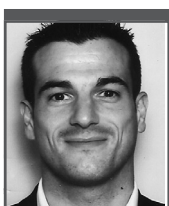


CHRONIQUE

DROIT PÉNAL BANCAIRE



JÉRÔME
LASSERRE
CAPDEVILLE
Maître de
conférences
HDR
Université
de Strasbourg

■ FINANCEMENT PARTICIPATIF

Financement participatif – Ordonnance n° 2014-559 du 30 mai 2014 – Exercice illégal de la profession de banquier – Conseiller en investissement participatif – Intermédiaire en financement participatif – Nouveaux délits.

Ordonnance n° 2014-559 du 30 mai 2014 relative au financement participatif : JO 31 mai 2014, p. 9075. – JCP E 2014, obs. G. Notté. – J. Lasserre Capdeville, « Les incidences sur le monopole bancaire et le monopole des prestataires de services de paiement de l'ordonnance sur le financement participatif », Gazette du Palais, 2014, à paraître.

L'ordonnance du 30 mai 2014 relative au financement participatif vient prévoir, par un article 15, une nouvelle exception au délit d'exercice illégal de la profession de banquier et, par un article 25, deux délits supplémentaires s'adressant à de nouveaux statuts également créés par l'ordonnance : les conseillers en investissement participatif et les intermédiaires en financement participatif.

L'ordonnance n° 2014-559 du 30 mai 2014, prise sur le fondement de l'article 1^{er} de la loi n° 2014-1 du 2 janvier 2014, vient de créer, dans notre Code monétaire et financier, un cadre juridique relatif à un nouveau mode de financement : le financement participatif (dit aussi *crowdfunding*¹). Celui-ci peut se définir un mode de financement sans l'aide des acteurs traditionnels du financement, notamment bancaires, qui repose sur l'appel à un grand nombre de personnes pour financer un projet. Ce financement peut prendre la forme d'un don (*crowd sponsoring*), mais aussi d'un prêt (*crowd lending*) ou de souscriptions au capital de société (*crowd investing*). La contribution est généralement recueillie par un intermédiaire (le plus souvent une plate-forme électronique) pour le compte du porteur.

Cet encadrement légal était devenu nécessaire, ces techniques de financement commençant, progressivement, à prendre de l'importance dans notre économie.

Ainsi, en 2012, entre 25² et 40³ millions d'euros auraient transité sur les plates-formes dédiées au financement participatif. Ce chiffre aurait atteint 80 millions d'euros l'année suivante. Aujourd'hui, on compterait 70 plates-formes pratiquant en France le *crowdfunding* sous l'une de ces trois formes.

Or, l'ordonnance du 30 mai 2014 prévoit un certain nombre d'articles intéressant directement le droit pénal bancaire. D'une part, le délit l'exercice illégal de la profession de banquier fait l'objet d'une nouvelle dérogation (I.), et, d'autre part, deux nouveaux délits, trouvant à s'appliquer spécifiquement en matière de financement participatif, sont institués (II.).

I. Nouvelle dérogation au délit d'exercice illégal de la profession de banquier

Le monopole bancaire est visé par l'article L. 511-5 du Code monétaire et financier. Il interdit aujourd'hui⁴ « à toute personne autre qu'un établissement de crédit ou une société de financement d'effectuer des opérations de crédit à titre habituel », mais aussi « à toute personne autre qu'un établissement de crédit de recevoir à titre habituel des fonds remboursables du public ou de fournir des services bancaires de paiement ». Il réserve ainsi aux seuls établissements de crédit (voire aux sociétés de financement pour l'octroi de crédit) l'accomplissement « à titre habituel » des opérations de banque au sens de l'article L. 311-1 du code, c'est-à-dire la réception de fonds remboursables du public, l'octroi de crédits ainsi que la fourniture de services bancaires de paiement⁵.

Or, si ce monopole n'est pas respecté, l'auteur du manquement pourra être puni par le délit d'exercice illégal de la profession de banquier prévu par l'article L. 571-3 du Code monétaire et financier. En effet, celui-ci sanctionne de trois ans d'emprisonnement et de

1. M. Roussille, « Le *crowdfunding* », JCP E 2013, 653.

2. Ibid.

3. JO Ass. nat., 29 avr. 2014, question écrite n° 54600.

4. Sur l'évolution de son contenu, Banque et Droit n° 152, 2014, p. 47, obs. J. Lasserre Capdeville.

5. Notons que pour ces services bancaires de paiement, qui concernent essentiellement les chèques, l'exigence d'habitude n'a pas été prévue par le législateur.

375 000 euros d'amende⁶ « le fait, pour toute personne, de méconnaître l'une des interdictions prescrites par les articles L. 511-5 et L. 511-8 ». L'infraction étant intentionnelle, sa caractérisation implique que le prévenu ait voulu, en connaissance de cause, effectuer des opérations de banque alors qu'il n'avait pas la qualité d'établissement de crédit. Les condamnations demeurent néanmoins relativement rares en la matière⁷.

Notons toutefois que le monopole bancaire n'est pas absolu. Les articles L. 511-6 et L. 511-7 du Code monétaire et financier visent un certain nombre d'exceptions à ce dernier. D'une façon générale, le premier de ces textes prévoit des dérogations fondées sur la qualité de la personne qui en bénéficie et le second énumère certaines opérations qui ne sont pas soumises, en elles-mêmes, au monopole. Ces dérogations répondent, en fait, à des nécessités pratiques, sociales et économiques. À titre d'exemple, toute entreprise est en droit de consentir à ses contractants, dans l'exercice de son activité professionnelle, des délais et avances de paiement⁸. Les termes extrêmement larges de cette dérogation lui permettent d'englober des situations très diverses.

Or, jusqu'ici, rien n'était dit à propos du financement participatif. En conséquence, un particulier qui venait à consentir plusieurs crédits, du moins à plusieurs personnes différentes⁹ par l'intermédiaire d'une plate-forme pratiquant le financement participatif était susceptible d'être sanctionné sur le fondement de cette infraction si les crédits en question étaient à titre onéreux¹⁰. Le risque juridique, de surcroît de nature pénale, « planait ». Sans surprise, l'ordonnance du 30 mai 2014 vient modifier l'état de notre droit sur ce point.

L'article 15 de l'ordonnance prévoit ainsi une nouvelle dérogation au monopole bancaire dans l'article L. 511-6 du Code monétaire et financier. Au 1^{er} octobre 2014, celui disposera que : « L'interdiction relative aux opérations de crédit ne s'applique pas [...] aux personnes physiques qui, agissant à des fins non professionnelles ou commerciales, consentent des prêts dans le cadre du financement participatif de projets déterminés, conformément aux dispositions de l'article L. 548-1 et dans la limite d'un prêt par projet [...] ».

Ce passage est riche d'enseignements. Il témoigne du fait que le législateur n'est favorable qu'à une dérogation encadrée au monopole. Tout d'abord, l'exception ne va bénéficier qu'aux personnes physiques ; les per-

sonnes morales en seront par conséquent exclues. De plus, les intéressés devront agir « à des fins non professionnelles ou commerciales ». Leur acte devra donc rester très occasionnel. En outre, la dérogation ne vise que les prêts accordés dans le cadre du financement participatif. Dès lors, en dehors de ce cas, le monopole bancaire et les interdictions qui en découlent devront prévaloir. Soulignons encore que les projets bénéficiaires seront nécessairement ceux qui seront visés par le futur article L. 548-1, c'est-à-dire des projets professionnels ou des financements de formation. Enfin, un seul prêt sera possible par projet.

Cela n'est pas tout. Le même article L. 511-6 du Code monétaire et financier encadre le taux conventionnel applicable, qui ne pourra pas dépasser le seuil de l'usure, et renvoie à un futur décret le soin de fixer « les principales caractéristiques de ces prêts, notamment leur durée maximale ». En outre, l'article L. 548-1 du Code monétaire et financier, issu de l'article 17 de l'ordonnance, déclare qu'un décret fixera également les plafonds respectifs des prêts avec intérêts et sans intérêts que chaque prêteur pourra consentir. Ce montant devrait être, semble-t-il, de 250 euros¹¹.

En résumé, les rédacteurs de l'ordonnance n'ont pas voulu prévoir une dérogation trop large au monopole bancaire. Le délit d'exercice illégal de la profession de banquier ne voit donc pas son champ d'application considérablement modifié. Par ailleurs, de nouveaux délits sont institués par le même texte.

II. Nouveaux délits relatifs au financement participatif

Deux délits sont à ici distinguer. Ils concernent, respectivement, les conseillers en investissement participatif et les intermédiaires en financement participatif, c'est-à-dire deux statuts mis en place par l'ordonnance n° 2014-559 du 30 mai 2014.

En premier lieu, pour ce qui concerne le financement participatif sous forme de titres financiers, l'article 1^{er} de l'ordonnance crée le statut de conseiller en investissement participatif. C'est ainsi qu'en vertu du futur article L. 547-1, I, du Code monétaire et financier, ces conseillers sont les personnes morales exerçant « à titre de profession habituelle une activité de conseil en investissement [...] portant sur des offres de capital et de titres de créances [...] ». Cette activité est menée au moyen d'un site internet [...]. L'article se poursuit en évoquant les activités qui leur sont ouvertes et, à l'inverse, interdites. Ces conseillers en investissement participatif doivent être immatriculés, selon l'article L. 547-2, à l'Organisme pour le registre des intermédiaires en assurance (ORIAS). Cette exigence est bien entendu beaucoup moins lourde que l'obtention d'un agrément par le régulateur bancaire. Pour finir, l'article L. 547-3, précise que ces conseillers sont nécessairement des personnes morales établies en France, tout en mentionnant un certain nombre de conditions devant être

6. Sur les peines complémentaires et accessoires, J.-Ph. Kovar et J. Lasserre Capdeville, *Droit de la régulation*, RB Édition, 2012, n° 54 à 56.

7. Pour quelques condamnations récentes, Cass. crim. 22 sept. 2010, n° 90-85.665 ; *RD banc. fin.*, 2011, comm. 79, obs. F.-J. Crédot et Th. Samin. – Cass. crim. 9 mars 2011, n° 10-82.565 ; *LEDB* juin 2011, p. 6, n° 085, obs. J. Lasserre Capdeville. – *CA Chambéry* 6 nov. 2013, n° 13/00129 ; *Banque et Droit* 2014, n° 153, p. 49, obs. J. Lasserre Capdeville.

8. *C. mon. fin.*, art. L. 511-7.

9. Plusieurs crédits consentis à une même personne ne permettent pas, pour la jurisprudence, de caractériser l'habitude, Cass. crim. 2 mai 1994, n° 93-83.512. – *Cass. com.* 3 déc. 2002, n° 00-16.957 ; *Bull. civ.* 2002, IV, n° 182 ; *RTD com.* 2003, p. 344, obs. D. Legeais ; *Banque et Droit* 2003, n° 89, obs. Th. Bonneau. – *CA Versailles* 15 sept. 2011, n° 10/08029 ; *LEDB* févr. 2012, p. 2, n° 003, obs. J. Lasserre Capdeville.

10. Le crédit gratuit échappe quant à lui au monopole. Cette règle est logiquement déduite de l'article L. 313-1 du Code monétaire et financier qui requiert, pour caractériser l'opération de crédit, un acte d'une personne « agissant à titre onéreux ».

11. E. Forner-Ordioni, « Crowdfunding : l'important, c'est de participer ! », *JCP G* 2013, 161.

respectées par les personnes physiques ayant le pouvoir de les gérer ou de les administrer. Des exigences d'âge et d'honorabilité sont par exemple visées.

Or, le futur article L. 573-12 du Code monétaire et financier sanctionne des peines prévues pour le délit d'escroquerie, c'est-à-dire trois ans d'emprisonnement et 375 000 euros d'amende, le fait pour toute personne d'exercer l'activité de conseil en investissement participatif en violation des articles L. 547-1 à L. 547-3 précités. Des peines complémentaires sont également envisagées par l'article L. 573-13 pour les personnes physiques et l'article L. 573-14 pour les personnes morales.

En outre, les mêmes sanctions sont encourues par toute personne se livrant à l'activité de conseil en investissement participatif, et recevant de ses clients des fonds en violation de l'interdiction prévue par l'article L. 547-6 du code. Celui-ci prévoit en effet que l'intéressé ne peut recevoir d'autres fonds que ceux destinés à rémunérer son activité.

En second lieu, en ce qui concerne le financement participatif sous forme de dons ou de prêts (avec ou sans intérêts), l'ordonnance prévoit l'intermédiation en financement participatif qui consiste à mettre en relation, au moyen d'un site internet, les porteurs d'un projet déterminé et les personnes finançant ce projet¹². Les intermédiaires en financement participatif sont alors les personnes « qui exercent, à titre habituel, l'intermédiation au sens de l'article L. 548-1 pour les opérations de prêt à titre onéreux ou sans intérêt »¹³. Ici encore, ce statut n'est reconnu qu'aux personnes morales et fait l'objet de diverses limitations prévues par l'article L. 548-2. Les personnes dirigeant ou gérant de tels intermédiaires sont également soumises à diverses dispositions légales. Enfin, l'immatriculation à l'ORIAS demeure obligatoire¹⁴.

Dès lors, dans ce cas aussi, l'article L. 573-15 du Code monétaire et financier punit des peines prévues pour l'escroquerie le fait pour toute personne d'exercer l'activité d'intermédiaire en financements participatifs « pour les opérations de prêt avec ou sans intérêt de l'article L. 548-1 en violation des articles L. 548-1 à L. 548-4 », c'est-à-dire les règles visées ci-dessus. Des peines complémentaires sont envisagées par la même disposition.

En conclusion, si, il y a quelques années, un groupe de travail présidé par monsieur Jean-Marie Coulon s'était montré favorable, dans son rapport rendu le 20 février 2008¹⁵, à une certaine dépenalisation du droit des affaires, et notamment du droit bancaire, force est de constater que l'évolution de cette branche du droit s'est faite, au contraire, en faveur d'une pénalisation constante de cette dernière¹⁶, même si les condamnations demeurent, finalement, assez rares.

12. C. mon. fin., art. L. 548-1.

13. C. mon. fin., art. L. 548-2.

14. C. mon. fin., art. L. 548-3.

15. Rapport au garde des Sceaux, ministre de la justice, La Dépenalisation de la vie des affaires, La documentation française, 2008. – Sur ce rapport, « Quelle dépenalisation pour le droit des affaires ? », *AJ Pénal* 2008, Dossier, p. 61.

16. V. déjà concernant la création de plusieurs délits suite à la transposition, par la loi n° 2013-100 du 28 janvier 2013, la directive Monnaie électronique 2 modifiant très nettement l'encadrement juridique de la monnaie électronique, *Banque et Droit* 2013, n° 150, p. 43, obs. J. Lasserre Capdeville.

■ ESCROQUERIE

Escroquerie – Filouterie de logement – Fourniture d'un numéro de carte bancaire volée.

CA Chambéry 20 mars 2014, n° 13/00699.

L'utilisation d'un numéro de carte bancaire volée tout en réservant une chambre d'hôtel sous un faux nom permet de retenir le délit d'escroquerie, mais aussi celui de filouterie de logement.

En l'espèce, la prévenue est condamnée du chef d'escroquerie¹⁷ en récidive, les magistrats caractérisant des manœuvres frauduleuses dans l'utilisation du numéro d'une carte bancaire volée et d'un faux nom pour obtenir, en parfaite connaissance de cause, une chambre d'hôtel finalement non payée. Mais cela n'était pas tout. Ils déclarent également que la prévenue pouvait, pour les mêmes faits, être condamnée du chef de filouterie de logement en récidive. Pour mémoire, constitue une telle infraction le fait « par une personne qui sait être dans l'impossibilité absolue de payer ou qui est déterminée à ce pas payer : [...] de se faire attribuer et d'occuper une ou plusieurs chambres dans un établissement louant des chambres, lorsque l'occupation n'a pas excédé dix jours »¹⁸. En l'occurrence, l'hôtelier n'ayant pu se faire payer avec cette carte, les magistrats avaient estimé le délit en question constitué. L'intéressée avait alors été sanctionnée de 4 mois d'emprisonnement assortis d'un sursis avec mise à l'épreuve pendant deux ans.

Mais un tel cumul d'infractions est-il juridiquement possible ? La jurisprudence a posé une règle en la matière : le principe *non bis in idem* qui interdit de condamner un individu deux fois pour le même fait. Le choix doit alors se faire pour la qualification pénale la plus haute, c'est-à-dire celle qui prévoit les peines les plus sévères. On parle ici de « concours idéal de qualifications ». C'est ainsi, par exemple, que la Cour de cassation ne retenait que la qualification d'escroquerie lorsque celle-ci avait été commise à l'aide d'une émission de chèque sans provision à une époque où cette infraction existait encore¹⁹.

Cependant, cette solution connaît des exceptions. C'est ainsi, notamment, que la jurisprudence considère qu'il y a non pas de concours idéal de qualifications, mais concours réel d'infractions, lorsqu'il apparaît que plusieurs intentions distinctes animaient l'auteur d'un fait matériel unique, qu'il a porté atteinte à des valeurs sociales différentes et qu'en réalité les intérêts protégés par les incriminations en concours sont de nature différente²⁰. La jurisprudence a alors

17. C. pén., art. L. 313-1.

18. C. pén., art. L. 313-5, 2°. – Sur cette limite de dix jours, *Cass. crim.* 29 nov. 2005, n° 05-84.614, n° 10-00.001 : *Bull. crim.* 2005, n° 310 ; *Dr. pénal* 2006, comm. 35, obs. M. Véron.

19. *Cass. crim.* 3 mars 1966, n° 65-92.993 : *Bull. crim.* 1966, n° 79.

20. *Cass. crim.* 3 mars 1960, n° 373/AM : *Bull. crim.* 1960, n° 138 ; *RSC* 1961, p. 105, obs.