

Elle est en relation causale avec le dommage subi puisqu'elle a permis l'émission du virement. En effet, si le code secret n'avait pas été dévoilé à un tiers, celui-ci n'aurait pu rédiger valablement le virement.

Il y a compensation légale entre l'obligation de restitution de la banque et le dommage subi en raison de la faute du client (Cass. 16 septembre 1993, *Pas.* 1993, I, 698).

Partant, la demande, en tant qu'elle s'appuie sur l'obligation de restitution du banquier, n'est pas fondée et l'appel, sur ce point, ne l'est pas non plus.

3. Responsabilité de la banque

11. Limit-20 met également en cause, à titre subsidiaire, la responsabilité de la banque, en ce qu'elle ne s'est pas entourée des précautions d'usage avant d'exécuter un virement de cette importance.

Elle soutient qu'il existe des disparités certaines, notamment au niveau de la signature, entre les instructions précises du 6 mai 1994 et l'ordre de virement du 24 mai 1994.

12. Il a déjà été dit au point 8 que les différences entre les deux documents étaient minimes (qualité du papier et taille du petit cachet).

Même un observateur attentif n'aurait pu s'en rendre compte. En toute hypothèse, celles-ci ne sont pas de nature à éveiller chez le banquier quelque soupçon que ce soit quant à l'authenticité du document.

Quant à la signature, même si elle n'est pas absolument identique, elle reste néanmoins très ressemblante. Il convient, en outre, de rappeler que M. Manias ne signe jamais de la même manière, même à quelques minutes d'intervalle (*cf.* les deux signatures différentes apposées sur le document d'ouverture du compte, pièce 1 du dossier de la banque).

Une légère disparité a pu valablement échapper au préposé de la banque, mis en confiance par la présence de tous les cachets de la société Gatos et l'indication du code secret.

13. Dans le cadre de la mise en cause de sa responsabilité, la banque peut, en outre, se prévaloir de l'article 29 de son règlement général des opérations qui prévoit:

Quant à la vérification de la conformité des signatures avec le spécimen déposé, la banque ne répond que de sa faute lourde.

Ce règlement est opposable à la société Limit-20 dont le représentant a déclaré avoir pris connaissance et adhérer au règlement. Si ce représentant ne comprenait pas le français, il devait s'abstenir de signer le document d'ouverture de compte ou exiger, préalablement, une traduction.

Par ailleurs, cette clause, limitant la responsabilité de la banque à sa faute légère, est parfaitement licite et n'a pas pour effet de vider l'obligation de sa substance.

14. Aucune faute ne peut donc être reprochée à la banque.

4. Mesure d'instruction

15. Même si le document du 24 mai 1994 devait être considéré comme un faux, la banque ne pourrait être condamnée à payer la somme demandée par Limit-20 pour les motifs exposés ci-avant.

La mesure d'instruction sollicitée par Limit-20 ne se justifie donc pas.

5. Appel téméraire et vexatoire

16. Le fait d'agir en justice constitue l'exercice d'un droit. Il ne dégénère en acte illicite et partant, ne donne lieu à des dommages et intérêts que s'il est accompli avec témérité, malice ou mauvaise foi (Cass. 29 novembre 1962, *Pas.* 1963, I, p. 406).

La témérité peut se déduire de la légèreté avec laquelle l'action a été exercée et dont se serait gardé tout homme normalement prudent et réfléchi, alors même que l'action aurait été intentée de bonne foi, mais par suite d'une erreur d'appréciation à ce point évidente qu'elle devait être aperçue et évitée (Cass. 15 mai 1941, *Pas.*, I, p. 192).

En l'espèce, il n'est pas établi que Limit-20 savait, ou devait savoir, que son appel était irrémédiablement voué à l'échec.

L'appel incident n'est pas fondé.

V. Conclusion

Pour ces motifs, la Cour, statuant contradictoirement,

1. Dit les appels principal et incident non fondés et en déboute les parties.

(...)

Observations

L'arrêt annoté aborde une fois encore le problème ardu de l'exécution par un banquier d'un ordre de paiement falsifié et de la mesure suivant laquelle cette exécution peut être

opposable au titulaire du compte débité du montant de cet ordre de paiement.

La même Cour de Bruxelles avait qualifié en novembre 1999⁴⁶ la convention d'ouverture de compte à vue de "contrat *sui generis* qui tient tant du dépôt que du prêt à la consommation et du mandat"⁴⁷.

Le banquier – décida la Cour dans ce même arrêt – est tenu d'une obligation de résultat de restituer les fonds dont le compte de son client a été irrégulièrement débité. Cette obligation de restitution est analogue à celle du dépositaire à l'égard du déposant.

En vertu de l'article 1239 du Code civil, le débiteur qui paye à quelqu'un qui n'est pas créancier – ou habilité par le créancier – n'est pas libéré de sa dette. C'est l'application de l'adage "qui paye mal paye deux fois".

L'application de cet article aux virements apocryphes – et en l'absence de tout comportement fautif imputable à la banque – fait l'objet de controverses même si la jurisprudence et la doctrine majoritaires se prononcent en faveur de cette application⁴⁸.

Tout paiement supposant une dette que le paiement a précisément pour objet d'acquitter, se pose la question de la définition et du contenu de l'obligation dont s'acquitte le banquier qui exécute un virement et de la mesure suivant laquelle le paiement de cette obligation s'inscrit dans le cadre de l'article 1239 précité et libère le banquier de son obligation de restitution.

Rejetant une jurisprudence et une doctrine minoritaire⁴⁹ qui considèrent que l'article 1239 ne peut s'appliquer aux situations de falsification dans lesquelles il n'y a, ni dette réelle de la banque ni paiement véritable, la Cour d'appel de Bruxelles, dans son arrêt précité du 18 novembre 1999 énonce que "payer c'est effectuer la prestation à laquelle on s'est obligé quel que soit par ailleurs l'objet de cette prestation (donner, faire ou ne pas faire)" et que l'article 1239 se réfère ainsi à un "sens technique du terme paiement qui est beaucoup plus étendu que son sens usuel, pour qui payer

c'est acquitter une dette portant sur une somme d'argent"⁵⁰. Nous ne pouvons que partager cette affirmation.

Encore convient-il de s'entendre sur le contenu de l'obligation du banquier teneur d'un compte à vue – laquelle "tient tant du dépôt que du mandat"⁵¹.

Toujours suivant ce même arrêt de la Cour d'appel de Bruxelles du 18 novembre 1999, "en donnant effet à un virement, quel qu'en soit le bénéficiaire, la banque effectue un paiement, au sens technique du terme, dès lors qu'elle exécute une de ses obligations essentielles à l'égard de son client, titulaire du compte débité, soit celle qui consiste à donner suite à ses ordres de virement ou du moins ceux qu'elle peut légitimement prendre pour tels"⁵².

Nous adhérons à cette définition qui nous paraît s'inscrire dans l'aspect "mandat" de la convention de compte à vue.

On considère généralement, par ailleurs, que l'obligation de restitution qui pèse sur le banquier est une obligation de résultat⁵³ basée sur l'aspect dépôt de la convention de compte.

Encore le contenu et l'étendue de l'obligation de restitution sont-ils largement influencés par les termes et conditions du contrat dont procède cette obligation⁵⁴, soit en l'occurrence, la convention de compte à vue dont les différentes composantes forment un tout difficilement dissociable.

Dès lors, si on peut admettre qu'une fois son contenu déterminé l'obligation de restitution est bien une obligation de résultat⁵⁵, il ne peut être question de faire trop rapidement l'impasse sur la détermination de ce que vise précisément cette obligation telle qu'elle a été circonscrite, dans chaque cas d'espèce, par les conventions passées entre parties.

Comme le souligne le professeur Van Ommeslaghe, l'obligation de restitution qui pèse sur le banquier n'a pas le même contenu, suivant que la mission qui lui a été confiée procède de la seule conservation d'un dépôt à terme ou s'inscrit dans

⁴⁶ Bruxelles 18 novembre 1999, *R.D.C.* 2000, p. 680, avec nos observations, pp. 685 et s.

⁴⁷ Même si tous les aspects de chacun de ces différents contrats ne s'y retrouvent pas intégralement et qu'aucun des contrats considérés de façon isolée, ne suffit à circonscrire les obligations nées de la convention d'ouverture de compte.

⁴⁸ Voy., pour la période la plus récente, notamment nos observations sous Bruxelles 18 novembre 1999 précité, *R.D.C.* 2000, p. 685; O. POELMANS et D. BLOMMAERT, "Chronique de jurisprudence en droit bancaire", *DAOR* 2003, n° 66, p. 45 et références citées et Cass. fr. 3 juillet 2001, *R.T.D.C.* 2002, p. 149.

⁴⁹ Bruxelles 18 décembre 1987, *R.D.C.* 1989, p. 789; Bruxelles 10 septembre 1991, *J.L.M.B.* 1992, p. 1085 avec les observations de PATOUL et les références citées dans l'arrêt de Bruxelles du 18 novembre 1999 précité, *R.D.C.* 2000, p. 683.

⁵⁰ Dans le même sens, O. POELMANS et A. DÉOME, "Les relations entre le banquier et son client titulaire d'un compte en banque après l'arrêt de la Cour de cassation du 16 septembre 1993", *Rev. banque* 1994, pp. 411 et s.

⁵¹ Bruxelles 18 novembre 1999, *R.D.C.* 2000, précité, p. 684.

⁵² C'est donc le paiement d'une obligation du banquier mandataire vis-à-vis de son client titulaire du compte qu'il faut considérer et le créancier à prendre en compte n'est donc en aucune façon le bénéficiaire du virement qui n'est, d'ailleurs, en tant que tel nullement créancier du banquier – voy. F. GRUA, "Contrats bancaires", Tome I, *Contrats de services*, Paris, Economica, 1990, p. 166, n° 169.

⁵³ Voy. P. VAN OMMESLAGHE, "La notion de restitution", in *L'obligation de restitution du banquier*, Cahier de l'AEDBF n° 7, Bruylant, 1998, p. 17, n° 15 qui mentionne toutefois certaines nuances, notamment en doctrine française.

⁵⁴ Voy. P. VAN OMMESLAGHE, "La notion de restitution", précité, p. 11, n° 6 et p. 15, n° 13.

⁵⁵ Voy. P. VAN OMMESLAGHE, "La notion de restitution", précité, p. 18, n° 15.

une mission de gestion discrétionnaire autorisant – voire préconisant à tout le moins pour partie – des investissements à risque⁵⁶.

De même, lorsqu'elle s'inscrit dans une convention de compte à vue, l'obligation de restitution du banquier, consécutive au dépôt qu'il reçoit, le cas échéant, du titulaire du compte ne peut pas ne pas être influencée par le "mandat général" qu'il a reçu de son client – dans des conditions éventuellement définies et précisées entre eux – d'exécuter les ordres de virement qui lui seront remis.

Ceci conduit le professeur D. Martin à se poser la question de savoir si l'exécution d'un ordre de paiement apocryphe constitue un manquement du banquier à son obligation de restitution ou *un risque inhérent au "mandat général" de payer dont l'a investi le déposant*⁵⁷.

Le professeur Grua répond à cette question en considérant que "c'est le créancier" (de l'obligation de restitution) "qui supporte la charge des risques du paiement qui, en dépit des précautions prises, n'aurait pas été reçu par qui de droit"⁵⁸. Selon cet auteur, le banquier qui respecte les conditions subordonnant la validité du paiement notamment à certaines vérifications – telles qu'elles ont le cas échéant, comme dans le cas annoté, été précisées par les parties – concernant le titulaire du compte (créancier de l'obligation née de la convention de compte à vue) dont semble émaner l'ordre de virement, est normalement libéré de son obligation de restitution envers ce dernier⁵⁹.

En se plaçant ainsi sous l'angle de la détermination du contenu de l'obligation du banquier et de la *répartition des risques* telle qu'elle a été contractuellement décidée par les parties dans le cadre de la convention de compte à vue, l'application de l'article 1239 cesse de poser problème: le banquier qui exécute son obligation en respectant le contenu et les modalités contractuellement arrêtées avec son client paye son obligation et est valablement libéré même si, en définitive, le bénéficiaire du virement (tiers escroc) n'avait pas droit à le recevoir. On évite ainsi le "déséquilibre" induit par le fait de considérer que le banquier – *auquel aucune faute ne peut être imputée* – supporte seul les conséquences d'un virement apocryphe et ne pourra y échapper en principe⁶⁰ qu'en *prouvant une faute du titulaire du compte*.

La Cour de cassation du Luxembourg a par ailleurs considéré, dans une espèce récente⁶¹, que l'article 1239 du Code civil ne fait que définir l'exécution d'une obligation par le paiement, et ne constitue pas un fondement autonome à une demande en remboursement.

Selon Poelmans et Blommaert, on ne peut suivre la haute juridiction luxembourgeoise lorsqu'elle prétend ainsi, que l'article 1239 du Code civil ne peut fonder une demande en remboursement des sommes débitées sans ordre de son titulaire et que l'inexécution d'une obligation par le banquier (ou le client) ne peut se résoudre que par la mise en cause de sa responsabilité contractuelle.

Nous nous demandons si toute la discussion ne procède pas dans une certaine mesure de malentendus.

Les auteurs précités soulignent que l'article 1239 constitue le droit commun des obligations et a donc "vocation à s'appliquer dans les *rappports contractuels existants entre les cocontractants*". Ils ajoutent que les parties peuvent déroger à ce droit commun mais qu'à défaut de dérogation, le banquier ne sera libéré que s'il paye le créancier (titulaire du compte), son mandataire ou son mandataire apparent.

Est-il absurde de considérer que les "rappports contractuels existants" – avant de déroger, le cas échéant au droit commun du contrat envisagé, consistent à définir le contenu et le mode d'exécution de la convention de compte à vue elle-même – et du "mandat général" qu'elle contient d'exécuter des instructions de paiement⁶².

Si le banquier et son client ont limité, dans le cadre de cette convention les vérifications à opérer, par le banquier – en renonçant, le cas échéant à certaines précautions de nature à exclure le risque de fraude mais qui auraient pour effet de ralentir considérablement l'exécution des virements – ne peut-on considérer qu'elles procèdent à une répartition des risques qui, en l'absence de comportement fautif imputable à l'une des parties sont mis à charge du titulaire du compte – lequel a intérêt à une exécution rapide de ses ordres de virement et accepte de privilégier, dans une mesure définie contractuellement, la recherche d'une efficacité maximale même au détriment d'une exigence de sécurité "absolue"?

56. "Le banquier à qui des fonds ont été confiés pour les gérer en les investissant dans des opérations spéculatives ne peut être tenu d'une obligation de résultat de restituer les fonds s'ils sont perdus dans ces opérations": Cass. fr. comm. 23 octobre 1990, Dall. 1992, I, p. 29 cité par P. VAN OMMESLAGHE, "La notion de restitution", précité, p. 18, note (34).

57. D. R. MARTIN, "Introduction à l'ouvrage consacré à" dans *L'obligation de restitution du banquier*, Cahier de l'AEDBF n° 7, Bruylant, 1998, p. 3 (c'est nous qui mettons en italique).

58. F. GRUA, "Contrats bancaires", Tome I, *Contrats de services*, précité, p. 167, n° 169.

59. F. GRUA, "Contrats bancaires", Tome I, *Contrats de services*, précité, p. 108, n° 108.

60. En l'absence de ratification par le titulaire du compte où de preuve – par la banque – de ce que l'opération a profité à celui-ci et en dehors des cas où la théorie de l'apparence trouve application.

61. Cass. Luxembourg 16 mars 2000, *Bull. Droit et Banque* 2002/33 critiqué par O. POELMANS et D. BLOMMAERT, "Chronique de jurisprudence en droit bancaire", *DAOR* 2003, n° 66, p. 46, n° 10.

62. H. DE PAGE, *Traité Élémentaire de Droit civil belge*, V, p. 401, n° 404: le mode d'exécution du mandat dépend du contrat et le mandant ne peut se plaindre dès lors que le mandataire se conforme au mode d'exécution ayant été contractuellement précisé.

Il s'agira donc avant tout de déterminer la volonté commune des parties.

En cas de comportement fautif imputable à l'une des parties, le différend devra par contre se résoudre suivant les principes de droit commun applicables à la responsabilité contractuelle.

La jurisprudence et la doctrine qui soutiennent la thèse suivant laquelle l'application de l'article 1239 du Code civil conduit à rendre inopposable au titulaire du compte l'exécution par le banquier d'un ordre de virement qui se révèle *a posteriori* apocryphe, admettent par ailleurs, que l'article 1239 n'est pas d'ordre public et qu'il est par conséquent loisible aux parties d'y déroger soit en étendant la liste des personnes habilitées à recevoir paiement (en plus du titulaire du compte et de son mandataire, on peut envisager d'admettre un paiement libératoire fait à l'épouse ou aux enfants par exemple⁶³) soit en reportant "sur le titulaire du compte le risque de paiements effectués au profit de tiers qui n'avaient pas qualité ni pouvoirs pour les recevoir"⁶⁴.

Encore faut-il que d'une part, les clauses dérogoires ne dénaturent pas le contrat en vidant une obligation essentielle du banquier de son contenu (ce qui ne nous paraît pas être le cas dans la mesure où le banquier reste tenu de se conformer aux obligations de vérifications telles que définies avec le client) que d'autre part ces clauses n'aboutissent pas à exonérer le banquier de son dol (ce dont il n'est pas question ici) et qu'enfin, lesdites clauses soient suffisamment claires et précises, sachant que dans la mesure où elles dérogent au droit commun, elles seront d'interprétation restrictive⁶⁵.

Ces clauses "dérogatoires" qui en fait visent plutôt à définir la mission confiée au banquier et ses modalités d'exécution ne doivent pas être confondues avec les clauses contractuelles qui visent, plus généralement, à exonérer l'une ou l'autre partie des conséquences de sa faute, clauses qui s'inscrivent dans le cadre de la responsabilité contractuelle et non pas dans celui de la définition et du contenu même de l'obligation envisagée⁶⁶.

Les clauses limitatives de responsabilité contenues dans les conditions générales bancaires – souvent invoquées comme moyen de défense par les banques dans le cadre de litiges consécutifs à l'exécution de faux virement – devraient peut-être, à ce niveau être resituées et reprécisées dans le cadre de

la définition même du contenu de la mission confiée à la banque et de la limitation contractuelle des vérifications qu'elle s'engage à opérer. Elles pourraient, le cas échéant, être utilement complétées par une disposition stipulant expressément qu'en l'absence de faute imputable à la banque, le risque lié à l'exécution d'un faux virement est supporté par le titulaire du compte.

Ce n'est que si la prise en charge des risques par le titulaire du compte ne ressort pas du contrat que l'article 1239 trouve application: dans ce cas, mais dans ce cas seulement, le paiement effectué par la banque en exécution d'un virement apocryphe ne sera pas libératoire et la banque restera tenue de son obligation de restituer les fonds qui lui ont été confiés par le titulaire du compte incorrectement débité.

La banque peut néanmoins être déchargée de cette obligation sur base de différents moyens: la banque peut tenter de prouver que le titulaire du compte a ratifié l'opération ou en a tiré profit, elle peut soutenir qu'elle a effectué le paiement à un créancier apparent ou encore démontrer que le titulaire du compte a commis une faute qui a rendu le faux possible⁶⁷.

Les Cours et tribunaux se montrent cependant généralement peu enclins à admettre que la banque puisse se prévaloir de la théorie de l'apparence à défaut de prouver que le client "a contribué, même sans faute à la création de l'apparence d'authenticité de l'ordre de virement"⁶⁸.

Par ailleurs, les conditions dans lesquelles une faute du client peut être prise en compte sont également énoncées d'une manière généralement restrictive. Ainsi, la Cour d'appel de Bruxelles a-t-elle décidé par exemple, que la faute du client ne peut se déduire du seul fait que le faussaire a pu avoir accès aux données du client et que la banque ne peut reprocher au client de lui avoir adressé parfois des instructions de virement par la poste dès lors qu'elle n'a pas, antérieurement, émis de réserve à ce propos⁶⁹.

Dans l'espèce annotée, la même Cour d'appel relève une série de circonstances de fait tendant à démontrer que le faux virement n'a pu être rédigé que par un membre de l'entourage immédiat du représentant de la société titulaire du compte.

La Cour souligne que ledit représentant s'était entouré d'une série de précautions – soumises et acceptées en l'espèce par

⁶³ O. POELMANS et D. BLOMMAERT, "Chronique de jurisprudence en droit bancaire", précité, *DAOR* 2003, n° 66, p. 46, n° 10.

⁶⁴ Bruxelles 18 novembre 1999, précité *R.D.C.* 2000, p. 684.

⁶⁵ Bruxelles 18 novembre 1999, précité *R.D.C.* 2000, p. 684. On peut se demander si définir les modalités d'exécution d'un engagement est en tant que tel dérogoire au droit commun mais en tout cas, il convient que ces modalités d'exécution soient décrites en termes dépourvus de toute ambiguïté.

⁶⁶ Bruxelles 7 février 1992, *Droit de la consommation* 1992/17, p. 73 et Bruxelles 18 novembre 1999, précité *R.D.C.* 2000, p. 684.

⁶⁷ Voy. notamment L. SIMONT et A. BRUYNEEL, "Chronique de droit bancaire privé", *Rev. banque* 1987, p. 49, n° 29; J-P. BUYLE et O. POELMANS, "L'article 1239 du Code civil et les ordres de paiement portant fausse signature ou dont les mentions ont été falsifiées", *R.D.C.* 1992, pp. 704 et s. et J. LINSMEAU, *Droit bancaire, cambiaire et financier*, CUP, 1998, p. 131.

⁶⁸ Bruxelles 16 octobre 2001, *J.L.M.B.* 2002, p. 844.

⁶⁹ Bruxelles 16 octobre 2001, précité, *J.L.M.B.* 2002, p. 844; O. POELMANS et D. BLOMMAERT, "Chronique de jurisprudence en droit bancaire", précité, *DAOR* 2003, n° 66, p. 46, n° 10.

la banque – pour éviter qu’une autre personne que lui ne puisse donner des ordres relatifs au compte, parmi lesquelles l’utilisation de cachets et d’un code secret.

L’utilisation de ces cachets dans l’ordre de virement ainsi que la connaissance par le faussaire du code secret que le représentant de la société avait eu l’imprudence de communiquer au cours d’une réunion à laquelle assistaient notamment deux tiers (dont l’un est précisément la personne suspectée d’avoir commis le faux) sont révélateurs d’une “négligence coupable” qui “constitue une faute du titulaire du compte bancaire”.

La Cour tout en confirmant sa jurisprudence antérieure suivant laquelle “la banque qui sans faute de sa part, débite le compte courant d’un de ses clients sur base d’un virement falsifié” opère un paiement qui n’est “pas opposable au titulaire du compte conformément à l’article 1239, alinéa 1^{er}, du Code civil” et “est, dans ces conditions, en principe tenue

d’exécuter son obligation de restitution” constate par ailleurs que la faute du représentant de la société titulaire du compte est en relation causale avec le dommage et qu’il y a “compensation légale entre l’obligation de restitution de la banque et le dommage subi en raison de la faute du client”.

L’appelant mettait également en cause, à titre subsidiaire, la responsabilité de la banque pour ne s’être pas entourée des précautions d’usage avant d’exécuter un virement important.

La Cour rejette cette demande. Elle relève que le règlement général des opérations de la banque comportait une clause stipulant que la banque ne répond que de sa faute lourde et que ce règlement est opposable à la société titulaire du compte dont le représentant a déclaré avoir pris connaissance et y adhérer. Une telle clause limitative de la responsabilité de la banque n’a pas, constate la Cour, pour effet de vider l’obligation de sa substance et est donc parfaitement licite.