CENTRE DE DROIT
BANCAIRE ET FINANCIER

Enforcement

Le « naming and shaming » ne constitue pas une sanction pénale

Par Katia Villard le 11 mars 2020

La publication de la décision de la FINMA, basée sur l'art. 34 LFINMA, ne revêt pas le caractère de sanction pénale. La procédure d'*enforcement* ayant abouti au prononcé de la mesure n'est donc pas une accusation en matière pénale au sens de l'art. 6 CEDH.

Dans un arrêt du 31 janvier 2020 destiné à la publication (TF, 2C_92/2019), le Tribunal fédéral confirme ainsi sa position adoptée dans une décision antérieure (TF, 2C_177/2019 du 22.7.2019, c. 5.1) et la jurisprudence « dominante » du Tribunal administratif fédéral (notamment TAF B-5274/2015 du 22.5.2018, c. 10.3 ; *contra* TAF B-3759/2014 du 11.5.2015, c. 4.1.2). Cette décision s'inscrit par ailleurs dans la droite ligne de la jurisprudence relative à l'interdiction d'exercer au sens de l'art. 33 LFINMA, à teneur de laquelle cette dernière mesure ne tombe pas dans le champ d'application de l'art. 6 CEDH (ATF 142 II 243, c. 3.4 commenté *in* Abrar, cdbf.ch/946). La position de la jurisprudence ne fait toutefois de loin pas l'unanimité en doctrine (cf. par ex. Iffland, Niggli/Maeder, Villard).

L'arrêt du 31 janvier 2020 a pour trame une procédure d'*enforcement* de la FINMA à l'encontre de la société C. SA, à l'issue de laquelle le régulateur a constaté une violation grave de la loi sur les banques pour acceptation de dépôts du public à titre professionnel sans autorisation. La décision en constatation a été étendue à l'individu A., en raison de sa qualité d'administrateur et de gérant des activités de C. SA. Ordre a été donné à A., sous la menace de la peine prévue à l'art. 48 LFINMA, de s'abstenir d'exercer toute activité sujette à autorisation. La FINMA a ordonné la publication de cette injonction pour une durée de deux ans.

Devant le Tribunal fédéral, A. invoque deux griefs. Premièrement, la formulation de la clause lui faisant interdiction d'exercer une activité soumise à autorisation serait source de confusion. Secondement, son devoir de coopérer avec la FINMA violerait le principe *nemo tenetur se ipsum accusare* consacré notamment à l'art. 6 CEDH.

L'arrêt du Tribunal fédéral s'articule essentiellement autour de cette deuxième problématique, qui pose la question de savoir si la publication d'une décision en vertu de l'art. 34 LFINMA revêt le caractère pénal nécessaire pour déclencher l'application des garanties du procès équitable de l'art. 6 CEDH.

L'examen des juges de Mon Repos repose sur les trois critères « Engel », dégagés par la CourEDH en 1976 dans l'affaire éponyme (c. 5.2 ss). Le premier commande de déterminer si

la norme définissant le comportement transgresseur prend place, sur le plan systématique, dans un corps de règles que le droit national qualifie de « pénales ». Dans la négative, le deuxième critère impose d'analyser si la règle, de nature formellement administrative, relève matériellement du domaine pénal. Le troisième critère se rattache à la sévérité de la sanction encourue. Les trois critères sont alternatifs.

En ce qui concerne le premier, le Tribunal fédéral observe que l'art. 34 LFINMA fait partie des instruments du droit de la surveillance. La disposition n'est donc pas pénale selon l'ordre juridique suisse. Dans une perspective comparatiste, les juges de Mon Repos notent que, dans le droit européen, la publication des décisions constatant des violations du droit des marchés financiers est considérée comme une sanction administrative. Ainsi, une telle mesure ne remplit le premier critère « Engel » ni en droit suisse ni en droit européen.

S'agissant du deuxième critère, le Tribunal fédéral retient que l'art. 34 LFINMA n'a pas vocation à s'adresser à la collectivité de manière générale mais à une certaine catégorie de professions, sujettes à autorisation, reconnaissance, agrément ou enregistrement. La disposition vise un cercle déterminé de personnes, qui font l'objet d'une surveillance étatique particulière. Elle revêt un caractère disciplinaire et sort donc (en principe) du champ d'application de l'art. 6 CEDH. À cela s'ajoute, *dixit* le Tribunal fédéral, que l'art. 34 LFINMA, selon une conception moderne de la loi, vise à la transparence du marché bien plus qu'à la punition de l'auteur sous l'angle réputationnel. Ce faisant, les juges de Mon-Repos relativisent la composante répressive de la mesure.

Quant au troisième critère, le potentiel désavantage économique qui pourrait résulter de l'information publiée qu'une personne ne disposant pas de l'autorisation nécessaire n'a pas le droit d'être active sur les marchés financiers, n'atteint pas le degré de sévérité nécessaire pour que la mesure puisse être qualifiée de pénale.

L'art. 34 LFINMA ne remplissant aucun des critères « Engel », l'art. 6 CEDH ne trouve pas à s'appliquer en l'espèce.

Le raisonnement du Tribunal fédéral apparait *a priori* conforme à la jurisprudence – certes incertaine – de la CourEDH (cf. par ex. Décision *Biagioli c. San Marino* du 13 septembre 2016, § 49 ss).

Le Tribunal fédéral a en revanche admis le grief du recourant relatif à la formulation de la décision publiée. L'injonction faite par la FINMA ne constitue pas une mesure autonome d'interdiction d'exercer mais un simple rappel à l'ordre. Elle doit donc être reformulée en ce sens qu'il est fait interdiction à A. d'exercer une activité soumise à la surveillance des marchés financiers sans disposer de l'autorisation nécessaire à cet effet.

Reproduction autorisée avec la référence suivante: Katia Villard, Le « naming and shaming » ne constitue pas une sanction pénale, publié le 11 mars 2020 par le Centre de droit bancaire et

financier, https://cdbf.ch/1111/