La justice civile sonne le glas de l'aventure des fichiers volés HSBC

La Cour d'Appel de PARIS vient de marquer un sérieux coup d'arrêt à la pratique des procédures dites de « *visites et de saisie* » [(1)] initiées par l'administration fiscale française sur le fondement de l'article L. 16 B du Livre des procédures fiscales (LPF) dans le cadre de l'exploitation ciblée des données tirées des fichiers informatiques volés fin 2006 et courant 2007 par Hervé FALCIANI au préjudice de la Banque HSBC PRIVATE BANK GENEVE et, corrélativement, de ses clients résidents français.

Ainsi qu'on le sait, la procédure des perquisitions fiscales de l'article L. 16 B permet aux agents de l'administration, accompagnés d'un ou plusieurs officiers de police judiciaire, de pénétrer par surprise et, le cas échéant, si le local est inoccupé au moment de la visite, avec le concours d'un serrurier, au domicile des contribuables (personnes physiques ou morales) entre 6 heures et 21 heures, afin de rechercher les preuves d'une infraction alléguée à la législation en matière d'impôts sur le revenu ou sur les bénéfices ou de TVA.

Pour ce faire, ils doivent au préalable obtenir une autorisation délivrée par le Juge des libertés et de la détention (J.L.D.). A cette fin, ils déposent une requête accompagnée de pièces, de nature variée, permettant au magistrat saisi d'apprécier si les conditions de mise en œuvre de l'article L. 16 B du LPF sont réunies.

Dans l'affaire qui vient d'être jugée par la Cour d'appel de PARIS et pour obtenir du J.L.D. une ordonnance les autorisant à effectuer une perquisition fiscale chez un particulier, les agents de l'administration fiscale avaient joint de nombreuses pièces mais seules deux d'entre elles, issues des fichiers HSBC volés, étaient susceptibles de faire présumer l'existence d'une fraude fiscale de nature à justifier la réalisation de visites domiciliaires.

Mais, par une ordonnance rendue le 08 février 2011, le Premier Président de la Cour d'Appel de PARIS vient d'annuler l'ordonnance du J.L.D. qui avait autorisé cette perquisition.

Cette décision mériterait déjà d'être soulignée tant les annulations sont particulièrement rares dans le contentieux des autorisations des « *visites et saisie* », y compris dans le cadre de la nouvelle procédure d'appel mise en place par la loi du 04 août 2008 [(2)].

---

(1) Langage à but consensuel qui signifie tout simplement « *perquisition* ».

(2) Après condamnation de la France par la Cour EDH le 21 février 2008 (*n° 18.497, Ravon c/ France : DF 2008 n° 12, comm. 227, note D. Ravon et C. Louit ; RJF 2008 n° 571 avec Etude B. Hatoux, pp 454 et 552*).

Toutefois, l'ordonnance d'annulation du 08 février 2011 revêt un caractère exceptionnel dans la mesure où – sauf erreur – elle constitue la **première décision de justice** rendue dans une affaire où la problématique principale reposait **sur l'illicéité de la production par l'administration de pièces HSBC volées** au soutien de sa demande d'autorisation d'une visite domiciliaire.

1 - La tentation de Genève

L'on se souvient de cette affaire de vol de fichiers informatiques qui avait défrayé la chronique à l'automne 2009, une histoire de voleur et de gendarmes qui aurait pu être banale si les gendarmes ne s'étaient associés au voleur.

Hervé FALCIANI, employé par la banque HSBC PRIVATE BANK à Genève, avait dérobé par le biais d'un piratage informatique, des bases de données portant sur les clients de ladite banque et, au terme de péripéties rocambolesques, avait remis le produit de son vol aux autorités fiscales françaises.

D'où la tentation de Genève à laquelle ni nos services administratifs ni nos hommes politiques ne surent ni ne purent résister.

C'est à partir du retraitement informatique de ces données que le ministre du Budget de l'époque avait fait état de l'existence d'un listing fin août 2009, en annonçant que Bercy détenait les noms de 3000 contribuables français possédant des avoirs non déclarés en Suisse, qu'il incitait prestement à « régulariser » leur situation avant le 31 décembre suivant. Il doit être rappelé que la circonstance que ce listing soit issu de la commission d'une infraction pénale suscitait ce seul commentaire de la part dudit ministre : « *ce qui aurait été choquant, c'est de ne pas utiliser ces informations. La vraie question, ce n'est pas de savoir comment on obtient ces informations, c'est de savoir au fond qui vole qui* ».

Ainsi, l'un des ministres les plus importants de la République Française n'hésitait pas à faire preuve d'un cynisme aussi cosmétiquement moralisateur que budgétairement intéressé puisque, selon lui, la fin fiscale (3) justifiait tous les moyens y compris délictueux.

---

(3) Qu'il a peut-être confondue avec la « faim » de rentrées fiscales inespérées en ces périodes de disette budgétaire …

…/…

En France, de trop rares voix se firent entendre pour dénoncer cette violation des principes fondamentaux de l'Etat de droit [(4)], tant le tintamarre médiatique tentait de faire passer le voleur pour une variété moderne de Robin des Bois volant, au propre comme au figuré, au secours de la vertu qui, par définition, est insoupçonnable.

Mais, la vertu n'est pas la loi.

2 – La rédemption judiciaire

Si la vertu n'est pas la loi, la loi – en revanche – possède la vertu première de s'imposer à tous, y compris à l'Etat.

Comme chacun sait, l'Etat de droit est la limitation de la puissance de l'Etat par le droit en ce que la puissance publique est, à l'instar des citoyens, soumise à la loi.

La République Française est un Etat de droit.

Il en résulte que, si la nécessité de la lutte contre la fraude fiscale exige que l'administration ne soit pas paralysée dans ses investigations, encore faut-il que celles-ci ne procèdent pas de moyens contraires à la loi.

Or, il est établi - et non contesté par l'administration - que les fichiers HSBC en cause **sont des fichiers volés**, quelles que soient les mains plus ou moins innocentes entre lesquelles ils sont passés, y compris celles du Parquet de Nice.

Ainsi, de même que l'arbre empoisonné ne peut que donner des fruits toxiques, l'origine incontestablement illicite desdits fichiers en interdit l'utilisation, que ce soit à l'appui d'une demande d'autorisation de mise en œuvre d'une visite domiciliaire ou de toute autre action d'agents publics.

---

(4) A l'exception notable d'un article d'Emmanuel DAOUD, Avocat au Barreau de PARIS, dans « *Le Monde* » du 18-12-2009.

…/…

Dans un important arrêt du 7 avril 2010 [(5)], la Cour de cassation avait déjà posé pour principe que le Juge d'appel ne devait pas limiter son contrôle à la **seule apparence de licéité** des pièces produites au soutien de la requête de l'administration devant le J.L.D. tendant à obtenir l'autorisation de perquisition et que, à condition d'être saisi d'une contestation sur ce point, il **devait vérifier que les éléments d'information fournis par le fisc avaient été obtenus par lui de manière licite**.

Dans l'affaire jugée le 8 février 2011, le Premier Président de la Cour d'Appel de Paris s'est appuyé sur ce principe pour faire droit à l'appelant, au motif principal : « - ***qu'en tout état de cause, il s'agit de données volées**, la réalité de la commission de ce vol ayant été confirmée* *par le Ministre du Budget* (…), - ***que l'origine de ces pièces est donc illicite, que l'administration en ait eu connaissance par la transmission du Procureur de la République ou antérieurement à cette date ;*** ».

Le Juge a ainsi écarté le moyen de l'administration qui alléguait que le passage des fichiers volés entre les mains du Parquet de Nice leur avait conféré une sorte de virginité procédurale de nature à en rendre l'utilisation licite en dépit de la parfaite connaissance de leur origine réelle. L'argument vaut d'être relevé qui prêtait au Parquet le rôle aussi inattendu que peu enviable de « lessiveuse » d'un recel de vol …

Ecartant ce stratagème, le Juge judiciaire a donc clairement confirmé la prééminence du principe de loyauté de la preuve dans une cause particulièrement sensible où la tentation de l'opportunisme aurait pu succéder à celle de Genève, ainsi que l'y invitait l'administration.

En conséquence, il a conclu à l'annulation de la perquisition, après avoir justement relevé que, en l'absence de ces pièces illicites, le J.L.D. « n*e disposait pas d'éléments suffisants pour présumer la fraude* ».

Toutes choses égales par ailleurs, cette décision déborde le simple domaine fiscal pour rejoindre celui, beaucoup plus large, des Libertés Publiques qu'elle vient conforter.

* * *

Ainsi qu'il fallait s'y attendre compte tenu des usages de l'administration dans une telle occurrence, cette dernière s'est pourvue en cassation contre l'ordonnance du 08 février 2011.

---

(5) *Cass. Com. 07 avril 2010, n° 09-15.122, FS-P+B+R, DGFIP c/ M. X,: D.F. 2010 n° 22, comm.. 355, note D. Ravon.*

…/…

On ne peut raisonnablement expliquer ce pourvoi que par la volonté d'empêcher - au moins pour le temps de son examen - les contribuables français victimes des agissements délictueux de FALCIANI de se prévaloir, dans leurs rapports contraints avec la DGFIP [(6)], d'une décision de nature à gêner l'action de l'administration si elle était devenue définitive.

Mais, ce faisant, l'administration s'est surtout exposée à une confirmation de l'ordonnance du 08 février 2011 par la Chambre commerciale de la Cour de cassation que l'on voit mal revenir sur sa propre jurisprudence.

On l'imagine d'autant moins que, par un arrêt de principe auquel elle a tenu à donner un très grand écho [(7)], la plus haute formation de la Cour de cassation, *i.e.* l'Assemblée Plénière, vient de rappeler - aux visas des articles 9 du Code de procédure civile, 6 § 1 de la convention EDH et, ensemble, du principe de loyauté dans l'administration de la preuve - l'irrecevabilité de la production d'un procédé déloyal à titre de preuve en toute matière, sauf pénale.

Dans le communiqué de presse ayant accompagné la publication de cette décision sur le site de la Cour, la Première Présidente de la Cour de Cassation a tenu à préciser que : « *En statuant ainsi, la plus haute formation de la Cour de cassation* ***marque son attachement au principe de la loyauté****, qui participe pleinement à la réalisation du droit fondamental de toute partie à un procès équitable et s'applique en tout domaine,*(…). ***Si les enjeux économiques ne doivent pas être ignorés du juge, ils ne peuvent cependant le détourner de l'obligation de statuer suivant les principes fondamentaux qui fondent la légitimité de son action.***»

L'utilisation par des agents publics de fichiers volés dans une banque constituant l'essence même d'un procédé déloyal [(8)], tous les espoirs sont ainsi permis aux contribuables et à leurs conseils de voir, lors de l'examen du pourvoi frappant l'ordonnance du 08 février 2011, la Chambre commerciale suivre la voie qui avait initialement été la sienne et qui vient d'être ainsi solennellement confirmée par l'assemblée plénière de la Haute Assemblée.

Delphine RAVON Alain MARSAUDON

---

(6) La plupart fait actuellement l'objet de vérifications fiscales personnelles (ESFP) diligentées par la DNVSF (Direction Nationale des Vérifications de Situations Fiscales).

(7) *Cass. Plén. 07 janvier 2011 n° 587 (P+B+R+I).*

(8) Procédé d'autant plus inadmissible qu'il est le fait d'administrations chargées de faire respecter la loi.