



EN DROIT

Philippe Vladimir Boss, Avocat, Dr. en droit, Associé, BianchiSchwald Sàrl

La banque est-elle l'auxiliaire du procureur ?

Le droit pénal contient un nombre croissant de mécanismes contraignant les établissements financiers à assister les autorités dans leur mission: devoir d'éclaircissements d'une relation ou d'une transaction spécifique, devoir d'appréciation d'un soupçon en vue de dénonciation au MROS, devoir de compilation et remise de documentation bancaire au Ministère public, auditions de collaborateurs, gestion d'avoirs séquestrés, collaboration à une mesure de surveillance des relations bancaires, le tout éventuellement assorti d'une embarrassante interdiction d'en faire part aux clients concernés.

La publication d'un arrêt récent du Tribunal fédéral (arrêt 1B_370/2019 du 4 octobre 2019) donne à voir de nouvelles voies empruntées par les procureurs pour intensifier cette «collaboration», dont le fondement juridique et les limites se doivent d'être appréciés.

En substance dans cette affaire, une banque s'est vue notifier une ordonnance de séquestre par le Ministère public genevois dans le cadre d'une instruction pénale pour des actes d'escroquerie et de blanchiment possiblement commis par l'un de ses clients. Dans ce cadre, le lésé a contacté la banque pour lui demander si elle avait procédé à

un rappel des fonds transférés auprès d'autres établissements financiers. Face à cette demande, la banque s'est adressée au Ministère public pour lui demander comment agir, lequel l'a alors «invitée» à procéder au rappel des fonds auprès de 67 établissements et à le tenir informé du résultat de ces démarches. Mis au courant de cette «invitation», le titulaire du compte a recouru, sans succès, devant les autorités cantonales puis auprès du Tribunal fédéral.

A dire vrai le Tribunal fédéral n'a pas véritablement examiné le fond de l'affaire, retenant en substance qu'une telle invitation ne portait pas directement atteinte au titulaire du compte.

Les développements du Tribunal fédéral sur la nature d'une telle «invitation» et les interrogations qu'ils suscitent sont néanmoins intéressants. Le Tribunal fédéral indique que sa qualification juridique pouvait demeurer ouverte, retenant simplement qu'une telle invitation ne constituait nullement une mesure de contrainte sujette à sanction en cas d'inexécution. Il faut en effet rappeler que si une autorité pénale entend ordonner une mesure contraignante, elle doit impérativement s'appuyer sur l'arsenal des mesures exhaustivement prévues par le Code de procédure pénale, dont l'«invitation» ne fait pas partie.

Cela fait, le Tribunal fédéral retient qu'un tel rappel de fonds est un acte relevant exclusivement du droit privé. La première banque n'agit dès lors aucunement sur la base d'un mandat de nature pénale. Il est utile de citer spécifiquement le Tribunal fédéral qui indique «[ne pas voir] que les banques sollicitées, ainsi que leurs clients, étaient tenus de donner suite à l'invitation de restitution qu'ils pourraient avoir reçue de [la première banque]». Le Tribunal fédéral n'a ici pas examiné, à juste titre, la légitimité de la première banque à solliciter un tel rappel de fonds. Celui-ci s'examinera exclusivement dans le cadre des rapports de droit privé la liant tant à la seconde banque qu'à son client.

En définitive, cet arrêt pose plus de questions qu'il n'apporte de réponses pratiques pour les banques, mais il est permis d'en retirer que (1) la banque faisant l'objet d'une demande en vue d'un rappel de fonds doit examiner cette question sous l'angle de ses obligations de droit privé uniquement. Elle n'est en effet pas saisie d'une requête de nature pénale et n'est pas tenue de transmettre cette requête au Ministère public. La banque peut tout au plus, si le secret bancaire le permet, inviter celui qui forme une telle requête à s'adresser à cette autorité. Par ailleurs

(2), le titulaire du compte séquestré auprès de cette première banque ne peut pas se plaindre, auprès des autorités pénales, de la demande de rappel de fonds, sous réserve d'un éventuel acte d'abus d'autorité. Si le titulaire estime que la mesure lui cause un dommage réputationnel, il doit agir devant les autorités civiles à l'encontre de la première banque afin de lui faire interdiction de procéder au rappel de fonds et à la communication, dans ce cadre, d'informations qu'il jugerait illicite car sans justification. Enfin, nous pouvons retenir que (3), s'agissant de la banque recevant une «invitation» à rappeler des fonds émanant d'une autre banque, dite «invitation» ne constitue en aucun cas une mesure de contrainte qui lui serait opposable, même si elle est appuyée par le Ministère public. Sous réserve d'une ordonnance d'une autorité pénale qui lui serait directement notifiée, cette banque doit seulement analyser la situation sous l'angle des rapports de droit privé qu'elle entretient avec ses clients et la banque ayant transféré le montant.

En tout état de cause, les établissements financiers peuvent percevoir ici les zones grises qui se dessinent dans les contours de leurs relations toujours plus complexes avec les autorités pénales. ■