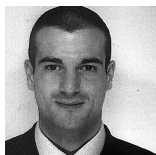


La répression de la fraude à la carte bancaire : état des lieux



JÉRÔME LASSERRE CAPDEVILLE

Docteur en droit

Université de Pau et des Pays de l'Adour

jlasserrecap@yahoo.fr

Les cartes bancaires faisant l'objet de nombreuses fraudes, le législateur français a prévu des dispositions permettant de prévenir ou de sanctionner de tels actes. Il convient cependant de se demander de quoi se compose cet arsenal législatif, dans la mesure où il découle à la fois de règles générales figurant dans le Code pénal et de dispositions plus spécifiques aux cartes bancaires, ce qui rend malaisée toute vision d'ensemble. Il apparaît néanmoins, aujourd'hui, que tant la fabrication frauduleuse de la carte bancaire que l'utilisation frauduleuse de cette dernière est réprimée par le droit.

1. Les progrès de la technologie nécessitent des adaptations constantes du droit, et plus précisément du droit répressif, sans quoi certains comportements gravement préjudiciables demeureraient impunis. Il en a été plus particulièrement ainsi en matière de fraude à la carte bancaire.

Les cartes bancaires sont délivrées par les établissements de crédit, auxquels il convient d'ajouter La Poste, adhérents au Groupement des Cartes bancaires. Dotées de plus souvent d'un microprocesseur, dit aussi puce électronique, elles permettent à leurs détenteurs d'effectuer le paiement de biens ou de services chez les accepteurs en France et à l'étranger, avec débit immédiat ou différé du compte du titulaire, soit par présentation physique de la carte à l'accepteur, soit par l'intermédiaire d'une connexion électronique, comme sur le réseau Internet. Elles permettent, de plus, au titulaire, d'effectuer des retraits dans les distributeurs du réseau émetteur et dans ceux des adhérents au Groupement des Cartes bancaires. La loi opère une distinction entre ces deux fonctions en séparant les cartes de paiement et les cartes de retrait¹.

2. Apparues aux Etats-Unis avant la première guerre mondiale, les cartes de paiement existent en France depuis une cinquantaine d'années, où elles connaissent un développement constant. Ainsi, au 31 décembre 2003, 47,6 millions de cartes bancaires étaient en circulation

dans l'hexagone, soit 4,9 % de plus qu'en 2002², et le montant des paiements réalisés par leur intermédiaire représentait 204 milliards d'euros, c'est-à-dire un quart de la consommation des ménages français en 2003³.

Les cartes bancaires constituent, dès lors, un moyen de paiement de plus en plus préféré au chèque, puisque si, en 1997, seuls 33 % des paiements, effectués par outil de paiement, l'étaient par carte bancaire (contre 67 % pour le chèque), ce chiffre atteignait 51,4 % en 2003. L'évolution technologique (microprocesseurs incorporés, progrès du cryptage améliorant la sécurité, etc.) et la grande commodité du procédé expliquent ce développement.

3. Néanmoins, si elles concurrencent de la sorte le chèque, les cartes bancaires ne donnent pas lieu, à la différence de ce dernier, à un dispositif légal ou réglementaire structuré. En fait, le fonctionnement des cartes bancaires repose essentiellement sur une base contractuelle, le législateur s'étant borné à fixer un cadre minimal au sein duquel les parties aménagent leurs rapports⁴, même s'il s'agit en réalité de contrats d'adhésion. Ce cadre légal s'est développé en plusieurs temps.

Tout d'abord, pendant de nombreuses années, aucune disposition ne régissait les cartes bancaires. La reconnaissance explicite de ces dernières par la législation découle de la loi du 30 décembre 1991 relative à la sécurité des chèques et des cartes de paiement⁵. Cette der-

1 Aux termes de l'article L. 132-1, alinéa 1 du Code monétaire et financier, « constitue une carte de paiement toute carte émise par un établissement de crédit ou par une institution ou un service mentionné à l'article L. 518-1 et permettant à son titulaire de retirer ou de transférer des fonds ». De plus, pour l'alinéa suivant, « constitue une carte de retrait toute carte émise par un établissement, une institution ou un service mentionné au premier alinéa et permettant, à son titulaire, exclusivement de retirer des fonds ». Cette définition néglige cependant la fonction de crédit qui est

attachée à l'emploi de certaines cartes.

2 Sources : Groupement des Cartes bancaires.

3 Les retraits par carte bleue ont représenté, quant à eux, un montant de 80,5 milliards d'euros en 2003.

4 P. Bouteiller, *Les relations juridiques entre banques et porteurs de cartes*, Banque & droit, 2000, n° 70, p. 28 et s.

5 Loi n° 91-1382 du 30 décembre 1991 relative à la sécurité des chèques et des cartes de paiement, JO, 1^{er} janvier 1992, p. 12.

nière a ainsi défini les cartes de paiement et de retrait, affirmé l'irrévocabilité de l'ordre de paiement par carte, tout en prévoyant des cas d'opposition, et enfin instauré des sanctions en cas de contrefaçon et de falsification.

Toutefois, cet « embryon » législatif n'était pas pleinement satisfaisant, dans la mesure où les cartes de crédit ont contribué à de nombreux détournements comme l'ont démontré les statistiques établies par le ministère de l'Intérieur sur les crimes et les délits constatés en France en 2000⁶. C'est ainsi qu'apparaissait une forte augmentation (74 %) du nombre de falsifications de cartes de crédit sur les trois dernières années, puisque de 28 000 en 1998, elles sont passées à 49 000 en 2000. L'importance économique de la question appelait, dès lors, l'intervention du législateur, et ce d'autant plus que la sécurité supérieure conférée par le système des puces était de plus en plus contestée. D'une part, sur le plan technique, l'inviolabilité du numéro secret des cartes bancaires a semble-t-il fait son temps⁷, des ingénieurs parvenant désormais à casser les protections informatiques mises en place⁸. De plus, le développement des transactions à distance⁹, et plus particulièrement par Internet, qui s'effectuent sans contrôle de la puce, ni saisie du code personnel, rendait nécessaire une intervention du législateur en ce domaine¹⁰. La loi sur la sécurité quotidienne, adoptée le 15 novembre 2001¹¹, a ainsi créé de nouvelles infractions, permis au titulaire de la carte de s'opposer au paiement en cas d'utilisation frauduleuse de cette dernière et enfin régi la responsabilité du titulaire en cas de paiement à distance sans utilisation physique de sa carte.

4. Dès lors, même si une nouvelle génération de carte à puce a vu le jour afin d'assurer un niveau de protection substantiellement renforcée, la sanction pénale constitue, en ce domaine, un moyen convaincant de dissuasion pour prévenir ou réprimer les cas de fraudes à la carte bancaire encore très fréquents¹². Cependant, de quoi se compose, aujourd'hui, l'arsenal législatif répressif permettant de

combattre la fraude à la carte bleue ?

La question mérite d'être posée, dans la mesure où cet ensemble de dispositions découle pour partie de l'évolution législative précitée tout en empruntant des règles plus générales figurant dans le Code pénal, telle l'appropriation frauduleuse de la carte qui peut donner lieu à la caractérisation, selon les circonstances, du vol¹³ ou de l'escroquerie¹⁴.

Dès lors, même si toute vision d'ensemble peut sembler peu aisée, il convient de constater que la fabrication frauduleuse de la carte (I) comme l'utilisation frauduleuse de cette dernière (II) sont désormais réprimées par le droit.

I La fabrication frauduleuse de carte bancaire

5. Comment sanctionner l'agent qui achète des cartes à processeur programmable sur lesquelles il transcrit un programme afin de leurrer un terminal de paiement électronique, celui-ci authentifiant ces cartes comme de véritables cartes bancaires ? Jusqu'à une date récente, la contrefaçon de cartes bancaires n'était pas, en elle-même, réprimée, si ce n'est par le délit de faux en écritures privées, de commerce ou de banque¹⁵, encore que ce délit ne pouvait être envisagé que lorsque l'écrit était constitué de signes visibles. Dès lors, aucune incrimination pénale ne pouvait être caractérisée lorsque le travail du faussaire portait uniquement sur les pistes magnétiques. Il était nécessaire d'attendre que l'intéressé use de la carte pour pouvoir le sanctionner sur le fondement de l'escroquerie¹⁶.

Il en va différemment aujourd'hui, la fabrication frauduleuse de carte bleue pouvant être sanctionnée tant sur le fondement d'incriminations spécifiques figurant dans le Code monétaire et financier (A) que d'incriminations plus larges issues, par exemple, du Code pénal (B).

6 Rapport Sénat, présenté par M. Le Roux, 2001, n° 2996 ; F.-J. Pansier et C. Charbonneau, *Présentation de loi portant dispositions relatives à la sécurité quotidienne*, Petites affiches, 2001, n° 128, p. 7 ; A. Blanchot, *La protection accordée par la loi sur la sécurité quotidienne en cas d'utilisation frauduleuse d'une carte bancaire*, Gaz. pal., 2002, doctrine, p. 123.

7 L'arrêt rendu par la 1^{re} chambre civile de la Cour de cassation le 8 novembre 1989, affaire Crédicas, (D., 1990, juris., p. 369, note Gavalda, RTD Com., 1990, p. 79, obs. Cabrillac et Teyssie, JCP, 1990, II, 21576, note Virassamy) se fondait ainsi sur l'inviolabilité de la technique faisant fonctionner le code.

8 V. infra, n° 8 et 12.

9 La jurisprudence admet la validité de l'ordre de paiement par simple communication du numéro de la carte bancaire, Cour d'appel de Paris, 8 juin 1999, D., 2000, aff., p. 1287, obs. X.D., Banque & droit, 2000, n° 73, p. 54, obs. Guillot, D., 2000, som., com., p. 337, obs. Thullier, RTD Com., 1999, p. 939, obs. Cabrillac ; Cass. civ. 1^{re}, 19 octobre 1999, Bull. civ., 1999, I, n° 285, JCP, 1999, éd. E., p. 1845, note Bouteiller, RTD Com., 2000, p. 159, obs. Cabrillac ; Cass. com., 23 juin 2004, Juris-Data, n° 2004-024317, Banque & droit, 2004, n° 97, p. 82, obs. Bonneau, RTD Com., 2004, p. 792, obs. Legeais, Revue de droit bancaire et financier, 2004, p. 319, obs. Credot et Gérard, D., 2004, aff., p. 1972, RJDA, 2005, n° 72, Communication. Commerce électronique, décembre 2004, p. 34, note Grynbaum.

10 Les professionnels, quant à eux, ont été les premiers à réagir sur la question en signant, le 22 février 2001, une Charte sur la mise en œuvre des mesures de sécurisation des paiements par carte.

11 Loi du 15 novembre 2001 sur la sécurité quotidienne, JO, 16 novembre 2001, p. 18215. V. Banque & droit, 2002, n° 81, p. 44, obs. Bonneau.

12 C'est ainsi, à titre d'exemple, que le 18 janvier 2005, le garde des Sceaux a suspendu provisoirement de ses fonctions un magistrat mis en examen pour « vol et utilisation frauduleuse de carte bancaire ». Le Monde, 20 janvier 2005, p. 11.

13 Cour d'appel de Paris, 21 octobre 1980, Juris-Data, n° 0494. La soustraction peut aussi porter sur le document sur lequel est inscrit le code secret. Ainsi, pour un arrêt de la Cour d'appel de Paris du 5 décembre 2003 (Juris-Data, n° 2003-235814), se rend coupable de vol en réunion le prévenu qui participe au vol de cartes bancaires par le système dit du « collet marseillais ». Ce système nécessite la pose d'un dispositif, le « collet », le repérage du client, et enfin l'intervention d'un des protagonistes pour tromper la vigilance de la victime et ainsi obtenir par ruse son code confidentiel et récupérer la carte bloquée dans le distributeur. Il permet, de la sorte, de soutirer en peu de temps la carte bancaire et son code secret, et de retirer des sommes d'argent importantes.

14 Tel par celui qui se la fait remettre en usant d'un faux nom ou de manœuvres frauduleuses.

15 Article 150 de l'ancien Code pénal. W. Jeandidier, *Les truquages et usages frauduleux de cartes magnétiques*, JCP, 1986, éd. E., 14742, p. 446, n° 9 ; M. Masse, RSC, 1985, p. 102.

16 V. infra, n° 22 et 23.

17 Article L. 163-4-2 du Code monétaire et financier.

A. Les incriminations spécifiques à la carte bancaire

C'est la loi du 30 décembre 1991 relative à la sécurité des chèques et des cartes de paiement qui est venue sanctionner pénalement le fait de contrefaire ou de falsifier une carte bancaire (1). Cette disposition, qui figure désormais à l'article L. 163-4 du Code monétaire et financier, a été complétée par la loi du 15 novembre 2001 sur la sécurité financière qui en a étendu l'application (2).

1. L'article L. 163-4 du Code monétaire et financier

6. Aux termes de cet article, est puni d'un emprisonnement de sept ans et d'une amende de 750 000 euros, le fait pour toute personne de « contrefaire ou de falsifier une carte de paiement ou de retrait », de « faire ou de tenter de faire usage, en connaissance de cause, d'une carte de paiement ou de retrait contrefaite ou falsifiée », et enfin « d'accepter, en connaissance de cause, de recevoir un paiement au moyen d'une carte de paiement contrefaite ou falsifiée ». Curieusement, le législateur avait omis d'incriminer la tentative de ce délit. Cet oubli est désormais réparé depuis la loi du 15 novembre 2001¹⁷.

7. Les sanctions rigoureuses ainsi encourues ont été, en outre, complétées par le législateur. Tout d'abord, les cartes contrefaites ou falsifiées sont, en vertu de l'article L. 163-5 du Code monétaire et financier, détruites. Il en va de même des matières, des machines, des appareils, des instruments, des programmes informatiques ou des données qui ont servi ou qui étaient destinés à servir à la fabrication des cartes, sauf s'ils ont été utilisés à l'insu du propriétaire. Le tribunal peut, de plus, prononcer l'interdiction des droits civiques, civils et de famille, l'interdiction d'exercer une activité professionnelle ou sociale, ou encore interdire au condamné, pour une durée de cinq ans, d'émettre des chèques « autres que ceux qui permettent exclusivement le retrait de fonds par le tireur auprès du tiré ou ceux qui sont certifiés »¹⁸. On mentionnera, enfin, que l'auteur de tout délit punissable d'une peine d'emprisonnement peut, en application de l'article 131-6 9° du Code pénal, être privé, à titre de peine alternative, pour une durée n'excédant pas cinq ans, du droit d'utiliser une carte de paiement. Selon l'article 131-20 du Code, l'interdiction d'utiliser des cartes de paiement comporte pour le condamné injonction d'avoir à restituer au banquier qui les avait délivrées les cartes en sa possession et celles de ses mandataires. Cette forme de sanction peut trouver application dans les cas d'infraction touchant les cartes de paiement, de retrait ou de crédit.

¹⁷ Article L. 163-6 du Code monétaire et financier.

¹⁸ D'autres applications peuvent être relevées aujourd'hui. Ainsi, pour un arrêt rendu par la Cour d'appel de Nancy le 9 avril 2003 (Juris-Data, n° 2003-237136), le fait, pour une personne, de faire confectionner par un tiers de fausses cartes bancaires, sans acheter lui-même d'objets au moyen de ces dernières, constitue un recel d'usage de cartes de paiement contrefaites dans la mesure où les objets achetés par des tiers avec les cartes étaient conservés par l'intéressé.

¹⁹ TGI de Paris, 25 février 2000, Revue de droit bancaire et financier, 2000, p. 165, obs. E.C., JCP, 2000, éd. E., p. 845, obs. Vivant et Le

8. La première caractérisation de ce délit a fait grand bruit dans les médias¹⁹. En l'espèce, après plusieurs mois de recherches à l'aide d'un terminal de paiement qu'il avait acheté, un ingénieur électromécanicien avait réussi à comprendre le dialogue s'établissant entre le terminal et une carte à puce, et à faire accepter par la puce toute transaction quel que soit le code composé. L'intéressé avait ainsi programmé de fausses cartes bancaires à puce « vierges » qu'il avait utilisées pour l'achat de carnets de tickets de métro. Le TGI de Paris²⁰, comme la Cour d'appel de Paris²¹, retinrent à son encontre, notamment, le délit de contrefaçon de carte bancaire.

L'appréhension du délit ne soulevait, dans cette affaire, aucune contestation. En effet, l'élément matériel de l'infraction était présent puisque les cartes avaient été programmées par le prévenu pour qu'elles puissent être reconnues valides par un terminal de paiement et donc authentifiées comme de vraies cartes bleues par le système. Il était donc indifférent que les cartes n'aient pas été fabriquées de toutes pièces par le prévenu qui les avait acquises à l'étranger, en quelques sortes « vierges », c'est-à-dire non programmées. En outre, il y avait bien eu usage de cartes contrefaites, puisque ces dernières avaient été utilisées pour acheter des billets de métro, transactions effectuées par le souci de « valider » la découverte.

De même, l'élément moral de l'infraction devait être relevé, l'intéressé ayant eu nécessairement conscience de procéder à un acte interdit. C'est donc à bon droit que les magistrats n'ont pas cru bon retenir le caractère prétendument scientifique de la démarche de l'auteur des infractions. Le mobile, plus ou moins louable et intéressé, d'attirer l'attention du Groupement sur les failles du système était indifférent.

9. Cependant, au lendemain de cette affaire, une certaine surenchère se présenta sur d'innombrables sites Internet. On pouvait ainsi trouver sur le réseau des informations, des logiciels, des adresses de fournisseurs, pour fabriquer, dans la ligne de l'affaire observée ci-dessus, des cartes bancaires appelées « Yescards », en ce sens que, fabriquées ou falsifiées, elles pouvaient leurrer des distributeurs automatiques de billets²². Or, la législation ne permettait pas de réprimer pénalement une telle mise à disposition d'informations ou de matériels tendant à la fabrication frauduleuse de carte bancaire. Opportunément, la loi du 15 novembre 2001 a adopté l'article L. 163-4-1 du Code monétaire et financier permettant de remédier à cette lacune.

2. L'article L. 163-4-1 du Code monétaire et financier

10. L'article L. 163-4-1 du Code monétaire et financier punit de sept années d'emprisonnement et de 750 000 euros, « le fait, pour toute personne, de fabriquer, d'acqué-

Stanc, D., 2000, aff., juris., p. 219, obs. Delpech, Petites affiches, 2000, n° 135, p. 15, note Bourgeois.

²¹ Cour d'appel, 6 décembre 2000, Juris-Data, n° 134503, Communication Commerce Electronique, 2001, comm. n° 28, obs. Le Stanc. Le prévenu a été condamné à 10 mois d'emprisonnement avec sursis et à payer 1 franc de dommages-intérêts au GIE Cartes bancaires, ainsi qu'au paiement des entiers dépens, en l'espèce conséquent.

²² C. Manara, Le consomm'hacker (à propos de la vulnérabilité du système des cartes bancaires), D., 2000, aff., p. III.

²³ Article L. 163-5 du Code monétaire et financier.

rir, de détenir, de céder, d'offrir ou de mettre à disposition des équipements, instruments, programmes informatiques ou toutes données conçus ou spécialement adaptés » pour commettre des infractions relatives aux cartes de crédit. En plus de telles sanctions, la loi prévoit la confiscation des machines en question ²³.

Ce texte, comme l'article L. 163-4-2 réprimant la tentative, a pour objet de prévenir les actes de contrefaçon ou de falsification de cartes. Il incrimine de façon autonome cette forme classique de complicité qu'est la fourniture de moyens, mais aussi des actes préparatoires (comme la mise au point de programmes informatiques destinés à vaincre les protections d'accès ou à effectuer des paiements frauduleux). A notre connaissance, aucune affaire n'a donné lieu à une caractérisation de ce délit à ce jour.

Outre ces dispositions spécifiques à la contrefaçon de cartes bancaires, d'autres incriminations, plus larges, paraissent pouvoir sanctionner la création frauduleuse de carte bancaire dans certaines circonstances.

B. Les incriminations non spécifiques à la carte bancaire

Si le nouveau Code pénal ne contient pas d'articles visant *in terminis* les cartes bancaires, plusieurs dispositions répressives peuvent intéresser cet instrument de paiement et en réprimer la création frauduleuse. Il en va de la sorte, par exemple, lorsque la falsification en question implique une atteinte à un système de traitement automatisé de données (1) ou encore la contrefaçon de logiciels par reproduction (2).

1. Les atteintes aux systèmes de traitement automatisé de données

11. La démarche de « *hacking* » ²⁴, faite frauduleusement pour créer une carte bancaire, peut consister à pénétrer sans droit dans un système, si nécessaire en forçant l'accès. Or, le législateur a réprimé par une loi du 5 janvier 1988 ²⁵ l'accès frauduleux à l'information, la manipulation de celle-ci et les altérations de traitements informatisés. Ainsi, aux termes de l'article 323-1 du Code pénal : « *Le fait d'accéder ou de se maintenir, frauduleusement, dans tout ou partie d'un système de traitement automatisé de données est puni de deux ans d'emprisonnement et de 30 000 euros d'amende. Lorsqu'il en est résulté soit la suppression ou la modification de données contenues dans le système, soit une altération du fonctionnement de ce système, la peine est de trois ans d'emprisonnement et de 45 000*

24 De l'anglais : « *to hack* » : entailler, tailler à la hache, massacrer ; forme de piratage informatique destinée à déjouer les protections dont les systèmes peuvent faire l'objet pour y pénétrer.

25 Loi n° 88-19 du 5 janvier 1988 relative à la fraude informatique, JO, 6 janvier 1988, p. 231. Les dispositions de cette loi étaient opportunes dans la mesure où il était impossible de sanctionner sans texte un vol de « *temps machine* », ce dernier ne constituant pas une chose susceptible d'être soustraite.

26 Ces sanctions ont été aggravées par la loi n° 2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique, JO, 22 juin 2004, p. 11168.

27 V. supra, n° 8.

28 Pour les magistrats, « *un terminal de paiement est conçu pour permettre de recevoir des paiements du réseau Cartes bleues (...)* », et

euros d'amende ». De même, est puni de cinq ans d'emprisonnement et de 75 000 euros d'amende, pour l'article 323-2 du Code pénal, « *le fait d'entraver ou de fausser le fonctionnement d'un système de traitement automatisé de données* » et, pour l'article 323-3 du même Code, « *le fait d'introduire frauduleusement des données dans un système de traitement automatisé ou de supprimer ou de modifier frauduleusement les données qu'il contient* » ²⁶.

12. Or, une des préoccupations du législateur à l'origine de ces dispositions a été la fraude en matière de cartes magnétiques de paiement ou de crédit. C'est d'ailleurs l'application de ces textes à l'affaire étudiée précédemment concernant la création frauduleuse de cartes bancaires par un ingénieur ²⁷ que les éléments constitutifs de ces délits ont pu être quelque peu précisés par les magistrats.

En l'espèce, il était reproché à l'intéressé d'avoir accédé et de s'être maintenu dans un système de traitement automatisé de données ²⁸ ainsi que d'avoir introduit frauduleusement des données dans ce système. L'accès, tout d'abord, avait été caractérisé par le fait que l'ingénieur avait démonté un terminal de paiement Carte bleue, acquis d'occasion auprès d'un restaurateur en faillite, pour accéder aux données logées dans ce terminal et en avait décrypté les données chiffrées ²⁹. Le maintien était relevé, quant à lui, du fait de la « *recherche pour isoler et identifier l'algorithme de cryptage* » et pour décrypter ce dernier. Enfin, l'article 323-3 du Code pénal, relatif au fait d'introduire frauduleusement des données, était expressément visé dans l'arrêt étudié, l'intéressé s'étant attaché à leurrer le terminal de paiement en insérant sur des cartes à puce de nouvelles données aptes à tromper le terminal.

Cette affaire aurait pu permettre encore, à la vue des circonstances, la caractérisation d'autres incriminations, telle la contrefaçon de logiciel par reproduction.

2. La contrefaçon de logiciel par reproduction

13. Un « *hacker* » peut avoir besoin, pour contrefaire une carte bancaire, d'accéder à un logiciel afin de comprendre son fonctionnement en le décryptant et ainsi le contourner à son profit. Or, un tel acte peut être réprimé pénalement. En effet, en décryptant l'algorithme d'identification des cartes bancaires, qui est un logiciel protégé par le droit d'auteur, le « *pirate* » se livre à un travail de décompilation, lequel n'est autorisé par l'article L. 122-6-1 du Code de la propriété intellectuelle que pour assurer la maintenance ou la modification d'un logiciel et non pas pour déjouer sa fonction de dispositif de sécurité ³⁰.

« *parce qu'il vérifie, lors d'une transaction, l'authenticité de la carte (...)* il doit être considéré comme partie intégrante du système automatisé de données ». Ainsi, et c'est un des apports du jugement, repris par l'arrêt, un terminal de paiement isolé fait partie intégrante du système car il est destiné à opérer une transaction au moyen d'une carte bancaire.

29 De même, un arrêt rendu le 6 septembre 2004 par la Cour d'appel de Paris a condamné, pour complicité d'accès frauduleux dans un système de traitement automatisé de données, le prévenu ayant fourni des données informatiques provenant de cartes bancaires réelles apposées par des tiers sur des supports vierges, Cour d'appel de Paris, 6 septembre 2004, Juris-Data, n° 2004-254153.

30 P. Chalinne, *L'informatique et le régime des sources*, D., 1997, doctrine, p. 162.

14. Dès lors, l'individu qui, pour pouvoir avoir accès à un système et en retirer des informations, a besoin de décompiler tout ou partie des applications présentées exclusivement sous forme de codes exécutables, et qui procède à cette décompilation, peut encourir les sanctions de la contrefaçon de logiciel prévues aux articles L. 335-3 et L. 335-4 du Code de la propriété intellectuelle, soit trois ans d'emprisonnement et 300 000 euros d'amende pour les personnes physiques³¹.

Ainsi, aujourd'hui, l'agent qui achète des cartes à processeur programmables sur lesquelles il transcrit un programme afin de leurrer un terminal de paiement électronique encourt de sévères sanctions. Il en va de même s'il use frauduleusement de cartes bancaires.

II L'utilisation frauduleuse de carte bancaire

La législation propre aux cartes bancaire ne réprimant pas leur usage frauduleux, si ce n'est par l'article L. 163-4 du Code monétaire et financier le fait de « *faire ou de tenter de faire usage, en connaissance de cause, d'une carte de paiement ou de retrait contrefaite ou falsifiée* »³², il convient de se référer aux incriminations générales figurant dans le Code pénal pour sanctionner de telles utilisations (A). Les dispositions régissant spécifiquement la carte bancaire se contentent, en effet, de prévoir les effets civils de ces dernières (B).

A. Les cas d'utilisation frauduleuse

Les incriminations figurant dans le Code pénal permettent de sanctionner efficacement les utilisations frauduleuses de cartes bancaires commises tant par leur titulaire (1) que par des tiers (2).

1. L'utilisation frauduleuse par le titulaire

15. Le titulaire encourt-il des sanctions s'il vient à utiliser frauduleusement sa carte bancaire pour retirer des fonds auprès d'un distributeur automatique de billets, ou

pour payer un bien auprès d'un commerçant ? La jurisprudence opère sur cette question une distinction selon que la carte est valide ou pas.

Tout d'abord, lorsque la carte bancaire est valide, on s'est demandé si le titulaire qui utilisait cette dernière auprès d'un distributeur automatique au-delà des possibilités de son compte encourait une sanction pénale. Les banquiers émetteurs souhaitaient, en effet, que dans cette hypothèse, le titulaire indélicat soit réprimé sur le fondement de l'escroquerie ou sur celui du vol. La Cour de cassation a alors tranché la discussion en décidant que le client n'encourt aucune responsabilité pénale, puisque « *les faits reprochés s'analysent en l'inobservation d'une obligation contractuelle et n'entrent dans les prévisions d'aucun texte répressif* »³³.

16. La solution varie toutefois, pour la jurisprudence, si la carte n'est plus valide. En effet, le titulaire n'étant plus en droit d'utiliser sa carte bancaire, les magistrats ont parfois retenu à son encontre, à l'égard de l'émetteur, le délit d'abus de confiance³⁴, car il refusait de restituer à ce dernier la carte annulée ou périmée alors qu'il était mis en demeure de le faire³⁵.

A notre sens, cette solution n'est pas pleinement satisfaisante. Tout d'abord, pour la jurisprudence, le défaut de restitution, ou le retard dans la restitution, n'impliquent pas, nécessairement, le détournement ou la dissipation, éléments essentiels du délit d'abus de confiance³⁶. En outre, la caractérisation de ce délit ne permet de sanctionner que le fait de refuser de restituer la carte et non pas l'utilisation de cette dernière pour se faire remettre de l'argent par un établissement de crédit ou pour payer un commerçant³⁷. L'abus de confiance n'est donc pas adapté pour réprimer un tel usage frauduleux de la carte bancaire.

17. Comment, dès lors, sanctionner le titulaire qui use de sa carte, désormais non valide, auprès d'un distributeur automatique de billets qui lui remet une somme d'argent ? Le délit d'escroquerie³⁸ peut-il être caractérisé ?

Si l'élément intentionnel du délit paraît présent, le titulaire ayant nécessairement connaissance, en raison de

31 Sanctions renforcées par la loi n° 2004-204 du 9 mars 2004, portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité, JO, 10 mars 2004, p. 4567.

32 C'est ainsi qu'a été condamné pour complicité d'usage frauduleux de cartes de paiement ou de retrait le prévenu qui fournit des numéros de cartes bancaires pour la réalisation par un tiers de cartes contrefaites, Cour d'appel de Paris, 6 septembre 2004, Juris-Data, n° 2004-254153.

33 Cass. crim., 24 novembre 1983, arrêt Lafont, Bull. crim., 1983, n° 315, D., 1984, info. rap., p. 307, obs. Vasseur, D., 1984, juris., p. 465, note Lucas de Leyssac, RTD Com., 1984, p. 321, obs. Cabrillac et Teyssie, RSC, 1984, p. 515, obs. Bouzat, RSC, 1985, p. 101, obs. Masse. Dans le même sens, Cour d'appel d'Angers, 2 décembre 1980, Gaz. pal., 1981, 2, p. 704, note Sousi-Roubi, D., 1981, juris., p. 353, obs. Vasseur, RTD Com., 1981, p. 334, obs. Cabrillac et Teyssie ; Cour d'appel de Lyon, 9 juillet 1981, Gaz. pal., 1981, 2, p. 704, note Sousi-Roubi, RTD Com., 1981, p. 868, obs. Bouzat, RSC, 1982, p. 129, obs. Bouzat ; Cour d'appel de Lyon, 9 juillet 1981, Gaz. pal., 1981, 2, p. 704, note Sousi-Roubi ; Cour d'appel d'Angers, 4 février 1982, D., 1982, juris., p. 312, note Sousi-Roubi, RTD Com., 1982, p. 302, note Bouzat, RSC, 1982, p. 619, obs. Bouzat ; Cour d'appel de Bordeaux, 25 mars 1987, D., 1987, juris., p. 424, note Pradel. Contra, pour la qualification de vol, TGI de Troyes, 27 avril 1976, D., 1977, juris., p. 122, note Cazals, RSC, 1977, p. 341, obs. Bouzat ; Cour d'appel de Lyon, 20 avril 1982, D., 1982,

juris., p. 539, note Sousi-Roubi, RSC, 1983, p. 91, obs. Bouzat. Pour la qualification d'escroquerie, Cour d'appel de Douai, 10 mars 1976, RTD Com., 1976, p. 584, obs. Cabrillac et Rives-Lange.

34 Articles 314-1 et s. du Code pénal. TGI de Créteil, 15 janvier 1985, D., 1985, info. rap., p. 344, obs. Vasseur ; V. obs. Bouzat, RSC, 1986, p. 379.

35 Le tribunal faisait justement remarquer que l'article 10-32 du contrat-porteur énonçait que « *la carte reste la propriété de la banque émettrice qui a le droit de la retirer à tout moment (...). Le titulaire de la carte s'oblige en conséquence à la restituer à première demande et s'expose aux sanctions prévues par l'article 405 du Code pénal, si, après notification du retrait de la carte par simple lettre, il continue à en faire usage* ». Il est à noter que cet article visait, sous l'ancien Code pénal, le délit d'escroquerie et non pas celui d'abus de confiance.

36 V. par ex., Cass. crim., 11 juin 1980, Bull. crim., 1980, n° 188 ; Cass. crim., 25 juillet 1991, Droit pénal, 1992, comm. n° 35, obs. Veron ; Cass. crim., 17 février 1992, Bull. crim., 1992, n° 72. Il en va de même après mise en demeure, Cass. crim., 19 février 1990, Bull. crim., 1990, n° 80.

37 En cela, le jugement du TGI de Créteil du 15 janvier 1985 précité est critiquable car, en l'espèce, le titulaire de la carte s'était non seulement refusé à restituer la carte, mais avait continué à l'utiliser.

38 Articles 313-1 et s. du Code pénal.

la mise en demeure, de son obligation de restituer la carte et ainsi de l'absence de validité de cette dernière, il en va différemment pour l'élément matériel. Tout d'abord, le titulaire de la carte ne recourt ni à un faux nom, ni à une fausse qualité, telle celle de détenteur d'une carte valide³⁹. De même, l'abus d'une qualité vraie semble très improbable puisqu'il est nécessaire que l'intéressé abuse de la confiance qu'inspire sa fonction. Or, la simple qualité de client de banque n'est pas de nature à inspirer une confiance particulière⁴⁰. Enfin, il paraît difficile de caractériser ici des manœuvres frauduleuses, l'intéressé se revendiquant simplement comme détenteur d'une carte valide, c'est-à-dire mentant sur la nature de cette dernière. Or, un simple mensonge, même écrit, est insuffisant pour constituer l'élément matériel du délit⁴¹. Il faut, pour qu'il devienne manœuvre frauduleuse, qu'il soit corroboré par un ou plusieurs éléments lui donnant force et crédit. Cependant, aucun élément extérieur ne paraît présent dans notre hypothèse, si ce n'est la production de la carte ; mais cette dernière ne saurait, en elle-même, venir « conforter » le mensonge initial : ce n'est pas parce que l'on présente sa carte bancaire que l'on produit un écrit attestant de la véracité du mensonge en question. Le délit d'escroquerie ne semble donc pas pouvoir être envisagé.

Il en va de même à l'égard du commerçant chez qui le titulaire a usé de cette carte pour acquérir un bien, alors qu'il avait connaissance de l'annulation de cette dernière, faute d'élément matériel de l'incrimination. L'arrêt de cour d'appel ayant retenu, dans cette hypothèse, le délit en question⁴² est dès lors, selon nous, contestable.

18. Une solution similaire est encore à relever si la carte bancaire est faussement déclarée volée par son titulaire. Certes, dans ce cas, des manœuvres frauduleuses peuvent facilement être relevées si l'intéressé vient à produire un document confortant son mensonge, tel un récépissé de déclaration de vol délivré par la police. Cependant, la caractérisation du délit implique que les manœuvres aient déterminé une remise de la part de la victime. Or, une banque qui vient à remettre des fonds, par l'intermédiaire d'un distributeur automatique de billets, à cet agent, n'effectue pas cette remise en raison des manœuvres en question. Ces dernières sont indépendantes du versement des fonds, ce qui ne permet pas de retenir l'escroquerie faute, encore une fois, d'élément matériel du délit⁴³.

Une intervention du législateur serait, dès lors, quelque peu opportune sur cette question afin que le titulaire d'une carte non valide qui en abuse intentionnellement voit son comportement sanctionné à l'image des tiers

qui viennent à utiliser frauduleusement des cartes bancaires dont ils ne sont pas titulaires.

2. L'utilisation frauduleuse par un tiers

19. L'usage frauduleux d'une carte bancaire par une personne qui n'est pas titulaire de cette dernière, tel un voleur, engage, pour la jurisprudence, la responsabilité pénale de l'intéressé sur le fondement de l'escroquerie. Les magistrats en ont décidé ainsi, tant à l'égard de la banque⁴⁴, que des commerçants chez qui des biens ont été achetés avec l'aide de la carte⁴⁵.

20. Cette solution nous semble fondée en droit. Tout d'abord, la qualification de vol est ici à exclure. En effet, concernant les distributeurs automatiques de billets, ces appareils sont programmés de telle sorte qu'ils servent des billets sur introduction de la carte. Dès lors, la remise a été voulue dans ces conditions par le banquier. De même, les biens remis par les commerçants en échange du paiement par carte l'ont été volontairement. Il n'y a donc pas d'acte de soustraction nécessaire à la caractérisation du délit de vol.

De plus, les éléments constitutifs du délit d'escroquerie paraissent présents en l'espèce. En effet, les cartes étant nominatives, la personne qui se fait remettre des fonds ou un bien grâce à la carte, et qui en compose de surcroît le code confidentiel du vrai titulaire, fait usage de faux nom, celui de ce dernier, ce qui lui permet d'obtenir de la banque ou de commerçants la remise de fonds ou de biens. La présence de l'élément matériel du délit ne souffre, dans cette hypothèse, d'aucune contestation. L'élément moral quant à lui sera facilement démontrable, notamment lorsque la carte aura fait l'objet d'une soustraction frauduleuse.

21. En outre, on peut penser que celui qui tente d'utiliser une carte volée pour retirer de l'argent dans un distributeur automatique de billets et qui n'y parvient pas, car il n'a pas bien relevé le code confidentiel permettant l'emploi de la carte, a aussi recours à un faux nom en se présentant frauduleusement comme titulaire d'une carte nominative ne correspondant pas à son véritable patronyme. Il accomplit ainsi un commencement d'exécution ne manquant son effet, la remise de fonds, qu'en raison de circonstances indépendantes de sa volonté : ne pas avoir bien vu le code composé par le titulaire avant de lui dérober sa carte. La tentative du délit d'escroquerie peut donc être relevée.

39 En effet, selon une jurisprudence constante, le fait de se prétendre faussement propriétaire ne constitue pas l'usage de fausse qualité. En ce sens, par ex., Cass. crim., 26 mars 1885, Bull. crim., 1885, n° 100 ; Cass. crim., 13 décembre 1912, Bull. crim., 1912, n° 639 ; Cass. crim., 4 mars 1937, D., 1937, p. 237.

40 Il en va différemment avec la qualité de directeur de banque, Cass. crim., 3 mars 1960, Gaz. pal., 1960, 1, p. 329.

41 Cass. crim., 20 juillet 1960, D., 1961, juris., p. 191, note Chavanne ; Cass. crim., 7 octobre 1969, Bull. crim., 1969, n° 242 ; Cass. crim., 9 mars 1992, Droit pénal, 1992, comm. n° 256, obs. Veron ; Cass. crim., 24 septembre 1998, Bull. crim., 1998, n° 236, Droit pénal, 1999, comm. n° 19, obs. Veron.

42 Cour d'appel de Paris, 16 août 1974, RTD Com., 1975, p. 157, obs. Cabrillac et Rives-Lange.

43 Pour une affaire relativement proche, Cour d'appel de Toulouse, 10 novembre 2004, Juris-Data, n° 2004-257807.

44 Cour d'appel de Bordeaux, 25 mars 1987, D., 1987, juris., p. 424, note Pradel, JCP, 1987, éd. E., 16645.

45 Cass. crim., 19 mai 1987, Gaz. pal., 1988, 1, sommaire, p. 5, note Doucet, RTD Com., 1988, p. 270, obs. Cabrillac et Teyssie ; Cour d'appel de Paris, 28 janvier 1999, D. aff., 1999, p. 673, obs. X. D. ; Cour d'appel de Paris, 22 mars 2000, Juris-Data, n° 2000-117774 ; Cour d'appel de Chambéry, 12 décembre 2002, Juris-Data, 2002-200445 ; Cass. crim., 2 mars 2004, n° de pourvoi : 03-82788, inédit. Cependant, le commerçant qui accepte de recevoir des paiements avec des cartes dont il connaît l'origine frauduleuse et qui présente à la banque les facturettes correspondantes se rend coupable d'escroquerie au préjudice de la banque, Cass. crim., 3 novembre 1993, Banque, 1994, p. 97, obs. Guillot.

22. Il semble, par ailleurs, qu'il est des hypothèses dans lesquelles l'abus de confiance doit être préféré à l'escroquerie, car plus adéquate pour sanctionner pénalement les faits en question. Il en va de la sorte, à titre d'illustration, lorsque la carte et son code confidentiel ont été remis volontairement par le titulaire de la carte à un tiers afin qu'il en fasse un usage déterminé, et que ce dernier en use abusivement, en réalisant des achats ou des retraits différents de l'usage prédéfini⁴⁶.

23. Enfin, la répression pénale s'adaptant aux évolutions de la science, celle-ci est, désormais, aussi envisageable alors que l'usage frauduleux ne porte que sur le numéro de la carte du moment que les éléments constitutifs des incriminations en questions sont présents. Ainsi, le fait d'utiliser le numéro d'une carte découvert, par exemple, sur un ticket jeté par le titulaire, pour procéder à des achats par correspondance, notamment sur le réseau Internet, est constitutif du délit d'escroquerie⁴⁷. De même, le délit d'abus de confiance a été retenu contre une personne ayant utilisé le numéro d'une carte que lui avait communiqué le porteur sans respecter ce qui avait été convenu avec ce dernier⁴⁸.

Outre ces qualifications pénales, l'utilisation frauduleuse de carte bancaire reçoit, une solution sur le terrain civil, le législateur français ayant prévu des dispositions particulières pour protéger les titulaires des cartes bancaires contre les utilisations frauduleuses qui pourraient en être faites par des tiers.

B. Les effets civils de l'utilisation frauduleuse

A l'image du droit du chèque, une procédure d'opposition a été instaurée en matière de carte bancaire (1). Celle-ci permet de faire échapper, sous certaines conditions, le titulaire de la carte bancaire du paiement des opérations réalisées frauduleusement (2).

1. Les cas d'opposition

24. Par principe, et l'article L. 132-2, alinéa 1^{er} du Code monétaire et financier le rappelle, « *l'ordre ou l'engagement de payer donné au moyen d'une carte de paiement est irrévocable* ». Néanmoins, l'alinéa suivant prévoit la possibilité pour le titulaire de la carte de faire opposition au

46 Cour d'appel d'Aix-en-Provence, 2 mars 2004, Juris-Data, n° 241429 ; Cass. crim., 19 mai 2004, Bull. crim., 2004, n° 125, Droit pénal, 2004, comm. n°129, obs. Veron, Gaz. pal., 27 janvier 2005, p.5, note A.C.

47 Cour d'appel de Montpellier, 7 avril 1999, Juris-Data, n° 1999-034085 ; Cour d'appel de Toulouse, 15 novembre 2001, Gaz. pal., 2002, 2, sommaire, p. 1161, note Blanchot ; Cour d'appel de Douai, 13 mai 2004, Juris-Data, n° 2004-243403. Dans ce dernier, seule la tentative d'escroquerie a été retenue, les marchandises en question n'ayant pas été livrées par la société informée par la banque de l'absence de correspondance entre le nom fourni et celui du titulaire de la carte.

48 Cass. crim., 14 novembre 2000, Bull. crim., 2000, n° 338, RSC, 2001, p. 385, obs. Ottenhof, Revue de droit bancaire et financier, 2001, p. 75, obs. Credot et Gerard, Droit pénal, 2001, comm. n° 28, obs. Veron. Il est à noter que, jusqu'à cet arrêt, la chambre criminelle se refusait à sanctionner sur le terrain de l'abus de confiance le détournement d'une information à défaut du support de celle-ci. En ce sens, Cass. crim., 9 mars 1987, JCP, 1988, II, 20913, note Deveze.

49 Pour une étude de ces différents cas, J.-M. Jude, Le règlement par

paiement dans des circonstances particulières : « *en cas de perte, de vol ou d'utilisation frauduleuse de la carte ou des données liées à son utilisation, de redressement ou de liquidation judiciaire du bénéficiaire* »⁴⁹. Ces cas, limitatifs⁵⁰, d'opposition ont soulevé différentes questions.

25. Tout d'abord, concernant le redressement et la liquidation judiciaire, comment interpréter le terme « *bénéficiaire* » ? Est-ce simplement, comme en matière de chèque, le bénéficiaire de l'ordre de paiement, ou faut-il y inclure de plus le bénéficiaire de la carte c'est-à-dire son titulaire ? La discussion d'un amendement au cours des débats parlementaires a été l'occasion de préciser cette hypothèse. Ainsi, selon les députés⁵¹, ce cas d'opposition ne vise pas la procédure collective ouverte à l'encontre du titulaire de la carte, mais seulement celle intéressant le bénéficiaire de l'ordre de paiement. En effet, le titulaire peut être amené à procéder à un paiement au profit d'un commerçant dont il ignore l'état de faillite, alors qu'il ne doit pas régler celui-ci mais l'administrateur judiciaire. La jurisprudence s'est prononcée en ce sens⁵².

26. De même, que faut-il entendre par « *utilisation frauduleuse de la carte ou des données liées à son utilisation ?* »⁵³. Cette question, qui s'est aussi posée en matière de chèque⁵⁴, a été quelque peu précisée, au moment du vote de la loi du 15 novembre 2001, par le secrétaire d'Etat aux petites et moyennes entreprises. En effet, pour ce dernier, cette notion recouvrirait trois cas⁵⁵ : celui où la transaction n'est pas autorisée par le titulaire et effectuée en connaissance de cause, celui de l'utilisation en connaissance de cause d'une carte de paiement obtenue frauduleusement, fautive ou falsifiée et, enfin, celui de l'utilisation non autorisée, en connaissance de cause, des données d'identification, notamment les numéros de carte, pour le lancement ou le traitement d'une opération de paiement.

Cette notion est donc excessivement large, et ce d'autant plus, qu'à la différence de l'opposition en matière de chèque, est visée ici l'utilisation tant de la carte que des numéros qu'elle contient. En effet, les « *données liées à son utilisation* » évoquées par l'article peuvent être le simple numéro d'identification de la carte (à distinguer du code secret d'utilisation) et la date de validité servant à effectuer les paiements en ligne, par courrier, téléphone ou Internet. Par conséquent, peu invoqué en matière de chèque⁵⁶, ce cas paraît promu à un grand avenir en

carte bancaire et par chèque : unité ou dualité ?, D., 2003, aff., p. 2677 et s.

50 Pour le rejet d'une opposition fondée sur la falsification d'un bordereau de carte bancaire, Cass. com., 26 mars 2002, RJDA, 2002, n° 932.

51 JO, Ass. nat., 26 avril 2001, p. 2043.

52 Cour d'appel de Paris, 18 avril 2000, RJDA, 2000, n° 908.

53 Pour la doctrine (Ch. Gavalda et J. Stoufflet, *Instruments de paiement et de crédit*, éd. Litec, Paris, 2003, 5^e éd., n° 432), cette notion « d'utilisation frauduleuse » recouvre certainement tout usage de la carte par un tiers qui se livrerait à l'une des pratiques sanctionnées pénalement par l'article L. 163-4 du Code monétaire et financier. Cette solution est, à notre sens, incomplète, dans la mesure où ce dernier article ne vise que des actes réalisés avec une carte et non avec seulement les « *données liées à son utilisation* ».

54 J. Lasserre Capdeville, Les éclaircissements jurisprudentiels de l'opposition en matière de chèque, Banque & droit, 2004, n° 98, p. 3.

55 Avis n° 333 de M. André Vallet, fait au nom de la commission des finances. A. Blanchot, *La protection accordée par la loi sur la sécurité quotidienne en cas d'utilisation frauduleuse d'une carte bancaire*, Gaz. pal., 2002, doctrine, p. 124.

matière de carte, car beaucoup de fraudes actuelles sont réalisées par utilisation du numéro de la carte, notamment pour des achats sur le réseau Internet.

27. Enfin, et c'est une autre des incertitudes découlant de la loi, l'émetteur est-il juge du bien-fondé de l'opposition réalisée par la titulaire de la carte ? La question est en pratique essentielle, dans la mesure où le rejet de l'opposition laisse à la charge de ce titulaire le paiement des débits frauduleux. La difficulté ne provient pas ici de la formulation de la loi, mais de son silence. En matière de chèque, le banquier ne peut juger de la régularité de l'opposition et doit, dans tous les cas, respecter le retrait du mandat que constitue l'opposition. Il appartient au créancier de demander la mainlevée de l'opposition au juge des référés⁵⁷. Il n'en va pas de même en matière de carte bancaire, puisque l'intervention du juge n'a pas été prévue par le législateur. Les auteurs se sont donc opposés sur la possibilité, pour le banquier, de juger de la légitimité d'une opposition à un paiement par carte.

Pour un premier courant doctrinal⁵⁸, s'appuyant sur les travaux préparatoires d'où ressort le caractère délibéré du silence de la loi, le banquier doit pouvoir se faire juge des oppositions. A défaut, on pourrait craindre que les titulaires de mauvaise foi ne puissent, par de fausses oppositions, porter atteinte trop aisément aux impératifs de sécurité que le législateur a voulu imposer en citant expressément l'irrévocabilité des paiements par carte.

Cependant, pour d'autres auteurs⁵⁹, il n'est pas possible que le banquier, mandataire de son client, soit ainsi érigé en censeur de son mandant, le titulaire de la carte. Cette analyse a d'ailleurs été reprise par un arrêt de la Cour d'appel d'Orléans du 2 février 1994⁶⁰. Seul le juge est, dès lors, compétent pour ordonner la mainlevée de cette opposition et le banquier, qui reçoit cette dernière, doit se contenter de l'enregistrer sans pouvoir débiter le compte de son client jusqu'à la solution du litige.

Il convient, à notre sens, de se prononcer en faveur de cette dernière solution, même si l'on peut douter que les règles du mandat puissent réellement s'appliquer dans l'ordre de paiement⁶¹. Il nous paraît préférable, dès lors, de fonder cette solution sur le principe de non-ingérence, puisque, à défaut d'être dans l'une des hypothèses jurisprudentielles ou légales dans lesquelles le banquier doit être vigilant, le principe demeure⁶². Ce fondement, qui se

rencontre en matière de carte bancaire⁶³, impose ainsi au banquier de ne pas s'immiscer dans les affaires de ses clients en dehors d'une anomalie évidente. Par conséquent, les émetteurs de cartes doivent se contenter d'informer leurs clients des conséquences civiles d'une opposition irrégulière, sans se faire juge de celles qui leurs sont présentées.

2. Les effets de l'opposition

28. L'opposition produit des conséquences importantes puisqu'elle permet un transfert des risques, ceux-ci passant de l'adhérent, avant l'opposition, au banquier après cette dernière⁶⁴. La procédure diffère cependant selon que l'utilisation frauduleuse implique un usage matériel, ou non, de la carte.

29. Tout d'abord, en vertu de l'article L. 132-3 du Code monétaire et financier, en cas de perte ou de vol, tant que l'opposition n'est pas effectuée, l'adhérent demeure tenu, même en l'absence de faute de sa part, des débits frauduleux antérieurs à son opposition⁶⁵ dans la limite d'un plafond de 150 euros⁶⁶. Cette limitation de la responsabilité du porteur introduite par la loi du 15 novembre 2001 ne peut qu'être approuvée. Elle contribue, en effet, à désarmer la méfiance de certains à l'égard des cartes de paiement.

Cependant, ce plafond n'est pas applicable si l'intéressé a agi avec « une négligence constituant une faute lourde » ou si, après la perte ou le vol de la carte, « il n'a pas effectué la mise en opposition dans les meilleurs délais, compte tenu de ses habitudes d'utilisation de la carte ». Ces deux hypothèses méritent certaines précisions.

En premier lieu, le porteur doit avoir une réaction rapide lorsqu'il découvre la disparition de sa carte. La difficulté sur ce dernier point est la détermination du caractère tardif d'une opposition. La fréquence de l'usage qu'il en fait habituellement à laquelle se réfère l'article L. 132-3, fournit une indication utile. La réception d'un relevé de compte mentionnant les opérations frauduleuses est également une donnée pertinente, dans la mesure où le client est supposé en avoir pris connaissance et a le devoir de le faire. La "tardiveté" de l'opposition est donc appréciée subjectivement⁶⁷. En outre, le contrat unissant le titulaire de la carte et la banque peut prévoir un délai pour faire

56 J. Lasserre Capdeville, op. cit., p. 5 et s.

57 Article L. 131-35, alinéa 4 du Code monétaire et financier.

58 R. Trinquet, *Paiement par carte, l'irrévocabilité*, Bancatique, 1985, p. 590 ; F.-J. Credot, *Conditions et effets des oppositions en matière de carte de paiement*, Petites affiches, 1986, n° 111, p. 105 ; J. Deveze, note sous Cass. com., 20 octobre 1998, JCP, 1999, éd. E., p. 1103.

59 D. Martin, *Analyse juridique du règlement par carte de paiement*, D., 1987, doctrine, p. 52, n° 8 ; C. Lucas de Leyssac, *Les cas d'opposition au paiement d'une opération-carte. Article 57-2 du décret-loi du 30 octobre 1935*, in Mélanges Jeantin, éd. Dalloz, Paris, 1999, p. 329 et s. Ce dernier montre, notamment, que le raisonnement des partisans du pouvoir d'appréciation du banquier n'est convaincant que si l'opposition en matière de carte est une « opposition-obstacle » et non une « opposition-dénonciation ».

60 Cour d'appel d'Orléans, 2 février 1994, D., 1998, juris., p. 37, note Lucas de Leyssac.

61 F. Grua, *Sur les ordres de paiement en général*, D., 1996, doctrine, p. 172, n° 5.

62 J. Lasserre Capdeville, *Que reste-t-il au XXI^e siècle du devoir de non-ingérence du banquier ?*, Banque & droit, 2005, n° 100, p. 11 et s.

63 Cass. com., 26 mars 2002, RJDA, 2002, n° 932 ; Cass. com., 1^{er} juillet 2003, Juris-Data, n° 019863, RJDA, 2004, n° 91, JCP, 2003, éd. E., 1666, note Bernheim-Desvaux, D., 2003, aff., p. 2374, obs. Avena-Robardet, *Revue de droit bancaire et financier*, 2003, p. 359, obs. Credot et Gerard, *Banque & droit*, 2004, n° 93, p. 55, obs. Bonneau, *RTD Com.*, p. 795, obs. Legeais.

64 Cette solution est conforme à l'article 5 de la Recommandation de la Commission des communautés du 30 juillet 1997, JOCE, n° L. 208, 2 août 1997, p. 52.

65 V. par ex., Cass. com., 1^{er} mars 1994, D., 1995, juris., p. 167, note Ekollo, JCP, 1994, II, 22286, note Gavalda ; Cass. com., 9 avril 1996, *RTD Com.*, 1996, p. 510, obs. Cabrillac ; Cass. com., 21 mai 1996, *Revue de droit bancaire et de la bourse*, 1996, p. 234, obs. Credot et Gerard ; Cass. com., 27 janvier 1998, *Revue de droit bancaire*, 1998, n° 66, p. 57, obs. Credot et Gerard ; *TI d'Arras*, 5 octobre 2001, *Banque & droit*, 2002, n° 86, p. 57, obs. Guillot.

66 Le plus souvent, les banques offrent la faculté aux titulaires de cartes de s'assurer, de sorte qu'ils ne paient pas la franchise en cas d'usage frauduleux de leur carte antérieurement à l'opposition.

opposition au-delà duquel le titulaire de la carte est privé du bénéfice du plafond en question. Néanmoins, il est expressément prévu par la loi que ce délai ne peut être inférieur à deux jours francs après la perte ou le vol de la carte.

La faute lourde, quant à elle, peut être définie comme « *un comportement qui s'écarte largement du comportement qu'aurait eu dans les mêmes circonstances le bon père de famille* »⁶⁸. Il semble, dès lors, que les fautes que la jurisprudence a rencontrées avant la loi du 15 novembre 2001 ne soient pas complètement dépourvues de conséquences aujourd'hui, et peuvent justifier une mise totale ou partielle du dommage à la charge du porteur, à la condition que la faute puisse être qualifiée de faute lourde. On doit pouvoir caractériser cette dernière, par exemple, dans le fait de faire figurer son code confidentiel sur un document conservé avec la carte ou sur la carte elle-même⁶⁹.

30. La situation est radicalement différente après notification d'une opposition. Dans ce cas, en effet, l'émetteur est dans l'obligation de déprogrammer la carte et d'éviter que des opérations soient effectuées par un tiers non-habilité. Concrètement, la carte doit être « désactivée » et le fichier des cartes perdues ou volées informé. A défaut, le banquier est tenu au paiement des débits frauduleux postérieurs à l'opposition⁷⁰.

31. Par ailleurs, le développement de la vente à distance, sur simple communication du numéro de la carte bancaire, sans utilisation du code secret ayant multiplié les possibilités de fraude, le législateur a réglementé, par la loi du 15 novembre 2001, les effets civils de telles utilisations frauduleuses⁷¹ constitutives du délit d'escroquerie.

Aux termes de l'article L. 132-4, alinéa 1^{er} du Code monétaire et financier, « *la responsabilité du titulaire d'une carte mentionnée à l'article L. 132-1 n'est pas engagée si le paiement contesté a été effectué frauduleusement, à distance sans utilisation physique de sa carte* ». De même, pour l'article L. 132-4, alinéa 2 du Code monétaire et

financier, la responsabilité du titulaire « *n'est pas engagée en cas de contrefaçon de sa carte au sens de l'article L. 163-4 et si, au moment de l'opération contestée, il était en possession physique de sa carte* ». Ainsi, dans ces deux hypothèses, si le titulaire de la carte conteste par écrit avoir effectué un paiement ou un retrait, les sommes contestées lui sont re-créditées sur son compte par l'émetteur de la carte ou restituées, sans frais, « *au plus tard dans le délai d'un mois à compter de la réception de la contestation* ». La totalité des frais bancaires supportés par le titulaire de la carte est également remboursable par l'émetteur de la carte⁷². Une telle disposition était nécessaire pour sécuriser les ventes à distance⁷³.

L'article L. 132-4 du Code monétaire et financier n'a cependant fait l'objet d'aucune application à ce jour, même si un arrêt rendu le 23 juin 2004 par la chambre commerciale de la Cour de cassation⁷⁴, portant sur des faits antérieurs à la loi du 15 novembre 2001, a retenu une solution similaire.

32. Le recours à cet article demeure, néanmoins, quelque peu incertain quant à la démonstration de la fraude. En effet, si l'on applique les règles classiques sur la charge de la preuve, on pourrait en déduire que le titulaire de la carte bancaire ne peut pas se contenter d'invoquer un cas d'exonération de sa responsabilité, mais est tenu de rapporter une preuve négative, celle de l'absence d'utilisation de sa carte de crédit, et une preuve positive, celle d'une fraude au paiement. Cependant, une telle solution n'est guère favorable au titulaire de la carte, ce qui réduit considérablement l'efficacité de l'article L. 132-4 précité⁷⁵ ainsi que la confiance dans le paiement par l'intermédiaire du réseau internet. Il convient dès lors, à notre sens, d'opérer en la matière un renversement de la charge de la preuve, en exigeant du banquier émetteur, pour échapper à l'obligation de re-créditer le compte du titulaire, de démontrer l'utilisation régulière de la carte. Il doit suffire, par conséquent, au porteur de contester par écrit avoir effectué un paiement ou un retrait pour qu'il puisse bénéficier d'une décharge de responsabilité sans

67 V. par ex., Cass. com., 27 janvier 1998, Revue de droit bancaire et financier, 1998, p. 57, obs. Credot et Gerard ; Cour d'appel de Paris, 6 octobre 1998, info. rap., p. 342 ; Cour d'appel de Chambéry, 5 mars 2002, JCP, 2002, IV, 2639 ; Cour d'appel de Grenoble, 5 mai 2003, Juris-Data, n° 233910 ; Cour d'appel de Lyon, 3 juin 2004, Juris-Data, n° 2004-249437. C'est ainsi que n'a pas été jugée tardive une opposition réalisée trois jours après un vol de carte bleue, les porteurs ayant constaté celui-ci au cours d'une croisière et l'opposition ayant été formée dès le débarquement, Cour d'appel de Paris, 12 décembre 2002, Juris-Data, n° 2002-205283.

68 G. Cornu, *Vocabulaire juridique*, Association Henri Capitant, éd. PUF, Paris, 2002, p. 387.

69 V. par ex., Cour d'appel de Versailles, 17 janvier 1980, Banque, 1980, p. 505, obs. Martin, RTD Com., 1980, p. 586, obs. Cabrillac et Rives-Lange ; Cass. com., 10 janvier 1995, Bull. civ., 1995, IV, n° 7, Revue de droit bancaire et de la bourse, 1995, p. 78, obs. Credot et Gerard, RTD Com., 1995, p. 458, obs. Cabrillac.

70 V. par ex., Cass. com., 20 octobre 1998, Juris-Data, n° 1998-003907, Bull. civ., 1998, IV, n° 244, JCP, 1999, éd. E., 1101, note Deveze ; Cour d'appel d'Orléans, 21 mars 2002, JCP, 2003, éd. E., pan., 1298, Revue de droit bancaire et financier, 2002, p. 183, obs. Credot et Gerard ; Cour d'appel de Montpellier, 27 avril 2004, Juris-Data, n° 2004-252700.

71 Avant l'intervention du législateur, la jurisprudence avait tenté de régir cette situation au cas par cas. Ainsi un jugement du TGI de Paris

du 23 novembre 2000 a condamné la Société générale à rembourser à la titulaire d'une carte, qui n'avait été ni perdue ni volée, la totalité des sommes débitées au titre de retraits que la titulaire n'avait pu effectuer. En l'espèce, le montant total des retraits, soit 5 000 francs, réalisés dans la même journée excédait le plafond contractuel, c'est-à-dire 3 000 francs, ce qui a suffi au tribunal à prouver l'existence d'un « *dysfonctionnement imputable à la Société générale* », TGI de Paris, 23 novembre 2000, D., 2001, aff., actualité, p. 475, obs. Avena-Robardet, Revue de droit bancaire et financier, 2001, p. 76, obs. Credot et Gerard.

72 Article L. 132-5 du Code monétaire et financier.

73 Le délai légal pendant lequel le titulaire d'une carte de paiement ou de retrait a la possibilité de déposer une réclamation est fixée à 70 jours « *à compter de la date de l'opération contestée* ». Ce délai peut cependant être prolongé contractuellement, sans pouvoir, toutefois, dépasser 120 à compter de l'opération contestée. La longueur de ce délai s'imposait, la découverte de la fraude au numéro de carte étant impossible, sauf à consulter quotidiennement son compte bancaire.

74 Cass. com., 23 juin 2004, Juris-Data, n° 2004-024317, Banque & droit, 2004, n° 97, p. 82, obs. Bonneau, RTD Com., 2004, p. 792, obs. Legeais, Revue de droit bancaire et financier, 2004, p. 319, obs. Credot et Gerard, D., 2004, aff., p. 1972, RJDA, 2005, n° 72.

75 J. Stoufflet, *Nouvelles interventions législatives dans les relations entre les établissements de crédit et leurs clients*, Revue de droit bancaire et financier, 2002, n° 1, p. 41, n° 37.

que sa négligence, quant à la conservation de son code, soit prise en considération.

Conclusion

32. Les créations frauduleuses de cartes bancaires, comme leurs utilisations, sont, désormais, appréhendées par le droit répressif, tant par des incriminations «générales», figurant dans le Code pénal, que par des incriminations spécifiques à la carte bancaire. Les utilisateurs sortent, dès lors, gagnants de cette évolution du droit.

76 Cette reproduction a été perçue comme un trouble manifestement illicite autorisant la prescription de mesures conservatoires par le juge des référés, Cass. civ. 1re, 3 novembre 2004, Juris-Data, n° 2004-025434.

77 P. Leclercq et L. Khalil, *La confiance est-elle enfin possible dans les moyens de paiement en ligne ?*, Communication. Commerce électronique, décembre 2004, p. 12. Ainsi pour contrer les faiblesses du moyen de paiement par indication du seul numéro figurant au verso des cartes ban-

Néanmoins, malgré cet arsenal législatif étendu, les risques liés aux cartes bancaires à puce falsifiées demeurent toujours d'actualité, comme l'atteste une note interne d'une banque reproduite sur un site Internet⁷⁶. Il n'est, dès lors, pas surprenant de noter que les émetteurs continuent eux-mêmes de rechercher des parades techniques contre les fraudes⁷⁷. En effet, comme le résume un ministre, les cartes bancaires «doivent être régulièrement perfectionnées afin de tenir compte des progrès technologiques intervenus et d'apporter des réponses précises dans les domaines où la fraude est la plus difficile à combattre»⁷⁹. ■

caires, les organisations Visa et MasterCard ont introduit dans leurs réseaux la nécessité de saisir aussi le cryptogramme visuel en plus des numéros, c'est-à-dire des 3 numéros qui se trouve sur le dos de la carte au niveau de la signature du porteur de la carte. De cette façon, on est certain que l'acquéreur ne s'est pas contenté de recopier l'image d'une carte ou d'une facture.

78 JO, Ass. nat., 2000, p. 5063, Réponse ministérielle n° 49529.

AVIS AUX LECTEURS Les articles publiés par la revue Banque & Droit n'expriment que le point de vue de leurs auteurs respectifs.

Le contenu de ces articles n'engage pas la revue Banque ou la FBF qui n'entendent pas prendre position à leur égard.

COMITÉ DE RÉDACTION : **Thierry Bonneau**, Université Panthéon Assas (Paris II) ; **Gérard Gardella**, Société générale ; **Jean-Louis Guillot**, BNP Paribas ; **Nicolas Molfessis**, Université Panthéon Assas (Paris II) ; **Hubert de Vauplane**, BNP Paribas.

BANQUE & DROIT Une publication de la Revue Banque – 18 rue La Fayette, 75009 Paris.

■ Fondateur : François de Juvigny. ■ Adresse Internet : www.revue-banque.fr – Fax : 01 48 24 12 97.

■ **DIRECTEUR DE LA PUBLICATION** Olivier Robert de Massy. ■ **DIRECTEUR DÉLÉGUÉ** Luc Desbois.

■ **SECRÉTAIRE GÉNÉRAL** Joël Berger. ■ **RÉDACTION** Rédacteur en chef : Elisabeth Coulomb.

Secrétariat de rédaction : 1^{er} secrétaire de rédaction : Marie-Madeleine Martin (01 48 00 54 16) ; Christine Hauvette (01 48 00 54 10).

■ **MAQUETTE** 1^{er} maquettiste : Emmanuel Gonzalez, Alexandra Démétriadis.

■ **COMITÉ DE LECTURE** MM. Thierry Bonneau, Alain Cerles, Gérard Gardella, Jean-Louis Guillot, Jean-Pierre Mattout, Michel Storck, Gérard Wissing.

■ **ABONNEMENTS** ABOCOM, 26 boulevard Paul Vaillant-Couturier 94851 Ivry-sur-Seine Cedex

Tél. : 01 49 60 06 61, Fax : 01 49 60 10 55, e-mail : revuebanque@abocom.fr

■ **ASSISTANTE ADMINISTRATIVE ET COMMERCIALE** Virginie Baillard (01 48 00 54 54).

■ **PUBLICITÉ GÉNÉRALE** Isabelle Conroux (01 48 00 54 20)

CPPAP – N° 0606 T 84972, Imprimé à Pulnoy (54) par SPEI, Dépôt légal 3^e trimestre 2005.

La reproduction totale ou partielle des articles publiés dans Banque & Droit, sans accord écrit de la Société Revue Banque Sarl, est interdite conformément à la loi du 11 mars 1957 sur la propriété littéraire et artistique.