



# Banque & Finance

LETTRE TRIMESTRIELLE D'INFORMATIONS JURIDIQUES

15 septembre 2019 au 14 décembre 2019



## Editorial

*Lorsqu'un client refuse de se conformer à FATCA ...*

FATCA est une législation américaine qui vise à prévenir l'évasion fiscale mondiale par les citoyens américains. La Belgique s'est engagée à communiquer les informations visées par FATCA au fisc américain, par accord intergouvernemental signé en 2014.

Une banque belge avait demandé à l'un de ses clients, de nationalité américaine et né aux Etats-Unis, de lui renvoyer un formulaire ad hoc et de lui communiquer son numéro fiscal américain. Face au refus réitéré du client de coopérer, l'établissement de crédit avait bloqué les comptes du client puis résilié les conventions de compte, moyennant un préavis de trois mois.

Le client mécontent avait assigné la banque en dommages et intérêts, en considérant que les mesures prises par la banque étaient disproportionnées. Le tribunal saisi n'a pas partagé le point de vue du client, estimant que le refus de se conformer aux disposi-

tions FATCA et notamment de remplir les formulaires requis équivalait à un refus du client d'accepter de modifier les conditions générales bancaires. Si un client peut parfaitement refuser de signer les formulaires, il ne peut pas s'attendre à ce que la banque maintienne la relation contractuelle.

Outre le fait que la banque avait le droit de bloquer les comptes du client, elle avait, sur base de ses conditions générales, la possibilité de résilier le contrat à tout moment sans aucune justification. Le tribunal relève que la banque avait en outre accordé à son client un délai de préavis de trois mois, soit un délai plus long que celui contractuellement prévu.

Jean-Pierre BUYLE  
jpbuyle@buylelegal.eu

## Sommaire

### Page 2

Responsabilité de la banque en cas de blocage de transferts internationaux

### Page 5

Escroquerie aux panneaux photovoltaïques : l'objet du crédit était-il connu ?

### Page 8

De la nécessité du lien causal entre le préjudice et la faute en matière de planification de patrimoine

### Page 10

L'expertise n'est qu'un avis...

### Page 11

Une erreur d'interprétation peut-elle être une faute ?

### Page 16

Quel sort donner à une garantie frappée d'un embargo ?

## RESPONSABILITÉ DE LA BANQUE EN CAS DE BLOCAGE DE TRANSFERTS INTERNATIONAUX

Une ASBL belge qui recueillait des dons avait sollicité de sa banque divers transferts en USD en faveur d'associations actives sur les territoires palestiniens. Quelques mois plus tard, la banque fit savoir à sa cliente que, selon les informations reçues de sa banque correspondante, les six transferts en USD sollicités avaient été bloqués en exécution des directives émises par le Département du Trésor américain qui assurait la mise en œuvre des programmes de sanctions américains sur les personnes qualifiées de terroristes (ci-après l'OFAC). Par le même courrier, la banque avait signalé à sa cliente que, dans ces circonstances, toute transaction internationale au départ de son compte pouvait désormais être l'objet d'un blocage. Plus tard, la banque notifia à l'ASBL sa décision de mettre fin à leurs relations contractuelles et de clôturer les trois comptes ouverts en ses livres moyennant le préavis d'un mois prévu par ses conditions générales.

L'ASBL cita la banque en référé en vue d'obtenir la restitution des 100.000 EUR bloqués et le maintien de ses trois comptes jusqu'à ce qu'une décision ait été prononcée au fond. L'ASBL fut déboutée de sa demande pour défaut d'urgence.

Suite aux démarches du conseil de l'ASBL en vue de l'obtention de la libération des 100.000 EUR bloqués, l'OFAC avait indiqué que la banque correspondante avait correctement bloqué les transferts litigieux, conformément aux Global Terrorism Sanctions Regulations, 31 C.F.R. Part 594, et qu'une libération des avoirs bloqués serait incompatible avec la politique de sanctions américaine.

En conséquence, la demande de débloquer les fonds devait être rejetée.

Le courrier de l'OFAC rappelait que : « *En vertu de ces décrets et règlements, une institution américaine est tenue de bloquer tout virement bancaire pour lequel une sanction cible a un intérêt et se trouve en la possession ou le contrôle d'une institution, même si cette institution est un intermédiaire et que la transaction sous-jacente n'implique pas par ailleurs un citoyen américain. Un intérêt dans la propriété suffisant pour exiger un blocage peut être un intérêt de toute nature, direct ou indirect. Un virement bancaire bloqué est généralement placé sur un compte porteur d'intérêts et le titulaire est empêché d'effectuer toute transaction liée à cette propriété ou d'exercer un droit, pouvoir*

**« une institution américaine est tenue de bloquer tout virement bancaire pour lequel une sanction cible a un intérêt et se trouve en la possession ou le contrôle d'une institution, même si cette institution est un intermédiaire et que la transaction sous-jacente n'implique pas un citoyen américain. »**

*ou privilège lié à celle-ci sans l'autorisation d'OFAC. Dès que le virement a été bloqué, l'OFAC ne reconnaît pas les tentatives d'extinction de l'intérêt de la sanction cible dans le transfert*

*en, par exemple, annulant les premières instructions de paiement ou en effectuant un second paiement au bénéficiaire ».*

La banque avait par ailleurs eu confirmation par l'OFAC que l'ASBL était listée par elle comme un Specially Designated Global Terrorist (SDGT). Jusqu'à ce que l'OFAC autorise le débloqué, la banque correspondante était donc tenue de conserver les avoirs sur un compte portant intérêts.

L'ASBL faisait grief à la banque d'avoir, sans l'en informer, choisi de faire transiter ses fonds par une banque américaine et, partant, de l'avoir soumis à la législation des Etats-Unis. Elle considérait que la banque savait ou devait savoir qu'en prenant une banque US comme banque correspondante, il

*« selon la banque, le blocage des fonds entre les mains de la banque correspondante, à la suite des mesures de sanctions édictées par l'OFAC, était un « fait du prince » qui l'exonérait de sa responsabilité, à supposer que celle-ci soit engagée. »*

existait un risque important que les fonds soient gelés à l'initiative de l'OFAC, dès lors que la plupart des associations actives en Palestine étaient reprises sur la liste des organisations suspectées de financer le terrorisme. C'était le cas pour l'ASBL qui, à la date du premier transfert litigieux, figurait sur cette liste depuis plus d'un an.

La banque soutenait qu'elle n'avait nullement manqué à son obligation d'exécuter le transfert : le

compte de l'ASBL avait été débité des montants indiqués en vue d'un transfert vers les bénéficiaires nommés par cette ASBL ; le blocage des fonds entre les mains de la banque correspondante, à la suite des mesures de sanctions édictées par l'OFAC, était un « fait du prince » qui l'exonérait de sa responsabilité, à supposer que celle-ci soit engagée. Il n'était en outre pas démontré qu'elle était au courant du blocage des virements avant que l'ASBL l'en ait informée. Par ailleurs, il n'existait aucune obligation sans son chef d'aviser ses clients d'un blocage de fonds dans le cas de soupçons d'un éventuel financement du terrorisme. Bien au contraire, il lui était interdit d'informer ses clients de l'ouverture d'une information judiciaire. Il allait, en effet, de soi qu'agir autrement serait contraire à toutes les règles et usages en matière de lutte contre le terrorisme. Elle invoquait la loi du 11 janvier 1993 qui dispose que les établissements de crédit « ne peuvent en aucun cas porter à la connaissance du client concerné ou de personnes tierces que des informations ont été transmises à la cellule de traitement des informations financières (...) ou qu'une information du chef de blanchiment de capitaux est en cours ».

Comme le faisait observer l'ASBL, la référence à la loi du 11 juin 1993 n'apparaissait pas pertinente. D'une part, ce n'était pas à l'initiative des autorités belges ou européennes, mais sur injonction de l'OFAC, un organisme de contrôle américain, que les transferts internationaux de l'ASBL avaient été bloqués. D'autre part, l'interdiction de divulguer prévue par cette loi porte sur la transmission d'informations à la CTIF ou aux autorités judiciaires et aux suites données à cette transmission.

Elle ne portait pas sur des mesures de blocage opérées par l'OFAC.

Par ailleurs, les mesures de blocage opérées par l'OFAC à l'encontre d'organisations soutenant la cause palestinienne s'inscrivaient dans un programme américain de sanctions dont l'objectif n'était pas d'appréhender des auteurs d'opérations de financement du terrorisme ou de faire saisir des avoirs par les autorités judiciaires (pour reprendre les termes de la circulaire du 6 avril 2010 de la CBFA). Le programme en application duquel les blocages de fonds tels que celui en litige étaient opérés ne présentait d'ailleurs pas un caractère secret.

Du reste, relève le tribunal, si la banque voulait s'abstenir de communiquer sur le blocage opéré par sa banque correspondante, il lui était loisible de, sans plus attendre, clôturer les comptes que l'ASBL détenait chez elle, comme deux autres banques l'avaient fait deux ans plus tôt.

Il en résultait que la banque n'était pas en droit de se prévaloir d'une obligation de non révélation pour justifier le fait qu'elle ait exécuté les ordres de paiement en juin 2006 sans avertir l'ASBL de ce que l'ordre de paiement d'avril avait été bloqué par la banque correspondante.

S'agissant du préjudice subi, l'ASBL constata que, douze ans plus tard, les sommes versées en juin 2006 n'étaient toujours pas parvenues à leurs destinataires et qu'elles n'avaient pas non plus été remises à la banque belge, laquelle avait d'ailleurs décidé de ne plus offrir de services bancaires à l'ASBL. L'ASBL faisait valoir que, si elle avait eu connaissance du blocage opéré pour le premier ordre de paiement, la banque n'aurait pas dû exé-

cuter les ordres suivants. En le faisant, elle avait privé l'ASBL de la somme totale de 75.000 EUR, somme qui, comme le courrier de l'OFAC le laissait entendre, ne sera jamais récupérée.

Le tribunal releva que dans le contexte politique actuel, il est peu probable que les fonds soient prochainement débloqués. Il n'en reste pas moins que ces fonds n'ont pas disparu. Ils se trouvent toujours auprès de la banque correspondante sur un compte porteur d'intérêts. Au jour d'aujourd'hui, ils ne peuvent être considérés comme définitivement perdus.

Il convient également de noter que les bénéficiaires des fonds actuellement bloqués sont les différentes associations palestiniennes sur les comptes desquels ces fonds devaient être versés. Ce sont ces associations qui sont directement préjudiciées par la mesure de blocage.

**« si la banque voulait s'abstenir de communiquer sur le blocage opéré par sa banque correspondante, il lui était loisible de, sans plus attendre, clôturer les comptes que l'ASBL détenait chez elle, comme deux autres banques l'avaient fait deux ans plus tôt »**

Pour ce qui concerne l'ASBL, le tribunal rappela qu'elle n'était pas admise à réclamer à la banque une restitution des fonds bloqués, cela en raison

du caractère irrévocable de l'ordre de virement dès sa réception par la banque. Il n'apparaissait pas, par ailleurs, que le fait que les fonds versés n'étaient pas arrivés à destination engageait la responsabilité de l'ASBL à l'égard des donataires, dès lors qu'il s'agit précisément de dons et non de l'acquiescement de dettes. C'était seulement dans le cas où les virements litigieux auraient eu pour objet l'exécution d'une obligation de paiement que l'ASBL aurait été tenue d'opérer un nouveau paiement vu le caractère non libératoire des transferts de fonds bloqués. Il n'apparaissait, dès lors, pas que l'ASBL pouvait faire état d'un préjudice propre qui correspondrait la hauteur des montants bloqués.

Le tribunal jugea néanmoins qu'avec le blocage des fonds, l'ASBL avait été sérieusement entravée dans l'accomplissement même de son objet qui était la

réalisation de projets humanitaires et de charité en Palestine, et par ce fait même, dans son fonctionnement au quotidien. Elle avait dû faire face à une perte de confiance de la part de ses donateurs et adhérents, en cela elle avait subi un préjudice qui lui était personnel. Sur base des chiffres communiqués par l'ASBL, le tribunal fixa celui-ci ex aequo et bono à 25.000 euros. Cependant, en abandonnant la procédure pendant près de sept années, l'ASBL avait méconnu l'obligation du créancier de prendre les mesures raisonnables pour limiter son dommage. Il convenait, en conséquence, de reporter la date de prise de cours des intérêts compensatoires au 22 avril 2014, date à laquelle l'ASBL avait demandé la fixation de l'affaire pour plaidoiries.



## **ESCROQUERIE AUX PANNEAUX PHOTOVOLTAÏQUES : L'OBJET DU CRÉDIT ÉTAIT-IL CONNU ?**

Des clients avaient chacun conclu un contrat pour l'achat et l'installation de panneaux photovoltaïques avec une société.

Ce genre de société proposait de vendre et d'installer des panneaux photovoltaïques par le système du tiers investisseur dont le principal mérite vanté consistait dans le fait que le client ne devait pas déboursier le moindre euro.

Ce système consistait à faire contracter par les clients un crédit généralement auprès d'une banque que l'installateur renseignait afin de garantir l'octroi du crédit malgré parfois la faiblesse des revenus du client. Le crédit contracté par le client uniquement

en son nom devait, en principe, être remboursé par les revenus engendrés par les certificats verts que les vendeurs se faisaient préalablement céder en échange d'un versement mensuel de sa part. Ce versement du vendeur était censé couvrir les mensualités du crédit.

Il s'avéra que les installateurs firent tous faillite, laissant leurs clients assumer seuls le remboursement du crédit et sans plus percevoir le versement mensuel promis.

En l'espèce, la situation des clients serait encore plus dramatique puisqu'ils n'avaient jamais reçu le moindre panneau photovoltaïque et n'avaient, par

conséquent, pas pu produire de l'énergie et recevoir des certificats verts dont la vente devait servir au remboursement du crédit. Ce système, désormais tristement célèbre s'était révélé être une véritable arnaque, orchestrée par les vendeurs installateurs de panneaux photovoltaïques. La question qui se posait était de savoir si cela avait été possible moyennant la complicité, l'assistance ou à tout le moins la complaisance de certaines banques.

Les clients poursuivaient leur banque au motif que celle-ci avait libéré les fonds alors qu'elle savait ou devait savoir que les panneaux photovoltaïques n'étaient pas encore livrés à ce moment par les vendeurs, ceci d'autant plus que la banque avait financé des centaines voire des milliers de contrats de vente conclus par des clients de ces entreprises.

La banque avait fait signer à tous les clients un acte de cession de rémunération et d'autres revenus lors de la conclusion de leurs crédits respectifs. Malgré l'absence de toute livraison, les clients n'avaient d'autre choix que d'honorer à titre conservatoire et sans reconnaissance préjudiciable de leurs droits, leurs obligations de remboursement à l'égard de la banque afin de ne pas s'exposer aux lourdes sanctions qu'elle aurait pu prendre à leur encontre, sans même devoir obtenir une quelconque décision judiciaire préalable : saisie, fichage dans la centrale des crédits aux particuliers de la banque nationale de Belgique etc...

La banque avait répondu qu'il n'y avait pas lieu à l'application de l'article 19 de la loi sur le crédit à la consommation car les contrats ne mentionneraient

pas le bien financé et qu'elle n'avait pas connaissance des conditions de livraison puisqu'elle n'avait pas connaissance des contrats passés entre les clients et les fournisseurs respectifs. L'article 19 précité dispose « *Lorsque le contrat de crédit mentionne le bien ou le prestataire de services financés ou que le montant du contrat de crédit est versé directement par le prêteur au vendeur ou prestataire de services les obligations du consommateur ne prennent effet qu'à compter de la livraison du bien ou de la prestation de services ; en cas de vente ou de prestations de services à exécution successive, elles prennent effet à compter du début de la livraison du produit ou de la prestation du service et cessent en cas d'interruption de celle-ci, sauf si le consommateur reçoit lui-même le montant du crédit et que l'identité du vendeur ou du prestataire de service n'est pas*

**« Lorsque le contrat de crédit mentionne le bien financé ou que le montant du contrat de crédit est versé directement par le prêteur au vendeur les obligations du consommateur ne prennent effet qu'à compter de la livraison du bien ou de la prestation de services »**

*connue par le prêteur ».*

Il ressortait à l'évidence que la banque ne pouvait ignorer la marchandise qu'elle finançait et le vendeur. Les captures d'écran déposées au dossier, relevaient à chaque dossier qu'elle était avertie qu'il s'agissait d'un prêt pour achat de panneaux

photovoltaïques. Plus encore et à tout le moins depuis le 15 décembre 2011, elle savait que c'était la société litigieuse qui intervenait, qu'il s'agissait de panneaux photovoltaïques et encore que la Région Wallonne intervenait financièrement.

Tous les témoignages des clients concordaient sur le fait que c'était le vendeur qui faisait signer tous les contrats (contrat cadre pour l'installation de panneaux et contrat de crédit) et qu'ils n'avaient « *jamais rencontré le moindre banquier* ».

A juste titre, la banque relevait qu'il appartenait aux clients de démontrer l'existence d'une unité commerciale entre le prêteur et le fournisseur ou le prestataire de services. Or, selon la banque les clients ne démontraient pas leurs allégations conformément aux articles 1315 du Code civil et 870 du code judiciaire. Elle insistait sur le fait que les documents avaient été conclus et signés en présence de l'intermédiaire de crédit, ce qui ne pouvait être nié dès lors que la clause suivante était reprise sur chacun des contrats de crédit : « *l'intermédiaire déclare que sur la base des renseignements dont il dispose, le consommateur sera en mesure de respecter ses obligations et avoir vérifié l'information fournie ainsi que les signatures sur la base de documents officiels et confirme que les signatures ont été apposées en sa présence* ».

La banque précisait qu'elle ne cautionnait ni ne tolérait aucun démarchage ou délégation de tâches d'intermédiation à des tiers autres que ses intermédiaires de crédit.

Toutefois, à l'examen des pièces du dossier, le juge de Paix constata que la simultanéité de la signature de tous les documents (à la fois la convention cadre et la demande de crédit) censés être signés le même jour alors que les lieux indiqués dans les documents étaient parfois fort distants les uns des autres. Se retrancher derrière le libellé du contrat stipulant qu'il était signé en présence de l'intermédiaire n'était guère crédible en l'espèce.

Selon le juge, la banque ne pouvait se retrancher derrière une « *erreur de ses intermédiaires* » et encore faudrait-il en démontrer l'existence. Le juge releva que la Banque gérait la situation de la première demande à la finalisation du contrat et, quoi qu'elle en dise, l'autonomie de ses intermédiaires de crédit apparaissait tout à fait limitée.

La démonstration théorique était corroborée par les explications et pièces des parties. Le juge estima dès lors l'action des clients fondée sur base de l'article 19 de la loi relative au crédit à la consommation, l'existence d'une unité commerciale étant démontrée à suffisance. Il déclara que les obligations de remboursement des clients ne prendraient effet qu'à compter de la livraison des biens et de la prestation de services. En conséquence, la banque fut condamnée à rembourser aux clients au principal, toutes les sommes versées dans le cadre de leur crédit respectif, à majorer des intérêts au taux légal à compter du jour où chaque montant avait été versé.

● ● ●

## DE LA NÉCESSITÉ DU LIEN CAUSAL ENTRE LE PRÉJUDICE ET LA FAUTE EN MATIÈRE DE PLANIFICATION DE PATRIMOINE

Un premier juge avait considéré qu'une banque avait commis une faute engageant sa responsabilité quasi-délictuelle (articles 1382, 1383 et 1384, al. 3, Code civil) envers deux donataires suite au « *retard apporté à la gestion du patrimoine de Mme X* », laquelle avait confié à la banque « *le mandat d'établir des donations avec charges en faveur des donataires* ». Il avait jugé que « *cette négligence ainsi apportée à la gestion de ce dossier était en relation causale avec le dommage réclamé par les donataires* ».

Il avait cependant estimé que ces derniers avaient également commis une faute (car) (ils) étaient parfaitement informés de l'effet à attacher à l'enregistrement des donations, (et) force était d'admettre qu'ils avaient attendu plusieurs jours avant de procéder à cette formalité essentielle (...). Il s'agissait donc de fautes concurrentes ayant toutes deux contribué à la survenance du dommage ». Il avait fixé à 75 % la part de responsabilité de la banque et à 25 % celle des donataires.

La banque interjeta appel du jugement.

La Cour d'appel de Liège qui eût à connaître du litige constata que les donataires qui fondaient leur action sur les articles 1382 et suivants du Code civil devaient démontrer l'existence d'une faute dans le chef de la banque, de leur dommage et du lien causal entre cette faute et leur dommage.

En d'autres termes, concernant cette dernière condition, ils devaient démontrer que leur dommage ne se serait pas produit tel qu'il s'était produit sans la faute de la banque. Leur dommage qui consistait dans la majoration des droits à acquitter sur la succession de feu Mme X, ne se serait pas produit tel qu'il s'était produit si les donations avec charges signées par celle-ci à leur profit avaient été enregistrées avant son décès.

Nul ne contestait le fait que les donataires étaient chargés de l'accomplissement de cette formalité. Nul ne contestait non plus le fait que les donataires étaient en possession des actes de donation avec charges avant le décès de Mme X.

**« Leur dommage qui consistait dans la majoration des droits à acquitter sur la succession de feu Mme X, ne se serait pas produit tel qu'il s'était produit si les donations avec charges signées par celle-ci à leur profit avaient été enregistrées avant son décès »**

Les donataires reconnaissaient que les documents avaient été déposés chez Mme X par le private banker de la Banque, le 27 mars 2014. Les donataires admettaient que les fonds, objet des donations avec charges, avaient été transférés en leur

faveur le même jour.

Le vendredi 11 avril 2014, les donataires précisaient « *que les documents ont bien été signés par ma grand-mère, mon frère et moi et ont été déposés à la Banque de Jemeppe dans une enveloppe à votre attention. Vous devriez donc les trouver à votre bureau à votre retour. Que devons-nous faire à présent. J'ai vu que les fonds (objet des donations avec charges) apparaissaient déjà sur un compte spécial visible au PC Banking. Pouvons-nous maintenant enregistrer officielle-*

« *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* »

*ment la donation ?* ». Le même jour, le private banker répondait: « *Tout est en ordre de notre côté et vous pourrez enregistrer la donation dès que la date (du transfert des fonds) sera remplie sur le doc de reconnaissance de donation (mais je pense avoir tous les exemplaires). Je vous reviens lundi...* ».

Le 12 avril 2014, les donataires écrivent à leur private banker qu'ils avaient commis l'erreur de ne pas avoir conservé les documents destinés à l'enregistrement : « *Oui, je pense que vous m'aviez indiqué qu'un des documents que nous avons signés devait être présenté à l'enregistrement mais je n'ai gardé aucun exemplaire et n'ai*

*aucune copie* ».

Le mercredi 16 avril 2014, le private banker qui avait effectivement reçu ceux-ci écrit par courriel aux donataires : « *Les documents de reconnaissance de donation sont partis ce jour, vous pouvez donc procéder à l'enregistrement, le taux applicable est de 3,3 %* ». Dès ce moment, les donataires connaissaient le montant qu'ils devraient acquitter pour l'enregistrement des donations avec charges et disposait des moyens nécessaires pour payer les droits puisque les fonds, objet des donations, étaient à sa disposition depuis le 3 avril 2014. Or, il est constant que ce n'est que le 24 avril 2014 qu'il accomplissait les démarches en vue de se faire délivrer un chèque certifié correspondant au montant des droits par son agence locale de Banque.

Mme X décéda le vendredi 25 avril 2014.

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. Ils étaient parfaitement informés de l'état de santé de Mme X et donc du risque de son décès imminent. Ils étaient également parfaitement informés de l'impérieuse nécessité de faire enregistrer les donations avec charges avant son décès s'ils voulaient éviter le paiement des droits de succession dont ils réclamaient à présent le paiement à la Banque.

Lorsque le private banker avait déposé chez Mme X les documents pour signature le 27 mars 2014, celle-ci n'était pas encore décédée et les donataires n'avaient encore subi aucun dommage. A partir de cet instant, les seules personnes encore tenues à une obligation, celle de faire enregistrer

les donations avec charges, étaient les donataires. Ceux-ci étaient les seuls responsables du dommage qu'ils avaient subi du fait de l'absence d'enregistrement des donations avec charges avant le décès de Mme X.

Par conséquent, même s'il devait être jugé que la banque avait commis une faute, ce qui restait à démontrer, la négligence des donataires, d'abord le 11 avril 2014 et ensuite le 18 avril 2014, était la

seule faute qui avait causé leur dommage tel qu'il s'était produit. La faute éventuelle de la banque n'avait pas pu contribuer au dommage des donataires tel qu'il s'était produit. Il n'y avait donc pas fautes concurrentes dans le chef de la banque et des donataires qui pourraient donner lieu à un partage de responsabilité.

Leur demande fut donc déclarée non fondée.



## L'EXPERTISE N'EST QU'UN AVIS...

Les sociétés A, B et C étaient liées par une convention d'entreprises (un complexe immobilier de 80 appartements autour d'une place centrale située dans une petite ville du Brabant wallon) dont la société C était le maître de l'ouvrage/promoteur et la société A et B, l'entrepreneur général. C'est dans ce cadre conventionnel que l'entrepreneur s'était engagé à fournir au maître d'ouvrage une garantie de bonne fin.

L'entrepreneur s'était exécuté en fournissant une garantie bancaire à première demande. La garantie était libérable pour moitié à la réception provisoire des travaux et pour l'autre moitié à la réception définitive. Les travaux furent réceptionnés provisoirement sous certaines réserves mais la garantie n'avait pas été libérée pour moitié, à cette occasion, de sorte que la banque était – en principe – toujours complètement engagée.

Le maître d'ouvrage reprochait à l'entrepreneur des vices et malfaçons ainsi que des retards dans l'exécution des travaux. De son côté, l'entrepreneur réclamait, par convention, le prix de factures

en souffrance.

Une action en référé fut introduite par l'entrepreneur qui appuyait ses craintes sur les comptes annuels de 2017 du maître d'ouvrage qui démontreraient, selon son analyse, que l'intéressée était en mauvaise posture financière. La charge de la preuve de l'urgence appartenait à l'entrepreneur mais cette preuve n'était pas rapportée à suffisance et l'intéressé émettait des supputations, par ailleurs difficilement compatibles avec la nature même de la garantie constituée par la banque : à savoir une garantie autonome, payable à première demande et absente de sa cause.

Le président du tribunal de l'entreprise de Bruxelles rappela que ce type de garantie – fréquente dans la vie des affaires et dans le domaine de la construction, en particulier – était l'équivalent d'une garantie en numéraire, l'entrepreneur ayant fait – par le truchement de la banque – l'économie des liquidités qu'il aurait fallu cantonner afin de garantir sa cliente et partenaire. Ce type de garantie était gouverné par

l'adage « *payer d'abord, discuter ensuite* ».

Ces principes – qui participaient de la convention des parties – n'étaient pas sérieusement contestables ni, du reste, remis en cause par l'entrepreneur au stade du référé.

Le président reconnut qu'en doctrine et jurisprudence, l'abus manifeste peut porter atteinte à l'abstraction de la promesse de paiement. Il obéit toutefois à des critères stricts/rigoureux si bien que l'abus manifeste n'est admis que dans des rares cas, très exceptionnels. L'abus manifeste se définit comme l'exercice d'un droit commis dans l'intention de nuire ou qui excède manifestement les limites d'un usage normal. Il faut que l'appel abusif saute aux yeux et qu'il soit établi de manière irréfutable. Tel n'était pas le cas in specie. L'entrepreneur plaidait que le motif de la saisie de la garantie serait fallacieux et, en tous cas, en contradiction (flagrante) avec les conclusions de l'expert judi-

ciaire qui avait arbitré une créance en sa faveur. Le maître d'œuvre rétorquait – non sans pertinence – qu'elle ne souscrivait pas aux évaluations de l'expert qui ne constituaient qu'un avis ne liant pas le tribunal mais également qu'elle ferait valoir devant le juge du fond une créance beaucoup plus importante et dès lors, tant que le tribunal n'avait pas tranché, ses droits sur la garantie demeuraient intacts. Elle conservait en conséquence celui de saisir la garantie de la banque sans avoir à justifier d'aucun motif particulier, ce qui prima facie paraissait exact et conforme aux engagements pris. En pareil contexte, l'abus manifeste des droits que le maître d'œuvre tirait de la lettre de garantie n'était pas établi non plus, du moins au provisoire. L'action fut donc logiquement déclarée mal fondée.



## UNE ERREUR D'INTERPRÉTATION PEUT-ELLE ÊTRE UNE FAUTE ?

La demande présentée par une société avait pour objet d'obtenir la résolution d'une convention de crédit d'investissement qu'elle avait conclue avec sa banque aux torts de cette dernière.

Cette demande était basée sur le postulat que la banque se serait rendue responsable d'une faute dans l'exécution de cette convention. Quatre fautes étaient à cet égard mises en évidence par la société :

- avoir refusé de rompre le contrat litigieux moyennant paiement par la société A d'une indemnité de rupture conforme à l'article 1907bis du Code civil ;
- avoir refusé d'admettre la qualification du

contrat en prêt après que celle-ci ait été confirmée par l'Ombudsman ;

- avoir refusé d'appliquer les dispositions impératives des articles 1907 et 1907bis du Code civil ;
- avoir manqué à son devoir d'information.

Ces fautes étaient liées à la qualification de prêt que la société entendait appliquer au contrat litigieux.

La société affirmait que cette convention devait être qualifiée de prêt et que la banque avait en conséquence commis une faute en réclamant une indemnité de remploi supé-

rieure à six mois d'intérêts au moment où la résolution anticipée de cette convention avait été demandée. La banque soutenait, au contraire, que la convention était un contrat d'ouverture de crédit, de sorte qu'elle n'était pas tenue de respecter la limitation prévue par l'article 1907bis du Code civil. L'article 1907bis est une disposition impérative, qui a été introduite dans le Code civil par une loi du 27 juillet 1934. Il stipule : « *Lors du remboursement total ou partiel d'un prêt à intérêt, il ne peut en aucun cas être réclamé au débiteur, indépendamment du capital remboursé et des intérêts échus, une indemnité de remploi d'un montant supérieur à six mois d'intérêts calculés sur la somme remboursée au taux fixé par la convention* ».

Depuis plusieurs années, la problématique des indemnités dites de « *funding loss* » fait l'objet d'une intense controverse, en doctrine et en jurisprudence, dont les recherches et les développements qui sont proposés par chacune des parties est le reflet. Celle-ci a trait à l'application de la limitation prévue par l'article 1907bis à ce type d'indemnité. Par décision du 7 août 2013, la Cour constitutionnelle a jugé que l'article 1907bis du Code civil ne s'appliquait qu'au contrat de prêt à intérêt. Elle a estimé qu'il était justifié « *que la limite à la liberté contractuelle, imposée par la disposition en cause, n'ait pas été étendue aux contrats d'ouverture de crédit traditionnellement utilisés dans les relations d'affaires* ».

Depuis lors, les jurisprudences de l'ordre judiciaire sont saisies de nombreux litiges dans lesquels il leur est demandé de qualifier les contrats conclus entre les bénéficiaires d'un financement et les or-

ganismes octroyant ce financement, en prêt ou en ouverture de crédit, selon que la protection de l'article 1907bis est recherchée ou non.

Le débat judiciaire est également alimenté par un arrêt de la Cour de cassation du 24 novembre 2016. La Cour a considéré que la limitation prévue par l'article 1907bis du Code civil s'appliquait « *à toute indemnité réclamée par le prêteur en cas de remboursement anticipé total ou partiel d'un prêt à intérêt* ». 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.

Il convenait dès lors d'examiner successivement les quatre manquements qui étaient reprochés par la société à la banque.

**« 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 »**

a/ *Le refus de la banque d'appliquer la disposition impérative de l'article 1907bis du Code civil*

La société estimait que la banque s'était rendue responsable d'une faute en refusant d'appliquer l'article 1907bis du Code civil à sa demande d'indemnité de remploi.

Elle avait interpellé la banque à plusieurs reprises, afin qu'elle limitât l'indemnité de emploi réclamée à 6 mois d'indemnité. La banque n'avait jamais donné suite à cette demande, en ce compris après que l'Ombudsfin ait communiqué son avis.

Comme cela a été rappelé ci-dessus, il existait au moment de l'introduction du litige – et il existe toujours – une importante controverse jurisprudentielle relative aux indemnités de funding loss. Depuis plusieurs années, un important contentieux oppose les institutions bancaires à des bénéficiaires de crédit au sujet de la qualification qu'il y a lieu de donner à leur contrat. Celui-ci avait été accentué par l'arrêt de la Cour constitutionnelle du 7 août 2013, qui avait confirmé que le champ d'application de l'article 1907bis du Code civil devait être limité au contrat de prêt à intérêts, et avait refusé de l'étendre au contrat d'ouverture de crédit. Depuis lors, la jurisprudence met en évidence différents éléments qu'il y a lieu de prendre en considération pour qualifier un contrat en prêt ou en ouverture de crédit. Les développements conséquents consacrés à cette problématique, par chacune des parties, dans le cadre de la mise en état du dossier, témoignent de cette activité jurisprudentielle et de l'insécurité juridique qui en résulte.

Dans le cadre de ses conclusions, la banque avançait différents arguments, en s'appuyant sur des extraits de doctrine et de jurisprudence, pour qualifier le contrat d'ouverture de crédit. Elle soulignait notamment que la convention litigieuse employait le terme « *ouverture de crédit* ». Son refus de limiter l'indemnité de emploi réclamée à la société découlait de cette interprétation du contrat.

La banque ne soutenait pas que l'article 1907bis du Code civil ne s'applique pas au contrat de prêt à

intérêts. Sa contestation se situait en amont, et portait sur la qualification de la relation contractuelle liant les parties.

Quand bien même la thèse défendue par la société devrait prévaloir, aucune faute ne pouvait être reprochée à la banque dans l'interprétation qu'elle retenait de la convention litigieuse. En effet, l'erreur d'interprétation d'une relation contractuelle qui serait mise en lumière par un contrôle juridictionnel ultérieur n'était pas en soi fautive. Ceci était confirmé par la jurisprudence que la Cour de cassation avait développée dans le contentieux de la sécurité sociale. La Cour estimait en effet que l'administration ne se rendait pas responsable d'une faute – extracontractuelle en l'espèce – lorsque la décision qu'elle était légalement tenue de prendre dépendait de la qualification préalable d'une relation contractuelle, susceptible d'erreur.

Par conséquent, la banque ne pouvait se voir reprocher un manquement contractuel, dès lors que son refus d'appliquer l'article 1907bis du Code civil reposait sur une interprétation de la convention litigieuse qui, en l'état actuel de la jurisprudence, n'était pas manifestement déraisonnable.

*b/ Le refus par la banque de rompre le contrat litigieux moyennant paiement par la société d'une indemnité de rupture conforme à l'article 1907bis du Code civil*

La société reprochait à la banque de la placer, de facto, dans une situation l'empêchant de rompre la convention du 19 janvier 2009, en lui réclamant des conditions de rupture particulièrement lourdes et dissuasives, contraires au pres-

crit de l'article 1907bis du Code civil. Elle estimait que cette situation la privait d'exercer son droit au remboursement anticipé de la convention litigieuse, ce qu'elle qualifiait de manquement contractuel grave dans le chef de la Banque. Lorsque la société avait sollicité la résiliation anticipée du contrat, des indemnités de emploi de 312.827,11 euros, puis 265,391 euros, lui avaient successivement été réclamées par la banque. Celles-ci avaient été ramenées à 181.000 euros à titre « commercial ».

Ainsi, dans le cadre des échanges entre parties, la Banque ne s'était jamais opposée à la résiliation anticipée de la convention de crédit d'investissement, ce qui aurait constitué un manquement contractuel. Seule l'indemnité réclamée à l'occasion de la demande de résiliation avait fait l'objet de dissensions entre parties, la société considérant que celle-ci présentait un caractère abusif. Elle estimait aujourd'hui que l'indemnité réclamée par la banque s'apparentait à un refus de rompre le contrat litigieux.

Cependant, 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. En effet, la demande d'indemnité formulée par la banque, qui était fondée sur une interprétation du contrat litigieux qui ne pouvait être qualifiée de fautive, n'empêchait pas la société de poursuivre et de finaliser la résiliation de la convention de crédit d'investissement, sans renoncer à l'application de l'article 1907bis du Code civil résidait en effet dans la réduction de l'indemnité réclamée.

c) *Le refus d'admettre la qualification du contrat en prêt après que celle-ci ait été confirmée par l'Ombudsfin*

La société estimait que la banque avait commis une faute en refusant de suivre la qualification retenue par l'Ombudsfin.

Le tribunal rappela que ce faisant, la société méconnaissait la fonction de l'Ombudsfin. Cette institution proposait un mode alternatif de règlement des conflits, dans le cadre duquel l'Ombudsfin jouait notamment un rôle de médiation entre parties. Dans cette perspective, et afin d'encourager les parties à saisir cet organe en cas de divergence, tout en maximisant les chances pour elles d'aboutir à un règlement amiable du conflit, les avis rendus par l'Ombudsfin ne sont pas contraignants. Si tel était le

**« 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 »**

cas, la saisine de l'Ombudsfin s'apparenterait à une procédure d'arbitrage, ce qui hypothèque-rait fortement les chances de régler, à l'amiable, les différends soumis à l'Ombudsfin.

Partant, la banque n'avait pas commis de faute

en refusant de suivre la qualification du contrat retenue par l'Ombudsfin.

d) *Un manquement de la banque à son devoir d'information.*

La société estimait que la qualification donnée au contrat, par la banque, de même que le caractère flou des éléments nécessaires au calcul de l'indemnité de funding loss, constitueraient des manquements à son devoir d'information.

A la différence des trois autres manquements reprochés à la banque, par la société, celui-ci se situait au stade précontractuel et était donc susceptible d'engager la responsabilité extracontractuelle de la Banque, et non sa responsabilité contractuelle. La faute extracontractuelle s'apprécie dans les conditions de lieu et de temps qui existent au moment du fait dommageable. Le dispensateur de crédit est tenu à un devoir d'information vis-à-vis de son client, qui lui impose notamment la fourniture d'une information claire et complète sur le contrat de crédit proposé. Dans le cadre de cette obligation, l'information à transmettre a valeur de renseignement. L'organisme ne se voit pas imposer un devoir de conseil et de mise en garde, qui le contraindraient à devoir orienter le choix de son client en prenant parti pour une option déterminée ou à attirer l'attention de ce dernier sur un risque déterminé.

La convention litigieuse avait été conclue au début d'année 2009. A l'époque, la problématique des indemnités de funding loss, et par voie de conséquence celle de la qualification des contrats de crédit d'investissement, ne recevait pas l'attention qu'elle a acquise ultérieurement. Il ne pouvait donc être reproché à la banque de ne pas avoir avisé la

société, de manière neutre et objective, de l'existence d'une controverse juridique à ce sujet. Par ailleurs, les modalités de calcul de l'indemnité de remploi étaient clairement exposées dans la convention de crédit d'investissement. La société n'avait soulevé aucune question à ce sujet au moment de la formation du contrat. Elle n'expliquait pas non plus en quoi elle estimait que la formule applicable serait floue. Cette formule faisait certes application de variables appelées à fluctuer dans le temps, mais ceci était, par définition, inhérent aux indemnités de funding loss. De plus, lorsque la société avait cherché à résilier la convention litigieuse, la banque lui avait fourni un détail de sa formule de calcul de l'indemnité de remploi. Il n'était dès lors pas établi que la banque aurait manqué à son devoir d'information vis-à-vis de la société.

Aucun manquement contractuel ou extracontractuel n'était établi dans le chef de la Banque. Par conséquent, il n'y avait pas lieu de faire droit à la demande de la société de prononcer la résolution du contrat aux torts de la banque, ou de lui allouer une indemnité en réparation du préjudice qu'elle aurait subi du fait des manquements allégués.

Le tribunal précisa cependant que le fait qu'aucune faute ne puisse être reprochée à la banque ne privait pas la société du bénéfice que conférait l'article 1907bis du Code civil, à considérer que la convention litigieuse devait être qualifiée de prêt à intérêts.

●●●

## QUEL SORT DONNER À UNE GARANTIE FRAPPÉE D'UN EMBARGO ?

**E**n 1989, le ministère irakien de l'industrie attribuait à une société belge un marché portant sur l'installation de deux unités de production d'acide phosphorique à Al-Kaim, en Irak.

En décembre 1989, une banque écrivit à la société belge un courrier dans lequel elle énonçait les conditions auxquelles elle était prête à émettre des garanties de restitution d'acompte et de bonne fin, engagements qui seront soumis à ses « *Dispositions générales dont la société possédait déjà un exemplaire* ». Ces garanties furent contre garanties par une banque irakienne.

Après l'éclatement de la première guerre du Golfe en août 1990, un embargo fut décrété par le Conseil de sécurité des Nations Unies (Résolution 661 du 5 août 1990) à l'égard de l'Irak. A sa suite, le Conseil des Communautés européennes adopta un Règlement interdisant de faire droit aux demandes irakiennes relatives aux contrats et opérations dont l'exécution avait été affectée par la résolution 661 (1990) du Conseil de sécurité des Nations Unies et par les résolutions connexes (Règlement CEE n° 3541/92 du 7 décembre 1992) afin de garantir une mise en œuvre uniforme, dans la Communauté, de la résolution précitée.

En février 1993, la banque irakienne adressait à la banque une demande « *d'extend or pay* » (« *prorogez ou payez* »), ainsi que la désignaient les parties à la présente cause. Cette demande était, depuis, réitérée chaque année. La

banque belge refusa systématiquement d'y accéder en se prévalant des mesures d'embargo et de la réglementation européenne.

En avril 1993, la banque informa la société belge que sauf avis contraire de sa part, elle procéderait à la comptabilisation des deux contre-garanties pour « 1BEF ». Elle ajoutait que s'il devait apparaître qu'une des garanties tombât en dehors du champ du Règlement ou que la validité et/ou le caractère obligatoire du Règlement n'était plus reconnu ou que la banque était forcée de payer une garantie (notamment du fait d'une compensation ou de l'exécution forcée d'une décision de justice), la comptabilisation pour « 1BEF » serait résolue. En mars 2008, la société belge invitait la

**« Il n'était pas contesté que la banque n'avait pas été expressément libérée de son engagement et que le texte de l'engagement en disposait pas autrement. »**

banque à considérer ses engagements comme éteints et à supprimer définitivement les contre-garanties des lignes de crédit ouvertes au nom de la société, ce que la banque refusa.

Après des échanges demeurés vains, la société belge cita la banque afin d'entendre :

- dire pour droit que les deux contre-garanties à première demande émises en faveur de la banque irakienne étaient définitivement éteintes ;
- ordonner à la banque de procéder à leur mainlevée et leur suppression des lignes de crédits ouvertes au nom de la société, sous peine d'astreinte ;
- interdire à la banque d'exécuter, en tout ou en partie, les deux contre-garanties bancaires à première demande litigieuses et de débiter le compte de la société de leur montant, sous peine d'astreinte.

Après s'être vue déboutée en première instance, la société belge interjeta appel.

La banque contestait la recevabilité de la demande de la société en ce qu'elle tendait à dire pour droit que les garanties et contre-garanties étaient définitivement éteintes. Elle soutenait à cet égard que la société n'avait ni qualité ni intérêt pour faire constater qu'un lien obligationnel noué entre la banque et la banque irakienne était éteint non seulement parce que cette dernière partie n'était pas à la cause mais aussi parce que la société ne pouvait interférer dans cette relation. La société disposait du droit de réclamer la suppression des lignes de crédit, même si sa demande reposait sur l'affirmation que les garanties et contre-garanties étaient éteintes. La demande de dire pour droit qu'elle était libérée de son obligation de couvrir la banque d'un éventuel paiement à la banque irakienne à la suite d'un appel – par hypothèse injustifié et abusif – des garanties s'inscrivant dans cette même logique était également recevable. La question relative à la suppression des lignes de crédit ouvertes par une banque belge à une société belge est soumise au

droit belge et à la loi des parties. Il convient notamment de faire application de l'article 15 § 4 des Dispositions générales aux termes duquel :

*« si le bénéficiaire de l'engagement n'est pas belge, le Crédit accepte toutes les conséquences susceptibles de découler de l'application des législations et usages en vigueur dans le pays du bénéficiaire ; la Banque est, en particulier, fondée à ne pas se considérer comme définitivement libérée de son engagement, - et en conséquence, à ne considérer le Crédit comme libéré de ses obligations envers elle dans le cadre de l'engagement -, que dès lors qu'elle l'a été expressément par le bénéficiaire, ou l'intervenant, sauf si – le texte de l'engagement en disposant autrement -, la Banque a la certitude que l'application de ce texte ne va pas à l'encontre de règles à caractère impératif dans le pays du bénéficiaire ».*

La société était tenue par ces Dispositions générales, en dépit de ce qu'elle soutenait à cet égard.

D'une part, il n'était pas douteux que les Dispositions générales applicables en 1989 étaient celles qui avaient été enregistrées en 1986, à savoir la version produite par la banque dans le cadre du présent litige.

D'autre part, ainsi que l'avait très justement décidé le jugement entrepris, la société A ne pouvait raisonnablement prétendre n'avoir pas eu connaissance et n'avoir pas accepté lesdites Dispositions générales alors qu'elle n'avait émis aucune contestation ou remarque quelconque à la réception du courrier qui annonçait que ses engagements y seraient soumis. Il en allait d'autant plus ainsi que la société veillait, dans le même temps, à faire modifier le terme des garanties,

instruction que la banque avait communiquée à la banque irakienne.

Il n'était pas contesté que la banque n'avait pas été expressément libérée de son engagement et que le texte de l'engagement n'en disposait pas autrement. Il n'apparaissait du reste pas que la société belge aurait tenté d'obtenir cette libération de son partenaire irakien, alors même qu'elle soutenait que l'exécution du contrat sous-jacent (et de son addendum) était également devenue définitivement impossible du fait des mesures d'embargo. Plutôt que d'emprunter cette voie directe et naturelle, la société belge soutenait que les garanties et contre-garanties étaient éteintes, ce qui impliquerait que les lignes de crédits n'avaient plus de raison d'être.

Deux motifs justifiaient selon la société belge que les garanties et contre-garanties étaient éteintes.

(i) Extinction par l'effet de l'embargo (nullité ou caducité).

La société soutenait que le Règlement (CEE) n° 3541/92 du Conseil, du 7 décembre 1992, interdisant de faire droit aux demandes irakiennes relatives aux contrats et opérations dont l'exécution a été affectée par la résolution 661 (1990) du Conseil de sécurité des Nations Unies et par les résolutions connexes, avait privé de tout effet juridique les garanties et contre-garanties du fait de l'interdiction permanente de paiement et de prorogation qu'il édictait. Il en résulterait qu'il serait définitivement impossible d'exécuter les garanties et contre-garanties, lesquelles étaient frappées de nullité ou de caducité. La société souhaitait qu'il soit mis un terme à cette situation de statu quo, alors que celle-ci ne semblait emporter aucun in-

convénient (la ligne de crédit étant ramenée à « 1BEF » et aucun frais ou commission n'étant comptabilisés la banque).

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 motif d'extinction des engagements de garanties et contre-garanties devait dès lors d'emblée être écarté.

La caducité, en tant qu'elle « *frappe un acte régulièrement formé mais qui perd, postérieurement à sa conclusion, un élément essentiel à sa validité du fait de la survenance d'un événement indépendant de la volonté des parties ou dans la dépendance partielle de leur volonté* » était davantage de nature à caracté-

**« 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 »**

ser l'effacement des effets initialement prévus par les parties par les pouvoirs réglementaires ».

La banque contestait la prétention de la société, considérant que l'interdiction édictée par le Règlement européen n'était que temporaire,

qu'elle ne suspendait que l'exécution des engagements de garanties et contre-garanties et qu'elle ne pouvait avoir pour effet de toucher à l'existence même des contrats. Elle partageait en cela le point de vue de la banque irakienne qui lui écrivait le 18 août 1993 que les résolutions du Conseil de sécurité des Nations Unies n'avaient pas annulé les contrats ni mis fin aux obligations de la banque à son égard. La banque faisait également valoir que la demande de la société portait atteinte au mécanisme des garanties et contre-garanties qui avaient été émises sur son ordre et qu'elle était contraire à la volonté du législateur européen. Cette autonomie impliquait que si un embargo paralysait l'exécution du contrat de base, il demeurait en principe sans effet sur la garantie. Il n'était fait exception à ce principe qu'en cas d'appel manifestement frauduleux ou abusif, ce que ne soutenait pas la société.

Le Règlement n° 3541/92 contient cependant des dispositions qui touchent spécifiquement et directement aux garanties et contre-garanties. Ce Règlement comme son intitulé l'indique, interdisait de faire droit aux demandes irakiennes relatives aux contrats et opérations dont l'exécution avait été affectée par la résolution 661 (1990) du Conseil de sécurité des Nations Unies et par les résolutions connexes.

D'une part, si le Règlement interdisait de faire droit à une demande de paiement ou de prorogation de garanties ou contre-garanties, il ne prévoyait en revanche pas que ces engagements soient résiliés. D'autre part, les mesures d'embargo avaient dans l'intervalle été levées (article 10 de la Résolution 1483 du Conseil de Sécurité) et il ne pouvait être exclu que les mesures d'interdiction du Règlement

le seraient un jour également par l'Union européenne. La référence à un des considérants du Règlement qui précisait qu'il visait à protéger d'une « *façon permanente* » les opérateurs économiques contre des demandes irakiennes et d'empêcher l'Irak d'obtenir une compensation pour les effets négatifs de l'embargo n'emportait pas la conviction contraire. Il en allait de même du considérant 16 du Règlement (CE) n° 1210/2003 du Conseil du 7 juillet 2003 concernant certaines restrictions spécifiques applicables aux relations économiques et financières avec l'Irak et abrogeant le règlement (CE) n° 2465/1996 du Conseil qui précisait « *qu'il convient que le Règlement (CEE) n°3541/92 (...) reste d'application* » ; il pouvait tout au plus en être déduit l'affirmation d'un souhait que l'interdiction de faire droit à une demande d'exécution ou de prorogation des garanties bancaires persistait.

La thèse soutenue par la société belge reposait sur l'affirmation d'une impossibilité absolue d'exécution découlant du caractère permanent de l'interdiction. Si elle avait, certes, reçu un accueil favorable chez certains auteurs et dans deux décisions prononcées avant la levée de l'embargo par le Conseil de sécurité des Nations Unies, elle se heurtait à plusieurs objections et ne répondait en l'espèce à aucune nécessité. Cette thèse exposait d'abord la banque à un risque qu'elle n'avait pas choisi d'assumer. Le risque économique incombait à l'exportateur, qui avait signé le contrat de base et approuvé les termes de l'acte de garantie. En outre, sauf stipulation contraire dans la lettre de garantie, la partie qui entreprenait de commercer en dehors des frontières devait assumer les risques politiques y afférents. Le garant-banquier assumait

pour sa part exclusivement un risque de crédit.

Il ne pouvait être exclu que l'interdiction résultant du Règlement européen puisse être mis à néant par « *des initiatives judiciaires émanant de sujets irakiens dans des Etats qui ne sont pas adhérents de la CEE* » contrairement à ce que soutenait la société A ; pour écarter cette menace, la société A ne pouvait utilement se fonder sur la décision du tribunal de Padoue du 1er octobre 1993 : cette décision se référait au caractère alors contraignant de mesures d'une résolution 687-91 du Conseil de sécurité, y compris à l'égard de l'Irak, et ces mesures avaient dans l'intervalle été levées. De plus, si le Règlement emportait une interdiction de satisfaire à une demande (de paiement ou de prorogation), il n'offrait aucune parade contre une mesure de compensation.

La volonté de ne pas d'exposer avait été confirmée par la banque lorsqu'elle avait proposé à la société belge de ramener les montants des lignes de crédit à « *1BEF* », puisqu'elle avait pris soin d'assortir cet engagement de conditions résolutoires, notamment que « *la validité et/ou le caractère obligatoire de tout ou partie dudit règlement ne serait pas ou plus reconnu* » ou de la situation où elle « *serait forcée de payer une garantie (...) notamment du fait d'une compensation ou de l'exécution forcée d'une décision judiciaire* ». Ces conditions, qui avaient été acceptées par la société belge et qu'elle n'avait pas remises en cause pendant quinze ans, étaient destinées à éviter que la banque, contrainte de payer, ne se trouvait dépourvue de son recours contre le donneur d'ordre de la garantie. Ainsi que le relevait encore la banque, l'impossibilité alléguée par la société belge ne se concevait pas au

sujet du paiement d'une somme d'argent, laquelle devrait par hypothèse intervenir en cas d'appel aux garanties et contre-garanties. Elle ne se comprenait que s'agissant de l'exécution du contrat sous-jacent ; or, l'invocation d'un incident d'exécution du contrat sous-jacent ne pouvait permettre au donneur d'ordre d'une garantie, compte tenu du principe de l'autonomie, de s'en délier.

La banque relevait aussi à juste titre que le Règlement 3541/92 se fonde sur la nécessité de protéger les opérateurs économiques de la Communauté – dont elle fait partie – (et des pays tiers) exposés au risque de demandes irakiennes et que cet objectif serait mis à mal s'il était fait droit à la demande de la société belge. La demande de la société belge ne répondait enfin à aucune nécessité puisqu'elle était protégée – de façon permanente, dans sa thèse –

**« l'invocation d'un incident d'exécution du contrat sous-jacent ne pouvait permettre au donneur d'ordre d'une garantie, compte tenu du principe de l'autonomie, de s'en délier »**

contre une demande de payer et de proroger les garanties et qu'elle n'était tenue envers la banque au paiement d'aucun frais ou commission. Elle disposait en outre de la possibilité de négocier sa libération directement auprès de son cocontractant (le ministère irakien de la défense) et conservait, en cas de levée de l'inter-

diction posée par le Règlement, la possibilité d'opposer à l'appel aux garanties leur caractère manifestement frauduleux ou abusif. Il ne pouvait dès lors être considéré que les engagements de garanties et de contre-garanties étaient nuls ou caducs.

(ii) extinction par l'effet d'un terme.

Selon la société belge, les engagements de garanties et contre-garanties étaient définitivement éteints en raison de l'expiration de leur durée de validité : les engagements de garanties expiraient à la date du 15 mars 1993 et les engagements de contre-garanties expiraient tout-au-plus quinze jours plus tard, soit le 30 mars 1993. En tout état de cause, il apparaissait que la banque irakienne avait fait deux demandes d'extend or pay avant le 15 mars 1993, lesquelles emportaient un appel aux garanties. Conformément aux mesures d'interdiction européennes qui s'imposaient à elle, la banque avait simplement refusé de donner suite à ces demandes dont le Règlement ne pouvait empêcher qu'elles soient exprimées. Vainement la société belge objectait-elle que l'appel aux contre-garanties

de la banque irakienne n'était pas régulier au seul motif que celle-ci (le garant de premier rang) n'aurait pas joint une copie de l'appel du bénéficiaire à sa demande. Il résultait en effet des documents transmis à la banque à la société belge et reprenant les instructions données à la banque irakienne que l'appel devait contenir la déclaration que la banque irakienne avait été appelée par le bénéficiaire conformément à ses garanties. Le telex par lequel la banque irakienne avait fait appel à la contre-garantie de la banque était rédigé conformément à cette exigence. Ce motif d'irrégularité n'était dès lors pas établi. Les garanties et contre-garanties n'étaient par conséquent pas échues.

Il découlait des développements qui précèdent que le maintien des engagements de garanties et de contre-garanties dans les lignes de crédit ouvertes au nom de la société n'était pas injustifié.



## 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 - Audrey DESPONTIN - Marijke EVERAERT - Audrey LACKNER - Thomas MALENGREAU - Thomas METZGER - Nicolas MICHIELS - Isabelle MOENS de HASE - Aurélie NAUD - Quentin PETIT - Olivier PIRET-GERARD - 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)