

PROCÉDURE PRÉVENTION ET GESTION DU RISQUE PÉNAL



Gérard Legrand

Avocat
Lamy & Associés
(Paris/Lyon)

La réalisation d'un risque pénal pour une banque est rare, mais il existe. Compte tenu de l'impact qu'il peut avoir sur les organisations et les personnes, il est nécessaire de mener de façon anticipée une réflexion sur la nature et les moyens de gérer au mieux ce risque.

Est-ce un nouveau paradoxe ? Alors que le législateur a entrepris de limiter les possibilités de recours pour soutien abusif, l'on assiste à une augmentation, dans le même temps, du nombre des procédures engagées à l'encontre des banques, devant les juridictions pénales. Cette constatation correspond-elle à une évolution des comportements ? Il n'est pas indifférent, en tout cas, de s'interroger sur les caractéristiques de ce risque et les moyens de le gérer au mieux.

UNE LÉGISLATION ABONDANTE ET COMPLEXE

Les établissements bancaires sont soumis, sur le plan pénal, au droit commun : ils peuvent donc être, directement ou par l'intermédiaire de

leurs représentants, mis en cause à l'occasion de poursuites engagées pour des faits d'escroquerie, de banqueroute, de recel, d'abus de confiance, etc. Il existe toutefois, indépendamment de ces dispositions, un ensemble de textes spécifiques ; notamment en matière boursière, où les articles L 465-1 et L 465-2 du Code monétaire et financier répriment le délit d'initié, la communication illícite d'informations privilégiées, la diffusion d'informations fausses ou trompeuses, la manipulation des cours. Ou encore, en matière de publicité et crédit (non-respect des mentions obligatoires...), de gestion des comptes de dépôt ou de chèque, puisqu'un certain nombre d'incriminations subsiste, à cet égard ; ainsi, lorsque le tiré ne respecte pas ses obli-

“ La pratique révèle que la mise en cause des établissements bancaires réponde aussi, et de plus en plus fréquemment, à des considérations de pure opportunité. ”

gations, en cas d'absence de provision (art L 163-10 du Code monétaire et financier) ou de violation de l'interdiction bancaire ou judiciaire d'émettre des chèques.

Ces dispositions sont nombreuses et peuvent comporter elles-mêmes des exceptions, tel en matière d'usure, puisque si ce délit a été supprimé pour les personnes morales exerçant une activité industrielle ou commerciale – et, depuis peu, pour les prêts accordés aux personnes physiques agissant pour leurs besoins professionnels (loi n° 2005-882 du 2 août 2005), – il a été maintenu dans les autres cas, ce qui rend l'ensemble complexe.

Il a certes été admis par la législation relative au blanchiment, de ne pas faire expressément référence aux établissements bancaires, dès lors que l'origine réelle des fonds dont les auteurs du délit s'efforcent de faire perdre la trace est, en règle générale, difficile à apprécier et qu'il n'est permis, au mieux, que d'avoir une vue partielle de l'infraction. La lutte contre le blanchiment a toutefois été organisée à partir des soupçons qui peuvent en résulter, ce qui a eu pour effet de mettre à la charge des établissements bancaires, une obligation d'identification et de déclaration (cas de communication systématique, déclaration de soupçon...), qui impose, là encore, d'être

REPÈRES

ÉLÉMENTS DE PROCÉDURE

vigilant, même si l'appréciation est parfois difficile. Il est à noter que si l'absence de déclaration n'est pas, elle-même, pénalement sanctionnée, elle peut justifier des sanctions disciplinaires pour négligence (art. L 613-1 du Code monétaire et financier) ou autoriser selon les circonstances, une poursuite pour complicité au sens de l'article 121-7 du Code pénal, même si celle-ci ne peut se déduire de la simple absence de déclaration de soupçon.

DES CAS DE FIGURE TRÈS DIFFÉRENTS

Être mis en cause signifie, en matière pénale, que la banque ou l'établissement financier est recherché en qualité d'auteur ou de complice, voire de receleur. En effet, un établissement bancaire est susceptible d'être qualifié d'auteur – que cela soit directement ou au travers de ses représentants et préposés – lorsqu'il participe directement à la réalisation d'une infraction. Il importe toutefois que cette implication ne se limite pas à une simple négligence ou absence de précaution, dès lors que la réalisation d'un délit implique une intention frauduleuse et que les faits délictueux sont commis en connaissance de cause. L'intention est, en tout état de cause, à distinguer des mobiles qui ne sont pas pris en considération. Ainsi, il importe peu que l'auteur ait voulu se faire payer une créance qui lui était légitimement due, qu'il ait agi pour aider une entreprise en difficulté ou encore pour sauver des emplois. Il suffit, par ailleurs, pour que la complicité soit établie, que la personne en cau-

■ **Témoïn assisté**

Il s'agit d'une personne nommément visée dans un réquisitoire ou une plainte, voire par un témoin, contre laquelle il existe des indices rendant vraisemblable sa participation à l'infraction. Celle-ci bénéficie du droit d'être assistée par un avocat et a accès au dossier de la procédure. Elle ne peut, à la différence de la personne mise en examen, être placée sous contrôle judiciaire ou en détention provisoire, ni faire l'objet d'une ordonnance de renvoi ou de mise en accusation.

■ **Perquisitions et saisies**

La perquisition peut avoir lieu au cours de l'enquête préliminaire, avec le consentement de l'intéressé, ou au cours d'une information, sur décision du juge d'instruction. Elle est destinée à rechercher tout ce qui peut être utile à la manifestation de la vérité, dans le respect des droits de la défense et du secret professionnel. Il importe toutefois de noter que si les documents éventuellement saisis ne peuvent être que ceux susceptibles

d'intéresser la poursuite en cours, cela ne signifie pas que le juge d'instruction ne puisse pas trouver, après examen de ceux-ci, les éléments d'une nouvelle poursuite qui sera engagée, en ce cas, au vu d'un réquisitoire supplétif du parquet.

■ **Enquête et secret professionnel**

Le banquier ne peut révéler à son client une information à laquelle la loi confère un caractère confidentiel, ce qui est notamment le cas de celles qui sont couvertes par le secret de l'instruction. Ainsi, le banquier n'a pas à révéler à son client une information parvenue à sa connaissance dans l'exercice de sa profession, comme, par exemple, une mesure de blocage de compte, ordonnée par un juge d'instruction, sur commission rogatoire ; de même que se rend coupable du délit de violation du secret professionnel, le préposé d'une banque qui informe son client d'une réquisition adressée par un officier de police judiciaire, à l'établissement bancaire.

se ait contribué par son intervention à la réalisation de l'infraction, ce qui est le cas par exemple lorsque des escrocs se voient remettre le produit de l'escompte de titres fictifs. Le recel est constitué, quant à lui, par le fait de dissimuler, détenir, transmettre une chose ou à faire office d'intermédiaire, afin de la transmettre, en sachant qu'elle provient d'un crime ou d'un délit.

La pratique révèle que la mise en cause des établissements bancaires répond aussi, et de plus en plus fréquemment, à des considérations de pure opportunité, dès lors que les contraintes inhérentes au secret bancaire font que nombre de plaignants sont tentés d'agir par la voie pénale. En effet, si le secret bancaire bénéficie au client et est opposable

aux tiers, il ne l'est pas dans le cadre d'une procédure pénale, ce qui fait que le dépôt d'une plainte peut favoriser la réalisation d'investigations ou permettre l'accès à des informations qu'il ne serait pas possible d'obtenir par la voie civile.

Il a déjà été observé que la présentation d'une plainte pouvait être exclusivement motivée par le fait de vouloir constituer un dossier, en prévision, par exemple, d'un procès civil ou d'une action en responsabilité qui n'aurait eu, dans d'autres circonstances, que peu ou pas de chances de prospérer.

L'utilisation d'une procédure pénale à des fins médiatiques, eu égard à l'impact qu'elle peut susciter, n'est pas enfin à exclure et peut viser, dans certains cas, à tirer le meilleur parti

d'une situation ou à créer les conditions d'une négociation, d'où la nécessité, en pareille circonstance, de mettre au point une véritable stratégie et une réplique.

COMMENT APPRÉCIER LES RESPONSABILITÉS ?

Il est des cas où la relation entre les faits incriminés et le comportement de l'agent est, a priori, facile à établir, tel notamment, en cas d'infraction à la législation sur les chèques sans provision (indication d'une provision inférieure à la réalité...), puisque l'infraction est généralement imputable à une personne déterminée, qu'il s'agisse du directeur d'agence ou du chef du service de caisse. Mais la situation est parfois plus difficile à appréhender ; ainsi, lorsqu'il est fait reproche à un établissement financier de contrevenir aux dispositions applicables en matière de publicité ou de pratiquer des taux usuraires, dès lors que ces faits sont plus difficilement rattachables à telle ou telle personne, sauf à considérer que le dirigeant de la banque doit être, dans tous les cas, tenu pour responsable. Or, il est bien entendu que celui-ci ne peut s'assurer lui-même du respect de l'ensemble des dispositions légales et réglementaires, et qu'un tel constat rend indispensable de recourir à des délégations de pouvoir.

Il importe toutefois, pour qu'une délégation de pouvoir soit valide, que le préposé dispose d'une compétence suffisante pour lui permettre d'exercer les pouvoirs qu'il reçoit, qu'il soit autonome et investi d'une autorité suffisante, ainsi que des moyens nécessaires pour réaliser sa mission. La délégation de pouvoir conduit, en effet, à un transfert des pouvoirs et des responsabilités au délégué à la condition, bien entendu, que le déléguant n'ait pas lui-même participé à la réalisation des

faits susceptibles d'être incriminés. Il est à noter que l'appréciation des responsabilités risque de ne pas se limiter, dans un proche avenir, à la question de la délégation de pouvoir, dès lors que le législateur a étendu, avec la loi n°2004-204 du 9 mars 2004, dite loi Perben 2, le champ de la responsabilité des personnes morales. Ces dispositions leur seront applicables, dès lors que l'infraction aura été commise "pour leur compte, par leurs organes ou représentants" (art. 121-2 du Code pénal), avec l'objectif de diminuer ainsi le poids porté, de manière trop systématique, par le chef d'entreprise.

Le texte prévoit aussi que "la responsabilité pénale des personnes morales n'exclut pas celle des personnes physiques auteurs ou complices des mêmes faits...", sous réserve de quelques exceptions, de sorte qu'il conviendra d'être attentif à l'interprétation qui en sera faite par la jurisprudence.

UNE GESTION PAS TOUJOURS AISÉE

Les établissements bancaires sont, par la force des choses, peu familiarisés avec le risque pénal et donc vulnérables, ce qui fait que la mise en œuvre d'une procédure pénale peut être à l'origine d'une déstabilisation plus ou moins importante. Les personnes susceptibles d'être concernées méconnaissent, en règle générale, les arcanes judiciaires et sont, le plus souvent, perturbées à l'idée de devoir satisfaire à une demande d'information, voire de répondre à une convocation ou de faire l'objet d'une garde à vue. Il importe donc d'être tout autant attentif à la gestion du dossier sur le plan humain, que sur le fond, d'autant que la personne incriminée ne manquera pas de s'interroger sur les conséquences professionnelles qui peuvent en résulter pour elle, ce qui vient s'ajouter à son stress.

“ La délégation de pouvoir conduit à un transfert des pouvoirs et des responsabilités au délégué à la condition que le déléguant n'ait pas lui-même participé à la réalisation des faits susceptibles d'être incriminés. ”

Autre point à ne pas négliger, celui de la gestion de l'affaire, en termes de communication, au sein du service ou du département concerné, mais également à l'égard des tiers, le cas échéant (que dire ? comment le dire ? par qui faire passer la communication ?).

Enfin, il convient d'avoir comme préoccupation la gestion de la relation avec le client, dès lors que si la banque ne doit pas préjudicier à ses intérêts, elle se doit, également et tout autant, d'être soucieuse du respect des dispositions légales. Or, la loi lui fait notamment interdiction d'aviser son client, en cas de déclaration auprès de la cellule de Traitement du renseignement et action contre les circuits financiers clandestins (TRACFIN) ou encore de lui rendre compte d'investigations le mettant en cause, tandis que la jurisprudence sanctionne la révélation au client, de commissions rogatoires, susceptibles de le concerner.

MIEUX ANTICIPER

Ce sont autant de raisons qui rendent nécessaire une réflexion sur la nature et les moyens de gérer au mieux le risque pénal (cellule de réflexion, procédure interne, mode de communication...), de former le personnel d'encadrement à ce risque afin d'anticiper au mieux son éventuelle survenance. En effet, une incrimination pénale présente la double caractéristique de survenir, en règle générale, à un moment où on ne l'attend pas et de se rapporter, le plus souvent, à des opérations anciennes, ce qui en rend le traitement encore plus difficile. ■