L’obligation de communiquer au sens de l’art. 37 LBA du président du CdA d’une banque

Arrêt 6B_1176/2022, 6B_1198/2022 (f) du 5 décembre 2023

Par Basilio Nunnari, le 18 janvier 2024

> Le président du CdA d’une banque qui a eu connaissance d’éléments nouveaux qui auraient dû intensifier des soupçons dont il était au courant pourrait se voir reprocher la violation de l’obligation de communiquer prévue à l’art. 37 LBA. Dans le cas d’espèce, le Tribunal fédéral renvoie l’affaire à la Cour d’appel du Tribunal pénal fédéral pour qu’elle complète l’état de fait afin de déterminer si le président du CdA a eu connaissance de tels éléments.

I. En fait

A a été président de la direction (Directeur général, *Chief Executive Officer* ou CEO) de la banque C entre le 1er septembre 2008 et le 30 septembre 2012 ; il en a été ensuite le président du conseil d’administration (CdA) du 1er octobre 2012 jusqu’au 31 mars 2016. B a été le *Responsable compliance et contrôle d’exploitation commerciale* auprès de la même banque entre le 1er septembre 2010 et le 30 septembre 2016.

En 2007, C est entrée en relation d’affaires avec D, un homme d’affaires et un homme politique russe actif dans le domaine de l’industrie, de la défense, de l’énergie et de la construction au travers du groupe G, détenu à 72% par sa famille. Il est en outre co-fondateur de la banque H qui faisait partie du groupe G. Dès le début de la relation bancaire, D était qualifié de personne exposée politiquement (PEP) et de client à risque accru. Dans ce cadre, il a fait l’objet de trois rapports d’analyse de risques en 2007 et en février et mars 2010. En 2010, D et ses fils E et F étaient les ayants droit économiques de trente comptes et sous-comptes auprès de C. Dans ce cadre, B a mené plusieurs investigations afin de clarifier l’arrière-plan économique des relations bancaires et A a obtenu plusieurs informations concernant la relation d’affaires avec D.

À partir de 2010, plusieurs circonstances ont rendu les relations bancaires en question suspectes. Les soupçons s’articulaient notamment autour de trois événements : la faillite de H et le retrait de sa licence bancaire en Russie, les poursuites pénales engagées contre H en Russie en raison de soupçons de faillite frauduleuse et les poursuites pénales engagées par le Ministère public genevois (MP). Dans ce cadre, la banque n’a pas effectué de communication au MROS.

Par prononcé pénal du 19 août 2020, le Département fédéral des finances (DFF) a condamné A pour infraction à l’art. 37 al. 2 LBA (violation par négligence de l’obligation de communiquer). Par prononcé du même jour, il a condamné B pour infraction à l’art. 37 al. 1

LBA (violation intentionnelle de l'obligation de communiquer). Conformément à l'art. 72 DPA, les deux ont demandé à être jugés par un tribunal. Ainsi, par jugement du 31 mai 2021, la Cour des affaires pénales du Tribunal pénal fédéral a condamné A pour infraction à l'art. 37 al. 2 LBA et B pour infraction à l'art. 37 al. 1 LBA, tout en réduisant le montant des amendes. Par jugement du 10 février 2022, la Cour d'appel du Tribunal pénal fédéral a rejeté l'appel de B. et l'appel joint du DFF et a acquitté A. après avoir admis son appel.

II. En droit

Après avoir joint les deux recours, le Tribunal fédéral se penche sur le recours du DFF (c. 1).

Sur le fond, le DFF soutient que A devrait être condamné pour violation de l'art. 37 al. 2 LBA pour la période du 29 mars 2011 au 18 octobre 2013, c'est-à-dire lorsqu'il était le président du CdA de C (c. 4). Au contraire, selon la Cour d'appel, A s'est rendu coupable de la violation de l'art. 37 al. 2 LBA uniquement lorsqu'il était Directeur général de C. Ses agissements coupables auraient ainsi pris fin le 30 septembre 2012, lorsqu'il a quitté ses fonctions de Directeur général. De ce fait, ils étaient prescrits au moment du prononcé pénal du DFF. Quant à la période allant du 1er octobre 2012 au 18 octobre 2013 durant laquelle A occupait la fonction de président du CdA de C, selon la Cour d'appel, A ne s'est pas rendu coupable d'une violation de l'art. 37 LBA, car son rôle en tant que président du CdA était de veiller au bon fonctionnement de la banque (c. 4.1.1).

Selon le DFF, la Cour d'appel n'a toutefois pas tenu compte d'éléments de fait pertinents pour une application correcte de l'art. 12 al. 3 CP en lien avec l'art. 37 al. 2 LBA. En effet, en tant que président du CdA, A aurait eu des remontées d'informations qui auraient dû le conduire à remettre en cause l'appréciation des avoirs de D auprès de C. En particulier, A aurait été au courant que les autorités de poursuite pénales russes suspectaient un lien entre les fonds précédemment déposés auprès de C et les soupçons de faillite frauduleuse de H (c. 4.1.2).

Notre Haute Cour rappelle que, conformément au principe de la non-rétroactivité de la loi pénale (art. 2 al. 1 CP), les faits reprochés à A et B doivent être évalués à la lumière de l'art. 9 al. 1 let. a aLBA dans sa version en vigueur au moment des faits, car le nouveau droit (entré en vigueur en janvier 2016, cf. RO 2015 1389, 1400) n'est pas plus favorable aux prévenus (art. 2 al. 2 CP). Quant à l'art. 37 LBA, il n'a pas fait l'objet de modifications. Pour que l'obligation de communiquer au sens de l'art. 9 aLBA soit violée, quatre conditions cumulatives doivent être remplies. L'auteur doit être un intermédiaire financier ; des valeurs patrimoniales doivent être impliquées dans une relation d'affaires ; l'intermédiaire financier doit savoir ou présumer, sur la base de soupçons fondés, que ces valeurs patrimoniales ont un rapport avec une infraction au sens de l'art. 260ter CP ou de l'art. 305bis CP, proviennent d'un crime, sont soumises au pouvoir de disposition d'une organisation criminelle ou alors servent au financement du terrorisme ; la communication au MROS a été omise ou effectuée tardivement. Notre Haute Cour constate que les deux premières conditions sont remplies et se penche ainsi sur la troisième et la quatrième condition (c. 4.2.1).

La notion de soupçons fondés est sujette à interprétation. Dans ce cadre, notre Haute Cour rappelle que le soupçon doit être considéré comme fondé lorsqu'il repose sur des circonstances insolites qui ont été recueillies avec soin par l'intermédiaire financier. Ainsi, un simple soupçon non dissipé après les clarifications doit être assimilé à un soupçon fondé au sens de l'art. 9 aLBA. Par la suite, notre Haute Cour mentionne la liste d'indices de blanchiment de capitaux annexée à l'ordonnance de la FINMA du 9 décembre 2010 sur la prévention du blanchiment d'argent et du financement du terrorisme (aOBAFINMA ; RO 2010 6295, en vigueur au moment des faits). En particulier, le Tribunal fédéral relève qu'à teneur du point A39 aOBA-FINMA, des poursuites pénales dirigées contre un client pour crime, corruption ou détournement de fonds public constituent un indice dit « qualifié ». La doctrine fournit également d'autres exemples d'indices comme l'urgence d'une transaction, l'impossibilité de contacter le client et le refus de ce dernier de fournir les informations nécessaires pour une clarification ou des nouvelles dans la presse concernant l'ouverture d'une procédure pénale pour un crime à l'encontre du client (Katia VILLARD, Commentaire romand, Loi sur le blanchiment d'argent, 2022, ad art. 9N 28) (c. 4.2.2).

In casu, il est admis et non contesté que la banque C a pris connaissance le 28 janvier 2011 de l'ouverture d'une instruction en Russie contre D, que cette instruction constituait un soupçon fondé et que les relations bancaires de D et ses fils auraient dû être communiqués au MROS par la banque C. Ainsi, la troisième et quatrième conditions sont remplies ; toutefois, il convient encore déterminer si A, en sa qualité de président du CdA, pouvait se voir reprocher l'omission de la communication (c. 4.2.4).

Dans ce cadre, la question qui se pose est celle de savoir si A, en tant que président du CdA, peut être tenu pour responsable de l'omission de la communication en tant que supérieur hiérarchique au sens de l'art. 6 al. 2 DPA. À ce propos, notre Haute Cour rappelle que selon l'art. 716a al. 1 ch. 5 CO, la haute surveillance sur les personnes chargées de la gestion – notamment en ce qui concerne le respect de la loi – fait partie des attributions intransmissibles et inaliénables du CdA. Dans ce cadre, le Tribunal fédéral rappelle que le CdA peut attribuer cette compétence à d'autres organes, mais les membres du CdA continuent à assumer un contrôle approprié sur la manière avec laquelle la tâche déléguée est assumée (Ursula CASSANI, Sur qui tombe le couperet du droit pénal ? : responsabilité personnelle, responsabilité hiérarchique et responsabilité de l'entreprise, *in* : Journée 2008 de droit bancaire et financier, 2009, p. 66 ; Ursula CASSANI, Infraction sociale, responsabilité individuelle : de la tête, des organes et des petites mains, *in* : La responsabilité pénale du fait d'autrui, Centre du droit de l'entreprise de l'Université de Lausanne, vol. 49, 2002, p. 72 ; Andrew M. GARBARSKI, La responsabilité civile et pénale des organes dirigeants de sociétés anonymes, 2006, p. 397 ; ATF 122 III 195, c. 3). Toutefois, il n'est pas possible de s'attendre à ce que le CdA vérifie isolément et en permanence toutes les opérations déléguées. En application du principe de la confiance, si les membres du CdA respectent leur obligation générale de surveillance posée par l'art. 716 al. 1 ch. 5 CO, ils ne sauraient voir leur responsabilité engagée par les délégataires. En revanche, une surveillance rapprochée par le CdA sera exigée si des indices concrets font supposer des manquements par les délégataires (Andrew M. GARBARSKI, *op. cit.*, p. 396 ss. ; Peter BÖCKLI, Schweizer Aktienrecht, 5e éd., 2022, p. 1465) (c. 5.2.2).

In casu, A soutient qu'il ne pouvait pas intervenir pour ordonner une annonce au MROS, car la FINMA lui avait interdit explicitement d'exercer « *un mandat à caractère opérationnel ainsi que de conseiller la nouvelle direction de la banque* ». Selon notre Haute Cour, cette délimitation des fonctions est sans lien avec les tâches de haute surveillance qui relèvent des attributions intransmissibles et inaliénables des membres du CdA. Ainsi, une telle circonstance ne permet pas de dégager A de sa responsabilité pénale dans cette affaire. En sa qualité de président du CdA, il avait l'obligation d'intervenir en cas de fautes constatées dans l'opérationnel (c. 5.2.3).

Selon le DFF, A était au courant du fait que D représentait un risque accru et connaissait particulièrement bien le dossier puisqu'il l'avait suivi en tant que directeur général. En particulier, selon le DFF, A était au courant de l'ouverture d'une poursuite pénale en Russie en lien avec H et de l'existence de la procédure pénale du MP. Cependant, selon notre Haute Cour, à la lecture de l'arrêt attaqué et du jugement de la Cour des affaires pénales, on ne saurait déduire que A a eu connaissance des remontées d'informations tant sur la demande d'entraide russe (juillet 2013) que sur la procédure du MP (septembre 2013). En effet, l'état de fait mentionne uniquement que C a reçu deux ordonnances de séquestre du 17 juillet 2013 sur des documents dans le cadre d'une procédure d'entraide avec la Russie, puis, dans le cadre de la procédure suisse, une ordonnance de séquestre du 2 septembre 2013 sur la documentation bancaire et des avoirs liés à D. De ce fait, le Tribunal fédéral arrive à la conclusion que les faits n'ont pas été constatés à satisfaction de droit. Ainsi, le recours est admis et la cause renvoyée à la Cour d'appel pour qu'elle complète l'état de fait de manière qu'il soit possible de déterminer si A – en tant que président du CdA – a eu connaissance d'éléments nouveaux qui auraient dû intensifier les anciens soupçons déjà présents et entraîner ainsi une annonce au MROS ou, à tout le moins, des explications supplémentaires auprès des services compétents de C (c. 5.2.4).

En ce qui concerne le recours en matière pénale formé par B, ce dernier soutient – pour l'essentiel – que ses agissements ne doivent pas être qualifiés comme intentionnels ; selon lui, seule une négligence pourrait lui être reprochée. Dans ce cadre, notre Haute Cour relève que les agissements de B réalisent les conditions du dol éventuel. Ainsi, la condamnation de B pour violation de l'art. 37 al. 1 LBA prononcée par la Cour d'appel doit être confirmée et le recours rejeté (c. 7, c. 8 et c. 9).

Proposition de citation : Basilio NUNNARI, L'obligation de communiquer au sens de l'art. 37 LBA du président du CdA d'une banque, in : https://www.crimen.ch/243/ du 18 janvier 2024