

## 2.3 LE VIREMENT EN DROIT LUXEMBOURGEOIS

### 2.3.1 Introduction

Tant sur le plan national que sur le plan international, la place du virement parmi les instruments de paiement n'a cessé de croître au cours des dernières années. Dans la mesure où plusieurs institutions financières sont impliquées, en particulier si elles sont établies dans des pays différents, l'opération de paiement se résoudra nécessairement, à un moment ou à un autre, par un ou plusieurs virements interbancaires.

Sur le plan national, le virement a conquis une place importante parmi les moyens de paiement grâce à la vulgarisation des comptes en banque. Son succès va croissant; il se prête bien au traitement informatique et n'implique pas comme le chèque la manipulation et le contrôle d'un titre. Il est d'une grande simplicité et d'un faible coût. De plus, il permet de faire connaître rapidement au donneur d'ordre la réalisation du règlement.

Au Luxembourg, le nombre de virements échangés dans le système de compensation électronique géré par le groupement SYPAL-GIE (qui a supplanté l'ancien système de compensation manuel) a augmenté de façon soutenue: de 5,36 millions d'opérations en 1996, elles sont passées à 8,14 millions en 1997, puis à 9,62 millions en 1998, pour atteindre le nombre de 11,05 millions d'opérations en 1999. Leur part dans l'ensemble des instruments a augmenté sensiblement: de 79% en 1996, cette proportion est passée à 87% en 1997, puis à 92% en 1998, pour atteindre les 94% en 1999. Corrélativement, la part des chèques a diminué: de 21% en 1996 à 13% en 1997, puis à 8% en 1998, pour atteindre les 6% en 1999.<sup>1</sup>

Malgré l'importance prise par le virement, aucun texte à portée générale ne précise son régime juridique.

Au niveau de l'Union européenne, une directive est récemment intervenue dans le but de faciliter les paiements transfrontaliers: la directive 97/5/CE du 27 janvier 1997<sup>2</sup> sur les virements transfrontaliers.

Après avoir mis en exergue les problèmes juridiques que peut soulever le déroulement d'une opération de virement, en nous focalisant sur les virements domestiques, nous analyserons la directive européenne consacrée aux transferts intra-communautaires de fonds et sa transposition en droit luxembourgeois.

### 2.3.2 Le droit commun des virements

#### 2.3.2.1 Définition

Le virement est traditionnellement défini comme une opération, subordonnée à l'existence de deux comptes, qui réalise un transfert de fonds ou de valeurs par un simple jeu d'écritures, sans déplacement matériel: l'inscription d'un débit au compte du donneur d'ordre et d'un crédit corrélatif au compte du bénéficiaire.<sup>3</sup>

Les comptes peuvent être tenus par le même établissement ou par des établissements différents. Selon l'une ou l'autre éventualité, le déroulement de l'opération sera différent.

Le virement peut être utilisé pour réaliser une opération juridique quelconque ayant pour objet une somme d'argent.

L'analyse des problèmes que peut soulever l'exécution d'un ordre de virement exige de s'interroger au préalable sur la nature juridique de l'opération.

#### 2.3.2.2 La nature juridique

Dans la détermination de la nature juridique de l'opération, il s'agit de bien faire la distinction entre l'ordre de virement et l'opération de vire-

<sup>1</sup> Sources: Rapports annuels de l'Institut Monétaire Luxembourgeois, respectivement de la Banque centrale du Luxembourg.

<sup>2</sup> JO L 43 du 14 février 1997, pp. 25-31.

<sup>3</sup> CABRILLAC, H., *Le chèque et le virement*, Paris, Litec, 1980, p. 199.

ment elle-même. Tandis que l'opération de virement, ou virement proprement dit, se limite au transfert de fonds, l'ordre de virement est l'injonction donnée par le donneur d'ordre à son banquier d'opérer un transfert.

### L'ordre de virement

L'ordre de virement est généralement analysé comme un mandat<sup>4</sup> conféré par le client à son banquier dans le cadre du service de caisse que ce dernier s'est engagé à fournir lors de la signature de la convention d'ouverture de compte<sup>5</sup>.

Par ailleurs, le banquier qui exécute un virement restitue les fonds qu'il avait reçus en dépôt. Dans la réalisation du virement, il agit donc en la double qualité de mandataire et de dépositaire.

### L'opération de virement

La quasi-unanimité de la doctrine admet aujourd'hui que le solde disponible d'un compte en banque constitue juridiquement non simplement une créance, mais bien plus, une forme de monnaie scripturale.

Le jeu d'écritures que constitue le virement est le mode de réalisation du transfert de cette monnaie scripturale. Il peut être utilisé pour réaliser des contrats dont la validité est subordonnée à une tradition réelle, comme un prêt ou un don manuel<sup>6</sup>.

Une fois réalisé, le virement présente les avantages suivants:

#### • Le caractère autonome

La nullité de l'opération sous-jacente ne saurait remettre en cause le virement qui en est indépendant.

#### • Le principe de l'inopposabilité des exceptions

Dès l'inscription du montant du virement sur le compte du bénéficiaire, ce dernier peut faire valoir un droit propre, indépendant des rapports juridiques préexistants. Ce droit ne saurait souffrir des exceptions que le banquier du donneur d'ordre pourrait avoir à l'égard de son client, ou des exceptions que son propre banquier pourrait invoquer à l'encontre du banquier du donneur d'ordre ou d'un banquier intermédiaire.

Ci-après, nous examinons séparément l'ordre de virement et l'opération de virement proprement dite. A propos de l'ordre de virement, quelles sont les règles de fond et de forme qui le régissent. A propos de l'opération de virement, quelles sont les conditions d'intervention des divers banquiers, les conditions de réalisation du virement et celles de gestion des incidents.

#### 2.3.2.3 L'ordre de virement

Les règles de forme et de preuve

##### § 1<sup>er</sup>: Forme

L'ordre de virement n'est soumis à aucune condition de forme<sup>7</sup>.

Le banquier stipule d'ordinaire dans la convention d'ouverture de compte que les ordres de virement

<sup>4</sup> CABRIJAC, H., o.c., p.201; DE JUGLART, M. et IPPOLITO, B., *Traité de droit commercial, T. 7: Banques et bourses*, Paris, Montchrestien, 1991, p.556; Contra: POULLET, Y. et THUNIS, X., «Réflexions sur le mouvement électronique de fonds», *B. Dr. & Banq.*, n° 6, p.39.

<sup>5</sup> RIVES-LANGE, J.-L. et RODIERE R., *Précis Dalloz, Droit bancaire*, Paris, Dalloz, 1975, p.191.

<sup>6</sup> GAVALDA, C. et STOUFFLET, J., *Droit bancaire, Institutions – Comptes – Opérations – Services*, Paris, LITEC, 1992, p.109; *J.P. Lux.*, 20 févr. 1992, inédit.

<sup>7</sup> *Cass. com. fr.*, 29 janv. 1985, *Bull. civ. IV*, n° 36.

devront revêtir telle ou telle forme, par exemple celle de formules imprimées.

Ces dernières années, les banques ont déployé des efforts considérables dans le développement de moyens de transferts de fonds électroniques. Un ordre de virement peut ainsi être directement donné du domicile du donneur d'ordre par le biais de son ordinateur personnel, notamment via Internet. Il est question à cet égard de *telebanking* ou de *home banking*, selon que l'usager est une entreprise ou un particulier. En langue française, cette pratique est souvent désignée par «banque à domicile». Un ordre de virement peut également être transmis par un guichet automatique de banque.

Si l'ordre n'est pas subordonné à une forme particulière, il doit toutefois contenir toutes les indications nécessaires à son exécution. A défaut d'une de ces indications, sa qualité de mandataire, et plus précisément l'obligation de diligence que comporte le mandat, oblige le banquier à en référer à son client et à lui faire part de l'imprécision de l'ordre reçu. L'établissement n'est évidemment pas responsable dans ce cas du retard dans l'exécution du virement.

A côté des ordres ponctuels, on rencontre des ordres dont l'exécution est échelonnée dans le temps, les «ordres permanents».

## § 2: Preuve

La preuve de l'ordre de virement est régie par le droit commun; celui-ci exige un écrit pour les obligations excédant une valeur de 100 000 LUF.

Les discussions sur la preuve d'un virement peuvent être réduites si le banquier stipule dans la

convention de compte qu'un effet probatoire sera conféré au silence gardé par le titulaire du compte après la réception de l'extrait de compte ou du relevé qui mentionne le virement.<sup>8</sup> Il est en effet largement admis que les conventions sur la preuve soient licites.<sup>9</sup>

Afin de se ménager une preuve, le banquier pourra faire dépendre l'exécution d'un ordre donné oralement, d'une confirmation écrite à donner par le donneur d'ordre.

## § 3: Formules imprimées

D'habitude, les banques proposent à leurs clients des formules imprimées d'ordres de virement. Leur usage est parfois imposé par une stipulation de la convention de compte.

Se pose la question de savoir si la règle valant pour les chèques selon laquelle en cas de discordance entre la somme en lettres et la somme en chiffres, la somme en lettres prévaut, peut être transposée en la matière. Nous avons tendance à répondre par la négative, le banquier gardant toujours la possibilité, voire le devoir, de différer l'exécution du virement en cas d'ordre obscur, ambigu ou imprécis, jusqu'à complément d'instruction.

## Les règles de fond

L'ordre de virement est soumis aux exigences du droit commun qui régissent les actes juridiques, ainsi qu'à des exigences spécifiques, liées à la nature particulière du virement. La validité d'un ordre de virement est subordonnée à l'existence d'un objet, d'un consentement, de la capacité et du pouvoir. Comme tout mandat, le virement est par ailleurs révocable et soumis à la caducité dans certaines conditions.

<sup>8</sup> C.A. Lux., 24 juin 1993, inédit, n° 12387 rôle.

<sup>9</sup> Cass. com. fr., 18 oct. 1994, *Revue de droit bancaire et de la bourse*, n° 49, p.101; WYMEERSCH, E., «Aspects juridiques de certains nouveaux moyens de paiement», *Revue de la banque*, t. 1, 1995, p.28.

### a) Existence de deux comptes

Un virement ne peut par définition être opéré qu'entre deux comptes tenus par le même établissement ou des établissements financiers différents.

Il importe peu que le bénéficiaire soit la même personne que le donneur d'ordre.

### b) Existence d'une provision suffisante

Le banquier est en droit de refuser l'exécution d'un virement si le compte du donneur d'ordre ne présente pas une somme suffisante et disponible et si ce dernier ne dispose pas d'un découvert.

L'indisponibilité d'un compte peut être liée à son statut spécial<sup>10</sup>, à une saisie, à une procédure d'insolvabilité. En cas d'indisponibilité, le banquier a non seulement le droit, mais même le devoir de refuser l'exécution du virement.<sup>11</sup>

La provision ne constitue pas une condition de validité du virement. L'ordre émis sans couverture n'est pas nul, mais son exécution est simplement suspendue jusqu'à la fourniture de la somme suffisante. Dès que le compte du donneur d'ordre sera suffisamment créditeur, le banquier aura l'obligation d'exécuter le virement, sauf instruction contraire.

Dans l'hypothèse où le crédit du compte à débiter n'est pas inexistant mais simplement insuffisant, il ne semble pas que le banquier doive procéder à une exécution partielle.<sup>12</sup>

Dans l'éventualité où le banquier exécute le virement malgré l'absence ou l'insuffisance de crédit au compte du donneur d'ordre, le banquier dispose

évidemment d'un recours contre le titulaire de compte, mais l'action en répétition contre le bénéficiaire lui est refusée par la majorité des auteurs, surtout si le bénéficiaire était effectivement créancier du donneur d'ordre.<sup>13</sup>

L'émission de ce simple mandat qu'est l'ordre de virement ne confère évidemment aucun droit au bénéficiaire sur les fonds qui font l'objet de l'ordre. Cette règle fournit la réponse aux difficultés naissant de la présentation simultanée de plusieurs ordres de paiement dont le montant global dépasse la somme inscrite en compte. En cas de réception d'un ordre de virement et de présentation simultanée d'un chèque, le banquier doit donner la préférence au règlement du chèque, même s'il a été émis postérieurement à l'ordre de virement. La règle admise en matière de chèques, selon laquelle le banquier doit payer dans l'ordre des dates d'émission ou des numéros de la série en cas d'emploi de formules imprimées jusqu'à épuisement du solde du compte, n'est pas transposable dans le domaine des ordres de virement. En cas de difficultés insurmontables dans l'exécution de mandats qu'il a reçus, le banquier prendra de nouvelles instructions auprès du donneur d'ordre.

### c) Conversion monétaire

Si le compte du donneur d'ordre et le compte du bénéficiaire sont tenus dans deux monnaies différentes, la réalisation du transfert suppose la conversion d'une monnaie dans l'autre. La conversion est effectuée au cours du change du jour où le paiement est réalisé.

<sup>10</sup> *Tel par exemple un compte bloqué, à terme ou à affectation.*

<sup>11</sup> *Cass. com. fr., 27 févr. 1996, Revue trimestrielle de droit commercial, 1996, p.307, obs. M. CABRILLAC.*

<sup>12</sup> *Juris-Classeur; Banque et Crédit, verbo Virement, Paris, Editions du Juris-Classeur, p.7.*

<sup>13</sup> *DE JUGLART, M. et IPPOLITO, B., o.c., p.561; GAVALDA, C. et STOUFFLET, J., Droit de la banque, Paris, Presses Universitaires de France, 1974, p.448; T.A. Lux., 20 févr. 1986, inédit, n° 149/86; Trib. com. Mons, 14 mai 1987, Revue de droit commercial belge, 1989, pp.58-65; Contra: C.A. Bruxelles, 6 mai 1997, R.D.C., pp.801-806, ce dernier arrêt a fait l'objet de vives critiques.*

#### d) Révocation

En tant que mandat, l'ordre de virement est révoquable selon le bon vouloir du donneur. La révocation n'est cependant plus possible dès que l'exécution du virement a atteint un stade irréversible.

Le moment précis où la faculté de révoquer ne peut plus être exercée est controversé en doctrine.

Nous estimons qu'il s'agit de bien faire la distinction entre le moment de l'achèvement du virement, c'est-à-dire celui où le bénéficiaire obtient satisfaction, et l'instant où le bénéficiaire acquiert un droit intangible sur les fonds qui lui sont destinés.

Suivant une jurisprudence constante, le virement est censé achevé à partir du moment où le bénéficiaire peut effectivement disposer des fonds virés, donc à partir de l'inscription au crédit de son compte.<sup>14</sup>

Autre est la question de savoir à quel moment précis le processus de virement devient irréversible. Selon la plupart des auteurs français, la notion de dessaisissement du donneur d'ordre fournit la réponse. Le virement ne peut plus être révoqué dès l'écriture au débit du compte de l'émetteur, puisque c'est à cet instant précis que les fonds sont sortis du patrimoine et irrévocablement destinés au bénéficiaire.<sup>15</sup> Au cas où le virement serait acheminé par le biais d'un banquier intermédiaire, qui agit en qualité de sous-mandataire du banquier du donneur d'ordre, le dessaisissement se situe au moment du débit du banquier intermédiaire, et non de celui du donneur d'ordre.

Nous optons personnellement pour une solution plus nuancée quant au moment du dessaisisse-

ment. Dans un ouvrage publié il y a quelques années<sup>16</sup>, MM. Gavalda et Stoufflet ont défendu une thèse très moderne, qui nous semble préférable. Après le débit du donneur d'ordre, la banque continue à détenir la somme virée pour compte de son client, qui en reste le propriétaire, aussi longtemps qu'elle n'a pas transféré les fonds à la banque du bénéficiaire. L'ordre de virement reste susceptible de révocation. Ce n'est que lors du règlement entre banques que l'ordre devient irrévocable. A cet instant en effet, le banquier du bénéficiaire reçoit le montant viré en dépôt pour son client. Le bénéficiaire acquiert dès lors un droit de créance intangible sur la somme virée, né de l'exécution par son banquier du mandat d'encaissement et du dépôt qu'il a reçu. Corrélativement à la naissance de l'engagement propre et irrévocable du banquier du bénéficiaire, le donneur d'ordre est définitivement dessaisi des fonds. La somme virée est sortie du patrimoine du donneur d'ordre.

Dans l'hypothèse où donneur d'ordre et bénéficiaire détiennent leur compte auprès de la même banque, c'est le moment du débit du donneur qui marque le dessaisissement de ce dernier, car le mandataire du bénéficiaire commence alors à détenir les fonds transférés pour compte de ce dernier.

M. de Juglart et B. Ippolito, qui défendent du reste la même thèse<sup>17</sup>, font une distinction intéressante dans l'éventualité où un virement est exécuté par l'intervention d'un banquier intermédiaire. S'il agit comme mandataire de l'émetteur, le virement peut encore être révoqué tant que les fonds n'ont pas été transférés au banquier du bénéficiaire. S'il agit par contre comme mandataire de ce dernier, par

14 T.A. Lux., 29 févr. 1996, inédit, n° 53649 rôle; T.A. Lux., 2 mars 1984, inédit, n° 32680 rôle; voy. également CABRILLAC, H., o.c., p.222; VASSEUR, M., «Les principaux articles de la loi-type de la CNUDCI sur les virements internationaux et leur influence sur les travaux de la Commission de Bruxelles concernant les paiements transfrontaliers», *Revue de droit des affaires internationales*, n° 2, 1993, p.189.

15 CABRILLAC, H., o.c., p.207; *Encyclopédie Juridique Dalloz, Répertoire de droit commercial, verbo Virement, Paris, Dalloz, p.4*; voy. dans le même sens: T.A. Lux., 15 déc. 1989, inédit, rôle n° 38473, 38603 et 38805; T.A. Lux., 20 févr. 1986, inédit, n° 149/86.

16 GAVALDA, C. et STOUFFLET, J., *Droit bancaire, Institutions - Comptes - Opérations - Services, Paris, Litec, 1992, p.110.*

17 DE JUGLART, M. et IPPOLITO, B., o.c., p.561.

exemple en le représentant en chambre de compensation, le virement n'est plus révocable.

#### e) *Caducité*

En tant que mandat, l'ordre de virement devient caduc lorsque le donneur vient à décéder, à moins que mandant et mandataire n'aient pu en convenir autrement.<sup>18</sup> Cependant, le banquier exécute valablement l'ordre s'il ignore le décès du titulaire du compte.<sup>19</sup>

L'ordre de virement devient pareillement caduc au cas où l'émetteur serait frappé d'incapacité ou perdrait le pouvoir d'opérer des retraits sur son compte.

La caducité n'invalide un ordre de virement que pour autant que l'événement qui la provoque se produise avant que l'ordre ne soit devenu irrévocable en vertu des mêmes règles que celles qui déterminent l'irrévocabilité.

#### 2.3.2.4 L'opération de virement

Il importe de mettre en exergue les différentes sortes d'incidents qui peuvent se produire au cours de l'exécution d'un ordre de virement, et d'apporter les solutions aux questions juridiques qu'ils soulèvent. Pour ce faire, nous devons analyser au préalable le rôle joué par les divers banquiers dans le déroulement du virement. Par la suite, nous présentons le processus de l'exécution de l'ordre, avant d'aborder les problèmes concrets qui peuvent se poser.

#### L'intervention des divers banquiers

##### § 1<sup>er</sup>: Banquier du donneur d'ordre

Le banquier du donneur d'ordre intervient dans l'opération de virement en tant que mandataire de

l'émetteur et en tant que dépositaire des fonds. De ce fait, il a une triple obligation: une obligation de vérification, une obligation d'exécution et une obligation de rendre compte. S'il tient également le compte du bénéficiaire, il agit en même temps comme mandataire de ce dernier.

#### a) *Obligation de vérification*

Le mandat de payer implique l'obligation pour le banquier du donneur d'ordre de vérifier que l'ordre émane bien du titulaire du compte ou du représentant de ce dernier.

Le banquier doit également veiller à ce que l'ordre n'ait pas été falsifié, c'est-à-dire qu'il n'ait pas été altéré après avoir été émis par le titulaire du compte. L'ordre ne doit par ailleurs pas présenter d'anomalies et comporter toutes les indications nécessaires à son exécution.

Ensuite, le banquier devra vérifier que les fonds soient bien disponibles sur le compte du donneur d'ordre.

L'obligation de vérification est sanctionnée par la responsabilité du banquier ou son obligation de restitution en cas d'ordre faux ou falsifié, ou en cas d'erreur due à un défaut d'instructions.<sup>20</sup>

#### b) *Obligation d'exécution*

En ouvrant un compte à son client, le banquier a pris l'engagement, tacite ou exprès, de lui offrir le service de caisse. Or, l'exécution d'ordres de virement s'inscrit dans les opérations courantes du service de caisse. Le refus d'exécution sans motifs légitimes est susceptible d'engager la responsabilité du banquier<sup>21</sup>. La banque ne peut pas non plus appréhender les fonds, sous prétexte qu'elle serait créancière du tiers bénéficiaire, lui-même créan-

<sup>18</sup> Art. 2003 du Code civil.

<sup>19</sup> Art. 2008 du Code civil.

<sup>20</sup> Voy: *infra*.

<sup>21</sup> ROUTIER, R., *La responsabilité du banquier*, Paris, LGDJ, 1997, p.74; VEZIAN, J., *La responsabilité du banquier en droit privé français*, Paris, Librairies Techniques, 1974, p.132.

cier de son client.<sup>22</sup> Néanmoins, les parties gardent la liberté de limiter conventionnellement l'obligation du banquier d'accepter des ordres de virement, par exemple en stipulant l'usage obligatoire de formules imprimées.

Nonobstant l'engagement général d'exécuter les ordres de virement, le banquier doit consentir à l'exécution de chaque ordre individuel. Le refus sera considéré comme légitime par exemple en cas d'absence de crédit suffisant, de saisie-arrêt du compte, de défaut de capacité ou de pouvoir du donneur, d'insuffisance des instructions.

En cas de pluralité de comptes ouverts au nom d'un même client, la banque ne peut pas en principe refuser d'exécuter un ordre de virement tracé sur l'un de ces comptes ayant un fonctionnement propre et présentant une provision suffisante au motif d'opérer une compensation avec un autre compte présentant un solde débiteur. La banque ne peut procéder à la compensation qu'à la clôture du compte provoquée postérieurement par la banque. Le principe de l'indépendance des comptes est cependant tenu en échec par la stipulation d'une clause d'unicité de comptes. Le banquier sera dès lors en droit de refuser l'exécution du virement si, dans leur globalité, les comptes ne dégagent pas un solde créditeur suffisant<sup>23</sup>.

Le banquier doit veiller à l'exécution prompte de l'ordre par lui-même et par les mandataires substitués dont il répond. Les mêmes motifs qui légitiment le refus d'exécution d'un ordre enlèvent au retard son caractère fautif: insuffisance momentanée de provision, doutes sur la régularité du titre, insuffisance des instructions, et autres.

Enfin, l'exécution d'un ordre doit être fidèle aux instructions données.

### c) *Obligation de rendre compte*

En vertu du droit commun des mandats<sup>24</sup>, le banquier est obligé de rendre compte à son client de l'accomplissement de sa mission, obligation qui va de pair avec l'obligation du banquier de restituer les sommes déposées soit à son client, soit à la personne désignée par ce dernier, soit au mandataire du tiers bénéficiaire. Si le bénéficiaire de l'ordre est le client d'une autre banque que celle de l'émetteur, le banquier doit également prouver la transmission des instructions nécessaires à l'achèvement du virement.

En pratique, pour s'acquitter de son obligation de rendre compte, le banquier se borne à envoyer un avis de débit à son client.

L'obligation de rendre compte implique également le devoir du banquier d'en référer à l'émetteur lorsque l'exécution du virement se heurte à des obstacles, ainsi que le droit du client d'être informé sur la réalisation de l'opération.

## § 2: **Banquier du bénéficiaire**

Le banquier du bénéficiaire intervient à un double titre dans le processus de virement: il est à la fois l'agent du donneur d'ordre et celui du bénéficiaire.

### a) *Intervention pour compte du donneur d'ordre*

Le banquier du bénéficiaire reçoit la somme virée avec l'ordre de la créditer au compte du bénéficiaire. Parfois, avant d'opérer le crédit, le banquier doit veiller à ce que les conditions sous lesquelles un ordre de virement a été émis soient remplies. Ainsi, le banquier du bénéficiaire agit comme mandataire substitué du banquier du donneur d'ordre dans le but d'achever l'opération initiée par ce dernier. Si les instructions données sont insuffisantes

<sup>22</sup> C.A. Paris, 29 mars 1989, D., 1991, Somm. p.30, obs. M. VASSEUR.

<sup>23</sup> *Juris-Classeur, Banque et Crédit, verbo Service de dépôt de fonds, de domiciliation, d'encaissement et de recouvrement, Paris, Editions du Juris-Classeur, p.10.*

<sup>24</sup> Art. 1993 du Code civil.

ou ambiguës, comportant un risque d'erreur sur la somme ou sur le compte à créditer, le banquier du bénéficiaire a le devoir de refuser ce mandat<sup>25</sup>, ou du moins de surseoir à son exécution et de solliciter des instructions complémentaires<sup>26</sup>.

En cas d'inexécution ou d'exécution défectueuse du virement, le donneur d'ordre dispose d'une action directe contre le banquier du bénéficiaire en vertu de l'article 1994, alinéa 2, du Code civil<sup>27</sup>. Par contre, le mandataire substitué ayant été désigné par le donneur d'ordre lui-même, ce dernier ne dispose pas du droit d'agir contre son propre banquier du chef de fautes que le banquier du bénéficiaire aurait commises dans l'exécution du virement.<sup>28</sup> Dans l'éventualité où la faute des deux banquiers est retenue, ils peuvent être condamnés in solidum<sup>29</sup>.

#### b) Intervention pour compte du bénéficiaire

Par rapport à son client, le banquier du bénéficiaire agit en exécution du mandat général d'encaissement qui lui a été conféré tacitement lors de l'ouverture du compte.<sup>30</sup> L'exécution de ce mandat général doit cependant encore être ratifiée par le bénéficiaire du virement. En pratique, cette ratification se réalise par l'absence de protestation qui suit la réception de l'avis de crédit.

Le banquier doit encaisser la somme virée pour la joindre au dépôt. Il assume donc également l'obligation de dépositaire à l'égard de son propre client. A ce titre, il répond des cas d'erreur et supporte même les risques de la force majeure<sup>31</sup>.

### § 3: Banquier intermédiaire

Très souvent, faute de relations directes entre le banquier du donneur d'ordre et le banquier du bénéficiaire, la réalisation du virement nécessite l'intervention d'un, voire de plusieurs banquiers intermédiaires, qui ont la qualité de mandataires substitués. A ce titre, le donneur d'ordre dispose d'une action directe contre le banquier intermédiaire en cas de défaillance de celui-ci.<sup>32</sup> Le banquier intermédiaire ne pourra opposer au donneur d'ordre les exceptions qu'il aurait pu opposer au banquier de ce dernier.<sup>33</sup>

Se pose la question de savoir si le banquier du donneur d'ordre répond du banquier intermédiaire.

La réponse négative s'impose évidemment si le banquier intermédiaire intervient comme mandataire substitué du banquier du bénéficiaire, par exemple lorsque le premier représente le second en chambre de compensation.

Dans l'hypothèse où le banquier tiers revêt la qualité de mandataire substitué du banquier du donneur d'ordre, la solution est plus nuancée. En vertu de l'article 1994, alinéa 1<sup>er</sup>, du Code civil, le mandataire, en l'occurrence le banquier de l'émetteur, est responsable des fautes et négligences du mandataire substitué, en l'occurrence le banquier intermédiaire, s'il n'a pas reçu l'autorisation de se substituer, ou que, ayant été autorisé, il a fait appel à une personne qui était notoirement incapable ou insolvable. Lorsque le titulaire de compte a non seulement autorisé la substitution mais encore désigné la personne du substitué, le ban-

25 *Daloz*, o.c., p.6.

26 *C.A. Mons*, 13 févr. 1984, *Rev. Banq.*, 1984, n° 6, p.51; *Trib. com. Bruxelles*, 13 janv. 1992, *R.D.C.*, p.980.

27 *C.A. Mons*, 13 févr. 1984, *Rev. Banq.*, 1984, n° 6, p.51.

28 *Art. 1994, alinéa 1<sup>er</sup>, du Code civil, a contrario.*

29 *CABRILLAC, H.*, o.c., p.219.

30 *Juris-Classeur, Banque et Crédit, verbo Virement*, Paris, Editions du Juris-Classeur, p.11; *RIVES-LANGE, J.-L. et RODIERE R.*, o.c., p.197; *contra HAMEL, J., JAUFFRET, A. et LAGARDE, G.*, *Traité de droit commercial*, Paris, Dalloz, 1966, p.791, qui plaident pour la thèse de la gestion d'affaires.

31 *VEZIAN, J.*, o.c., p.99.

32 *Art. 1994, al. 2, du Code civil.*

33 *Juris-Classeur, Droit civil, Articles 1991 à 2002, fasc. 1, Paris, Editions du Juris-Classeur, p.14.*

quier originaire n'est pas responsable des actes du banquier substitué. Il est admis que le silence de la convention de compte quant au mode d'acheminement des virements vaut autorisation tacite du client au banquier de se substituer tels banquiers tiers de son choix. Vu qu'en pratique le cas d'un banquier notoirement insolvable ou incapable n'est guère concevable, l'application stricte de l'article 1994 ne permettrait en général pas de retenir la responsabilité du banquier du donneur d'ordre pour le fait du banquier intermédiaire.<sup>34</sup> Ce ne serait qu'en cas d'opposition formelle du client à la substitution que la responsabilité de son banquier pourrait être engagée pour l'exécution déficiente du virement par un banquier intermédiaire. Cette position ne correspond toutefois pas au droit commun du sous-mandat, tel qu'il a été élaboré par la jurisprudence. Malgré que le texte de l'article 1994 du Code civil ne le prévoit pas, les cours et tribunaux retiennent la responsabilité du mandataire originaire lorsqu'une surveillance exacte de sa part sur les actes du substitué, même capable et solvable, aurait permis d'éviter les fautes de ce dernier.<sup>35</sup> Une grande partie de la doctrine a transposé cette jurisprudence dans le domaine des virements. Ils soutiennent que le banquier du donneur d'ordre, en acceptant d'exécuter l'ordre de virement, serait d'accord à assumer la responsabilité de l'opération. Cet engagement comporterait l'obligation de surveiller le mandataire substitué et de répondre de ses erreurs et défaillances.<sup>36</sup> Il s'avère qu'en matière de virements, la preuve que l'inexécution ou la mauvaise exécution de l'ordre auraient pu être évitées grâce à une meilleure surveillance du banquier intermédiaire est souvent très difficile à rapporter.

D'autres auteurs se sont opposés à cette thèse. Ils refusent de déduire du simple silence des parties

leur volonté de déroger à la règle de l'article 1994 du Code civil.<sup>37</sup>

Soulignons que, dans la première thèse, il existe une différence notable entre la responsabilité du banquier de l'émetteur en cas de substitution non autorisée, et en cas de substitution autorisée sans désignation du banquier intermédiaire. Dans la première hypothèse, le banquier du donneur d'ordre est responsable dans tous les cas du banquier intermédiaire, tandis que dans la deuxième hypothèse, la responsabilité du banquier de l'émetteur est très atténuée, dans la mesure où il ne répond que de ses propres fautes de surveillance.

Entre le banquier du donneur d'ordre et le banquier intermédiaire, la substitution produit les mêmes effets que le mandat: elle constitue un second mandat qui se superpose sur le premier, et dans lequel le banquier de l'émetteur prend le rôle de mandant.

### La réalisation du virement

Le virement étant compris comme une remise de monnaie scripturale, son accomplissement est lié à une double écriture symétrique: le débit du donneur d'ordre et le crédit du bénéficiaire. Au-delà des signes matériels, le virement exige l'adhésion des personnes qui prêtent leur concours à sa réalisation. Il va sans dire que le consentement du donneur résulte de l'émission de l'ordre. Seul va nous intéresser le consentement du bénéficiaire, celui des banquiers découlant nécessairement des écritures en compte. Il ne fait pas de doute: le virement est une opération complexe, complexité qui sera encore accrue si son exécution exige l'intervention de deux, trois, voire même de plus de banquiers différents. La plupart du temps, les

---

<sup>34</sup> *Ni à plus forte raison du banquier du bénéficiaire.*

<sup>35</sup> *Cass. civ. fr., 29 mai 1980, Bull. civ., I, n° 163; 25 janv. 1965, Bull. civ., I, n° 71.*

<sup>36</sup> *CABRILLAC, H., o.c., 220; Dalloz, o.c., p. 7.*

<sup>37</sup> *DE JUGLART, M. et IPPOLITO, B., o.c., p. 562; dans le même sens: VEZIAN, J., o.c., p. 134.*

débit et crédit corrélatifs ne seront pas simultanés, mais différés dans le temps et dans l'espace, ce qui pose la question de la date et du lieu du virement. Pour y répondre, il faut distinguer entre les différentes modalités d'exécution du virement.

## § 1<sup>er</sup>: La double écriture

### a) *Virement réalisé au sein de la même banque*

Si le compte à débiter et le compte à créditer sont situés dans la même agence, la réalisation simultanée des deux inscriptions marque l'exécution du virement. Au cas où la simultanéité des écritures n'aurait pas lieu, le banquier engagerait même sa responsabilité de mandataire à l'égard du bénéficiaire<sup>38</sup>, à moins que le décalage dans le temps ne soit la conséquence d'une panne technique, ou alors d'une décision de blocage, imposée par les autorités publiques. Le virement est localisé à l'agence qui tient les deux comptes.

Lorsque les deux comptes ont été ouverts par la même banque, mais dans des agences différentes, les règles valant pour les virements entre deux banques sont applicables.<sup>39</sup>

### b) *Virement réalisé entre deux banques*

Dans l'hypothèse où le virement est effectué par le concours de deux banques différentes, il faut, rappelons-le, distinguer entre deux étapes différentes: le moment où le donneur d'ordre est dessaisi et le moment où le virement est accompli.

Le dessaisissement se situe au moment où les fonds sont transférés au banquier du bénéficiaire, ou bien à son mandataire substitué, soit par le

canal d'un compte existant entre lui et le banquier du donneur d'ordre, soit par une opération de compensation, soit par l'intermédiaire d'un troisième banquier.<sup>40</sup>

En revanche, c'est l'inscription au crédit du compte du bénéficiaire qui marque le moment de la réalisation du virement.<sup>41</sup>

Le lieu de réalisation du virement est celui où le compte à créditer est tenu, c'est-à-dire le domicile du banquier du bénéficiaire.<sup>42</sup>

## § 2: Le consentement du bénéficiaire

Une remise de monnaie scripturale ne devient définitive qu'après le consentement du bénéficiaire. Toutefois, cette acceptation n'influe pas sur la date ni le lieu de réalisation du virement, qui restent déterminés par l'inscription au crédit du bénéficiaire.

Le bénéficiaire peut accepter le virement avant ou après son achèvement.

Souvent, le bénéficiaire accepte le transfert des fonds avant sa réalisation, par exemple en invitant son débiteur à le régler par virement à un compte qu'il indique. L'écriture au crédit du bénéficiaire a dès lors pour effet de clôturer définitivement l'opération.

Dans d'autres cas, le bénéficiaire n'accepte le virement que postérieurement à sa réalisation. En pratique, l'acceptation est déduite du silence gardé par le bénéficiaire à la réception de l'avis de crédit, voire du relevé de compte. En fait, l'opération a d'ores et déjà été acceptée par le banquier du bénéficiaire, agissant en vertu de son mandat général d'encaissement, par l'inscription au crédit du compte de son client. L'acceptation ultérieure

<sup>38</sup> *Juris-Classeur, Banque et Crédit, verbo Virement, Paris, Editions du Juris-Classeur, p. 12.*

<sup>39</sup> *CABRILLAC, H., o.c., p. 221.*

<sup>40</sup> *Voy: supra.*

<sup>41</sup> *T.A. Lux., 29 févr. 1996, inédit, n° 53649 rôle; T.A. Lux., 2 mars 1984, inédit, n° 32680 rôle; DE JUGLART, M. et IPPOLITO, B., o.c., p. 560; GAVALDA, C. et STOUFFLET, J., *Droit bancaire, Institutions – Comptes – Opérations – Services, Paris, Litec, 1992, p. 110**

<sup>42</sup> *DE JUGLART, M. et IPPOLITO, B., o.c., p. 560; GAVALDA, C. et STOUFFLET, J., *Droit bancaire, Institutions – Comptes – Opérations – Services, Paris, Litec, 1992, p. 109.**

par le bénéficiaire n'est qu'une ratification qui rétroagit au moment où son banquier a accepté.

## Les incidents de l'exécution

### § 1<sup>er</sup>: Exécution tardive

Le banquier du donneur d'ordre est tenu d'exécuter l'ordre avec promptitude et répond envers lui des conséquences de retards anormaux.<sup>43</sup>

Dans l'appréciation du caractère injustifié du retard, les tribunaux prennent en considération les circonstances spécifiques de chaque espèce.

### § 2: Erreurs

Dans l'exécution du virement, différentes erreurs peuvent être commises: erreur sur l'existence d'un crédit suffisant<sup>44</sup>, sur le montant, sur le compte à débiter, sur le compte à créditer, sur l'interprétation de l'ordre.

Le banquier du donneur d'ordre engage sa responsabilité à l'égard de son client au cas où une écriture erronée de débit aurait été passée. Il doit sans retard redresser son erreur par une écriture de contrepassation. Les cours et tribunaux considèrent en effet que le virement effectué par erreur est inopposable au titulaire du compte débité à tort.<sup>45</sup>

Lorsque le banquier du donneur d'ordre s'est trompé sur l'identité du bénéficiaire, il répond également de son erreur à l'égard du donneur d'ordre.<sup>46</sup> Il doit créditer le compte du bénéficiaire

réel. Le banquier dispose en contrepartie d'une action en répétition contre le titulaire dont le compte a été crédité sans fondement, ou qui a reçu une somme supérieure à celle qui lui était destinée<sup>47</sup>, à moins que cette personne n'ait été créancière du donneur d'ordre pour une somme au moins égale et que le banquier n'ait pas pris «*les précautions commandées par la prudence*».<sup>48</sup> Toutefois, dans ce dernier cas, le banquier peut se retourner contre son client en se basant sur le principe de l'enrichissement sans cause. Notons qu'en Belgique la solution inverse prévaut pour le cas où le pseudo-bénéficiaire serait par ailleurs créancier de la personne débitée<sup>49</sup>. Jugé qu'en cas de double virement erroné, le banquier du donneur d'ordre n'est pas fondé dans son action en répétition de *l'indu* contre celui du bénéficiaire, alors que ce dernier banquier n'a pas la qualité d'*accipiens*; il n'a encaissé les fonds que pour compte de son client.<sup>50</sup>

Une forme particulière d'exercice de l'action en répétition de l'indu est la contrepassation de l'inscription erronée.<sup>51</sup> Elle est seulement admise pour les erreurs matérielles, le principe de l'inopposabilité des exceptions s'opposant à l'exercice de cette voie dans les autres cas.<sup>52</sup> Comme pour toute action en répétition, il faut que la banque ait agi par erreur en créditant le compte. Cette erreur doit par ailleurs être excusable, c'est-à-dire le banquier ne doit pas avoir commis de faute. En cas de faute, le remboursement du crédit indu lui est totalement ou partiellement refusé.<sup>53</sup>

<sup>43</sup> VEZIAN, J., o.c., p.133.

<sup>44</sup> Voy: *supra*.

<sup>45</sup> Trib. com. Bruxelles, 23 juin 1983, R.D.C., 1987, p.764.

<sup>46</sup> J.P. Lux., 20 févr. 1992, inédit.

<sup>47</sup> Cass. com. fr., 17 juil. 1990, D., 1992, Somm., p.26.

<sup>48</sup> Cass. com. fr., 12 janv. 1988, D., 1989, Somm., p.329.

<sup>49</sup> C.A. Bruxelles, 15 oct. 1996, R.D.C., 1997, p. 748; Trib. com. Bruxelles, 20 déc. 1993, R.D.C., 1994, p.1082.

<sup>50</sup> Cass. com. fr., 10 janv. 1995, R.D. bancaire et de la bourse, 1995, 78: «*En revanche, l'action basée sur la faute quasi délictuelle doit être accueillie dans la mesure où la banque du bénéficiaire n'a pas averti la banque solvens de son erreur, bien qu'elle ait eu conscience de l'anomalie.*»

<sup>51</sup> GAVALDA, C. et STOUFFLET, J., *Droit bancaire, Institutions – Comptes – Opérations – Services*, Paris, Litec, 1992, p.116.

<sup>52</sup> ROUTIER, R., o.c., p.75.

<sup>53</sup> Cass. civ. fr., 18 mai 1994, R.D. bancaire et de la bourse, 1994, p.174, obs. CREDOT et GERARD: «*Le bénéficiaire du virement erroné peut opposer sa faute au banquier si elle lui a causé un préjudice, celui-ci consistant dans le fait qu'il a légitimement pu croire que la somme virée lui était acquise, de sorte qu'il l'a dépensée de bonne foi.*»

Dans l'éventualité où l'erreur est due au banquier du bénéficiaire désigné, ce dernier peut mettre en jeu la responsabilité de son banquier pour mauvaise exécution du mandat général d'encaissement. Le bénéficiaire réel sera cependant forclos d'agir s'il a gardé le silence pendant un délai prolongé tout en ayant connaissance de l'existence du transfert litigieux. Son inertie doit alors s'interpréter comme une ratification tacite du transfert opéré par la banque.<sup>54</sup>

### § 3: Ordre faux ou falsifié

#### a) Devoir de vérification

Le banquier du donneur d'ordre est tenu, rappelons-le, de vérifier la sincérité et la régularité de l'ordre de virement.<sup>55</sup> Avant de passer à l'exécution du virement il doit s'assurer que l'émetteur a bien la qualité et le pouvoir de disposer sur les fonds déposés.<sup>56</sup> Le banquier ne doit pas seulement contrôler la forme et l'apparence de l'ordre, mais aussi les circonstances générales qui entourent l'opération. En cas d'éléments qui sont de nature à éveiller des soupçons sérieux d'illicéité, il doit demander la confirmation de l'ordre de virement avant de l'exécuter. La banque n'a cependant pas à s'occuper de la cause du virement.<sup>57</sup>

Il a été décidé que la banque du pseudo-bénéficiaire n'a pas l'obligation de vérifier l'origine du virement.<sup>58</sup> Cependant le banquier du faussaire pourra se voir reproché d'avoir ouvert le compte à son client sans satisfaire aux obligations d'identification déterminées par l'article 39 de la loi du 5 avril 1993 relative au secteur financier. En cas de

lien de cause à effet entre cette faute et le préjudice, la banque peut être déclarée responsable.

Le devoir de vérification du banquier a comme corollaire sa responsabilité en cas d'ordre faux dès l'origine ou falsifié après son émission.

Se pose la question de savoir quelle est la force de l'obligation de vérification. La réponse dépend de la qualification juridique à attribuer aux rapports entre le titulaire de compte et son banquier.

#### b) Etendue de la responsabilité du banquier

L'étendue de la responsabilité du banquier dépend de la double qualité juridique qu'il revêt dans ses relations avec son client.

D'un côté, le banquier est lié comme mandataire dans le cadre du service de caisse qu'il fournit à son client.<sup>59</sup> Il est tenu d'une obligation de moyens dans l'exécution des instructions du titulaire de compte. Sa responsabilité ne saurait être engagée que s'il est établi qu'il a commis une faute.

De l'autre côté, par le dépôt en compte, le banquier est devenu le dépositaire du client<sup>60</sup>. Nous estimons avec une certaine doctrine française qu'il s'agit plus particulièrement d'un dépôt irrégulier, en raison du caractère fongible des biens déposés.<sup>61</sup> Par le dépôt, le banquier est devenu propriétaire des fonds. Il doit supporter le risque de la fraude en vertu de l'adage *res perit domino*. Par ailleurs, par application des articles 1239 et 1937 du Code civil<sup>62</sup>, le dépôt comporte l'engagement du banquier de restituer les fonds soit au véritable titulaire, soit à celui qui a reçu pouvoir de celui-ci.

<sup>54</sup> Trib. com. Bruxelles, 13 janv. 1992, R.D.C., 1993, p.980.

<sup>55</sup> Voy: *supra*.

<sup>56</sup> C.A. Lux., 24 juin 1993, inédit, n° 12387 rôle; C.A. Bordeaux, 17 avr. 1996, *Banq. & D.*, n° 48, 1996, p.42: deux exemples d'ordres tracés sur des comptes de sociétés où le signataire n'était pas autorisé.

<sup>57</sup> C.A. Bruxelles, 10 sept. 1991, J.L.M.B., 1992, p.1085, obs. F. DE PATOUL.

<sup>58</sup> C.A. Versailles, 7 déc. 1990, D., 1992, *Somm.*, p.25.

<sup>59</sup> RIVES-LANGE, J.-L. et RODIERE R., o.c., p.196.

<sup>60</sup> RIVES-LANGE, J.-L. et RODIERE R., o.c., p.196.

<sup>61</sup> *Juris-Classeur, Banque et Crédit, verbo Virement, Paris, Editions du Juris-Classeur, p.14.*

<sup>62</sup> RIVES-LANGE, J.-L. et RODIERE R., o.c., p.196; *contra*: DUPONT, P., «Conséquences civiles de l'exécution par la banque d'un ordre falsifié» in *Droit bancaire et financier au Grand-Duché de Luxembourg, Bruxelles, Larcier, 1994, p.672 et s.*

Il s'agit là d'une obligation de résultat.<sup>63</sup> Au cas où le virement aurait été déclenché par un ordre faux ou falsifié, le banquier ne s'est pas valablement libéré de son obligation de restitution, peu importe qu'il n'ait commis aucune faute et que l'ordre de virement présentât toutes les apparences d'un ordre régulier<sup>64</sup>.

Une jurisprudence importante, à laquelle nous souscrivons, reconnaît la nature de dépôt irrégulier du compte en banque, avec toutes les conséquences que cette qualification comporte, y compris l'obligation de restitution du banquier.<sup>65</sup> La Cour d'appel de Luxembourg précise en toute clarté que «le banquier dépositaire ne peut pas échapper à sa responsabilité en prouvant qu'il n'a pas commis de faute.»<sup>66</sup> La plupart du temps, les cours et tribunaux constatent l'inopposabilité de l'opération frauduleuse au titulaire de compte.<sup>67</sup>

Certains auteurs font la distinction selon que l'ordre de virement est faux dès l'origine ou qu'il a été falsifié après avoir été émis par le client<sup>68</sup>. Le banquier est responsable du dessaisissement en cas de virement émis par le faussaire, tandis qu'en cas de falsification d'un ordre initialement régulier le banquier est ou non responsable du dessaisissement des fonds selon qu'il a ou non commis une faute dans la vérification de l'ordre falsifié. Cette solution, déduite par analogie avec le chèque, est généralement justifiée par l'apparence créée par l'émetteur en traçant un ordre qui sera falsifié par après.<sup>69</sup> La Cour de cassation de France, dans un arrêt récent<sup>70</sup>, a également opéré cette distinction.

Comme le banquier n'est valablement libéré que s'il se dessaisit des fonds sur l'ordre du titulaire de compte, ou de celui qui a reçu pouvoir de ce dernier, «lorsqu'un ordre de paiement par virement porte une fausse signature ou des mentions falsifiées, le banquier ne peut maintenir le montant du virement au débit du donneur d'ordre supposé».<sup>71</sup> A suivre même la thèse restrictive de responsabilité, le banquier a néanmoins l'obligation de rétablir l'écriture au crédit s'il a commis une faute indiscutable, sans qu'il puisse attendre l'issue du procès en responsabilité.<sup>72</sup>

### c) Moyens d'exonération

De quels arguments le banquier dispose-t-il pour se décharger le cas échéant de sa responsabilité? Sont généralement retenus les moyens suivants: le paiement effectué à un créancier apparent, la ratification du paiement par le supposé donneur d'ordre, le profit retiré par le titulaire de compte de l'opération, la faute du client et l'existence d'une clause exonératoire ou limitative de responsabilité, dans la mesure où celle-ci est valable.

En revanche, par application des articles 1239<sup>73</sup> et 1937 du Code civil, le banquier n'est pas libéré même s'il rapporte la preuve que le dommage résulte de la faute d'un tiers.<sup>74</sup> Il est cependant loisible au banquier de se retourner contre toute personne qui, par faute ou négligence, a permis ou facilité l'action du faussaire.

63 C.A. Lux., 14 juil. 1993, P., 29, p. 259; T.A. Lux., 14 juin 1990, Bull. Dr. et Banq., n° 17, p.51; contra: Cass. civ. fr., 3 avr. 1990, D., 1992, Somm., p. 22; dans ce dernier arrêt, la Cour de cassation de France a posé le principe que l'obligation de restitution est une obligation de moyens, mais avec la particularité que le défaut de restitution fait présumer la faute du dépositaire, jusqu'à preuve du contraire

64 DE JUGLART, M. et IPPOLITO, B., o.c., p.563.

65 C.A. Lux., 10 déc. 1997, P., 30, p. 302; C.A. Lux., 14 juil. 1993, P., 29, p. 260.

66 C.A. Lux., 10 déc. 1997, P., 30, p. 302; voy. aussi T.A. Lux., 17 févr. 1995, inédit, n° 40861 rôle.

67 C.A. Lux., 14 juil. 1993, P., 29, p. 258; voy. aussi: T.A. Lux., 17 févr. 1995, inédit, n° 40861 rôle.

68 HAMEL, J., JAUFFRET, A. et LAGARDE, G., o.c., p.790.

69 Dalloz, o.c., p.5.

70 Cass. com. fr., 9 juil. 1996, D., Inf. rap., p.198; contra: C.A. Bruxelles, 10 sept. 1991, J.L.M.B., 1992, p.1085, obs. F. DE PATOUL.

71 C.A. Bruxelles, 27 juin 1997, R.D.C., 1998, p.806; T.C. Bruxelles, 3 nov. 1992, R.D.C., 1993, p.993.

72 CABRILLAC, H., o.c., p.226.

73 Notons en marge que certaines décisions refusent l'application de l'article 1239 à la situation d'un faux virement: C.A. Bruxelles, 10 sept. 1991, J.L.M.B., 1992, p.1088, obs. F. DE PATOUL.

74 RIVES-LANGE, J.-L. et RODIERE R., o.c., p.196.

En ce qui concerne l'admission de la force majeure comme cause d'exonération du banquier, les cours et tribunaux sont divisés. Une certaine jurisprudence permet au banquier de se libérer de son obligation contractuelle de restitution par la preuve d'un cas de force majeure<sup>75</sup>. Nous estimons que c'est à tort. «*S'agissant pour un dépôt de fonds d'un dépôt de choses fongibles, il est tenu seulement de rendre l'équivalent et non l'identique; il a dès lors toujours la possibilité d'exécuter son obligation.*»<sup>76</sup> C'est le banquier qui doit supporter les risques relatifs aux fonds dont il est devenu propriétaire.<sup>77</sup>

#### § 4: Survenance d'une procédure collective d'insolvabilité

##### a) Procédure d'insolvabilité du donneur d'ordre

Si le jugement prononçant la faillite du donneur d'ordre intervient avant que ce dernier ne soit dessaisi de la somme à transférer, l'exécution du virement doit être arrêtée et les fonds doivent être remis à la disposition de la société faillie.<sup>78</sup> La faillite a en effet mis fin au mandat de transfert du banquier.<sup>79</sup> Si le transfert est néanmoins réalisé, il est annulable sur base de l'article 444, alinéa 2 du Code de commerce. L'écriture de débit au compte du failli doit sans tarder être contrepassée. La banque qui a payé à tort dans l'ignorance de la faillite peut réclamer le remboursement au bénéficiaire, soit parce que son paiement est considéré comme indu, soit parce qu'elle a payé la dette d'autrui.<sup>80</sup> Il est important de souligner que les tribunaux luxembourgeois appliquent la règle dite de

l'heure zéro<sup>81</sup>, en ce sens que le jour entier au cours duquel intervient le jugement de faillite fait partie de la période de faillite, de sorte que les virements exécutés après zéro heure du jour du prononcé devront être annulés. A ce principe de base, deux exceptions particulièrement importantes concernant les virements bancaires sont à préciser. D'une part, la règle de l'heure zéro est rendue inapplicable pour tous les paiements faits par ou à un établissement de crédit, conformément à l'article 61.2bis de la loi du 5 avril 1993 sur le secteur financier. D'autre part, dans le cadre du droit des systèmes de paiement, la directive sur la finalité des paiements en cours de transposition au Luxembourg assure l'irrévocabilité des ordres et la bonne fin des ordres introduits dans tout système. La grande majorité des paiements à Luxembourg, interviennent dans les systèmes placés sous la surveillance de la Banque centrale.

En revanche, lorsque le dessaisissement avait déjà eu lieu avant le jugement déclaratif, les fonds échappent à la masse des créanciers et le virement doit être mené à bonne fin.

Un virement réalisé au cours de la période suspecte pour payer une dette échue n'encourt pas la nullité de plein droit de l'article 445 du Code de commerce. Le virement est en effet assimilé à un mode de paiement normal.<sup>82</sup> Il en est autrement si la dette n'était pas encore échue. Si les conditions d'application sont remplies, le virement peut encore être frappé de la nullité facultative de l'article 446.

75 C.A. Lux., 8 juil. 1998, B.D.B., n° 28, 26; C.A. Lux., 14 juil. 1993, P., 29, 260.

76 T.A. Lux., 13 juin 1991, inédit; T.A. Lux., 14 juin 1990, B.D.B., n° 17, p.53.

77 T.A. Lux., 13 juin 1991, inédit; T.A. Lux., 20 févr. 1986, inédit, 149/86.

78 Est réservé le cas des règlements interbancaires tombant sous le champ d'application de la directive n° 98/26/CE concernant le caractère définitif du règlement dans les systèmes de paiement et de règlement des opérations sur titres.

79 Art. 2003 du Code civil; voy. C.A. Mons, 18 mars 1992, R.D.C., 1993, p.984.

80 ZENNER, A., *Dépistage, faillites & concordats*, Bruxelles, Larciér, 1998, p.286; voy. C.A. Mons, 18 mars 1992, R.D.C., 1993, p.984.

81 C.A. Lux., 21 janv. 1981, P., 25, 373; de même en Belgique: C.A. Mons, 18 mars 1992, R.D.C., 1993, p.984.

82 ZENNER, A., o.c., p.746.

### b) Procédure d'insolvabilité du bénéficiaire

Si le jugement d'ouverture de la procédure est rendu avant le dessaisissement du donneur d'ordre, l'exécution du virement est arrêtée.<sup>83</sup> Le bénéficiaire n'a plus le pouvoir de recevoir des paiements, et son banquier n'a plus mandat pour encaisser les virements qui lui sont destinés. Si le virement est néanmoins poursuivi, il est nul de droit en vertu de l'article 444, alinéa 2, du Code de commerce. A l'inverse, si le dessaisissement se situe avant le jugement déclaratif, le bénéficiaire peut se prévaloir d'une créance à l'égard de son banquier, créance qui sera recouvrée par le curateur au profit de la masse.<sup>84</sup> Que se passe-t-il si dans ce dernier cas le compte courant à créditer présente un solde débiteur?<sup>85</sup> La faillite met fin à la convention de compte courant en raison de son caractère *intuitu personae* et du principe de dessaisissement du failli.<sup>86</sup> Il en résulte que le solde définitif est établi à partir de la position du compte au jour du jugement déclaratif. Lorsqu'un virement est valablement acheminé postérieurement à ce jugement et que le compte courant du bénéficiaire présente un solde débiteur, la somme virée doit être considérée à part et profite à la masse. Le solde débiteur tel qu'il existait au jour de l'ouverture de la procédure constitue une créance que le banquier doit déclarer, et qui subit la loi du concours.<sup>87</sup>

### c) Procédure d'insolvabilité d'une banque intervenante

C'est une hypothèse assez rare en pratique. La réponse au point de savoir lequel des protagonistes doit supporter la perte des fonds découle

de la détermination de celui des participants à l'exécution du virement qui a acquis un droit sur la somme virée. La confrontation de la date du jugement d'ouverture de la procédure à celle où se situe le dessaisissement fournit la réponse à la question de savoir si le virement doit être achevé et lequel des participants a acquis un droit sur les fonds virés. A cet égard aussi, la protection des tiers en cas d'insolvabilité des banques est assurée pour les virements introduits dans les systèmes de paiement et ce tenant compte de l'article 61.2bis de la loi du 5 avril 1993 et des dispositions de la directive européenne sur la finalité des paiements en cours de transposition à Luxembourg.

## § 5: Saisie de l'un des comptes<sup>88</sup>

### a) Saisie du compte du donneur d'ordre

Dès la signification de l'exploit de saisie-arrêt au banquier, le solde du compte est bloqué. L'exécution de tout virement est prohibée, sous peine de responsabilité du banquier. Néanmoins, en ce qui concerne les virements en cours d'exécution, la saisie ne peut atteindre les sommes dont le titulaire de compte est dessaisi<sup>89</sup> avant la signification de l'exploit.

### b) Saisie du compte du bénéficiaire

Se pose la question de savoir dans quelle mesure le créancier saisissant peut mettre la main sur un virement en cours d'exécution mais non encore porté au compte du bénéficiaire. Il est admis que les fonds transférés entrent dans l'assiette de la saisie si à l'instant où l'exploit de saisie-arrêt est

<sup>83</sup> Voy: *cependant supra pour les virements bancaires.*

<sup>84</sup> T.A. Lux., 22 déc. 1989, inédit, n° 38883 rôle.

<sup>85</sup> ZENNER, A., o.c., p.498.

<sup>86</sup> *Idem*; voy: aussi C.A. Mons, 18 mars 1992, R.D.C., 1993, p.986.

<sup>87</sup> Le projet de la loi n° 4611, déposé le 16 décembre 1999, portant transposition de la directive 89/26/CE prévoit cependant l'utilisation des fonds disponibles sur le compte de règlement d'un participant à un système en vue de lui permettre de s'acquitter de ses obligations dans le système au jour de l'ouverture de la procédure d'insolvabilité.

<sup>88</sup> Le projet de loi no 4611, déposé le 16 décembre 1999, portant transposition de la directive 98/26/CE prévoit l'insaisissabilité des comptes de règlement des institutions financières.

<sup>89</sup> Voy: *supra.*

signifié, le bénéficiaire a déjà acquis un droit sur ces fonds.<sup>90</sup> Nous avons vu que ce moment coïncide avec le dessaisissement du donneur d'ordre.<sup>91</sup>

### Le virement comme moyen de paiement

La plupart du temps, le virement est effectué dans le but de réaliser un paiement. Le créancier qui reçoit un paiement par voie scripturale, est-il obligé de l'accepter? A quel moment le virement a-t-il pour effet de libérer le débiteur?

#### § 1er: Caractère obligatoire du virement

Les parties au contrat sont toujours libres de déterminer dans leur convention le mode dans lequel les paiements à réaliser par l'une d'elles doivent être faits. Le créancier ne peut alors refuser le paiement scriptural.

Il n'empêche qu'à défaut de convention, il est de principe que le créancier peut exiger un paiement par voie fiduciaire. Seuls les billets au porteur émis par les banques centrales ont cours légal et force libératoire illimitée.<sup>92</sup> Il peut donc refuser le virement que son banquier a encaissé pour son compte. Néanmoins, si les montants à payer sont assez importants, le principe de l'exécution de bonne foi des conventions impose au créancier d'accepter, pour des considérations de sécurité, le paiement par voie de virement.<sup>93</sup>

Signalons que l'Etat privilégie le virement pour les paiements à son profit ou à sa charge.<sup>94</sup>

#### § 2: Moment et lieu du paiement

Il nous semble de bon sens de placer le moment auquel le paiement est réalisé à celui de l'achèvement du virement.<sup>95</sup> Le paiement est donc parfait lors de l'inscription de la somme virée au crédit du compte du créancier. C'est en effet à cet instant et à cet endroit que le créancier peut effectivement disposer des fonds, qu'il obtient la satisfaction qui lui est due.

Les parties ont cependant la liberté de convenir autrement du moment ou du lieu auxquels le paiement par virement est censé réalisé. Elles peuvent ainsi avoir une préférence pour le moment et le lieu de l'écriture de débit au compte du *solvens*.

Sur cet ensemble de règles générales, de nature essentiellement jurisprudentielle, est venue se superposer une réglementation spéciale, de nature légale, ayant pour objet les virements communautaires transfrontaliers, de faible montant, réalisés dans une des devises des Etats membres ou en euros.

#### 2.3.3 Les virements intracommunautaires de détail

La très large majorité des virements communautaires constituant des virements de faible valeur, il importe d'assurer aux particuliers, aux commerçants, aux petites et moyennes entreprises la possibilité d'effectuer des transferts de fonds aussi rapides, fiables et peu coûteux d'un Etat membre à l'autre de l'Union européenne qu'à l'intérieur d'un même pays.

<sup>90</sup> CABRILLAC, H., o.c., p.230.

<sup>91</sup> Voy: *supra*.

<sup>92</sup> Jusqu'au 31 décembre 2001, seuls les billets émis par l'ancien Institut Monétaire Luxembourgeois et la Banque Nationale de Belgique ont cours légal à Luxembourg; ils bénéficieront du cours légal conjointement avec les billets en euro émis par les banques centrales dans le cadre de l'Eurosystème, à partir du 1<sup>er</sup> janvier 2002; ils perdront leur cours légal au 28 février 2002, mais resteront échangeable par la suite.

<sup>93</sup> WYMEERSCH, E., o.c., p. 21.

<sup>94</sup> Art. 37 (1) de la loi du 8 juin 1999 sur le Budget, la Comptabilité et la Trésorerie de l'Etat; voy: aussi l'article 122 (1) de l'Abgabenordnung, qui ordonne à l'administration fiscale d'indiquer un numéro de compte chèques postaux ou bancaire sur les feuilles d'impôt et sommations de payer.

<sup>95</sup> CABRILLAC, H., o.c., p.270; WYMEERSCH, E., o.c., p.22; voy: aussi T.A. Lux., 29 févr. 1996, inédit, n° 53649 du rôle.

A cet effet, la directive 97/5/CE concernant les virements transfrontaliers prévoit la transparence des frais, le respect de certains délais, l'interdiction du double prélèvement et une garantie de remboursement si le virement est égaré.

La loi du 29 avril 1999 portant transposition de la directive 97/5/CE concernant les virements transfrontaliers dans la loi modifiée du 5 avril 1993 relative au secteur financier a été publiée au Mémorial A, numéro 53, du 12 mai 1999. Faute d'avoir fixé un délai plus court ou plus long, la loi est entrée en vigueur trois jours francs après cette publication, soit le 16 mai 1999.<sup>96</sup>

Les règles portant transposition de la directive sont reprises dans une nouvelle partie IIbis de la loi du 5 avril 1993 relative au secteur financier, intitulée «*Les obligations en matière de virements transfrontaliers*». L'insertion dans la loi de 1993 est justifiée dans la mesure où les nouvelles dispositions ont trait à l'accès et à l'exercice de l'activité bancaire.

La loi de transposition luxembourgeoise reproduit dans une large mesure les termes de la directive.

### 2.3.3.1 Champ d'application et définitions

Quant au champ d'application de la loi, il convient de distinguer entre le champ d'application relatif aux personnes visées et le champ d'application relatif à la matière réglementée.

#### Champ d'application *ratione personae*

##### § 1<sup>er</sup>: Le donneur d'ordre

La nouvelle partie IIbis s'applique à des virements «ordonnés par des personnes autres qu'un établissement ou une institution financière»<sup>97</sup>.

A notre sens, les exclusions, libellées de façon très générale, englobent les opérations des banques centrales.

##### § 2: Le prestataire du service de virement transfrontalier

La loi vise les établissements de crédit et autres personnes physiques ou morales qui, dans le cadre de leurs activités, exécutent des virements transfrontaliers.<sup>98</sup> Il s'agit dans leur grande majorité de banques ou d'établissements parabancaires. Nous estimons que les termes de la loi, de même que ceux de la directive, ne permettent pas d'exclure les virements exécutés par une banque centrale.

Signalons encore que la notion d'«établissement» est définie de façon suffisamment large pour englober l'entreprise des Postes et Télécommunications.<sup>99</sup>

#### Champ d'application *ratione materiae*

L'article 41-1 de la loi modifiée du 5 avril 1993 relative au secteur financier définit le virement transfrontalier comme «une opération effectuée sur l'initiative d'un donneur d'ordre via un établissement, ou une succursale d'établissement, situé dans un Etat membre<sup>100</sup>, en vue de mettre une somme d'argent à la disposition d'un bénéficiaire dans un établissement, ou une succursale d'établissement, situé dans un autre Etat membre».

La définition légale du virement n'exige pas que le donneur d'ordre dispose d'un compte en banque. Le virement peut être initié soit par un versement en espèces, soit par le débit d'un compte dont le donneur d'ordre est titulaire ou sur lequel il a procuration. De même, le bénéficiaire ne doit pas nécessairement être titulaire d'un compte en banque.

<sup>96</sup> Art. 2 de l'arrêté royal grand-ducal du 22 octobre 1842 réglant le mode de publication des lois.

<sup>97</sup> Art. 41-2 de la loi modifiée du 5 avril 1993 relative au secteur financier.

<sup>98</sup> Art. 41-1 et 41-2.

<sup>99</sup> Avis du Conseil d'Etat du 9 févr. 1999, doc. parl. n° 4478<sup>1</sup> (sess. 1998-1999).

<sup>100</sup> Dans le sens que l'entend la loi.

L'établissement du donneur d'ordre et celui du bénéficiaire doivent donc être situés dans deux Etats différents, membres de la Communauté européenne ou parties à l'Accord sur l'Espace économique européen. Parmi cette deuxième catégorie d'Etats figurent également l'Islande, le Liechtenstein et la Norvège.

Le champ d'application restreint de la loi présente l'inconvénient qu'au Luxembourg les virements sont soumis à des réglementations différentes, l'une jurisprudentielle, l'autre légale, selon le pays de destination des fonds, avec des zones de recoupement toutefois.

La loi s'applique aux virements effectués dans les devises des Etats membres et en euros.<sup>101</sup>

Sont uniquement visés les virements transfrontaliers jusqu'à concurrence d'un montant d'une contre-valeur de 50.000 EUR.<sup>102</sup>

### 2.3.3.2 Obligations des établissements

La directive 97/5/CE est une directive d'harmonisation minimale<sup>103</sup>, dans le sens que seuls les éléments strictement essentiels sont fixés de façon uniforme, le surplus relevant de la compétence de chaque Etat membre. Ainsi, les Etats membres sont libres d'étendre la protection des consommateurs au-delà des dispositions prévues par le texte européen, du moment que les mesures prises sont compatibles avec le Traité CE et les objectifs fixés par la directive.

A l'instar de la directive, la loi de transposition luxembourgeoise laisse une place importante à la liberté contractuelle des parties. Elle ne fait que prévoir un cadre juridique assez rudimentaire destiné à protéger les utilisateurs des services de vire-

ment au cas où des conditions contraires n'auraient pas été stipulées. Il semble que la seule obligation dont les établissements ne peuvent s'exonérer est l'exigence de remboursement en cas de virement égaré ou mal dirigé.<sup>104</sup>

## Transparence des conditions

### § 1<sup>er</sup>: Informations préalables sur les conditions applicables aux virements transfrontaliers

Avant d'exécuter des ordres de virement, les établissements doivent avoir communiqué à leurs clients un certain nombre d'informations, soit par écrit, soit le cas échéant par voie électronique, parmi lesquelles figurent notamment l'indication des délais nécessaires à l'exécution et la mention des cours de change de référence utilisés.<sup>105</sup>

Les établissements ne sont pas obligés de fournir à leur clientèle effective et potentielle une information individualisée au cas par cas. Il leur est notamment loisible de remplir leur obligation d'information préalable en tenant des dépliants à disposition des clients dans les agences ou en affichant les renseignements visés sur leur site Internet.

Quant à l'obligation d'indiquer les cours de change de référence, nous estimons que, faute de fixing officiel, les établissements s'acquittent de ce devoir en mentionnant les cours de référence publiés quotidiennement par la Banque centrale européenne.

### § 2: Informations postérieures à un virement transfrontalier

Postérieurement à l'exécution ou à la réception d'un virement transfrontalier, les établissements

101 Art. 41-2 de la loi modifiée du 5 avril 1993 relative au secteur financier.

102 Art. 41-2.

103 Voy. le considérant n° 8.

104 HARRIS-BURLAND, W. et DONA, A., «La proposition de directive de la Commission sur les virements transfrontaliers: première étape vers l'établissement d'un cadre juridique», *Revue du marché unique européen*, n° 3, 1996, p.220.

105 Art. 41-3 de la loi modifiée du 5 avril 1993 relative au secteur financier.

doivent également fournir à leurs clients un certain nombre d'informations écrites.<sup>106</sup>

La directive et la loi luxembourgeoise prévoient cependant la possibilité pour les établissements de faire renoncer leurs clients à ce droit à l'information *ex post*, sans doute jugé moins primordial que le droit à l'information préalable. Il n'est pas interdit aux établissements financiers d'inclure une clause de renonciation dans leurs conditions générales.

Notons que lors des travaux préparatoires à la loi, la Chambre de Commerce a déploré le manque d'homogénéité du devoir d'information des banques concernant les virements transfrontaliers et les virements domestiques.<sup>107</sup>

### Obligations concernant les délais

Le principe de base est que l'établissement financier doit exécuter le virement transfrontalier dans le délai convenu avec son client.<sup>108</sup>

D'abord, le client peut exiger que le banquier qui accepte d'exécuter un virement bien précis pour son compte s'engage spécialement sur le délai d'exécution de ce virement.<sup>109</sup>

Mais la stipulation d'un délai conventionnel peut également découler d'une clause des conditions générales que le client signe au moment de l'ouverture du compte, de l'indication dans des publications spécifiques ou d'une mention dans le formulaire de virement.

Quant à la question de savoir si les indications de délais fournies aux clients en vertu de l'article 41-3 tiennent lieu de «délai convenu» au sens de

l'article 41-6, nous pensons que la réponse affirmative est adéquate.<sup>110</sup>

Lorsque l'établissement du donneur d'ordre ne s'est pas acquitté de son devoir d'indiquer au préalable le délai d'exécution nécessaire, et qu'il n'a pas été convenu autrement de ce délai, cet établissement est tenu de faire créditer le compte de l'établissement du bénéficiaire dans un délai de cinq jours à partir de l'acceptation de l'ordre de virement transfrontalier.

A défaut de délai convenu, l'établissement du bénéficiaire est tenu de mettre les fonds à la disposition du bénéficiaire, c'est-à-dire de créditer le compte de ce dernier de la somme faisant l'objet du virement, au plus tard à la fin du jour bancaire ouvré qui suit le jour où les fonds ont été crédités sur le compte de l'établissement du bénéficiaire. Il est clair que cette disposition ne joue pas quand le bénéficiaire n'est titulaire d'aucun compte auprès de l'établissement dont le compte est crédité.

L'établissement du donneur d'ordre est tenu d'indemniser son client si le délai d'exécution convenu, respectivement le délai prévu à titre supplétif par la loi, n'est pas observé. L'indemnisation consiste dans le versement d'intérêts moratoires calculés au taux de l'intérêt légal tel que défini par la loi du 22 février 1984.<sup>111</sup>

Dans le cas où l'exécution tardive serait due au fait d'un établissement intermédiaire, le banquier du donneur d'ordre peut se retourner contre cet établissement pour obtenir le remboursement des intérêts payés.

Ni la directive, ni la loi ne visent le cas où le transfert tardif à l'établissement du bénéficiaire serait

106 Art. 41-4 de la loi modifiée du 5 avril 1993 relative au secteur financier.

107 Avis de la Chambre de Commerce, doc. parl., n° 4478<sup>2A</sup> (sess. 1998-1999).

108 Art. 41-6 de la loi modifiée du 5 avril 1993 relative au secteur financier.

109 Art. 41-5 de la loi modifiée du 5 avril 1993 relative au secteur financier; en vertu de cet article, le client peut également exiger un engagement de la banque sur les commissions et frais relatifs au virement, à l'exception de ceux qui sont liés au cours de change.

110 DEVOS, D., «Les virements transfrontaliers. Analyse de la directive européenne 97/5 du 27 janvier 1997.», *Revue de la banque*, n° 1, 1998, p.51.

111 Art. 41-1 de la loi modifiée du 5 avril 1993 relative au secteur financier.

imputable à cet établissement. La règle de principe qui met la responsabilité de ce retard à charge de l'établissement du donneur d'ordre est donc d'application. Bien que la loi du 29 avril 1999 ne lui confère pas d'action récursoire contre l'établissement du bénéficiaire, nous estimons que l'établissement du donneur d'ordre peut cependant se retourner contre l'établissement du bénéficiaire sur base du droit commun.

De même, l'établissement du bénéficiaire est tenu de verser des intérêts moratoires à ce dernier si les fonds virés n'ont pas été crédités sur le compte du bénéficiaire dans le délai convenu, respectivement dans le délai fixé à titre supplétif par la loi.

L'établissement du donneur d'ordre, respectivement celui du bénéficiaire, est exempté de l'obligation d'indemnisation lorsque le retard est imputable au donneur d'ordre, respectivement au bénéficiaire. Le fardeau de la preuve est à charge de l'établissement qui se prévaut du fait de son client.

Les règles relatives à l'indemnisation ne préjugent pas des autres droits des clients et des établissements ayant participé à l'exécution de l'ordre de virement transfrontalier.<sup>112</sup> L'indemnité due en application de cette disposition n'est qu'une indemnité forfaitaire et ne fait pas obstacle à ce que tout dommage additionnel occasionné par un virement tardif soit indemnisé par les établissements.

Notons que ni la directive ni la loi luxembourgeoise ne consacrent une place particulière au cas où, après le transfert des fonds à l'établissement du bénéficiaire, cet établissement ne réaliserait l'écriture de crédit au compte de son client qu'avec un certain retard dû à une erreur soit du donneur d'ordre, soit de l'établissement du donneur d'ordre, soit d'un établissement intermédiaire. En vertu de la loi du 29 avril 1999, l'établissement du bénéficiaire sera donc obligé d'indemniser son

client, sans que le retard ne lui soit imputable et sans que l'établissement ne dispose, en vertu de la nouvelle loi, d'un droit de recours contre cette personne responsable de l'exécution tardive. Par application de l'article 41-6, § 4, l'établissement du bénéficiaire garde cependant la liberté d'agir en responsabilité civile contre la personne coupable du retard, sur base du droit commun.

### Obligation d'effectuer le virement conformément aux instructions

L'article 41-7 de la loi modifiée du 5 avril 1993 règle l'imputation des frais et commissions liés aux virements transfrontaliers.

Désormais, tous les établissements intervenant dans la réalisation d'un virement transfrontalier sont tenus de l'exécuter pour son montant intégral (mode «OUR»), à moins que le donneur d'ordre n'ait spécifié que les frais devaient être imputés en totalité (mode «BEN») ou en partie (mode «SHARE») au bénéficiaire.

La nouvelle règle vise à prévenir le phénomène assez répandu du double prélèvement.

Si une déduction a été opérée au mépris de la règle, l'établissement du donneur d'ordre est tenu, sur demande de son client et à ses propres frais, de virer le montant déduit au bénéficiaire, sauf si le donneur d'ordre demande que ce montant lui soit crédité. Lorsque la mauvaise exécution de l'ordre de virement est imputable à un établissement intermédiaire, ce dernier est obligé de restituer le montant retenu à tort à l'établissement du donneur d'ordre ou alors au bénéficiaire, si l'établissement du donneur d'ordre le demande. Enfin, si c'est l'établissement du bénéficiaire qui a procédé à un prélèvement non autorisé, il lui revient de restituer à son client tout montant déduit à tort.

L'application du système «OUR» présuppose que le banquier du donneur d'ordre connaît avec précé-

---

<sup>112</sup> Art. 41-6 de la loi modifiée du 5 avril 1993 relative au secteur financier.

sion les modalités de calcul des frais et commissions réclamés par les banques intervenant à un stade ultérieur dans la chaîne d'exécution d'un virement transfrontalier. La conclusion d'accords interbancaires devient donc indispensable, ce qui ne manque pas de poser des questions délicates de compatibilité avec les règles du droit européen de la concurrence (articles 81 et 82 du Traité instituant la Communauté européenne).

### Obligation de remboursement

L'article 41-8 de la loi modifiée du 5 avril 1993 fixe le droit au remboursement des clients et la responsabilité des établissements en cas de virement transfrontalier égaré dans le système.

#### § 1<sup>er</sup>: Etablissement du donneur d'ordre

Le paragraphe 1<sup>er</sup> prévoit l'obligation pour l'établissement du donneur d'ordre de rembourser son client, sur sa demande, dans le cas où les fonds virés ne parviendraient pas au compte de l'établissement du bénéficiaire.

Le donneur d'ordre doit être crédité du montant du virement, jusqu'à concurrence d'une contre-valeur de 12 500 EUR, augmenté d'intérêts moratoires et des frais d'ores et déjà exposés.

L'article 41-8 réserve au donneur d'ordre d'introduire tout autre recours contre son banquier. Il peut donc rechercher la responsabilité civile de l'établissement sur base du droit commun pour le montant du virement qui dépasse la contre-valeur de 12 500 EUR, ainsi que pour tout autre préjudice additionnel. L'établissement du donneur d'ordre est tenu de prendre toutes mesures utiles en vue de récupérer le montant intégral du virement transfrontalier et de le restituer à son client.

L'obligation d'exécuter un ordre de virement est une obligation de résultat dans la mesure où la

responsabilité de l'établissement du donneur d'ordre sera en principe engagée si les fonds n'ont pas été transmis à l'établissement du bénéficiaire, même si l'inexécution n'est nullement imputable à l'établissement du donneur d'ordre, mais résulte par exemple de la faillite d'un établissement intermédiaire, choisi sans faute de la part de l'établissement du donneur d'ordre.<sup>113</sup> Conformément au droit commun des obligations de résultat, l'établissement ne sera pas admis à prouver qu'il n'a pas commis de faute pour se dégager de la responsabilité envers son client.<sup>114</sup> Il s'agit même d'une obligation de résultat renforcée, dans le sens que l'établissement ne peut s'exonérer en établissant le fait exclusif de certains tiers, à savoir les établissements intermédiaires en aval. Il disposera toutefois d'une action récursoire contre l'établissement le suivant dans la chaîne d'exécution du virement.<sup>115</sup>

Pour le client, la rigueur de l'obligation de remboursement présente l'avantage qu'il ne doit pas agir contre les établissements intermédiaires, qui sont souvent établis dans un autre Etat membre, et dont l'identité lui est généralement inconnue.

Soulignons qu'en principe, le bénéficiaire de l'obligation de remboursement est le donneur d'ordre lui-même.

Toutefois, la garantie de restitution ne s'applique pas dans le cas où l'inexécution du virement transfrontalier serait imputable à une erreur ou omission du donneur d'ordre ou d'un établissement intermédiaire expressément choisi par ce dernier. En pareils cas, l'établissement du donneur d'ordre doit seulement «*s'efforcer, dans la mesure du possible, de rembourser le montant du virement*», c'est-à-dire de prendre des mesures raisonnables et proportionnées en vue de récupérer les fonds égarés et de les recrediter au donneur d'ordre. L'obligation de remboursement prend ici le carac-

113 DEVOS, D., o.c., p.53.

114 *Idem*; voy. aussi: HARRIS-BURLAND, W. et DONA, A., o.c., p.226.

115 Voy. *infra*.

tère d'une obligation de moyens. L'établissement n'est pas tenu de rembourser les frais et intérêts échus et peut déduire les frais occasionnés par la récupération.

## § 2: Etablissement intermédiaire

L'établissement intermédiaire a pareillement l'obligation de résultat de mener à bonne fin l'opération de virement qui lui est demandée par l'établissement du donneur d'ordre, respectivement par l'établissement intermédiaire en amont. En cas de perte de la somme virée, l'établissement en aval doit rembourser l'établissement qui le précède en principal, frais et intérêts. Si l'inexécution du virement transfrontalier est due à une erreur ou omission de l'établissement qui a donné l'instruction de l'effectuer, l'établissement intermédiaire a l'obligation de faire son possible pour rembourser les fonds perdus.

## § 3: Etablissement du bénéficiaire

Le paragraphe 2 de l'article 41-8 précise que si l'inexécution du virement transfrontalier est imputable à un établissement intermédiaire choisi par l'établissement du bénéficiaire, ce dernier établissement est tenu de mettre les fonds à la disposition du bénéficiaire jusqu'à concurrence d'un montant d'une contre-valeur de 12.500 EUR.

Cette disposition vise la situation où les fonds doivent nécessairement transiter par un établissement correspondant de l'établissement du bénéficiaire. Tel est notamment le cas si l'établissement du bénéficiaire n'est qu'un participant indirect au système de paiement par le biais duquel est exécuté le virement transfrontalier.

L'article 8, § 2, de la directive et l'article 41-8, § 2, de la loi modifiée du 5 avril 1993 sont à notre sens lacunaires dans la mesure où ils omettent de reconnaître une action récursoire de l'établisse-

ment du bénéficiaire contre l'établissement intermédiaire défaillant.

L'établissement du donneur d'ordre, et tous les autres établissements, sont déchargés de l'obligation de remboursement en cas de force majeure.

## Cas de force majeure

La justification tirée de la force majeure a vocation à s'appliquer à l'ensemble des obligations imposées par la directive.

L'article 41-9 de la loi modifiée du 5 avril 1993 relative au secteur financier reprend la définition de la force majeure telle qu'elle est énoncée à l'article 9 de la directive 97/5/CE.

Contrairement à la directive, qui laisse planer un doute sur la question, la loi de transposition dispose expressément que l'insolvabilité d'un établissement ne peut pas être constitutive d'un cas de force majeure.<sup>116</sup>

Il est rappelé qu'en vertu de l'article 40, paragraphe (3) de la loi modifiée du 5 avril 1993 relative au secteur financier, les établissements ont l'obligation de s'abstenir d'exécuter toute transaction qu'ils soupçonnent d'être liée au blanchiment de capitaux, avant de la dénoncer au Procureur d'Etat. Ce dernier a le pouvoir de bloquer l'opération. Dans le cas où pareilles mesures retardent ou empêchent l'exécution d'un virement transfrontalier, l'établissement est considéré comme se trouvant dans un cas de force majeure.<sup>117</sup>

## Modification du régime de responsabilité des établissements

L'exécution d'un virement transfrontalier implique par la force des choses l'intervention d'une multitude de banques, parmi lesquelles des banques étrangères. Avant l'entrée en vigueur de la nouvelle

<sup>116</sup> Notons la résistance de la Chambre de Commerce, exprimée dans son avis du 15 mars 1999.

<sup>117</sup> Commentaire des articles, doc. parl. n° 4478 (sess. 1998-1999), p. 11.

loi, le client qui se plaignait de l'inexécution ou de la mauvaise exécution de son ordre de virement avait d'abord la tâche difficile de déterminer la cause de l'erreur et l'endroit où celle-ci s'était produite. Il était ensuite confronté à des difficultés de compétence judiciaire et de droit applicable dans l'hypothèse où la faute émanait d'un maillon étranger de la chaîne d'exécution du virement.

Afin d'améliorer la situation du consommateur, la directive, et la loi de transposition, établissent l'obligation pour la banque du donneur d'ordre, de veiller aux intérêts de son client.

Les articles 41-6 à 41-8 de la loi modifiée du 5 avril 1993 relative au secteur financier instituent une véritable garantie de bonne exécution du virement à charge de l'établissement du donneur d'ordre. La responsabilité du banquier du donneur d'ordre est conçue comme une responsabilité de nature objective, qui est indépendante de toute faute dans le chef du banquier. Il répond du fait des banquiers intermédiaires intervenant postérieurement dans l'exécution du virement jusqu'au moment où le virement a été accepté par le banquier du bénéficiaire.

En ce qui concerne l'obligation de remboursement, la responsabilité de l'établissement du donneur d'ordre est cependant moins stricte si l'établissement intermédiaire défaillant a été désigné par le donneur d'ordre, ou si l'inexécution du virement est due à la faute du donneur d'ordre.

En ce qui concerne l'obligation d'exécuter le virement dans les délais, l'établissement du donneur d'ordre peut se dégager de sa responsabilité en invoquant le fait de son client.

Il peut sembler critiquable que dans le cadre des articles 41-6 et 41-7, l'établissement du donneur d'ordre répond même des établissements intermédiaires choisis par l'établissement du bénéficiaire ou

le donneur d'ordre lui-même.<sup>118</sup> La nouvelle loi prend cependant le soin de prévoir pour le banquier du donneur d'ordre un droit de recours contre ces établissements intermédiaires.

Le fait de prévoir une responsabilité stricte à charge du banquier du donneur d'ordre présente l'avantage d'éviter des coûts administratifs au client et d'inciter les banques à choisir des correspondants fiables et efficaces.

En contrepartie de sa responsabilité stricte, l'établissement du donneur d'ordre peut se retourner contre son correspondant et ainsi de suite jusqu'à l'établissement défaillant.

Les règles de responsabilité introduites par la loi du 29 avril 1999 sont largement dérogoratoires au droit commun du virement, tel qu'il existe au Luxembourg.

Selon le droit commun, le banquier s'acquitte valablement de son obligation d'exécuter le virement par la prompte remise de l'instruction de paiement à la banque subséquente dans la chaîne des virements et par la fourniture des fonds y afférents.<sup>119</sup> En suivant un certain courant doctrinal et jurisprudentiel français, le banquier a en sus l'obligation de surveiller la bonne exécution du virement par ses correspondants.<sup>120</sup> Notons que par le biais de cette obligation de surveillance, qui est reconnue de façon générale dans le domaine des sous-mandats, la jurisprudence française aboutit d'une manière indirecte, et certes moins rigoureuse, à une sorte de responsabilité pour le fait d'autrui.

Si le banquier s'est entièrement conformé à toutes ces obligations, sa responsabilité professionnelle ne pourra être engagée. Selon le droit commun, la banque du donneur d'ordre ne répond des erreurs et défaillances des autres banques de la chaîne des virements que dans le cas où le donneur d'ordre n'aurait pas autorisé la substitution dans l'exécu-

---

118 *Voy. l'avis de l'Institut Monétaire Européen du 20 mars 1995.*

119 *Voy. supra.*

120 *Voy. supra.*

tion du virement, et dans le cas où, ayant été autorisé de se substituer, la banque aurait fait appel à un établissement qui était notoirement incapable ou insolvable.<sup>121</sup> Il est clair que le banquier du donneur d'ordre ne répond pas du fait du banquier du bénéficiaire, ce dernier mandataire substitué ayant été désigné par le donneur d'ordre.<sup>122</sup> Comme nous l'avons vu, le donneur d'ordre dispose toutefois d'une action directe contre l'établissement responsable de l'exécution défective du virement, malgré qu'il n'entretienne pas de relations contractuelles directes avec cet établissement.<sup>123</sup>

### 2.3.3.3 Règlements des différends

L'article 41-10 de la loi modifiée du 5 avril 1993 relative au secteur financier rend l'article 58 de la même loi applicable au règlement des différends éventuels entre un donneur d'ordre et son établissement ou entre un bénéficiaire et son établissement. Ledit article 58 institue la compétence générale de la Commission de Surveillance du Secteur Financier pour recevoir les réclamations des clients des établissements financiers et pour intervenir auprès de ces établissements, aux fins de régler à l'amiable ces réclamations.

### 2.3.4 Conclusion

A l'heure actuelle, l'instrument de paiement du virement est donc soumis en droit luxembourgeois à un régime essentiellement jurisprudentiel et doctrinal pour les virements domestiques ainsi

qu'à une réglementation de nature législative pour les virements communautaires transfrontaliers tombant sous le champ d'application de la directive 97/5/CE.

Des zones de recoupement existent cependant entre les deux régimes.

Toutes les questions qui ne sont pas réglées par la directive 97/5/CE restent régies par le droit commun des virements. Ainsi, en cas d'incident lors de l'exécution d'un virement transfrontalier, les règles jurisprudentielles et doctrinales continuent à déterminer les responsabilités des différents intervenants et les principes de l'indemnisation, pour autant qu'il n'y soit pas expressément dérogé par les règles de la directive 97/5/CE.

Il est regrettable que le législateur luxembourgeois, lors de la transposition de la directive, n'ait pas opté pour une extension des nouvelles règles aux virements domestiques, comme c'est par exemple le cas en France. La dualité de régimes ainsi née est de nature à créer une confusion aussi bien dans l'esprit des banquiers appelés à appliquer les nouvelles dispositions que dans celui des utilisateurs, qui risquent d'être mal informés de leurs droits.

Le droit des virements est inséparable de celui des systèmes de paiement. Il revient à la Banque centrale du Luxembourg comme, en général, à l'Eurosystème, de contribuer au bon fonctionnement de ses systèmes, dans un cadre juridique en cours de rénovation<sup>124</sup>.

---

<sup>121</sup> Art. 1994, al. 1<sup>er</sup>, du Code civil; voy: *supra*.

<sup>122</sup> Art. 1994, al. 1<sup>er</sup>, du Code civil; voy: *supra*.

<sup>123</sup> Art. 1994, al. 2, du Code civil; voy: *supra*.

<sup>124</sup> *Le droit des systèmes de paiement et conjointement avec celui des systèmes de règlement d'opération sur titres feront l'objet d'autres contributions à paraître dans le bulletin de la Banque centrale du Luxembourg.*

	<i>Compensation électronique</i>	<i>Compensation manuelle</i>	<i>Total</i>
<i>Mois</i>	<i>Volume</i>	<i>Volume</i>	<i>Volume</i>
Jan.-96	222,063	329,870	551,933
Fév.-96	211,844	300,035	511,879
Mars-96	241,637	303,740	545,377
Avril-96	237,096	300,859	537,955
Mai-96	263,941	301,333	565,274
Juin-96	233,576	261,231	494,807
Juil.-96	273,818	327,839	601,657
Août-96	241,735	267,733	509,468
Sept.-96	251,227	262,561	513,788
Oct.-96	290,760	296,337	587,097
Nov.-96	303,234	300,798	604,032
Déc.-96	151,131	433,441	584,572
Jan.-97	296,055	477,234	773,289
Fév.-97	279,767	451,028	730,795
Mars-97	292,541	471,855	764,396
Avril-97	340,417	465,312	805,729
Mai-97	350,363	400,009	750,372
Juin-97	408,599	361,971	770,570
Juil.-97	492,162	345,327	837,489
Août-97	405,964	284,450	690,414
Sept.-97	439,031	314,929	753,960
Oct.-97	497,111	318,836	815,947
Nov.-97	467,431	280,659	748,090
Déc.-97	569,152	334,537	903,689
Jan.-98	482,259	270,203	752,462
Fév.-98	486,790	261,740	748,530
Mars-98	549,686	287,384	837,070
Avril-98	530,432	262,865	793,297
Mai-98	680,454	139,834	820,288
Juin-98	870,522	16,225	886,747
Juil.-98	968,099	0	968,099
Août-98	819,904	0	819,904
Sept.-98	881,578	0	881,578
Oct.-98	945,407	0	945,407
Nov.-98	933,139	0	933,139
Déc.-98	1,118,686	0	1,118,686
Jan.-99	880,652	0	880,652
Fév.-99	908,981	0	908,981
Mars-99	1,092,814	0	1,092,814

	<i>Compensation électronique</i>	<i>Compensation manuelle</i>	<i>Total</i>
<i>Mois</i>	<i>Volume</i>	<i>Volume</i>	<i>Volume</i>
Avril-99	976,767	0	976,767
Mai-99	930,183	0	930,183
Juin-99	1,024,346	0	1,024,346
Juil.-99	1,005,819	0	1,005,819
Août-99	910,551	0	910,551
Sept.-99	934,591	0	934,591
Oct.-99	965,801	0	965,801
Nov.-99	1,013,357	0	1,013,357
Déc.-99	1,168,552	0	1,168,552
Jan.-00	944,273	0	944,273
Fév.-00	1,013,436	0	1,013,436
Mars-00	1,083,293	0	1,083,293
Avril-00	925,771	0	925,771
Mai-00	1,111,848	0	1,111,848
Juin-00	987,636	0	987,636

	<i>Compensation électronique</i>	<i>Compensation manuelle</i>	<i>Total</i>
<i>Année</i>	<i>Volume</i>	<i>Volume</i>	<i>Volume</i>
1996	2,922,062	3,685,777	6,607,839
1997	4,838,593	4,506,147	9,344,740
1998	9,266,956	1,238,251	10,505,207
1999	11,812,414	0	11,812,414
2000/1 <sup>er</sup> semestre	6,066,257	0	6,066,257