

Procédures d'enforcement FINMA: obligation de collaborer vs droit de se taire

Les parties visées par une procédure d'enforcement ont en principe l'obligation de collaborer avec la FINMA. Dans quelle mesure peuvent-elles néanmoins se prévaloir du droit de se taire?

Une partie a-t-elle le droit de se taire dans le cadre d'une procédure FINMA dite d'enforcement?

Le droit de se taire trouve pleine application en matière pénale. Mais la procédure d'enforcement FINMA est une procédure administrative et les règles de procédure administrative ne comportent pas de dispositions prévoyant un tel droit. Au contraire, une obligation de collaborer avec l'autorité administrative est expressément prévue. Lorsqu'une partie est requise de fournir à la FINMA des informations ou des documents, elle ne peut donc en principe pas se prévaloir de son droit de se taire pour s'y refuser, et ce même si ces informations et documents peuvent avoir des effets négatifs pour elle, voire l'incriminer pénalement.

Comment expliquer cette différence importante entre procédure pénale et procédure administrative d'enforcement?

Cette distinction est le plus souvent expliquée en se fondant sur les objectifs différents poursuivis par l'autorité pénale et la FINMA, ainsi que par les moyens différents à leur disposition pour les mettre en œuvre. La FINMA ne pouvant imposer les mêmes mesures de contrainte ni les mêmes sanctions que l'autorité pénale, le besoin de protection des administrés contre un risque de coercition abusive de sa part, raison d'être du droit de se taire, semble moindre. À défaut de disposer de ces moyens de contrainte, la FINMA est en outre fortement dépendante de la collaboration des administrés, qui est sa principale source d'informations.

En pratique, cette distinction peut-elle poser problème?

Obligation de collaborer des parties peut dans certaines circonstances s'apparenter à une obligation de s'auto-incriminer. C'est le cas en particulier pour les organes et les collaborateurs de l'entreprise qui, tenus de collaborer dans le cadre de la procédure d'enforcement menée contre leur entreprise, font des déclarations à la FINMA qui pourraient ensuite être utilisées contre eux personnellement dans le cadre d'une procédure d'enforcement ouverte, cette fois, à leur encontre.

Avec des conséquences importantes?

Oui, les sanctions prévues par le droit de la surveillance, si elles ne sont pas qualifiées de sanctions pénales en droit suisse, peuvent entraîner de graves conséquences pour les personnes concernées. Indépendamment du risque que les déclarations ou productions des assujettis soient utilisées dans une procédure pénale parallèle ou subséquente, la question de l'application du droit de se taire en tant que limite à l'obligation de collaborer se pose donc déjà dans le cadre de la procédure d'enforcement elle-même.

A quelles conditions le droit de se taire pourrait-il être invoqué devant la FINMA?

Le droit de se taire découle notamment du droit à un



Fanny Margairaz
Avocate

MAS en Lutte contre la criminalité économique

procès équitable de l'article 6 CEDH. Cette disposition trouve application en présence d'une «accusation en matière pénale», soit lorsque, alternativement, le droit national classe la mesure étatique comme pénale, ou lorsque la véritable nature de l'infraction ou la gravité de la sanction en dénote le caractère pénal.

Au vu de ces critères, la procédure d'enforcement de la FINMA peut-elle être qualifiée d'accusation en matière pénale au sens de l'article 6 CEDH?

S'agissant du premier critère, la réponse est claire: la procédure devant la FINMA et les sanctions qu'elle prévoit sont classées dans le droit administratif. Ce critère n'est toutefois pas décisif.

La réponse à la deuxième question, soit celle de la véritable nature de l'infraction, est déjà moins claire, en dépit de ce que le Tribunal fédéral a pu juger récemment.

Dans l'examen de ce critère, il faut notamment vérifier que la norme ne poursuive pas un but préventif ou répressif qui dépasserait la simple réparation des conséquences de l'infraction. Or si l'activité d'enforcement de la FINMA a pour objectif premier de mettre un terme aux irrégularités et de rétablir l'ordre légal, elle vise également la prévention de futures infractions et leur répression, soit les deux éléments caractéristiques des causes pénales.

Et le troisième critère, celui de la gravité de la sanction?

À notre sens, la gravité de certaines des sanctions que peut prononcer la FINMA en cas de violation du droit de la surveillance justifie déjà de retenir leur caractère pénal.

Un exemple?

Prenons celui de l'interdiction d'exercer une fonction dirigeante, que la FINMA peut prononcer pour une durée de cinq ans au plus. Certes, le Tribunal fédéral a déjà eu l'occasion de se prononcer contre la qualification pénale d'une telle sanction, au motif qu'il s'agirait «avant tout d'une restriction de la liberté économique fondée sur un motif de police et de durée limitée [...] plutôt qu'un mal infligé à titre de châtiement». Mais cette appréciation semble contestable. Les conséquences qu'une telle sanction peut avoir sur l'avenir

économique de la personne concernée sont en effet souvent plus graves encore qu'une sanction fondée sur le droit pénal ordinaire, qui plus est souvent assortie du sursis, ou que des amendes modestes reconnues comme étant des sanctions pénales.

Et la possibilité d'ordonner la publication d'une décision, n'est-elle pas également de nature pénale?

La FINMA peut en effet ordonner la publication de sa décision finale, y compris les données personnelles des assujettis concernés. Une telle publication traduit en droit suisse le concept international du «naming & shaming». Le Tribunal administratif fédéral a – à raison selon nous – reconnu le caractère pénal d'une telle mesure. Le Tribunal fédéral a toutefois laissé la question ouverte.

Quelles seraient les conséquences les plus immédiates d'une reconnaissance du caractère pénal de la procédure d'enforcement?

Outre la question du droit de se taire, cette reconnaissance entraînerait d'autres changements procéduraux tout aussi fondamentaux. La présomption d'innocence et son corolaire, le principe in dubio pro reo, devraient en particulier être appliqués. Le fardeau de la preuve à la charge de la FINMA serait donc alourdi. Le droit de demander des actes d'instruction, notamment d'interroger ou de faire interroger des témoins, devrait également être garanti, ce qui n'est pas le cas aujourd'hui. Les parties devraient être informées de manière aussi complète que possible sur les infractions qui leur sont reprochées et non simplement avisées de l'ouverture d'une procédure comme aujourd'hui. Le principe ne bis in idem devrait s'appliquer, de sorte qu'une poursuite parallèle pour les mêmes faits, par les autorités pénales et par la FINMA, avec le cumul des sanctions pénales et administratives, ne serait donc plus possible. Enfin, la garantie d'impartialité de l'autorité devrait également s'appliquer: le système actuel, dans lequel la FINMA opère à la fois comme autorité de surveillance, d'instruction, puis de sanction, pourrait être considéré comme étant incompatible avec la garantie précitée.

Ce serait donc un changement assez radical d'approche?

Oui, la reconnaissance du caractère pénal des procédures d'enforcement de la FINMA entraînerait un changement important de paradigme nécessitant des adaptations importantes du dispositif de surveillance des marchés financiers actuellement en vigueur. On comprend donc, sous cet angle, que la FINMA et les tribunaux compétents soient réticents à l'idée de reconnaître ce caractère pénal.

Le Parlement fédéral a-t-il déjà eu l'occasion de porter un regard sur ce problème?

Oui, il l'a fait en 2007, mais de façon partielle et insatisfaisante. Dans son Rapport sur les sanctions, rédigé en 2003 en vue de l'adoption de la loi fédérale LFINMA,

l'ancienne Commission fédérale des banques (CFB) avait proposé de renforcer l'éventail de sanctions à disposition de la future FINMA, éventail qu'elle estimait «nettement insuffisant» pour remplir ses fonctions. Mais pour contrebalancer ce renforcement des sanctions, la CFB relevait que les procédures de sanctions administratives devraient alors offrir les mêmes garanties que celles des procédures pénales, et en particulier le droit de ne pas se compromettre par ses propres déclarations.

Et donc le Parlement fédéral n'a pas suivi les recommandations de la CFB?

Dans le texte de la LFINMA, entré en vigueur en 2009, le législateur n'a pas suivi l'entier des recommandations de la CFB. La FINMA ne peut en particulier toujours pas prononcer des amendes à caractère punitif. Il a tout de même, dans une certaine mesure, renforcé les pouvoirs de la FINMA – notamment par l'adjonction de l'interdiction d'exercer et la possibilité de confisquer le gain acquis par un assujetti ou par une personne exerçant une fonction dirigeante en violation grave des règles prudentielles –, sans pour autant remettre en question le principe de l'obligation de collaborer.

Que faut-il en conclure?

Nous sommes d'avis que tant par la nature des normes du droit de la surveillance qu'elle vise à faire respecter que par la nature et la gravité des sanctions dont sont passibles les personnes concernées, la procédure d'enforcement FINMA devrait se voir reconnaître un caractère pénal au sens de l'article 6 CEDH. Ce n'est toutefois pas la voie que semble prendre le Tribunal fédéral, dans la mesure où il a récemment nié le caractère pénal d'une des mesures les plus incisives à disposition de la FINMA, soit l'interdiction d'exercer.

MANGÉAT

Avocats Sàrl
Attorneys at Law LLC

MANGÉAT est une étude d'avocats fondée à Genève par une équipe déjà soudée, forte d'une expérience commune dans un grand cabinet international. Notre ambition? Offrir une très haute qualité de service et apporter des solutions concrètes, sans s'arrêter aux seuls aspects juridiques.

Nos avocats sont spécialisés et reconnus en matière de contrats commerciaux, dans l'accompagnement des sociétés et entrepreneurs, en droit bancaire et financier, en droit immobilier, ainsi que dans la résolution de litiges et la criminalité économique.

www.mangeat.ch