

Editorial

Un nouvel outil pratique pour gérer votre risque pénal

Le risque pénal est devenu l'un des enjeux majeurs pour les entreprises et les dirigeants. C'est un vrai risque réputationnel.

Le droit pénal des affaires est devenu une branche importante et complexe de notre arsenal juridique et de notre paysage judiciaire. Le nombre d'incriminations nouvelles s'est développé de manière considérable. Des droits nouveaux ont été donnés aux justiciables : assistance lors des auditions, meilleure interactivité lors des enquêtes, possibilité de médier, de transiger, de plaider coupable, peines alternatives.... La responsabilité pénale des personnes morales a pris un réel essor.

Des ombres portées voisines et parfois liées au droit pénal financier sont apparues allant des procédures administratives aux poursuites disciplinaires lancées par les autorités de contrôle et de surveillance.

Notre expérience en ces matières vient d'être reconnue par Leaders League en classant notre cabinet comme « *best law firm for business law & white collar crim* ».

Nous mettons gratuitement à votre disposition un nouvel outil de recherche : « *buyle legal criminal* ». Cette application comprend plus de 300 conseils pour préparer votre défense à tous les stades de la procédure.

Cette plateforme est accessible depuis votre ordinateur, via criminal.buylelegal.eu

Votre dévoué,

Jean-Pierre BUYLE
jpbuyle@buylelegal.eu



Sommaire

Page 2

Peut-il exister un lien de subordination avec un agent indépendant ?

Page 9

Le devoir de conseil et d'information du banquier peut-il constituer une campagne de dénigrement ?

Page 12

« Provisoire » ne signifie pas « temporaire »

Page 14

Le paiement est un mode d'extinction des obligations

Page 15

La présomption de responsabilité du commettant

Page 17

Une banque agissant comme nommée est-elle un investisseur professionnel ?

Page 22

La vérité judiciaire n'était pas connue du tribunal

Page 24

La perte d'une chance ne peut être théorique

PEUT-IL EXISTER UN LIEN DE SUBORDINATION AVEC UN AGENT INDÉPENDANT ?

Des clients réclamaient à une banque la réparation du dommage qu'ils avaient subi en suite des faits d'escroquerie, déclarés établis, à charge de l'un de ses agents délégués.

L'agent délégué n'investissait ni ne gérât les fonds qui lui avaient été confiés, mais les utilisait essentiellement pour rembourser d'autres clients.

Les clients basaient leurs demandes sur l'article 1384, alinéa 3, du Code civil et subsidiairement sur le mandat ou le mandat apparent.

La responsabilité sur base de l'article 1384, alinéa 3 du Code Civil.

On rappellera que trois conditions sont requises pour l'application de l'article 1384, alinéa 3, du Code civil :

- 1° un lien de subordination entre le commettant, d'une part, et le préposé, d'autre part ;
- 2° le préposé doit avoir commis personnellement une faute au sens de l'article 1382 du Code civil ;
- 3° la faute doit avoir été commise par le préposé à l'occasion de ses fonctions.

Les activités de l'agent délégué consistaient à mettre en contact des épargnants et des investisseurs, d'une part, et la banque, d'autre part, et d'assurer la promotion pour compte de celle-ci, de divers services bancaires et d'investissement. Il n'agissait qu'en qualité d'intermédiaire, un mandat lui ayant été accordé par la banque pour réaliser en son nom et pour son compte :

- les contacts commerciaux avec le client en vue de le mettre en gestion de fortune (la gestion elle-même se faisant exclusivement par la banque) ;
- le temps de convaincre le client d'adhérer à la gestion de fortune : la réception et la remise immédiate à la banque de tous ordres d'achat et de vente de valeurs mobilières cotées ou non sur une bourse belge ou étrangère et la transmission de vente et d'achat de devises.

Pour faire bref, son rôle consistait à apporter à la banque une clientèle en gestion de fortune. Il ne pouvait, notamment, réceptionner des fonds pour les placer sur des comptes, recevoir des opérations de paiement, disposer d'un mandat ou d'une procuration sur un compte bancaire de ses clients et il ne

« La Cour d'appel rappela qu'en leurs qualités de demandeurs, c'était aux clients qu'il incombait d'apporter la preuve de l'existence des conditions d'application de l'article 1384, alinéa 3, du Code civil sur lequel ils fondaient leur demande »

s'occupait pas de la gestion de portefeuilles.

La Cour d'appel qui eût à connaître du litige rappela qu'en leurs qualités de demandeurs, c'était aux clients qu'il incombait d'apporter la preuve de l'existence des conditions d'application de l'article 1384,

alinéa 3, du Code civil sur lequel ils fondaient leur demande.

Entre la banque et son agent délégué, le lien de subordination existe dès « *qu'une personne peut, en fait, exercer son autorité et sa surveillance sur des actes d'une autre personne* ». En d'autres termes, le commettant doit disposer du pouvoir de diriger l'activité du préposé, de lui donner des ordres, tandis que corrélativement le préposé est tenu de s'y conformer.

Le juge apprécie souverainement, en fait, l'existence du bien de subordination. Singulièrement, l'existence d'un contrat de travail n'implique pas nécessairement la subordination, et ne la conditionne pas non plus. De même, une situation juridique d'apparente indépendance (contrat d'entreprise, d'agent commercial), dissimule parfois un rapport de préposition.

« Le fait que la convention d'agent délégué conclue entre la banque et l'agent indélicat définissait précisément ses activités principale et subsidiaires, ne faisait pas naître en soi un lien de subordination entre l'agent délégué et la banque »

Ces règles en principe ne sont pas discutées. Elles révèlent que, finalement, seul importe l'examen, au cas par cas, des circonstances de fait.

La Cour de Cassation sera chargée de contrôler si, des faits souverainement appréciés par le juge, celui-ci a légalement pu déduire l'existence

d'un lien de subordination. Il importe peu qu'au moment du fait dommageable, les prérogatives liées à l'autorité et la surveillance soient effectivement exercées ou non. Il suffit en effet qu'elles aient pu l'être.

Dans une espèce où la responsabilité d'un commettant pour le fait de l'agent commercial était mise en cause sur le fondement de l'article 1384, alinéa 3, du Code civil, la Cour de cassation a précisé que la relation de subordination ne se déduit pas du seul fait que l'agent commercial (qui est, a priori, indépendant) doit travailler en respectant les directives et les documents du prétendu commettant, ni de la circonstance que celui-ci peut à tout moment venir effectuer des contrôles dans l'agence et que l'agent est tenu de lui rendre compte.

La doctrine autorisée indique que lorsque le travail est bien déterminé par le contrat (mais cela devrait pouvoir être étendu à d'autres documents moins formels), l'autorité et la surveillance qui caractérisent la subordination ne peuvent se déduire du simple respect des modalités contractuelles par celui qui y est obligé.

Le fait que la convention d'agent délégué conclue entre la banque et l'agent indélicat définissait précisément ses activités principales et subsidiaires, imposait à celui-ci d'agir conformément à la stratégie de placement définie, de respecter les procédures et directives administratives et commerciales et d'utiliser le logo commercial et le papier à tête de l'organisme de placement tout en lui interdisant de faire de la publicité ou d'envoyer des lettres dont le contenu n'avait pas été approuvé par la banque et prévoyait un système de contrôle du respect des procédures imposées et des opéra-

tions effectuées ne faisait pas naître en soi un lien de subordination entre l'agent délégué et la banque. La Cour précisa que pareil lien ne peut ressortir que d'éléments de fait précis.

Cela résulte notamment de la définition de l'agent délégué et de ses obligations légales que confirme la loi du 22 mars 2006 relative à l'intermédiation en services bancaires et en services d'investissement et à la distribution d'instruments financiers, définitions et obligations antérieurement prévues par la circulaire B93/5 du 21 octobre 1993 de la Commission bancaire et financière, de laquelle il ressort :

- que l'agent délégué est indépendant : l'« *agent en services bancaires et d'investissement* » est un « *intermédiaire en services bancaires et d'investissement qui agit au nom et pour le compte d'une seule entreprise réglementée* », l'« *intermédiaire en services bancaires et d'investissement* » étant « *toute personne morale ou toute personne physique ayant la qualité de travailleur indépendant au sens de la législation sociale, qui exerce ou entend exercer, même à titre occasionnel, des activités d'intermédiation en services bancaires et d'investissement* » (article 4, 2° et 3°) ;
- que l'agent délégué se voit imposer différentes obligations, notamment :
 - de respecter les règles de conduite applicables aux entreprises réglementées (art. 14, § 1er) et de ne faire porter ses activités que sur des produits dont il connaît et est capable d'expliquer aux clients les caractéristiques essentielles (art. 14 § 1bis) ;

- de fournir le nom de son mandant à son client et à son client potentiel et de toujours mentionner celui-ci sur son papier à lettres et sur les autres documents relatifs à son activité (art. 15, § 1rt) ;
- l'article 10, §3, impose que la conclusion d'une convention écrite entre l'agent en services bancaires et en services d'investissement et son mandant, et prévoit que celle-ci « *fixe les procédures comptables et administratives à respecter par l'agent. La convention dispose expressément que l'agent ne peut assurer une intermédiation en services bancaires et en services d'investissement qu'au nom et que pour le compte du mandant, elle détermine les activités autres que l'intermédiation en services bancaires et en services d'investissement et/ou fixe la procédure à suivre pour obtenir l'autorisation de cumuler du mandant (...)* » ;

« du fait que la banque pouvait à tout moment effectuer des contrôles du respect des directives et de ses obligations, il ne pouvait en conséquence être déduit qu'il en ressortait un lien de subordination au sens de l'article 1384 »

- l'article 10, § 4, prévoit que le mandant, sous la responsabilité duquel l'agent agit, « *contrôle le respect par l'agent en services bancaires et en services d'investissement des dispositions de la présente loi et des*

arrêtés et règlements pris en vue de l'exécution de celle-ci ».

Des seules circonstances qu'aux termes de la convention, l'agent indépendant devait travailler pour la banque en exclusivité, en respectant les procédures et directives et avec les documents de la banque, ce qui entrainait dans le cadre des obligations d'un agent en services bancaires et d'investissement, et que la banque pouvait à tout moment effectuer des contrôles du respect des directives et de ses obligations, il ne pouvait en conséquence être déduit qu'il en ressortait un lien de subordination au sens de l'article 1384, alinéa 3 du Code civil.

Les clients n'apportaient au débat aucun élément duquel il ressortait que dans les faits, en contradic-

« Le respect de la stratégie de placement adoptée par la banque s'imposait de par la nature de l'activité consistant à apporter une clientèle qui devait adhérer à ladite stratégie. »

tion avec le contenu de la convention d'agent délégué qui excluait tout lien de subordination, la banque était en mesure d'exercer à l'égard de son agent indélicat les prérogatives liées à l'autorité et à la surveillance.

Il n'apparaissait en conséquence pas qu'il faille substituer à la qualification donnée par les parties à leur contrat une qualification différente puisque les éléments soumis à l'appréciation de la Cour ne permettaient pas d'exclure la qualification retenue par les parties à la convention dont les dispositions et les modalités d'exécution étaient conformes à la loi

et n'étaient pas inconciliables avec l'exercice d'une activité indépendante et tendaient à établir la réalité d'une collaboration entre parties indépendantes.

Il convenait à cet égard de relever que la convention ne portait pas sur le temps, les périodes d'activités, l'horaire de travail et les congés de l'agent délégué, que celui-ci était exclusivement payé à la commission et que la convention autorisait l'agent délégué à recruter du personnel dont il était responsable, indices s'il en était de son indépendance. Il n'était pas prétendu que l'agent indélicat n'organisait pas ses activités comme il l'entendait et ne disposait pas librement de son temps.

Aucun changement de statut dans le chef de l'agent indélicat ne pouvait être déduit de l'inscription de son nom parmi les « contacts » dans les « bulletins d'informations » émis par la banque (il n'était pas question de « personnel » : les membres du comité de direction figuraient également parmi ces « contacts ». Les clients ne démontraient pas que l'agent indélicat avait à un quelconque moment été employé de la banque), l'utilisation par celui-ci d'un numéro de téléphone du siège de la banque et d'une adresse mail à son intitulé (adresse mail dont il ne ressortait pas des éléments du dossier qu'elle avait été utilisée dans les contacts avec les clients dans le cadre des opérations litigieuses) ne constituaient pas des indices de subordination dès lors qu'il était convenu que la banque mettait les infrastructures nécessaires à la disposition de l'agent délégué. Le respect de la stratégie de placement adoptée par la banque s'imposait de par la nature de l'activité consistant à apporter une clientèle qui devait adhérer à ladite stratégie.

La Cour rappela que l'agent indélicat ne gérait pas les portefeuilles des clients.

La rupture pour faute grave, prévue par la convention, n'était pas selon la Cour, une caractéristique de la relation de travail subordonné.

L'existence d'un lien de subordination entre la banque et son agent indélicat n'étant pas établie, il ne se justifiait pas d'examiner les autres conditions d'application de l'article 1384, alinéa 3 du Code civil.

La responsabilité de la banque sur base du mandat.

Les clients considéraient, à titre subsidiaire, que la responsabilité de la banque était engagée sur base du mandat.

Conformément à la loi du 22 mars 2006 dont des extraits étaient reproduits ci-avant, la convention conclue entre la banque et l'agent indélicat conférait à celui-ci le mandat de réaliser les opérations qui y sont décrites. Aux termes de l'article 10, § 4, alinéa 1er de la loi précitée, « *l'agent en services bancaires et en services d'investissement agit, en ce qui concerne son activité d'intermédiation en services bancaires et en services d'investissement, sous la responsabilité entière et inconditionnelle de son mandant. Celui-ci contrôle le respect par l'agent en services bancaires et en services d'investissement des dispositions de la présente loi et des arrêtés et règlements pris en vue de l'exécution de celle-ci* ».

Encore faudrait-il, pour que la responsabilité du mandant soit engagée, que l'agent délégué ait agi

dans le cadre de son activité d'intermédiaire en services bancaires et en services d'investissement.

La Cour rappela qu'il ne pouvait exercer celle-ci que pour un seul mandant, et l'article 12, § 1er, de la loi du 22 mars 2006 lui interdisait de combiner l'intermédiation en services bancaires et en services d'investissement avec l'exploitation d'une entreprise réglementée ou l'exercice pour son propre compte de la plupart des activités visées par la loi du 25 avril 2014 et services d'investissement visés à l'article 2,1°, de la loi du 25 octobre 2016.

Si, à l'occasion de sa mission, le mandataire commet une faute extracontractuelle, le mandant n'en répond pas envers le tiers qui est victime de cette faute. Le principe de la représentation ne peut, en

« Encore faudrait-il, pour que la responsabilité du mandant soit engagée, que l'agent délégué ait agi dans le cadre de son activité d'intermédiaire en services bancaires et en services d'investissement »

effet, jouer : la commission de faits juridiques – délits ou quasi-délits, excède (en principe) les pouvoirs du mandataire, chargé par définition d'accomplir des actes juridiques. C'est donc au mandataire, et à lui seul, qu'incombe la réparation des conséquences dommageables de sa faute.

La responsabilité aquilienne du mandant est engagée lorsqu'il a commis une faute personnelle : par exemple lorsqu'il a mal surveillé son mandataire, lui a donné des instructions inadéquates ou encore s'est rendu complice de la faute de son mandataire (art. 1382 C. civil) ou que les fautes aquilliennes du mandataire sont « *inhérentes* » à l'exécution du mandat, lui sont indissociablement liées, dernière hypothèse non rencontrée en l'espèce.

En l'espèce toutefois, il ne ressortait pas des éléments du dossier qu'en contractant avec les clients, l'agent indélicat agissait dans le cadre de son activité d'intermédiaire en services bancaires

« les clients côtoyaient le préposé non en sa qualité d'agent délégué de la banque – qu'ils connaissaient – mais de membre actif d'un service club et c'était dans ce contexte privé qu'ils avaient été amenés à effectuer les paiements litigieux »

et en services d'investissement, en qualité de mandataire de la banque. Au contraire, il apparaissait qu'il agissait dans un cadre strictement privé.

En effet : les clients côtoyaient le préposé non en sa qualité d'agent délégué de la banque – qu'ils connaissaient – mais de membre actif d'un service club et c'était dans ce contexte privé qu'ils avaient été amenés à effectuer les paiements litigieux, non dans le cadre de l'exercice de ses activités pour la banque, même si la plupart d'entre eux étaient devenus clients de la banque, notamment après avoir

été clients des précédents organismes pour lesquels l'agent indélicat intervenait.

Les conventions, reconnaissances de dettes, reçus et relevés de comptes relatifs aux placements litigieux qui étaient remis par l'agent étaient tous établis sur papier libre, « *blanc* », et non sur le papier à entête de la banque, au contraire des documents que celle-ci adressait à ses clients. Ces derniers ne pouvaient s'y tromper : les relevés trimestriels de « *composition et valorisation* » de portefeuille émis par la banque mentionnaient (notamment) son intitulé, l'adresse du siège, le numéro du contrat et reprenaient des informations détaillées relatives au portefeuille (avec des croquis) et à la trésorerie.

Aucun des clients de la banque ne prétendait que le montant qu'il réclamait dans le cadre de la présente procédure figurait sur de tels relevés de la banque. Or, ceux-ci comportaient la mention : « *Sauf avis de votre part dans les 30 jours qui suivent la date du présent relevé à l'attention de notre service d'Audit interne (...), nous considérons que vous être d'accord avec les données reprises dans le document* ». Si les fonds confiés à l'agent, dont il n'était pas prétendu qu'ils figuraient dans de tels relevés, l'avaient été pour compte de la banque, les clients de la banque auraient dû se manifester. Aucun ne prétendait l'avoir fait.

L'agent mentionnait sur les conventions et relevés qu'il remettait aux clients la qualité d'« *agent de change* », non d'intermédiaire ou d'agent délégué de la banque, et sa seule adresse privée.

Le numéro sous lequel il était inscrit au registre des intermédiaires en services bancaires et en

services d'investissement en qualité d'agent délégué de la banque n'y figurait pas.

Il ne ressortait pas des pièces produites au débat que l'agent utilisait l'adresse mail « @banque » dans le cadre de ses contacts avec les clients concernant les placements litigieux.

Selon la Cour, l'agent indélicat n'agissait de la sorte incontestablement pas en qualité de mandataire, au nom et pour compte de la banque, mais à titre personnel. Les opérations s'effectuaient dans un contexte privé et non dans le cadre de l'exercice de son activité professionnelle, ni (éventuellement à l'une ou l'autre exception en ce qui concernait les rencontres à son bureau mais cela demeurait non établi) à l'aide des moyens mis à sa disposition par son mandant.

Ces fonds lui étaient remis à titre personnel et il s'engageait au même titre à les rembourser majorés d'intérêts. Il n'utilisait aucun document portant l'entête de la banque ou l'adresse de celle-ci, mentionnant au contraire une qualité d'agent de change et son adresse privée sans indiquer son numéro d'inscription au registre des intermédiaires en services bancaires et en services d'investissement.

Dans le cadre de ces « placements », il rencontrait par ailleurs quasi toujours les clients à leur domicile ou au service club et remettait fréquemment l'argent en espèces malgré l'importance des montants. Ce mode de paiement des inté-

rêts ne laissait aucun doute sur le caractère non professionnel de ces opérations.

Il ressortait des motifs développés ci-avant que l'agent indélicat n'agissait pas en qualité de mandataire de la banque, mais à titre personnel. Il ne pouvait être question de mandat apparent.

Aucune situation apparente contraire à la réalité n'était établie : les clients ne démontraient pas que le préposé avait fait croire ou laissé penser qu'il agissait pour compte de la banque, ni que les cir-

« Ces fonds lui étaient remis à titre personnel et il s'engageait au même titre à les rembourser majorés d'intérêts. Il n'utilisait aucun document portant l'entête de la banque ou l'adresse de celle-ci, mentionnant au contraire une qualité d'agent de change et son adresse privée »

constances avaient permis de le laisser penser.

Les clients savaient qu'ils ne contractaient pas avec la banque. Il résultait des éléments développés ci-avant que s'ils l'ignoraient, quod non, cette erreur ne serait pas légitime.

Les clients ne démontraient pas que la banque aurait fautivement créé l'apparence d'honnêteté de son agent indélicat et que cette faute serait susceptible d'être en lien causal avec leur dommage.

LE DEVOIR DE CONSEIL ET D'INFORMATION DU BANQUIER PEUT-IL CONSTITUER UNE CAMPAGNE DE DÉNIGREMENT ?

Une banque belge disposait depuis plus d'une vingtaine d'années d'une solide activité de structuration et de commercialisation de plans d'options sur actions (en anglais « *stock option plans* » ou « *SOP* ») et d'autres produits fiscalement attractifs pour employés et dirigeants.

« Il était admis que le terme publicité repris dans cette interdiction visait toute communication émise par une entreprise et ayant pour but direct ou indirect de promouvoir la vente de produits ou de services »

Dans ce cadre, la banque collaborait avec une consultante. Cette dernière avait obtenu un nouveau « *ruling* » de la part du SPF Finances, permettant notamment à sa société de mettre en œuvre pour des clients de plus petite taille des plans d'options sur actions sans intervention obligatoire d'un organisme bancaire, donc sans devoir collaborer avec la banque.

La société soutenait qu'elle avait été la victime d'une double campagne de dénigrement de la banque auprès de quatre de ses clients. La société invoquait tout d'abord les articles VI, 104 CDE et VI, 105, 2° CDE aux termes desquels « *est interdit, tout acte contraire aux pratiques honnêtes du marché par lequel une entreprise porte atteinte ou peut porter atteinte aux intérêts professionnels d'une ou*

plusieurs autres entreprises » et « (...) *est interdite toute publicité d'une entreprise qui comporte des éléments dénigrants à l'égard d'une autre entreprise, de ses biens, de ses services ou de son activité* ».

Il était admis que le terme publicité repris dans cette interdiction visait toute communication émise par une entreprise et ayant pour but direct ou indirect de promouvoir la vente de produits ou de services.

Il ressort d'une jurisprudence bien établie, notamment de la Cour d'appel de Bruxelles, que le dénigrement est « *un acte contraire aux usages honnêtes en matière commerciale, peu importe qu'ainsi un avantage concurrentiel soit poursuivi et peu importe que ce qui est déclaré soit correct ou pas. Il doit s'agir d'une attaque particulièrement nocive contre le commerçant, par laquelle est porté préjudice à sa réputation ou à la réputation de ses produits, de ses services ou de ses activités, par un acte injurieux ou diffamatoire, ou même par une simple critique qui permet de l'identifier. Elle peut être expresse, mais également implicite. Dans ce cas, il suffit qu'aucun doute n'existe auprès du public quant à la personne visée et ce qui est entendu* ».

En l'espèce, la société soutenait que la banque aurait attiré l'attention de plusieurs clients de la société sur le fait que les plans SOP de celle-ci ne seraient pas conformes à la réglementation applicable en la matière, et notamment à la directive MIFID.

La société produisait à l'appui de ses affirmations plusieurs échanges d'emails avec différents clients. Il ressortait de ces pièces qu'un client de la société avait été contacté par la banque, laquelle lui aurait fait savoir que la société ne respecterait pas la directive MIFID. Le fait que ce client avait estimé devoir interpellier la société à la suite de cet entretien avec la banque indiquait que ce client avait considéré que la société avait une responsabilité dans ce problème de « *compliance par rapport à la directive MIFID* ». La banque ne pouvait dès lors soutenir que la société ne fournirait aucune preuve de ses affirmations. La banque soutenait que les faits de février 2018 dont question dans le mail produit ci-dessus ne pouvaient lui être reprochés, à défaut pour la société d'avoir, dans l'année à dater de février 2018, introduit une demande en justice afin de faire cesser ces agissements.

En application de l'article XVII.5 CDE, la société ne pouvait effectivement pas fonder sa demande de cessation sur l'email précité. Toutefois, cet email pouvait être utilisé par la société pour contextualiser l'email de la banque reçu un an plus tard par son client, en mars 2019. Il était remarquable à cet égard de relever que dans les deux cas, le responsable de ce client indiquait à la société qu'elle aurait à se justifier devant leur directeur financier.

Vainement, la banque soutenait que le contact qu'elle avait pris avec ce client en mars 2019 s'inscrivait dans le cadre de son devoir de conseil et d'information envers ses clients, et qu'elle n'aurait « *tenu aucun propos dénigrant l'encontre de la société de son consultant* ».

Si, comme le soutenait la banque, elle s'était con-

tentée d'exercer son devoir de banquier, l'on voyait mal pourquoi, à la suite de cette communication, le client aurait éprouvé le besoin de contacter non pas la banque, pour obtenir plus d'éclaircissements sur les informations transmises dans le cadre du « *devoir de banquier* » de la banque, mais bien la société, en demandant à cette dernière de lui fournir un écrit, stipulant qu'il ne risquait rien et qu'il ne devrait rien faire.

La société ajoutait que la prétendue non-conformité avec la directive MIFID était une information erronée. Elle plaidait, sans être contestée sur ce point, que n'étant pas une institution bancaire, elle n'était pas tenue par la réglementation MIFID. A juste titre, la société soutenait que le fait, pour la banque, de faire valoir auprès des clients de la société que celle-ci ne respecterait pas la directive MIFID était une critique injustifiée et dès lors calomnieuse.

« Le fait que ce client avait estimé devoir interpellier la société à la suite de cet entretien avec la banque indiquait que ce client avait considéré que la société avait une responsabilité dans ce problème de « *compliance par rapport à la directive MIFID* »

Au regard de la jurisprudence citée ci-dessus, le mail du 13 mars 2019 adressé par le client à la société fournissait la preuve de ce que cette dernière avait été la victime d'un acte de dénigrement de la part de la banque.

Il était en effet établi que :

- la banque était l'auteur du message dénigrant,
- la personne visée était bien la société, puisqu'à la suite du contact de la banque, le responsable du client estimait devoir interpeller la société,
- à tout le moins, une critique avait été formulée envers la société, puisque l'auteur du mail, le responsable du client, avait estimé devoir prendre contact avec la société pour obtenir un écrit « *stipulant que nous ne risquons rien* » (ce qui laisse entendre qu'il aurait été dit au responsable du client que sa société courrait un risque), et que « *nous ne devons rien faire* » (ce qui laisse entendre qu'il aurait été dit au responsable du client que sa société devrait prendre une action qui n'avait pas été prise).

« le juge doit vérifier la possibilité matérielle de réitération de l'acte et que « si l'interruption ne dépend que de la bonne volonté de son auteur, il n'y a pas d'impossibilité matérielle »

Eu égard au fait que le responsable du client demandait à la société de lui fournir un écrit ayant le contenu décrit ci-dessus et destiné à assurer son directeur financier, il était établi que les propos de la banque avaient eu pour effet de jeter le discrédit sur l'action et/ou les services de la société, rendant son client inquiet et poussant celui-ci à demander un écrit pour dissiper le doute.

S'inscrivant dans un contexte où, déjà l'année précédente, il avait été question de la part de la banque au sujet de la société d'un « *problème*

éthique » et d'un « *problème légal* », il pouvait être considéré que la démarche entreprise en mars 2019 par la banque envers le client au sujet de la société était une attaque particulièrement nocive contre cette dernière et, partant, un acte de dénigrement violant tant l'article VI.104 CDE que l'article VI.105 CDE.

En défense, à titre subsidiaire, la banque plaidait que même si les faits qui lui étaient reprochés devaient être jugés établis, encore faudrait-il constater qu'ils avaient cessé et que dès lors qu'il n'y aurait aucun risque de récurrence de sa part, aucune condamnation ne pourrait être prononcée.

La société s'opposait à cette analyse et soulignait qu'au cours des deux dernières années, en 2018 et 2019, elle avait eu à subir les actes de dénigrement de la banque, en sorte qu'il ne pouvait être exclu que celle-ci recommence à l'avenir.

La Cour d'appel de Mons avait dit pour droit que le juge doit vérifier la possibilité matérielle de réitération de l'acte et que « *si l'interruption ne dépend que de la bonne volonté de son auteur, il n'y a pas d'impossibilité matérielle* ». Citant la doctrine, la Cour poursuivait : « *pour qu'une récurrence soit objectivement exclue, on considère, en effet, que les circonstances doivent être telles qu'indépendamment de la volonté de l'intéressé, une répétition du manquement soit impossible* ».

En l'espèce, et tel que défini par la jurisprudence citée, ci-dessus, le risque de récurrence ne pouvait être exclu. S'agissant de l'astreinte, il convenait d'en assortir l'ordre de cessation, afin de garantir son respect.

A titre subsidiaire, la banque demandait une dimi-

nution drastique du montant de l'astreinte postulée par la société B, à 2.500 € par infraction avec un plafond de 50.000 €, au motif que « *le montant de l'astreinte a un caractère comminatoire, et non indemnitaire* ».

La banque semblait raisonner comme si elle envisageait de devoir payer les astreintes. A cet égard, il avait été jugé à de nombreuses reprises

que l'astreinte devait être suffisamment élevée pour éviter toute spéculation sur le coût que représenterait la violation de l'ordre de cessation qui va être prononcé.

Il n'y avait dès lors pas lieu de diminuer le montant de l'astreinte postulée par la société.

Le jugement est définitif.

« PROVISOIRE » NE SIGNIFIE PAS « TEMPORAIRE »

Une société sollicitait que le tribunal interdise à une banque de verser une somme en exécution d'un crédit documentaire ou subsidiairement de débiter son compte de la même somme.

La banque observait qu'il appartenait à la société de démontrer, dans ce cadre, que les conditions propres à la procédure en référé – telles que prévues à l'article 584 du Code judiciaire –, étaient réunies.

Le tribunal rappelait à cet égard que « *l'urgence constitue à la fois une condition de compétence matérielle du juge des référés, et une condition de fond. En tant que condition de compétence, l'urgence s'apprécie en fonction de l'objet de la demande, tel qu'il est libellé dans la citation introductive d'instance* ».

Il suffisait en effet que l'urgence soit formellement invoquée par l'auteur de la demande pour que le juge des référés soit compétent.

En l'espèce, la société justifiait l'urgence de sa demande par la circonstance que la mesure solli-

citée à charge de la banque ne saurait être obtenue en temps utile via une procédure ordinaire au fond. Sa demande était en conséquence recevable.

En ce qui concerne l'urgence, en tant que condition de fond, il est unanimement considéré que celle-ci s'apprécie « *par rapport à deux critères cumulatifs : l'urgence objective de la situation factuelle et l'ineffectivité du recours au juge du fond* ».

Quoiqu'en pensait la banque, il ne saurait raisonnablement être contesté que la demande incidente de la société était objectivement urgente.

La société sollicitait en effet une interdiction de paiement qui n'était pas couverte par l'ordonnance du 8 novembre 2019, et à laquelle la banque pourrait passer outre à tout moment – dès lors que le délai de paiement de la somme due au bénéficiaire était venu à échéance le 12 novembre 2019 – et ce même si, jusqu'à ce jour, elle n'avait fait montre d'aucune velléité en ce sens.

Il existait donc un risque réel de préjudice imminent

et grave pour la société – si la banque venait à céder aux demandes de remboursement du bénéficiaire -, qui ne saurait être efficacement prévenu par le biais d'une procédure au fond. La banque contestait également que la mesure sollicitée répondait à l'exigence du « provisoire » prévue à l'article 584 du Code judiciaire dès lors que l'interdiction réclamée par la société n'était assortie d'aucune limite temporelle.

Ainsi que la société l'observait à juste titre, « provisoire » ne signifie pas « temporaire » : « la précision de l'article 584, alinéas 1er et 3 du Code judiciaire, selon laquelle le juge des référés statue au provisoire, signifie uniquement que l'ordonnance de référé n'est pas revêtue de l'autorité de chose jugée à l'égard du juge du fond et ne porte « pas préjudice au principal ».

« le juge des référés statue au provisoire, signifie uniquement que l'ordonnance de référé n'est pas revêtue de l'autorité de chose jugée à l'égard du juge du fond et ne porte « pas préjudice au principal »

En l'espèce, la mesure d'interdiction postulée par la société était, par essence, révocable et ne liait en aucune façon le juge qui aurait à connaître d'un éventuel litige au fond entre les parties.

La banque soutenait, par ailleurs, que la demande formulée par la société manquait en droit dès lors que celle-ci était contraire à l'article 7, c) des RUU 600 applicables au crédit documentaire litigieux. En vertu de cette disposition, « une banque émettrice s'engage à rembourser une banque désignée

qui a honoré ou négocié une présentation conforme et transmis les documents à la banque émettrice. (...) L'engagement d'une banque émettrice de rembourser une banque désignée est indépendant de l'engagement de la banque émettrice vis-à-vis du bénéficiaire ».

La banque relevait qu'en l'occurrence,

- les documents présentés par le bénéficiaire étaient parfaitement conformes à la lettre de crédit,
- ces documents avaient été transmis à la société le 27 septembre 2019,
- elle-même était donc tenue de rembourser le bénéficiaire à la date d'échéance du crédit, soit le 12 novembre 2019, et ce, indépendamment de l'exécution donnée au contrat sous-jacent, conclu par le bénéficiaire et la société.

La société ne contestait pas, en soi, la pertinence de la thèse développée par la banque mais invoquait l'adage « *fraus omnia corrumpit* », touchant à l'ordre public au sens de l'article 6 du Code civil et ayant – selon elle – pour effet d'ôter au crédit documentaire le caractère autonome et indépendant lui étant, notamment, reconnu par l'article 7, c) précité. La société faisait en effet valoir que la communication, par la société, de documents entachés de faux, dans le cadre du crédit documentaire, fait obstacle à l'exécution de celui-ci, les exigences présidant à ladite exécution n'étant pas rencontrées.

Le tribunal rappela que « la raison d'être de cet adage est que l'auteur d'une fraude ne puisse obtenir aucun profit de sa fraude suite à un acte juridique ou à l'application d'une règle de droit ».

Or, ainsi que la banque le soulignait à juste titre, le bénéficiaire – auteur de la fraude invoquée par la société – avait déjà tiré avantage de son éventuelle fraude, puisqu'elle avait été intégralement désintéressée par la société. Admettre l'application de l'adage dans le cas présent, aurait donc pour seul effet de préjudicier la société, dont la

bonne foi n'avait au demeurant jamais été mise en doute. Le principe de droit *fraus omnia corrumpit* ne saurait, en conséquence, tenir en échec la règle prévue à l'article 7 c) susvisé.

Par ces motifs, le tribunal déclara les demandes incidentes (principales et subsidiaires) de la société recevables mais non fondées.

LE PAIEMENT EST UN MODE D'EXTINCTION DES OBLIGATIONS

Une société et sa banque étaient en désaccord quant à la nature de la convention qui les liait. La société considérait que la convention dénommée « *crédit d'investissement* » constituait en réalité un prêt à intérêts soumis à l'article 1907bis du Code civil. Cette disposition limitait à six mois d'intérêts l'indemnité qui pouvait être réclamée en cas de remboursement anticipé d'un prêt à intérêts. La banque considérait au contraire qu'il ne s'agissait pas d'une convention de prêt à intérêts, mais bien d'un contrat non règlementé, qui échappait donc au plafond précité. Les deux parties étayaient leur thèse par une jurisprudence abondante. En l'espèce, le tribunal qui eût à connaître du litige constata que la société, qui reconnaissait avoir pris contact avec la banque par téléphone avant le remboursement du crédit, ne démontrait aucunement avoir contesté les conditions mises par la banque à la dérogation du contrat signé, à savoir l'acceptation d'un remboursement anticipé, mais moyennant l'indemnité réclamée.

La société ne démontrait pas avoir émis des réserves, elle ne démontrait – ni ne soutenait – qu'elle aurait été victime d'un vice de consentement. Le fait qu'elle ait pris contact avec un avocat rapidement après la signature de l'acte de

vente de l'immeuble financé, parce qu'un « *vent favorable* » (soufflant sans doute à la signature de l'acte notarié) lui aurait indiqué qu'il était possible de récupérer une partie de l'indemnité n'y changeait rien pour le tribunal. En effet, les deux parties co-contractantes étaient des entreprises avisées et le contrat qui les liait avait pris fin lors de la signature de l'acte notarié, rien excepté ni réservé. Ce n'était que trois semaines plus tard que la banque fut mise en demeure de restituer un montant important.

Le tribunal rappela que le paiement est un acte juridique unilatéral. En tant que mode d'extinction des obligations, « *c'est la dernière étape normale du mécanisme de l'obligation, au contraire des autres modes d'extinction des obligations qui conduisent à la disparition de celle-ci sans qu'elle ait été exécutée* ». Les obligations réciproques découlant du contrat s'étaient éteintes par la levée des sûretés, le paiement sans contestation et le remboursement du crédit. La sécurité juridique des relations entre entreprises commandait de ne pas remettre en cause cette opération juridique librement consentie. La demande de remboursement fut donc déclarée non fondée.

Un appel a été interjeté.

LA PRÉSUMPTION DE RESPONSABILITÉ DU COMMETTANT

L'article 1384, alinéa 3 du Code civil dispose que les commettants sont responsables du dommage causé par leurs préposés dans les fonctions auxquelles ils les ont employés. En d'autres termes, cette disposition instaure à charge des commettants une présomption de responsabilité pour les dommages causés par la faute de leurs employés. Cette présomption est irréfutable.

Il s'ensuit que la victime ne doit pas démontrer de faute dans le chef du commettant et que le commettant ne peut s'exonérer en prouvant qu'il n'a pas commis de faute.

La présomption de responsabilité qu'institue l'article 1384, al. 3, du Code civil impose la réunion de trois conditions :

- un lien de subordination entre le commettant et le préposé ;
- une faute du préposé en lien causal avec le dommage causé ;
- un lien entre la faute du préposé et les fonctions auxquelles il est employé.

1. Quant au lien de subordination.

Le lien de subordination existe dès qu'une personne peut exercer son autorité et sa surveillance sur les actes d'une autre personne. La subordination suppose donc le pouvoir, pour le commettant, de donner à son préposé des ordres quant à la manière dont le travail doit être exercé et, pour le préposé, l'obligation de suivre ces ordres dans l'exécution de son travail.

En l'espèce, le fait que la personne indélicatée était

un employé de la banque suffisait à démontrer le lien de subordination, lequel n'était d'ailleurs guère contesté.

2. Quant à la faute du préposé de la banque, en lien causal avec le dommage causé.

L'enquête répressive menée avait permis à la Cour d'appel de Bruxelles de retenir, dans son arrêt du 6 mars 2015, une faute de l'employé pour avoir rédigé des ordres de virement de compte de clients vers des comptes personnels.

Sans préjudice de la question de l'autorité de chose jugée (la banque n'était pas partie à la procédure d'appel mais bien son employé envers lequel la faute avait été retenue et sur laquelle les parties fondaient leur demande, en application de l'article 1384, al. 3, du Code civil), en tout état de cause, le tribunal se ralliait au raisonnement de la Cour.

En effet, force était de constater que la banque ne pouvait pas que la signature des deux ordres de transfert appartenait respectivement aux clients préjudiciés. Or, la charge de la preuve de l'authenticité d'une signature incombait, en cas de contestation, à celui qui se prévalait de l'acte.

En effet, « *il suffit pour celui à qui on oppose l'acte de désavouer ou de méconnaître l'écriture ou la signature pour que la partie qui s'en prévaut soit obligée de solliciter la vérification d'écritures* ». Au contraire, les parties – à qui n'incombait pas la charge de la preuve sur ce point – s'appuyaient sur une expertise graphologique pour contester la paternité des signatures litigieuses.

3. Quant au lien entre la faute du préposé et les fonctions auxquelles il était employé

C'est à tort que la banque soutenait que les éventuels agissements de son préposé étaient étrangers à l'activité du bureau de représentation et à son contrat de travail, de sorte que ces actes ne pouvaient engager sa responsabilité sur la base de l'article 1384, al. 3, du Code civil.

Certes, l'acte illicite, même intentionnel, devait rentrer dans les fonctions du préposé. Cependant il suffisait que cet acte ait été accompli pendant le temps de la fonction et qu'il soit en relation avec celle-ci, même indirectement ou occasionnellement.

En d'autres termes, l'acte posé par le préposé ne devait pas relever, par son objet, de la fonction du préposé. Ainsi, 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 constituaient un abus de fonction qui engageait la responsabilité du commettant sur la base de l'article 1384, al. 3, du Code civil.

Le commettant ne pourra être exonéré de sa responsabilité que si son préposé avait agi hors des fonctions auxquelles il était employé, sans autorisation, et à des fins étrangères à ses attributions.

En l'espèce, il ne faisait aucun doute que les actes litigieux posés par l'agent l'étaient durant le temps de ses fonctions et en relation avec celles-ci, quand bien-même s'agissait-il, à l'évidence, d'un abus de fonction.

C'était également en vain que la banque invoquait un comportement fautif des parties, notamment pour avoir remis des sommes à son préposé contre une mention dans un carnet de dépôt, en dehors de toute agence bancaire.

Le tribunal rappela que la faute de la personne lésée, consistant en ce qu'elle savait ou devait savoir que le préposé abusait de sa fonction – ce qui n'était pas établi en l'espèce, eu égard à l'apparence, au moment des faits -, ne suffisait pas à exclure la responsabilité du commettant.

Il s'ensuivait selon le tribunal que la responsabilité de la banque devait être retenue, sur la base de l'article 1384, al. 3, du Code civil.

Le client préjudicié poursuivait également une seconde banque qui avait remis les fonds détournés à une personne se faisant passer pour lui.

Par référence au même raisonnement que repris ci-dessus, force était de constater que cette banque ne démontrait pas que la signature apposée sur le

« 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 constituaient un abus de fonction qui engageait la responsabilité du commettant sur la base de l'article 1384 »

récépissé bancaire était celle du client.

A ce propos, si la banque se retranchait derrière la situation apparente et sur la croyance légitime permettant de s'exonérer de toute responsabilité, le tribunal constata cependant que la banque ne démontrait pas avoir pris les précautions d'usage, à savoir notamment la vérification de l'identité de la personne qui s'était présentée au guichet.

A cet égard notamment, la pièce de caisse ne mentionnait aucune information quant à l'identité de cette personne (et notamment le numéro du passeport). Il n'apparaissait pas non plus, dans les pièces saisies, que le numéro du passeport de la personne s'étant présentée au guichet ait été noté, ni même qu'il y ait eu de vérification de l'identité de cette personne. Ceci alors qu'il s'agissait d'un compte de « *mise à disposition* », que le client disposait d'un compte bancaire propre auprès de la banque belge, et qu'il s'agissait du retrait d'une somme importante.

C'était également à tort que la banque invoquait la limitation de son obligation de conserver les documents bancaires durant sept ans. En effet, dès le moment où les autorités de police avaient pu saisir le document de caisse, il fallait en déduire que les documents annexes et/ou complémentaires (tels les relevés d'identité, l'inscription

du numéro de passeport, etc.) devaient nécessairement encore être disponibles, à supposer qu'ils aient existé. A cet égard encore, le tribunal relevait que le juge d'instruction avait donné l'ordre de saisir tout document utile à l'enquête, en relation avec les faits et pouvant servir à la manifestation de la vérité.

Dès lors que la banque ne démontrait pas avoir procédé aux formalités minimales d'identification et de vérification, le tribunal ne pouvait que constater que la banque ne s'était pas comportée comme l'aurait fait tout banquier raisonnablement prudent et diligent, placé dans les mêmes circonstances d'espèce.

Sa faute était dès lors établie, et était en lien causal avec la somme ayant transité sur ledit compte de « *mise à disposition* ».

UNE BANQUE AGISSANT COMME NOMINEE EST-ELLE UN INVESTISSEUR PROFESSIONNEL ?

Un client qui affirmait être un simple profane en matière boursière reprochait à sa société de gestion de ne l'avoir informé des risques liés à une prise de participation dans un fonds d'investissement. Il reprochait à la société de gestion d'avoir investi 250.000 USD dans un fonds d'investissement offshore à haut risque, sans son instruction formelle, contrairement au profil d'investissement convenu et en méconnaissance du fait que ce fonds était réservé à des professionnels, selon les termes explicites du prospectus de l'émetteur définissant, entre autres, les conditions d'accès audit fonds. Selon le client, ces fautes lourdes de la société de gestion seraient la cause de la perte de la totalité de la

somme investie. La société de gestion aurait violé les dispositions de l'article 37 de la loi du 5 avril 1993 relative au secteur financier en n'agissant pas « *loyalement et équitablement au mieux des intérêts* » de son client ni « *avec la compétence, le soin et la diligence qui s'imposent au mieux des intérêts de son client* ».

Ce comportement fautif ne se limitait pas à l'acquisition des parts litigieuses pour compte du client, qui plus est, à concurrence d'un « *montant exceptionnellement élevé par rapport à l'ensemble du portefeuille* ». L'omission de la société de gestion de « *débarrasser le client de cet investissement au plus vite* », au moment où des rumeurs alarmistes

commençaient à circuler, et au plus tard le 2 octobre 2008, date à laquelle le client affirmait avoir donné l'ordre de vendre les parts détenues dans le fonds litigieux, constituerait également une faute lourde en relation causale avec le dommage subi.

La société de gestion demandait à la Cour de déclarer l'appel infondé et de confirmer le jugement entrepris qui avait débouté le client. Elle faisait valoir que, contrairement aux affirmations du client, celui-ci était en fait « *une personne particulièrement avertie dans le domaine de la finance* ». Celui-ci aurait opté, dans le cadre d'un premier contrat, signé le 16 juin 1998, lequel était applicable au moment de l'investissement litigieux, pour une gestion de son portefeuille « *avec consultation préalable* », ce qui serait révélateur d'un suivi régulier et assidu de sa part outre que, selon les instructions spécifiques du contrat, le client entendait obtenir un retour sur investissement de 5 % supérieur à l'inflation aux Pays-Bas et souhaitait une certaine flexibilité dans la gestion et une optimisation fiscale sur un délai d'investissement à moyen terme, entre 3 et 5 ans.

Dans un deuxième contrat, signé le 7 décembre 2001, l'objectif d'investissement aurait été changé, le client ayant souhaité passer d'une gestion neutre à une gestion à long terme, comportant un rendement et partant un risque plus élevé. Ce deuxième contrat aurait permis un investissement en actions dans une proportion située entre 0 et 100 %. Il ressortait par ailleurs des profils d'investissement annexés au contrat que le client détenait des avoirs évalués à 5 – 10 millions d'euros et qu'il disposait d'une expérience antérieure à ses relations avec la société de gestion dans tous les types d'investissements envisagés.

Le client serait même à qualifier, selon la société de gestion, d'« *investisseur professionnel* » tant au regard des critères mentionnés dans le mémorandum présentant le fonds litigieux qu'au regard des critères de la CSSF.

En outre, postérieurement à l'acquisition des parts dans le fonds litigieux, le client aurait régulièrement reçu, pendant plus de huit ans, tant les rapports de gestion que les relevés de valorisation des investissements émis par la banque dépositaire, sans jamais élever la moindre protestation.

Le 8 mars 2001, la société de gestion aurait proposé à son client la souscription des 330 titres du fonds litigieux pour un montant total de 250.000 USD, représentant 20 % de son portefeuille. Selon la société de gestion, cette proposition aurait été discutée entre parties avant d'être approuvée par le client, puis exécutée en date du 4 avril 2001. Cette position d'investissement est restée inchangée et n'aurait, à aucun moment, été contestée

« le courtier n'était pas fondé à se prévaloir de l'exception édictée à l'article 45, 4 0 de la loi du 6 avril 1995 dès lors qu'il ne pouvait être raisonnablement soutenu que cette activité de gestion de portefeuille était exercée à titre accessoire »

pendant les 8 années qui avaient suivi.

La société de gestion contestait avoir commis une faute en relation causale avec la perte dont se prévalait la partie adverse, et encore moins une faute grave ou intentionnelle qui seule serait susceptible

d'engager la responsabilité de la société, en application de l'article 4 du contrat de gestion de portefeuille. De plus, l'absence de protestation du client à la réception des rapports et relevés mensuels rendant compte de l'évolution du portefeuille de ce dernier, vaudrait ratification des opérations en cause. La société de gestion soutenait que le client ne pouvait pas se prévaloir des règles édictées par la loi relative au secteur financier, ces règles ne valant que dans les relations entre le professionnel financier et les autorités de contrôle.

La Cour qui eût à connaître du litige releva à titre liminaire que les parties étaient liées par un mon-

« Il résultait des stipulations contractuelles claires et précises citées ci-dessus que le pouvoir de décision quant à l'opportunité de procéder à telle ou telle opération d'investissement était attribué au gestionnaire de fortune, en l'occurrence à la société de gestion »

tant de gestion discrétionnaire de portefeuille et que le contrat applicable au moment de l'investissement litigieux était le contrat signé en date du 16 juin 1998.

Cependant, le client reprochait à la société de gestion d'avoir acquis les parts du fonds sans avoir reçu, au préalable, des instructions en ce sens de sa part et relevait, à cet égard n'avoir à aucun moment approuvé formellement la proposition du 8 mars 2001 faite par la société de gestion. Cette dernière s'est cependant crue autori-

sée à exécuter sa proposition.

Le contrat qui liait les parties était intitulé « *Contrat de gestion de fortune* ». Il y était précisé que la société de gestion « *pourrait investir à son gré et comme bon lui semble les actifs du client* » et qu'elle « *exercerait les pouvoirs qui appartiendraient au Client s'il investissait lui-même ses propres actifs* ». Il résultait des stipulations contractuelles claires et précises citées ci-dessus que le pouvoir de décision quant à l'opportunité de procéder à telle ou telle opération d'investissement était attribué au gestionnaire de fortune, en l'occurrence à la société de gestion.

Selon la Cour, le client ne s'y était d'ailleurs pas mépris puisqu'il reconnaissait que les relations contractuelles qui le liaient à la société de gestion étaient à qualifier de gestion discrétionnaire de fortune.

Dans ces conditions, *le fait que, dans l'intitulé du contrat, la mention « sans » qui précédait la mention « consultation préalable » ait été biffée et remplacée par la mention « avec » sans autre modification de la teneur du contrat, et notamment de la stipulation précitée habilitant le gestionnaire à « investir à son gré et comme bon lui semblait les actifs du client » et à exercer « les pouvoirs qui appartiendraient au client s'il investissait lui-même ses propres actifs » ne saurait avoir d'autre conséquence que celle de mettre à la charge du gestionnaire l'obligation de consulter le client, autrement dit de solliciter son avis. Elle ne saurait impliquer à charge du gestionnaire l'obligation de solliciter l'accord formel du client et de ne pas agir en l'absence d'un tel accord.*

C'était partant à tort que le client reprochait à la société de gestion d'avoir exécuté la proposition

datée du 8 mars 2001, sans que celle-ci n'ait été approuvée expressément par lui. Ce dernier faisait encore valoir que l'achat des parts du fonds était réservé exclusivement aux « *investisseurs professionnels* » et que les parts litigieuses avaient été souscrites en violation de cette condition. Il se prévalait du prospectus de l'émetteur, intitulé « *Information Memorandum* », daté du 1er janvier 1998, définissant, entre autres, les conditions d'accès audit fonds et soutenait qu'il en résultait que le client n'aurait pu être considéré comme « *investisseur professionnel* », et partant comme habilité à acquérir des parts de ce fonds qu'à la condition d'avoir formellement accepté, par écrit, à être traité comme tel.

Selon le client, « *le consentement d'un souscripteur sur des actions du fonds devait être donné par consentement écrit explicite en remplissant un formulaire du prospectus très précis, dans lequel il indiquait qu'il voulait être traité comme un investisseur professionnel* ». Faute de produire un formulaire de souscription démontrant que le client aurait reconnu par sa signature son « *statut d'investisseur professionnel* », il convenait de retenir que la société de gestion avait méconnu les conditions d'accès susmentionnées.

La société de gestion faisait une autre lecture du prospectus en cause et considérait que devait être considéré comme investisseur professionnel, au sens de ce même document, soit une personne agissant pour son propre compte ou pour le compte d'un tiers, soit une personne ayant signé une déclaration dont il résultait qu'elle disposait d'un capital net d'un million USD et acceptait d'être traitée comme un investisseur professionnel.

Il suffisait donc que la personne agissant pour le compte d'un tiers ait la qualité d'investisseur professionnel « *par exemple, une banque dépositaire agissant comme nommée pour compte d'un particulier* » pour que la prescription en cause soit respectée.

Force était de constater que le prospectus en cause était versé uniquement en langue anglaise, langue qui n'est pas admise comme langue officielle en matière judiciaire.

Eu égard à la divergence entre parties quant à l'interprétation des passages afférents du prospectus de l'émetteur, intitulé « *Information Memorandum* », il y avait lieu d'ordonner la révocation de l'ordonnance de clôture de l'instruction et la réouverture des débats aux fins de permettre au client de verser une traduction en langue française des passages en cause dudit document et, le cas

« Il suffisait donc que la personne agissant pour le compte d'un tiers ait la qualité d'investisseur professionnel « par exemple une banque dépositaire agissant comme nommée pour compte d'un particulier » pour que la prescription en cause soit respectée »

échéant, d'autres documents ayant trait aux conditions d'accès au fonds litigieux et aux parties de présenter des conclusions quant aux pièces versées postérieurement à la réouverture des débats.

Ceci fait, la Cour se ressaisit du litige et constata que la participation litigieuse avait été acquise par un investisseur professionnel, puisque celle-ci avait été souscrite sur instruction de la société de gestion, par la « *banque dépositaire et prestataire de services d'exécution d'ordres.* »

Cette dernière était à qualifier d'investisseur professionnel, au sens de la définition retenue dans le prospectus, puisqu'il s'agissait d'une « *personne dont les activités habituelles impliquent, tant pour son propre compte que pour celui de tiers, l'acquisition ou la cession de biens de la même nature que les biens ou une partie substantielle des biens du fonds* ».

Contrairement à l'affirmation du client, il n'était

« il n'était nullement requis que le client bénéficiaire économique de la participation envisagée, signe une déclaration attestant qu'il possédait des avoirs d'une valeur nette supérieure à 1 million de dollars américains et qu'il consente à être traité comme un « investisseur professionnel » »

nullement requis que le client bénéficiaire économique de la participation envisagée, signe une déclaration attestant qu'il possédait des avoirs d'une valeur nette supérieure à 1 million de dollars américains et qu'il consente à être traité comme un « *investisseur professionnel* ».

La société de gestion donnait à considérer que le prospectus en question avait été établi conformément aux normes applicables aux Îles Vierges britanniques et se prévalait d'un affidavit (avis juri-

dique écrit, acté par un notaire) dont il résulterait que la banque dépositaire pouvait, en tant qu'investisseur professionnel, souscrire et détenir ces parts, sans pour autant en être le bénéficiaire économique, pour le compte d'un particulier.

Le portefeuille des participations acquises pour le compte du client aurait été en adéquation avec ses exigences telles que définies dans le contrat de gestion de fortune et aucun manque de flexibilité ne pourrait être mis en évidence quant aux conditions de rachat.

Enfin, la société de gestion donnait à considérer que seule la banque dépositaire était en droit d'opérer le rachat, en tant qu'actionnaires, et rappelait qu'elle contestait formellement avoir reçu de la part du client « *l'ordre de vendre l'investissement litigieux* ».

Il était constant en cause que l'accès au fonds commun de placement litigieux était réservé aux investisseurs professionnels et qu'il convenait, pour la définition de cette notion, de se reporter au prospectus dit « *mémoire d'information* » du 1er janvier 1998. Celui-ci définissait, à la page 2, l'investisseur professionnel comme étant « *une personne dont les activités habituelles impliquent, tant pour son propre compte que pour celui de tiers, l'acquisition ou la cession de biens de la même nature que les biens ou une partie substantielle des biens du fonds, ou une personne qui a signé une déclaration attestant qu'elle possédait des avoirs d'une valeur nette supérieure à 1 million de dollars américains et consentait à être traitée comme un investisseur professionnel* ». Cette définition avait d'ailleurs été maintenue dans le mémorandum de 2000.

Il ressortait clairement de la lecture du passage cité ci-dessus que le prospectus retenait deux critères

alternatifs, dont les définitions respectives étaient séparées par le mot « ou » et que l'accès au fonds litigieux n'était dès lors pas subordonné à une déclaration spéciale de M. X aux termes de laquelle il consentirait à être « *traité comme un investisseur professionnel* », dès l'instant que la banque dépositaire avait procédé à la souscription des parts dont il s'agissait et que le premier critère énoncé dans le prospectus était donné dans son chef, puisque les activités habituelles de celle-ci « *impliquent, tant pour son propre compte que pour celui de tiers, l'acquisition ou la cession de biens de la même nature que les biens ou une partie substantielle des biens du fonds.* »

Le critère d'accès étant rempli dans le chef de la banque qui avait procédé à la souscription des parts dont elle était le titulaire, il n'était pas requis que le client signe une déclaration spéciale à cet effet ou qu'il marque son accord à ladite souscription. Pour cette même raison, le client était mal fondé à reprocher à la société de gestion de ne pas produire le formulaire de rachat des actions, puisque seule la banque – et non la société de gestion – était concernée par les formalités de rachat. Le fonds commun de placement litigieux était une société régie par les lois des Îles Vierges britanniques et soumise aux autorités de

contrôle de cet Etat.

Concernant le droit des Îles Vierges britanniques, la société de gestion se prévalait d'un document appelé affidavit, lequel était constitué par une déclaration sous serment actée devant notaire de l'avocat, diplômé en droit de l'université d'Oxford et membre du barreau d'Angleterre et du barreau

« Le critère d'accès étant rempli dans le chef de la banque qui avait procédé à la souscription des parts dont elle était le titulaire, il n'était pas requis que le client signe une déclaration spéciale à cet effet ou qu'il marque son accord à ladite souscription »

des Îles Vierges britanniques, dûment traduite par un traducteur assermenté.

Cet avis confirma l'interprétation que la Cour faisait de la définition précitée des conditions d'accès au fonds de placement litigieux et des prérogatives de la banque dépositaire.

LA VÉRITÉ JUDICIAIRE N'ÉTAIT PAS CONNUE DU TRIBUNAL

Un client s'était engagé dans l'acquisition d'un appartement à construire. A l'automne 2014, il reçut de l'entrepreneur une première facture qu'il paya sur le compte figurant sur ladite facture.

Quelques jours plus tard, l'entrepreneur reprit

contact avec le client pour lui signaler que la facture n'était toujours pas honorée, ce qui amena le client à s'inquiéter des suites réservées à son virement, son compte ayant, lui, été débité. Il finit par apprendre que le compte bénéficiaire, indiqué sur la facture n'était pas celui de la société mais celui d'un exploitant d'une friterie en province.

Une plainte fut déposée contre cet homme, et le lendemain une saisie-arrêt fut pratiquée sur le compte où l'argent avait été viré. La somme n'y figurait plus, ayant été retirée par le biais d'un chèque certifié et par trois virements sur le compte de la compagne du titulaire du compte. Ce second compte avait ensuite été débité par l'émission d'un autre chèque certifié de 60.000 €. Les deux chèques auraient alors été encaissés à Bruxelles, par un agent de change.

Interpellé, le titulaire du compte avoua être impliqué dans une escroquerie qui aurait commencé par un vol de courrier, suivi de la falsification de la facture par le remplacement du numéro de

« il est essentiel de disposer de la qualification pénale correcte de façon à prendre en considération la vérité judiciaire »

compte de la société par le sien, et de l'encaissement des 130.000 € par les moyens précités. L'enquête s'est poursuivie et l'indélicat fut condamné par le tribunal correctionnel.

Le client poursuit la banque du client indélicat considérant qu'elle avait commis des fautes sans lesquelles son dommage ne se serait pas produit.

La banque invoquait la règle suivant laquelle le criminel tient le civil en état, pour demander qu'il soit sursis à statuer.

Le tribunal rappela la circonstance qu'un jugement aurait été rendu tout récemment n'empêchait pas de revendiquer l'application de la règle de surseance, non seulement parce que ce jugement n'avait pas été produit, mais aussi parce que seule une décision coulée en force de chose jugée clôt l'action publique. En effet, si l'on ne savait pas grand-chose du jugement, on en savait encore moins de ses conséquences en termes de procédure. Le tribunal se pencha donc sur les conditions mises à l'obligation faite au juge civil de s'abstenir aussi longtemps que son collègue pénal ne s'était pas prononcé, sans recours possible.

S'il ne fallait pas nécessairement une identité de personnes, il fallait selon le tribunal qu'il y ait des points communs entre les actions et, surtout, que la décision sur l'action pénale soit susceptible d'avoir des conséquences sur l'action civile.

Or, seules des fautes civiles étaient reprochées à la banque défenderesse, mais cette dernière relevait en retour que le client n'avait peut-être pas eu un comportement suffisamment prudent, pour ne s'être pas livré à un minimum de vérifications avant d'effectuer un virement de cette importance. Sans vouloir se lancer dès à présent dans ce débat, le tribunal constata que le client se présentait comme la victime d'un faux en écritures, sans qu'il sache toutefois si le tribunal correctionnel retint ou non cette qualification et, plus fondamentalement, sans qu'on ait pu voir la facture originale, sans doute saisie par la police et déposée au greffe correctionnel après qu'elle eût été arguée de faux et signée ne varietur, suivant la règle.

Si, à l'heure actuelle, l'informatique permettait à

des gens malintentionnés de réaliser des faux « *plus vrais que nature* », susceptibles de tromper les plus vigilants, d'autres en étaient restés à des voies plus artisanales, avec des techniques moins compliquées à remarquer.

Il convenait donc de s'assurer de ce qu'il s'était réellement passé en l'espèce, afin de répondre à l'argumentation de la banque sur le plan de la faute de la victime. De même, il était essentiel de disposer de la qualification pénale correcte, qui ne pouvait résulter que de la dernière décision,

celle qui était coulée en force de chose jugée, de façon à prendre en considération la vérité judiciaire qui, sous réserve de quelques exceptions, vaut erga omnes en matière répressive.

La surséance s'imposait dès lors. Il n'était par ailleurs pas possible de prononcer une condamnation au paiement d'un euro provisionnel, celle-ci supposant de trancher le conflit sur la faute.

LA PERTE D'UNE CHANCE NE PEUT ÊTRE THÉORIQUE

Dans le cadre de l'acquisition d'un véhicule, un client avait donné instruction à sa banque de transférer un montant correspondant au prix de vente du véhicule sur le compte du garage. S'estimant victime d'une fraude, le client prit contact avec la banque du garagiste afin qu'il soit fait opposition aux virements et de bloquer le compte bancaire du garagiste.

La banque avait immédiatement procédé au blocage du compte bancaire litigieux. Une employée de la banque avait ultérieurement indiqué le 2 septembre par erreur, que « *Les sommes se trouvaient toujours sur ce compte bancaire. Nous avons envoyé votre PV aux services compétents. Nous vous tiendrons au courant par rapport au remboursement, mais comme c'est le week-end, cela peut encore durer quelques jours* ». Le 12 septembre, l'employé précisa cependant « *Nous avons malheureusement constaté qu'il y avait encore des paiements en réservation au moment*

où nous avons consulté le compte bancaire de la société pour vous dire que l'argent se trouvait toujours sur ce compte. Bien que nous eussions fait le nécessaire (bloquer le compte), l'argent est entre-temps parti du compte bancaire (...) »

Le client reprocha à la banque ces communications erronées et estima que celles-ci engageaient la responsabilité de la banque qu'il cita devant le tribunal de Bruxelles. Ce dernier releva que les communications erronées, voire contradictoires avaient pu laisser à penser au client qu'il aurait peut-être la chance de récupérer un certain montant, ou en tout cas lui laisserait peut-être la chance de prendre des mesures conservatoires à l'encontre de la société.

La banque avait donc commis une faute à cet égard. Celle-ci n'était cependant de nature à engager sa responsabilité que si elle avait causé un dommage au client.

En l'espèce, le dommage dont ce dernier se prévalait ne consistait pas au « *remboursement* » des sommes qu'il avait versées sur le compte du garagiste ouvert dans les livres de la banque.

Tout au plus, pourrait-on envisager que, suite à la première communication « *rassurante* » de la banque, il avait perdu une chance de faire procéder à la saisie du compte bancaire en question entre le 2 septembre et le 12 septembre.

Cette chance apparaissait cependant purement théorique en l'espèce, dès lors que le client ne démontrait et n'alléguait pas même, avoir envisagé de prendre ni pris quelques mesures de saisie ni à l'époque ni sur la base du jugement de condamnation de la société, et que seul un montant de 366,34 € restait sur le compte en question.

Dans ces circonstances, le tribunal était d'avis que le client ne démontrait aucun dommage qui pourrait être mis à charge de la banque.

Du reste, le tribunal constata que la faute précitée de la banque était sans relation causale avec le dommage que le client prétendait avoir subi.

En effet, il résultait de l'examen du compte bancaire concerné que les montants que le client avait versés au compte litigieux ne se trouvaient plus, à aucun moment où il avait pris contact ou été en contact avec la banque sur le compte en question, de sorte que quelle qu'ait été l'attitude de la banque, le client n'aurait pas pu, en contactant la banque et en lui demandant de bloquer ledit compte, pu récupérer les montants dont il s'agissait. Le solde du compte litigieux ne contenait plus aucune opération au-delà du 2 septembre.

En d'autres termes, sans la faute de la banque (qui consistait uniquement à avoir donné, par une erreur d'information, un faux espoir au client), le dommage tel qu'il s'était produit se serait réalisé de la même façon. La demande du client n'était pas fondée et fut donc rejetée.

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
- Laurent CLOQUET - Audrey DESPONTIN
- Thomas MALENGREAU - Lies MARTENS
- Thomas METZGER -
Isabelle MOENS de HASE -
Aurélien NAUD - Olivier PIRET-GERARD -
Els VAN POUCKE - 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