

3. Sur les dépens

16. ING sollicite une indemnité de procédure de 15.000 EUR tout en admettant qu'il n'y a aucune raison de lui accorder le montant maximum et sans s'expliquer sur les raisons pour lesquelles elle s'écarte de l'indemnité de base.

L'enjeu du litige s'inscrivant dans la tranche entre 500.000 EUR et 1.000.000 EUR, il y a lieu de lui allouer le montant de base de 11.000 EUR.

V. Dispositif

Pour ces motifs, la cour,

1. Reçoit l'appel mais le dit non fondé;
 2. Condamne la SA Eurofactor à payer à la SA ING Belgique l'indemnité de procédure d'appel de 11.000 EUR;
- (...)

Note

Factoring et tierce complicité: rôle et responsabilité du banquier

I. RETROACTES

I.1. Le cadre factuel

1. La société N. dispose de différents comptes ouverts dans les livres d'un établissement de crédit de droit belge, la banque I. auprès de laquelle elle dispose également d'une ligne de crédit de type *straight loan*.

2. Le 24 août 2006, la société N. conclut avec la société E. un contrat de *factoring*. Suivant cette convention, la société N. s'engage à céder une partie de ses créances à la société E., laquelle exige que leur paiement intervienne sur un compte qu'elle détient auprès d'un autre établissement de crédit, la banque D.

Dans ce contexte, la société N. s'engage, d'une part, à inviter ses débiteurs à honorer les créances ainsi cédées sur le compte de la société E. et, d'autre part, à informer sans délai cette dernière dans l'hypothèse où elle recevrait, malgré l'avis de cession, le paiement d'un débiteur et à restituer à la société E. la somme ainsi perçue et dont la société N. est réputée dépositaire.

3. Le 5 octobre 2006, la société N. et la banque I. concluent une convention aux termes de laquelle la première donne en gage à la seconde, avec instruction irrévocable de paiement, les créances qu'elle détient ou détiendrait à l'encontre de la société E. découlant du contrat de *factoring*. Ce gage est destiné à garantir toutes les créances dont serait titulaire la banque I. à l'égard de la société N. résultant de leurs relations d'affaires.

Le 9 octobre 2006, la banque I. notifie ce gage à la société E. et l'informe que toutes les sommes dues à la société N. en vertu du contrat de *factoring* doivent être payées sur un compte spécifiquement dédié.

4. Le 20 février 2007, la société N. est déclarée en faillite.

Le jour du prononcé de la faillite, le compte de la société N. est débité d'un montant de 68.458,66 EUR au profit d'une société liée à la banque I. et spécialisée dans le secteur du *leasing* avec laquelle la société faillie était en relation.

5. Le 21 février 2007, la société E. interpelle la banque I. en lui indiquant qu'elle est la seule créancière autorisée à percevoir le paiement des créances cédées à l'occasion du contrat d'affacturage. En conséquence, la société E. sollicite de la banque I. qu'elle lui rétrocède immédiatement tous les paiements faits ou à venir qui auraient été réalisés par les débiteurs cédés sur le compte ouvert en ses livres nonobstant les instructions données.

6. Le 28 février 2007, la banque I. réagit à cette interpellation en soulignant qu'elle ne peut y donner une suite positive dans la mesure où l'existence d'un contrat de *factoring* n'implique pas, d'une part, que tous les paiements ayant été effectués ont nécessairement trait à des créances cédées et, d'autre part, qu'elle soit tenue de reverser les fonds ainsi perçus.

7. La société E. décide alors d'assigner la banque I. devant le tribunal de commerce de Bruxelles qui, dans son jugement du 17 juin 2009, déclare sa demande recevable mais non fondée.

La société E. interjette alors appel.

I.2. La décision entreprise

8. A l'appui de ses prétentions formulées devant la cour d'appel de Bruxelles, la société E. estime que la banque I. aurait commis deux fautes extracontractuelles à l'origine de son préjudice: l'une commise avant la faillite et l'autre, postérieurement.

S'agissant du comportement antérieur à la faillite, l'appelante estime que la banque I. se serait rendue tiers complice de l'obligation mise à charge de la société N. de restituer les sommes payées par erreur par les débiteurs cédées sur le compte de la société N. ouvert auprès de la banque I.

Quant aux événements survenus après la faillite, la société N. estime que la banque I., en refusant de lui restituer les sommes versées sur le compte bancaire litigieux, aurait également adopté un comportement fautif.

La cour d'appel de Bruxelles aborde successivement ces deux angles d'attaque après avoir rejeté le postulat d'irrecevabilité avancé par la banque I. mais qui n'était appuyé par aucun développement.

9. Au travers d'une analyse circonstanciée des faits, la juridiction d'appel considère que les conditions requises par la théorie de la tierce complicité ne sont pas établies. Deux motifs décisifs ont été retenus par la cour d'appel de Bruxelles pour considérer que le manquement allégué n'était pas établi.

Premièrement, les paiements litigieux ont été effectués sur différents comptes dont certains ouverts auprès de succursales de la banque I. mais également de la succursale londonienne d'une société liée établie à l'étranger. Dans ce contexte, estime la cour, il n'est pas démontré que la banque I. pouvait mettre à jour une « *anomalie apparente sur le compte de la société N. qui aurait dû justifier des investigations supplémentaires de sa part* ».

Deuxièmement, le contrat d'affacturage – connu de la banque I. – excluait de son champ d'application certaines créances détenues par la société N. de telle sorte qu'il n'était pas anormal que certains clients, malgré le contrat d'affacturage, continuent de s'acquitter de leurs obligations sur un compte autre que celui prévu dans le contrat d'affacturage de telle sorte que ces paiements – même importants – ne permettent pas de caractériser une anomalie apparente qui aurait pu ou dû éveiller les soupçons de la banque I.

10. Quant à la faute déduite d'une soi-disant appropriation ou rétention fautive des fonds, l'arrêt commenté considère, en s'appuyant également sur certaines des considérations résumées ci-avant, que la banque I. pouvait, sans commettre une faute et même après faillite, d'une part, compenser les sommes reçues, y compris celle versée par la société E., en vertu de son règlement général des opérations et, d'autre part, imputer les créances gagées sur la créance qu'elle détenait à l'encontre de la société E.

Enfin, précise la cour d'appel de Bruxelles, si l'on peut s'étonner de ce que la banque I. ait effectué, au bénéfice de la société I. Lease Equipment à laquelle elle est liée et postérieurement à la faillite, deux paiements, ces fonds auraient en tout état de cause échappés à la société E. soit par l'effet de la clause de compensation, soit en raison de l'absence de titre permettant à la société E. de les revendiquer auprès de la masse de telle sorte, conclut la cour, « *qu'aucune faute ne peut dès lors être reprochée à la banque I. après la faillite de la société N.* ».

II. ANALYSE

11. La décision commentée aborde de nombreuses problématiques allant notamment du contrat d'affacturage à l'opposabilité des mécanismes préférentiels en passant par les devoirs du banquier. Il serait présomptueux de vouloir, dans une note d'observations, aborder tous ces thèmes. Aussi, nous limiterons nos propos à la question de savoir dans quelle mesure un banquier pourrait être tenu pour responsable de la violation par son client d'un contrat de *factoring* conclu avec un tiers.

12. Un contrat d'affacturage est, en soi, une opération qui, d'un point de vue juridique, est relativement simple même si les instruments contractuels appelés à les régir peuvent s'avérer sophistiqués¹⁰¹. Reposant actuellement essentielle-

ment sur l'institution de la cession de la créance¹⁰², le contrat d'affacturage – ou de *factoring* si l'on reprend la terminologie anglo-saxonne qui a généralement cours en Belgique – permet à une entreprise de transférer tout ou partie de ses créances à une contrepartie qui va en assurer, à titre onéreux, le (pré)financement, la gestion et le recouvrement, ces tâches pouvant être plus ou moins étendues en fonction du contrat effectivement négocié et conclu.

Cette technique de mobilisation des créances repose sur quelques principes fondamentaux: il est essentiel, de manière à préserver l'équilibre contractuel, que le *factor* soit assuré, d'une part, que les débiteurs cédés s'acquitteront de leurs obligations suivant les instructions données de manière à éviter que le cédant ne perçoive à la fois le financement et

¹⁰¹. Sur le contrat de *factoring* voy. D. PHILIPPE, « Le contrat de factoring », *G.U.J.E.*, suppl. 81, livre 57, 2008, pp. 8. et s.; M. GRÉGOIRE, « L'affacturage », in *La prévention de la défaillance de paiement*, Bruxelles, Larcier, 2000, pp. 295 et s.; H. BRAECKMANS, « Overdracht van schuld-vordering in het raam van factoring », in *Mélanges offerts à Pierre Van Ommeslaghe*, Bruxelles, Bruylant, 2000, pp. 4 et s.; G. LOWAGIE et B. MAURAU, « Juridische en fiscale aspecten van factoring », *A.F.T.*, 1998, pp. 270 et s.; F. VAN REMOORTEL, « Factoring », in *Recht voor de onderneming*, Kluwer, 2001, III, 10-6; J. VAN RYN et J. HEENEN, *Principes de droit commercial*, IV, Bruxelles, Bruylant, 1988, pp. 447 et s.; P. VAN LEEUW, « Le factoring en Belgique », *R.B.F.*, 1987, p. 125; B. DHAYER, *Le contrat de factoring en droit belge*, Louvain-la-Neuve, U.C.L., 1974.

¹⁰². D'autres institutions – telle la subrogation – sont également envisageables mais la cession de créance est généralement la technique retenue (F. GEORGE, « L'incidence de la faillite sur le contrat de factoring » (note sous Anvers, 11 février 2010), *R.D.C.*, 2013, p. 743, n° 5). C'est également sous le prisme de la cession de créance que le droit comptable belge aborde cette question (voy. Avis CNC 2011/23 du 5 octobre 2011).

le produit des créances cédées et, d'autre part, que le cédant, dans l'hypothèse où un débiteur cédé verse par erreur sur un compte qui échappe à l'emprise de la société de *factoring*, en informe immédiatement son partenaire contractuel et lui restitue les fonds ainsi perçus.

Théoriquement, et pour autant que le transport de la créance soit notifié au débiteur cédé ou qu'il l'ait reconnu¹⁰³, le *factor* est protégé contre un versement effectué dans les mains du cédant. Tel est l'effet combiné des articles 1239 et 1691 du Code civil.

13. Dans une économie où la masse monétaire est essentiellement composée de monnaie scripturale, le compte en banque joue un rôle déterminant: sans compte bancaire, la monnaie scripturale ne peut ni exister ni circuler. Dès lors que les créances cédées dans une opération de *factoring* sont acquittées – sauf hypothèse qui relève plus de la théorie que de la pratique – en monnaie scripturale, l'on comprend le rôle majeur de la banque auprès de laquelle le cédant a ouvert un compte pouvant potentiellement être le réceptacle de versements effectués par des débiteurs cédés qui, informés ou non de l'opération d'affacturage, continuent à s'y acquitter de leurs dettes malgré la cession intervenue.

Si le cédant respecte son engagement d'information et de restitution, un paiement « irrégulier » du débiteur cédé ne pose guère de question. Lorsque tel n'est pas le cas, le cédant commet un manquement contractuel ouvrant la voie à une action en responsabilité de la part de son cocontractant.

L'arrêt commenté pose la question du rôle – et de la responsabilité corrélative – du banquier du cédant: dans quelle mesure un établissement de crédit pourrait-il se voir reprocher les conséquences dommageables pour une société de *factoring* d'un manquement contractuel commis par le cédant et auquel la banque aurait prêté son concours?

14. Par définition, l'établissement de crédit est tiers au contrat de *factoring* et ne peut, en conséquence, être tenu des obligations y déposées¹⁰⁴.

Cette situation n'exonère cependant pas la banque de toute responsabilité: comme tout sujet de droit, la banque est susceptible de répondre des conséquences dommageables causées à une personne du fait de sa faute aquilienne.

Ce constat est traduit par la théorie – longuement débattue¹⁰⁵ – de la tierce complicité suivant laquelle « *un tiers peut engager sa responsabilité extracontractuelle envers une partie à un contrat lorsqu'il participe à la violation par l'autre partie de ses engagements contractuels, encore que ce tiers soit étranger au contrat* »¹⁰⁶.

Après un parcours judiciaire hésitant, il appert désormais que les conditions de cette théorie – qui n'est rien d'autre qu'une application de la responsabilité aquilienne¹⁰⁷ – sont stabilisées¹⁰⁸:

- 1) une partie à un contrat doit avoir violé un engagement contractuel;
- 2) le tiers dont la responsabilité aquilienne est querellée doit avoir connaissance du contrat et de l'obligation contractuelle en cause, cette condition allant, suivant les appréciations, de la connaissance effective à la connaissance présumée;
- 3) le tiers doit avoir coopéré sciemment et en connaissance de cause à l'acte de violation de l'obligation contractuelle en cause;
- 4) cette faute, tout comme la faute contractuelle, doit être en lien causal avec le dommage subi par le cocontractant.

15. Lorsqu'on transpose ces conditions à l'hypothèse d'un banquier dont un client aurait violé son contrat de *factoring*, deux questions essentielles se posent: d'une part, dans quelle mesure le banquier a connaissance du contrat de *factoring* et

¹⁰³ Cette notification n'étant cependant pas nécessaire à la validité de la cession, la notification de la cession ou sa reconnaissance par le débiteur cédé ne jouant qu'un rôle sur le plan de l'opposabilité de l'opération (art. 1690, al. 2, C. civ.).

¹⁰⁴ Art. 1165 C. civ.

¹⁰⁵ Voy. pour une synthèse du cheminement jurisprudentiel: P. VAN OMMESLAGHE, *Les obligations*, Coll. De Page, t. II, vol. 1, Bruxelles, Bruylant, 2013, pp. 667 et s. et les références citées.

¹⁰⁶ P. VAN OMMESLAGHE, *Les obligations*, Coll. De Page, t. II, vol. 1, Bruxelles, Bruylant, 2013, p. 667, n° 430.

¹⁰⁷ Ce fondement n'est guère contesté (voy. spécialement Cass., 22 avril 1983, *R.W.*, 1983-1984, col. 427, note E. DIRIX, « De derde medeplichtigheid aan aandermans contractbreuk: het einde van de controverse », *Pas.*, 1983, p. 944). Voy. en France: Ph. LE TOURNEAU, *Droit de la responsabilité et des contrats*, Coll. Dalloz Action, 2012/2013, 9^e éd., Paris, Dalloz, 2012, p. 979, n° 977: « Si le tiers qui s'associe à la violation d'un contrat, qui est complice, ne peut pas être tenu comme débiteur défaillant (C. civ., art. 1165), il encourt une responsabilité délictuelle. »

¹⁰⁸ P. VAN OMMESLAGHE, *Les obligations*, Coll. De Page, t. II, vol. 1, Bruxelles, Bruylant, 2013, p. 674, n° 433. Le professeur Wéry énonce, quant à lui, des conditions différentes en laissant sous-entendre que la tierce complicité se limiterait à l'hypothèse où le comportement fautif du tiers s'insère dans la conclusion d'un contrat avec le débiteur contractuel défaillant: « *Un tiers ne peut être considéré complice du débiteur contractuel de l'obligation contractuelle que si les conditions suivantes sont réunies: un contrat valable ou qui existe encore au moment où le débiteur contracte avec le tiers complice (...)* » (P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. 1, 2^e éd., Coll. Précis de la Faculté de Droit de l'Université Catholique de Louvain, Bruxelles, Larcier, p. 619, n° 655). Or, s'il est vrai que cette configuration constitue le *quod plerumque fit*, il n'en demeure pas moins que la faute du tiers peut également être envisagée en dehors de l'hypothèse de la conclusion d'un contrat entre le tiers complice et le cocontractant fautif.

de son contenu¹⁰⁹ et, d'autre part, celle de savoir s'il a coopéré sciemment et en connaissance de cause à la faute de son client.

La charge de la preuve de ces deux conditions pèse sur le demandeur en responsabilité qui pourra, s'agissant de faits, les démontrer par toute voie de droit.

Relativement à la première condition examinée, il faut rappeler que la jurisprudence, tout en énonçant le principe d'un « droit à l'inertie »¹¹⁰, se montre relativement sévère à l'égard des professionnels lorsqu'ils n'ont pas pris les précautions nécessaires pour s'informer de l'existence d'un contrat et de son contenu¹¹¹. Cet enseignement ne doit pas cependant être exagéré et il nous semble, qu'en dehors d'un complexe factuel particulier, un établissement de crédit n'a pas à s'intéresser aux conventions conclues par ses clients.

Quant à la seconde condition, la coopération consciente et avisée de la banque à la violation, par son client, de ses engagements à l'égard du *factor*, elle n'est – replacée dans le périmètre de la responsabilité aquilienne – en définitive qu'une expression particulière du devoir mis à charge d'un banquier de ne pas fautivement s'écarter du standard de bon comportement s'imposant à un banquier normalement prudent et diligent placé dans les mêmes circonstances. A cet égard, il est nécessaire de faire le détour par les devoirs du banquier que la doctrine¹¹² s'est efforcée de dégager et singulièrement celui de « vigilance ». Ce devoir – qui constitue « une norme qui permet d'apprécier si le banquier a agi en professionnel normalement diligent »¹¹³ – se traduit par une « obligation de déceler les irrégularités et anomalies évidentes »¹¹⁴.

L'appréciation du caractère évident ou manifeste de l'ano-

malie ou de l'irrégularité est avant tout une question de fait et dont l'arrêt commenté en fournit une illustration.

Lorsque les anomalies ou irrégularités ne sont pas évidentes, il ne saurait y avoir matière à faute. En effet, suivant l'enseignement classique de la doctrine, ce n'est que lorsque l'établissement de crédit – dont les prérogatives sont tempérées par la position généralement avancée suivant laquelle il ne peut s'immiscer dans les affaires de son client (« *devoir de non-ingérence* ») – constate une telle anomalie ou irrégularité que s'enclenche une obligation consistant soit à refuser d'exécuter l'opération, soit à mettre en garde le client, soit à proposer une solution plus appropriée¹¹⁵. Ceci étant, cette hypothèse ne doit pas être confondue avec celle où l'évidence de l'anomalie ou de l'irrégularité n'a pas été constatée en raison d'une défaillance de la banque. En telle occurrence, le banquier commet une faute qui, si la causalité et le dommage sont établis, ouvre la voie à une action en réparation de la personne préjudiciée¹¹⁶.

En synthèse donc:

- 1) un établissement de crédit n'a, sauf circonstances particulières, pas l'obligation de rechercher si un contrat existe ou d'en analyser le contenu;
- 2) lorsque l'établissement de crédit a connaissance d'un contrat et de son contenu – tel sera le cas lorsque l'établissement de crédit prend spécifiquement une sûreté sur les flux financiers résultant de cette relation contractuelle – il ne peut prêter son concours à une violation par son client des obligations dont il est le débiteur étant entendu que le seul fait de percevoir, en sa qualité de banquier auprès duquel un compte est ouvert, des paiements ne suffit pas à caractériser un comportement conscient et en connaissance de cause.

¹⁰⁹. Compte tenu de la jurisprudence, sévère à l'égard des professionnels, cette connaissance aurait pu également résulter d'une présomption déduite des circonstances de l'espèce mais également de « l'état du marché concerné » (P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. 1, 2^e éd., Coll. Précis de la Faculté de Droit de l'Université Catholique de Louvain, Bruxelles, Larcier, p. 19, n° 654). En effet, d'une part, un établissement de crédit est généralement bien informé des conditions dans lesquelles sont réalisées des opérations de *factoring* et, d'autre part, ce mode de mobilisation des créances est propice à des comportements frauduleux ce que ne peut non plus ignorer une banque. A noter qu'il est également enseigné que la condition de la connaissance de l'environnement contractuel « doit s'apprécier au moment de l'opération conclue entre le tiers et la partie qui viole ses obligations. Toutefois, si l'on se trouve en présence d'un contrat à prestations successives, on pourrait retenir une tierce complicité dans le chef du tiers qui poursuivrait une coopération à la violation du contrat après que cette condition ait été remplie pendant le cours de ses relations contractuelles avec la partie » (P. VAN OMMESLAGHE, *Les obligations*, Coll. De Page, t. II, vol. 1, Bruxelles, Bruylant, 2013, p. 675, n° 433).

¹¹⁰. Liège, 13 mai 1991, *J.T.*, 1992, p. 38 cité par P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. 1, 2^e éd., Coll. Précis de la Faculté de Droit de l'Université Catholique de Louvain, Bruxelles, Larcier, p. 620, n° 656.

¹¹¹. La jurisprudence considère ainsi que cette connaissance peut résulter d'une présomption déduite des circonstances de l'espèce mais également de « l'état du marché concerné » (P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. 1, 2^e éd., Coll. Précis de la Faculté de Droit de l'Université Catholique de Louvain, Bruxelles, Larcier, p. 19, n° 654). En effet, d'une part, un établissement de crédit est généralement bien informé des conditions dans lesquelles sont réalisées des opérations de *factoring* et, d'autre part, ce mode de mobilisation des créances est propice à des comportements frauduleux ce que ne peut non plus ignorer une banque. A noter qu'il est également enseigné que la condition de la connaissance de l'environnement contractuel « doit s'apprécier au moment de l'opération conclue entre le tiers et la partie qui viole ses obligations. Toutefois, si l'on se trouve en présence d'un contrat à prestations successives, on pourrait retenir une tierce complicité dans le chef du tiers qui poursuivrait une coopération à la violation du contrat après que cette condition ait été remplie pendant le cours de ses relations contractuelles avec la partie » (P. VAN OMMESLAGHE, *Les obligations*, Coll. De Page, t. II, vol. 1, Bruxelles, Bruylant, 2013, p. 675, n° 433).

¹¹². Voy. J.-P. BUYLE et D. GOFFAUX, « Les devoirs du banquier à l'égard de l'entreprise », in *La banque dans la vie de l'entreprise*, Bruxelles, Ed. Jeune Barreau, 2005, pp. 28 et s.

¹¹³. Th. BONNEAU, *Droit bancaire*, 10^e éd., Col. Domat – Droit Privé, Paris, L.G.D.J., 2013, p. 367, n° 516.

¹¹⁴. C. ALTER, *Droit bancaire général*, Coll. Tiré à part du Répertoire notarial, p. 153, n° 148.

¹¹⁵. C. ALTER, *Droit bancaire général*, Coll. Tiré à part du Répertoire notarial, p. 153, n° 148.

¹¹⁶. Th. BONNEAU, *Droit bancaire*, 10^e éd., Col. Domat – Droit Privé, Paris, L.G.D.J., 2013, p. 368, n° 517.

16. Le débat sur la causalité est, dans le contexte qui nous occupe, relativement classique: une fois que le tiers a rapporté l'existence d'une faute dans le chef de l'établissement de crédit, il lui reste encore à démontrer, suivant la terminologie classique, que sans cette faute le dommage ne se serait pas produit tel qu'il s'est produit.

L'arrêt commenté offre une intéressante application de ce principe même si la conclusion qui en est tirée aurait pu être autrement formulée.

En effet, et outre l'angle de la tierce complicité, la société de *factoring* reprochait également à la banque I. de s'être appropriée des fonds et d'avoir procédé à deux versements en faveur d'une société liée et ce, postérieurement à la faillite.

S'agissant de ce dernier aspect, la cour d'appel de Bruxelles, après avoir jugé que la banque I. n'était pas autorisée à procéder à ces débits, constate l'absence de causalité entre cette

faute et le dommage allégué dans la mesure où, notamment, le mécanisme de compensation conventionnelle organisé au bénéfice de la banque aurait privé la société de *factoring* de toute emprise sur les fonds ainsi virés.

Si le raisonnement de la cour nous paraît devoir être approuvé, la conclusion – suivant laquelle aucune faute ne peut être reprochée à la banque I. – nous paraît sujette à critique dans la mesure où c'est essentiellement en raison de l'absence de causalité que la responsabilité de cet établissement de crédit n'a, sur cet aspect, pas été retenue.

Bruno Dessart

Avocat au barreau de Bruxelles

Assistant à l'Université Libre de Bruxelles

Assistant à l'Université Saint-Thomas d'Aquin (Burkina Faso)