur l'article 16 de la loi du 13 avril 1995 qui prévoit que :

« Le commettant remet à l'agent commercial un relevé des commissions dues, au plus tard le dernier jour du mois suivant le trimestre au cours duquel elles deviennent exigibles. Ce relevé mentionne tous les éléments essentiels sur la base desquels, le montant des commissions a été calculé.

*L'agent commercial peut exiger que lui soient fournies toutes les informations, en particulier un extrait des livres comptables, qui sont à la disposition du commettant et qui lui sont nécessaires pour vérifier le montant des commissions qui lui sont dues. Il ne peut être dérogé aux alinéas 1er et 2 au détriment de l'agent commercial ».*

Pour la banque, ces demandes devaient être rejetées. Elle contestait être encore redevable de commissions sur affaires amorcées et il n'y avait pas de présomptions graves, précises et concordantes de la détention par elle de documents contenant la preuve que de telles commissions seraient encore dues.

Cette position ne pouvait être suivie. Pour permettre à l'agent de vérifier s'il avait été crédité de toutes les commissions auxquels il avait droit, en ce compris les commissions visées par l'article 11, l'article 16 de la loi du 13 avril 1995 consacre le droit de l'agent à obtenir toutes les informations utiles, sans autre forme de description. La sprl opposait à tort les conditions d'application – plus restrictives – de l'article 877 du Code judiciaire.

Il y avait, dès lors, lieu de faire droit à la demande de production de documents telle que formulée par la sprl. La sprl réclamait, sur la base de l'article 21 de la loi du 13 avril 1995, une indemnité complémentaire de 45.040 EUR pour la vente des produits d'assurance.

Elle soutenait que ses activités consistaient en le placement de produits bancaires et de produits d'assurance auprès de la clientèle de la banque,

et qu'elle avait perdu la possibilité de placer des produits d'assurance auprès de cette clientèle suite à la rupture du contrat d'agence de banque. Le préjudice qu'elle avait subi excédait dès lors, les indemnités – compensatoire de préavis et d'éviction – calculées sur la seule base de la rémunération relative aux produits bancaires.

L'article 21 de la loi du 13 avril 1995 dispose que :  
*« Pour autant que l'agent commercial ait droit à l'indemnité d'éviction visée à l'article 20 et que le montant de cette indemnité ne couvre pas l'intégralité du préjudice réellement subi, l'agent commercial peut, mais à charge de prouver l'étendue du préjudice réellement subi, obtenir en plus de cette indemnité, des dommages-intérêts à concurrence de la différence entre le montant du préjudice réellement subi et celui de cette indemnité. »*

En premier lieu, il faut que l'agent ait droit à une indemnité d'éviction conformément à l'article 20. Eu égard à ce qui avait été décidé au point précédent, cette condition était remplie. Il faut, en second lieu, que l'agent ait subi un préjudice qui excédait le montant de l'indemnité d'éviction. L'existence et le montant du préjudice devaient être prouvés par l'agent. La Cour de cassation, dans un arrêt du 27 mai 2016 avait précisé que les dommages et intérêts complémentaires prévus par l'article 21 de la loi du 13 avril 1995 ne pouvaient réparer qu'un préjudice distinct de celui couvert par l'indemnité d'éviction visée à l'article 20.

Pour l'application de cette jurisprudence, à laquelle le tribunal se ralliait pleinement, il convenait à tout le moins de connaître le montant des commissions se rapportant aux polices solde restant dû vendues

par la sprl aux clients souscrivant un emprunt à la banque. Or, pour déterminer son manque à gagner, il semblait que la sprl prenait en compte ses commissions perçues sur la totalité des produits d'assurances sans distinction.

Vu le parallélisme qui pouvait être fait avec l'indemnité d'éviction, le montant de ces commissions était à calculer d'après la moyenne des cinq dernières années précédant la cessation du contrat.

Dans l'attente de la communication de ces éléments, le poste de la demande relatif à l'indemnité complémentaire pour la diminution de la vente des produits d'assurance était, lui, aussi renvoyé au rôle.

#### **4) Dommage et intérêt pour le loyer et le précompte immobilier**

*« le refus, par la banque, de limiter à six mois d'intérêts l'indemnité de emploi réclamée, conformément à l'article 1907bis, ne pouvait être assimilé à un refus de rompre le contrat litigieux »*

La sprl réclamait également des dommages et intérêts complémentaires pour couvrir le préjudice résultant de ce qu'elle avait dû continuer à payer le loyer et le précompte immobilier jusqu'en juillet 2017 (date à laquelle le bail avait été cédé) alors que l'agence n'était plus exploi-

tée et que les locaux n'étaient plus utilisés.

A supposer que ces locaux soient restés inoccupés après août 2016, ce qui ne ressortait pas clairement des pièces du dossier, il y avait lieu de constater que la sprl était en défaut d'établir qu'elle avait rapidement fait des démarches pour trouver un repreneur.

A défaut pour la sprl d'avoir pris les mesures raisonnables pour limiter son dommage, il n'y avait pas lieu d'accorder des dommages et intérêts correspondant aux loyers et précomptes payés après la cessation du contrat d'agence.

## LA RESPONSABILITÉ BANCAIRE POUR FOURNITURE DE RENSEIGNEMENTS COMMERCIAUX

Une société reprochait à sa banque de lui avoir fourni au cours d'un échange téléphonique des informations inexactes sur la santé financière d'un fournisseur qui disposait d'un compte ouvert dans son établissement, informations qui l'avaient déterminée à verser un acompte de 120.446 euros à ce fournisseur. Elle justifiait qu'après avoir reçu de son fournisseur un message portant à sa connaissance les coordonnées de la personne chargée de son compte bancaire au sein de la banque, elle avait dès le lendemain interrogé cette banque par un courrier électronique ainsi rédigé :

« (...) Nous sommes sur le point de signer un contrat important avec cette société D par l'intermédiaire de ses dirigeants pour la réhabilitation et la décoration de deux hôtels à Cagnes sur Mer (...). Avant de nous engager plus avant et devant leur empressement à encaisser des acomptes alors que rien n'est finalisé, nous avons des craintes quant à leur bonne santé financière. Nous ne pouvons nous permettre de prendre des risques financiers et refusons que nos acomptes puissent servir à renflouer des comptes dans la mesure où cela mettrait en danger la réalisation finale de notre projet. Nous

*vous remercions donc de bien vouloir nous donner toutes les garanties nécessaires concernant cette société et leurs dirigeants et ceci de manière urgente ».*

La banque contestait avoir transmis des informations erronées à la société sur la situation financière de son fournisseur, toutefois il pouvait être raisonnablement tenu pour acquis selon la Cour, au regard du message électronique adressé par la banque à la société le 11 juin 2009, opportunément cité par le premier juge, qu'un contact téléphonique avait bien eu lieu entre la société et la banque courant mai 2007 ainsi que cette dernière l'admettait en ces termes : « l'accout manager (...) s'est limité lors d'un contact téléphonique à confirmer que le fournisseur était bien encore en relation bancaire avec (notre) établissement et que nous n'avions, à l'époque, pas de problème particulier en ce qui (nous) concernait. Ce contact informel et confidentiel n'impliquait par nature aucune recommandation, ni responsabilité ou garantie quelconque de (notre) part. »

Pour la Cour, il ne pouvait se déduire de ce courrier la teneur des propos échangés lors de l'en-

retien téléphonique susvisé et leur contenu prétendument inexact. Par ailleurs, en vertu du principe selon lequel nul ne peut se constituer de preuve à soi-même, la simple relation par le dirigeant de la société dans un courrier adressé à la banque le 9 août 2007 du caractère rassurant des informations qui lui avaient été données téléphoniquement avant le versement de l'acompte, était dépourvue de valeur probante.

Selon la Cour, il est admis au titre des usages bancaires qu'une banque puisse répondre à des demandes de renseignements émanant d'un tiers, et c'était avec raison que la société rappelait que la fourniture d'un renseignement inexact engageait la responsabilité d'un établissement bancaire sur le fondement de l'article 1382 devenu 1240 du code civil. Pour autant encore fallait-il que la fourniture de ces informations était conciliable avec le secret bancaire et l'obligation de discrétion. A cet égard, si la banque n'avait pas expressément opposé à la société en mai 2007 un refus de réponse motivé par le secret bancaire ou l'obligation de discrétion, la banque était pour autant fondée à soutenir que les informations générales qu'elle reconnaissait avoir données à la société sur son fournisseur en indiquant qu'elle était bien encore en relation bancaire avec lui et qu'il n'y avait pas de problème particulier à l'époque, l'avaient été dans le souci du respect des principes susvisés.

Le fait établi par les relevés d'un compte bancaire détenu par le fournisseur au sein de la banque, versés aux débats par la société, que ce compte ait présenté au cours des deux mois qui avaient précédé l'échange entre les parties en mai 2017, un solde débiteur ayant oscillé entre 122.937 euros au 30 mars 2007 et 281.592 euros au 25 mai 2007

était insuffisant, à défaut de tout autre élément ayant trait à la comptabilité de l'entreprise et à la situation financière et économique de celle-ci, à caractériser la réalité de difficultés ou de l'insolvabilité alléguée par la société, affectant la santé financière du fournisseur et devant être signalées par la banque sur interrogation d'un tiers.

La société succombait donc dans l'administration de la preuve qui lui incombait du caractère erroné des informations fournies par la banque, la seule indication admise par cette dernière du maintien de relations avec le fournisseur de la société et de l'absence de difficultés au moment de l'échange entre les parties relevant d'informations à caractère général, données dans le respect du devoir de discrétion à l'égard de la société cliente et qui ne sauraient caractériser une faute de la banque.

**« il est admis au titre des usages bancaires qu'une banque puisse répondre à des demandes de renseignements émanant d'un tiers, mais la fourniture d'un renseignement inexact engage la responsabilité d'un établissement bancaire sur base de l'article 1382 »**

Au vu de l'ensemble de ces considérations, la responsabilité de la banque n'était pas encourue, et la société fut déboutée de l'ensemble de ses demandes, le jugement entrepris étant réformé en toutes ses dispositions.

## L'ENCAISSEMENT DE CHÈQUE N'ÉTAIT PAS FAUTIF MAIS BIEN LES RE-TRAITS CONSÉCUTIFS

Une banque poursuivait la condamnation de l'un de ses agents au paiement d'une somme de 71.974,97 euros, correspondant au préjudice qu'elle avait subi du fait des prélèvements opérés par un client suite à l'encaissement frauduleux d'un chèque volé qui avaient entraîné un solde débiteur sur le compte. Elle soutenait que son agent avait commis plusieurs manquements contractuels en lien causal avec le dommage d'une part, dans le cadre de l'encaissement du chèque litigieux et, d'autre part, dans le cadre des retraits effectués en espèces à l'agence. L'affaire fut soumise au tribunal de l'entreprise (FR) de Bruxelles.

### Quant aux fautes invoquées dans le cadre de l'encaissement du chèque litigieux.

La banque estimait que son agent avait manqué à son devoir de vigilance lors de l'encaissement du chèque litigieux en ne détectant pas les anomalies dont il était affecté, anomalies révélées par la présence de deux écritures et encres différentes, de traces d'effacement et par le fait que le chèque était présenté à Herstal, alors que le client résidait à Braine-l'Alleud. Elle considérait partant que son agent aurait dû refuser l'encaissement.

Comme le relevait, à bon droit pour le tribunal, la banque, il est admis qu'il existe un devoir général de vigilance qui incombe au banquier impliquant l'obligation, pour celui-ci, de contrôler et vérifier les opérations qu'il est amené à exécuter pour le compte de ses clients ainsi que de détecter les anomalies qui affecteraient, le cas échéant, lesdites opérations.

Le tribunal rappela que dans le cadre de l'encaissement d'un chèque, le banquier doit plus spécifiquement vérifier la régularité formelle du chèque ainsi que détecter les indices d'anomalies manifestes qui le rendent suspect.

En l'espèce, s'il ne semblait pas contesté que le chèque présentait *prima facie* une anomalie en ce qu'il faisait apparaître deux types d'écriture différents (élément difficile à contrôler sur la seule base des pièces produites), il y avait lieu de constater que l'agent avait bien fait preuve de vigilance en encodant expressément le chèque sous le statut « *crédit après encaissement* ». En optant pour ce type de procédure, l'agent s'assurait de ce que ledit chèque ne pourrait pas être encaissé avant d'avoir été préalablement vérifié par le tiré et payé par celui-ci de sorte qu'elle se garantissait, en principe, contre tout risque de fraude.

Il ne pouvait donc être fait grief à l'agent d'avoir méconnu son devoir général de vigilance. A cet égard, le tribunal constata que la banque avait, elle-même, d'initiative et sans en aviser son agent, modifié le statut du chèque en permettant qu'il soit encaissé immédiatement. Bien qu'elle affirmât qu'elle ait prétendument « *corrigé* » l'erreur d'encodage dans la mesure où les chèques « *notaire* » constitueraient une catégorie de chèques encaissables immédiatement, elle ne démontrait pas l'existence d'une telle règle et à supposer qu'elle existe, la banque aurait nécessairement dû, elle-même, faire preuve de vigilance en s'assurant, au préalable, auprès de son

agent qu'aucune circonstance particulière ne s'opposait au changement de statut dudit chèque.

Par conséquent, il ne pouvait être retenu de faute dans le chef de l'agent quant à l'encaissement du chèque litigieux.

### **Quant aux fautes invoquées dans le cadre des retraits en espèces effectués à l'agence.**

La banque soutenait également que l'agent avait manqué à ses obligations contractuelles dans le cadre des opérations de retraits en espèces effectués à l'agence en relevant plus particulièrement, à cet égard, que cette dernière n'avait pas respecté les instructions et directives de la banque applicables à ce type d'opérations.

A bon droit, la banque rappelait que l'article 6 de la loi du 13 avril 1995 relative au contrat d'agence commerciale (transposé aujourd'hui à l'article X.4 du Code de droit économique) dispose que « *L'agent commercial doit veiller aux intérêts du commettant et agir loyalement et de bonne foi. En particulier, l'agent commercial doit : (...) 3° se conformer aux directives raisonnables données par le commettant* ».

Cette obligation était également rappelée, à plusieurs reprises, dans la convention d'agence commerciale conclue entre les parties.

Selon le tribunal, l'agent ne pouvait être suivi lorsqu'il soutenait que ces directives ne seraient pas entrées dans le champ contractuel. Celles-ci étaient, en effet, transmises aux agents en exécution des dispositions légales et contractuelles précitées et étaient parfaitement claires quant à leur caractère contraignant. Ces directives prévoyaient

expressément que lorsqu'un retrait en espèces intervenait après un approvisionnement récent du compte via un chèque, celui-ci devait être considéré comme « *atypique* » de sorte que des règles/obligations spécifiques s'appliquaient, à savoir :

- l'obligation de faire remplir par le client le formulaire « *Déclaration : destination des fonds prélevés en espèces* » ;
- l'obligation d'informer le client qu'un délai de trois jours est nécessaire avant de pouvoir réaliser le prélèvement ;
- l'obligation d'informer immédiatement le service « *Compliance* » de la demande du client et envoyer le jour-même copie du formulaire « *Déclaration : destination des fonds prélevés en espèces* » ;
- l'obligation d'attendre « *des instructions précises (...) pour le traitement de l'opération car*

**« C'était à juste titre que la banque relevait que les mesures d'embargo – édictées postérieurement aux engagements de garanties et contre-garanties – n'avaient pu être à l'origine d'un vice dans leur formation et dès lors d'une nullité »**

*ce procédé peut s'apparenter à un mécanisme particulier visant à éluder l'impôt ».*

En l'espèce, l'agent n'avait pas respecté ces procédures, dès lors qu'il n'avait pas rempli le formulaire « *Déclaration : destination des fonds*

*prélevés en espèces »* lors du deuxième retrait et qu'il n'avait ni attendu le délai de trois jours, ni prévenu le service « *Compliance* ». La faute était par tant établie selon le tribunal.

Comme le rappelait l'agent « *pour apprécier le lien de causalité, il y a lieu de remplacer (mentalement) le comportement fautif par son exécution correcte* » et ensuite vérifier « *si le dommage se serait produit en ce cas de la même manière* ».

En l'espèce, si les directives de la banque avaient été respectées, les fonds n'auraient pas été délivrés au client les 27 et 28 mars 2014. Ce dernier aurait été uniquement en mesure d'opérer des retraits via des distributeurs de billets ou des achats via des

terminaux de paiement mais n'aurait pas reçu les sommes de 47.000 euros le 27 mars et 20.000 euros le 28 mars. Le fait que par hypothèse la banque avait préalablement elle-même commis une faute en créditant le chèque immédiatement, n'avait pas pour effet de rompre le lien causal dès lors que les fautes imputées à l'agent étaient postérieures à ce crédit et que sans elles, les deux retraits litigieux n'auraient pu être effectués.

Le dommage de la banque en lien causal avec les fautes de l'agent correspondait dès lors à la somme de 67.000 euros.

## UNE RÉSILIATION D'UN CRÉDIT À L'ÉPREUVE DE LA LOI PME ET DE L'ARTICLE 1134 C. CIV.

**S**uite à la modification intervenue dans l'actionnariat, la restructuration impliquant la suppression ou la délocalisation à Barhein d'une partie importante des activités, de la vente d'un bâtiment, de la perte de 224.145,11 EUR au 31.08.2016 réduisant à cette date les fonds propres de 823.561,00 EUR au 31.12.2015 à 599.419,00 EUR, une banque avait dénoncé les crédits accordés à deux sociétés (une société opérationnelle et sa holding) sur base de l'article 8 de son règlement des crédits. Celui-ci était rédigé comme suit : « *Que la durée du crédit soit limitée ou non, la Banque peut, par lettre recommandée avec ou sans accusé de réception, par simple lettre, ou téléfax, prenant effet dès le moment de leur envoi, en tout ou en partie et sans préavis, suspendre les effets du crédit ou y mettre fin. Dans ce dernier cas, la Banque peut exiger la libé-*

*ration des engagements souscrits par elle sous la responsabilité du Crédité ainsi que le remboursement immédiat des engagements du Crédité, étant entendu qu'en cas de réduction du crédit cette libération et remboursement sont limités, aux engagements dépassant le montant restant en vigueur,*

...

*(f) en cas de cessation ou de modification, même partielles, de l'activité du Crédité ; en cas de simple intention manifestée dans ce sens ; en cas d'événement susceptible d'entraîner à bref délai l'une de ces situations ;*

*(g) s'il résulte des comptes annuels, d'une situation comptable, d'une évaluation du patrimoine ou d'une expertise que l'actif net du Crédité ou celui du groupe d'entreprises, dont les*

comptes sont consolidés, auquel il appartient a été déprécié, perdu ou rendu indisponible à concurrence de plus du quart par rapport aux plus récents comptes annuels publiés ou non ; en cas d'évènement susceptible d'entraîner à bref délai l'une de ces situations ;

(n) en outre, si le Crédité est une personne morale :

- en cas de modification de la forme de la société ou de l'association, de dissolution, de mise en liquidation, fusion, absorption ou scission ;
- en cas de réduction de capital ;
- en cas de modification du contrôle du Crédité dans le sens de l'article 5 du Code des Sociétés (version en vigueur à la date de l'enregistrement du présent Règlement) ;
- en cas de faillite, requête en réorganisation judiciaire ou liquidation de l'actionnaire principal ;
- en cas de mésentente grave entre administrateurs, gérants ou associés ;
- en cas de retrait d'un associé, s'il s'agit d'une société de personnes ;
- en cas de non-respect des confirmations et des déclarations financières prévues dans le contrat de crédit, ou s'il apparaît clairement que celles-ci ne seront pas respectées au moment prévu pour la vérification.

La Banque disposera aussi du droit de mettre fin aux éventuels autres crédits auxquels le Crédité participe ou dans lesquels il est Tiers Garant conformément aux dispositions de l'article 8.

Si nonobstant la survenance d'un ou plusieurs évènements prévus à l'article 8, la Banque n'use pas immédiatement de son droit de suspendre le crédit ou d'y mettre fin sans préavis, cette tolé-

rance ne peut pas être ultérieurement invoquée comme constitutif d'une renonciation de la Banque à user, dans l'avenir, de ses droits de suspendre le crédit ou d'y mettre fin sans préavis ».

Les deux sociétés créditées poursuivaient la banque au motif que l'article 8 précité leur était inopposable en ce qu'il n'avait été ni communiqué ni accepté par elles préalablement à la souscription des crédits, et par conséquent, demandaient de déclarer illicite la mise en application par la banque de son Règlement Général des crédits et en particulier de son article 8 en vertu duquel la banque avait résilié le contrat de crédit. Les deux sociétés précisait que la banque n'avait jamais communiqué son règlement général des crédits lors de la conclusion des contrats, ni n'en avaient accepté les

**« l'article leur était inopposable en ce qu'il n'avait été ni communiqué ni accepté par (les clientes) préalablement à la souscription des crédits, et par conséquent, elles demandaient de déclarer illicite la mise en application de cet article en vertu duquel la banque a résilié le contrat de crédit »**

termes visant notamment l'article 8 contenant clause résolutoire. De plus, les sociétés exposaient que ces dispositions étaient abusives et partant nulles.

La société opérationnelle s'était vu consentir quatre crédits.

Le tribunal de l'entreprise de Bruxelles constata au vu des pièces fournies que pour l'une des créditées, la connaissance contractuelle était établie dans le chef de l'administratrice déléguée dès la signature du premier crédit. Pour les autres crédits, le tribunal releva que l'exécution du même type de contrat aux mêmes conditions était récurrente et cette société n'avait dès lors pu se méprendre sur l'existence du règlement régissant les contrats souscrits.

D'autre part, le tribunal précisa que les deux contrats non signés manuscritement l'avaient probablement été sur base d'une procédure électronique et

*« la banque rappelait avoir annoncé son intention de mettre fin au crédit sauf à recevoir une garantie bancaire à sa convenance, appelable à première demande et couvrant l'ensemble des engagements dans ses livres »*

on ne voyait pas pourquoi la banque aurait, pour ces contrats, dérogé à l'application de son règlement.

Le tribunal estima qu'il pouvait être présumé pour ces deux contrats sur pied de l'analyse de l'ensemble des documents que ce règlement était bien d'application. Les éléments contractuels précités étaient constitutifs d'un faisceau de preuves quant à l'applicabilité du règlement pour les deux exemplaires du contrat exécutés mais non signés.

Lorsque la société écrivait que les représentants légaux n'avaient jamais signé électroniquement un

« *quelconque prêt* », elle n'expliquait pas pourquoi elle avait exécuté les termes financiers du contrat, ceci supposant sa connaissance.

Sur base de l'article 8 précité, la banque rappelait avoir annoncé son intention de mettre fin au crédit sauf à recevoir une garantie bancaire à sa convenance, appelable à première demande et couvrant l'ensemble des engagements dans ses livres et ce, pour le 30.01.2017 au plus tard. La banque constatant que, n'ayant pas eu d'accord officiel émanant d'un organisme bancaire acceptant soit la reprise ou la couverture des engagements, elle avait appliqué l'article 8 du règlement général des crédits et avait mis fin à ceux-ci (c.à.d. les 4 contrats évoqués).

Le tribunal estima utile de rappeler les conditions de l'article 1174 du Code Civil visant la nullité de l'obligation lorsqu'elle avait été contractée sous une condition potestative de la part de celui qui s'obligeait : dans ce cas il n'y a en effet pas d'obligation, puisqu'il est entièrement au pouvoir du débiteur d'y échapper.

In casu, la banque n'avait pas une influence directe sur les conditions invoquées de l'article 8 du règlement quant à leur survenance selon le tribunal. Elle s'arrogeait le droit de seule apprécier si le crédit serait ou non dénoncé dans le cadre de cette clause compromissaire expresse. Partant, elle supportait la responsabilité contractuelle de ce choix selon le droit commun.

La Cour de Cassation a précisé que l'interdiction de la clause purement potestative ne concerne que les seules conditions suspensives, à l'exclusion des conditions résolutoires, sauf à considérer que les conventions sont soumises à l'article

13, al. 1er, 2° de la loi du 21.12.2013 sur le financement des P.M.E.

Pour la société opérationnelle, seuls les trois derniers contrats tombaient dans ledit champ d'application : *« Se trouvent par là prohibées les conditions résolutoires purement potestatives dans le chef du prêteur comme les clauses lui permettant de dénoncer le crédit dans des circonstances exemptes de toute inexécution de l'entreprise. »*

Dès lors, pour le premier contrat, le tribunal constata que le règlement bancaire s'appliquait.

A l'inverse, il devait être lu à la lumière et sur pied des dispositions de la loi du 21.12.2013 pour les 3 autres contrats, en ce qu'il invoquait le changement de contrôle du crédit au sens de l'article 5 du Code des Sociétés, la délocalisation au Barhein d'une partie des activités ainsi qu'une perte en capital de plus d'un quart au regard des comptes annuels au 31.12.2015 pour mettre fin aux engagements. L'article 13, al. 1er, 2° de la loi du 21.12.2013 sur le financement des P.M.E. qualifie d'abusives et interdit sous peine de nullité les clauses et conditions ayant pour objet, sauf en cas d'inexécution de la part de l'entreprise, d'autoriser le prêteur à mettre fin unilatéralement au contrat à durée déterminée, sans dédommagement raisonnable pour l'entreprise hormis le cas de force majeure.

In specie, la banque était remplie de ses droits quant au respect des échéances financières pour ces 3 contrats soumis à la loi du 21.12.2013. Pour apprécier la notion d'inexécution, celle-ci devait se faire selon le critère de la bonne foi et de l'équité, le règlement général n'échappant pas à ces critères selon le tribunal. La banque était disposée à ne pas considérer l'inexécution contractuelle à

condition que la société opérationnelle lui fournisse une garantie bancaire à sa convenance.

De l'examen des sûretés consenties à la banque, il ressortait que celles-ci étaient données pour compte de la société holding :

- par le cautionnement solidaire avec engagement immobilier de M. et Mme X à concurrence de 550.000,00 EUR ;
- par le nantissement de 24.000 actions de la société opérationnelle, la société holding étant affectante gagiste.

Il ne pouvait être remis en cause que le rachat des parts de la société holding anciennement détenues par M. et Mme X, par une société tierce avait engendré un changement d'actionariat pouvant amener un changement de contrôle de la filiale.

Toutefois, cette modification n'avait pas eu

***« Se trouvent par là prohibées les conditions résolutoires purement potestatives dans le chef du prêteur comme les clauses lui permettant de dénoncer le crédit dans des circonstances exemptes de toute inexécution de l'entreprise. »***

d'incidence sur les garanties initiales accordées à la banque. La banque ne contestait pas que les sûretés accordées équivalaient à +/- 1.500.000,00 EUR couvrant le montant total des crédits à échoir d'un montant de 57.840,65 EUR.

Si certes, la délocalisation d'une partie des activités au Bahrein ou la perte en capital pouvait amener la banque à interroger la société opérationnelle, le recours à la rupture contractuelle devait s'apprécier par rapport à cette notion de bonne foi obligeant à l'utilisation prudente des clauses compromissaires expresses selon les termes de la loi du 21.12.2013.

Il pouvait être raisonnable de penser qu'avec les sûretés dont la banque disposait au moment de la rupture, son intérêt à soutenir l'application de son règlement n'était pas de nature à rencontrer la volonté du législateur quant à éviter les clauses abusives.

En effet, appliquer le règlement général des opérations au sens littéral sans examiner la portée des

*« la banque inversait à tort la charge de la preuve. Elle ne prouvait pas que le changement d'actionnariat toujours assorti des mêmes sûretés rencontrait le critère d'une inexécution contractuelle au sens du pacte compromissaire exprès et ce, dans le respect de l'article 1134 du Code Civil »*

sûretés accordées, constituait in specie un abus en ce que la notion d'inexécution devait être appréciée à la lumière des sûretés accordées. Celles-ci faisaient partie intégrante des opérations de crédit sans lesquelles la banque n'aurait pas contracté.

A la lumière des sûretés dont disposait la banque, le critère de l'inexécution sensu stricto n'était pas établi, selon le tribunal.

Par contre, le tribunal ne pouvait suivre le raisonnement de la société opérationnelle consistant à vouloir rétablir les 3 crédits concernés. En effet, la résiliation étant consommée, seul l'octroi de dommages et intérêts pouvait s'envisager en cela conforté par l'arrêt de la Cour de Cassation du 09.03.1973.

Pour le crédit consenti à la société holding, le tribunal rappela que cette dernière ne pouvait dès lors pas sérieusement soutenir l'inopposabilité des conditions ni encore moins être crédible lorsqu'elle écrivait en conclusions ne pas donner son consentement de surcroît sur les termes d'un contrat qu'elle avait exécuté.

Cette société invoquait à tort l'application de la loi du 21.11.2013 (loi PME) ne pouvant élémentairement ignorer que la loi s'appliquait aux contrats conclus à partir du 10.01.2014. La rupture de la convention reposait également sur l'article 8.1 § 2 du règlement général des crédits (éd.2012).

La banque se référait à sa lettre par laquelle sur pied de la modification de l'actionnariat, elle annonçait son intention de mettre fin au crédit sauf à recevoir une garantie bancaire à sa convenance appelable à première demande et couvrant l'engagement dans ses livres pour le 30.01.2017 au plus tard. La banque soulignait qu'aucune pièce ne permettait de démontrer que le nantissement de la majorité des actions de la société B aurait suffi à la garantir.

Pour le tribunal, la banque inversait à tort la charge de la preuve. Elle ne prouvait pas que le changement d'actionnariat toujours assorti des

mêmes sûretés rencontrait le critère d'une inexécution contractuelle au sens du pacte compromissaire exprès et ce, dans le respect de l'article 1134 du Code Civil.

Rien dans le dossier de la banque ne permettait de considérer avec certitude que les sûretés étaient insuffisantes selon le tribunal. Une simple demande d'extension de garantie n'était pas de nature à justifier celle-ci, surtout lorsqu'elle dépendait de l'unique volonté de la banque spécifiant ses exigences d'une garantie à sa convenance (c.à.d. à son unique convenance, releva le tribunal). Le déséquilibre contractuel était avéré et rompait avec les termes de l'article 1134 du Code Civil invoqué par la société holding.

Pour le tribunal, il était par conséquent justifié de considérer que la banque avait rompu fautivement cet équilibre contractuel dès lors qu'elle ne justifiait pas de la proportionnalité nécessaire entre la valorisation de ses droits, son intérêt et la répercussion sur les intérêts du cocontractant.

C'était toutefois à juste titre que la banque soulignait que le rétablissement du crédit n'était juridiquement pas possible, la rupture étant consommée. Au niveau du dommage, la société opérationnelle prétendait avoir dû se tourner vers d'autres solutions de financement en souscrivant à des taux d'intérêts très élevés (de l'ordre de 10 fois les taux pratiqués par les banques). Rien à son dossier ne prouvait cependant ses dires pour le tribunal.

La réparation adéquate se résuma dès lors aux sommes payées au titre de pénalités de retard, chiffres non contestés par la banque, le tout majoré des intérêts judiciaires au taux légal. De même pour la société holding le prétendu dommage résultant du financement octroyé par le nouvel actionnaire ne pouvait être crédible puisqu'il servait manifestement les intérêts de son actionnaire qui se rémunérait ainsi via un compte-courant. Seule pouvait être prise en considération l'indemnité de funding loss qui avait été payée et qui eût pu être évitée.



## Banque & Finance

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

**Goedele AERTS - André-Pierre ANDRE-DUMONT - Jean-Pierre BUYLE - Clément CLAESENS - Laurent CLOQUET - Gregory DEPUTAT—Audrey DESPONTIN - Audrey LACKNER - Thomas MALENGREAU - Thomas METZGER - Nicolas MICHIELS - Isabelle MOENS de HASE - Aurélie NAUD - Olivier PIRET-GERARD - Eline VANDEN HEEDE - Daniël VAN DER MOSEN - Emilie VAN TRICHT - Jeanine WINDEY**

## Réalisation

**Max**

Mise en page

**Colette FLAHAUT**

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

Les destinataires de cette lettre d'informations sont informés par la présente de ce qu'ils sont enregistrés dans un fichier établi en vue de l'envoi de la lettre d'informations. Le cas échéant, ils peuvent demander l'application 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](mailto:jpbuyle@buylelegal.eu)