

droit des affaires

318 1° DOUANES. — Infractions. Preuves par tous moyens. C. douanes, art. 342. Éléments produits devant le juge pénal. Conditions d'obtention. Vol. Nullité de la procédure. 2° CHANGES. — Infractions. Preuves par tous moyens. C. douanes, art. 342. Éléments produits devant le juge pénal. Conditions d'obtention. Vol. Nullité de la procédure.

Cass. crim. 28 octobre 1991 ; Administration des douanes c. Tournier.

Les dispositions de l'article 342 du Code des douanes, selon lesquelles les délits en matière douanière ou cambiaire peuvent être prouvés par toutes voies de droit, impliquent que les éléments de preuve produits devant le juge pénal n'aient pas été obtenus par des procédés frauduleux.

C'est donc à bon droit qu'une chambre d'accusation, saisie par application de l'article 171 du Code de procédure pénale, prononce l'annulation d'une procédure suivie contre un résident français pour infractions cambiaires, dès lors qu'il s'avère que celle-ci est assise sur des extraits de compte de particulier provenant d'un vol commis à l'instigation d'agents chargés des constatations et poursuivies.

ANNOTER : J.-Cl. Procédure pénale, Art. 170 à 174, par Pierre ESCANDE. — J.-Cl. Pénal Annexes, V° Changes, par J.-P. CHAUMETON. — J.-Cl. Banque et Crédit, Fasc. 1010, par J.-P. CHAUMETON.

LA COUR ; — Attendu que, saisie par application de l'article 171 du Code de procédure pénale, pour annuler tous les actes de la procédure suivie contre Jacques Tournier et, après évocation, constater la prescription de l'action publique, la chambre d'accusation relève qu'à la suite d'informations, reçues au début de 1983 d'une source non révélée, lui ayant permis de dresser une liste de résidents français titulaires de comptes ouverts auprès d'une banque suisse, l'administration des douanes a déposé un acte introductif d'instance fiscale ; qu'elle a obtenu la mise en mouvement de l'action publique en produisant un « extrait de listage » provenant d'une bande magnétique qui, d'après l'administration des douanes, aurait été conservée par ses « aviseurs » ;

Que la chambre d'accusation constate par ailleurs qu'entre les mois de janvier et avril 1983, six bandes informatiques ont été dérobées à Lausanne au préjudice de la banque susvisée par deux personnes qui ont déclaré avoir agi contre la promesse d'une rémunération et à l'instigation des douanes françaises ; que les intéressés ont indiqué avoir remis ces bandes à un fonctionnaire français et avoir été conduits, en France, dans un service équipé de matériel informatique en vue du traitement des bandes volées ; que ces personnes ont été condamnées par le tribunal correctionnel du district de Lausanne pour « vol, service de renseignements économiques et tentative de violation du secret bancaire », les faits étant rapportés par la copie officieuse d'une décision du tribunal fédéral, en date du 6 février 1985, rejetant le pourvoi en cassation qui avait été formé ;

Que les juges retiennent que les énonciations de cette décision, soumises devant eux à la libre discussion des parties, et qui ne sont ni contestées ni critiquées par la direction générale des douanes, peuvent être retenues en la cause comme source de renseignements ; qu'ils observent qu'il existe un lien direct unissant les faits ainsi rapportés au traitement en France des données informatiques qui servent de base à la présente poursuite, ce que ne discute pas sérieusement l'administration des douanes, tout en s'abstenant de révéler l'origine des documents produits ou saisis par elle ;

Que les juges en concluent qu'est ainsi nul l'acte introductif d'instance fiscale se référant expressément au traitement de données informatiques dont les supports ont été obtenus par des moyens frauduleux mis en œuvre au préjudice d'une personne privée ; que la nullité de cet acte, à l'origine de la poursuite, s'étend à toute la procédure subséquente ;

Attendu qu'en l'état de ces énonciations, déduites d'une appréciation souveraine des faits et circonstances de la cause, la chambre d'accusation qui, sans excéder ses pouvoirs, n'a fait que tirer les conséquences légales de ses propres constatations, a fait l'exacte application de l'article 206 du Code de procédure pénale ;

Qu'en effet les dispositions de l'article 342 du Code des douanes, selon lesquelles les délits en matière douanière ou cambiaire peuvent être prouvés par toutes voies de droit, impliquent que les éléments de preuve produits devant le juge pénal n'aient pas été obtenus par des procédés frauduleux ;

D'où il suit que les moyens ne peuvent qu'être écartés ; — Et attendu que l'arrêt est régulier en la forme ; — Rejette le pourvoi.

MM. Le Guehec, prés. ; de Mordant de Massiac, rapp. ; Perfetti, av. gén. ; SCP Boré et Xavier, av.

Note. — Les embûches de la lutte contre la fraude. — Les enquêteurs des douanes sont réputés pour la qualité de leurs informations et aussi pour leur motivation. Dans leur quête parfois audacieuse des preuves, ils ont le plus souvent obtenu le feu vert et le soutien actif de leur ministre. Efficacité oblige. Les juges ne sont généralement pas dupes des conditions dans lesquelles sont rassemblées les preuves. Mais parfois le vent tourne. 1991 restera un crû amer pour la Douane. Et pas seulement en Bourgogne. Au plan des règles de la procédure pénale et des droits de la défense, l'Administration s'est offert, cette année-là, le luxe de trois arrêts de cassation qui condamnent certaines de ses méthodes d'investigation et confirment l'annulation par les juridictions d'appel des procédures litigieuses.

Le premier arrêt énonce que la saisie d'une correspondance postale pour procéder à l'ouverture des enveloppes et au contrôle de leur contenu hors les prévisions de l'article 66 du Code des douanes est assimilable à une perquisition ou visite domiciliaire (Cass. crim. 4 mars 1991 : *Bull. crim. n° 105*, p. 266 ; *Gaz. Pal.* 29-30 mai 1992, note J. Pannier).

Les deux autres arrêts rappellent que si les infractions douanières ou cambiaires peuvent être prouvées par toutes les voies de droit, c'est à la condition que les moyens de preuve produits devant le juge pénal ne procèdent pas d'une méconnaissance des règles de procédure et n'aient pas pour effet de porter atteinte aux droits de la défense (Cass. crim. 3 avril 1991 : *Gaz. Pal.* 29-30 mai 1992, note J. Pannier) et qu'ils n'aient pas été obtenus par des moyens frauduleux (Cass. crim. 28 octobre 1991 : *Bull. crim. n° 381*).

Cette dernière décision rejette les pourvois formés par l'administration des douanes à l'encontre des arrêts par lesquels la première Chambre d'accusation de la Cour de Paris avait annulé l'intégralité de la procédure douanière à l'encontre de 18 résidents français poursuivis pour détention irrégulière d'avoirs à l'étranger (Paris, 1^{re} Ch. d'accus., 26 avril 1990 : *JCP 90*, éd. E, II, 15935 ; 91, éd. G, II, 21704, note J. Pannier).

Rappelons brièvement les circonstances dans lesquelles cette affaire avait justifié la saisine de la Chambre d'accusation par le juge d'instruction, en application de l'article 171 du Code de procédure pénale.

Une vaste enquête douanière avait été diligentée sur l'ensemble du territoire national à l'encontre de résidents français titulaires de comptes bancaires à l'Union des Banques Suisses (UBS) grâce à l'exploitation de trois sources d'information, en l'occurrence des listings bancaires entrés en possession de la Direction nationale des enquêtes douanières (DNED) de diverses manières en 1981, 1982 et 1983.

Les deux premiers listings avaient été obtenus dans des conditions régulières, tandis que le troisième devait s'avérer par la suite d'origine parfaitement suspecte, comme en atteste un jugement du Tribunal fédéral suisse du 6 février 1985, publié à *La Semaine Judiciaire* du 4 février 1986. Il ressort en effet de cette décision judiciaire qu'à l'instigation des douanes françaises, et contre promesse d'une rémunération de 500.000 F, deux employés indélécats de l'UBS ont dérobé six bandes magnétiques et les ont livrées à un fonctionnaire français, et que les remises des bandes ont eu lieu en France, où les deux employés suisses ont été conduits dans un centre informatique spécialisé dans le décodage.

L'affaire n'aurait certainement jamais défrayé la chronique si la douane s'était contentée de régler par voie transactionnelle les quelques centaines de procédures engagées à l'encontre des

résidents qui avaient reconnu être titulaires d'un compte dans cette banque et préféré une solution discrète. Seulement voilà, dans un louable souci d'équité, l'Administration décida de poursuivre en justice les récalcitrants qui refusaient d'avouer ou de transiger, en dépit, parfois, d'éléments de preuve découverts dans leurs papiers privés à la faveur de visites domiciliaires.

Pour donner foi à l'exactitude de ses informations, la douane avait accompagné ses plaintes, déposées tant en province qu'à Paris, d'une note de synthèse se référant expressément aux trois sources d'information précitées et le hasard voulut que sur les dix-neuf plaintes déposées à Paris, dix-huit concernent des personnes figurant sur le troisième listing qui devait, par la suite, révéler son origine frauduleuse. Autrement dit, seule la dix-neuvième plainte put prospérer, parce qu'elle ne se référait pas à ce listing litigieux.

À un certain stade de la procédure pénale, et en dépit de ses craintes, la douane ne pouvait plus reculer et, par delà l'intérêt fiscal résiduel des quelques affaires concernées, se prépara au débat judiciaire tout à fait crucial pour l'avenir de ses méthodes d'investigations.

Il faut bien reconnaître qu'à cette époque, le choix entre la bénédiction et l'opprobre n'était pas évident compte tenu de l'intérêt en jeu. Ainsi, l'Administration reçut-elle le soutien actif du Parquet général qui se fendit d'un réquisitoire de 52 pages pour tenter d'éviter la Bérésina. Hélas ! Les temps avaient changé car les juridictions commençaient à regarder d'un peu plus près la régularité des procédures douanières et fiscales, jusqu'alors assez souvent recouvertes d'un voile pudique. Inciter au vol de documents pour caractériser la fraude était brusquement devenu très vilain.

Les dix-huit pourvois de la douane s'inscrivent dans ce contexte évolutif et les moyens soulevés montrent bien que la marge de manœuvre était finalement assez étroite. Articulée principalement autour de la production officieuse devant le juge répressif français d'un jugement rendu à l'étranger la démonstration de l'Administration fait franchement figure de combat d'arrière-garde. Le Professeur Robert estime même qu'il faut faire preuve de cynisme pour oser soutenir en pareille circonstance que les jugements pénaux étrangers n'ont pas d'autorité en France (J.-H. Robert, *Droit pénal*, 1992, n° 43).

Se contentant d'une banale démarche procédurière, le demandeur au pourvoi a à peine effleuré le débat de fond sur les limites de la recherche de la preuve en matière douanière. Il a, en outre, inexactement affirmé par son troisième moyen que la Chambre d'accusation a annulé les actes de l'information au motif qu'ils auraient été obtenus par des moyens frauduleux ; en effet, il est important de rappeler que la nullité prononcée se rapporte au premier acte de la procédure à savoir la plainte nécessaire à la mise en mouvement de l'action publique en matière de change (Cf. notre article, *D. 1990, Chron.*, 266) et que les actes dits subséquents n'ont été atteints par la nullité que par l'effet de la contagion (Cf. J. Escande, *Nullités de l'information, J.-Cl. Procédure pénale, Art. 170 à 174*).

Sur le fond, il est parfaitement inexact d'affirmer comme le fait la douane que la Chambre d'accusation s'est fondée « exclusivement sur la copie officieuse du jugement du Tribunal fédéral suisse pour annuler les actes de la procédure » alors que les arrêts critiqués du 26 avril 1990 précisent bien que les énonciations de ce jugement étranger soumis à la libre discussion des parties et qui ne sont ni déniées ou contestées ni même critiquées par la Direction générale des douanes « peuvent ainsi être retenues comme source de renseignements de laquelle ressortent des indices graves et concordants de la véracité des faits qu'elles analysent ainsi que de leurs causes et de leurs mobiles ».

Les juges ont procédé, comme ils l'auraient fait à l'égard de tout citoyen ordinaire, par rapprochement entre les faits révélés par le jugement suisse du 6 février 1985 et le traitement des données informatiques présenté par la douane elle-même comme base des poursuites. Ils en ont souverainement déduit qu'il existait un lien direct entre ces éléments de fait et tiré la conséquence que doit être annulé l'acte introductif d'instance fiscale qui se réfère expressément au traitement de données informatiques dont les supports ont été obtenus par des moyens frauduleux commis au préjudice d'une personne privée. Il importe peu dès lors que lesdits moyens frauduleux aient été mis en œuvre « en méconnaissance de la souveraineté et de l'ordre public d'un État étranger ». Formule des arrêts critiqués que la Chambre criminelle n'a pas jugé nécessaire de rappeler.

À la différence de l'arrêt *Bellini* précité (Cass. crim. 3 avril 1991) le débat se situe ici non plus sur le terrain du respect des droits de la défense, mais sur celui de la loyauté de la preuve, principe fondamental de notre procédure pénale (J.-P. Doucet, *Le jugement pénal*, éd. *Gaz. Pal.* 1991, p. 57 et les travaux cités

dans notre commentaire des arrêts d'appel : *JCP 90*, éd. E, II, 15935 ; 91, éd. G, II, 21704).

L'arrêt du 28 octobre 1991 est important à un double titre. D'abord au regard de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, ensuite au regard d'une sorte de consensus jurisprudentiel français, étant précisé que la décision commentée dépasse largement le cadre étroit du droit douanier.

Sauf à retenir, à titre d'indication, un arrêt annulant une procédure douanière dans laquelle apparaissaient comme imprécises les conditions dans lesquelles les enquêteurs s'étaient procuré l'enregistrement d'une conversation téléphonique (Cass. crim. 19 juin 1989 : *Bull. crim.* n° 261, p. 648) la Chambre criminelle n'avait jamais, jusqu'à présent, interdit l'utilisation de moyens de preuve irrégulièrement obtenus. C'est d'ailleurs vraisemblablement ce silence qui a encouragé l'Administration à passer à la vitesse supérieure dans sa recherche des preuves.

La Cour européenne des droits de l'homme elle-même ne considère pas comme illicite par principe l'utilisation d'une preuve recueillie de manière illégale, la Convention européenne se bornant à garantir en son article 6-1 un procès équitable, sans pour autant réglementer l'admissibilité des preuves qui relève du droit interne. Ainsi a-t-elle admis que l'enregistrement d'une conversation téléphonique sur bande magnétique obtenu dans des conditions revêtant le caractère d'une infraction pouvait néanmoins être accepté comme moyen de preuve (CEDH 12 juill. 1988, aff. *Schenk c/ Suisse* : *Rev. sc. crim.* 1988, p. 840).

La Chambre criminelle s'est donc montrée particulièrement ferme sur la nécessité de la « propreté » de la preuve sans toutefois se référer aux exigences du procès équitable telles que prévues à l'article 6-1 de la Convention européenne. On retiendra donc qu'elle se montre plus exigeante au regard des principes susvisés que la Cour européenne.

Faut-il en conclure pour autant que les administrations poursuivantes (douanes, fisc et concurrence) sont ainsi privées de toute possibilité d'exploiter des renseignements ou documents remis par des informateurs rémunérés ou non ?

Ici la réponse doit être nuancée. Car, note le commentateur de l'arrêt du 28 octobre 1991 à la RJDA, qui sait manifestement de quoi il parle, la Chambre criminelle a condamné l'utilisation d'une preuve obtenue frauduleusement par celui-là même qui l'a obtenue par fraude, mais non son utilisation par des « mains innocentes » (*RJDA 1/92, n. 113*). Elle s'est, ce faisant, démarquée de la Chambre commerciale qui, dans un arrêt du 27 novembre 1991 (*RJF 1/92, n° 81*), a interdit l'utilisation par l'Administration, à l'appui d'une demande d'autorisation de visite domiciliaire, d'un document adressé de manière anonyme aux services de la concurrence (*RJDA 1/92, n° 114*).

On perçoit nettement qu'un certain consensus judiciaire a pris consistance qui ne s'accommode plus des précautions de langage et des astuces en tous genres utilisées par les agents chargés de la répression pour masquer la réalité de leurs sources d'information et de renseignements.

Une distinction risque cependant de se cristalliser entre les procédures soumises à la Chambre criminelle qui semble donc tolérer qu'un fonctionnaire habilité du Ministère du budget puisse valablement présenter des preuves obtenues on ne sait trop comment — pourvu que l'Administration ne se soit pas fait prendre la main dans le sac comme dans la présente espèce — et les ordonnances autorisant les visites domiciliaires soumises à la censure de la Chambre commerciale qui exige un contrôle de « l'apparence de licéité » des documents produits (Cass. com. 27 nov. 1991, 2 arrêts : *RJDA 1/92, n. 114*).

Cette dernière approche constitue certainement une manière efficace d'encadrer les visites domiciliaires et de tenir à l'œil les agents du Ministère des finances qui, à la différence de leurs collègues policiers, n'ont pas de comptes à rendre à un juge d'instruction. Encore qu'il y ait beaucoup à dire sur le comportement abusif de certains juges d'instruction en matière de perquisitions.

Mais c'est peut-être un pas supplémentaire vers l'octroi aux enquêteurs des finances du statut d'officier de police judiciaire. Étape qui permettra peut-être, un jour où la guerre des ministres sera moins virulente, d'aligner les visites domiciliaires sur le droit commun des perquisitions. Histoire de débarrasser les présidents de tribunaux de grande instance ou leurs délégués d'une responsabilité qui, dans l'ensemble, ne leur a guère réussi.

Jean PANNIER,

Avocat à la Cour de Paris,
Chargé d'enseignement à la Faculté de Droit
de l'Université de Paris I.