

constituant une opération de banque relevant du monopole bancaire. En outre, l'importance des fonds saisis à l'occasion d'un voyage et l'aménagement d'une cache dans une automobile établissaient que c'était à titre habituel que les prévenus se prêtaient à une telle opération. L'intéressé est donc reconnu coupable du délit et condamné à une peine d'emprisonnement de 8 mois avec sursis.

Cette solution emporte notre conviction. L'intéressé avait collecté des fonds, devant être restitués par la suite : cette situation pouvait donc être vue comme une « réception de fonds du public », au sens de l'article L. 312-2 du Code monétaire et financier alors applicable (on parle désormais de « fonds remboursables du public »), c'est-à-dire « les fonds qu'une personne recueille d'un tiers, notamment sous forme de dépôts, avec le droit d'en disposer pour son propre compte, mais à charge de les restituer ». Or, cette notion étant particulièrement large, tout mode de transfert des fonds doit permettre de l'appréhender : remise en espèce ou par le biais d'un virement ou d'un chèque. Sa caractérisation était donc ici logique.

Deux observations s'imposent à la vue de l'arrêt. En premier lieu, il faut noter que les magistrats n'ont pas pris en considération, pour caractériser le délit, l'opération de change. Cela ne saurait surprendre ; le monopole bancaire ne concerne pas les opérations connexes aux opérations de banque visées à l'article L. 311-2 du Code monétaire et financier<sup>5</sup>, telles les opérations de change ou encore les opérations sur or, métaux précieux et pièces. En second lieu, l'arrêt nous dit comment l'habitude<sup>6</sup> peut être appréciée en pratique : en l'occurrence cela avait été en prenant en considération l'importance des fonds saisis, mais aussi l'aménagement d'une cache dans l'automobile ayant permis le transport de la somme.

## ■ PREUVE

### Plainte fondée sur des moyens de preuves illicites – Fichiers informatiques provenant d'un vol – Salarié d'une banque suisse – Moyens de preuve soumis à discussion contradictoire.

Cass. crim. 27 novembre 2013, n° 13-85.042, publié au Bulletin criminel ; dalloz.fr, actualité, 27 nov. 2013, obs. S. Fucini ; Procédures janv. 2014, comm. 25, obs. A.-S. Chavent-Leclère.

### Des fichiers informatiques provenant de vols commis par un salarié d'une banque suisse ne constituent pas des actes ou pièces de l'information susceptibles d'être annulés, mais des moyens de preuve soumis à discussion contradictoire.

5. B. Dondéro, « L'activité non autorisée de banque et de placement financier », *Lamy droit pénal des affaires*, éd. Lamy, 2013, n° 866.

6. Pour mémoire, il y a habitude dès la seconde fois : A. Lepage, P. Maistre du Chambon et R. Salomon, *Droit pénal des affaires*, éd. LexisNexis, 2013, 3<sup>e</sup> éd., n° 1117. – Cette règle connaît cependant des aménagements jurisprudentiels si l'opération de banque en cause est un crédit. Une pluralité de « clients » doit donc pouvoir être relevée : Cass. crim. 2 mai 1994, n° 93-83.512 ; Bull. crim. 1994, n° 158 ; JCP E 1995, I, 463, n° 4, obs. Ch. Gavalda et J. Stoufflet. – Cass. com. 3 déc. 2002, n° 00-16.957 ; Bull. civ. 2002, IV, n° 182 ; RTD com. 2003, p. 344, obs. D. Legeais ; Banque et Droit 2003, n° 89, p. 55, obs. Th. Bonneau ; JCP E 2003, 853, note B. Dondéro.

L'administration fiscale parvient à se procurer, parfois, des fichiers contenant les noms de clients de banques étrangères, et notamment d'établissements de crédit suisses. Songeons notamment au fichier constitué en 2006 et 2007 par un informaticien employé de la banque HSBC Private Bank à Genève, qui avait répertorié les noms de 3 000 Français ayant un compte caché dans cet établissement.

Mais les informations figurant sur de tels fichiers peuvent-elles être exploitées ? La question se pose, plus particulièrement, à l'égard de l'administration fiscale. La chambre commerciale de la Cour de cassation a alors déclaré que le juge saisi par l'administration fiscale d'une demande d'autorisation de visite domiciliaire, en application de l'article L. 16 B du Livre des procédures fiscales, ne pouvait se fonder que sur des pièces de provenance licite pour rendre son ordonnance. Ainsi, pour une décision remarquable du 31 janvier 2012, la seule illicéité des pièces suffit à entacher de nullité de la procédure : « c'est à bon droit qu'après avoir constaté que des documents produits par l'Administration au soutien de sa requête avaient une origine illicite, en ce qu'ils provenaient d'un vol, le premier président a annulé les autorisations obtenues sur la foi de ces documents [...] »<sup>7</sup>. Cette décision a été réitérée depuis<sup>8</sup>. Rappelons d'ailleurs que le législateur a souhaité, par le biais de la loi relative à la lutte contre la fraude fiscale et la grande délinquance économique et financière, régir l'utilisation des preuves illicites en matière fiscale. Cependant, les articles permettant aux administrations fiscale et douanière de demander au juge l'autorisation de procéder à des visites domiciliaires sur le fondement de documents quelle qu'en soit l'origine, y compris illégale, ont été jugés contraires à la Constitution par le Conseil constitutionnel<sup>9</sup>.

Dans l'affaire qui nous occupe, la question qui se posait intéressait la procédure pénale. Mis en examen des chefs de fraude fiscale, escroquerie en bande organisée, abus de biens sociaux, abus de confiance, blanchiment, passation d'écritures comptables inexactes, faux et usage, l'intéressé avait présenté à la chambre de l'instruction une requête en annulation de la plainte de l'administration fiscale et des actes subséquents. En effet, la plainte à l'origine des poursuites était justement fondée sur les « fameux » fichiers HSBC. Il était d'ailleurs soutenu que l'administration avait participé à leur confection et à leur collecte. Or, la chambre de l'instruction de la cour d'appel de Paris avait refusé de prononcer l'annulation, et la chambre criminelle de la Cour de cassation rejette, quant à elle, le pourvoi formé

7. Cass. com. 31 janv. 2012, n° 11-13.097 ; dalloz.fr, actualité, 13 févr. 2012, obs. X. Delpéch ; RTD com. 2012, p. 419, obs. Ph. Neau-Leduc ; Dr fiscal 2012, 12, comm. 207, note S. Détraz ; LEDB, avr. 2012, p. 5, n° 043, obs. J. Lasserre Capdeville.

8. Cass. com. 21 févr. 2012, n° 11-15.162 ; Dr fiscal 2012, n° 16, 262, étude R. Salomon, n° 9 ; Procédures 2012, comm. 137, note L. Ayrault.

9. Conseil constitutionnel, n° 2013-679 DC, 4 déc. 2013 ; JO 7 déc. 2013, p. 19958. – Droit fiscal n° 51, 19 décembre 2013, comm. 563, obs. Ch. de la Martinière. – En revanche, l'article 37 de la loi relative à la lutte contre la fraude fiscale reconnaît à l'administration fiscale la possibilité, sous certaines conditions, de se fonder sur des documents, pièces ou informations quelle qu'en soit l'origine, lorsqu'ils lui ont été transmis régulièrement au titre du droit de communication ou de l'assistance administrative internationale. Ce dispositif a simplement fait l'objet d'une réserve d'interprétation (pour le moins floue) par le Conseil constitutionnel. – Droit fiscal n° 51, 19 décembre 2013, comm. 574, note S. Détraz.

contre cette décision<sup>10</sup>. Pour la Haute juridiction, les fichiers informatiques contestés ne constituent pas, au sens de l'article 170 du Code de procédure pénale, des actes ou des pièces de l'information susceptibles d'être annulés, mais des moyens de preuve soumis à discussion contradictoire<sup>11</sup>.

A priori, la solution retenue ne saurait surprendre. Le principe de loyauté de la preuve, traditionnellement défini comme « une manière d'être dans la recherche des preuves, conforme au respect des droits de l'individu et à la dignité de la justice »<sup>12</sup>, fait l'objet d'une application particulière en matière de procédure pénale<sup>13</sup> : si ce principe s'impose aux agents de l'autorité publique<sup>14</sup>, il ne saurait être étendu aux personnes privées. Depuis deux décennies, en effet, la chambre criminelle a rendu une série d'arrêts qui accueillent de telles preuves, non seulement de la partie civile<sup>15</sup>, mais également de la personne mise en examen<sup>16</sup>, d'un témoin<sup>17</sup>, voire d'un tiers à la procédure<sup>18</sup>, sans exiger le respect du principe de loyauté. C'est ainsi que dans la majorité des arrêts précités figure une formule aux termes de laquelle la circonstance que les documents ou les enregistrements produits par l'une des parties aient été obtenus par des procédés déloyaux ne permet pas au tribunal de les écarter dès lors qu'ils peuvent être discutés contradictoirement. Le respect du contradictoire est dès lors la condition *sine qua non* à la bienveillance jurisprudentielle bénéficiant aux parties privées. L'arrêt étudié semble dès lors, *a priori*, constituer une nouvelle manifestation de cette jurisprudence.

Pourtant, cette décision présente une particularité : les enquêteurs s'étaient procuré les fichiers en question, qui étaient contenus sur l'ordinateur de l'ancien salarié de la banque, au cours d'une perquisition. C'était donc bien l'autorité publique qui les avait découverts ; il ne s'agissait pas d'informations transmises volontairement par un particulier, comme c'était le cas dans les arrêts précités. Or, nous le voyons, cela n'a aucune incidence sur l'exclusion du principe de la loyauté de la preuve. Sur ce point, la chambre criminelle se borne à déclarer que les juges de la chambre correctionnelle

ont, par des motifs pertinents, estimé que l'autorité publique n'était pas intervenue dans la confection ou l'obtention des pièces litigieuses, qui provenaient d'une perquisition régulièrement effectuée.

Selon nous, cette solution n'est pas totalement convaincante. Peut-on vraiment dire qu'un moyen de preuve recueilli au cours d'une perquisition ne constitue pas un acte ou une pièce de l'information ? Nous ne le pensons pas. La Cour de cassation n'a-t-elle pas ouvert ici la « boîte de Pandore » ? On peut se le demander. Dans tous les cas, cette jurisprudence annonce de futures condamnations pour fraude fiscale, trouvant leur origine dans les fichiers constitués par l'ancien salarié d'HSBC<sup>19</sup>.

## ■ ESCROQUERIE ET FAUX

### Pénal général – Régime des peines – Concours d'infractions – Faux et escroquerie – Infractions sanctionnant la violation d'intérêts distincts.

Cass. crim. 14 novembre 2013, n° 12-87.991, publié au Bulletin criminel ; dalloz.fr, actualité, 11 décembre 2013, obs. D. Le Drevo.

**La prévenue, qui s'était vue accorder des crédits bancaires en imitant la signature de sa mère, ne saurait reprocher à la cour d'appel d'avoir retenu les deux qualifications de faux et d'escroquerie, qui sont susceptibles d'être appliquées concurremment dès lors qu'elles sanctionnent la violation d'intérêts distincts.**

Mentionnons rapidement cette décision du 14 novembre 2013. En l'espèce, la prévenue avait imité la signature de sa mère afin de contracter au nom de celle-ci des crédits à la consommation, un crédit destiné au financement de l'achat d'un véhicule et un contrat d'assurance couvrant ce véhicule. Elle avait, par ailleurs, souscrit divers abonnements (téléphone, EDF-GDF) en communiquant les coordonnées bancaires de sa mère. Face à de tels faits, la cour d'appel d'Aix-en-Provence l'avait reconnue coupable d'escroquerie ainsi que de faux et usage de faux et condamné à trois ans d'emprisonnement dont un avec sursis et mise à l'épreuve.

Dans son pourvoi en cassation, l'intéressée invoquait l'impossibilité, pour un même fait, d'entraîner une double déclaration de culpabilité. La Cour de cassation rejette cependant ce moyen, au motif qu'il est possible de retenir les deux qualifications de faux et d'escroquerie dans la mesure où « elles sanctionnent la violation d'intérêts distincts » et que la cour d'appel n'a prononcé qu'une seule peine dans la limite des maximums encourus.

La bonne compréhension de cette solution implique de rappeler le droit applicable en la matière. Notre législation admet le « concours réel d'infractions », c'est-à-dire la caractérisation de plusieurs infrac-

10. V. de Senneville, « HSBC : feu vert à l'exploitation des fichiers Falciani », *Les Échos*, 28 nov. 2013, p. 29.

11. Pour une formulation comparable concernant des enregistrements réalisés par un majordome, Cass. crim. 31 janv. 2012, n° 11-85.464 : *Bull. crim.* 2012, n° 27 ; *Procédures* 2012, comm. 86, A.-S. Chavent-Leclère.

12. P. Bouzat, « La loyauté dans la recherche des preuves », in *Mélanges L. Huguency. Problèmes contemporains de procédure pénale*, éd. Sirey, 1964, p. 172.

13. Ph. Bonfils et J. Lasserre Capdeville, « Tentative de clarification de la loyauté de la preuve en matière pénale », in *La Réforme du Code pénal et du Code de procédure pénale. Opinio doctorum*, ouvrage collectif, éd. Dalloz, 2009, coll. « Thèmes et commentaires », p. 247.

14. Cass. crim. 13 juin 1989, n° 89-81.388 : *Bull. crim.* 1989, n° 254. – Cass. crim. 28 oct. 1991, n° 90-83.692 : *Bull. crim.* 1991, n° 381. – Cass. crim. 16 déc. 1997, n° 96-85.589 : *Bull. crim.* 1997, n° 427. – Cass. crim. 3 avr. 2007, n° 07-80.807 : *Bull. crim.* 2007, n° 102.

15. Cass. crim. 23 juill. 1992, n° 92-82.721 : *Bull. crim.* 1992, n° 274. – Cass. crim. 15 juin 1993, n° 92-82.509 : *Bull. crim.* 1993, n° 210. – Cass. crim. 6 avr. 1994, n° 93-82.717 : *Bull. crim.* 1994, n° 136. – Cass. crim. 30 mars 1999, n° 97-83.484 : *Bull. crim.* 1999, n° 59.

16. Cass. crim. 30 mars 1999 : v. *supra*.

17. Cass. crim. 26 avr. 1987, n° 86-96.621 : *Bull. crim.* 1987, n° 173. – Cass. crim. 30 mars 1999 : v. *supra*. – Cass. crim. 11 juin 2002, n° 01-85.559 : *Bull. crim.* 2002, n° 131.

18. Cass. crim. 1<sup>er</sup> oct. 2003, n° 03-84.142 : *Bull. crim.* 2003, n° 176. – Cass. crim. 27 janv. 2010, n° 09-83.395 : *Bull. crim.* 2010, n° 16 ; *AJ Pénal* 2010, p. 280, note J. Lasserre Capdeville. – Cass. crim. 31 janv. 2012, n° 11-85.464 : *Bull. crim.* 2012, n° 27 ; D. 2012, *Pan.* p. 2123, obs. J. Pradel.

19. V. de Senneville, « Fichiers HSBC : premières condamnations pour fraude fiscale », *Les Échos*, 19 déc. 2013, p. 27.