

La lettre

Avril 2009 - N° 16

Contentieux Pénal et Commercial

Actualité Contentieuse

Editorial... L'affaire Madoff, la finance et le droit

On le sait le scandale Madoff est l'un des épiphénomènes de la crise financière qui secoue la planète depuis plusieurs mois. Pressé par les clients qui avaient déposé des fonds entre ses mains, Bernard Madoff a dû jeter l'éponge et avouer que bien loin de les avoir investis pour leur servir des intérêts substantiels, il se servait des sommes dernièrement reçues pour rémunérer les précédents investisseurs. Il s'agit d'une fraude bien connue et fort ancienne dite de la pyramide de Ponzi, plus vulgairement et communément appelée cavalerie.

Dans l'histoire des dernières années ce sont notamment la faillite de la BCCI et celle du Groupe Maxwell qui pourraient permettre la comparaison avec celle du Groupe Madoff. Néanmoins, par son extension géographique, la multiplicité des intervenants et les montants en jeu, la faillite du Groupe Madoff va atteindre un niveau de complexité juridique et judiciaire jamais égalé.

Une première question concernera les lois et les juridictions compétentes pour connaître des procès à venir.

Les fonds en cause étaient répartis sur différentes places financières et notamment au Luxembourg, aux Etats-Unis, en Irlande et aux Iles vierges britanniques. Les banques et établissements financiers ayant acquis dans leurs propres fonds des parts des fonds Madoff ou ayant servi d'intermédiaires entre les investisseurs finaux et ces derniers sont nombreux notamment en Europe, Amérique du Nord et du Sud, Moyen-Orient et certains pays d'Asie. Tous ne sont pas encore connus.

La concurrence va être rude entre tribunaux ayant ordonné la faillite des fonds en cause, les tribunaux des différentes entités ayant gravité à un titre ou un autre autour des fonds et susceptibles d'être mises en cause, voire les tribunaux des personnes ayant souffert un préjudice qui traiteraient l'affaire sur leur sol dans un cadre pénal. Les conflits de loi seront à l'avenant.

Sur le fond, les intérêts en présence vont se heurter violemment.

.../...



Gide Loyrette Nouel

Abu Dhabi
Tél. +971 (0)2 667 6972
gln.abudhabi@glde.com

Alger
Tél. +213 (0)21 23 94 94
gln.algiers@glde.com

Belgrade
Tél. +381 (0)11 30 24 900
gln.belgrade@glde.com

Bruxelles
Tél. +32 (0)2 231 11 40
gln.brussels@glde.com

Bucarest
Tél. +40 21 223 03 10
gln.bucharest@glde.com

Budapest
Tél. +36 1 411 74 00
gln.budapest@glde.com

Casablanca
Tél. +212 (0)5 22 27 46 28
gln.casablanca@glde.com

Dubai
Tél. +971 (0)4 365 0172
gln.dubai@glde.com

Hanói
Tél. +844 3 946 05 05 / 06
gln.hanoi@glde.com

Hô Chi Minh Ville
Tél. +848 3 823 8599
gln.hcmc@glde.com

Hong Kong
Tél. +852 2536 9110
gln.hongkong@glde.com

Istanbul
Tél. +90 212 385 04 00
gln.istanbul@glde.com

Kiev
Tél. +380 44 206 0980
gln.kyiv@glde.com

Londres
Tél. +44 (0)20 7382 5500
gln.london@glde.com

Moscou
Tél. +7 495 258 31 00
gln.moscow@glde.com

New York
Tél. +1 212 403 6700
gln.newyork@glde.com

Paris
Tél. +33 (0)1 40 75 60 00
info@glde.com

Pékin
Tél. +86 10 65 97 45 11
gln.beijing@glde.com

Prague
Tél. +420 222 871 111
gln.prague@glde.com

Riyad
Tél. +966 1 217 77 54
gln.riyadh@glde.com

Saint-Petersbourg
Tél. +7 812 303 6900
gln.saintpetersburg@glde.com

Shanghai
Tél. +86 21 53 06 88 99
gln.shanghai@glde.com

Tunis
Tél. +216 71 891 993
gln.tunis@glde.com

Varsovie
Tél. +48 (0)22 344 00 00
gln.warsaw@glde.com



Ainsi l'investisseur initial pourra-t-il se voir opposer le droit de la faillite américain et notamment la règle du "claw back" qui autorise le liquidateur à récupérer les sommes distribuées par le fonds jusqu'à six années ayant précédé le dépôt de bilan, alors même que l'investisseur ignorait la fraude du fonds.

Le même investisseur se tournera alors vers le dépositaire du fonds qui est supposé responsable de leur bonne restitution. Encore faut-il que les droits nationaux admettent cette responsabilité. C'est ainsi qu'UBS conteste que son statut de dépositaire de Luxalpha, fonds luxembourgeois détenant du Madoff, engage sa responsabilité au regard de son interprétation de la loi transposant la directive européenne sur la question en droit luxembourgeois ... contrairement au Ministre du Trésor de ce pays.

Les mêmes investisseurs essaieront ensuite, comme ils ont commencé à le faire, d'introduire dans la procédure les banques ou institutions financières qui ont servi d'intermédiaires à l'investissement. On retrouvera toute la jurisprudence sur le périmètre de l'obligation d'information du banquier, sans préjudice bien sûr du recours à la procédure pénale agitée par certains investisseurs pour faire pression sur ces intermédiaires.

Il n'est pas jusqu'aux autorités de régulation qui soient sur la sellette : certaines sont déjà attirées dans des procédures.

Par ailleurs on ne peut exclure une bataille liée aux sommes disparues.

Les observateurs sont étonnés que même dans un système de fraude comme celui de Bernard Madoff de tels montants aient pu disparaître.

Y a-t-il des poursuites à engager contre la famille et les professionnels ayant entouré l'escroc ? Faut-il aller plus loin et envisager un circuit de blanchiment qui aurait opportunément utilisé les véhicules Madoff et dont la mise à jour permettra des poursuites ?

Face à la multitude des questions soulevées par cette affaire, il n'est pas jusqu'à la profession d'avocat qui s'interroge et s'organise.

Ainsi se crée-t-il "des alliances" nationales et internationales d'avocats dédiées à ce dossier. Leur objet n'est pas de présenter un plan de défense uni car les intérêts des acteurs en présence sont différents et susceptibles d'entrer en conflit. En revanche ces alliances doivent permettre de glaner de l'information, stimuler la réflexion, et *in fine* structurer une stratégie.

Certains en ont même profité pour réclamer la mise sur pied d'une juridiction internationale compétente pour traiter des fraudes financières, à l'image de celles ayant pour mission de connaître des crimes de masse.

L'affaire Madoff sera à n'en pas douter un cas d'école pour les futurs étudiants en droit.

Michel Pitron

Erratum : une erreur s'est glissée dans le 5^{ème} point de l'éditorial de la lettre n° 15 (janvier 2009). En effet, il fallait lire "procédure accusatoire" et non "procédure accusatrice".

Débat 1 : Il ne suffit pas de procurer un avantage injustifié pour commettre le délit de favoritisme...

Le délit de favoritisme a été introduit en droit pénal français par la loi n° 91-3 du 3 janvier 1991, à une époque où l'accent était mis sur la libre concurrence et sur la décentralisation de l'administration, et où la moralisation tant de la vie politique que de la vie économique, et notamment la clarification des processus de passation de marchés publics, devenaient de véritables priorités politiques.

Dans sa rédaction actuellement en vigueur, issue de la loi n° 95-127 du 8 février 1995, l'article 432-14 du Code pénal dispose que "est puni de deux ans d'emprisonnement et de 30.000 euros d'amende le fait par une personne dépositaire de l'autorité publique ou chargée d'une mission de service public ou investie d'un mandat électif public ou exerçant les fonctions de représentant, administrateur ou agent de l'Etat, des collectivités territoriales, des établissements publics, des sociétés d'économie mixte d'intérêt national chargées d'une mission de service public et des sociétés d'économie mixte locales ou par toute personne agissant pour le compte de l'une de celles susmentionnées de procurer ou de tenter de procurer à autrui un avantage injustifié par un acte contraire aux dispositions législatives ou réglementaires ayant pour objet de garantir la liberté d'accès et l'égalité des candidats dans les marchés publics et les délégations de service public".

Seules peuvent donc être poursuivies sur le fondement du délit de favoritisme les personnes limitativement énumérées par cette disposition.

D'un point de vue matériel, pour que l'infraction soit caractérisée, son auteur doit non seulement (1) avoir procuré ou tenté de procurer à autrui un avantage injustifié, mais cet avantage injustifié doit en outre (2) résulter d'un "acte contraire aux dispositions législatives ou réglementaires ayant pour objet de garantir la liberté d'accès et l'égalité des candidats dans les marchés publics et les délégations de service public".



1. La notion d'avantage injustifié

Egalement qualifiée d'avantage illégitime, cette notion n'appelle que peu de commentaires.

La jurisprudence lui donne une acception extrêmement large : aussi bien économique que moral, l'avantage injustifié peut prendre les formes les plus diverses (fractionnement des marchés, recours abusif aux procédures de marchés négociés avec ou sans mise en concurrence préalable, insertion de clauses techniques sur mesure dans le cahier des charges, modification de l'offre après l'ouverture des plis, diffusion d'une information privilégiée, composition irrégulière d'une commission d'adjudication, choix reposant sur des critères irréguliers tels que la préférence locale, conclusion d'avenants d'exécution, recours excessif à la sous-traitance...).

2. La violation d'une disposition législative ou réglementaire ayant un objet bien précis

La deuxième partie de l'élément matériel de l'infraction retiendra davantage notre attention.

Pour être passible de poursuites du chef de favoritisme, l'agent public doit avoir violé une disposition législative ou réglementaire ayant pour objet de garantir la liberté d'accès et l'égalité des candidats dans les marchés publics et les délégations de service public.

En application du principe d'interprétation stricte de la loi pénale (article 111-4 du Code pénal), il y a lieu de rechercher quelles sont précisément ces dispositions dont la violation est requise pour que soit constitué le délit de favoritisme.

Qu'est-ce qu'une disposition législative ou réglementaire ?

Dans la hiérarchie des normes, constituent des dispositions législatives ou réglementaires les lois, les ordonnances, les règlements (autonomes ou d'application), les décrets ou encore les arrêtés.

En revanche, une directive communautaire non encore transposée, même après expiration du délai de transposition, une directive administrative, une circulaire administrative ou une instruction administrative n'entrent pas dans la catégorie des dispositions législatives ou réglementaires.

Un problème de constitutionnalité ?

Lors des travaux préparatoires des lois du 3 janvier 1991 et du 8 février 1995, certains députés ont fait valoir que la rédaction de l'article 432-14 du Code pénal permettait la caractérisation d'un délit en cas de violation d'une disposition réglementaire, ce qui, à strictement parler, semblait contraire à l'article 34 de la constitution française. L'application du sacro-saint principe de légalité interdisait selon eux que la violation de règles de nature

réglementaire puisse être sanctionnée par des peines correctionnelles.

Mais les parlementaires ont passé outre cette objection, sans qu'aucune anti-constitutionnalité ne soit soulevée lors de l'examen du texte par le Conseil constitutionnel.

La disposition violée doit avoir un objet précis

La disposition violée doit avoir "pour objet de garantir la liberté d'accès et l'égalité des candidats dans les marchés publics et les délégations de service public".

La fourniture d'un avantage injustifié, par un acte contraire à une disposition législative ou réglementaire dont l'objet serait différent de celui-ci, quand bien même cette disposition concernerait l'organisation générale des marchés publics, ne saurait justifier des poursuites sur le fondement de l'infraction de favoritisme.

La disposition violée doit être applicable au marché objet du litige

En application du principe de non-rétroactivité de la loi pénale (article 112-1 du Code pénal), la disposition législative ou réglementaire dont la violation est constatée devait déjà être en vigueur au moment de la passation du marché. Nul ne peut en effet exiger d'un agent public qu'il ait appliqué une disposition entrée en vigueur postérieurement à la signature du marché litigieux.

La disposition violée doit en outre être applicable au type de marché concerné

Pour tous les marchés publics soumis au Code des marchés publics (CMP), la jurisprudence admet qu'à défaut de disposition plus précise, la méconnaissance de l'article 1^{er} II du CMP, qui dispose que "les marchés publics et les accords-cadres soumis au présent code respectent les principes de liberté d'accès à la commande publique, d'égalité de traitement des candidats et de transparence des procédures", entre dans les prévisions de l'article 432-14 du Code pénal (Cass. Crim. 14 février 2007).

Mais pour les marchés passés par des organismes publics qui ne sont pas assujettis au CMP (Etablissement public à caractère industriel et commercial (EPIC), Universités, Groupement d'Intérêt Public (GIP) etc.), il y a lieu de rechercher précisément quelle disposition législative ou réglementaire, applicable au type précis de marché, en vigueur à la date de signature du marché, et ayant pour objet de garantir la liberté d'accès et l'égalité des candidats, a été violée.

Depuis l'entrée en vigueur, le 1^{er} septembre 2005, de l'ordonnance n° 2005-649 du 6 juin 2005 "relative aux marchés passés par certaines personnes publiques ou privées



non soumises au code des marchés publics", cette recherche est grandement facilitée, l'article 6 de l'ordonnance reprenant très strictement les termes de l'article 1^{er} II du CMP.

Il faut déduire des points qui précèdent que des poursuites et *a fortiori* une condamnation sur le fondement du délit de favoritisme ne sont juridiquement pas possibles dès lors qu'aucune violation d'une disposition législative ou réglementaire ayant pour objet de garantir la liberté d'accès et l'égalité des candidats, applicable au marché public litigieux, ne peut être caractérisée, indépendamment du fait de savoir si un agent public a ou non procuré à autrui un avantage injustifié.

C'est en développant cet argumentaire que Bruno Quentin a obtenu, en février 2009, l'annulation de la mise en examen d'une personne physique, poursuivie pour favoritisme dans le cadre de la passation d'un marché organisée par un EPIC avant l'entrée en vigueur de l'ordonnance du 6 juin 2005.

Bruno Quentin et Caroline Sabatié-Garat

Débat 2 : ... Des effets de la protection des clients des banques

Allant au-delà du seul droit de la consommation, la protection des emprunteurs, investisseurs ou assurés clients des établissements bancaires s'est considérablement développée, que ce soit à travers les obligations d'information et de mise en garde à la charge de ces derniers ou à travers l'intervention des associations de consommateurs dans le cadre de procédures judiciaires.

Une telle protection, à l'origine d'une réglementation toujours plus fournie, produit parfois des effets inattendus, éloignés de son objectif initial.

Ainsi, alors même qu'elle procède d'une volonté de se conformer à leurs obligations d'information et de mise en garde, la fourniture par les banques d'une documentation toujours plus pléthorique peut au contraire confondre le client perdu dans un maquis d'informations d'inégal intérêt qui obscurcissent son consentement davantage qu'elles ne l'éclairent (1).

L'information des clients peut en outre être détournée de son but protecteur tant par les clients eux-mêmes qui feignent leur ignorance afin de contester l'information reçue et, ainsi, les engagements qu'ils ont librement souscrits (2), que par les associations de consommateurs qui utilisent la protection des consommateurs pour élargir leurs moyens d'action et inviter les pouvoirs publics à introduire la *class action* en droit français (3).

1. Le manque d'intelligibilité d'une information excessive

Afin de se conformer à leurs obligations légales de plus en plus strictes, les établissements bancaires fournissent, au stade précontractuel, une information commerciale de plus en plus importante.

Corrélativement, cette information s'accompagne de réserves de plus en plus nombreuses, qui rendent l'information fournie moins intelligible alors même que l'exécution par la banque de son devoir de conseil a l'objet inverse : permettre à son client de s'engager en connaissance de cause.

Il est courant que la documentation adressée à un client comporte des avertissements relatifs à son caractère "*strictement informatif*" et "*non contractuel*", à l'absence de garantie sur l'exactitude et l'exhaustivité des informations, à l'absence de garantie de résultat etc., de sorte que séparer le bon grain de l'ivraie peut, pour le client, relever de la gageure.

La directive MIF⁽¹⁾ n'évite pas davantage le danger d'une information excessive, à travers les obligations de compte-rendu qu'elle met à la charge des établissements bancaires et financiers en matière de services d'investissement. Elle prévoit notamment, à son article 19 (8) que "*le client doit recevoir de l'entreprise d'investissement des rapports adéquats sur le service qu'elle fournit à ses clients. Ces rapports incluent, lorsqu'il y a lieu, les coûts liés aux transactions effectuées et aux services fournis au nom du client*".

A ce titre, hors gestion de portefeuille⁽²⁾, un intermédiaire financier doit fournir "*sans délai*" [...] "*les informations essentielles concernant l'exécution de [l']ordre*"⁽³⁾.

Si le principe est clair, il est quelque peu surprenant de constater le nombre des informations, considérées comme "*essentielles*", à envoyer aux clients de détail en application

⁽¹⁾ Directive 2004/39/CE du Parlement européen et du Conseil du 21 avril 2004 concernant les marchés d'instruments financiers, JOUE L 145 du 30 avril 2004, p. 1-44; transposée par l'ordonnance n° 2007-544 du 12 avril 2007 et ses rectificatifs, les décrets n° 2007-901 et n° 2007-904 du 15 mai 2007 et les arrêtés du 15 mai et du 19 juillet 2007.

⁽²⁾ Etant observé que les exigences de la MIFID sont sensiblement équivalentes s'agissant des autres services fournis par les établissements bancaires et financiers.

⁽³⁾ Article 40 1. a) de la Directive 2006/73/CE de la Commission du 10 août 2006 "*portant mesures d'exécution de la directive 2004/39/CE du Parlement européen et du Conseil en ce qui concerne les exigences organisationnelles et les conditions d'exercice applicables aux entreprises d'investissement et la définition de certains termes aux fins de ladite directive*"; cette disposition est reprise à l'article 314-86 1° du Règlement général de l'AMF.



de la directive susvisée⁽⁴⁾.

Il serait sans doute préférable de sélectionner l'information pertinente qui permette au client d'apprécier le plus efficacement la situation, plutôt que de le noyer sous un « *torrent* » d'informations d'inégal intérêt.

2. Le risque de détournement de la protection offerte aux emprunteurs, investisseurs et assurés

Comme l'ont souligné des auteurs, *"la protection est dévoyée lorsqu'elle devient l'occasion pour la partie supposée faible de se libérer de ses engagements en toute impunité. La sanction automatique présente, dans de telles hypothèses, l'inconvénient de favoriser la mauvaise foi des créanciers d'information. Le risque est, en effet, que le contractant, soi-disant profane et ignorant, n'adopte un comportement opportuniste afin de prétendre échapper à ses engagements à la faveur d'une simple irrégularité matérielle"*⁽⁵⁾.

Prenons par exemple le cas d'un candidat à l'emprunt qui a d'ores et déjà signé un compromis de vente notarié stipulant qu'à défaut de réitérer la vente, il devra régler à son vendeur une somme substantielle en vertu d'une clause pénale.

Il négocie depuis plusieurs mois avec différents établissements afin d'obtenir le prêt immobilier idoine. Il se trouve donc parfaitement informé des caractéristiques et des subtilités des produits qui lui ont été proposés.

⁽⁴⁾ Elles doivent comporter (la liste n'est pas exhaustive) : l'identification de l'entreprise qui effectue le compte-rendu ; le nom ou toute autre désignation du client ; la journée de négociation ; l'heure de négociation ; le type d'ordre ; l'identification du lieu d'exécution ; l'identification de l'instrument ; l'indicateur d'achat/vente ; la nature de l'ordre si autre que d'achat/vente ; le volume ; le prix unitaire (dans le cas où l'ordre est exécuté par tranches, le prestataire peut informer le client soit du prix de chaque tranche, soit du prix moyen ; dans ce dernier cas, le client peut néanmoins demander une information sur le prix de chaque tranche) ; le prix total ; le montant total des commissions et des frais facturés et, à la demande du client de détail, leur ventilation par postes ; les responsabilités qui incombent au client en ce qui concerne le règlement de la transaction, notamment le délai dans lequel doit avoir lieu le paiement ou la livraison, ainsi que les informations utiles sur le compte, lorsque ces informations et responsabilités n'ont pas été communiquées précédemment au client ; dans le cas où la contrepartie du client était l'entreprise d'investissement elle-même, ou une personne quelconque membre du même groupe, ou un autre client de l'entreprise d'investissement, la mention de ce fait, à moins que l'ordre n'ait été exécuté par l'intermédiaire d'un système de négociation facilitant la négociation anonyme ; une explication des codes utilisés...

⁽⁵⁾ V. Magnier, *Les sanctions du formalisme informatif*, JCP G n° 5, 28 janvier 2004, I, 106

Or, il tarde délibérément à accepter l'une des offres envoyée par sa banque. Au dernier moment, il se déplace à sa banque pour faire signifier son acceptation de l'offre.

Pour lui éviter de payer la clause pénale susvisée, le conseiller commercial en charge de son dossier accepte de ne pas respecter le délai de réflexion prescrit par l'article L. 312-10 du Code de la consommation⁽⁶⁾ et d'antidater la proposition de prêt pour permettre de débloquent immédiatement celui-ci.

Dans les jours qui suivent, l'emprunteur saisit les services de police et la DGCCRF.

L'issue de la procédure est inéluctable : la banque est condamnée pour avoir octroyé le prêt alors que le document par lequel l'emprunteur a accepté l'offre qui lui a été remise comportait *"une date fautive de nature à faire croire qu'elle avait été donnée après l'expiration du délai de 10 jours prévu à l'art. L. 312-27 du Code de la consommation"*⁽⁷⁾.

Dans cette affaire, il était manifeste que l'attitude de l'emprunteur ne tendait en substance qu'à obtenir un avantage qu'il n'aurait pu obtenir sans la mise en cause de la responsabilité pénale de l'établissement de crédit.

Le formalisme dont est empreint le droit de la consommation excluait toute possibilité d'invoquer l'absence de profit retiré par la banque de la commission de l'infraction⁽⁸⁾ ou de faire valoir que la banque avait décidé de passer outre les exigences du Code de la consommation dans le seul but d'éviter à son client de subir un préjudice plus important, à savoir le paiement d'une clause pénale.

Ce risque de détournement s'illustre également dans des domaines voisins du droit de la consommation, tel celui du financement des collectivités territoriales qui ont souscrit des contrats de prêt assortis de *swaps* de taux d'intérêts.

Sur la base de leurs déclarations et des différents tests qui ont été effectués par leurs banques, ces collectivités ont été intégrées dans la catégorie des clients non professionnels, bénéficiant ainsi de la même protection qu'un emprunteur particulier non averti.

⁽⁶⁾ " [...] L'emprunteur et les cautions ne peuvent accepter l'offre que dix jours après qu'ils l'ont reçue. L'acceptation doit être donnée par lettre, le cachet de la poste faisant foi".

⁽⁷⁾ T corr. Paris, 31^{ème} ch., 28 janvier 2008.

⁽⁸⁾ Comme le soulignent les auteurs, il faut adapter la sanction *"au profit résultant de l'activité illicite"* : L. Bihl, Rép. Pénal et Proc. Pénale, Dalloz, *Consommation*, n° 247.



Cette classification peut surprendre dans la mesure où :

- du moins pour certaines d'entre elles, ces collectivités comptent, parmi les personnes ayant décidé de recourir aux emprunts concernés, des hauts fonctionnaires, notamment des membres de la Cour des comptes ou de l'Inspection des finances, etc... ;
- les collectivités les plus importantes disposent d'un directeur financier et ont fréquemment recours à des consultants externes ;
- la décision de recourir à l'emprunt et le choix de l'emprunt avaient fait l'objet d'une décision collégiale et d'un examen approfondi.

C'est pourtant dans ce contexte qu'en se prévalant de leur qualité d'emprunteurs non avertis, différentes collectivités territoriales ont notamment soutenu que les conditions financières des financements structurés dont elles bénéficiaient étaient devenues inacceptables et que les banques prêteuses auraient manqué à leurs obligations d'information et de mise en garde en n'attirant pas suffisamment leur attention sur les risques d'augmentation des taux d'intérêts.

3. L'utilisation de la protection des consommateurs à des fins procédurales

L'action des associations de consommateurs peut également illustrer, en matière procédurale, les effets inattendus de la protection des consommateurs.

Dans le cadre d'une affaire qui est actuellement pendante devant le Tribunal de grande instance de Paris, un consommateur a assigné sa banque afin de la voir condamnée à lui payer la somme de 489 euros au titre de la participation aux bénéfices qu'il estimait devoir lui revenir aux termes du contrat d'assurance de groupe adossé au prêt immobilier qu'il avait souscrit.

Cette affaire, de prime abord d'importance mineure, a pris une toute autre tournure avec l'intervention volontaire à l'instance d'une association de consommateurs.

En matière civile, une association peut exclusivement intervenir dans une procédure sur le fondement de l'article L. 421-7 du Code de la consommation, afin de demander réparation du préjudice subi par le consommateur qui a saisi la juridiction à titre principal⁽⁹⁾. En d'autres termes, elle n'est pas fondée à formuler des moyens tendant à la réparation d'un préjudice qui aurait

été subi par des consommateurs qui ne sont pas parties à l'instance.

Or, dans cette espèce, l'association de consommateurs a pris le prétexte de l'assignation de ce consommateur et de son intervention volontaire à ses côtés pour appeler dans la cause, en intervention forcée, l'ensemble des banques appartenant au même groupe.

Elle a ainsi étendu la saisine du Tribunal de grande instance et donné au litige, par une astuce procédurale, une dimension qu'il n'avait pas en réclamant à l'ensemble des défenderesses une somme supérieure à 5 millions d'euros à titre de dommages et intérêts.

En agissant de la sorte, l'association de consommateurs a clairement annoncé avoir "forcé" la voie procédurale, en l'absence de *class action*, pour instaurer un débat sur les bénéfices tirés des contrats d'assurance de groupe par la profession bancaire qui dépassait largement l'objet du litige initié par le demandeur principal.

Elle a ainsi délibérément contourné, au moyen de l'action isolée d'un consommateur, les limites que le droit positif assigne à l'action en justice des associations de consommateurs.



Sans qu'il soit besoin d'ajouter à une réglementation déjà abondante, c'est comme toujours au juge qu'il appartient de veiller à l'efficacité des règles protectrices des clients des banques tout en prévenant les risques de détournement de celle-ci.

A ce titre, la Cour de cassation a récemment jugé qu'un consommateur n'était pas fondé à reprocher au juge du fond de ne pas avoir recherché si sa banque avait bien respecté ses obligations en demandant à son client s'il était ou non averti dès lors que celui-ci n'avait pas mis le juge "en mesure de constater l'existence d'un risque d'endettement né de l'octroi de la somme prêtée"⁽¹⁰⁾. Et pour cause, les mensualités du prêt souscrit représentaient moins d'un dixième de ses revenus. Il était donc inutile de rechercher si la banque, qui avait l'obligation de rechercher si son client était averti ou non, avait bien rempli ses obligations de mise en garde de l'emprunteur dès lors que tout manquement, à le supposer établi, n'aurait eu aucune conséquence préjudiciable.

Karim Makram-Ebeid



⁽⁹⁾ Voir notamment : Cass. 1^{ère} civ., 21 février 2006, Bull. civ. I, n° 95 ; Cass. 1^{ère} civ., 30 mai 2006, Bull. civ. I, n° 276.

⁽¹⁰⁾ Cass. 1^{ère} civ., 18 février 2009, pourvoi n° 08-11221, à paraître au bulletin.



Quelques décisions intéressantes...

- Les dirigeants de la société AXSI Progression étaient poursuivis en comblement de passif par le liquidateur suite au dépôt de bilan de la société. Le liquidateur leur prêtait un dessein frauduleux qui aurait consisté à maintenir artificiellement en activité une société qu'ils savaient structurellement déficitaire dans le but de détourner les actifs au profit d'une autre société dont ils étaient associés. A ce titre, il sollicitait leur condamnation à payer l'intégralité de l'insuffisance d'actif évaluée à hauteur de 665.192 €, réduite en appel à 388.135 €. Le Tribunal de commerce de Lyon l'en a débouté par jugement du 17 avril 2008. La Cour d'appel de Lyon a confirmé ce jugement le 12 mars 2009. Les dirigeants étaient défendus par **Michel Pitron** et **Bénédicte Scatolin**.
- Selon une ordonnance du 4 mars 2009 devenue définitive, l'information judiciaire ouverte à l'encontre d'un dirigeant d'un établissement bancaire national de tout premier plan, du chef de favoritisme, s'est soldée par un non-lieu. L'établissement bancaire et son dirigeant étaient assistés par **Michel Pitron** et **Aurélien Chardeau**.
- Des présidents successifs d'un comité d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail étaient poursuivis en raison d'une multitude d'entraves à son fonctionnement dont notamment la question de savoir si la sûreté du transport aérien relève de la compétence du CHSCT. Le 13 mars 2009 le tribunal correctionnel de Bobigny a prononcé la relaxe des présidents successifs et a débouté le CHSCT et les dix syndicats parties civiles. Les présidents et la société Air France étaient représentés par **Baudouin de Moucheron**, **Aurélien Boulanger** et **Nathalie Franck**.
- La chambre d'instruction de la cour d'appel de Paris a considéré par arrêt du 18 décembre 2008 qu'un employeur pouvait être la victime directe du délit de l'article 227-23 du code pénal relatif à l'importation et la détention d'images à caractère pédopornographique, commis par un salarié aux temps et lieu du travail avec le matériel de l'entreprise. L'entreprise était représentée par **Aurélien Boulanger** et **Nathalie Franck**.
- Par jugement du 25 novembre 2008, le tribunal correctionnel de Pontoise a condamné pour escroquerie un prévenu ayant monté une fausse agence de voyages, utilisé de fausses cartes de voyage d'affaires, contrefait des logos de marque, obtenus des billets d'avion destinés à la revente. Le tribunal a accordé à la partie civile 314.125,18 euros de dommages-intérêts pour sa créance impayée. La société Air France était représentée par **Nathalie Franck**.

- Par un arrêt du 28 janvier 2009, le Tribunal de Grande Instance de Paris a débouté l'ancien directeur de la banque Libanaise Al Madina de l'ensemble de ses demandes visant à annuler un titre exécutoire obtenu par cette dernière en raison du non paiement d'un chèque dont elle était porteuse pour un montant substantiel. Sur le fondement de ce titre exécutoire la banque Al Madina entend procéder à la saisie de biens immobiliers situés en France et appartenant à son ancien président. La banque Al Madina était défendue par **Didier Laigo** et **Pierre Darkanian**.

Conférences, Colloques, Informations...

- Le 21 janvier 2009, le département Contentieux Pénal et Commercial a organisé une conférence intitulée : "*Le contentieux de crise : comment gérer contraintes judiciaires et médiatiques en situation d'urgence*" au cours de laquelle sont intervenus **Alain-Marc Irissou**, Président de l'Association des Juristes d'Entreprise (AFJE), **Laurent Dondey**, Associé Euro RSCG C&O, ainsi que **Michel Pitron**, **Bruno Quentin** et **Nicholas Tse**, Avocats Associés, Gide Loyrette Nouel.

Une centaine de personnes étaient présentes.

Dans un premier temps le petit déjeuner-débat a visé à définir ce qu'est un contentieux de crise.

Le contentieux judiciaire de crise est caractérisé par la conjonction de trois éléments distincts : l'urgence, la complexité des questions posées spécialement dans les domaines techniques (pollution, accident industriel, krach financier) et juridique (détermination des lois et tribunaux compétents, influence des procédures de discovery...), et la gestion médiatique.

Collecter l'information, anticiper, organiser et communiquer sont les actions les plus appropriées pour une gestion optimale de la crise.

Il y a fort à parier que les contraintes de la gestion de crise évolueront encore à l'aune du nouveau paysage procédural concernant notamment le remplacement du juge d'instruction par un juge de l'instruction, le nouveau rôle du Parquet, les éventuelles actions de groupe, etc.

- Le 3 février 2009, **Nathalie Franck** est intervenue, dans le cadre de la formation dispensée aux étudiants du Master II "Droit du commerce international" de l'Université Nancy 2, sur le thème du régime des pollutions par hydrocarbures en droit maritime international face au régime des déchets en droit communautaire et en droit interne.

- Le 23 janvier 2009, **Marc Peltier** a animé une présentation relative à l'avenir du bénévolat sportif lors de l'Agora du sport organisé au Château Valrose à Nice.
- Le 16 janvier 2009, **Marc Peltier** a présenté l'introduction d'un colloque sur le thème de "la spécificité sportive à l'épreuve du droit" au Centre Universitaire Méditerranéen de Nice. Il a également animé, à cette occasion, une présentation relative au double projet de formation des jeunes sportifs, mis en avant dans la déclaration sur le sport du Conseil européen des 11 et 12 décembre 2008.
- Le 26 janvier 2009, **Bruno Quentin** et **Nicolas Demard** sont intervenus dans le cadre d'une formation au Crédit Agricole Aquitaine sur le thème "Prévention et gestion du risque pénal".
- Le 14 janvier 2009, **Bruno Quentin** et **Florian Denis** sont intervenus lors de la Conférence HEC sur le thème "le délit & le manquement d'initié".

Si vous souhaitez recevoir cette newsletter par e-mail ou nous indiquer un changement d'adresse, merci de contacter Dorra Gharbi (gcharbi@gide.com - Tél. 01 40 75 37 63 - Fax 01 40 75 69 23).

Vous pouvez également consulter cette Lettre, ainsi que nos autres lettres d'information, sur notre site Internet, rubrique Actualités/Publications.

La Lettre d'information du Département Contentieux Pénal et Commercial (la "Lettre d'Information") est une publication électronique périodique éditée par le cabinet Gide Loyrette Nouel (le "Cabinet") diffusée gratuitement auprès d'un nombre limité de personnes ayant une relation directe ou indirecte avec le Cabinet. La Lettre d'Information est réservée à l'usage privé de son destinataire et n'a qu'une vocation d'information générale non exhaustive. Elle ne saurait constituer ou être interprétée comme un acte de conseil juridique. Le destinataire est seul responsable de l'usage qu'il fait des informations fournies dans la Lettre d'Informations et le Cabinet ne pourra être tenu responsable envers le destinataire de quelconques dommages directs ou indirects découlant de l'utilisation de ces informations.

Conformément à la loi "informatique et libertés" n° 78-17 modifiée, vous pouvez demander à accéder, faire rectifier ou supprimer les informations vous concernant traitées par notre service Communication (privacy@gide.com).

Gide Loyrette Nouel

Association d'avocats à responsabilité professionnelle individuelle

26, cours Albert 1^{er}

75008 Paris - France

Tél. +33 (0)1 40 75 60 00

Fax +33 (0)1 43 59 37 79

www.gide.com

Associés

Bâtonnier Jean-Marie Burguburu
burguburu@gide.com

Gilles Duquet
duquet@gide.com

Michel Pitron
pitron@gide.com

Didier Laigo
laigo@gide.com

Aurélien Boulanger
boulanger@gide.com

Bruno Quentin
quentin@gide.com



Gide Loyrette Nouel