

Observations

Le virement irrégulier et l'indu

1. Le litige qui fait l'objet de l'arrêt annoté, qui est coulé en force de chose jugée, portait sur les conséquences de l'exécution d'un ordre de virement irrégulier. L'irrégularité était en l'espèce double, puisqu'il s'agissait d'un ordre de paiement donné par une personne n'ayant pas pouvoir de disposer sous sa seule signature du compte d'origine, à destination d'un compte dont le titulaire n'était pas le bénéficiaire indiqué dans l'ordre de virement.

En l'occurrence, le compte d'origine était ouvert auprès de la BBL (devenue par la suite ING Belgique SA) au nom d'une association de fait. Les documents d'ouverture de compte mentionnaient expressément que les avoirs portés au dit compte appartiendraient exclusivement à l'association et que tous actes d'administration et de disposition effectués au nom de l'association le seraient sous la signature conjointe de deux mandataires. Seul l'un d'entre eux avait en l'espèce donné l'ordre litigieux.

Par ailleurs, l'ordre de virement litigieux indiquait comme bénéficiaire l'association de fait alors que le compte destinataire des fonds était en réalité ouvert, auprès de la Banque de la Poste, au nom du donneur d'ordre lui-même.

S'étant aperçue de l'erreur, la BBL demanda à la Banque de la Poste le remboursement des fonds indûment transférés en invoquant, notamment, l'article 21 du Code bancaire en vigueur à l'époque, en vertu duquel, s'agissant d'un virement d'un montant supérieur à 100.000 FB, la Banque de la Poste, banque du bénéficiaire, était responsable en cas de divergence – comme en l'espèce – entre le nom et le numéro de compte du bénéficiaire.

La Banque de la Poste débita dès lors le compte ouvert en ses livres et recrédita la BBL du montant de l'ordre de virement irrégulier.

Le titulaire de ce compte – et donneur d'ordre du virement litigieux – assigna la Banque de la Poste en remboursement des sommes qui d'après lui avaient été débitées de son compte sans instructions de sa part et la Banque de la Poste appela la BBL en garantie.

2. Le tribunal de première instance de Bruxelles, par son jugement du 11 octobre 2005¹ condamne la Banque de la

Poste à rembourser son client et ING Belgique (anciennement BBL) à garantir la Banque de la Poste.

Le tribunal se réfère à l'obligation de restitution qui pèse sur le banquier, au fait que le code bancaire mettant à charge du banquier du bénéficiaire les conséquences découlant d'une divergence entre le nom et le numéro de compte du bénéficiaire ne règle que les rapports entre banques et n'est pas comme tel opposable aux clients² et à l'absence d'instruction donnée par le titulaire du compte en vue du remboursement du banquier teneur du compte d'origine des fonds. Le tribunal considère que la Banque de la Poste n'avait pas à s'immiscer dans la gestion d'un compte ouvert auprès d'une autre institution et donc à se préoccuper du fait que ce compte était un compte conjoint nécessitant la signature conjointe de deux personnes pour l'exécution d'un ordre de virement.

3. La cour d'appel réforme le jugement entrepris, constate qu'en l'absence de signature conjointe des deux mandataires, l'ordre de virement était irrégulier et décide qu'un virement exécuté sans ordre peut donner lieu à contre-passation, qu'il ait été exécuté au sein d'une seule et même banque ou, comme en l'espèce, à l'intervention de deux banques différentes. La cour relève par ailleurs que le pseudo-bénéficiaire ne peut valablement s'opposer à l'action en répétition de l'indu du banquier en invoquant une créance contre le pseudo-donneur d'ordre, le banquier n'ayant en tout état de cause pas d'obligation envers le bénéficiaire de créditer son compte sans en avoir reçu l'ordre.

4. Cette affaire nous offre l'occasion de rappeler un certain nombre de solutions traditionnellement admises en doctrine et en jurisprudence à propos de l'exécution irrégulière d'ordres de virement. Nous verrons également dans quelle mesure la loi du 10 décembre 2009, transposant en droit belge les dispositions de la directive européenne du 13 novembre 2007 sur les services de paiement (la PSD)³ confirme, infirme ou nuance les solutions qui prévalent traditionnellement en la matière.

5. Les discussions doctrinales sur la nature juridique du virement ont fait couler beaucoup d'encre. Une part importante de la doctrine et de la jurisprudence majoritaire estime

¹ Civ. Bruxelles 11 octobre 2005, *JLMB*, 2007/4, p. 156, note Ch.-G. WINANDY.

² Voy. en ce sens: Comm. Bruxelles 2 septembre 1998, *RDC* 1999, p. 691, observations J.-P. BUYLE et M. DELIERNEUX.

³ Consultez notamment sur ces questions: G. HENNARD, "L'exécution d'opérations de paiement non autorisées et l'inexécution ou l'exécution incorrecte d'opération de paiement. Analyse des dispositions de la PSD et comparaison avec le droit belge en vigueur", *Rev.banc.fin.* 2009, I, pp. 3 et s.; C. ALTER, *Rép.not.*, T. IX, Livre XI – Prêts et services bancaires, 1^{re} partie *Droit bancaire général, réglementation – Devoirs du banquier – Comptes – Service de paiement*, Larcier, 2010, pp. 247 et s., particulièrement nos 376 et s.; R. STEENNOT et T. BAES, "Wet op betalingsdiensten: bescherming of overbescherming", *Rev.banc.fin.* 2010, IV, pp. 208 et s. et L. VAN CAUTER, "De nieuwe Belgische wetgeving inzake betalingsdiensten", *Rev.banc.fin.* 2010, II, p. 111.

que le donneur d'ordre et sa banque sont liés par une convention de mandat⁴ portant sur le paiement que le donneur d'ordre entend faire au bénéficiaire⁵. La banque du bénéficiaire agit, quant à elle, comme mandataire substitué⁶. Certains auteurs préfèrent cependant qualifier cet instrument de 'mécanisme *sui generis*'⁷ ou 'd'institution-chose'⁸.

Cette qualification juridique n'est pas sans conséquence au niveau des possibilités de révocation de l'ordre ou au niveau des responsabilités qui peuvent être engagées lors de son exécution.

6. Ces discussions doctrinales pour passionnantes qu'elles soient ont cependant perdu une partie de leur importance pratique en raison des évolutions législatives qu'a connues, ces dernières années, la matière des paiements, en particulier la directive européenne 2007/64/CE du 13 novembre 2007 sur les services de paiement dans le marché intérieur (la PSD) et sa transposition en droit belge par la loi du 10 décembre 2009⁹.

Les possibilités de révocation d'un ordre de virement sont en effet, aujourd'hui, strictement limitées par la loi¹⁰.

La loi fixe également de manière détaillée les responsabilités des parties intervenant à une opération de paiement¹¹.

En cas d'opération de paiement non autorisée¹², la loi prévoit que le prestataire de service de paiement du payeur a l'obligation de rembourser immédiatement le payeur du montant de l'opération¹³ et, le cas échéant, de rétablir – à la date valeur du débit – le compte de paiement débité dans l'état où il se serait trouvé si l'opération non autorisée n'avait pas eu lieu, le cas échéant avec paiement d'intérêts sur le montant de l'opération.

Ce remboursement immédiat est néanmoins subordonné à certaines conditions¹⁴.

Tout d'abord, il faut qu'il s'agisse bien d'une opération non autorisée. Le prestataire de service du payeur peut donc prouver, dans le respect des conditions établies par la loi, que l'opération contestée par le client a bien été authentifiée, dûment enregistrée et comptabilisée et qu'elle n'a été affectée par aucune déficience technique ou autre¹⁵.

Ensuite, le prestataire de service du payeur doit, aux termes mêmes de la loi, procéder à une vérification '*prima facie*' en vue de détecter une éventuelle fraude du payeur, ce qui implique que le prestataire de service du payeur a le droit de mener une rapide investigation lui permettant d'exclure l'existence d'une fraude – ou d'autre infraction par exemple aux dispositions de loi relatives à la lutte contre le blanchiment des capitaux – dans le chef du client.

Enfin, l'article 34 de la loi du 10 décembre 2009 dispose que l'utilisateur de service de paiement n'obtient la correction d'une opération que s'il signale l'opération qu'il estime non autorisée ou mal exécutée à son prestataire de services "*sans délai et au plus tard dans les 13 mois suivant la date du débit ou du crédit*"¹⁶.

7. En l'espèce, le fait que la banque ait effectué un virement non valablement autorisé n'était nullement contesté par celle-ci.

L'obligation pour la banque qui a exécuté un virement sans ordre (faux virement ou ordre donné par une personne n'ayant pas pouvoir d'engager le compte) de recréditer le compte de son client était admise dès avant la loi du 10 décembre 2009.

4. Comp. Gent 13 février 2006, *RDC* 2008, p. 46 avec les observations de R. FELTKAMP.

5. Pour des développements sur cette question, C. ALTER, *Rép.not.*, T. IX, Livre XI, *o.c.*, n° 415.

6. Voy. notamment A. BRUYNEEL, "Le virement" in *La banque dans la vie quotidienne*, Éd. du Jeune Barreau, 1986, pp. 347 et s. et les références citées par C. ALTER, *Rép.not.*, T. IX, Livre XI, *o.c.*, n°s 413 à 416.

7. Notamment: C.-G. WINANDY, "Contribution à l'étude sur la nature juridique du virement", *Rev.banc.fin.* 2002, pp. 187 et s. et R. STEENNOT, *Electronisch betalingsverkeer*, Antwerpen, Intersensia, 2002, p. 148.

8. J. VAN RYN et J. HEENEN, *Principes de droit commercial*, T. IV, 1988, n° 451.

9. Voy. R. STEENNOT, "Betalingsverkeer: het dalend belang van de kwalificatie van de betaaltransactie" in *Liber Amicorum André Bruyneel*, Bruxelles, Bruylant, 2008, pp. 281 et s.

10. L'art. 42 de la loi du 10 décembre 2009 dispose en effet que sauf disposition contraire de la loi, "*l'utilisateur de service de paiement ne peut pas révoquer un ordre de paiement une fois qu'il a été reçu par le prestataire de services de paiement du payeur*".

11. Voy. art. 50 de la loi du 10 décembre 2009 et les commentaires de C. ALTER, *o.c.*, n° 391.

12. Art. 36 de la loi du 10 décembre 2009. Le libellé de cet article suggère qu'il s'applique à toute opération de paiement qu'elle soit ou non effectuée au moyen d'un instrument de paiement et donc également aux virements papier.

13. Des dispositions spécifiques sont d'application pour les opérations effectuées au moyen d'instruments de paiement au sens de la loi. Voy., sur ces dispositions, G. HENNARD, "L'exécution d'opérations de paiement non autorisées et l'inexécution ou l'exécution incorrecte d'opération de paiement. Analyse des dispositions de la PSD et comparaison avec le droit belge en vigueur", *o.c.*, p. 10 et C. ALTER, *Rép.not.*, T. IX, Livre XI, *o.c.*, n° 377. La Commission européenne a toutefois été amenée à préciser que la définition d'instrument de paiement était limitée aux dispositifs physiques personnalisés (cartes, téléphones portables) et/ou à l'ensemble de procédures d'authentification (code, digipass, password...) à l'exclusion des virements papier. Voy. C. ALTER, *o.c.* n° 325 et références citées.

14. Voy. notamment G. HENNARD "L'exécution d'opérations de paiement non autorisées et l'inexécution ou l'exécution incorrecte d'opération de paiement. Analyse des dispositions de la PSD et comparaison avec le droit belge en vigueur", *o.c.*, p. 9.

15. Art. 35 de la loi du 10 décembre 2009; G. HENNARD "L'exécution d'opérations de paiement non autorisées et l'inexécution ou l'exécution incorrecte d'opération de paiement. Analyse des dispositions de la PSD et comparaison avec le droit belge en vigueur", *o.c.*, p. 6.

16. Sur les questions d'interprétation que soulève cet article, voy. G. HENNARD "L'exécution d'opérations de paiement non autorisées et l'inexécution ou l'exécution incorrecte d'opération de paiement. Analyse des dispositions de la PSD et comparaison avec le droit belge en vigueur", *o.c.*, pp. 4 et s.

Cette obligation était généralement motivée par l'obligation de restitution pesant sur le banquier auquel le titulaire d'un compte en banque confie des fonds en vue d'en assurer la conservation ou d'en disposer selon ses instructions. Dans la mesure où il s'avère qu'un virement a été opéré alors que le titulaire du compte n'en avait pas donné instruction, le banquier ne s'est pas valablement libéré de son obligation de restitution en effectuant le virement en question. Il doit donc recréditer le compte dont le montant du virement irrégulier a été indûment débité. Cette obligation de restitution est cependant susceptible d'aménagements contractuels¹⁷.

Par ailleurs, la jurisprudence admettait un certain nombre de cas dans lesquels il était fait exception à l'obligation pour le banquier ayant effectué un virement irrégulier de recréditer le compte de son client¹⁸, en particulier dans les cas où le titulaire du compte avait commis une faute ou laissé se créer une apparence trompeuse¹⁹.

L'avenir nous dira comment et dans quelle mesure tout ou partie des principes dégagés par cette abondante jurisprudence pourront être conciliés avec les dispositions de la loi du 10 décembre 2009 et en particulier son article 36 tel qu'il a été évoqué ci-dessus.

Soulignons qu'en ce qui concerne les virements papier, la loi du 10 décembre 2009 n'admet pas de dérogation contractuelle à l'article 36.

8. Le virement incriminé dans le cadre de la décision annotée souffrait d'une double irrégularité: non seulement l'ordre de virement avait été donné par quelqu'un n'ayant pas pouvoir de disposer du compte mais il existait également une divergence entre le nom du bénéficiaire et le numéro du compte à créditer.

Avant la loi du 10 décembre 2009, la doctrine était divisée quant à l'obligation pesant, le cas échéant, sur la banque de vérifier la concordance entre le numéro de compte et l'identité du bénéficiaire.

Il était fait notamment observer que la recherche d'une sécurité '*absolue*' se conciliait mal avec les impératifs de rapidité

d'exécution et de réduction des coûts souhaités par la clientèle des banques²⁰.

La majorité de la doctrine et une partie substantielle de la jurisprudence, maintenait néanmoins cette exigence de vérification dans le chef de la banque du bénéficiaire²¹.

La jurisprudence relève par ailleurs que les conventions interbancaires de répartition des risques à ce sujet ne sont pas comme telles opposables aux clients des banques concernées, à défaut pour ceux-ci d'y avoir expressément adhéré²².

L'article 49, § 1^{er}, de la loi du 10 décembre 2009 clarifie dans une large mesure la question, puisqu'il dispose que "*un ordre de paiement exécuté conformément à l'identifiant unique est réputé dûment exécuté pour ce qui concerne le bénéficiaire indiqué par l'identifiant unique*". La loi définit l'identifiant unique comme étant "*la combinaison de lettres, de chiffres ou de symboles indiquée à l'utilisateur de services de paiement par le prestataire de services de paiement, que l'utilisateur de services de paiement doit fournir pour permettre l'identification certaine de l'autre utilisateur de services de paiement et/ou de son compte de paiement pour une opération de paiement*"²³. En pratique, l'identifiant unique est, en Belgique, composé du numéro de compte (BBAN ou IBAN) complété, le cas échéant, du BIC (Bank Identification Code²⁴: Code d'identification de la banque). Ni le nom, ni l'adresse du payeur ou du bénéficiaire n'en font partie²⁵.

L'article 49, § 3, précise en outre que si l'utilisateur de services de paiement fournit des informations supplémentaires, le prestataire de services de paiement n'est responsable que de l'exécution de l'opération de paiement conformément à l'identifiant unique. Dès lors, s'il a été convenu que seul le numéro de compte constitue l'identifiant unique, le prestataire de services de paiement n'a pas à tenir compte des informations complémentaires fournies, le cas échéant par l'utilisateur du service de paiement²⁶ et n'est donc pas responsable en cas de discordance entre l'identifiant unique et, par exemple, le nom du bénéficiaire indiqué, le cas échéant, sur l'ordre de virement.

¹⁷. Trib. Bruxelles 29 janvier 2007, *RDC* 2009, p. 11, note A.-P. ANDRÉ-DUMONT.

¹⁸. Voy. sur cette question, nos précédentes chroniques dont les plus récentes: *RDC* 2010, p. 110, *RDC* 2009, p. 11, *RDC* 2008, p. 46, *RDC* 2007, p. 58, *RDC* 2006, p. 79 et p. 81 et *RDC* 2005, p. 152.

¹⁹. Voy. les références citées par C. ALTER, *Rép.not.*, T. IX, Livre XI, o.c., n^{os} 434 et s.

²⁰. Voy. nos observations après la décision du tribunal de commerce de Bruxelles du 30 septembre 2004, *RDC* 2006, p. 84; dans le même sens, C.-G. WINANDY, o.c., *Rev.banc.fin.* 2002, p. 200, n^o 44.

²¹. Voy. les références citées par C. ALTER, *Rép.not.*, T. IX, Livre XI, o.c., n^o 429.

²². Voy. en ce sens: Comm. Bruxelles 2 septembre 1998, *RDC* 1999, p. 691, observations J.-P. BUYLE et M. DELIERNEUX.

²³. Loi du 10 décembre 2009, art. 2, 12^o.

²⁴. G. HENNARD "L'exécution d'opérations de paiement non autorisées et l'inexécution ou l'exécution incorrecte d'opération de paiement. Analyse des dispositions de la PSD et comparaison avec le droit belge en vigueur", o.c., p. 12; C. ALTER, *Rép.not.*, T. IX, Livre XI, o.c., n^o 392.

²⁵. L'article 29, § 2, de la loi du 10 décembre 2009 précise: "*Si l'identifiant unique fourni par l'utilisateur de services de paiement est inexact, le prestataire de services de paiement n'est pas responsable au titre des articles 50 et 51 de l'inexécution ou de la mauvaise exécution de l'opération de paiement. Toutefois, le prestataire de services de paiement du payeur s'efforce, dans la mesure du raisonnable, de récupérer les fonds engagés dans l'opération de paiement. Si le contrat-cadre le prévoit, le prestataire de services de paiement peut imputer des frais de recouvrement à l'utilisateur de services de paiement*".

²⁶. Exposé des motifs du projet de loi relatif aux services de paiement, *Doc.parl.* Chambre 2008-09, n^o 522179/001, p. 87.

Les dispositions de l'article 49 ne portent par contre pas préjudice au devoir général de diligence qui s'impose à tout professionnel '*normalement diligent et prudent*' notamment en matière de détection des fraudes.

9. L'exécution d'un ordre de virement irrégulier constitue un paiement indu, peu importe que le '*pseudo-bénéficiaire*' ait effectivement ou non une créance contre le titulaire du compte qui a été débité car, comme le soulignent messieurs Van Ryn et Heenen, "*l'indu existe dans le chef du banquier, qui n'a pas d'obligation, envers le bénéficiaire, de créditer son compte sans en avoir reçu l'ordre*"²⁷.

Le banquier du '*pseudo donneur d'ordre*' doit donc recréditer le titulaire du compte qui a été débité en l'absence d'ordre '*régulier*' et le '*pseudo-bénéficiaire*' doit rembourser le banquier.

La cour d'appel a, dans l'espèce annotée, fait une exacte application de ces principes.

10. On admet, de la même manière, que lorsqu'un virement a été exécuté par erreur, notamment en l'absence d'ordre régulier, le banquier peut en rectifier les effets par une contre-passation²⁸.

Les mêmes principes valent en cas de virement à deux banques. Il s'agit d'une application du principe général de rectification des remises en compte effectuées par erreur et la solution est admise tant par les auteurs qui considèrent la banque du bénéficiaire comme le mandataire substitué de la banque du donneur d'ordre²⁹ que par ceux qui voient dans le virement à deux banques une succession d'adhésions à une '*institution-chose*'³⁰.

Ici également, la décision annotée s'inscrit donc dans le courant de la doctrine classique.

11. Ni la PSD ni la loi du 10 décembre 2009 qui la transpose en droit belge ne consacre de disposition relative aux recours du banquier qui, ayant exécuté une opération non

autorisée, se voit contraint de rétablir le compte de paiement dans la situation qui aurait été la sienne en l'absence d'exécution erronée du pseudo-ordre de virement. Ces recours devront donc être exercés selon le droit commun – et, dans le cas d'un virement transfrontalier, avec le risque de divergence entre les différents systèmes juridiques applicables dans les pays où sont localisées les banques concernées.

La dernière version en vigueur du '*SEPA*'³¹ *Credit Transfer Scheme Rulebook*³² prévoit une possibilité de '*recall*' dans des cas limités et sous de strictes conditions.

Rappelons tout d'abord que contrairement à la PSD, le '*rulebook SEPA*' ne constitue pas un ensemble de normes juridiques harmonisées qui s'imposent à tous mais bien un contrat d'adhésion interbancaire à un ensemble de standards techniques facilitant les paiements en euro. Ce rulebook ne lie donc que les banques qui y ont adhéré.

Le rulebook dans sa version du 30 octobre 2010 prévoit la possibilité pour la banque du donneur d'ordre, d'adresser à la banque du bénéficiaire une demande d'annulation d'un transfert effectué dans le cadre du système en cas de double envoi d'un même ordre de paiement, d'ordre frauduleux ou de problèmes techniques ayant eu pour résultat un transfert erroné. La demande de recall doit intervenir dans les 10 jours après la date d'exécution du transfert qui fait l'objet de la demande d'annulation. La demande est en outre soumise à de strictes conditions de forme. Elle doit contenir des informations précises sur l'opération elle-même et mentionner la raison pour laquelle le recall est demandé. Dans la mesure où le compte du bénéficiaire a été crédité avant que la demande de recall ne soit parvenue à la banque du bénéficiaire, les conditions dans lesquelles celle-ci pourra débiter le compte de son client et répondre positivement à la demande de recall dépendent, sauf autorisation du bénéficiaire, du droit applicable dans le pays de la banque du bénéficiaire.

Martine Delierneux et Jean-Pierre Buyle

27. J. VAN RYN et J. HEENEN, *Principes de droit commercial*, T. IV, o.c., n° 450. Dans le même sens, Bruxelles 15 octobre 1996, *RDC* 1997, p. 748 et nos observations.

28. J. VAN RYN et J. HEENEN, *Principes de droit commercial*, T. IV, o.c., n° 450; A. BRUYNEEL, "Le virement" in *La banque dans la vie quotidienne*, o.c., p. 418, n° 37.

29. A. BRUYNEEL, "Le virement" in *La banque dans la vie quotidienne*, o.c., p. 418, n° 38.

30. J. VAN RYN et J. HEENEN, *Principes de droit commercial*, T. IV, o.c., n° 451.

31. Single Euro Payment Area.

32. Emanant du Conseil européen des paiements, 30 octobre 2010, entré en vigueur 1^{er} novembre 2010.