

red  
ZSR

Zeitschrift für Schweizerisches Recht  
Revue de droit suisse  
Rivista di diritto svizzero  
Revista da dretg svizzer

Band 137 (2018) I · Heft 1

Herausgeber

Pascal Pichonnaz  
Ruth Arnet  
Samantha Besson  
Peter Isler  
Vincent Martenet  
Andreas Zünd

Helbing Lichtenhahn Verlag

# La coexistence d'une poursuite pénale et d'une procédure d'enforcement contre l'entreprise à l'aune du principe *ne bis in idem*: colocation ou ménage commun?

KATIA VILLARD\*

Mots clés: Principe *ne bis in idem*; accusation en matière pénale; sanction disciplinaire; responsabilité pénale de l'entreprise; procédure d'enforcement; Ministère public; FINMA

## A. Introduction

Bien connue dans son principe, la maxime «*ne bis in idem*» a traversé l'Histoire<sup>1</sup> et a même été l'héroïne du cinéma américain<sup>2</sup>. On se gardera d'en déduire que le concept a été apprivoisé une fois pour toutes. Les débats autour de l'interprétation du «bis» et du «idem» ne sont pas prêts de trouver leur épilogue<sup>3</sup>. La reconnaissance croissante de la portée transnationale du principe ajoute encore une dimension au débat<sup>4</sup>. Polymorphe, la règle *ne bis in idem* a été amenée à jouer un rôle dans des contextes divers et variés, voire là où l'on ne s'y attendait pas à première vue. En particulier, et c'est là la trame de la présente contribution, le principe *ne bis in idem* a aujourd'hui dépassé le cadre de la matière pénale au sens strict et participe de l'actuel phénomène de perméabilité entre droit administratif et droit pénal. Les nombreux systèmes juridiques qui

\* Docteure en droit, chargée de cours à l'Université de Genève. L'auteure remercie vivement le Prof. Robert Roth de ses précieuses remarques ainsi que Mme Nadia Meriboute de son attentive relecture.

1 Cf. JULIETTE LELIEUR, La règle *ne bis in idem* – Du principe de l'autorité de la chose jugée au principe d'unicité d'action répressive, thèse défendue le 9 décembre 2005 à l'Université Panthéon-Sorbonne, § 1 ss; GIESBERT SCHWARPLIES, Die rechtsgeschichtliche Entwicklung des Grundsatzes «*ne bis in idem*» im Strafprozess, Zurich 1970, p. 14 ss.

2 Cf. le film «Double Jeopardy», sorti en 1999 et réalisé par BRUCE BERESFORD.

3 Dans le même sens, LELIEUR (note 1), § 4.

4 Pour une analyse du principe *ne bis in idem* sur le plan transnational, cf. notamment ROBERT ROTH, *Non bis in idem transnational: vers de nouveaux paradigmes?*, in: Stefan Braum/Anne Weyembergh (éd.), Le contrôle juridictionnel dans l'espace pénal européen, Bruxelles 2009, p. 121 ss, *in toto*; JOHN A. E. VERVAELE, *Ne Bis In Idem: Towards a Transnational Constitutional Principle in the EU?*, Utrecht Law Review 2013, p. 211–229, *in toto*.

consacrent une pluralité des mécanismes sanctionneurs applicables aux acteurs du marché financier s'y heurtent. La Suisse ne fait pas exception à la règle, la criminalité entrepreneuriale pouvant être appréhendée à la fois par le juge pénal et par l'autorité de surveillance des marchés financiers.

Les lignes qui suivent ont pour objectif de cerner le rôle de la maxime *ne bis in idem* dans le cadre du cumul d'une poursuite pénale et d'une procédure d'enforcement au sens des art. 31 ss LFINMA<sup>5</sup> à l'encontre d'une entreprise assujettie à la surveillance des marchés financiers. Nous précisons d'emblée que nous limitons notre propos à trois égards. Premièrement, nous prenons une hypothèse illustrative de départ, à savoir celle d'une entreprise soupçonnée d'une infraction du type blanchiment d'argent ou corruption. Nous ne nous arrêterons donc pas sur les dispositions de la loi sur l'infrastructure des marchés financiers<sup>6</sup> en matière de délit d'initiés et de manipulations de cours<sup>7</sup>. Deuxièmement, nous nous concentrons sur l'entreprise assujettie et laissons de côté la procédure à l'encontre du dirigeant de celle-ci. Troisièmement, nous nous inscrivons dans une perspective nationale et n'abordons pas la question de savoir si les enjeux se traduisent dans les mêmes termes lorsque les deux procédures considérées sont conduites dans deux Etats différents. Notre réflexion n'englobe ainsi pas la règle *ne bis in idem* envisagée dans sa dimension transnationale.

Après un bref arrêt sur le concept du principe *ne bis in idem* en tant que tel, le sujet nécessite de retracer attentivement la jurisprudence strasbourgeoise relative à la notion d'accusation en matière pénale, notamment en matière de droit disciplinaire, ainsi que d'en souligner les incertitudes et le défaut de praticabilité (C.I). Il s'agira ensuite de mettre en exergue la corrélation entre l'extension du champ d'application de l'art. 6 CEDH sous son volet pénal et l'assouplissement, dans les arrêts de la CourEDH, du principe *ne bis in idem* (C.II). Une fois ces jalons posés, nous traiterons de la coexistence, dans l'ordre juridique suisse, des procédures ouvertes à l'encontre d'une entreprise à la lueur des enseignements tirés de la pratique strasbourgeoise (D).

## B. *Ne bis in idem*: contours et fondements

L'essence de la règle *ne bis in idem* est l'interdiction du cumul des actions répressives pour les mêmes faits<sup>8</sup>. A cette prohibition, deux autres sont parfois ajoutées: celle du cumul des qualifications juridiques et celle du cumul des sanctions<sup>9</sup>. Elles doivent toutefois être nuancées. En effet, le principe *ne bis in idem* n'interdit pas qu'un même fait réalise, sous la forme du concours (idéal) d'infractions, deux énoncés légaux, et, dans la mesure où les règles sur l'absorption tendent à éviter le prononcé d'une peine d'ensemble disproportionnée, elles se rattachent en réalité à la problématique du cumul des sanctions<sup>10</sup>. Quant à ce dernier, la règle *ne bis in idem* ne l'interdit pas, mais commande l'articulation des différentes peines au regard de la proportionnalité de la répression<sup>11</sup>. Comme on le verra sous C.II *infra*, la prohibition du cumul «aveugle» des sanctions tend à revêtir une portée propre en raison des assouplissements posés par la jurisprudence de la CourEDH à l'interdiction du cumul des poursuites<sup>12</sup>.

Quant à son fondement, le principe *ne bis in idem* vise la stabilité juridique, dans une double dimension: la cohérence de l'action étatique face à la société en général et la sécurité juridique personnelle du justiciable concerné<sup>13</sup>. La première rattache la règle *ne bis in idem* au principe de l'autorité de la chose jugée<sup>14</sup>, la seconde l'élève au rang de garantie individuelle<sup>15</sup>.

## C. *Ne bis in idem*: Etat des lieux de la jurisprudence strasbourgeoise

Au risque d'énoncer une évidence, il faut commencer par rappeler que si le principe *ne bis in idem* est largement reconnu par les ordres juridiques nationaux<sup>16</sup>, il n'est pas imposé par la Convention européenne des droits de l'homme

5 Loi fédérale du 22 juin 2007 sur l'Autorité fédérale de surveillance des marchés financiers, RS 956.1.

6 Loi fédérale du 19 juin 2015 sur les infrastructures des marchés financiers et le comportement sur le marché en matière de négociation de valeurs mobilières et de dérivés, RS 958.1.

7 A la différence des art. 31 ss LFINMA, les art. 142 et 143 LIMF s'adressent à tout acteur des marchés financiers, et non pas seulement à un assujetti au sens de l'art. 3 LFINMA, ce qui a une incidence sur l'analyse juridique. Sur le cumul des procédures en matière de manipulations de marché, cf. notamment CHRISTOPH PETER, *Berufsverbot und «ne bis in idem» in Aufsichts- und Strafverfahren wegen schwerem Marktmissbrauch*, in: Robert Waldburger/Peter Sester/Christoph Peter/Charlotte M. Baer (éd.), *Law & Economics, Festschrift für Peter Nobel zum 70. Geburtstag*, Berne 2015, p. 349 ss, *in toto*.

8 LELIEUR (note 1), § 10.

9 Cf. ADRIEN SOUMAGNE, *Le principe ne bis in idem en droit fiscal français*, Bruxelles 2017, p. 21 et 29; LELIEUR (note 1), § 9 ss.

10 Cf. LELIEUR (note 1), § 24.

11 Cf. LELIEUR (note 1), § 22; cf. aussi VERVAELE (note 4), p. 217. En droit suisse par exemple, un cumul de sanctions est expressément prévu à l'art. 42 al. 4 CP (RS 311.0).

12 Dans le même sens, LELIEUR (note 1), § 26.

13 LELIEUR (note 1), § 19; cf. aussi MARC HENZELIN, «Ne bis in idem», un principe à géométrie variable, RPS 2005, p. 345–382, p. 347.

14 Cf. LELIEUR (note 1), § 62 ss et. pour une analyse détaillée de la relation entre les principes de l'autorité de la chose jugée et *ne bis in idem*, § 112 ss.

15 Cf. LELIEUR (note 1), § 19. A noter que, dans le cadre de l'espace Schengen, le principe *ne bis in idem* trouve une justification supplémentaire dans son rôle de garant de la libre circulation des personnes (cf. notamment arrêt CJUE (GC) *Piotr Kossowski* du 29.6.2016, § 44).

16 Cf., pour le droit suisse, l'art. 11 CPP (312.0).

elle-même (ci-après: la Convention)<sup>17</sup> et n'est pas compris dans la notion de procès équitable consacrée à l'art. 6 CEDH<sup>18</sup>. Le principe est prévu à l'art. 4 du Protocole n° 7 à la Convention, selon lequel «[n]ul ne peut être poursuivi ou puni pénalement par les juridictions du même Etat en raison d'une infraction pour laquelle il a déjà été acquitté ou condamné par un jugement définitif conformément à la loi et à la procédure pénale de cet Etat»<sup>19</sup>. Vu son texte, la disposition ne prohibe donc pas la conduite parallèle de deux procédures, mais l'ouverture de la seconde après clôture définitive de la première. Cela étant, il ne fait guère de sens d'engager deux actions répressives pour arrêter – sans suite – la seconde, sitôt que la première a trouvé son épilogue<sup>20</sup>. Du point de vue de l'individu concerné, deux procédures simultanées pèseront plus lourd qu'une seule. Quant à la cohérence de l'action étatique, elle est déjà mise à mal par la répétition inutile d'actes de procédure ou la prise de décisions contradictoires au stade de l'instruction. En d'autres termes, un système juridique rationnel s'oppose à l'introduction de deux actions répressives parallèles.

A l'heure actuelle, le champ d'application territorial de la Convention et du Protocole n° 7 diffère légèrement: l'Allemagne et les Pays-Bas ont signé le Protocole sans le ratifier et le Royaume-Uni n'y est pas davantage partie. Ces trois Etats ne sont donc pas – à tout le moins directement<sup>21</sup> – liés par les décisions strasbourgeoises relatives à *ne bis in idem*.

La Grande Chambre de la CourEDH a récemment confirmé que les champs d'application matériels du volet pénal de l'art. 6 CEDH et de l'art. 4 du Protocole n° 7 se recoupaient<sup>22</sup>. Selon la jurisprudence, cette disposition trouve ainsi application à partir du moment où les deux procédures considérées relèvent de la matière pénale au sens de l'art. 6 CEDH, conformément à l'interprétation

autonome qu'en a la Cour et aux trois critères «Engel» développés sous I.1. *infra*<sup>23</sup>. L'extension de la notion d'accusation en matière pénale à des domaines qui ne relèvent pas du droit pénal au sens strict mais qui font formellement partie, dans les ordres juridiques nationaux, du droit administratif, voire civil, élargit donc simultanément la portée de la règle *ne bis in idem*.

Il faut toutefois préciser que plusieurs Etats, à savoir l'Allemagne, l'Autriche, la France, l'Italie et le Portugal ont effectué une réserve ou une déclaration interprétative à l'art. 4 du Protocole n° 7, selon lesquelles le principe *ne bis in idem* ne s'applique que dans le cadre d'infractions de nature pénale selon le droit national<sup>24</sup>. Les réserves de l'Italie et de l'Autriche ont, cela étant, été jugées non valables, car ne respectant pas les exigences de l'art. 57 de la Convention<sup>25</sup>.

## I. La notion d'accusation en matière pénale

### 1. Les critères «Engel»

De jurisprudence constante, la notion d'accusation en matière pénale se détermine au regard des trois critères «Engel», dégagés en 1976 dans l'affaire éponyme: 1) la qualification du texte définissant le comportement transgresseur selon le droit national; 2) la nature de la règle prévoyant l'action (ou l'omission) reprochée; 3) la sévérité de la sanction encourue<sup>26</sup>.

17 Convention du 4 novembre 1950 de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, RS 0.101.

18 Cf. notamment la prise de position de l'avocat général M. NIILU JÄÄSKINEN présentée le 2.5.2014 à la CJUE dans l'arrêt *Zoran Spasic*, § 43; arrêt CourEDH *Ruotsalainen c. Finlande* du 16.6.2009, § 58 s.

19 Le principe *ne bis in idem* est prévu dans les mêmes termes à l'art. 14 ch. 7 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques du 16 décembre 1966, RS 0.103.2.

20 Dans ce sens, les considérations du gouvernement norvégien dans l'arrêt CourEDH (GC) *A et B c. Norvège* du 15.11.2016, § 77.

21 A noter toutefois que, pour toutes les affaires régies par le droit de l'Union européenne, les Etats membres sont liés par l'interprétation que la Cour de Justice de l'Union européenne donne du principe *ne bis in idem* au sens des art. 54 de la Convention d'application de l'Accord de Schengen (CAAS) et 50 de la Charte des droits fondamentaux. Sur les rapports entre l'art. 50 de la Charte et l'art. 4 du Protocole n° 7, cf. arrêt CJUE (GC) *Åklagaren c. Hans Åkerberg Fransson* du 26.2.2013, § 44 ss et les conclusions de l'avocat général M. PEDRO CRUZ VILLALÓN présentées le 12.6.2012, § 81 ss.

22 Arrêt CourEDH (GC) *A et B c. Norvège* du 15.11.2016, § 107; dans le même sens, arrêt CourEDH (GC) *Zolotoukhine c. Russie* du 10.2.2009, § 52 s.; arrêt CourEDH *Ruotsalainen c. Finlande* du 16.6.2009, § 42 s. La CJUE a la même lecture de l'art. 50 de la Charte des droits fondamentaux (cf. l'opinion dissidente du juge PINTO DE ALBUQUERQUE, CourEDH (GC) *A et B c. Norvège* du 15.11.2016, § 14).

23 Dans cette jurisprudence, la Grande Chambre de la CourEDH sonne ainsi le glas de certaines jurisprudences antérieures de la CourEDH qui admettaient, pour l'examen de l'application du principe *ne bis in idem*, d'autres critères – qui ont pu être mentionnés en lien avec l'art. 7 (voir note 26) – que les critères «Engel», ce qui revenait à conférer à l'art. 4 du Protocole n° 7 un champ d'application plus étroit que celui de l'art. 6 CEDH (cf. décisions sur la recevabilité CourEDH dans les deux affaires *Mjelde et Storbråten c. Norvège* du 1.2.2007, p. 15, respectivement p. 16; décision sur la recevabilité CourEDH *Nilsson c. Suède* du 13.12.2005, p. 10 s.; décision sur la recevabilité CourEDH *Haarvig c. Norvège* du 11.12.2007, p. 11).

24 Cf. [http://www.coe.int/fr/web/conventions/full-list/-/conventions/treaty/117/declarations?p\\_auth=DEcHPjifC](http://www.coe.int/fr/web/conventions/full-list/-/conventions/treaty/117/declarations?p_auth=DEcHPjifC). Aucune réserve restreignant de manière générale la notion d'accusation en matière pénale n'a en revanche été effectuée dans le cadre de la ratification de la Convention (cf. <http://www.coe.int/fr/web/conventions/search-on-treaties/-/conventions/treaty/005/declarations>).

25 Arrêt CourEDH *Grande Stevens et autres c. Italie* du 4.3.2014, § 206 ss; arrêt CourEDH *Gradinger c. Autriche* du 23.10.1995, § 51. Selon la doctrine, la réserve de la France n'est pas davantage valable (cf. SOUMAGNE (note 9), p. 41 s.; MICHEL PUÉCHAVY, L'arrêt *Zolotoukhine c. Russie*, in: M. PUÉCHAVY (dir.), *Le principe ne bis in idem*, Bruxelles 2012, p. 19 ss, p. 29; LELIEUR (note 1), § 223).

26 Arrêt CourEDH *Engel et autres c. Pays-Bas* du 8.6.1976, § 82; EMMANUEL DECAUX/PIERRE-HENRI IMBERT, *La Convention européenne des droits de l'homme – Commentaire article par article*, Paris 1999, p. 255; WOLFGANG PEUKERT, Artikel 6 (Recht auf ein faires Verfahren), in: Wolfgang Peukert/Jochen A. Frowein (éd.), *Europäisches Menschenrechtskonvention – EMRK-Kommentar*, 3<sup>e</sup> éd., Kehl am Rhein 2009, N 26; CONSEIL DE L'EUROPE/COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME, *Guide sur l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme, Droit à un procès équitable (volet pénal)*, 2014, p. 8. A noter que ces trois critères sont également, en principe, ceux utilisés pour apprécier la notion «d'infraction» au sens de l'art. 7 CEDH (décision sur la recevabilité CourEDH *Brown c. Royaume-Uni* du 24.11.1998,

Pour le premier critère, il s'agit de déterminer si la norme considérée, à raison de laquelle la procédure est engagée, trouve sa place, sur le plan systématique, dans un corps de règles qualifiées de pénales par le droit national. Elle peut donc être contenue dans une loi strictement pénale (code pénal), mais aussi faire partie d'une loi administrative, dans une section intitulée – par exemple – «dispositions (ou sanctions) pénales» (voir par ex. les art. 44 ss LFINMA ou les art. 174 ss LIFD<sup>27</sup>). C'est donc à l'acte, et non à la procédure, que doit être attaché le qualificatif de «pénal»: que l'autorité instructrice, respectivement sanctionnatrice, voire les instances de recours, soient considérées, formellement, comme des autorités pénales, n'est en revanche pas déterminant<sup>28</sup>.

L'examen du second critère implique qu'il ait été répondu par la négative au premier<sup>29</sup> et consiste à déterminer si la règle, de nature formellement administrative (voire civile)<sup>30</sup>, relève matériellement de la matière pénale. Pour ce faire, il faut en premier lieu établir si elle s'adresse à tout un chacun ou vise un cercle limité de personnes.

Dans la première configuration, il ressort assez nettement des arrêts de la Cour que les amendes administratives, que nous définissons ici comme des mesures administratives pécuniaires visant «à réprimer une violation du droit par un administré», qui présentent un caractère punitif<sup>31</sup> et revêtent une portée gé-

p. 5; CONSEIL DE L'EUROPE/COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME, Guide sur l'article 7 de la Convention européenne des droits de l'homme, Pas de peine sans loi: principe de légalité des délits et des peines, 2017, p. 6), étant toutefois précisé que, dans certains de ses arrêts, la CourEDH a également pu avoir recours à d'autres critères, en lien avec le système juridique de l'Etat concerné, pour la définition de l'infraction au sens de l'art. 7 CEDH (cf. arrêt CourEDH [GC] *A et B c. Norvège* du 15.11.2016, § 106 s.; arrêt CourEDH *Malige c. France* du 23.9.1998, § 35).

27 Loi fédérale du 14 décembre 1990 sur l'impôt fédéral direct, RS 642.11.

28 En effet, à partir du moment où les autorités compétentes sont formellement des autorités pénales, il ne fait guère de doute que l'action incriminée sera qualifiée de pénale selon le droit national. L'inverse n'est en revanche pas vrai: le droit pénal administratif se caractérise précisément par le fait que l'autorité compétente pour la poursuite des infractions qui y sont prévues est une autorité administrative (cf. art. 1 de la loi fédérale sur le droit pénal administratif du 22 mars 1974, RS 313.0); cf., pour un cas dans lequel, maladroïtement à notre sens, la CourEDH parle de la qualification juridique de la «procédure» selon le droit national, arrêt CourEDH *Benham c. Royaume-Uni* du 10.6.1996, § 56.

29 Il est en effet entendu que la Cour, pour l'application des art. 6 et 7 de la Convention, ne va pas remettre en cause les choix étatiques relatifs à l'incrimination pénale de tel ou tel acte (cf. notamment arrêt CourEDH *Engel et autres c. Pays-Bas* du 8.6.1976, § 81).

30 Cf., pour un exemple dans lequel la règle litigieuse était considérée comme civile selon le droit national, décisions sur la recevabilité CourEDH dans les deux affaires *Mjelde et Storbåtten c. Norvège* du 1.2.2007, p. 15; sur le détail de ces affaires, cf. 2.b *infra*.

31 THIERRY TANQUEREL, Manuel de droit administratif, Genève/Zurich/Bâle 2011, N 1202. Sur la classification et la fonction des différentes mesures dont l'administration dispose à l'encontre de ses administrés, notamment TOBIAS JAAG, Verwaltungsrechtliche Sanktionen und Verfahrensgarantien der EMRK, in: Andreas Donatsch/Marc Forster/Christian Schwarzenegger (éd.), Strafrecht, Strafprozessrecht und Menschenrechte – Festschrift für Stefan Trechsel zum 65. Geburtstag, Genève/Zurich/Bâle 2002, p. 151 ss, p. 152 s.

nérale, relèvent en principe de la matière pénale pour l'application de l'art. 6 CEDH.

Dans la seconde constellation, le destinataire de la règle est réputé se trouver dans «un rapport spécial» avec l'Etat, ou fait l'objet d'une surveillance étatique particulière<sup>32</sup>. La sanction découlant de la transgression de la règle de comportement reposant sur ce lien spécial avec l'Etat est alors qualifiée de disciplinaire, soit une catégorie particulière des sanctions administratives<sup>33</sup>. Les exemples classiques de l'individu soumis à un tel statut sont le militaire et le détenu<sup>34</sup>. Quant aux personnes dont l'activité professionnelle exige une surveillance particulière, il s'agit typiquement des avocats et des médecins<sup>35</sup>, mais également des assujettis au contrôle de la FINMA selon le droit des marchés financiers<sup>36</sup>.

Si la Cour ne remet pas en cause la distinction, largement effectuée au sein des Etats, entre l'infraction pénale et l'infraction disciplinaire<sup>37</sup>, le droit disciplinaire ne sort toutefois pas *ipso facto* du champ d'application de l'art. 6 CEDH<sup>38</sup>.

Reste à savoir *comment* distinguer le disciplinaire du pénal et les hésitations de la Cour à cet égard nous semblent déjà se traduire dans ses considérations de principe. Certaines témoignent d'une volonté d'encadrement relativement strict de la marge de manœuvre étatique, et c'est ainsi que l'on peut lire dans l'arrêt de la Grande Chambre *Ezeh et Connors c. Pays-Bas* que «les Etats contractants ne [peuvent] pas à leur guise qualifier une infraction de disciplinaire plutôt que de pénale» et que «[l]e rôle de la Cour [...] est donc de s'assurer que le disciplinaire n'empiète pas indûment sur le pénal»<sup>39</sup>. Dans d'autres décisions, la Cour semble adopter une approche moins incisive à l'égard des choix étatiques et elle rappelle, par exemple, dans l'arrêt *Štitić c. Croatie* que «*under its constant case-law Article 6 of the Convention does not apply in principle to disciplinary proceedings, unless, having regard to the autonomy of the concept* <criminal

32 Notamment PIERRE MOOR/ETIENNE PÔLTIER, Droit administratif, Vol. II – Les actes administratifs et leur contrôle, 3<sup>e</sup> éd., Berne 2011, p. 142; BERNHARD WALDMANN, Das Disziplinarwesen, in: Isabelle Häner/Bernhard Waldmann (éd.), Verwaltungsstrafrecht und sanktionierendes Verwaltungsrecht, Zurich/Bâle/Genève 2010, p. 95 ss, p. 97 s.

33 Cf. TANQUEREL (note 31), N 1223.

34 Cf. WALDMANN (note 32), p. 96; TANQUEREL (note 31), N 488; arrêt CourEDH *Engel et autres c. Pays-Bas* du 8.6.1976, § 82; arrêt CourEDH (GC) *Ezeh et Connors c. Royaume-Uni* du 9.10.2003, § 103.

35 TANQUEREL (note 31), N 1223; MOOR/PÔLTIER (note 32), p. 143.

36 MARCEL ALEXANDER NIGGLI/STEFAN MAEDER, Das Enforcementverfahren der Finanzmarktaufsicht (FINMA), Jusletter 7 mars 2016, N 12.

37 Cf. arrêt CourEDH *Engel et autres c. Pays-Bas* du 8.6.1976, § 80; arrêt CourEDH *Campbell et Fell c. Royaume-Uni* du 28.6.1984, § 68 s.

38 Arrêt CourEDH (GC) *Ezeh et Connors c. Royaume-Uni* du 9.10.2003, § 103; cf. CONSEIL DE L'EUROPE/COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME, Guide sur l'article 6 (note 26), p. 8 s.

39 Arrêt CourEDH (GC) *Ezeh et Connors c. Royaume-Uni* du 9.10.2003, § 100; dans le même sens, arrêt CourEDH *Engel et autres c. Pays-Bas* du 8.6.1976, § 81.

charge», *a disciplinary offence belongs to the criminal sphere*<sup>40</sup>. Si, au fond, les assertions des affaires *Ezeh et Connors* et *Štitić* ne divergent pas fondamentalement, et que la Cour renvoie d'ailleurs, dans ce dernier arrêt, à sa jurisprudence *Ezeh et Connors*, il nous semble néanmoins que la différence de formulation mérite d'être soulignée et, en tous les cas, n'est pas pour clarifier la problématique. Alors que l'arrêt *Ezeh et Connors* semble partir de la prémisse que la qualification d'infraction disciplinaire n'est que peu déterminante, l'arrêt *Štitić* effectue une distinction de principe entre droit disciplinaire et matière pénale.

Quoi qu'il en soit, la jurisprudence strasbourgeoise fait état de plusieurs paramètres à prendre en considération dans la détermination du caractère pénal d'une infraction dite disciplinaire.

Tout d'abord, on peut mentionner le caractère «mixte», à la fois pénal et disciplinaire, du comportement transgresseur. Le seul fait que l'acte ayant conduit à la procédure disciplinaire constitue également une infraction selon le droit pénal de l'Etat concerné ne confère pas automatiquement à cette procédure un caractère pénal au sens de l'art. 6 CEDH<sup>41</sup>. Il s'agira toutefois d'un argument en faveur d'une telle reconnaissance, même si, sur le principe, la conduite parallèle de procédures disciplinaire et pénale à raison d'un même comportement infracteur ne pose pas de problème en soi<sup>42</sup>, puisque le principe *ne bis in idem* ne trouve alors pas application. A notre sens, une distinction conceptuelle doit ici être effectuée selon que ce caractère «mixte» se dégage déjà des termes de la norme considérée ou se révèle uniquement dans l'acte concrètement commis *in casu*. Si la règle disciplinaire décrit un comportement également constitutif d'une infraction pénale ou si la conséquence de la règle – à savoir la sanction disciplinaire – découle de la constatation, par le juge pénal, de la commission d'une infraction, la Cour aura tendance à la faire entrer dans le champ d'application de l'art. 6 CEDH<sup>43</sup>. La situation est différente si la norme disciplinaire est rédigée en termes généraux et sanctionne, typiquement, un manquement aux

40 Arrêt CourEDH *Štitić c. Croatie* du 8.11.2007, § 51.

41 Décision sur la recevabilité CourEDH *Moulet c. France* du 13.9.2007, p. 16; Arrêt CourEDH *Y. c. Norvège* du 11.2.2003, § 41; arrêt CourEDH *Müller-Hartburg c. Autriche* du 19.2.2013, § 44; arrêt CourEDH *Štitić c. Croatie* du 8.11.2007, § 59 s.; WILLIAM A. SCHABAS, *The European Convention on Human Rights – A Commentary*, Oxford 2015, p. 278.

42 CONSEIL DE L'EUROPE, *Rapport explicatif du Protocole No. 7 à la Convention de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales* du 22.11.1984, Strasbourg, § 32; SCHABAS (note 41), p. 278 s.; arrêt CourEDH *Campbell et Fell c. Royaume-Uni* du 28.6.1984, § 71; arrêt CourEDH (GC) *Ezeh et Connors c. Royaume-Uni* du 9.10.2003, § 101.

43 Dans ce sens, cf. arrêt CourEDH (GC) *Ezeh et Connors c. Royaume-Uni* du 9.10.2003, § 33 ss et 104; un peu plus ambigu, arrêt CourEDH *Campbell et Fell c. Royaume-Uni* du 28.6.1984, § 71; cf. aussi arrêt CourEDH *Nilsson c. Suède* 13.12.2005, p. 11 et arrêt CourEDH *Malige c. France* du 23.9.1998, § 38; décisions sur la recevabilité CourEDH dans les affaires *Mjelde et Storbråten c. Norvège* du 1.2.2007, p. 15 s., respectivement p. 17, dans lesquelles le fait que la sanction puisse être prononcée sur la base de simples soupçons de commission d'une infraction a été un argument en faveur de la non-reconnaissance du caractère pénal de la norme litigieuses; sur ces deux dernières affaires cf. 2.b *infra*.

devoirs professionnels, mais que le comportement constitutif, en l'occurrence, d'un tel manquement réalise également les conditions d'une norme pénale.

Les juges de Strasbourg considèrent également la fonction de la règle juridique: la sanction disciplinaire «a en général pour but d'assurer le respect, par les membres de groupes particuliers, des règles de comportement propres à ces derniers»<sup>44</sup>, alors que le double but de répression et de dissuasion de la sanction considérée apparaît caractéristique de la matière pénale<sup>45</sup>. Pour déterminer l'objectif de la norme, la Cour s'attache en particulier à la nature de la sanction: une peine privative de liberté ou une amende, qui sont d'ailleurs les deux mécanismes sanctionneurs typiques du juge pénal, sont en principe réputées revêtir un caractère répressif peu contestable<sup>46</sup>. Il en va différemment des sanctions «disciplinaires» par excellence, du type blâme ou retrait d'une autorisation d'exercer<sup>47</sup>.

Cela étant, le critère est difficile à manier. En effet, le fait que la sanction disciplinaire ait pour but le maintien de l'ordre au sein d'une institution n'exclut en rien sa finalité dissuasive. Au contraire, c'est précisément par le double objectif de prévention générale et de prévention spéciale de la sanction disciplinaire<sup>48</sup> que le respect de l'ordre doit être assuré. En outre, et même s'il s'agit là d'un aspect secondaire, la composante répressive de certaines sanctions disciplinaires, tel le blâme, nous semble difficilement contestable<sup>49</sup>, ce d'autant que la condition de la faute est également présente en droit disciplinaire<sup>50</sup>. Par ailleurs, l'observation de ce dernier va régulièrement tendre à la protection d'intérêts généraux: ainsi, un règlement pénitentiaire aura également pour fonction d'éviter une mise en danger de l'intégrité corporelle des gardiens<sup>51</sup>, et les règles

44 Décision sur la recevabilité CourEDH *Zerouala c. France* du 3.5.2011, p. 6; arrêt CourEDH *Weber c. Suisse* du 22.5.1990, § 33; cf. aussi WALDMANN (note 32), p. 97.

45 Parmi d'autres, arrêt CourEDH (GC) *Ezeh et Connors c. Royaume-Uni* du 9.10.2003, § 102.

46 Notamment arrêt CourEDH dans l'affaire *Öztürk c. Allemagne* du 21.2.1984, § 53; JUAN CASTIAUX/JULIE ALARDIN, *Le droit disciplinaire dans la jurisprudence, une analyse des arrêts de la Cour de Strasbourg, de la Cour constitutionnelle et de la Cour de Cassation*, Bruxelles 2014, p. 37.

47 Cf. arrêt CourEDH *Müller-Hartburg c. Autriche* du 19.2.2013, § 47; décision sur la recevabilité CourEDH *Zerouala c. France* du 3.5.2011, p. 6 s.; décision sur la recevabilité CourEDH *Moulet c. France* du 13.9.2007, p. 16; décision partielle sur la recevabilité CourEDH *Tabet c. France* du 3.11.2005, p. 8 s.; décision partielle sur la recevabilité CourEDH *Banfield c. Royaume-Uni* du 18.10.2005, p. 13; décision sur la recevabilité CourEDH *Durand c. France* du 31.1.2012, § 60; décision sur la recevabilité CommissionEDH *Gonzalez c. France* du 9.9.1998, p. 5; dans le même sens, CASTIAUX/ALARDIN (note 46), p. 37; cf. aussi, en lien avec l'art. 7 CEDH, décision sur la recevabilité CourEDH *Vagenas c. Grèce* du 23.8.2011, p. 9.

48 Cf. WALDMANN (note 32), p. 104.

49 A noter d'ailleurs que le droit pénal des mineurs a, dans son panel de peines, la réprimande, qui représente matériellement un blâme (cf. art. 22 de la loi fédérale sur le droit pénal des mineurs, RS 311.1).

50 MOOR/POLTIER (note 32), p. 142; WALDMANN (note 32), p. 98.

51 Cf. sur cette thématique, par exemple, arrêt CourEDH *Campbell et Fell c. Royaume-Uni* du 28.6.1984; arrêt de la CourEDH (GC) *Ezeh et Connors c. Royaume-Uni* du 9.10.2003.

disciplinaires médicales celle de protéger la santé du patient. Le raisonnement apparaît dès lors circulaire: c'est parce qu'une sanction relève typiquement du droit disciplinaire qu'on lui dénie un caractère punitif. Et l'exercice qui consisterait à distinguer le pénal du disciplinaire en fonction du caractère, secondaire ou non, de l'aspect répressif de la sanction considérée ne nous semble guère praticable. Il commande en effet tout d'abord d'entrer dans le laborieux débat de la finalité première – punitive ou non – du droit pénal lui-même. De manière plus générale, il est souvent délicat de dissocier les objectifs premier et accessoire, ce d'autant si l'on se place du côté de l'individu touché par la mesure. Enfin, le but dissuasif poursuivi par les sanctions disciplinaires ne peut être remis en cause et il apparaît également, à côté de la répression, caractéristique de la matière pénale.

En définitive, toute la problématique nous semble venir du fait que le seul trait distinctif matériel et *général* entre répression pénale et disciplinaire est le cercle, limité ou non, des personnes visées par la norme<sup>52</sup>. D'un côté, donc, il ne saurait être justifié de soustraire automatiquement certaines catégories de personnes aux garanties fondamentales<sup>53</sup>; de l'autre, l'exclusion de principe du droit disciplinaire du champ d'application de l'art. 6 CEDH est admise. Or, force est de constater que ces deux propositions apparaissent difficilement conciliables.

Le troisième critère «Engel» est la sévérité de la sanction encourue. A cet égard, la peine effectivement infligée n'est pas décisive pour la qualification d'accusation en matière pénale. La simple possibilité abstraite qu'une sanction devant être qualifiée de pénale puisse être prononcée suffit pour conférer à la procédure considérée le caractère d'accusation en matière pénale<sup>54</sup>. Logiquement, cette dernière question doit en effet s'analyser *ex ante*, à l'heure de l'ouverture de la procédure, soit à partir du moment où les garanties de l'art. 6 CEDH commencent à s'appliquer<sup>55</sup>; une appréciation *a posteriori* permettrait d'ailleurs de justifier rétrospectivement des violations de l'art. 6 CEDH toutes les fois où la sanction finalement infligée ne relèverait pas de la matière pénale.

Ce critère suppose l'exercice malaisé de placer un curseur sur une échelle de gravité. Cette dernière notion est éminemment relative et dépend évidemment des circonstances du cas d'espèce, en particulier de la situation personnelle de

52 Dans ce sens également, LELIEUR (note 1), § 40.

53 JAAG (note 31), p. 167; NIGGLI/MAEDER (note 36), N 14.

54 Arrêt de la CourEDH (GC) *Ezeh et Connors c. Royaume-Uni* du 9.10.2003, § 120; arrêt CourEDH (GC) *Zolotoukhine c. Russie* du 10.2.2009, § 56; arrêt CourEDH *Dubus SA c. France* du 11.6.2009, § 37; JENS MEYER-LADEWIG/STEFAN HARRENDORF/STEFAN KÖNIG, in: Jens Meyer-Ladewig/Martin Nettesheim/Stefan von Raumer (éd.), EMRK Europäische Menschenrechtskonvention – Handkommentar, 4<sup>e</sup> éd., Baden-Baden 2017, Art. 6 N 27; FRANK MEYER, in: Ulrich Karpenstein/Franz C. Mayer (éd.), Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten Kommentar, 2<sup>e</sup> éd., Munich 2015, Art. 6 N 25.

55 SCHABAS (note 41), p. 280.

l'auteur<sup>56</sup>. D'aucuns ont d'ailleurs souligné que «[l]a sévérité de la sanction n'est pas un critère valable pris isolément», prenant comme exemple précisément les sanctions disciplinaires telles que la radiation qui, bien que très graves, ne ressortiraient pas du domaine pénal<sup>57</sup>.

Si les deux derniers critères «Engel» sont en principe alternatifs, la Cour procédera à une analyse combinée lorsqu'un examen séparé n'offre aucune solution tranchée<sup>58</sup>. En pratique, la Cour examine généralement de toute façon les deux critères<sup>59</sup>, ceux-ci ne pouvant souvent guère être dissociés, ce en particulier du fait que la sévérité de la sanction peut dépendre de sa nature qui, comme nous l'avons vu plus haut, s'apprécie au stade du deuxième critère déjà, en lien avec l'objectif poursuivi par la norme considérée.

## 2. Synthèse de la jurisprudence relative à la notion d'accusation en matière pénale

Dans les lignes qui suivent, nous laissons de côté la jurisprudence rendue dans les contextes militaire et carcéral, la thématique étant par trop éloignée du sujet qui nous occupe. Nous ne nous attarderons pas davantage sur le domaine de la circulation routière et nous rappellerons juste à cet égard que les procédures administratives aboutissant au retrait du permis de conduire entrent dans le champ d'application de l'art. 6 CEDH<sup>60</sup>.

### a. En matière de sanctions pécuniaires

Comme nous l'avons déjà esquissé<sup>61</sup>, les sanctions administratives qui consistent en des amendes<sup>62</sup> sont généralement réputées revêtir un caractère pénal<sup>63</sup>. C'est en particulier le cas des sanctions pécuniaires en matière fiscale<sup>64</sup> et

56 A titre d'exemple, on relèvera qu'une amende de CHF 500.– qui, certes, était convertible en ar-rêts, a été jugée suffisamment grave pour relever de la sanction pénale (arrêt CourEDH *Weber c. Suisse* du 22.5.1990, § 34).

57 CASTIAUX/ALARDIN (note 46), p. 38.

58 Notamment arrêt CourEDH (GC) *Ezeh et Connors c. Royaume-Uni* du 9.10.2003, § 86; arrêt CourEDH (GC) *Jussila c. Finlande* du 23.11.2006, § 31; arrêt CourEDH (GC) *Zolotoukhine c. Russie* du 10.2.2009, § 53; arrêt CourEDH A. *Menarini Diagnostics S.R.L. c. Italie* du 27.9.2011, § 38; arrêt CourEDH *Grande Stevens et autres c. Italie* du 4.3.2014, § 94.

59 Pour une exception, cf. arrêt CourEDH *Öztürk c. Allemagne* du 21.2.1984, § 54.

60 Cf. notamment arrêt CourEDH *Johannesson et autres c. Islande* du 18.5.2017, § 44; arrêt CourEDH *Rivard c. Suisse* du 15.10.2016, § 24; arrêt CourEDH *Malige c. France* du 23.9.1998, § 38 ss; décision sur la recevabilité CourEDH *Nilsson c. Suède* du 13.12.2005, p. 11 s.

61 Cf. 1 *supra*.

62 Le terme est ici utilisé comme synonyme de sanction pécuniaire.

63 Pour deux exceptions, arrêt CourEDH *Kurdov et Ivanov c. Bulgarie* du 31.5.2011, § 35 ss; arrêt CourEDH *Ravnborg c. Suède* du 23.3.1994, § 31 ss.

64 Cf. notamment arrêt CourEDH (GC) *Jussila c. Finlande* du 23.11.2006, § 32 ss; arrêt CourEDH *Bendenoun c. France* du 24.2.1994, § 47.

dans le domaine du droit de la concurrence<sup>65</sup>. Il en va de même des amendes administratives sanctionnant des manipulations de marché<sup>66</sup>.

Dans le cadre disciplinaire, l'art. 6 CEDH sous son volet pénal a été appliqué dans les affaires *Guisset c. France* et *Didier c. France*, étant précisé que le principe *ne bis in idem* n'était en l'occurrence pas en cause. M. Guisset, ambassadeur de France auprès des Emirats arabes unis, avait été sanctionné par la Cour de discipline budgétaire et financière d'une amende de 2000 francs français pour avoir contracté, au nom de l'Etat français, des emprunts sans être au bénéfice du pouvoir de signature nécessaire<sup>67</sup>. M. Didier, cadre dans deux sociétés liées, avait, quant à lui, été condamné par le Conseil des marchés financiers à une interdiction d'exercer pendant six mois et au prononcé d'une sanction pécuniaire de 5 millions de francs français pour des manquements à ses obligations professionnelles<sup>68</sup>. Dans les deux cas, le caractère pénal des sanctions prononcées n'a pas été remis en question, car il était admis par le Conseil d'Etat, soit la plus haute juridiction administrative française, et n'était visiblement pas contesté par le gouvernement français<sup>69</sup>. De manière générale, il nous semble assez clair que, à partir du moment où les autorités nationales reconnaissent l'application de l'art. 6 CEDH dans une situation donnée, la Cour ne devrait pas les désavouer.

#### b. En matière de sanctions non pécuniaires

En matière non pécuniaire, la Cour apparaît réticente à qualifier de pénale toute la palette de sanctions qui va de l'avertissement à l'interdiction d'exercer une certaine activité, et ce même si la norme considérée revêt une portée générale. Pour être totalement précise, soulignons que, dans l'affaire *Grande Stevens c. Italie*, dans laquelle la Cour a reconnu la qualification d'accusation en matière pénale à une procédure administrative pour manipulations de marché, les sanctions infligées au requérant consistaient en des sanctions pécuniaires et des interdictions d'administrer, de diriger ou de contrôler des sociétés cotées en bourse pour des durées comprises entre deux et quatre mois<sup>70</sup>. Vu que des amendes ont été prononcées, l'on ne peut à notre sens guère dégager de cet arrêt un argument de poids en faveur de la reconnaissance du caractère pénal d'une interdiction d'exercer, ce d'autant qu'en l'espèce les interdictions étaient de courte durée.

65 Cf. notamment arrêt CourEDH *A. Menarini Diagnostics S.R.L. c. Italie* du 27.9.2011, § 38 ss.

66 Cf. notamment arrêt CourEDH *Grande Stevens et autres c. Italie* du 4.3.2014, § 99; arrêt CourEDH *Messier c. France* du 30.6.2011, § 7 ss et 36 ss.

67 Arrêt CourEDH *Guisset c. France* du 26.9.2000, § 11 ss; cf. aussi sur cette affaire, CASTIAUX/ALARDIN (note 46), p. 39 s.

68 Décision sur la recevabilité CourEDH *Didier c. France* du 27.8.2002, p. 2.

69 Arrêt CourEDH *Guisset c. France* du 26.9.2000, en particulier § 57 et 71 ss; décision sur la recevabilité CourEDH *Didier c. France* du 27.8.2002, en particulier p. 2.

70 Arrêt CourEDH *Grande Stevens et autres c. Italie* du 4.3.2014, § 98.

Rappelons par ailleurs qu'il n'est pas contesté que les sanctions disciplinaires entrent en revanche dans le volet civil de l'art. 6 CEDH<sup>71</sup>. Ainsi, la problématique devient en pratique sans objet si les garanties considérées s'appliquent au litige à caractère civil, raison pour laquelle la Cour a, dans certaines situations, laissé ouverte la question de l'application de l'art. 6 CEDH sous son angle pénal<sup>72</sup>.

Les affaires *Mjelde c. Norvège* et *Storbråten c. Norvège*, similaires et rendues le même jour par la Cour, nous semblent particulièrement intéressantes, premièrement de par l'analyse substantielle des juges de Strasbourg, deuxièmement du fait que le grief invoqué était précisément la violation du principe *ne bis in idem*. Pour faciliter la lecture, nous nous focalisons, dans les lignes qui suivent, sur l'affaire *Mjelde c. Norvège* et effectuons les renvois pertinents à l'affaire *Storbråten*.

M. Mjelde dirigeait une société qui avait fait faillite et, suite à une procédure qualifiée de civile en droit norvégien, il a été interdit d'exercer une activité à responsabilité pour le même type de société durant deux ans. Sur la base des mêmes faits, il a fait l'objet d'une procédure pénale et a été condamné à deux ans d'emprisonnement et une interdiction de cinq ans de mener des activités à responsabilité dans une société. La mesure prise à l'issue de la première procédure se basait sur les deux alinéas de l'art. 142 de la loi norvégienne sur la faillite, qui permet le prononcé d'une interdiction d'exercer si, alternativement: il existe un motif raisonnable de suspecter une personne d'un acte criminel en lien avec la faillite ou les activités ayant donné lieu à l'insolvabilité de la société (art. 142 [1]); ou il doit être présumé qu'en raison d'une conduite défailtante de ses activités commerciales, la personne apparaît inapte à créer une nouvelle société ou à exercer la fonction de directeur d'une telle société (art. 142 [2]). L'application du volet pénal de l'art. 6 CEDH a été rejetée par la Cour.

Dans son raisonnement, celle-ci indique tout d'abord que l'art. 142 (2) de la loi sur la faillite ne relève clairement pas de la matière pénale et que l'analyse doit donc s'effectuer uniquement en lien avec l'art. 142 (1) de la loi. Le fait que cette dernière disposition se contente de simples soupçons d'une infraction, sans que cette dernière doive être effectivement établie, a été un argument déterminant pour dénier à la disposition susmentionnée un caractère pénal<sup>73</sup>. La Cour note par ailleurs que, même si les deux alinéas de l'art. 142 de la loi sur la faillite sont alternatifs, les soupçons de l'art. 142 (1) apparaissent pertinents

71 Cf. notamment arrêt CourEDH *Muller-Hartburg, c. Autriche* du 19.2.2013, § 49; décision sur la recevabilité CourEDH *D. C., H. S. et A. D. c. Royaume-Uni* du 14.9.1999, p. 6.

72 Notamment arrêt CourEDH *König. c. Allemagne* du 28.6.1978, § 96; arrêt CourEDH, *Le Compte, Van Leuven et De Meyere c. Belgique* du 23.6.1981, § 53; arrêt CourEDH *Diennet c. France* du 26.9.1995, § 28; arrêt CourEDH *W.R. c. Autriche* du 21.12.1999, § 27-31; cf. aussi CASTIAUX/ALARDIN (note 46), p. 24.

73 Décisions sur la recevabilité CourEDH dans les affaires *Mjelde* et *Storbråten c. Norvège* du 1.2.2007, p. 15 s., respectivement p. 17.



pour apprécier l'aptitude à l'exercice d'une activité commerciale au sens de l'art. 142 (2), la première disposition se révélant finalement un «cas particulier» de la deuxième<sup>74</sup>. La Cour relève en outre que la mesure d'interdiction prononcée est essentiellement préventive<sup>75</sup>. En effet, selon les travaux préparatoires de la loi sur la faillite, lorsque la trame de fond est une infraction pénale, l'interdiction d'exercer prise sur la base de cette législation interviendrait à titre complémentaire à l'interdiction d'exercer prononcée en vertu du Code pénal, celle fondée sur la loi sur la faillite présentant l'avantage de pouvoir être prononcée sans attendre le terme de la procédure pénale. L'interdiction d'exercer peut en outre être prolongée jusqu'à la fin de la procédure pénale et, en cas d'acquiescement, être levée<sup>76</sup>. Enfin, en ce qui concerne la sévérité de la sanction, la Cour note que la prohibition d'exercer est limitée à deux ans et qu'il ne s'agit pas d'une interdiction générale de conduire une activité commerciale<sup>77</sup>.

Dans cet arrêt, la Cour nous semble adopter une approche plutôt restrictive et l'argument relatif à la sévérité de la sanction démontre la pertinence tout à fait limitée d'un critère quantitatif. Cela étant, et même si la Cour ne le dit pas, l'argument à notre sens déterminant a été le caractère provisoire, presque *conservatoire*, de l'interdiction d'exercer prévue dans la loi sur la faillite norvégienne<sup>78</sup>.

Dans l'affaire *Moulet c. France*, la Cour a dénié le caractère pénal d'une sanction consistant en une mise à la retraite d'office d'un fonctionnaire, en raison de faits de corruption constitutifs de manquements aux obligations professionnelles du requérant, étant précisé que M. Moulet avait été mis au bénéfice d'un non-lieu sur le plan pénal, car les infractions étaient prescrites<sup>79</sup>. La Cour a en effet considéré que, malgré sa lourdeur, il s'agissait d'une «sanction caractéristique d'une sanction disciplinaire ne pouvant se confondre avec une peine»<sup>80</sup>. La même approche a été adoptée dans plusieurs autres décisions de la Cour<sup>81</sup>, y compris dans un cas dans lequel, si la sanction effectivement prononcée a été

une interdiction d'exercer, la palette des sanctions à disposition de l'autorité compétente comprenait l'amende<sup>82</sup>.

A notre connaissance, la seule exception à cette ligne de conduite est l'arrêt *Dubus SA c. France*. Dans cette affaire, la société requérante s'était vu notifier un blâme par la Commission bancaire française. Or, la Cour a admis que la Commission bancaire avait, dans ce cas, statué sur le bien-fondé d'une accusation en matière pénale, étant à nouveau précisé que l'enjeu n'était pas le principe *ne bis in idem*<sup>83</sup>. La portée de cet arrêt nous semble toutefois incertaine, car le Conseil d'Etat français, à l'inverse du gouvernement français, reconnaissait le caractère pénal des sanctions prononcées par la Commission bancaire<sup>84</sup>. Il ne nous semble donc guère étonnant que la Cour n'ait pas adopté une approche plus restrictive des garanties fondamentales que la plus haute juridiction de l'Etat concerné. En outre, la gamme des sanctions à disposition de l'autorité comptait une sanction pécuniaire «au plus égale au capital minimum auquel est astreinte la personne morale sanctionnée»<sup>85</sup>.

## II. Les infléchissements de Strasbourg

Nul ne va contester le bien-fondé du caractère autonome de la notion d'accusation en matière pénale. La mise en œuvre de garanties fondamentales ne saurait être subordonnée à la technique juridique choisie par les Etats, et s'en tenir aux qualifications internes conduirait à une application différenciée de l'art. 6 CEDH et du principe *ne bis in idem* suivant les ordres nationaux.

Cela étant, nul ne saurait contester non plus que la définition matérielle de l'accusation en matière pénale et son extension à des domaines divers et à des situations variées qui sortent du «noyau dur» du droit pénal rendent la notion mouvante, la pratique de la Cour incertaine et imposent une nette retenue dans la généralisation des considérations que les juges de Strasbourg effectuent dans un cas particulier. C'est tout particulièrement le cas lorsque l'une des procédures considérées relève de la matière disciplinaire dans l'Etat concerné. La jurisprudence apparaît encore plus aléatoire si l'on doit compter avec la composante inductive de la réflexion judiciaire. Il nous paraît en effet très probable que le grief concrètement invoqué peut avoir une influence sur la décision de la Cour: si celle-ci estime, au vu des circonstances d'espèce, que l'application de la garantie procédurale litigieuse se justifie, elle sera encline à reconnaître le caractère pénal de la procédure considérée, sauf à ce que la problématique puisse être traitée sous le volet civil de l'art. 6 CEDH. Dogmatiquement, le procédé n'est pas exempt de reproches. Pragmatiquement il ne nous paraît guère

74 Décisions sur la recevabilité CourEDH dans les affaires *Mjelde et Storbråten c. Norvège* du 1.2.2007, p. 16, respectivement p. 17.

75 Décisions sur la recevabilité CourEDH dans les affaires *Mjelde et Storbråten c. Norvège* du 1.2.2007, p. 16, respectivement p. 18.

76 Décisions sur la recevabilité CourEDH dans les affaires *Mjelde et Storbråten c. Norvège* du 1.2.2007, p. 8, respectivement p. 11.

77 Décisions sur la recevabilité CourEDH dans les affaires *Mjelde et Storbråten c. Norvège* du 1.2.2007, p. 16, respectivement p. 18.

78 Cf. aussi, sur les mesures prononcées à titre provisoire, décision sur la recevabilité CommissionEDH, *Dubos c. France* du 14.1.1998, p. 4.

79 Décision sur la recevabilité CourEDH *Moulet c. France* du 13.9.2007, p. 2.

80 Décision sur la recevabilité CourEDH *Moulet c. France* du 13.9.2007, p. 16; dans le même sens, décision sur la recevabilité CommissionEDH *Gonzalez c. France* du 9.9.1998, p. 5; décision sur la recevabilité CourEDH *Durand c. France* du 31.1.2012, § 60; arrêt CourEDH *Müller-Hartburg c. Autriche* du 19.2.2013, § 47; cf. aussi, en lien avec l'art. 7 CEDH, décision sur la recevabilité CourEDH *Vagenas c. Grèce* du 23.8.2011, p. 9; CASTIAUX/ALARDIN (note 46), p. 37.

81 Cf. notamment décision sur la recevabilité CourEDH *Luksch c. Autriche* du 21.11.2000, p. 3; décision sur la recevabilité CourEDH *D. C., H. S. et A. D. c. Royaume-Uni* du 14.9.1999, p. 6.

82 Cf. arrêt CourEDH *Müller-Hartburg, c. Autriche* du 19.2.2013, § 47 s.

83 Cf. arrêt CourEDH *Dubus SA c. France* du 11.6.2009, § 38.

84 Arrêt CourEDH *Dubus SA c. France* du 11.6.2009, § 26 et 35.

85 Arrêt CourEDH *Dubus SA c. France* du 11.6.2009, § 37.

évitable, l'important, dans l'application des garanties fondamentales, restant la protection effectivement octroyée.

Cela dit, la problématique ne s'arrête pas à l'appréhension de la notion d'accusation en matière pénale. En effet, même lorsque la Cour reconnaît le caractère pénal d'une procédure administrative ou disciplinaire selon le droit national, elle ne clôt pas encore le débat relatif à *ne bis in idem* et témoigne d'une approche «deux poids, deux mesures»<sup>86</sup>. Si la prohibition du cumul de deux poursuites strictement pénales pour un même comportement infracteur n'est guère discutée, la jurisprudence strasbourgeoise se montre plus souple s'agissant de la coexistence de deux procédures, l'une formellement administrative/disciplinaire, l'autre pénale, qu'elle admet à des conditions qui ont été rappelées et approfondies de manière détaillée dans l'arrêt de la Grande Chambre *A et B c. Norvège* du 15 novembre 2016<sup>87</sup>. La Cour y souligne en particulier qu'elle ne remet pas en cause la légitimité des Etats à «opter pour des réponses juridiques complémentaires face à certains comportements socialement inacceptables [...] au moyen de différentes procédures formant un tout cohérent en matière à traiter sous ses différents aspects le problème social en question, pourvu que ces réponses juridiques combinées ne représentent pas une charge excessive pour la personne en cause»<sup>88</sup>. Cela vaut quand bien même la mesure dite administrative est «qualifiée en elle-même de «pénale» pour les besoins des garanties d'équité du procès prévues dans la Convention»<sup>89</sup>.

La Cour admet ainsi le cumul des deux procédures sous condition d'un lien matériel et temporel suffisamment étroit entre elles<sup>90</sup>. Cette exigence vise à assurer la cohérence du traitement juridique du comportement transgresseur. Pour ce faire, les procédures doivent être coordonnées<sup>91</sup>, les sanctions aménagées de manière complémentaire, et les conséquences découlant du choix étatique relatif à l'organisation de son système juridique proportionnées et prévisibles pour le justiciable<sup>92</sup>.

Dans l'examen, la Cour dégage en particulier quatre éléments à prendre en considération. Premièrement, les procédures doivent viser des objectifs complémentaires, et, ainsi, appréhender le comportement dommageable pour la société sous des angles différents<sup>93</sup>. Deuxièmement, la cohabitation des procédures doit

être concrètement prévisible pour le justiciable<sup>94</sup>. Troisièmement, les autorités doivent se coordonner de manière à éviter la répétition inutile d'actes de procédure, notamment dans le recueil et l'administration des preuves, et les faits et qualifications juridiques établis dans le cadre de la première procédure devraient autant que possible être repris dans la seconde<sup>95</sup>. Le critère suppose ainsi, notamment, la simultanéité dans la conduite des procédures<sup>96</sup>. L'ordre dans lequel les procédures sont conduites ne constitue en revanche pas un élément déterminant<sup>97</sup>. Quatrièmement, et il s'agit là d'un point essentiel, la sentence prononcée dans le cadre de la première des procédures arrivée à terme doit être prise en considération pour la fixation de la deuxième sanction<sup>98</sup>.

Le premier critère nous paraît peu intelligible. Il réintroduit la question de la finalité de la sanction administrative considérée, pourtant déjà tranchée au stade de l'inclusion de la procédure litigieuse dans la notion d'accusation en matière pénale. Pour aller un pas plus loin, il nous semble entrevoir le risque que la complémentarité des procédures se mesure à l'aune de la nature des sanctions infligées: elle sera d'autant plus facilement admise que les peines prononcées ne sont pas du même genre, par exemple, le retrait d'une autorisation d'exercer d'un côté et une peine pécuniaire de l'autre. L'on en revient à l'admission de principe du cumul des sanctions disciplinaires et pénales.

Le deuxième critère renvoie probablement à la fonction protectrice du principe *ne bis in idem* qui consiste dans la sécurité juridique individuelle<sup>99</sup>. Cette dernière notion suppose en effet, notamment, la prévisibilité de l'action publique<sup>100</sup>.

Le troisième élément vise à alléger autant que faire se peut le fardeau que représente le cumul de poursuites pour l'individu. Il vise également la cohérence de la réaction étatique en imposant une certaine harmonie entre les procédures, afin d'éviter le prononcé de décisions contradictoires.

Enfin, le quatrième critère se réfère au principe *ne bis in idem* dans sa dimension relative au cumul des sanctions, en adoucissant les effets d'un tel dualisme. De manière plus générale, il se rattache au principe de la proportionnalité des peines<sup>101</sup>.

On a reproché à cette jurisprudence d'affaiblir le principe *ne bis in idem*<sup>102</sup>. Dans la mesure toutefois où elle permet d'étendre la portée de la règle, la solu-

86 Cf. en particulier arrêt CourEDH (GC) *Jussila c. Finlande* du 23.11.2006, § 43: «[L]es «accusations en matière pénale» n'ont pas toutes le même poids». Ainsi, dans les domaines qui ne relèvent pas du noyau dur du droit pénal: «les garanties offertes par le volet pénal de l'article 6 ne doivent pas nécessairement s'appliquer dans toute leur rigueur».

87 § 107 ss.

88 Arrêt CourEDH (GC) *A et B c. Norvège* du 15.11.2016, § 121.

89 Arrêt CourEDH (GC) *A et B c. Norvège* du 15.11.2016, § 123.

90 Cf. également décision sur la recevabilité CourEDH *Nilsson c. Suède* du 13.12.2005, p. 11 s.

91 Cf. notamment sur ce point, arrêt CourEDH *Nykänen c. Finlande* du 20.5.2014, § 51.

92 Arrêt CourEDH (GC) *A et B c. Norvège* du 15.11.2016, § 130.

93 Arrêt CourEDH (GC) *A et B c. Norvège* du 15.11.2016, § 132.

94 *Ibid.*

95 *Ibid.*; cf. aussi arrêt CourEDH *Nykänen c. Finlande* du 20.5.2014, § 51.

96 Arrêt CourEDH (GC) *A et B c. Norvège* du 15.11.2016, § 114.

97 Arrêt Cour EDH (GC) *A et B c. Norvège* du 15.11.2016, § 128.

98 Arrêt Cour EDH (GC) *A et B c. Norvège* du 15.11.2016, § 132.

99 Cf., sur cette fonction du principe *ne bis in idem*, LELIEUR (note 1), § 157 ss.

100 Cf. LELIEUR (note 1), § 106, note 232.

101 Sur les liens entre le principe *ne bis in idem* et celui de la proportionnalité des peines, LELIEUR (note 1), § 22 et 709.

102 Cf. les sévères critiques du juge PINTO DE ALBUQUERQUE dans son opinion dissidente annexée à l'arrêt CourEDH (GC) *A et B c. Norvège* du 15.11.2016, *in toto*.

tion strasbourgeoise pourrait au contraire être perçue comme la renforçant. Il peut en effet difficilement être fait abstraction de la large reconnaissance, en droit positif, de la coexistence des procédures pénale et administrative<sup>103</sup>. La cohabitation, par exemple, d'une sanction de type pécuniaire prononcée par le juge pénal et d'un blâme par l'autorité disciplinaire, pour un même comportement infracteur, ne nous semble, sur le principe, pas contestable, et ce indépendamment de la question de savoir si un blâme doit être considéré comme relevant matériellement de la matière pénale. En effet, l'interdiction d'un cumul implique soit de renoncer à la sanction disciplinaire – une renonciation à la sanction pénale étant contraire au principe de la légalité des poursuites –, soit de laisser au juge pénal le soin de prononcer la mesure disciplinaire.

La première option n'est pas convaincante: une sanction ciblée sur les manquements à des devoirs que l'auteur, de par sa position, a la responsabilité d'assumer nous paraît justifiée. Elle aurait par ailleurs l'effet pervers de, potentiellement, punir plus sévèrement celui dont le comportement ne tombe pas simultanément sous le coup de la loi pénale, et qui devrait donc seulement répondre devant l'autorité disciplinaire de la violation de ses obligations professionnelles, dès lors que, du point de vue de l'individu concerné, une mesure disciplinaire peut s'avérer largement plus lourde qu'une sanction pénale.

La seconde option ne l'est pas davantage. L'autorité disciplinaire est matériellement plus compétente pour se prononcer sur les conséquences d'une transgression à des devoirs spéciaux, que cette transgression constitue ou non, en même temps, une infraction pénale. A cela s'ajoute le chaos induit par toutes les situations dans lesquelles, après investigations, le comportement considéré ne relèverait finalement pas du droit pénal, mais uniquement de la matière disciplinaire, ce qui devrait conduire à la «retransmission» du dossier à l'autorité compétente.

A partir de là, deux voies s'offrent à la Cour: soit elle estime que l'art. 4 du Protocole n° 7 n'entre pas du tout en considération, soit elle en tient compte tout en se montrant plus souple sur l'application du principe *ne bis in idem*. La seconde solution est plus protectrice des droits de l'individu.

Sur le principe, la réconciliation de la règle *ne bis in idem* avec le cumul de sanctions pénale et administrative à composante répressive, sous condition de la coordination des procédures, aménagée dans le cadre d'un système sanctionneur cohérent, nous semble donc une solution compréhensible et adéquate face à un dualisme solidement ancré dans les législations nationales et qui peut se justifier à plusieurs égards<sup>104</sup>.

103 Dans le même sens, LELIEUR (note 1), § 593; cf. aussi les conclusions de l'avocat général M. PEDRO CRUZ VILLALÓN présentées le 12.6.2012 dans le cadre de l'arrêt CJUE (GC) *Åklagaren c. Hans Åkerberg Fransson* du 26.2.2013, § 71 ss.

104 Dans le même sens, LELIEUR (note 1), § 599.

## D. La conduite parallèle d'une procédure d'enforcement et d'une poursuite pénale contre l'entreprise

En droit suisse, l'entreprise au sein de laquelle une infraction – par exemple un acte de blanchiment – a été commise peut faire l'objet de deux procédures parallèles, une poursuite pénale fondée sur l'art. 102 CP et une procédure d'enforcement menée par la FINMA, sur la base des art. 30 ss LFINMA pour violation (grave) du droit de la surveillance. Dans ce contexte, le débat strasbourgeois relatif à la conduite parallèle de deux procédures sanctionnatrices prend tout son sens, étant précisé qu'une entité collective bénéficie des garanties procédurales reconnues à un accusé<sup>105</sup>. La presse helvétique a d'ailleurs relayé récemment le souci des entreprises de ne pas subir une double sanction du fait des deux procédures engagées<sup>106</sup>.

### I. Une procédure d'enforcement constitue-t-elle une accusation en matière pénale au regard de la jurisprudence strasbourgeoise?

#### 1. La procédure d'enforcement selon les articles 30 ss LFINMA: aperçu du mécanisme

Conformément à l'art. 30 LFINMA, la FINMA ouvre une procédure à l'encontre d'un assujetti en cas de soupçons de violation du droit de la surveillance. La notion d'assujetti comprend «les personnes qui, selon les lois sur les marchés financiers, doivent obtenir une autorisation, une reconnaissance, un agrément ou un enregistrement de l'autorité de surveillance des marchés financiers» (art. 3 let. a LFINMA). La notion de droit de la surveillance renvoie aux lois mentionnées à l'art. 1 LFINMA, dont celle sur le blanchiment d'argent (art. 1 al. 1 let. f LFINMA)<sup>107</sup>, à leurs dispositions d'exécution, ainsi qu'aux ordonnances et circulaires de la FINMA (cf. art. 7 LFINMA)<sup>108</sup>. Il est entendu qu'un acte de blanchiment qui peut être imputé, sur la base de l'art. 102 CP, à une

105 Notamment ATF 142 IV 207, consid. 8.3.3, JdT 2017 IV 51; ATF 139 I 72, consid. 2, JdT 2013 I 202; LELIEUR (note 1), § 507; SABINE GLESS, in: Marcel Alexander Niggli/Marianne Heer/Hans Wiprächtiger (éd.), *Basler Kommentar StPO*, 2<sup>e</sup> éd., Bâle 2014, Art. 141 N 39a. A noter toutefois que le degré de protection n'est pas forcément le même qu'en matière de responsabilité individuelle, dès lors que certains droits fondamentaux qui justifient l'application de garanties procédurales, en particulier le concept de dignité humaine, ne peuvent appartenir à une entité abstraite (dans ce sens, ATF 142 IV 207, consid. 8.3.3 et 8.4, JdT 2017 IV 51; DOMINIK BRODOWSKI, Minimum Procedural Rights for Corporations in Corporate Criminal Procedure, in: Dominik Brodowski/Manuel Espinoza de los Monteros de la Parra/Klaus Tiedemann/Joachim Vogel [éd.], *Regulating Corporate Criminal Liability*, Cham/Heidelberg/New York/Dordrecht/Londres 2014, p. 211 ss, p. 219 s.).

106 <<https://www.letemps.ch/economie/2017/04/20/rivalite-entre-juges-finma-eclate-grand-jour>>.

107 Loi fédérale concernant la lutte contre le blanchiment d'argent et le financement du terrorisme, RS 955.0.

108 Cf. KATJA ROTH-PELLANDA, in: Rolf Watter/Nedim Peter Vogt (éd.), *Basler Kommentar – Börsengesetz, Finanzmarktaufsichtsgesetz*, 2<sup>e</sup> éd., Bâle 2011, Art. 30 FINMAG N 9 s.

entreprise assujettie, constituera en principe simultanément une violation, régulièrement grave, du droit de la surveillance<sup>109</sup>. Inversement, la FINMA n'a pas à établir l'existence d'un acte de blanchiment intentionnel pour admettre une transgression du droit de la surveillance: la violation de l'arsenal anti-blanchiment<sup>110</sup> – et, le cas échéant, un comportement que l'on pourrait qualifier de «blanchiment d'argent par négligence» – suffit.

Les instruments dont la FINMA dispose à l'encontre de ceux qui contreviennent au droit de la surveillance sont les suivants: mesures visant à rétablir l'ordre légal (art. 31 LFINMA), décision en constatation de l'illicéité (art. 32 LFINMA), interdiction d'exercer (art. 33 LFINMA), publication de la décision (art. 34 LFINMA), confiscation du gain acquis par la violation du droit de la surveillance (art. 35 LFINMA), retrait de l'autorisation d'exercer (art. 37 LFINMA). Toutes ces mesures, sauf celles de l'art. 31 LFINMA, ne peuvent être prononcées qu'en cas de violation *grave* du droit de la surveillance. A l'exception de l'art. 33 LFINMA, qui vise le dirigeant de l'assujetti, les dispositions précitées s'adressent à l'assujetti lui-même. Dès lors que l'interdiction d'exercer au sens de l'art. 33 LFINMA ne concerne que les individus<sup>111</sup>, elle sort de l'objet de notre analyse.

Si la composante répressive des mesures de l'art. 31 LFINMA va dépendre de celle concrètement prononcée<sup>112</sup>, et celle de la confiscation au sens de l'art. 35 LFINMA est controversée<sup>113</sup>, le caractère punitif des art. 32, 34 et 37 LFINMA ne fait à notre sens guère de doute<sup>114</sup>, pas plus, à tout le moins s'agis-

sant de l'art. 37 LFINMA, que leur sévérité supérieure à une quelconque sanction pécuniaire. On notera en particulier que ces mesures ne sont pas subordonnées au constat d'une incapacité – présente et future – à exercer, dans le respect du droit des marchés financiers, l'activité commerciale assujettie au contrôle de la FINMA, mais constitue une réaction à une violation – passée – du droit de la surveillance<sup>115</sup>. Une telle incapacité peut en revanche amener la FINMA à constater que les conditions requises pour la conduite de l'activité soumise à surveillance ne sont plus remplies, avec pour conséquence le retrait de l'autorisation d'exercer conformément à l'art. 37, 1<sup>re</sup> hypo. LFINMA. Dans une telle hypothèse précisément, l'aspect répressif de la mesure fait défaut.

Dans son message relatif à la refonte du droit de la surveillance, le Conseil fédéral reconnaît par ailleurs le caractère préventif et punitif des mesures à disposition de la FINMA<sup>116</sup>. L'adjectif «préventif» porte à confusion, car il peut donner l'impression que la mesure poursuit une finalité différente d'une sanction à caractère pénal<sup>117</sup>. Mais, en réalité, la notion de prévention renvoie à la composante dissuasive de la mesure, qui doit inciter les assujettis en général et l'entreprise concernée en particulier à respecter à l'avenir le droit de la surveillance<sup>118</sup>, et rejoint donc les objectifs de préventions générale et spéciale du droit pénal.

## 2. L'état du débat

Dans un arrêt de 2016, le Tribunal fédéral a estimé qu'une procédure d'*enforcement* ayant abouti à une interdiction d'exercer durant deux ans au sens de l'art. 33 LFINMA ne constituait pas une accusation en matière pénale au sens de l'art. 6 CEDH, étant précisé que le litige ne portait pas sur le principe *ne bis in idem*, mais sur le droit au silence<sup>119</sup>. Malgré le caractère répressif de la sanction prononcée, le Tribunal fédéral a estimé que la mesure ressortait davantage du «motif de police» que d'«un mal infligé à titre de châtement»<sup>120</sup>.

109 Cf., pour un exemple de procédure d'*enforcement* en lien avec la transgression de l'arsenal anti-blanchiment, FINMA, Rapport 2016 sur l'*enforcement*, 4 avril 2017, p. 6 ss.

110 Par exemple les obligations en matière de vérification de l'identité du client au sens des art. 3 ss LBA.

111 Notamment PETER NOBEL, Schweizerisches Finanzmarktrecht und internationale Standards, 3<sup>e</sup> éd., Berne 2010, § 7 N 105.

112 Cf. ROTH-PELLANDA (note 108), Art. 31 FINMAG N 6.

113 NIGGLI/MAEDER (note 36), N 72; en faveur du caractère non répressif de l'art. 35 LFINMA: RENÉ BÖSCH, in: Rolf Watter/Nedim Peter Vogt (éd.), Basler Kommentar – Börsengesetz, Finanzmarktaufsichtsgesetz, 2<sup>e</sup> éd., Bâle 2011, Art. 35 FINMAG N 5; Message du Conseil fédéral du 1<sup>er</sup> février 2006 concernant la loi fédérale sur l'Autorité fédérale de surveillance des marchés financiers (LAUFIN), FF 2006 2741, p. 2761; cf. aussi, sur la question de la nature pénale de la confiscation en général, URSULA CASSANI, La confiscation de l'argent des «potentats»: à qui incombe la preuve?, SJ 2009 II, p. 229–256, p. 243 ss.

114 Cf. NIGGLI/MAEDER (note 36), N 41, N 62 et N 78; dans le même sens, en lien avec les art. 32 et 34 LFINMA, PETER CH. HSU/RASHID BAHAR/SILVIA RENNINGER, in: Rolf Watter/Nedim Peter Vogt (éd.), Basler Kommentar – Börsengesetz, Finanzmarktaufsichtsgesetz, 2<sup>e</sup> éd., Bâle 2011, Art. 32 FINMAG N 10, Art. 34 FINMAG N 9; PETER NOBEL, Sanktionen gemäss FINMAG, GesKR 2009, p. 59–65, p. 61 s.; en lien avec l'art. 32 LFINMA, URS ZULAU/DAVID WYSS et al., Finanzmarktenforcement, Berne 2014, p. 221 s.; cf. aussi arrêt du TF 2C\_425/2016 du 5.10.2016, consid. 2. En particulier, la publication du jugement peut être considérée comme une mesure «stigmatisante» (cf., en lien avec ce dernier terme, FRANK MEYER, in: Ulrich Karpenstein/Franz C. Mayer [éd.], Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten Kommentar, 2<sup>e</sup> éd., Munich 2015, Art. 6 N 27b). En lien avec l'art. 37 LFINMA, ULRICH ZIMMRLI, Integrierte Finanzmarktaufsicht in der Schweiz – Ausgangslage – Konzept – Umset-

zung – Ausblick, GesKR 2009, p. 4–11, p. 9; cf. encore arrêt CourEDH *Gouarré Patte c. Andorre* du 12.1.2016, § 30, dans lequel la CourEDH a estimé qu'une interdiction à vie d'exercer (prévue par le Code pénal) s'analysait en une peine au sens de l'art. 7 CEDH.

115 Dans ce sens, MELANIE GOTTINI/HANS CASPAR VON DER CRONE, Berufsverbot nach Art. 33 FINMAG – Bundesgerichtsurteil 2C\_739/2015 vom 25. April 2016, RSDA 2016, p. 640–650, p. 647 s.

116 Message du Conseil fédéral du 1<sup>er</sup> février 2006 concernant la loi fédérale sur l'Autorité fédérale de surveillance des marchés financiers (LAUFIN) (note 113), p. 2761.

117 Cf. notamment décisions sur la recevabilité CourEDH dans les affaires *Mjelde et Storbråten c. Norvège*, dans lesquels la CourEDH insiste sur le caractère «préventif» des mesures considérées, alors que le terme «provisoire» aurait été plus approprié, C.L.2.b *supra*.

118 Pour le caractère dissuasif de l'art. 34 LFINMA, cf. Message du Conseil fédéral du 1<sup>er</sup> février 2006 concernant la loi fédérale sur l'Autorité fédérale de surveillance des marchés financiers (LAUFIN) (note 113), p. 2761; arrêt du TF 2C\_1055/2014 du 2.10.2015, consid. 4.2.

119 ATF 142 II 243, consid. 3.4, JdT 2016 I 112.

120 *Ibid.*

Le Tribunal fédéral a par ailleurs raisonné sur la base du rapport spécial qui relierait le dirigeant visé par la disposition précitée à l'Etat, et a effectué la comparaison avec l'avocat à qui l'on retire le droit d'exercer sa profession pour une durée limitée, tout en soulignant le caractère temporaire de la mesure<sup>121</sup>. On peut probablement déduire de cet arrêt que les autres mesures des art. 31 ss LFINMA ne seraient pas davantage considérées comme relevant de la matière pénale, même si la sanction de l'art. 37 LFINMA est, au contraire de l'art. 33 LFINMA, définitive.

La position de notre Haute Cour ne fait de loin pas l'unanimité<sup>122</sup>, étant toutefois précisé que l'un des arguments en faveur de l'application de l'art. 6 CEDH repose sur le fait que le destinataire de l'art. 33 LFINMA n'est pas l'assujéti au sens de l'art. 3 let. a LFINMA et n'entretient donc pas de rapport particulier avec l'Etat. L'argument n'est donc pas transposable aux autres mesures des art. 31 ss LFINMA<sup>123</sup>.

A notre sens, la distinction effectuée par le Tribunal fédéral entre sauvegarde de l'ordre public et répression n'est guère praticable: les deux objectifs ne s'excluent pas et l'exercice qui consiste à dégager d'une règle une fonction prédominante par rapport à une autre nous semble souvent délicat et pas toujours adéquat. Comme nous l'avons déjà esquissé<sup>124</sup>, de par son caractère dissuasif, la punition doit permettre le respect futur des règles dont la personne concernée est destinataire. Les deux fonctions ne nous semblent donc en réalité guère dissociables.

Cela étant, au vu de la jurisprudence actuelle de la CourEDH, la question de savoir si cette dernière désavouerait le Tribunal fédéral nous paraît tout à fait incertaine et nous serions plutôt tentée d'y répondre par la négative, étant pré-

cisé que le point de friction principal pourrait bien résulter de la sévérité incontestable de la sanction, définitive, prévue à l'art. 37 LFINMA<sup>125</sup>.

Tout d'abord, les sanctions des art. 31 ss LFINMA ne sont pas subordonnées à la commission d'une infraction, mais à une violation (grave) du droit de la surveillance, même si, dans l'hypothèse qui nous occupe, la violation du droit de la surveillance constitue également une infraction pénale<sup>126</sup>. On peut d'ailleurs effectuer le rapprochement entre transgression du droit de la surveillance et conduite défailante des activités commerciales, telle que consacrée par la loi norvégienne sur la faillite, et qui n'a pas été considérée comme relevant de la matière pénale par les juges de Strasbourg<sup>127</sup>. En outre, la constatation de la violation du droit de la surveillance ne dépend pas de l'aboutissement de la procédure pénale<sup>128</sup>. La jurisprudence de la Cour relative au caractère «mixte» du comportement transgresseur<sup>129</sup> ne devrait donc pas trouver application.

Par ailleurs, comme cela ressort de la jurisprudence de la CourEDH, la composante répressive de la norme disciplinaire ne la classe pas encore *eo ipso* dans la matière pénale<sup>130</sup>. Enfin, la FINMA ne dispose pas de sanctions pécuniaires à l'encontre d'un assujéti<sup>131</sup> et, à l'exception de l'arrêt *Dubus SA c. France*, dont nous avons souligné la portée probablement limitée<sup>132</sup>, la Cour n'a, à notre connaissance, jamais admis le caractère pénal d'une sanction disciplinaire non pécuniaire.

L'exclusion des art. 31 ss LFINMA du champ d'application de l'art. 6 CEDH entraînerait, selon la dogmatique strasbourgeoise, la non-application du principe

121 *Ibid.*

122 Cf. en particulier les critiques de GOTTINI/VON DER CRONE (note 116), p. 645 ss; en faveur de la reconnaissance du caractère pénal, au sens de l'art. 6 CEDH, des art. 31 ss LFINMA: NIGGLI/MAEDER (note 36), N 79; JACQUES IFFLAND, Les procédures d'enforcement de la FINMA, ou de la difficulté de coordonner les procédures coercitives administratives et les procédures pénales sous l'empire du nouveau CPP et de la LFINMA, in: Luc Thévenoz/Christian Bovet (dir.), Journée 2010 de droit bancaire et financier, Genève/Zurich/Bâle 2011, p. 121 ss, p. 123 et 133 ss; cf. aussi ZULAUF/WYSS et al. (note 114), p. 269 ss; dans le même sens, arrêt du TAF B-3759/2014 du 11.5.2015, consid. 4.1.2; arrêt du TAF B-5540/2014 du 2.7.2015, consid. 7.4; spécifiquement en lien avec l'interdiction d'exercer au sens de l'art. 33 LFINMA, CARLO LOMBARDINI, La protection de l'investisseur sur le marché financier, Genève/Zurich/Bâle 2012, p. 419 ss; GUILLAUME BRAIDI, L'individu en droit de la surveillance financière, Genève/Zurich/Bâle 2016, N 1165 ss; PETER (note 7), p. 357; DAMIAN K. GRAF, Berufsverbote für Geschäftsorgane: das Sanktionsregime im Straf- und Finanzmarktrecht, PJA 2014, p. 1195–1206, p. 1202; hésitant: FELIX UHLMANN, Berufsverbot nach Art. 33 FINMAG, RSDA 2011, p. 437–448, p. 442 s. et 446; HSU/BAHAR/RENNINGER (note 114), Art. 34 FINMAG N 10; *contra*: JAAG (note 31), p. 161 et 163; HSU/BAHAR/RENNINGER (note 114), Art. 32 FINMAG N 12.

123 Cf. notamment FEDERICO ABRAR, L'interdiction d'exercer échappe aux garanties de procédure pénale, publié le 9 juin 2016 sur le site internet du Centre de droit bancaire et financier: <https://www.cdbf.ch/946/#.WSRHptykK71> (23.05.2017).

124 Cf. C.I.1 *supra*.

125 Nous soulignons en effet que, tant dans les affaires *Mjelde et Storbråten c. Norvège* que *Müller-Hartburg c. Autriche*, le caractère temporaire des sanctions prononcées semblent avoir joué un rôle non négligeable dans l'appréciation de la Cour (cf. décisions sur la recevabilité CourEDH *Mjelde et Storbråten c. Norvège* du 1.2.2007, p. 16 s., respectivement p. 18; arrêt CourEDH *Müller-Hartburg c. Autriche* du 19.2.2013, § 48). En revanche, nous rappelons que, dans la décision sur la recevabilité CourEDH *Moulet c. France* du 13.9.2007, le caractère pénal de la mise à la retraite d'office d'un fonctionnaire a été dénié malgré son caractère permanent (p. 16); cf. C.I.2.b *supra*.

126 Cf. décisions sur la recevabilité CourEDH dans les affaires *Mjelde et Storbråten c. Norvège* du 1.2.2007, p. 15 s., respectivement p. 17.

127 Cf. décisions sur la recevabilité CourEDH dans les affaires *Mjelde et Storbråten c. Norvège* du 1.2.2007, telles qu'exposés sous C.I.2.b *supra*.

128 Cf. IFFLAND (note 123), p. 123.

129 Cf. C.I.1 *supra*.

130 Cf. C.I.2 *supra*.

131 Il est à cet égard intéressant de noter que le rapport de la Commission d'experts en vue de la refonte du droit de la surveillance des marchés financiers préconisait de renoncer aux sanctions pécuniaires précisément pour éviter tout porte-à-faux avec l'art. 6 CEDH (Sanctions dans la surveillance des marchés financiers (Travaux législatifs découlant du rapport final du groupe d'experts, Surveillance des marchés financiers; rapport Zufferey) – 2<sup>e</sup> rapport partiel de la Commission d'experts instituée par le Conseil fédéral, août 2004, p. 20); cf. aussi ZULAUF/WYSS et al. (note 114), p. 289 s.

132 Cf. C.I.2.b *supra*.

*ne bis in idem* et de la jurisprudence *A et B c. Norvège* exposée sous C.II *supra*. En d'autres termes, il n'y aurait pas d'exigence de coordination entre la FINMA et le Ministère public ou de prise en considération, dans l'évaluation de la seconde sanction, de la première prononcée.

## II. Le rôle du principe *ne bis in idem* de lege ferenda

### 1. L'application de la règle «assouplie»

La question est maintenant de savoir si la règle *ne bis in idem* devrait tout de même jouer un rôle dans le cadre de la conduite parallèle d'une procédure d'enforcement et d'une poursuite pénale ouverte sur la base de l'art. 102 CP. Sur le plan du raisonnement, nous nous heurtons ici à une difficulté. Une réponse positive implique, selon la logique de la Cour, de reconnaître la qualité d'accusation en matière pénale à la procédure aboutissant aux sanctions des art. 31 ss LFINMA. Mais une telle conclusion revient à admettre l'application simultanée, en sus du principe *ne bis in idem*, de toutes les garanties relevant de l'art. 6 CEDH sous son volet pénal. Or, la règle *ne bis in idem* et, par exemple, le droit au silence ont des fondements et des enjeux différents, de sorte qu'il nous semble que l'application de la première ne doit pas automatiquement conduire à la mise en œuvre du deuxième, et vice versa. D'ailleurs, tout comme pour la règle *ne bis in idem*, on pourrait imaginer que la CourEDH accepte des assouplissements – qu'il resterait alors à préciser – à une application sans concession du principe *nemo tenetur se ipsum accusare* pour les domaines ne relevant pas de la matière pénale au sens strict<sup>133</sup>. Quant à la synthèse de la jurisprudence strasbourgeoise exposée ci-dessus, elle nous semble démontrer que la notion d'accusation en matière pénale est quasiment insaisissable dans l'abstract, indépendamment de la garantie invoquée et des circonstances d'espèce, et ce d'autant en matière disciplinaire<sup>134</sup>. Une différence factuelle de taille doit d'ailleurs être soulevée entre les affaires qui concernent le principe *ne bis in idem* et celles qui se rapportent à d'autres garanties procédurales de l'art. 6 CEDH. Les premières impliquent la commission d'une infraction pénale selon le droit national, aboutissant à la conduite de deux procédures<sup>135</sup>, les secondes

peuvent très bien porter, par exemple, sur un «simple» manquement à des obligations professionnelles.

Nous choisissons donc la solution pragmatique qui consiste à dissocier la question de l'application du principe *ne bis in idem* de la discussion et de la jurisprudence, plus générales, relatives à la notion d'accusation en matière pénale. A notre sens, à partir du moment où un même comportement infracteur, à propos duquel la condition du «idem» n'est pas remise en cause, peut donner lieu au cumul de deux procédures, aboutissant toutes deux au prononcé de sanctions à composante répressive, la règle *ne bis in idem* entre en jeu et la jurisprudence *A et B c. Norvège* doit trouver application. Et il n'y a pas de raison de traiter les sanctions disciplinaires, dont le caractère punitif n'est pas contestable, autrement. Cette solution améliore d'ailleurs la cohérence et la sécurité juridiques: l'exigence généralisée de coordination entre procédures pénale et administrative/disciplinaire à composante répressive permet de lisser une jurisprudence européenne hésitante et incertaine.

En outre, il est clair que deux procédures, menées dans le total désintérêt l'une de l'autre, iront fréquemment à l'encontre d'une administration rationnelle de la justice et les possibles contradictions qui en résulteraient rendraient la réaction étatique face à la violation commise peu compréhensible pour le citoyen *lambda*.

L'entreprise concernée, quant à elle, conserve au-dessus de sa tête une épée de Damoclès si, des mois après la clôture d'une procédure d'enforcement, et alors que, par hypothèse, des mesures internes ont été mises en œuvre pour parer à tout manquement futur, elle se retrouve dans le collimateur du juge pénal, à raison des mêmes faits<sup>136</sup>. Et la répression pénale perdrait en légitimité en ce qu'elle apparaîtrait comme difficilement compréhensible pour l'entreprise<sup>137</sup>. Celle-ci se verrait condamnée alors même que la mesure prise par la FINMA lui aurait déjà permis de se «réinsérer»<sup>138</sup>. Quant à la sanction, à partir du moment où l'on reconnaît la composante punitive des art. 31 ss LFINMA, il n'y a pas de raison de ne pas tenir compte, au regard du principe de proportionnalité des peines, de la première prononcée dans l'évaluation de la seconde.

133 A l'instar du principe *ne bis in idem* dans sa version assouplie, d'autres garanties de l'art. 6 CEDH pourraient en effet s'appliquer de manière «édulcorée» lorsque la norme considérée ne relève pas du noyau dur du droit pénal; cf. dans ce sens, note 86; cf. aussi GÜNTER HEINE/ROBERT ROTH, Révision du droit des cartels 2010: expertise juridique sur les questions des sanctions applicables aux personnes physiques et aux entreprises – Grundlagen der Wirtschaftspolitik Nr. 20, Rechtsgutachten im Auftrag des Staatssekretariats für Wirtschaft, Berne 2011, p. 8 s.

134 Dans ce sens également, ZULAUF/WYSS et al. (note 114), p. 274 s.

135 Nous laissons de côté l'hypothèse, probablement marginale, dans laquelle il n'y aurait pas d'infraction pénale et le comportement transgresseur ferait l'objet de deux procédures qualifiées d'administratives selon le droit national, et aboutissant toutes deux au prononcé de sanctions à caractère punitif.

136 En pratique en effet, une procédure pénale dure plus longtemps qu'une procédure d'enforcement (ZULAUF/WYSS et al. (note 114), p. 189). La problématique a par ailleurs été relayée dans la presse: <https://www.letemps.ch/economie/2017/04/20/rivalite-entre-juges-finma-eclate-grand-jour>.

137 Sur l'acceptation, par les accusés, de la justice pénale en lien avec la légitimité de celle-ci, voir DAMIEN SCALIA/MINA RAUSCHENBACH/CHRISTIAN STAERKLÉ, Paroles d'accusés sur la légitimité de la justice pénale internationale, Revue de sciences criminelles et de droit pénal comparé 2012, p. 727–746, p. 728 s.

138 Cf., en matière de responsabilité individuelle, LELIEUR (note 1), § 403.

## 2. La mise en œuvre de la coordination des procédures

L'art. 38 al. 3 LFINMA consacre le devoir de communication de la FINMA des infractions dont elle a connaissance<sup>139</sup> aux autorités de poursuite pénale. Inversement, les art. 68 al. 1 LOAP<sup>140</sup>, à lire en lien avec l'art. 75 al. 4 CPP et l'art. 29a al. 3 LBA<sup>141</sup>, permettent au Ministère public de la Confédération de renseigner la FINMA sur des infractions en même temps constitutives de violation du droit de la surveillance.

Dans le prolongement de ces échanges, l'art. 38 al. 2 LFINMA prévoit la coordination de principe, entre le Ministère public et la FINMA, des procédures pénale et administrative. Une règle similaire est consacrée à l'art. 29a al. 4 LBA. Dans la mesure où l'art. 38 al. 2 LFINMA est avant tout perçu comme un instrument au service des autorités, la loi ne consacre pas un droit, pour les intéressés, à une telle coordination<sup>142</sup>. Mais, à partir du moment où l'on estime que la jurisprudence *A et B. c. Norvège* s'applique dans le domaine, la prétention peut se fonder directement sur l'art. 4 du Protocole n° 7 à la CEDH. On peut par ailleurs imaginer que la Cour admette une dérogation à la coordination des procédures en cas de motifs fondés<sup>143</sup>.

Relevons en sus la signature, en 2016, d'un *Memorandum of Understanding* entre le Ministère public de la Confédération et la FINMA, en vue de régler la collaboration entre ces deux autorités<sup>144</sup>.

En ce qui concerne la coordination entre les décisions, la FINMA n'est pas formellement liée par les observations du juge pénal<sup>145</sup>. La plus élémentaire cohérence commande toutefois qu'elle ne s'en écarte qu'en cas de justes motifs, tels des faits pertinents qui n'auraient pas été pris en considération dans la procédure pénale<sup>146</sup>. La problématique se pose en des termes un peu différents pour l'autorité pénale puisque la constatation, par la FINMA, d'une violation du droit de la surveillance, n'établit pas encore la commission d'une infraction pénale, par exemple la réalisation de toutes les conditions objectives et subjectives de l'art. 305<sup>bis</sup> CP. Cela étant, pour ce qui est des constatations de fait, sauf

si elles devaient se révéler erronées, l'autorité pénale n'a guère de raison de s'écarter de celles établies par la FINMA, qui lui simplifie le travail<sup>147</sup>.

S'agissant enfin de la sanction, l'interdiction du cumul est expressément prévue en matière de confiscation, l'art. 35 al. 5 LFINMA faisant primer la confiscation pénale. Pour le reste, l'art. 47 CP octroie au juge la possibilité, notamment au regard du critère de la situation personnelle de l'auteur, de tenir compte, dans la fixation du montant de l'amende à l'encontre de l'entreprise, de la mesure déjà prononcée par la FINMA. Dans le cas de figure, exceptionnel en pratique, dans lequel la justice pénale statuerait avant le régulateur, la formule potestative des art. 32 à 35 LFINMA laisse également à la FINMA la marge de manœuvre nécessaire. On peut, par exemple, envisager le cas de figure dans lequel la FINMA renoncerait à la publication de la décision au sens de l'art. 34 LFINMA si l'entreprise a été suffisamment affectée par la publicité négative dont la procédure pénale l'a entourée. Le libellé impératif de l'art. 37 LFINMA ne fait par ailleurs pas obstacle à la prise en considération de l'amende prononcée au pénal. Tout d'abord en effet, il s'explique probablement par la première hypothèse engendrant le retrait de l'autorisation, à savoir la constatation que l'entreprise ne remplit plus les conditions nécessaires à celle-ci. En outre, l'art. 37 LFINMA, de par sa qualité de mesure la plus incisive, est soumis au principe de proportionnalité, de sorte qu'en considération de la sanction pénale la FINMA peut y renoncer, ou retirer l'autorisation pour une durée limitée seulement<sup>148</sup>.

## E. Le mot de la fin

Le Ministère public et la FINMA ne peuvent se contenter d'une simple colocation. La règle *ne bis in idem* dans sa version «assouplie» a son rôle à jouer dans la conduite parallèle d'une poursuite pénale et d'une procédure d'enforcement à l'encontre d'une entreprise et elle impose donc le ménage commun. L'ordre juridique suisse ne s'oppose pas à un tel statut, son bon fonctionnement étant question de volonté et subordonné à une entente exempte de luttes de pouvoir.

Simultanément, et c'est là qu'une autre problématique essentielle survient, le couple doit garder ses distances. Coordination des procédures ne signifie pas échange illimité d'informations<sup>149</sup>. D'ailleurs, au contraire de la première, le second ne profite pas à l'entreprise, bien au contraire.

139 Sur le degré de soupçon requis, ZULAUF/WYSS et al. (note 114), p. 191.

140 Loi fédérale du 19 mars 2010 sur l'organisation des autorités pénales de la Confédération, RS 173.71.

141 Loi fédérale du 10 octobre 1997 concernant la lutte contre le blanchiment d'argent et le financement du terrorisme, RS 955.0.

142 ZULAUF/WYSS et al. (note 114), p. 189 s.

143 Sur les raisons qui peuvent s'opposer à une coordination des procédures, cf. Message du Conseil fédéral du 1<sup>er</sup> février 2006 concernant la loi fédérale sur l'Autorité fédérale de surveillance des marchés financiers (LAUFIN) (note 113), p. 2797.

144 Ministère public de la Confédération, Rapport de gestion – Rapport établi par le Ministère public de la Confédération sur ses activités au cours de l'année 2016 à l'intention de l'autorité de surveillance, 2016, p. 6. Le contenu du *Memorandum* n'est pas public.

145 PIERRE TSCHANNEN/ULRICH ZIMMERLI/MARKUS MÜLLER, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 4<sup>e</sup> éd., Berne 2014, § 18 N 18; ZULAUF/WYSS et al. (note 114), p. 190.

146 TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER (note 146), § 18 N 18; cf. aussi notamment arrêt du TF 1C\_436/2011 du 26.10.2011, consid. 3.1.

147 Dans ce sens, mais lorsque la violation du droit de la surveillance relève (également) du droit pénal administratif, ZULAUF/WYSS et al. (note 114), p. 224 et 192.

148 ROTH-PELLANDA (note 108), Art. 37 FINMAG N 7 et 11.

149 Dans le même sens, RENATE SCHWOB/WOLFGANG WOHLERS, in: Rolf Watter/Nedim Peter Vogt (éd.), *Basler Kommentar – Börsengesetz, Finanzmarktaufsichtsgesetz*, 2<sup>e</sup> éd., Bâle 2011, Art. 38 FINMAG N 6; plus souple sur l'échange de renseignements, ZULAUF/WYSS et al. (note 114), p. 187 ss.

Le débat autour du principe et de l'étendue de l'échange d'informations entre les autorités de poursuites pénales et la FINMA n'en est probablement qu'à ses débuts. Le partage de renseignements, combiné à l'obligation de collaboration de l'assujetti au sens de l'art. 29 LFINMA, peut conduire le juge pénal à recueillir des informations que le droit au silence de l'accusé ne lui aurait pas permis d'obtenir, et soulève donc la question de la licéité et de l'exploitabilité des renseignements récoltés<sup>150</sup>. L'échange d'informations peut en outre conduire à une évidente réaction de méfiance des assujettis envers la FINMA, alors qu'une relation de confiance entre l'assujetti et le régulateur participe du bon fonctionnement des marchés financiers<sup>151</sup>. Dans cette constellation, il est clair que la réitération d'actes d'enquête, même si elle conduit à un alourdissement de la procédure pour l'entreprise, reste largement préférable pour elle. L'exigence principale de coordination relativement à l'évaluation des sanctions, quant à elle, demeure.

### Résumé

Le principe *ne bis in idem*, consacré par l'art. 4 du Protocole n° 7 à la CEDH, a aujourd'hui dépassé la matière pénale au sens strict et participe de l'actuel phénomène de perméabilité entre droit administratif et droit pénal. Dans ce contexte, la Cour européenne des droits de l'homme le confronte avec les systèmes juridiques, dont le système suisse, qui prévoient une pluralité des mécanismes sanctionneurs applicables aux acteurs du marché financier. En particulier, selon notre ordre juridique, une entreprise au sein de laquelle une infraction a été commise peut être poursuivie parallèlement par l'autorité pénale sur la base de l'art. 102 du Code pénal suisse et par la FINMA pour violation du droit

de la surveillance des marchés financiers. Le présent article a ainsi pour objectif de déterminer le rôle du principe *ne bis in idem* dans le cadre de la conduite parallèle d'une procédure pénale et d'une procédure d'enforcement à l'encontre d'une entreprise assujettie au contrôle de la FINMA, tant au regard de la jurisprudence strasbourgeoise que dans une perspective *de lege ferenda*.

### Zusammenfassung

Der Grundsatz *ne bis in idem*, verankert in Art. 4 des Protokolls Nr. 7 zur EMRK, reicht heute über die Strafsache im engeren Sinne hinaus und hat am gegenwärtigen Durchlässigkeitsphänomen zwischen Verwaltungs- und Strafrecht teil. Dabei stellt der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte diesen Grundsatz Rechtssystemen, darunter das schweizerische, gegenüber, die eine Mehrzahl von auf Finanzmarktteilnehmer anwendbare Sanktionsmechanismen vorsehen. Im Speziellen kann in unserer Rechtsordnung ein Unternehmen, bei dem ein Verstoß begangen wurde, parallel durch die Strafverfolgungsbehörden auf Grund von Art. 102 des schweizerischen Strafgesetzbuches und durch die FINMA wegen einer Verletzung des Aufsichtsrechts über die Finanzmärkte verfolgt werden. Der vorliegende Beitrag will somit bestimmen, welche Rolle der Grundsatz *ne bis in idem* im Rahme der parallelen Durchführung eines Strafverfahrens und eines Enforcementverfahrens gegen eine durch die FINMA beaufsichtigte Gesellschaft spielt, mit Blick auf die Strassburger Rechtsprechung sowohl als auch *de lege ferenda*.

150 Cf., notamment, sur cette épineuse problématique, ATF 142 IV 207, JdT 2017 IV 51 *in toto* et le commentaire de cette jurisprudence de CLAUDIA M. FRITSCH, Kooperieren oder nicht, GesKR 2016, p. 376–386; IFFLAND (note 123), p. 126 ss; ANDREAS DONATSCH/JASMINA SMOKVINA, Der «Nemo-tenetur-Grundsatz» im Strafverfahren gegen Unternehmen – insbesondere unter Berücksichtigung der Kombination von Verwaltungs- und Strafverfahren, in: Rolf H. Weber/Walter A. Stoffel/Jean-Luc Chenux/Rolf Sethe (éd.), Aktuelle Herausforderungen des Gesellschafts- und Finanzmarktrechts, Festschrift für Hans Caspar von der Crone zum 60. Geburtstag, Zurich/Bâle/Genève 2017, p. 863 ss, en particulier p. 869 ss; LAURA MACULA, «Alles, was Sie schreiben, kann gegen Sie verwendet werden». Verwaltungs(aufsichts)rechtliche Mitwirkungspflichten und strafprozessuale Selbstbelastungsfreiheit, Zurich/Bâle/Genève 2016, p. 8 ss; DAVID WYSS, Finanzmarktenforcement der FINMA: Die Instrumente und ihr Einsatz in der Praxis, in: Susan Emmenegger (éd.), Banken zwischen Strafrecht und Aufsichtsrecht Bâle 2014, p. 83 ss, p. 115 ss; CHRISTOPHER GETH, Aufsichtsrechtliche Mitwirkungspflichten und nemo tenetur, in: Susan Emmenegger (éd.), Banken zwischen Strafrecht und Aufsichtsrecht, Bâle 2014, p. 141 ss, p. 150 ss; ZULAUF/WYSS et al. (note 114), p. 202 ss.

151 Dans ce cas, la FINMA pourrait refuser sa collaboration au motif qu'elle nuirait au bon fonctionnement de la surveillance des marchés financiers, conformément à l'art. 40 let. b LFINMA; cf. aussi HEINE/ROTH (note 134), p. 69 s.