

214 L'odyssée pénale d'UBS : risque et opportunité de refuser une CJIP

Aglaë de VIBRAYE,
avocat associé, Cabinet Turot

Éloïse de TOURNEMIRE,
avocat associé, Cabinet Turot

Bayard TUROT,
avocat counsel, Cabinet Turot



Dans une affaire de démarchage illicite et blanchiment de fraude fiscale, rappelant parfois la longue Odyssée d'Ulysse, si ingénieux qu'après avoir pillé Troie par ruse, il pensait encore pouvoir éviter et Charybde, et Scylla, la banque suisse UBS AG est prise dans des démêlés avec la justice française qui se prolongent depuis 20 ans.

1 - L'ancien responsable de l'audit interne au sein de la banque UBS en France, Nicolas Forissier, qui vient d'être décoré de l'Ordre national du mérite, alerte en 2003 la Direction Centrale du Renseignement Intérieur (DCRI) de sa découverte d'un fichier Excel dénommé « Vache » : en dépit de cet intitulé à consonnance paysanne, le fichier concernait en réalité des opérations financières transfrontalières proposées à des prospects français par les chargés d'affaires suisses. Ces opérations issues du démarchage illégal de clients français par la banque suisse, étaient recensées à l'aide d'un outil manuel surnommé « *carnets du lait* » (d'où l'intitulé Vache), par référence aux carnets du lait des fermiers suisses.

Selon les précisions apportées par l'un des prévenus, et reprises dans l'arrêt de la cour d'appel de Paris du 13 décembre 2021¹, faisant honneur au pragmatisme helvétique, ces opérations off-shore étaient considérées comme du « *simple money* » soit de « *l'argent sans problème* », clairement distingué du « *complex money* », « *l'argent où se posaient les problèmes de fiscalité tout à fait légal [sic]* ».

Cette affaire pénale hors norme à tous les égards, – qu'il s'agisse tant de la peine record retenue en première instance par les tribunaux français² (3,7 milliards d'euros d'amende, outre 800 millions € de dommages-intérêts en réparation du préjudice de l'État français), que de l'ampleur du système d'aide à l'évasion fiscale reproché à la banque UBS, en passant par la longueur de la procédure initiée dès 2003, – a donné lieu à la décision rendue par la chambre criminelle de la Cour de cassation le 15 novembre 2023. Celle-ci retient l'attention à plusieurs titres, et notamment quant aux motifs retenus concernant les règles de territorialité et de prescription (1), ainsi que les peines appliquées (2).

Rappelons que la banque UBS AG avait eu l'audace de refuser la convention judiciaire d'intérêt publique (CJIP) **proposée par le Parquet National Français (PNF)**, qui comportait une amende d'intérêt public de **1,1 milliard d'euros**. L'attractivité du mécanisme de la CJIP, c'est-à-dire l'intérêt pour les prévenus d'y recourir à l'avenir, allait dépendre du montant des peines qui seraient finalement prononcées par les magistrats du siège. Au-delà de l'affaire UBS, l'arrêt de la chambre criminelle était donc très attendu car c'était un peu l'avenir de la CJIP, dont les termes avaient été divulgués par la presse, qui allait se jouer.

En première instance, la banque avait pu croire que bien mal lui avait pris de refuser cette amende de 1,1 milliard qui se trouvait avoir plus que triplé, mais après les décisions rendues en appel puis en cassation, l'appréciation s'est inversée.

Le 15 novembre 2023, la Cour de cassation³ a confirmé la condamnation de la banque suisse UBS s'agissant des infractions de démarchage illicite et de blanchiment aggravé de fraude fiscale. Elle a toutefois cassé l'arrêt et renvoyé l'affaire devant la cour d'appel s'agissant de la confiscation de 1 milliard d'euros et de la détermination du montant de 800 millions d'euros de dommages et intérêts, alors même que l'amende avait déjà été divisée par mille par la cour d'appel qui l'avait ramenée du montant de 3,7 milliards d'euros prononcé en première instance à celui de **3,75 millions d'euros**.

1. CA Paris, pôle 2, ch. 12, 13 déc. 2021, n° 19/05566 : Dr. fisc. 2022, n° 7, étude 115, A. Rousseau et G. Pellegrin, spéc. n° 5.

2. T. corr. Paris, 32^e ch., 20 févr. 2019, n° 11055092033 : JurisData n° 2019-002481 ; JCP E 2019, 1266, comm. G. Poissonnier.

3. Cass. crim., 15 nov. 2023, n° 22-82.826 : JurisData n° 2023-020216 ; Dr. fisc. 2024, n° 4, comm. 171, note S. Detraz ; Dr. pén. 2024, comm. 11, note C. Claverie-Rousset.

1. Comment la banque suisse UBS a pu être condamnée par les juridictions françaises pour des infractions commises en France mais *a priori* prescrites, et pour des infractions non prescrites mais non commises en France

A. - La compétence des juridictions françaises pour poursuivre des faits de blanchiment non commis en France

2 - Le régime du blanchiment, proche de celui du recel, est très particulier dans la législation française. S'il se distingue de la complicité en ce qu'il s'agit d'une infraction distincte du crime ou du délit d'origine, ce régime n'a pas pour autant rompu avec la tradition selon laquelle cette infraction en serait une forme dérivée. Afin de prévoir un système autonome de peines sévères, et des circonstances aggravantes tirées des modalités de commission (*C. pén.*, art. 324-1 et s.), le législateur a retenu simultanément **les caractéristiques du délit de conséquence et celles du délit autonome**.

L'affaire UBS en est une parfaite illustration : délit de conséquence lorsqu'il s'agit d'apprécier l'applicabilité de la loi française et la compétence des juridictions françaises ; délit autonome lorsqu'il s'agit d'apprécier l'impact de la prescription du délit d'origine (le démarchage illicite de clients français).

La jurisprudence retient, notamment depuis les arrêts du 11 septembre 2019⁴, que le blanchiment est une infraction instantanée qui se réalise en un trait de temps ; mais étant **autonome et indépendant de l'infraction d'origine**, il peut être poursuivi et sanctionné quand bien même l'infraction d'origine serait prescrite⁵.

Parce qu'il constitue un délit autonome, tout fait de blanchiment commis entièrement à l'étranger devrait en toute logique échapper à la compétence des juridictions françaises. Mais la jurisprudence fait preuve d'une grande souplesse d'appréciation à cet égard.

La Cour de cassation a déjà eu l'occasion de retenir la compétence de la loi française à l'égard d'un fait de blanchiment commis en dehors du territoire français mais faisant suite à des faits d'escroquerie commis sur le territoire de la République, au motif qu'« *il existait, au moment de l'ouverture de l'information, des présomptions de la commission d'un fait constitutif du délit de blanchiment sur le territoire de la République justifiant la compétence des juridictions pénales françaises, les fonds objet du blanchiment ayant été obtenus en France par des manœuvres frauduleuses* »⁶.

De même, la Cour de cassation a admis la compétence des juridictions françaises en présence d'un recel commis à l'étranger de choses provenant de vols réalisés en France, sur le fondement de l'article 113-2, alinéa 2 du Code pénal, lequel consacre le **principe**

d'**ubiquité**⁷ en précisant que « *L'infraction est réputée commise sur le territoire de la République dès lors qu'un de ses faits constitutifs a eu lieu sur le territoire* » : ce principe élargit la compétence territoriale de chaque État en permettant de localiser une infraction indifféremment des lieux de manifestation de l'action et de survenance de son résultat. Ainsi la Cour de cassation juge que des vols d'œuvres d'art (prescrits) commis dans des églises françaises peuvent être retenus comme des faits constitutifs du recel pour retenir la compétence des juridictions françaises⁸.

La répression du recel présentant de nombreuses similitudes avec celles du blanchiment, la solution a été transposée au blanchiment par la Cour de cassation, qui a jugé que le délit de blanchiment à l'étranger de fonds provenant d'une fraude fiscale en France, par ailleurs couverte par la prescription, justifie la compétence des juridictions françaises en application du second alinéa dudit article 113-2 du Code pénal⁹.

C'est cette solution qu'a retenue la cour d'appel de Paris dans son arrêt du 13 décembre 2021 à l'égard d'UBS AG : « *Considérant que les juridictions françaises sont compétentes pour connaître du délit de blanchiment commis à l'étranger quand il porte sur des fonds ou valeurs produits par des infractions commises en France, même couvertes par la prescription, lesquelles caractérisent un fait constitutif du délit de blanchiment au sens de l'article 113-2 du code pénal* »¹⁰. Cette solution vient d'être confirmée par la Cour de cassation¹¹ qui valide le principe des condamnations pénales d'UBS AG pour blanchiment aggravé de fraude fiscale et démarchage bancaire illégal.

Relevons pourtant une interrogation que soulève cette solution : en tant qu'infraction de conséquence, le blanchiment suppose nécessairement l'accomplissement d'un crime ou d'un délit préalable distinct. Cette infraction préalable au blanchiment **n'est pas pour autant un élément constitutif du blanchiment lui-même**. Tout au plus pourrait-on considérer, le cas échéant, que l'infraction préalable a constitué un acte préparatoire, lequel peut souvent suffire à localiser une infraction sur le territoire français. Mais est-il conforme et à la psychologie du fraudeur, et à la réalité tout simplement, de voir dans la fraude fiscale un acte préparant le blanchiment ?

La caractérisation du délit préalable présente par ailleurs une certaine souplesse, puisqu'il n'est pas requis que l'auteur du blanchiment connaisse la nature exacte des infractions d'origine¹², ou que les circonstances de leur commission soient parfaitement déterminées¹³. La chambre criminelle a pu retenir l'existence d'un blanchiment de fraude fiscale malgré le fait que la fraude n'avait pu être parfaitement qualifiée, faute de plainte préalable de l'Administration¹⁴.

4. Cass. crim., 11 sept. 2019, n° 18-83.484 : *JurisData* n° 2019-015452 ; *Dr. pén.* 2019, comm. 181, obs. Ph. Conte ; *JCP G* 2019, 1086, note S. Detraz et E. Dezeuze.

5. Cass. crim., 31 mai 2012, n° 12-80.715 : *JurisData* n° 2012-012897 ; *Bull. crim.*, n° 139 ; *Dr. pén.* 2012, comm. 117, obs. M. Véron ; *Dr. sociétés* 2012, comm. 173, obs. R. Salomon ; *D.* 2012, act. p. 1678, obs. S. Lavric ; *Gaz. Pal.* 3-4 août 2012, chron. p. 37, note C. Robaczewski ; *RSC* 2012, p. 868, obs. H. Matsopoulou.

6. Cass. crim., 9 déc. 2015, n° 15-83.204 : *JurisData* n° 2015-027536 ; *Bull. crim.* n° 282 ; *Dr. pén.* 2015, comm. 136, note Ph. Conte ; *AJ pénal* 2016, p. 137, note M.-E. Boursier.

7. Théorie critiquée par R. Koering-Joulin qui préconisait la loi de l'enracinement social in *L'article 693 du Code de procédure pénale et la localisation internationale de l'infraction* : Thèse dactyl., Strasbourg, 1973, spéc. p. 348.

8. Cass. crim., 26 sept. 2007, n° 07-83.829 : *JurisData* n° 2007-040849 ; *Bull. crim.*, n° 224 ; *Dr. pén.* 2007, comm. 150, obs. M. Véron ; *JCP G* 2008, II, 10047, note M. Segonds ; *JCP G* 2008, I, 181, n° 6, obs. M. Véron ; *D.* 2008, p. 1179, note D. Rebut.

9. Cass. crim., 21 oct. 2020, n° 19-87.076 : *JurisData* n° 2020-016969 ; *Dr. pén.* 2021, comm. 23, P. C.

10. CA Paris, ch. pôle 2, ch. 12, 13 déc. 2021, n° 19/05566 : *Dr. fisc.* 2022, n° 7, étude 115, A. Rousseau et G. Pellegrin, spéc. n° 5.

11. Cass. crim., 15 nov. 2023, n° 22-82.826 : *JurisData* n° 2023-020216 ; *Dr. fisc.* 2024, n° 4, comm. 171, note S. Detraz ; *Dr. pén.* 2024, comm. 11, note Ch. Claverie-Rousset.

12. Cass. crim., 18 janv. 2017, n° 15-84.003 : *JurisData* n° 2017-000547.

13. Cass. crim., 4 déc. 2019, n° 19-82.469 : *Dr. pén.* 2020, comm. 75. – Cass. crim., 18 mars 2020, n° 18-86.491 : *JurisData* n° 2020-003785 ; *Dr. fisc.* 2020, n° 28, comm. 309, C. Claverie-Rousset ; *Dr. pén.* 2020, chron. 10, S. Detraz.

14. Cass. crim., 20 févr. 2008, n° 07-82.977 : *JurisData* n° 2008-043263 ; *Bull. crim.*, n° 43 ; *Dr. pén.* 2008, comm. 67, note M. Véron ; *JCP E* 2008, 1861.

Dans l'affaire ici commentée, la Cour de cassation a, par sa décision du 15 novembre 2023, retenu la **légalité des poursuites exercées sur le fondement de la législation française relative au blanchiment, et leur conformité avec l'accord** conclu le 26 octobre 2004 entre la Communauté européenne et la Confédération suisse. La chambre criminelle a en effet approuvé la cour d'appel d'avoir jugé que la loi française était applicable en ce qu'un des « **faits constitutifs** » de l'infraction poursuivie, à savoir la commission d'une infraction préalable, a eu lieu sur le territoire de la République. Elle a par ailleurs écarté la demande de renvoi à la CJUE d'une question préjudicielle sur le point de savoir si l'accord s'oppose à une réglementation nationale permettant de poursuivre et condamner une banque de façon systématique pour la gestion de fonds dans des conditions assurant le secret bancaire, comme étant inutile, l'interprétation du droit de l'Union s'imposant « *avec une telle évidence qu'elle ne laisse place à aucun doute raisonnable* ».

Cet arrêt, en réaffirmant qu'une infraction préalable (la fraude fiscale par rapport à son blanchiment) peut être retenue comme un fait constitutif du délit de blanchiment, ouvre largement la compétence territoriale du juge pénal français en matière de blanchiment.

B. - La Cour de cassation ne retient pas la notion jurisprudentielle d'indivisibilité entre le démarchage bancaire et le blanchiment, précédemment retenue par la Cour d'appel pour écarter la prescription

3 - Sur un autre point, la Cour de cassation n'a pas approuvé le raisonnement de la cour d'appel de Paris.

Les juges d'appel, comme les juges de première instance, avaient estimé que les faits de démarchage et de blanchiment s'inscrivaient dans le cadre d'une fraude complexe, et qu'ils étaient dans un tel état de dépendance que l'existence des uns ne se comprenait pas sans l'existence des autres, le blanchiment apparaissant comme la suite logique et nécessaire des actes de démarchage. La cour d'appel avait dès lors appliqué la jurisprudence sur les **infractions complexes, connexes et indivisibles**, selon laquelle la prescription régulièrement interrompue vis-à-vis d'une infraction interrompt aussi la prescription vis-à-vis des infractions qui lui sont connexes, si celles-ci ne sont pas elles-mêmes prescrites.

Une jurisprudence constante et remontant au XIX^e siècle admet, sans d'ailleurs **aucun fondement textuel**, que les tribunaux français sont compétents pour juger une infraction commise dans un État étranger – même par un étranger au détriment d'un étranger – qui présente un lien d'indivisibilité avec une infraction réalisée en France. L'indivisibilité suppose « *un lien tellement intime que l'existence (d'une infraction) ne se comprendrait pas sans l'existence d'une autre* »¹⁵. Ce lien d'indivisibilité permet, de solution constante, une extension de la compétence territoriale française.

Malgré l'ancienneté de la notion d'indivisibilité, les critères pour caractériser ce lien existant entre deux infractions restent toujours aussi difficiles à cerner ; la jurisprudence retient par exemple l'indivisibilité entre délivrance illicite à l'étranger d'un visa français et recel et usage en France du visa indûment obtenu¹⁶ ; mais elle l'écarte entre différentes agressions de même nature commises par le même auteur, sur la même victime, perpétrées en France, en Italie et à Monaco¹⁷, la Cour de cassation estimant alors que ces infractions sont simplement

connexes, l'existence des unes pouvant se comprendre sans l'existence de celles commises à l'étranger, lesquelles ne ressortissent dès lors pas de la compétence des juridictions françaises.

Étant donné l'usage extensif de cette notion, la doctrine regrette souvent le flou de sa définition et cette décision de la Cour de cassation contribue utilement à la clarification de cette construction jurisprudentielle en jugeant que « *C'est à tort que la cour d'appel s'est fondée sur le caractère indivisible des deux infractions, qui n'est pas de nature à reporter le point de départ de la prescription au jour du dernier acte de démarchage bancaire ou de blanchiment aggravé.* ».

La Cour de cassation y substitue le raisonnement selon lequel le délit de démarchage illicite « *suppose pour sa caractérisation, une répétition d'actes constitutifs d'une habitude. Il en résulte que la prescription ne court qu'à compter du jour où le délit de démarchage bancaire a pris fin.* »

Cette « *habitude* » de démarchage illicite des clients français ayant cessé en juin 2011, la prescription de l'action publique contre ce délit n'était pas acquise, sans qu'il soit nécessaire de recourir à la notion si insaisissable d'indivisibilité.

Cette motivation incontestable nous semble préférable au recours à la notion nébuleuse d'infractions indivisibles. Ce qui est jugé pour le délit de démarchage sera-t-il transposable à une personne qui serait poursuivie pour blanchiment à l'étranger d'une fraude fiscale ?

2. Comment la plus grande partie de la peine infligée à UBS tombe, tandis que le sort des intérêts civils de l'Administration reste ouvert dans le procès de renvoi

4 - Si UBS est passible de condamnation en France, reste à savoir quelle peine peut lui être appliquée. La peine d'amende proprement dite avait déjà été très fortement réduite par la cour d'appel, qui avait annulé l'amende proportionnelle sans précédent de 3,7 milliards d'euros infligée par le tribunal correctionnel de Paris¹⁸, ne retenant que l'amende fixe de 3 750 000 €, maximum de la peine encourue pour les personnes morales.

Cette division par mille était justifiée par l'impossibilité d'appliquer l'amende proportionnelle dont le maximum peut atteindre la moitié du produit de l'infraction d'origine (*C. pén.*, art. 324-3). Quel était donc ce produit de l'infraction ? Le tribunal correctionnel avait pris en compte « *le montant des sommes déposées chez UBSAG* » par les contribuables français, ce qui correspondait en réalité à l'assiette de l'impôt élué. Mais la Cour de cassation avait, peu de temps après, eu l'occasion de préciser qu'il y avait lieu de retenir le montant de l'impôt élué, et non celui de son assiette, pour déterminer le produit de l'infraction¹⁹.

Cette interprétation, incontournable au demeurant, conduisit la cour d'appel à écarter l'amende proportionnelle « *compte tenu de l'indétermination du montant exact du produit du blanchiment* ».

Ainsi, la bataille devant la Cour de cassation ne portait plus, principalement, que sur deux éléments de peine ou « *quasi peine* » : la peine complémentaire de confiscation à hauteur de 1 milliard d'euros, et les dommages intérêts, qu'on pourrait presque dire punitifs, qui s'élevaient à 800 millions d'euros.

15. *Cass. crim.*, 29 juill. 1875 : *Bull. crim.*, n° 239. – *D. Rebut, Droit pénal international* : Dalloz, 3^e éd., 2019, n° 58.

16. *Cass. crim.*, 11 juin 2008, n° 07-83.024 : *JurisData* n° 2008-044400 ; *Bull. crim.*, n° 147 ; *Dr. pén.* 2008. comm. 107.

17. *Cass. crim.*, 31 mai 2016, n° 15-85.920 : *JurisData* n° 2016-011074 ; *Bull. crim.*, n° 165 ; *Dr. pén.* 2016. comm. 122, obs. Ph. Conte ; *Dalloz actualité*, 21 juin 2016, obs. Goetz ; *D.* 2016, p. 1989, note *Rebut* ; *AJ pénal* 2016, p. 487, obs. *Brach-Thiel*.

18. *T. corr. Paris*, 20 févr. 2019, n° 11055092033 : *JurisData* n° 2019-002481 ; *JCP E* 2019, 1266, comm. G. Poissonnier ; *Dalloz actualité*, 1^{er} mars 2019, obs. J. Gallois ; *D.* 2019, p. 541, obs. G. Poissonnier ; *Banque et droit* 2019, n° 184, p. 91, obs. J. Lasserre Capdeville.

19. *Cass. crim.*, 11 sept. 2019, n° 18-81.040 : *JurisData* n° 2019-015451 ; *Dr. fisc.* 2019, n° 4, comm. 390, note F. Le Mentec ; *Dr. fisc.* 2019, n° 43, étude 412, N. Jacquot et N. Guillard ; *JCP G* 2019, act. 1086, note S. Detraz et É. Dezeuze ; *Dr. pén.* 2019, comm. 181, note Ph. Conte.

A. - L'impossible confiscation du cautionnement

5 - Peut-être pour pallier l'annulation presque complète de l'amende proportionnelle (ou sa réduction à l'amende fixe sans commune mesure avec celle prononcée par le tribunal), la cour d'appel avait décidé d'infliger une peine de confiscation d'un montant sans précédent, à hauteur de 1 milliard d'euros.

En effet, en refusant la CJIP proposée par le PNF, UBS avait dû verser le 23 juillet 2014 à la régie du tribunal judiciaire de Paris la somme de 1 100 000 000 € comme cautionnement imposé par les juges d'instruction, au titre du contrôle judiciaire. Une somme colossale, correspondant par un heureux hasard à l'exact montant de l'amende proposée dans le cadre de la CJIP...

C'est à titre d'emploi de cette somme consignée que la cour d'appel de Paris avait décidé de condamner la banque UBSAG à la peine de confiscation de son patrimoine à hauteur de 1 milliard d'euros.

La Cour de cassation a retenu deux motifs pour casser l'arrêt d'appel sur ce point.

Pour le premier motif de cassation, la Cour de cassation a considéré que la peine de confiscation n'était pas applicable aux personnes morales avant l'entrée en vigueur de la loi n° 2013-1117 du 6 décembre 2013, venant modifier l'article 324-9 du Code pénal en matière de blanchiment.

La réponse n'était pas si évidente, car la cour d'appel avait eu recours à une lecture constructive des renvois de différents articles : avant même la loi du 6 décembre 2013, l'article 324-9 du Code pénal renvoyait à l'article 131-39, renvoyant lui-même à l'article 131-21 du même code, où l'on pouvait lire, dans la version antérieure au 8 décembre 2013 : « **Lorsque la loi qui réprime le crime ou le délit prévoit, la confiscation peut aussi porter sur tout ou partie des biens appartenant au condamné ou, sous réserve des droits du propriétaire de bonne foi, dont il a la libre disposition, quelle qu'en soit la nature, meubles ou immeubles, divis ou indivis.** » La première partie de l'alinéa semblait donc conditionner cette confiscation générale à une prévision spéciale, qui ne semblait pas explicitement prévue pour les personnes morales en matière de blanchiment.

La réforme de 2013 avait donc complété l'article 324-9 du Code pénal, en poursuivant, après le renvoi aux peines prévues par l'article 131-39 du même code, « **la confiscation de tout ou partie de leurs biens ou, sous réserve des droits du propriétaire de bonne foi, de ceux dont elles ont la libre disposition, quelle qu'en soit la nature, meubles ou immeubles, divis ou indivis.** »

La réponse donnée par la Cour de cassation est donc très logique et correspond à la lecture faite par la Chancellerie de cette réforme du 8 décembre 2013, commentée dans une circulaire :

« Jusqu'à présent, les juridictions pénales étaient confrontées à une lacune de la loi pénale concernant la peine de confiscation en matière de blanchiment lorsque les personnes condamnées sont des personnes morales dans la mesure où la peine complémentaire de confiscation générale du patrimoine prévue à l'article 324-7 12° du code pénal en cas de blanchiment ou de blanchiment aggravé n'était applicable qu'aux personnes physiques. (...)

Le législateur est par conséquent intervenu pour combler cette lacune et aligner les peines prévues pour les personnes morales sur celles applicables aux personnes physiques en prévoyant la possibilité de condamner les personnes morales, en cas de blanchiment, à la peine complémentaire de la confiscation de leur entier patrimoine. »²⁰

C'est aussi logiquement que la Cour de cassation a appliqué le régime de la confiscation en vigueur au moment des faits et non au

moment du versement de la consignation le 23 juillet 2014. On appuiera l'auteur qui affirme que « *cette solution échappe à toute critique* »²¹, car elle est en effet conforme au principe de la légalité des peines, et s'imposait déjà aux yeux de la doctrine²².

Le second motif de cassation est d'un intérêt encore supérieur, d'une part parce qu'il est surabondant et donc hautement doctrinal, le premier motif étant suffisant écarter la confiscation, et d'autre part parce que la solution n'est pas cantonnée aux faits commis par des personnes morales jusqu'en 2013.

Comme l'a développé la banque dans son pourvoi, c'est à tort que la cour d'appel a prononcé la confiscation de sommes consignées en cautionnement au titre du contrôle judiciaire auquel la banque avait été astreinte.

La banque faisait valoir devant la Cour de cassation que le cautionnement, aux termes des dispositions du 2° de l'article 142 du Code de procédure pénale, n'a vocation qu'à garantir le paiement « *de la réparation des dommages causés par l'infraction et des restitutions, ainsi que de la dette alimentaire lorsque la personne mise en examen est poursuivie pour le défaut de paiement de cette dette* », et « *des amendes* ».

Ces dispositions n'envisagent nullement que le cautionnement puisse servir à garantir une peine complémentaire de confiscation, laquelle peut en revanche être garantie par une saisie. Mais saisie et consignation ne poursuivent pas le même objectif et ne suivent pas le même régime.

La réponse de la Cour de cassation est ici encore logique, et la clarté de sa motivation mérite d'être soulignée. Au visa de l'article 131-21 du Code pénal et du 2° de l'article 142 du Code de procédure pénale, les juges de cassation rappellent que « *la confiscation ne peut porter sur le cautionnement fourni par la personne mise en examen dans le cadre du contrôle judiciaire, cette obligation ne garantissant le paiement que des dommages-intérêts, des restitutions, de la dette alimentaire et des amendes* »²³.

Par cette décision, très attendue sur ce point, la Cour de cassation met un coup d'arrêt à la tentation qui s'était faite jour dans l'affaire UBS, de considérer le cautionnement comme une sorte de préconfiscation.

B. - Les intérêts civils de l'Administration en suspens

6 - Innovante sur certains points, l'affaire UBS est surtout remarquable par l'ampleur de l'indemnisation allouée à l'État en réparation de son préjudice, à hauteur de 800 millions d'euros.

Deux questions se posaient sur les intérêts civils.

En premier lieu, il est de principe établi que l'indemnisation de l'État en qualité de partie civile ne peut inclure le préjudice lié aux impôts éludés. Alors que la possibilité de l'État de se porter partie civile en matière de blanchiment de fraude fiscale a justement été affirmée pour la première fois dans un arrêt de la Saga UBS contre une décision de la chambre de l'instruction²⁴, la Cour de cassation avait récemment rappelé que les juges du fond « *n'ont pas compétence pour réparer le préjudice subi par le Trésor public du fait du délit fiscal, qui est indemnisé par les majorations fiscales et les intérêts de retard* »²⁵.

21. J. Lasserre Capdeville, *Affaire UBS : retours sur le délit de démarchage bancaire ou financier illicite et sur la confiscation applicable au délit de blanchiment* : D. 2024, p. 251

22. E. Camous, *Peines criminelles et correctionnelles. Confiscation*, JCl. Pénal Code, Art. 131-21 et 131-21-1, fasc. 20, 2023, § 165

23. *Cass. crim.*, 15 nov. 2023, n° 22-82.826 : *JurisData* n° 2023-020216 ; *Dr. fisc.* 2024, n° 4, *comm.* 171, *note S. Detraz* ; *Dr. pén.* 2024, *comm.* 11, *note Ch. Claverie-Rousset*.

24. *Cass. crim.*, 17 déc. 2014, n° 14-86.560 : *JurisData* n° 2014-032048.

25. *Cass. crim.*, 29 janv. 2020, n° 17-83.577 : *JurisData* n° 2020-000933 ; *Dr. fisc.* 2020, n° 13, *comm.* 213, *note S.-M. Cabon* ; *Dr. fisc.* 2020, n° 18, *chron.* 230, *R. Salomon* ; *JCP G* 2020, 633, *note S. Detraz* ; *Dr. pén.* 2020, *comm.* 73, *obs. Ph. Conte*.

20. *Circ. n° JUSD1402112C*, 23 janv. 2014, relative à la présentation de la loi n° 2013-1117 en date du 6 décembre 2013 relative à la lutte contre la fraude fiscale et la grande délinquance économique et financière.

Ce principe s'applique de manière générale dans la procédure fiscale, comme son corollaire, l'exception de recours parallèle²⁶. En vertu de ce principe, si l'on considère qu'il est réciproque, ni le contribuable, ni l'État ne devraient pouvoir contourner le contentieux fiscal, c'est-à-dire obtenir le dégrèvement de l'impôt s'agissant du contribuable, ou sa perception s'agissant de l'État, par une autre voie que celles codifiées au Livre des procédures fiscales.

Mais l'État semble, sur ce point, un peu mieux logé que le contribuable, puisqu'on peut se demander quel préjudice autre l'impôt éludé permet de justifier une indemnisation de 800 millions d'euros. Le contrôle de l'impôt fait partie des tâches constitutionnelles de l'administration fiscale et les dépenses internes de ses services peuvent difficilement être considérées comme une charge de l'État qui serait imputable au contribuable. On notera en ce sens que le juge administratif refuse en principe de condamner le contribuable à payer à l'État une somme au titre de l'article L. 761-1 du Code de justice administrative. Il est constamment jugé qu'un surcroît de travail pour les services d'une administration n'est pas susceptible, en l'absence de frais extérieurs exposés, d'être inclus dans le montant des frais irrépétibles²⁷.

La doctrine administrative prend acte de cette position du Conseil d'État et précise à l'intention de ses services que si, en principe, le bénéfice des dispositions de l'article L. 761-1 du CJA n'est pas limité aux contribuables, l'État n'est toutefois pas fondé à invoquer le « surcroît de travail pour ses services »²⁸.

Pour écarter cette objection, peut-être aussi pour justifier une divergence d'appréciation avec le Conseil d'État, et admettre cette indemnisation comme justifiée par d'autres éléments que l'impôt éludé, la Cour de cassation retient :

74. En premier lieu, a pris en considération, pour établir l'existence d'un préjudice subi par l'Etat français, l'accomplissement d'actes tendant à l'identification de comptes bancaires et la mise en œuvre de procédures d'entraide administrative qui, ayant pour finalité l'établissement de l'impôt éludé et son recouvrement, relèvent des investigations indemnisables au sens de l'article 2 du code de procédure pénale.

75. En second lieu, elle a établi que les manœuvres de dissimulation inhérentes aux actes de blanchiment aggravé visés à la prévention, qu'elle a par ailleurs caractérisés à la charge de la société, ont rendu plus complexe la recherche par l'administration fiscale des sommes sujettes à l'impôt.

La solution peut surprendre : on imagine mal que l'État ait perdu 800 millions d'euros dans des investigations et une recherche complexifiée des infractions. Certains postes de préjudice sont même assez surprenants, comme « le discrédit sur les dispositifs de l'Etat français qui tendent à prévenir l'apparition du phénomène du blanchiment »²⁹. Ce préjudice de discrédit est certes écarté par la

Cour de cassation, pour une raison purement procédurale puisqu'il était nouveau et irrecevable en cause d'appel, et l'arrêt UBS AG ne donne pas de réponse sur cette question. Condamnera-t-on demain un tueur en série à des millions d'euros d'indemnisation pour l'État, au titre du discrédit porté sur le dispositif de recherches de la police ?

Comme le note une des auteurs reconnus du droit pénal fiscal, « la Cour de cassation n'avait jamais reconnu l'indemnisation d'un quelconque préjudice moral de l'État en raison de faits de blanchiment de fraude fiscale »³⁰.

La solution est en réalité donnée dans un autre arrêt du même jour, dans lequel la Cour de cassation a affirmé que « la commission, par un contribuable, du délit de blanchiment de fraude fiscale n'est pas susceptible de causer à l'État un préjudice moral distinct de l'atteinte portée aux intérêts généraux de la société que l'action publique a pour fonction de réparer »³¹. Cet attendu, confirmé depuis³², a le double avantage d'être clair et juridiquement incontestable, et devrait éradiquer la tentation montante auprès des juges du fond qui ont accordé un préjudice moral à l'État³³.

En second lieu, la cassation est prononcée sur les intérêts civils, au visa d'une absence ou insuffisance de motifs, en ce que le préjudice de l'État n'a pas été valablement constaté par la Cour.

On peut se demander si le raisonnement de la Cour de cassation ne comporte pas une contradiction de motifs : alors qu'elle vient de réaffirmer que le préjudice indemnisable de l'État doit exclure les impôts éludés, elle admet cependant dans son principe (même si la Cour ne l'a pas établie en l'espèce) une perte de chance susceptible d'être subie par l'État qui aurait été constituée par les impôts éludés avant leur prescription, que l'État n'aurait pu percevoir de ce fait :

99. En premier lieu, alors que seule constitue une perte de chance réparable la disparition actuelle et certaine d'une éventualité favorable, la cour d'appel n'a pas établi l'existence de celle-ci, constituée par la possibilité pour l'administration fiscale, compte tenu des caractéristiques des fraudes fiscales, de détecter, établir et recouvrer l'impôt éludé avant l'expiration des délais de reprise, dont le blanchiment l'aurait privée.

100. En second lieu, la cour d'appel n'a pas estimé les chances de succès de l'administration fiscale dans son action tendant au recouvrement des impôts éludés avant leur prescription, ni apprécié le préjudice final résultant de la prescription des impôts dus, de sorte qu'elle n'a pas mis la Cour de cassation en mesure de s'assurer que la réparation de la perte de chance avait été mesurée à la chance perdue. (souligné par nous).

Exclus du préjudice indemnisable, les impôts ne sont pas complètement perdus, puisque le Trésor public les récupère par le biais de cette indemnisation pour perte de chance... La chambre criminelle n'est-elle pas en train d'accorder à l'administration fiscale un moyen prétorien de contourner la prescription fiscale, chaque fois que le contribuable est condamné pénalement pour fraude ou même simplement pour blanchiment d'une fraude deux fois prescrite, fiscalement et pénalement ?

En terme procédural, ce dernier chef de cassation donnera lieu à un nouveau débat devant la cour d'appel de Paris, en tant que juridiction de renvoi. En théorie, les juges pourront parfaitement prendre une solution presque identique, en estimant la probabilité de la perte de chance, qui ne peut certes pas être de 100 %, mais au maximum de

26. En vertu de l'exception de recours parallèle, le contribuable n'est pas admis à rechercher le remboursement des impôts par une voie détournée, autre que la voie normale du contentieux fiscal. Ainsi, le contribuable n'est pas recevable à mettre en jeu la responsabilité de l'administration fiscale à raison d'une imposition indue pour demander le remboursement des impositions qu'il n'a pas contestées, ou qu'il a échoué à faire dégrever par le contentieux fiscal (CE, ass., 30 oct. 1996, n° 141043, SA Jacques Dangeville : Lebon, p. 399 ; Dr. fisc. 1997, n° 3, comm. 36 ; RJF 12/96, n° 1469, concl. G. Goulard, p. 809, chron. S. Austry, p. 799 ; BDCF 6/96, n° 67, concl. G. Goulard ; AJDA 1996, p. 980, note D. Chauvaux et Th. Girardot).

27. CE, ass., 30 oct. 1996, n° 141043, SA Jacques Dangeville : Lebon, p. 399 ; Dr. fisc. 1997, n° 3, comm. 36 ; RJF 12/96, n° 1469, concl. G. Goulard, p. 809, chron. S. Austry, p. 799 ; BDCF 6/96, n° 67, concl. G. Goulard ; AJDA 1996, p. 980, note D. Chauvaux et Th. Girardot.

28. BOI-CTX-ADM-10-120, 12 sept. 2012.

29. Ce préjudice de discrédit est certes écarté par la Cour de cassation, pour une raison purement procédurale puisqu'il était nouveau et irrecevable en cause d'appel.

30. Dr. fisc. 2023, n° 50, chron. 358, A. Rousseau et G. Pellegrin.

31. Cass. crim., 15 nov. 2023, n° 22-82.826 : JurisData n° 2023-020216 ; Dr. fisc. 2024, n° 4, comm. 171, note S. Detraz ; Dr. pén. 2024, comm. 11, note Ch. Claverie-Rousset.

32. Cass. crim., 13 déc. 2023, n° 22.81.985 : JurisData n° 2023-022328 ; publié au Bulletin ; Dr. pén. 2024, comm. 22 et 23, notes Ph. Conte ; Dr. pén. 2024, comm. 36, note V. Peltier.

33. V., par ex., CA Paris, 10 mai 2022, n° 21/05875. – CA Versailles, 9^e ch., 8 avr. 2022.

99 %. Il s'agira plutôt de motiver les chances de succès de l'Administration, et l'on peut se demander comment cette probabilité sera évaluée, par un recours aux statistiques des contrôles de l'Administration, ou une approche plus concrète des dossiers de la banque UBS. Cette dernière solution semble plus rigoureuse, mais difficilement navigable au regard de son ampleur et de sa complexité. Comme le note à juste titre une commentatrice, « *la tâche de la cour d'appel de Paris pour parvenir à un tel calcul sera sans nul doute particulièrement difficile...* »³⁴.

Ainsi, alors que la culpabilité de la banque a été confirmée et ne fait plus partie du débat, la nouvelle instance devant la cour de renvoi ne

devrait même pas tant porter sur la peine, puisque la confiscation semble exclue pour une personne morale, mais sur les seuls intérêts civils, qui devront être mieux évalués et motivés. Comme Ulysse arrivant tout juste à Ithaque, la banque UBS semble s'apprêter à reprendre les voiles pour un nouveau voyage.

Si au cas présent la société UBS n'a sans doute pas regretté d'avoir privilégié l'Odyssée judiciaire à la peine négociée, la tentation, encore incertaine des tribunaux, à reconnaître à l'État, au-delà de la peine sanctionnant l'atteinte à l'ordre public, une indemnisation au titre du **préjudice moral** provenant du discrédit que lui cause le délit de blanchiment de fraude fiscale, pourrait, parmi d'autres éléments, modifier les choix qui seront faits à l'avenir par les prévenus poursuivis pour fraude fiscale... ■

34. GPL 16 janv. 2024, n° GPL458c3, J. Morel-Maroger.