

# CHRONIQUE

## DROIT DES SÛRETÉS



**NICOLAS RONTCHEVSKY**  
Agrégré des facultés de droit, professeur, Centre de droit des affaires Université de Strasbourg



**FRANÇOIS JACOB**  
Agrégré des facultés de droit, professeur, Centre de droit des affaires Université de Strasbourg



**EMMANUEL NETTER**  
Maître de conférences Université de Picardie-Jules Verne

### Cautionnement – Défaillance du débiteur principal – Sanction du défaut d’information de la caution par le créancier – Privation du droit aux intérêts et pénalités échus depuis l’incident jusqu’à l’information – Indemnité forfaitaire de 10 % prévue au contrat de prêt – Pénalité (oui).

Cass. 1<sup>re</sup> civ., 19 juin 2013, n° 628 FS-P+B+I (n° 12-18478), X c/ Caisse Régionale de Crédit Agricole Mutuel de Normandie.

Pour accueillir la demande d’une banque en paiement de la somme restant due au titre d’un contrat de prêt immobilier, dont une indemnité forfaitaire de 10 % du capital échu en retard, l’arrêt d’une cour d’appel a retenu que l’engagement de caution porte sur l’indemnité forfaitaire de 10 % prévue au contrat de prêt et que cette indemnité n’est pas visée par l’article L. 341-1 du Code de la consommation qui prévoit que, dans le cas où l’établissement de crédit omet d’informer la caution dès le premier incident de paiement non régularisé de la défaillance du débiteur principal, la caution n’est pas tenue au paiement des pénalités ou intérêts de retard échus entre la date du premier incident et celle de l’information. En statuant ainsi, alors que l’indemnité forfaitaire de 10 % prévue au contrat de prêt constituait une pénalité au sens de l’article L. 341-1 du Code de la consommation, la cour d’appel a violé ce texte, ensemble l’article 1152 du Code civil.

Différents textes imposent au créancier des obligations spécifiques d’information à l’égard de la caution<sup>1</sup>. Ainsi, à l’instar d’autres dispositions (cf. notamment art. L. 313-9 C. consom. ; art. 47, II L. n° 94-126 du 11 février 1994, issu de la loi n° 98-567 du 29 juillet 1998), l’article L. 341-1 du Code de la consommation (également issu de la loi n° 98-567 du 29 juillet 2008) énonce : « Sans préjudice des dispositions particulières, toute personne physique qui s’est portée caution est informée par le créancier professionnel de la défaillance du débiteur principal dès le premier incident de paiement non régularisé dans le mois de l’exigibilité de ce paiement. Si le créancier ne se conforme pas à cette obligation, la caution ne saurait être tenue au paiement des pénalités ou intérêts de retard échus entre la date de ce premier incident et celle à laquelle elle en a été informée. »

La finalité du texte, qui est de permettre à la caution de prendre des mesures de sauvegarde dès que le débiteur n’a pas réglé une échéance, de manière à limiter d’éventuelles pénalités de retard<sup>2</sup>, explique sans doute que son domaine soit large : il s’applique en effet au bénéfice de toute caution personne physique garantissant un créancier professionnel, alors même qu’elle ne répondrait pas à la définition du consommateur. La portée de la sanction du défaut d’information, consistant en la privation du droit aux intérêts et pénalités échus depuis l’incident jusqu’à l’information, est précisée par un arrêt de la première chambre civile de la Cour de cassation du 19 juin 2013<sup>3</sup> qui mérite d’être signalé dans ces colonnes.

En l’occurrence, par acte notarié, une banque a consenti à une société un prêt immobilier garanti par une hypothèque et par le cautionnement solidaire d’une personne physique, en principal, intérêts, frais et accessoires. Après la défaillance du débiteur principal, la banque a mis en œuvre sa garantie hypothécaire puis a assigné la caution en paiement de la somme restant due, dont une indemnité forfaitaire de 10 % du capital échu en retard. Un arrêt de la cour d’appel de Caen a accueilli cette demande en retenant que l’engagement de caution porte sur l’indemnité forfaitaire de 10 % prévue au contrat de prêt et que cette indemnité n’est pas visée par l’article L. 341-1 du Code de la consommation qui prévoit que, dans le cas où l’établissement de crédit omet d’informer la caution dès le premier incident de paiement non régularisé de la défaillance du débiteur principal, la caution n’est pas tenue au paiement des pénalités ou intérêts de retard échus entre la date du premier incident et celle de l’information.

Cette motivation est censurée par la première chambre civile qui, au visa de l’article 1152 du Code civil, ensemble l’article L. 341-1 du Code de la consommation, énonce qu’« en statuant ainsi, alors que l’indemnité forfaitaire de 10 % prévue au contrat de prêt constituait une pénalité au sens du second des textes susvisés, la cour d’appel les a violés ».

Cette solution ne peut qu’être pleinement approuvée. Le visa de l’article 1152 du Code civil aux côtés de l’article L. 341-1 du Code de la Consommation souligne clairement que la Haute juridiction considère que, d’une manière

1. Cf. Ph. Simler et Ph. Delebecque, *Droit civil, Les sûretés, La publicité foncière*, Dalloz, 6<sup>e</sup> éd., 2012, n° 151 et s.

2. Cf. *Rép. civ.* Dalloz, V<sup>e</sup> Cautionnement par G. Piette, mars 2013, n° 126.

3. RLDC, septembre 2013, n° 5196, obs. Ch. Gijssbers.

générale, les « pénalités » visées par ce dernier texte renvoient à la notion de clause pénale telle qu'elle est largement définie par l'article 1152, alinéa 1 du Code civil (« Lorsque la convention porte que celui qui manquera de l'exécuter payera une certaine somme à titre de dommages-intérêts... »). À cet égard, force est de constater qu'une indemnité forfaitaire contractuelle, correspondant à un pourcentage du capital échu en retard d'un prêt, due en cas de défaillance de l'emprunteur, n'est pas autre chose qu'une peine privée contractuelle établissant par avance une évaluation forfaitaire des dommages-intérêts auxquels donnera lieu l'inexécution de l'obligation contractée<sup>4</sup> et relève donc bien de l'article 1152 du Code civil<sup>5</sup>. Il est étonnant qu'une cour d'appel ait pu en décider autrement.

Quoi qu'il en soit, l'intérêt de l'arrêt rapporté, qui justifie sans doute sa double publication (au Bulletin civil et au Bulletin d'information de la Cour de cassation), tient à ce qu'il précise la notion de « pénalités » visée par les différents textes prévoyant une information de la caution et sans doute aussi par d'autres dispositions.

N. R.

#### **Article L. 313-22 du CMF – Obligation annuelle d'information au bénéfice de la caution – Nécessité pour l'établissement de crédit de prouver que les courriers ont été reçus (non) – Cession d'une créance cautionnée – Créance de la caution contre le cédant ayant commis une faute – Absence de connexité avec la créance cédée – Impossibilité pour la caution d'opposer la compensation au cessionnaire.**

Cass. com., 2 juill. 2013, n° 12-18.413, P+B.

**Pour déclarer la banque déchue du droit aux intérêts contractuels pour violation de l'obligation d'information des cautions, l'arrêt retient qu'elle n'établit pas avoir satisfait à cette obligation, ne justifiant pas de ce que celles-ci ont réceptionné les courriers qu'elle prétend leur avoir adressés, faute d'en produire les accusés de réception. En statuant ainsi, alors qu'il n'incombe pas à l'établissement de crédit de prouver que la caution a effectivement reçu l'information qui lui a été envoyée, la cour d'appel a violé les articles 1315 du Code civil et L. 313-22 du Code monétaire et financier. Il résulte de l'article 1692 du Code civil que la cession de créance ne transfère au cessionnaire que les droits et actions appartenant au cédant et attachés à la créance cédée ; il s'ensuit que le cessionnaire d'une créance ne peut être tenu d'une dette née d'un manquement du cédant, antérieur à la cession, qu'en cas de connexité avec la créance cédée ; tel n'est pas le cas d'une créance de dommages-intérêts fondée sur une faute commise par le cédant à l'encontre de la caution garantissant le paiement de la créance cédée.**

Quel type de preuve un établissement de crédit doit-il se ménager lorsqu'il exécute son obligation d'information annuelle de la caution, conformément à l'article L. 313-22 du Code monétaire et financier? La question s'était déjà posée à plusieurs reprises, et la réponse apportée par cet arrêt se situe dans le droit fil de la jurisprudence antérieure. Cela ne nous empêchera pas de nous demander si elle est bien fondée. A cela s'ajoutait un deuxième problème : lorsque le bénéficiaire d'un cautionnement cède à autrui sa créance cautionnée, quels sont les moyens de défense opposables par le garant au cessionnaire?

Une banque avait consenti à une société un prêt qui devait servir à l'acquisition du droit au bail d'un local commercial. L'établissement de crédit avait obtenu le cautionnement solidaire de deux personnes physiques, tout en annonçant son intention de garantir l'emprunt, de surcroît, par le nantissement du droit au bail. La société cessa de rembourser l'emprunt. Entre-temps, la créance garantie avait été cédée. Sollicitées, les cautions s'aperçurent que le nantissement initialement projeté n'avait en réalité pas été inscrit.

Devant les juges d'appel, les garants furent condamnés à payer, mais leur dette fut notablement allégée pour deux raisons. Tout d'abord, ils obtinrent d'être déchargés des intérêts, sur le fondement d'un manquement de la banque à son obligation d'information annuelle portant sur l'encours du crédit. Ensuite, les cautions affirmèrent que le cédant avait commis une faute en n'inscrivant pas le nantissement initialement prévu, ce qui les rendait créancières d'une certaine somme de dommages-intérêts. Elles demandèrent que ce montant vienne en déduction, par compensation, des sommes réclamées par le cessionnaire. Cette demande fut accueillie. La Chambre commerciale devait pourtant revenir sur ces deux questions dans un arrêt du 2 juillet 2013<sup>6</sup>, et censurer dans un cas comme dans l'autre le raisonnement adopté par la cour d'appel d'Amiens.

Considérons en premier lieu le débat relatif à l'information annuelle. L'article L. 313-22 alinéa 1 du CMF dispose : « Les établissements de crédit ayant accordé un concours financier à une entreprise, sous la condition du cautionnement par une personne physique ou une personne morale, sont tenus au plus tard avant le 31 mars de chaque année de faire connaître à la caution le montant du principal et des intérêts, commissions, frais et accessoires restant à courir au 31 décembre de l'année précédente au titre de l'obligation bénéficiant de la caution, ainsi que le terme de cet engagement [...] ». Si cette formalité n'est pas accomplie, la sanction consiste, aux termes de l'alinéa 2, en une déchéance de l'établissement de crédit des intérêts échus depuis la précédente information, jusqu'au moment où l'information aura été bel et bien délivrée. Le problème ici posé était d'ordre probatoire : la banque disait avoir envoyé les courriers nécessaires ; les cautions rétorquaient qu'elles ne les avaient jamais reçus. Les juges du fond sanctionnèrent le prêteur de deniers, affirmant que la charge de la preuve reposait sur

4. Cf. J.-Cl. Civil, art. 1146 à 1155 : fasc. 22 par Ph. Delebecque, 2005, n° 1.

5. Cf. Cass. com. 9 mai 2001, Bull. civ. IV, n° 86, jugeant qu'« a le caractère d'une clause pénale la clause d'un prêt prévoyant une indemnité forfaitaire pour sanctionner l'inexécution de l'obligation de payer chaque annuité à son échéance » ; adde Cass. 1<sup>re</sup> civ., 10 octobre 1995, Bull. civ. I, n° 347, jugeant que « constitue une clause pénale une évaluation conventionnelle de dommages-intérêts pour le cas de rupture de la convention contraignant le débiteur à s'exécuter ».

6. L'Essentiel droit des contrats, 4 sept. 2013, p. 2, obs. N. Leblond ; L'Essentiel droit bancaire, 1<sup>er</sup> sept. 2013, p. 3, obs. M. Mignot.

lui, et estimant que, ne produisant aucun accusé de réception, il n'établissait pas avoir satisfait à son obligation. Ce raisonnement fut censuré au double visa de l'article précité du Code monétaire et financier et de l'article 1315 du Code civil. La Haute juridiction décida « qu'il n'incombe pas à l'établissement de crédit de prouver que la caution a effectivement reçu l'information qui lui a été envoyée ». Ce disant, la Chambre commerciale se situe dans la continuité de nombreuses décisions antérieures.

Au sein de ce courant jurisprudentiel, une première étape avait consisté à admettre l'utilisation de la lettre simple pour la délivrance de cette information. C'est l'arrêt *Macron*, bien connu par ailleurs pour ses aspects relatifs à la juste proportion du cautionnement, qui semble avoir posé le premier cette solution<sup>7</sup>. Dans son pourvoi, la caution prétendait alors, en s'appuyant sur l'article 1341 du Code civil, que puisque la garantie portait sur un montant supérieur à 5 000 francs (chiffre en vigueur à cette époque), il fallait prouver que l'obligation d'information annuelle avait été exécutée en produisant un écrit. L'analyse était inexacte : la Cour de cassation répondit qu'il s'agissait de prouver un fait juridique (le bon envoi du document d'information). Par conséquent, tous moyens de preuve pouvaient être employés, « et notamment une lettre simple ».

Remarquons cependant que cette première étape ne conduisait pas inéluctablement à la suivante, selon laquelle la banque peut finalement se contenter de produire des copies de courriers en affirmant les avoir envoyés. Il est incontestable qu'un fait juridique peut se prouver par tous moyens. Mais cela signifie simplement que tous moyens sont admissibles, et non qu'ils soient probants. Oui, la banque a le droit de produire des copies de lettres simples. Mais cela démontre-t-il que ces courriers ont bien été envoyés, et a fortiori bien reçus ? De surcroît, la formule utilisée par l'article L. 313-22 CMF milite en faveur d'une certaine rigueur dans l'appréciation : la banque est tenue « [...] de faire connaître à la caution [...] » certaines informations, c'est-à-dire de les porter jusqu'à elle, et pas seulement jusqu'à la boîte postale la plus proche.

Mais ce n'est pas en ce sens que s'est orientée la Haute juridiction. Peu de temps après l'arrêt *Macron*, la Première chambre civile usait déjà de la formule que l'on retrouve dans l'arrêt rapporté : « [...] il n'incombe pas à l'établissement de crédit de prouver que la caution a effectivement reçu l'information envoyée »<sup>8</sup>. La solution, depuis lors, a été constamment réaffirmée par cette Chambre aussi bien que par la Chambre commerciale<sup>9</sup>. L'explication ne doit pas être recherchée dans le double visa. L'article L. 313-22 CMF semble, ainsi qu'on l'a rappelé, commander la solution inverse. L'article 1315 du Code civil ne conforte pas davan-

tage la position adoptée. Un éminent auteur relevait déjà en 1998 que le texte « [...] paraît bien étranger au problème posé. L'alinéa 1 concerne la preuve de l'existence de l'obligation, laquelle ne fait pas problème en l'occurrence puisque l'obligation d'information est imposée par la loi. L'alinéa 2 fait peser sur le débiteur de l'obligation – donc l'établissement de crédit – la charge de prouver qu'il a accompli son obligation ; cet alinéa pourrait donc justifier la solution contraire à celle qui a été adoptée »<sup>10</sup>. L'interprétation retenue par la Cour de cassation est, à l'évidence, dictée par des considérations d'ordre pratique : elle permet de dispenser les établissements bancaires d'envois en recommandé avec accusé de réception, dont les frais seraient probablement répercutés sur leur client, le débiteur principal<sup>11</sup>.

Ainsi, la Haute juridiction a pris le parti d'encadrer le pouvoir d'appréciation des juges du fond. Ceux-ci ne sont pas absolument libres d'apprécier la force probante des éléments soumis par les banques, lorsque celles-ci cherchent à démontrer qu'elles se sont pliées à leur obligation d'information. Il est en effet interdit, sous peine de violation de la loi, d'exiger la production d'un accusé de réception. Est-ce à dire qu'un renversement pur et simple de la charge de la preuve a été opéré ? Probablement pas, car il appartient toujours à la banque d'ouvrir le débat probatoire : « La production aux débats de la copie d'une lettre adressée à la caution constitue une présomption qui suffit à rendre vraisemblable le fait allégué, c'est-à-dire la réception de cette information. La fourniture de l'information étant ainsi devenue la situation la plus vraisemblable, c'est alors sur la caution que pèse la charge de détruire cette vraisemblance en apportant la preuve contraire »<sup>12</sup>. Attention : la production par le prêteur de deniers d'un listing informatique indiquant qu'un courrier a été envoyé n'est pas suffisante, car il ne permet pas au juge de vérifier que les mentions exigées par la loi figuraient bien dans la missive<sup>13</sup>. Une reproduction de la lettre est absolument nécessaire.

Terminons l'étude de cette première question avec l'éventuel problème soulevé par l'adage « nul ne peut se constituer de preuve à lui-même ». N'est-ce pas précisément ce que fait la banque, ici ? Un auteur a toutefois démontré que la portée de cette maxime est largement surestimée, et qu'un procédé de preuve unilatéral peut parfaitement être utilisé, à condition qu'il apparaisse malgré tout convaincant aux yeux du juge<sup>14</sup>. On en revient au même point : pour la Cour de cassation, la production du courrier prétendument envoyé en lettre simple est convaincante ; elle devrait en tout cas faire présumer qu'il a bien été expédié. Et la banque dit certainement vrai : quelle alternative, si ce n'est la production d'un faux, avec les risques sérieux qu'elle comporte ? Mais qu'une lettre ait été envoyée est une chose ; qu'elle ait été reçue en est une autre. C'est sur les cautions que pèseront les défaillances des services postaux, tant il est vrai que la preuve d'un fait négatif qui leur sera alors demandée – la

7. Cass. com. 11 juin 1997, n° 95-14.105 : Bull. civ. IV, n° 188 ; D., 1998, 208, note J. Caisey ; Bull. Joly Soc., 1997, 866, note P. Le Cannu ; JCP E, 1997, II., 1007, note D. Legeais.

8. Cass. 1<sup>re</sup> civ., 25 nov. 1997, n° 96-10.527 : Bull. civ. I, n° 326 ; RD banc. et bourse 1998, 9, obs. J. Crédot et Y. Gérard ; RTD com. 1998, 185, obs. M. Cabrillac ; RTD civ. 1998, 154, obs. P. Crocq ; Gaz. Pal., 20-22 déc. 1998, p. 11, obs. S. Piedelièvre.

9. Cass. com. 17 oct. 2000, n° 97-18.746 : Bull. civ. IV, n° 154 ; D. 2001, somm. 698, obs. L. Aynès ; JCP E, 2001, p. 1834, obs. P. Bouteiller ; Cass. com. 26 juin 2001, n° 98-13629, inédit ; JCP G, 2002, II, 10043, note F.-X. Licari ; *ibid.*, I, 120, n° 4, obs. P. Simler ; Cass. 1<sup>re</sup> civ., 2 oct. 2002, n° 01-03.921 : Bull. civ. I, n° 225 ; CCC, 2003, n° 21, obs. L. Leveneur ; Cass. com. 3 févr. 2009, n° 07-19423, inédit ; CCC, 2009, n° 147, obs. G. Raymond.

10. M. Cabrillac, obs. précitées sur Cass. 1<sup>re</sup> civ., 25 nov. 1997.

11. En ce sens, V. par ex. P. Crocq, obs. précitées sur Cass. 1<sup>re</sup> civ., 25 nov. 1997.

12. *Ibid.*

13. Cass. com. 19 févr. 2008, inédit ; RD banc. fin. 2008, n° 42, obs. D. Legeais.

14. C. Mouly-Guillemaud, « La sentence : "nul ne peut se constituer de preuve à soi-même" ou le droit de la preuve à l'épreuve de l'unilatéralisme », RTD. civ. 2007, p. 253.

preuve de l'absence de réception d'une lettre simple – est une preuve impossible.

Considérons en second lieu le problème né de ce que l'établissement de crédit avait cédé sa créance. Cette créance avait emporté avec elle ses accessoires, en vertu de l'article 1692 du Code civil, qui vise expressément « la caution » comme étant l'un d'eux. Dès l'accomplissement des formalités prévues à l'article 1690 du même Code, les garants changèrent par conséquent de créancier, et ne devaient plus traiter, à compter de ce moment, qu'avec le cessionnaire. Ce changement posait cependant problème ici, car le premier bénéficiaire, avant de céder ses droits, avait commis une faute préjudiciable aux cautions. Au moment de contracter ces sûretés personnelles, il avait indiqué son intention d'inscrire un nantissement sur le fonds de commerce et le droit au bail du débiteur principal, mais avait ensuite, d'après l'arrêt d'appel, négligé de vérifier si son notaire avait effectivement procédé à l'inscription – et cela n'avait pas été fait, en réalité. Cette faute ayant causé un préjudice aux cautions, le cédant fut considéré par les juges du fond comme débiteur, à leur égard, d'une indemnité de 85 000 euros. Était-il possible d'en tirer argument face au cessionnaire? En d'autres termes, les cautions pouvaient-elles lui opposer l'exception de compensation? La cour d'appel d'Amiens l'avait admis, relevant que les créances étaient « liquides et exigibles ». En réalité, il convient de se demander si ces créances étaient certaines, liquides et exigibles avant l'accomplissement des formalités de l'article 1690 du Code civil : si la réponse est positive, c'est qu'une compensation légale s'était produite, de plein droit, en vertu de l'article 1289 du même Code<sup>15</sup>. Un tel cas n'est pas difficile à résoudre : si, après extinction des deux créances à concurrence du plus faible des deux montants, il subsiste un reliquat de la créance contre les cautions, c'est celui-ci et celui-ci uniquement qui est cédé, et peut ensuite être réclamé par le cessionnaire. Ce n'est apparemment pas ce qui s'est produit dans notre affaire. Les créances des cautions ne sont devenues certaines, liquides et exigibles qu'après la cession. En ce cas, comme le rappelle la Cour de cassation, « [...] le cessionnaire d'une créance ne peut être tenu d'une dette née d'un manquement du cédant, antérieur à la cession, **sauf connexité avec la créance cédée** »<sup>16</sup>. En quelque sorte, la connexité permettrait de faire rétroagir l'exigibilité de la créance des cautions, et de faire « comme si » elle avait été acquise avant la cession : il s'agit alors d'une compensation judiciaire<sup>17</sup>. Les spécialistes de droit des procédures collectives connaissent bien ce mécanisme, qui permet d'opérer la compensation de deux créances connexes, lors même que celle détenue contre le débiteur en difficulté est devenue certaine, liquide ou exigible après l'ouverture de la procédure<sup>18</sup>.

Il est surprenant que, en l'espèce, la Cour de cassation rappelle cette exception, mais ne trouve pas à l'appli-

quer. Elle juge pourtant régulièrement que doivent être considérées comme connexes les créances nées de l'exécution ou de l'inexécution d'un même contrat<sup>19</sup>. Or, les créances du cédant et celles des cautions dérivent toutes des contrats de cautionnement. Comment contester qu'il existait un lien intime entre elles? Si l'établissement de crédit a pu se voir réclamer des dommages-intérêts pour avoir manqué de constituer une sûreté réelle, c'est bien parce que cette inertie constituait une mauvaise exécution de ses devoirs envers ses cautions.

Allons plus loin : si le texte n'est pas expressément cité dans l'affaire, c'est bien de l'article 2314 du Code civil qu'il s'agit ici, en filigranes. Il dispose en effet : « La caution est déchargée, lorsque la subrogation aux droits, hypothèques et privilèges du créancier, ne peut plus, par le fait de ce créancier, s'opérer en faveur de la caution. Toute clause contraire est réputée non écrite. » C'était le cas ici. Or, comme le relève un auteur, il aurait suffi aux garants de se situer sur le terrain de la décharge de leur cautionnement pour paralyser la solution ici adoptée : les règles restreignant l'usage de l'exception de compensation suite à une cession de créance n'auraient plus été applicables<sup>20</sup>. Cette vérité vaut d'ailleurs hors des opérations à trois personnes : sanctionner le bénéficiaire d'un cautionnement ayant compromis la subrogation de son garant par des dommages-intérêts purement virtuels, destinés à provoquer une compensation et à alléger la dette de la caution, est une méthode lourde et pleine d'inconvénients. Le procédé de la décharge, logique et efficace, doit lui être préféré.

E. N.

### Cautionnement – Débiteur principal en procédure collective – Défaut de déclaration de la créance – Possibilité d'une décharge par application de l'art. 2314 C. civ.

Civ. 1<sup>re</sup>, 3 juill. 2013, pourvoi n° 12-21126, arrêt n° 725, F-P+B.

**Le droit de participer aux répartitions et dividendes décidés dans le cadre d'une procédure collective constitue un droit préférentiel dont la perte permet à la caution d'obtenir sa décharge, sauf à ce que le créancier rapporte la preuve que cette perte n'a causé aucun préjudice à la caution.**

La perte par le créancier négligent de son droit même simplement chirographaire de participer aux distributions à servir au cours d'une procédure collective<sup>21</sup> est-elle susceptible de relever d'une application de l'article 2314

15. C. Ophèle, *Répertoire civil Dalloz*, V° « Cession de créance », n° 285.

16. Nous soulignons.

17. A.-M. Toledo-Wolfsohn, *Répertoire civil Dalloz*, V° « Compensation », n° 64.

18. V. par ex. F. Pérochon, *Droit des entreprises en difficulté*, LGDJ, 9<sup>e</sup> éd., 2012, n° 588 s.

19. Par ex. Cass. 3<sup>e</sup> civ., 12 juillet 1995, n° 93-18.182 : *Bull. civ.*, III, n° 183 ; D., 1997, 96, note G. Loiseau. Adde les réf. citées par F. Pérochon, *op. cit.*, n° 590.

20. M. Mignot, obs. précitées sur l'arrêt rapporté.

21. C. com., art. L. 622-24 : « À partir de la publication du jugement, tous les créanciers dont la créance est née antérieurement au jugement d'ouverture, à l'exception des salariés, adressent la déclaration de leurs créances au mandataire judiciaire dans des délais fixés par décret en Conseil d'État. » C. com., art. L. 622-26 : « À défaut de déclaration dans les délais prévus à l'art. L. 622-24, les créanciers ne sont pas admis dans les répartitions et les dividendes. » Ces articles sont ceux d'un titre consacré à la sauvegarde mais auquel on renvoie ailleurs, par exemple, pour la liquidation judiciaire, à l'article L. 641-3 alinéa 4 du même C. com. (« Les créanciers déclarent leurs créances au liquidateur selon les modalités prévues aux articles L. 622-24 à L. 622-27 et L. 622-31 à L. 622-33 »).

du Code civil<sup>22</sup>? La chambre commerciale de la Cour de cassation a bien voulu l'admettre pour la première fois dans un arrêt du 12 juillet 2011<sup>23</sup>. La solution consacrée alors ne l'était cependant que de façon implicite. Un doute subsistait. Il fut assez vite levé. Le 19 février 2013 la même chambre commerciale se prononçait à nouveau, dans un arrêt où l'on pouvait lire que, « lorsque le créancier a omis de déclarer sa créance, peu important la nature de celle-ci, la caution est déchargée de son obligation si cette dernière [la caution] avait pu tirer un avantage effectif du droit d'être admise dans les répartitions et dividendes, susceptible de lui être transmis par subrogation »<sup>24</sup>.

Aujourd'hui c'est à la première chambre civile de reprendre la solution, dans un arrêt rendu le 3 juillet 2013<sup>25</sup>. Si cet arrêt mérite d'être signalé ce n'est d'ailleurs pas seulement parce qu'il vaut confirmation d'une solution qui n'avait été posée jusque-là, à ce niveau de juridiction, que par la chambre commerciale ; c'est aussi en raison des termes particulièrement fermes (aussi bien que concis) par lesquels il rejette un pourvoi pourtant inspiré des fortes objections élevées contre la solution par un courant de la doctrine incarnée par un éminent auteur.

Ces objections sont connues. La décharge prévue par l'article 2314 du Code civil suppose, dans l'acception devenue traditionnelle des choses, qu'ait été perdu un droit préférentiel, que cette perte incombe exclusivement au créancier et, enfin, qu'elle fasse éprouver à la caution un préjudice. Or ce qui est perdu par le créancier qui omet de déclarer sa créance est certes un avantage, celui qui consiste à pouvoir opposer la créance à la procédure, et à participer ainsi aux répartitions et dividendes, mais pas l'un de ces avantages spécifiques qui, appartenant aux uns sans appartenir aux autres<sup>26</sup>, placent leurs bénéficiaires dans une situation privilégiée (i. e., préférentielle). Par ailleurs, lorsqu'est perdu ce droit de participer aux répartitions et dividendes, c'est certainement que le créancier a omis de déclarer, mais c'est aussi que la caution s'est elle-même dispensée de le faire, alors qu'elle en a la possibilité, au titre de ce que l'on nomme « son recours personnel »<sup>27</sup>, de sorte que l'on peut juger que la caution

a sa part de responsabilité dans la perte en cause. Enfin, dans cette hypothèse où la caution doit renoncer à la subrogation dans ce droit chirographaire de participer aux répartitions, le préjudice qu'elle subit est difficile à déterminer voire à concevoir<sup>28</sup>. Il est difficile à concevoir dans le cas d'une liquidation judiciaire puisqu'alors, le plus souvent, les créanciers chirographaires ne reçoivent absolument aucun paiement, mais aussi quand un plan de sauvegarde a été adopté puisque, dans un tel cas, les garants personne physique peuvent se prévaloir eux-mêmes et directement d'un éventuel défaut de déclaration pendant toute la période d'exécution du plan de sauvegarde<sup>29</sup> (ce qui vaut incitation à se tourner vers ce type de procédure). Dans le cas d'une procédure de redressement judiciaire en revanche un préjudice existera sans doute, c'est vrai, mais il est très difficile à déterminer puisque l'on ne sait alors ce qui aurait pu être payé au créancier en exécution du plan si la créance avait été déclarée, ni d'ailleurs si le plan sera correctement exécuté jusqu'au bout (hypothèse dans laquelle les créances non déclarées redeviennent... opposables).

Aussi bien, il est permis de considérer que, dans ces hypothèses de défaut de déclaration, les conditions de la décharge permise par l'article 2314 du Code civil ne sont en vérité que très incertainement remplies, voire certainement pas remplies.

La Cour de cassation, pourtant, ne s'en laisse pas convaincre, bien au contraire. Ainsi, dans l'arrêt commenté du 3 juillet 2013, la première chambre civile admet d'abord, à la suite de la cour d'appel, et comme si cela relevait de l'évidence, « que le droit de participer aux répartitions et dividendes constitue un droit préférentiel »<sup>30</sup>. Ensuite la première chambre civile approuve la cour d'appel d'avoir énoncé, « à bon droit », « que la caution est fondée à invoquer la décharge de son engagement consécutive à la perte d'un droit préférentiel causée par le seul fait du créancier ». Quant au problème lié à l'incertitude du préjudice... il est écarté par renvoi à une règle selon laquelle « il appartient au créancier de rapporter la preuve que [la] perte n'a causé aucun préjudice à la caution » ce qui, relève la Haute juridiction, n'était pas démontré en l'espèce<sup>31</sup>. Le moins que l'on puisse dire est que la Cour de cassation, quoiqu'elle n'argumente guère, ne paraît donc pas vouloir se laisser enfermer ici dans une quelconque analyse restrictive des conditions d'application de l'article 2314 du Code civil. ■

F. J.

22. C. civ., art. 2314 : « La caution est déchargée lorsque la subrogation aux droits, hypothèques et privilèges du créancier ne peut plus, par le fait de ce créancier, s'opérer en faveur de la caution. Toute clause contraire est réputée non écrite. »

23. Décision qui fait ressortir aussi et même d'abord que les dispositions de l'article L. 622-26 du C. com. que la défaillance du créancier ont pour effet, non d'éteindre la créance, mais d'exclure son titulaire des répartitions et dividendes, et cette sanction ne constitue pas une exception inhérente à la dette susceptible d'être opposée par la caution pour se soustraire à son engagement. Sur cette décision, v. RTD com. 2011, p. 625, obs. D. Legeais ; RTD com. 2012, p. 405, obs. A. Martin-Serf ; RTD civ. 2011, p. 782, obs. P. Crocq ; RLDC oct. 2011, p. 32, obs. J.-J. Ansault ; Banque & Droit, sept.-oct. 2011, p. 42, obs. F. Jacob.

24. D. 2013, p. 565, obs. A. Lienhard ; Gaz. Pal. 20 au 21 mars 2013, p. 20, obs. M.-P. Dumont-Lefrand ; RLDC avr. 2013, p. 34, obs. G. Marraud des Grottes ; JCP 2013, 585, n° 9, obs. Ph. Simler ; JCP E 2013, p. 1216, n° 7, obs. Ph. Pétel ; RTD civ. 2013, p. 416, obs. P. Crocq.

25. D. 2013, Actu, p. 1741.

26. V. P. Cocq, obs. précitées, qui souligne que la possibilité de déclarer sa créance et d'être admis de ce fait dans les répartitions appartient à tous les créanciers du débiteur.

27. P. Crocq (obs. précitées) rappelle que la Cour de cassation a jugé que la créance de recours personnel naît à la date de l'engagement de la caution, c'est-à-dire à une date généralement antérieure à la procédure, et non au jour où la caution paie. En ce sens, v. Com. 1<sup>er</sup> mars 2005 : D. 2005, p. 1365, note P.-M. Le Corre. Adde Cass. com. 16 juin 2004 : RTD civ. 2004, p. 758, obs. P. Crocq ; Banque & Droit, sept.-oct. 2004, p. 76, obs. F. Jacob (arrêt qui concerne toutefois le recours personnel d'une caution contre un cofidésseur).

28. Sur cette idée, v. P. Cocq toujours (obs. précitées), dont nous ne faisons que reprendre les constats.

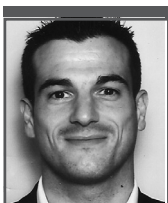
29. V. C. com. art. L. 622-26, al. 2.

30. Le pourvoi insistait sur le fait que « l'article 2314 du code civil suppose la démonstration de la perte d'un droit préférentiel conférant au créancier un avantage particulier pour le recouvrement de la créance ».

31. Le pourvoi faisait valoir pour sa part « qu'il appartient à la caution de rapporter la preuve de son préjudice ».

# CHRONIQUE

## DROIT PÉNAL BANCAIRE



JÉRÔME  
LASSERRE  
CAPDEVILLE  
Maître de  
conférences  
HDR  
Université  
de Strasbourg

### Infractions boursières – Loi n° 2013-672 du 26 juillet 2013 – Évolution des champs d'application – Création d'un nouveau délit.

Loi n° 2013-672 du 26 juill. 2013 de séparation et de régulation des activités bancaires : JO, 27 juill. 2013, p. 12530. – J. Lasserre Capdeville, *Présentation générale de la loi de séparation et de régulation des activités bancaires* : JCP G, 2 sept. 2013.

La loi n° 2013-672 du 26 juillet 2013 de séparation et de régulation des activités bancaires vient modifier assez profondément le droit bancaire et financier. Cette observation revient plus particulièrement sur les articles 20 à 22 de cette loi qui, non seulement, étendent le champ d'application des infractions mentionnées aux articles L. 465-1 et L. 465-2 du Code monétaire et financier, mais créent également un nouveau délit. La dépénalisation de la vie des affaires n'est donc toujours pas d'actualité.

Après de longs mois de discussions devant le Parlement, la loi de séparation et de régulation des activités bancaires vient d'être définitivement adoptée. Cette dernière, qui comprend 86 articles, a pour ambition non seulement de lutter contre les dérives de la finance, mais aussi prévenir les crises bancaires et mener efficacement leur résolution tout en protégeant mieux les consommateurs, emprunteurs et assurés. Elle présente alors des incidences dans plusieurs branches du droit, et notamment en droit pénal bancaire et financier. Les articles 20 et 21 de la loi du 26 juillet 2013 étendent en effet le champ d'application de certaines des infractions prévues par les articles L. 465-1<sup>1</sup> et L. 465-2<sup>2</sup> du Code monétaire et financier, visant pour mémoire le délit d'initié, la communication d'une information privilégiée, la manipulation de cours et enfin la diffusion de fausses informations (1.)<sup>3</sup>. En outre, un nouveau délit est créé par l'article 22 de la loi (2.).

1. Cet article a été également été modifié par l'article 37 de la loi.

2. Cette disposition a aussi été modifiée par les articles 13 et 37 de la loi.

3. Notons que les sanctions administratives applicables aux abus de marché, susceptibles d'être prononcées par l'AMF, sont également concernées par la réforme par l'intermédiaire d'une évolution du contenu de l'article 621-15 du Code monétaire et financier.

### 1. EXTENSION DU CHAMP D'APPLICATION DES INFRACTIONS EXISTANTES

Certaines des infractions figurant aux articles L. 465-1 et L. 465-2 du Code monétaire et financier font l'objet de deux évolutions importantes : d'une part, leur tentative devient susceptible d'être sanctionnée et, d'autre part, elles ne sont plus liées aux seuls marchés réglementés.

En premier lieu, il faut noter que jusqu'à présent, à l'exception du délit de manipulation de cours, les articles L. 465-1 et L. 465-2 du code ne prévoient pas la possibilité de sanctionner la tentative des infractions y figurant. Il en va différemment aujourd'hui. Tout d'abord, les alinéas 1 et 3 de l'article L. 465-1, concernant le délit d'initié commis, d'une part, par un initié primaire ou secondaire et, d'autre part, par un initié tertiaire, font l'objet d'une modification. Si, jusqu'ici, ces deux alinéas permettaient seulement de réprimer le fait, pour ces initiés, « de réaliser ou de permettre de réaliser, soit directement, soit par personne interposée une ou plusieurs opérations avant que le public ait connaissance de ces informations », la loi nouvelle y ajoute le fait de « tenter de réaliser » de telles opérations. En outre, l'article L. 465-2, alinéa 2, du code, visant le délit de fausses informations fait l'objet d'une évolution similaire. Est aujourd'hui sanctionné le fait de répandre « ou de tenter de répandre » dans le public des informations fausses ou trompeuses sur les perspectives ou la situation d'un émetteur dans des cas visés expressément par l'article, de nature à agir sur les cours.

Cette évolution ne saurait surprendre. La Commission européenne a en effet pu constater que la définition des opérations d'initiés ou des manipulations de marché, qui constituent des infractions pénales, diffère considérablement entre les États membres. Or, une telle divergence nuit incontestablement au bon fonctionnement du marché intérieur et laisse une certaine marge de manœuvre aux auteurs d'abus de marché. Face à cette situation, la Commission européenne a proposé, le 20 octobre 2011, par le biais d'une proposition de directive<sup>4</sup>, des règles

4. Commission européenne, Proposition de directive du Parlement européen et du conseil relative aux sanctions pénales applicables aux opérations d'initiés et aux manipulations de marché, 20 oct. 2011, n° 2011/0297. Sur cette proposition, v. J. Lasserre Capdeville, « Proposition de directive relative aux sanctions pénales

minimales en matière de sanctions pénales applicables aux formes les plus graves d'abus de marché, à savoir les opérations d'initiés et les manipulations de marché. Or, si un certain nombre des exigences de cette dernière était déjà respecté par le droit français, il en allait différemment de la répression de la tentative. Cela n'est plus le cas aujourd'hui.

Néanmoins, cette reconnaissance de la tentative, plus particulièrement en matière de délit d'initié, pourrait poser quelques difficultés de qualification en pratique selon nous. En effet, n'y aura-t-il pas des difficultés à distinguer cette tentative et le délit de communication d'une information privilégiée visé par l'article L. 465-1, alinéa 2, du Code pénal ? Rappelons que ce dernier est caractérisé par la seule communication induite d'une information privilégiée. Un risque de confusion est possible. Toutefois, ce problème a bien peu de chances de se rencontrer en pratique, dans la mesure où, depuis sa création par la loi n° 89-531 du 2 août 1989, sur la sécurité et la transparence du marché financier, ce délit de communication d'une information privilégiée n'a jamais été caractérisé<sup>5</sup>.

En second lieu, l'article 21 de la loi du 26 juillet 2013 vient étendre les exigences concernant les marchés permettant de caractériser les infractions étudiées<sup>6</sup>. Jusqu'ici, en effet, le délit d'initié et le délit de communication d'une information privilégiée visaient les « informations privilégiées sur les perspectives ou la situation d'un émetteur dont les titres sont négociés sur un marché réglementé ou sur les perspectives d'évolution d'un instrument financier ou d'un actif visé au II de l'article L. 421-1 admis sur un marché réglementé ». Il en allait de même avec le délit de diffusion de fausses informations. Désormais, après la référence au « marché réglementé » sont insérés les mots « ou négociés sur un système multilatéral de négociation, admis à la négociation sur un tel marché ou pour lesquels une demande d'admission à la négociation sur un tel marché a été présentée ». Une évolution analogue se constate avec le délit de manipulation de cours.

Ici encore, la modification légale est parfaitement cohérente. Rappelons que le régime juridique des plates-formes boursières distingue, depuis la directive 2004/39/CE du 21 avril 2004 concernant les marchés d'instruments financiers (MIF), entre deux grandes catégories de marchés : le marché réglementé et les systèmes multilatéraux de négociation (SMN). Le marché réglementé d'instruments financiers, tout d'abord, est défini par l'article L. 421-1 du Code monétaire et financier comme étant un système multilatéral qui assure ou facilite la rencontre, en son sein et selon des règles

non discrétionnaires, de multiples intérêts acheteurs et vendeurs exprimés par des tiers sur des instruments financiers, d'une manière qui aboutisse à la conclusion de contrats portant sur les instruments financiers admis à la négociation dans le cadre des règles et systèmes de ce marché, et qui fonctionne régulièrement conformément aux dispositions qui lui sont applicables. Il est nécessairement géré par une entreprise de marché agréée par l'Autorité des marchés financiers (AMF). Toutefois, depuis la transposition de la directive MIF par l'ordonnance n° 2007-544 du 12 avril 2007, notre droit admet également les systèmes multilatéraux de négociation, c'est-à-dire, pour l'article L. 424-1, un système qui, sans avoir la qualité de marché réglementé, assure la rencontre, en son sein et selon des règles non discrétionnaires, de multiples intérêts acheteurs et vendeurs exprimés par des tiers sur des instruments financiers, de manière à conclure des transactions sur ces instruments. Ces systèmes multilatéraux de négociation peuvent être gérés soit par un prestataire de service d'investissement agréé par l'AMF, soit par une entreprise de marché. Or, vu que jusqu'ici les règles en matière de transparence, d'information et de sanctions des abus de marché ne s'appliquaient pas à leur égard, les instruments financiers négociés uniquement sur des SMN présentaient des risques plus importants pour les investisseurs. Cela expliquait d'ailleurs pour partie la faible liquidité de ces plates-formes. Il est donc heureux que la loi du 26 juillet 2013 ait mis un terme à cette différence de traitement.

Cet élargissement se retrouve, sans surprise, dans la proposition de directive du 20 octobre 2011 évoquée précédemment. En effet, cette dernière doit être appliquée en tenant compte du cadre juridique établi par le règlement sur les opérations d'initiés et les manipulations de marché, dont la proposition est, elle aussi, à l'étude<sup>7</sup>. Or, ce règlement a vocation à s'adresser également aux instruments financiers négociés sur des plates-formes de négociations. Dès lors, dans ce cas encore, le législateur français adapte son droit pour être d'ores et déjà en conformité avec le futur droit européen. Il en va de même lorsqu'il institue une nouvelle infraction elle aussi envisagée au niveau européen.

## 2. CRÉATION D'UNE NOUVELLE INFRACTION BOUSIÈRE

En 2012, une nouvelle « affaire » est venue ternir les marchés financiers : le scandale du Libor. Pour mémoire, le Libor (*London InterBank Offered Rate*) est un taux d'intérêt de référence établi à Londres. Il représente le taux moyen auquel les principales banques estiment pouvoir emprunter « en blanc », c'est-à-dire sans garantie, auprès d'une autre banque (taux interbancaire). Son calcul est fondé sur les déclarations quotidiennes d'un panel de banques et non sur des transactions effecti-

applicables aux opérations d'initiés et aux manipulations de marchés », *Bulletin Joly Bourse* 2012, p. 9, § 5.

5. T. corr. Paris 13 févr. 2002 : *Bull. Joly Bourse* 2002, p. 196, note N. Rontchevsky ; *LPA* 2002, n° 74, p. 20, note Cl. Ducouloux-Favard.  
6. Il en va de même avec l'article 37 de la loi qui modifie également en ce sens les articles L. 465-1 et L. 465-2 du Code. Il étend ainsi la répression aux cas où une demande d'admission sur un marché réglementé a été déposée ainsi qu'aux titres admis à la négociation sur un système multilatéral de négociation dès lors qu'il se soumet aux dispositions visant à protéger les investisseurs contre les opérations d'initiés, les manipulations de cours ou la diffusion de fausses informations. Cette mesure vise principalement à attirer dans le champ de ces infractions les actions accomplies sur le marché Alternext.

7. Comm. UE, communiqué IP/11/1217, 20 oct. 2011. O.-T. Tieu, « Sur les propositions de règlement et de directive sur les opérations d'initié et les manipulations de marché », *D.* 2011, point de vue, p. 2809 ; Th. Bonneau, « Les projets européens relatifs à la lutte contre les abus de marché », *RD banc. fin.* 2011, étude 34.

vement réalisées. Il sert de référence pour fixer le taux d'intérêt de très nombreux produits financiers, tels que les contrats d'échange (*swaps*) de taux d'intérêt. Cependant, sa fiabilité dépend de la sincérité et de la fidélité des estimations transmises par les banques : en période de crise, une banque peut avoir intérêt à minorer le taux auquel elle indique pouvoir emprunter, car celui-ci reflète la confiance que lui accordent les autres banques.

Or des manipulations effectuées par différentes banques entre 2005 et 2009 ont été mises à jour ces derniers mois. Le 27 juin 2012, la banque britannique Barclays a révélé qu'elle allait payer environ 360 millions d'euros pour mettre fin à des enquêtes des régulateurs britanniques et américains sur une affaire de manipulation des taux interbancaires Libor (taux interbancaire britannique) et Euribor (taux interbancaire européen)<sup>8</sup>. Depuis, l'affaire s'est étendue à d'autres établissements de crédit (UBS, Royal Bank of Scotland, JP Morgan, etc.). Face à ce scandale, la Commission européenne a décidé de s'attaquer à ce type particulier de manipulation de marché<sup>9</sup> en modifiant la proposition de directive relative aux sanctions pénales applicables aux opérations d'initié et aux manipulations de marché évoquée précédemment.

Dès lors, une nouvelle fois, et alors que cette directive n'a toujours pas été adoptée, le législateur français a souhaité être l'un des premiers États à modifier son arsenal législatif en la matière. Ainsi, l'article 22 de la loi n° 2013-672 du 26 juillet 2013 crée un nouvel article L. 465-2-1 punissant de deux ans d'emprisonnement et d'une amende de 1 500 000 euros le fait :

« – pour toute personne<sup>10</sup> de transmettre des données ou des informations fausses ou trompeuses utilisées pour calculer un indice défini au dernier alinéa du présent article<sup>11</sup> ou de nature à fausser le cours d'un instrument ou d'un actif auquel serait lié cet indice, lorsque la personne ayant transmis les données ou les informations savait ou aurait dû savoir qu'elles étaient fausses ou trompeuses ;

– pour toute personne d'adopter tout autre comportement aboutissant à la manipulation du calcul d'un indice »<sup>12</sup>.

Mais la création d'un nouveau délit était-elle bien nécessaire ? N'aurait-il pas été plus judicieux d'inclure la manipulation d'indices de référence dans le délit de manipulation de cours ? Nous ne le pensons pas. Certes, l'infraction nouvelle présente quelques points

communs la manipulation de cours, comme d'ailleurs avec la diffusion de fausses informations, mais elle ne saurait être pleinement assimilée à l'un de ces délits. Chacune de ces infractions présente des spécificités. Il était donc parfaitement cohérent de créer ce nouveau délit qui devrait trouver sa place à côté de ceux envisagés par les articles L. 465-1 et L. 465-2. Certains praticiens n'ont d'ailleurs pas manqué de souligner les avantages d'un tel encadrement légal des indices de taux interbancaires, notamment à l'égard de certaines manipulations opérées à l'aide des indices de marché (tels le CAC 40)<sup>13</sup>.

En revanche, nous restons un peu plus perplexes à la vue du contenu actuel des articles L. 465-1 et L. 465-2, alinéa 2, du Code. En effet, à vouloir (légitimement) étendre le champ d'application de ces délits, les articles 13, 20, 21 et 37 de la loi nouvelle ont rendu les infractions y figurant plus difficilement compréhensibles pour le profane. Dès lors, ces dernières peuvent-elles encore jouer leur rôle préventif alors que le citoyen lambda aura très certainement le plus grand mal à parfaitement comprendre quelles situations sont désormais prohibées ? On peut s'interroger. En droit pénal financier aussi, « le mieux est l'ennemi du bien ».

### Escroquerie au « wash wash » – Manœuvres frauduleuses – Remise de billets authentiques – Transport de fausse monnaie.

CA Chambéry, ch. corr., 16 mai 2013, n° 12/00674 : Juris-Data n° 2013-013700.

**Doit être déclaré coupable d'escroquerie au « wash wash » l'individu qui fait croire à une victime pouvoir transformer des billets de banque noircis en billets utilisables grâce à un produit et qui parvient de la sorte à se faire remettre de véritables billets.**

Signalons cette affaire pour le moins originale. Un individu avait réussi à faire croire à une victime qu'il pouvait transformer des billets de banque noircis et devenus inutilisables en billets utilisables grâce à l'utilisation d'un produit devant être mis en contact avec les billets noircis et des billets authentiques. Il s'était alors fait remettre des billets authentiques en échange des billets noircis qui se révélaient, finalement, être de fausses coupures. L'intéressé avait été condamné pour escroquerie et tentative d'escroquerie dite au « wash wash »<sup>14</sup>. Ce n'est pas première fois que de tels faits sont sanctionnés de la sorte<sup>15</sup>.

La condamnation était en l'occurrence difficilement contestable. L'élément matériel du délit implique, en premier lieu, des manœuvres frauduleuses, qui peuvent notamment prendre la forme d'une mise en scène, telle

8. Pour les différences entre le Libor et l'Euribor, « Pourquoi le Libor est davantage critiqué que l'Euribor », Les Échos, 20 juill. 2012, p. 20.

9. Comm. UE, communiqué IP/12/846, 25 juill. 2012 ; « Bruxelles veut revoir tous les indices », Les Échos, 26 juill. 2012, p. 25 ; J. Lasserre Capdeville, « Propositions de la Commission européenne pour lutter contre la manipulation des taux interbancaires », Bulletin Joly Bourse 2012, p. 396, § 191.

10. L'article L. 465-3 du Code monétaire et financier visant la responsabilité pénale des personnes morales est lui-même modifié afin de prévoir également une référence à l'article L. 465-2-1.

11. L'article en question précise que constitue « un indice toute donnée diffusée calculée à partir de la valeur ou du prix, constaté ou estimé, d'un ou plusieurs sous-jacents, d'un ou plusieurs taux d'intérêt constatés ou estimés, ou de toute autre valeur ou mesure, et par référence à laquelle est déterminé le montant payable au titre d'un instrument financier ou la valeur d'un instrument financier ».

12. La Commission des sanctions de l'AMF est compétente pour connaître de ces infractions : des sanctions administratives pourront compléter les sanctions pénales à l'encontre des personnes qui manipulent un indice.

13. « L'avis de Rémi Lorrain, avocat », Les Échos, 23 juill. 2012, p. 24.

14. F. Chopin, « Cybercriminalité », Rép. pén. Dalloz, 2009, n° 206.

15. CA Aix-en-Provence 25 févr. 2004, n° 04/155. TGI Roche-sur-Yon 24 sept. 2007 : CCE 2007/12, comm. 158, obs. E. Caprioli. CA Chambéry 7 avr. 2010, n° 09/00856 ; CA Caen 5 mai 2010, n° 10/00338.

une exhibition trompeuse<sup>16</sup>. Cette dernière situation pouvait être relevée en l'espèce. Après avoir prétendu pouvoir rendre à nouveau utilisable des billets noircis à l'aide d'un produit « miracle », le prévenu avait fait une démonstration à la victime. Il l'avait ainsi emmenée au restaurant et avait payé le repas avec un billet anciennement noirci, et ayant retrouvé devant elle un aspect normal après l'utilisation du produit. En second lieu, les manœuvres caractérisées doivent avoir entraîné une remise (ou la fourniture d'un service ou encore le consentement à un acte opérant obligation ou décharge)<sup>17</sup>. Il en allait de la sorte dans notre affaire. Par ailleurs, l'élément moral du délit se déduisait aisément des circonstances de l'affaire.

Notons que le prévenu avait également été condamné pour transport de fausse monnaie, infraction prévue par l'article 442-2 du Code pénal<sup>18</sup>. En l'espèce, en effet, de faux billets avaient été saisis dans son véhicule et l'intéressait n'en ignorait pas, semble-t-il, le caractère falsifié.

### **Ventes immobilières irrégulières – Escroquerie de la part d'une préposée de banque – Falsification de dossiers de demande de prêt – Action civile – Responsabilité civile de la banque.**

CA Reims, ch. civ., 14 mai 2013, n° 11/02159 ; Juris-Data n° 2013-010508.

**La préposée d'un établissement de crédit avait été reconnue coupable d'escroquerie, dans le cadre de ventes immobilières irrégulières, pour avoir falsifié des dossiers de demande de prêt afin qu'ils soient acceptés par son employeur. C'est alors à juste titre, pour les juges, qu'un couple d'acquéreurs trompé a fait engager la responsabilité civile de cette banque sur le fondement de l'article 1384, alinéa 5, du Code civil.**

Les faits avaient pour origine plusieurs cas d'escroquerie. Entre 1998 et 2001, des personnes avaient acheté divers biens immobiliers à des prix bas afin de les revendre quasi immédiatement à des prix nettement supérieurs. Les nouveaux acquéreurs avaient alors été incités par un agent immobilier à souscrire rapidement des prêts auprès de deux établissements de crédit, la banque A. et la banque B., par l'intermédiaire de deux employés (complices) de ces établissements. Les ventes avaient par la suite été régularisées par deux notaires également complices. En conséquence, plusieurs intervenants à ces ventes controversées avaient finalement été condamnés pour escroquerie ou complicité d'escroquerie par le tribunal correctionnel de Troyes. Tel avait été notamment le cas de Mme L., préposée de la banque A., qui avait falsifié des dossiers de demande de prêt afin qu'ils soient plus facilement acceptés par

l'établissement bancaire en question sans même avoir rencontré les clients. La caractérisation du délit à l'encontre de cette personne n'était pas contestable<sup>19</sup>.

L'arrêt étudié attire alors l'attention à propos de l'action civile. En effet, les acquéreurs victimes d'une telle escroquerie pouvaient-ils faire engager la responsabilité civile de l'établissement de crédit A? La décision du 14 mai 2013 répond par la positive en se fondant sur l'article 1384, alinéa 5, du Code civil, c'est-à-dire la responsabilité des commettants pour les préjudices commis par leurs préposés. L'arrêt affirme alors que la mise en œuvre d'une telle responsabilité suppose la réunion de trois conditions cumulatives, « à savoir l'existence d'un rapport de préposition, un fait du préposé engageant sa propre responsabilité<sup>20</sup>, un lien entre ce fait et les fonctions exercées par le préposé ». Les magistrats constatent alors qu'au moment des faits, Mme L. était bien salariée de la banque, de sorte que le lien de subordination était caractérisé, qu'elle était reconnue coupable de complicité d'escroquerie et enfin qu'un lien existait entre les faits incriminés et les fonctions exercées en qualité de préposé.

La décision précise en outre que le fait que l'intéressée ait agi de sa propre initiative sans autorisation et à des fins personnelles « ne suffit pas à exonérer l'employeur de sa responsabilité, dès lors que cette dernière a agi dans le cadre de ses fonctions au sein du service d'études des demandes de prêts, son action frauduleuse ayant été un des maillons essentiels du processus délictueux ». Cette solution ne saurait être critiquée : l'abus de fonctions permettant au commettant de s'exonérer de sa responsabilité implique, pour la jurisprudence<sup>21</sup>, la réunion de trois conditions : que le préposé ait agi hors de ses fonctions, sans autorisation et à des fins étrangères à ses attributions. Or, la première de ces exigences faisait ici défaut. En conséquence, la banque A. pouvait être condamnée, en tant que commettant, à réparer le préjudice subi par les acquéreurs. En conclusion, la commission d'une infraction intentionnelle par un préposé, dans son propre intérêt, ne suffit pas, en elle-même, à établir des conditions d'exonération au bénéfice de son employeur<sup>22</sup>. ■

19. Concernant également un préposé de l'établissement de crédit condamné pour la même infraction, CA Douai 26 janv. 2006, n° 05/01453 ; CA Aix-en-Provence 3 juin 2009, n° 2009/270 ; Cass. crim. 29 juin 2011, n° 10-80.163. Le plus souvent, cependant, ce sont les clients à l'origine de la demande qui sont poursuivis pour escroquerie : CA Montpellier 11 juin 2008, n° 06/00025GN/AL ; CA Grenoble 26 mai 2009, n° 08/01430 ; Cass. crim. 16 juin 2010, n° 09-84.758.

20. On peut ne pas être convaincu par la généralité de cette affirmation, dans la mesure où, depuis la jurisprudence Costedoat du 25 février 2000 (Cass. ass. plén. 25 févr. 2000, n° 97-17.378 : Bull. civ. 2000, n° 2 ; D. 2000, p. 673, note Ph. Brun), la responsabilité du commettant suppose une faute du préposé, mais cette faute ne permet pas d'engager nécessairement la responsabilité du préposé à l'égard des tiers. La responsabilité du commettant est désormais déconnectée de la responsabilité personnelle du préposé. Cependant, il faut rappeler que cette règle s'écarterait en cas de faute pénale intentionnelle du préposé (Cass. ass. plén. 14 déc. 2001, n° 00-82.066 : Bull. civ. 2001, n° 17 ; D. 2002, p. 1230, note J. Julien), voire de faute pénale caractérisée (Cass. crim. 28 mars 2006, n° 05-82.975 : Bull. crim. 2006, n° 91. Cette dernière solution demeure néanmoins discutée).

21. Cass. ass. plén. 19 mai 1988, n° 87-82.654 : Bull. civ. 1988, n° 5 ; D. 1988, p. 513, note Ch. Larroumet.

22. Dans le même sens, Cass. civ. 2<sup>e</sup>, 12 mai 2011, n° 10-20.590 : Bull. civ. 2011, II, n° 110 ; D. 2011, p. 1938, obs. O. Gout ; RCA 2011, comm. 243, obs. Ch. Radé.