



POUVOIR JUDICIAIRE

P/5272/2015

ACPR/337/2019

COUR DE JUSTICE

Chambre pénale de recours

Arrêt du vendredi 10 mai 2019

Entre

A _____, ayant son siège _____, comparant par M^{es} Vincent JEANNERET, Clara POGLIA et Carlo LOMBARDINI, avocats, faisant élection de domicile en l'Etude Schellenberg Wittmer SA, rue des Alpes 15 bis, 1211 Genève 1,

recourante,

contre la décision rendue le 6 décembre 2018 par le Ministère public,
(refus de scellés)

et

LE MINISTÈRE PUBLIC de la République et canton de Genève, route de Chancy 6B,
1213 Petit-Lancy - case postale 3565, 1211 Genève 3,

intimé.

EN FAIT :

- A. a.** Par acte expédié le 7 décembre 2018, [l'établissement bancaire] A_____ recourt contre la décision de la veille, par laquelle le Ministère public a refusé d'apposer les scellés sur un document constitué d'une décision rendue à son sujet par l'Autorité fédérale de surveillance des marchés financiers (ci-après, FINMA).

La recourante conclut à l'annulation de cette décision et à l'injonction au Ministère public d'apposer les scellés sur le document. Elle requiert préalablement des mesures provisionnelles.

- b.** Les mesures provisionnelles ont été accordées le 16 décembre 2018 par la Direction de la procédure (OCPR/48/2018).

- B.** Les faits pertinents suivants ressortent du dossier :

a. Depuis 2015, B_____ et C_____ sont prévenus de gestion déloyale (art. 158 CP), abus de confiance (art. 138 CP), escroquerie (art. 146 CP) et faux dans les titres (art. 251 CP) pour avoir, comme administrateur et/ou gérant de fortune de D_____ SA, société à laquelle des avoirs substantiels avaient été confiés en gestion, à tout le moins depuis l'automne de l'année 2012, procédé à des investissements spéculatifs, non couverts par les mandats de gestion et ayant provoqué d'importantes pertes pour tout ou partie de la clientèle, pour avoir caché ces pertes par de faux états de situation et pour avoir falsifié les signatures sur des instructions de transferts de liquidités et des instructions d'investissement, dans le but, notamment, de rembourser certains clients au détriment d'autres ou pour s'enrichir personnellement.

Depuis le 26 mai 2016, E_____, gestionnaire chargé au sein de A_____ des relations avec D_____ SA, est notamment prévenu de défaut de vigilance en matière d'opérations financières, pour avoir omis de vérifier, avec la vigilance que requéraient les circonstances, l'identité de l'ayant droit économique de sociétés titulaires de comptes et liées à D_____ SA, en particulier aux prévenus précités.

Le 26 mai 2017, l'instruction à son encontre a, notamment, été étendue au blanchiment d'argent. Par ailleurs, une instruction a été ouverte, le même jour et du même chef, contre une autre employée de A_____, F_____.

Le 20 août 2018, l'instruction ouverte pour blanchiment d'argent a été étendue à un troisième employé de la banque, G_____. Il en était allé de même le lendemain pour H_____.

Les trois cadres prénommés étaient situés dans la ligne hiérarchique de E_____.

- b.** Le 7 novembre 2018, l'instruction pour blanchiment d'argent a aussi été étendue à A_____ (art. 102 al. 2 CP), par ailleurs constituée partie plaignante dans la procédure.

c. Après que la FINMA, qui avait obtenu l'accès au dossier pour les fins d'une investigation propre, l'eut avisé que cette procédure-là ("*Verfahren gegenüber A_____ in Sachen D_____ SA*") était terminée et qu'une décision venait d'être expédiée, le Ministère public lui a demandé une copie de celle-ci le 4 décembre 2018.

d. La FINMA s'est exécutée le lendemain, communiquant sur le fondement de l'art. 38 de la loi sur la surveillance des marchés financiers (LFINMA; RS 956.1), la décision qu'elle avait rendue le 23 novembre 2018 [par suite du rapport d'un chargé d'enquête, cf. pièce 18 jointe au recours]. Cette décision, dont seule une copie de la page de garde a été remise à la Chambre de céans, s'intitule "*Sorgfaltspflichten zur Bekämpfung der Geldwäscherei, Organisations- und Gewährserfordernis*".

La FINMA joignait aussi une demande de mise sous scellés de ce document que lui avait fait parvenir A_____

C. Le 6 décembre 2018, le Ministère public a avisé la banque qu'il "*n'entend[ait] pas donner suite*" à cette demande et qu'elle devait lui faire savoir si elle "*entend[ait]*" recevoir une décision motivée.

D. a. À l'appui de son recours, A_____ se plaint d'une violation de son droit d'être entendue, pour avoir essuyé un refus non motivé de placer sous scellés la décision de la FINMA. Elle avait un intérêt suffisant – celui de ne pas contribuer à sa propre incrimination – pour requérir la mise sous scellés de document issus d'une procédure "*d'enforcement*" [en français : de rétablissement de l'ordre légal, cf. art. 31 LFINMA, ou : de mise en œuvre du droit de la surveillance des marchés financiers, cf. <https://www.finma.ch/fr/mise-en-oeuvre/instruments-d-enforcement/>]. En outre, le document de la FINMA comportait des informations tombant sous le coup du secret d'affaires. Le Ministère public s'était substitué au Tribunal des mesures de contrainte (ci-après, TMC), seul compétent pour décider si les motifs invoqués étaient pertinents.

b. Dans ses observations, le Ministère public propose de rejeter le recours, exercé contre "*ce qui n'était pas exprimé comme une décision*". En déférant d'emblée sa lettre du 6 décembre 2018 à l'autorité de recours, la recourante s'était volontairement privée d'une motivation. Une décision administrative n'entrait pas dans le champ de l'art. 248 CPP. Il ne suffisait pas que "*de l'encre ait été apposée sur des feuilles de papier*" pour que celles-ci puissent être mises sous scellés, sauf à admettre, ce que la Chambre de céans était invitée à ne pas cautionner, que des scellés ne soient dorénavant demandés sur les plaintes pénales, leurs annexes, voire des dossiers entiers de procédure, à la première audition d'un prévenu. Les art. 194 CPP et 38 LFINMA obligeaient l'autorité administrative à coopérer; dès lors, le législateur ne pouvait avoir voulu qu'"*un tiers*" (sic) pût empêcher le Ministère public de consulter les documents qu'il recevait par ces canaux légaux. Lorsqu'une banque était tenue de coopérer avec la FINMA, elle ne pouvait ensuite, selon la jurisprudence, pas demander que la documentation qu'elle avait produite dans ce cadre fût scellée par

l'autorité de poursuite pénale. Les motifs invoqués par A_____ étaient infondés et abusifs. Si la banque voulait que d'autres parties à la procédure n'eussent pas accès au rapport de la FINMA, elle devait agir sur la base de l'art. 108 CPP.

c. En réplique, A_____ conteste que la jurisprudence visée par le Ministère public s'applique, car elle n'avait porté que sur le sort d'un rapport interne, et non, comme en l'espèce, d'une décision, par surcroît ni définitive ni exécutoire, puisqu'elle l'avait contestée par-devant le Tribunal administratif fédéral. Si la banque, et non la FINMA, avait été requise de la produire, elle aurait pu en obtenir la mise sous scellés. Le même traitement devait être réservé à une même information, quel qu'en soit le détenteur.

d. Le Ministère public duplique que le droit de ne pas s'incriminer ne s'appliquerait pas au vu du document concerné.

E. Les 14, 19 et 20 décembre 2018, 23 et 31 janvier, 1^{er} et 14 février 2019, le Ministère public comme A_____ ont écrit diverses lettres à la Chambre de céans.

Le 12 février 2019, I_____ LTD, J_____ SA et K_____ SA, parties plaignantes, ont demandé à pouvoir présenter des observations.

EN DROIT :

1. Le Ministère public reproche à la recourante d'avoir attaqué "*ce qui n'était pas exprimé comme une décision*".

À tort. Sa lettre du 6 décembre 2018 est bien une décision au sens de l'art. 393 al. 1 let. a CPP, car elle a pour effet de refuser l'apposition de scellés. Le verbe "entendre" a le sens de consentir, acquiescer (LITTRÉ), satisfaire une demande (<http://www.cnrtl.fr/definition/entendre>), avoir l'intention (ROBERT).

Dans une tournure négative, il ne peut donc qu'exprimer un refus.

De fait, le Ministère public n'a pas montré dans la suite de la procédure de recours qu'il s'était en réalité réservé de donner une suite positive à la demande de la recourante ni, surtout, qu'il l'aurait fait depuis lors, changeant d'avis et rendant la contestation sans objet.

Par ailleurs, il n'est pas certain que l'obligation de mentionner la voie de recours (art. 81 al. 1 let. d CPP) s'étende aussi aux décisions qui ne sont pas des prononcés de clôture (N. SCHMID / D. JOSITSCH, *Schweizerische Strafprozessordnung : Praxiskommentar*, 3^e éd., Zurich 2018, n. 3a ad art. 81). Cette mention ne saurait donc être la marque caractérisant une décision au sens de la loi (sur la notion de décision, M. NIGGLI / M. HEER / H. WIPRÄCHTIGER (éds), *Strafprozessordnung / Jugendstrafprozessordnung, Basler Kommentar StPO/JStPO*, 2^e éd., Bâle 2014, n. 6 ad art. 393), faute de quoi son omission, volontaire ou non, suffirait à priver le destinataire de la possibilité d'une contestation que la loi a pourtant instaurée.

Dès lors, le recours est recevable, pour avoir été déposé selon la forme et dans le délai prescrits (art. 385 al. 1 et 396 al. 1 CPP), concerner une décision sujette à recours auprès de la Chambre de céans (art. 393 al. 1 let. a CPP; ACPR/754/2018 et les références) et émaner d'une prévenue, qui, concernée par les documents requis de la FINMA, dont l'accès et la production dans le dossier pénal pourraient être susceptibles de porter atteinte à des secrets protégés, voire à son droit de ne pas s'incriminer, a qualité pour agir, ayant un intérêt juridiquement protégé à la modification ou à l'annulation de la décision querellée (art. 382 al. 1 CPP).

2. Les lettres que la recourante et l'intimé ont adressées spontanément à la Chambre de céans ne seront pas prises en considération. Le droit des parties d'être entendues en procédure de recours s'exerce par les observations recueillies à l'initiative de la Direction de la procédure et par le droit inconditionnel à répliquer, mais non par la correspondance que recourant et intimé échangent de leur propre initiative hors de ces limites. Ainsi en a-t-il été, en l'espèce.
3. La procédure de scellés ayant pour seule partie "l'intéressé", détenteur ou ayant droit (M. NIGGLI / M. HEER / H. WIPRÄCHTIGER (éds), *Strafprozessordnung / Jugendstrafprozessordnung, Basler Kommentar StPO/JStPO*, 2^e éd., Bâle 2014, n. 32 ad art. 248), les parties plaignantes qui ont demandé à se déterminer sur le recours n'avaient pas à être consultées avant le présent prononcé, de la même façon qu'elles ne l'auraient pas été si les documents concernés avaient été découverts en perquisition et que leur mise sous scellés eût été demandée sur-le-champ (cf. art. 264 al. 3 CPP).

Pour le même motif, l'arrêt ne leur sera pas communiqué.

4. La recourante se plaint que la décision attaquée ne comporte aucune motivation.

C'est exact.

Pour autant, le Ministère public s'est exprimé dans ses écritures, et la recourante a eu la possibilité d'y faire pièce. Par ailleurs, comme le Ministère public a montré qu'il ne donnerait pas suite à la demande de la recourante, lui renvoyer la cause pour qu'il motive son refus en rééditant les arguments qu'il a déjà développés dans ses déterminations écrites serait une vaine formalité et une source de perte de temps (cf. ATF 142 II 218 consid. 2.8.1 p. 226 s.).

La recourante a parfaitement compris les raisons de l'opposition du Ministère public.

5. La recourante estime que le Ministère public n'était pas en droit de lui refuser l'apposition de scellés, car sa requête n'était pas abusive. Le Ministère public objecte que la documentation litigieuse n'avait pas été obtenue au moyen d'une mesure de contrainte, mais par la voie de l'entraide entre autorités (art. 194 CPP), et que, par conséquent, l'apposition de scellés ne serait pas possible.

5.1. Le Tribunal fédéral admet que les autorités de poursuite pénales puissent écarter d'emblée une demande de mise sous scellés lorsque celle-ci est manifestement mal fondée ou abusive (arrêts 1B_24/2019 du 27 février 2019 consid. 2.1. et 1B_464/2012 du 7 mars 2013 consid. 3), notamment dans le cas où la légitimation du requérant fait manifestement défaut (arrêt 1B_546/2012 du 23 janvier 2013 consid. 2.2) ou encore lorsqu'elle est manifestement tardive (arrêt 1B_24/2019 précité consid. 2.3.). Dans les autres cas, il revient au TMC de statuer. En d'autres termes, en matière de scellés, le pouvoir d'examen de l'autorité de recours consiste à vérifier si le ministère public est fondé à refuser de donner suite à une requête qu'il tient pour manifestement mal fondée ou abusive.

5.2. Selon la jurisprudence, le droit de requérir des scellés ne dépend pas du fait que la personne concernée détenait ou non les documents saisis par l'autorité; il est bien plutôt indépendant de la façon dont celle-ci se les est procurés (ATF 140 IV 28 consid. 3.4 p. 33 et 4.3.4 p. 36). Pour le surplus, les principes généraux applicables en matière d'apposition de scellés par le ministère public ont été rappelés par la Chambre de céans dans un arrêt rendu entre les mêmes parties en 2017 (ACPR/391/2017 consid. 3.3.). Il peut donc y être renvoyé sans inutile redite.

5.3. En l'espèce, le Ministère public n'invoque ni la tardiveté de la requête ni le défaut de légitimation de la recourante.

Il estime que, à partir du moment où le mémorandum interne d'une banque, saisi à l'occasion d'une perquisition par l'autorité pénale, ne peut pas être scellé (ATF 142 IV 207), il en va *a fortiori* de même d'une décision de la FINMA.

Dans l'arrêt cité, le Tribunal fédéral n'a précisément pas répondu à cette question (cf. consid. 8.18.2 p. 222; K. VILLARD, *Blanchiment d'argent : la banque face au risque pénal*, RSDA 2018 p. 123).

Dans un arrêt postérieur (1B_547/2018 du 15 janvier 2019 consid. 1.2.), le Tribunal fédéral a examiné si l'entraide administrative requise de la FINMA devait être qualifiée de mesure de contrainte. La recevabilité du recours en matière pénale dont il était saisi en dépendait, car ce recours était exercé contre une décision de la Cour des plaintes du Tribunal pénal fédéral (cf. art. 79 LTF). Le Tribunal fédéral n'a donc pas exclu que des scellés puissent être apposés sur des pièces obtenues par la voie de l'entraide entre autorités. Selon la jurisprudence, ce droit ne dépend pas du fait que la personne concernée détenait ou non les documents saisis par l'autorité; il est bien plutôt indépendant de la façon dont celle-ci se les est procurés (ATF 140 IV 28 consid. 3.4 p. 33 et 4.3.4 p. 36).

Par ailleurs, la jurisprudence publiée (ATF 142 IV 207, précité, consid. 8.15 p. 220) ne semble pas reconnaître à la FINMA d'autres motifs de refus que ceux de l'art. 40 LFINMA, soit la stricte préservation de ses buts de surveillance et l'accomplissement de ses tâches légales.

Dès lors, on ne voit pas pourquoi la recourante ne devrait pas avoir la possibilité, sauf abus, de requérir des scellés en l'espèce, où la FINMA – à la différence de la cause ATF 142 IV 2017 (cf. consid. 8.11. p. 219 et 8.14 p. 220) – a ouvert une procédure de surveillance formelle, accepté de coopérer et produit sa décision.

5.4. Il est établi et non contesté que la décision de la FINMA du 23 novembre 2018 a été rendue dans le contexte de D_____ SA, soit la société dont les animateurs sont des prévenus dans la procédure pénale en cours. Une décision rendue par la FINMA à l'issue d'une procédure de rétablissement de l'ordre légal n'est pas comparable à un memorandum interne rédigé par un prévenu qui le détient et qui se le voit saisir par l'autorité pénale. L'intitulé de la décision du 23 novembre 2018 ("*Sorgfaltspflichten zur Bekämpfung der Geldwäscherei, Organisations- und Gewährserfordernis*") montre un recoupement évident avec l'art. 102 al. 2 CP imputé à la recourante dans les ordonnances du 7 novembre 2018, soit le soupçon de n'avoir pas pris toutes les mesures d'organisation raisonnables et nécessaires pour empêcher la commission de blanchiment d'argent (art. 305^{bis} CP) en son sein. Si elle ne comportait pas un aspect répressif, on ne verrait pas pourquoi la recourante a déféré cette décision au Tribunal administratif fédéral (cf. art. 54 LFINMA et 31 LTAF). Dès lors, l'invocation, dans ce contexte, du principe *nemo tenetur se ipsum accusare* n'apparaît pas abusive.

Pour le surplus, l'autorité de recours n'est pas compétente pour examiner le bien-fondé de ce grief, sauf à se substituer au TMC (cf. art. 248 CPP).

Par ailleurs, à la différence du Tribunal fédéral dans l'arrêt du 15 janvier 2019, la Chambre de céans n'est pas en situation de présumer que la recourante a déjà pu faire valoir auprès de la FINMA ses objections et son droit au maintien de certains secrets – dont le secret d'affaires, que la recourante invoque, certes de façon toute générale – puisque, précisément, l'autorité de recours n'a pas à connaître du contenu de la décision du 23 novembre 2018.

À cet égard, et par identité de motif, même si cette décision porte sur le complexe de faits relatif à D_____ SA et même si les parties plaignantes sont précisément des clients de D_____ SA – hormis la recourante, sur d'autres aspects –, ce n'est pas le lieu d'examiner si la crainte d'un événement pouvait être garantie par une restriction d'accès au dossier (art. 108 CPP) plutôt que par l'apposition de scellés.

Par conséquent, la demande de scellés n'apparaît pas manifestement mal fondée, au sens de la jurisprudence, et le Ministère public n'avait pas à l'écarter de lui-même.

Le recours doit être admis.

6. Les frais de la procédure seront laissés à la charge de l'État (art. 428 al. 1 CPP).
7. La recourante, prévenue qui a gain de cause, a demandé une indemnité "équitable" pour "*les dépenses occasionnées*". Statuant *ex aequo et bono* et d'office (art. 429 al. 2 CPP), la Chambre de céans lui allouera CHF 1'500.-.

* * * * *

**PAR CES MOTIFS,
LA COUR :**

Admet le recours, annule la décision attaquée et enjoint au Ministère public de placer sans délai sous scellés la décision de la FINMA du 23 novembre 2018.

Laisse les frais de la procédure à la charge de l'État.

Alloue à A_____, à la charge de l'État, une indemnité de CHF 1'500.- (plus TVA 7,7 %) pour ses frais de défense en instance de recours.

Notifie le présent arrêt ce jour, en copie, à la recourante (soit, pour elle, son défenseur principal) et au Ministère public.

Siégeant :

Madame Corinne CHAPPUIS BUGNON, présidente; Monsieur Christian COQUOZ et Madame Alix FRANCOTTE CONUS, juges; Monsieur Julien CASEYS, greffier.

Le greffier :

Julien CASEYS

La présidente :

Corinne CHAPPUIS BUGNON

Voie de recours :

Le Tribunal fédéral connaît, comme juridiction ordinaire de recours, des recours en matière pénale au sens de l'art. 78 de la loi sur le Tribunal fédéral du 17 juin 2005 (LTF; RS 173.110); la qualité et les autres conditions pour interjeter recours sont déterminées par les art. 78 à 81 et 90 ss LTF. Le recours doit être formé dans les trente jours qui suivent la notification de l'expédition complète de l'arrêt attaqué.

Le recours doit être adressé au Tribunal fédéral, 1000 Lausanne 14. Les mémoires doivent être remis au plus tard le dernier jour du délai, soit au Tribunal fédéral soit, à l'attention de ce dernier, à La Poste Suisse ou à une représentation diplomatique ou consulaire suisse (art. 48 al. 1 LTF).