



# La banque face au risque pénal

**Katia Villard**



## Thèmes abordés

- Le paysage judiciaire
- Qui peut engager la responsabilité pénale de la banque?
- L'art. 102 CP : articulation des responsabilités individuelle et collective
- L'arrêt « La Poste » (ATF 142 IV 333, JdT 2017 IV 187 ; jugement de l'Obergericht du Canton de Soleure du 19 novembre 2015, STBER.2011.32)
- Le défaut d'organisation : aperçu
- Le droit au silence de l'entreprise (ATF 142 IV 207, JdT 2017 IV 51 ; cf. aussi TF du 20 septembre 2016, 1B\_85/2016)





## Le paysage judiciaire

- L'ordre juridique suisse connaît la responsabilité pénale de l'entreprise depuis 2003 (art. 102 CP)
- Peu de pratique judiciaire en la matière ; récemment, volonté affichée du Ministère public de la Confédération d'une application plus conséquente de l'art. 102 CP
- Intérêt de l'art. 53 CP (classement de la procédure)
  - Réparation du dommage
  - Mesures prises depuis les événements qui ont donné lieu à l'ouverture de la procédure pénale (en particulier, amélioration des structures de compliance)
  - A l'heure actuelle, la loi n'exige pas de reconnaissance de culpabilité





## Qui peut engager la responsabilité pénale de la banque?

- Art. 102 CP : commission d'un crime ou d'un délit *au sein* de l'entreprise
- Auteur physique = agent de l'entreprise : toute personne qui entretient un lien hiérarchique et organisationnel suffisant avec la banque ; appréciation matérielle
- Tout acte de participation de l'agent de l'entreprise peut engager la responsabilité de celle-ci (notamment complicité, commission par omission (position de garant ; ATF 136 IV 188))
- Le client ne remplit pas la condition du lien hiérarchique et organisationnel, pas plus, en principe, que le gérant indépendant





## Qui peut engager la responsabilité pénale de la banque?

- Quid de l'outsourcing?
- Indépendance (en principe) de la société délégataire et de ses collaborateurs par rapport à l'entreprise délégante...
- ...mais une entreprise ne doit pas pouvoir se décharger du risque pénal en externalisant ses activités à risque
- Position de garant de l'entreprise délégante si devoir juridique en lien avec la prévention d'infractions quant au choix, à l'instruction et au contrôle de son cocontractant
- En particulier : art. 8 LBA ; art. 28 et 29 OBA-FINMA (délégation des opérations de vérification de l'identité du client)





## Qui peut engager la responsabilité pénale de la banque?

Dans le cadre de l'art. 102 al. 1 CP





## L'art. 102 al. 1 CP : articulation des responsabilités individuelle et collective

- Art. 102 al. 1 CP : concerne tous les crimes et délits du CP à l'exception des 7 mentionnés à l'art. 102 al. 2 CP, ainsi que ceux prévus dans des lois accessoires conformément à l'art. 333 CP (ex : art. 158 CP, art. 305<sup>ter</sup> CP, art. 47 LB)
- Responsabilité purement subsidiaire de l'entreprise, subordonnée au défaut d'identification de la personne physique
- Responsabilité de l'entreprise subordonnée à un manque d'organisation en lien de causalité *avec le défaut d'identification de l'auteur physique*





## L'art. 102 al. 2 CP : articulation des responsabilités individuelle et collective

- Art. 102 al. 2 CP : blanchiment d'argent, corruption active/octroi d'un avantage (versant actif), organisation criminelle, financement du terrorisme
- Indépendance de principe des responsabilités individuelle et collective
- Responsabilité de l'entreprise subordonnée à un manque d'organisation en lien de causalité avec le défaut de prévention de l'infraction ; le défaut d'organisation constitue matériellement la contribution de l'entreprise à l'infraction







## L'arrêt « La Poste » (ATF 142 IV 333, JdT 2017 IV 187)

- Confirmation du jugement de l'Obergericht de Soleure du 19 novembre 2015, STBER 2011.32  
<https://www.so.ch/gerichte/obergericht/ausgewaehlte-entscheide/>
- La responsabilité pénale de l'entreprise ne peut être engagée qu'en présence d'une infraction = les éléments constitutifs objectifs et subjectifs de l'infraction doivent être réalisés
- En matière de blanchiment, l'accusation doit apporter la preuve de la commission d'un acte de blanchiment intentionnel (le dol éventuel suffit mais non la négligence) => la participation de l'agent de la banque au blanchiment commis par le client doit être intentionnelle





## L'arrêt « La Poste » : les enseignements à tirer

- Conséquence : nécessité d'une double responsabilité (sur le plan individuel et collectif)?
- Quid si classement à l'encontre de l'auteur physique?
- Risque : poursuivre « à tout prix » un auteur physique en parallèle?





## Le défaut d'organisation : aperçu

- A charge de l'accusation
- Notion pénale autonome mais...
- ... respect des normes extra pénales (y. c. soft law) circonscrivant les devoirs organisationnels d'une entreprise en général et d'une banque en particulier (compliance)
- 102 al. 1 CP : mesures ayant trait à la gestion des RH : délimitation claire des tâches de chacun, mise en place de procédures définies en matière de délégation de compétences, surveillance de l'activité des collaborateurs
- 102 al. 2 CP : mesures d'organisation générales ; mesures destinées spécifiquement à prévenir les infractions de l'art. 102 al. 2 CP (en particulier l'arsenal anti-blanchiment)
- L'organisation de l'entreprise joue un rôle pour l'application de l'art. 53 CP ou la fixation de la peine (art. 102 al. 3 CP)





## Le droit de l'entreprise de ne pas s'auto-incriminer

- ATF 142 IV 207, JdT 2017 IV 51
  - Procédure pénale menée contre une banque
  - Le droit au silence s'applique aussi aux entreprises mais il doit être interprété de façon restrictive, en ce sens que l'autorité de poursuite pénale peut avoir accès aux documents que l'entreprise prévenue doit établir et conserver en vertu de prescriptions légales du droit administratif (consid. 8.3.3.) (cf. notamment art. 7 LBA)
  - Le droit au silence de l'entreprise ne fait pas obstacle au séquestre pénal d'un document interne en main de la banque prévenue et établi sur la base d'une demande de renseignements de la FINMA (cf. art. 29 LFINMA), sans menace de sanctions pénales (cf. art. 48 LFINMA, art. 292 CP) (consid. 8)





## Le droit de l'entreprise de ne pas s'auto-incriminer

- TF du 20 septembre 2016, 1B\_85/2016
  - Procédure pénale contre un ancien conseiller à la clientèle d'une banque
  - Les tâches en matière de compliance et de contrôle interne, ainsi que l'obligation de documentation y liée (cf. art. 7 LBA) font partie des obligations de base d'une banque
  - L'externalisation de ces activités à un cabinet d'avocats ne permet pas de se prévaloir du secret professionnel de l'avocat. La solution inverse permettrait de contourner les règles de la LBA (consid. 6 et 7)





Questions?

