ATF 147 I 57 |TF, 31.01.2020, 2C_92/2019*

La publication d'une injonction faite par la FINMA suite à une violation des règles sur la surveillance des marchés financiers ne constitue pas une sanction de nature pénale au sens de l'art. 6 CEDH, de sorte que les garanties de procédure propres au droit pénal ne s'y appliquent pas.

Faits

Une société chypriote acquiert toutes les actions d'une société luxembourgeoise, qui détient elle-même 100% des actions d'une société anonyme (SA) de droit suisse. Le gérant de la société chypriote est également son unique actionnaire. Il fait en outre partie du conseil d'administration de la société luxembourgeoise et est administrateur unique de la SA (société fille de la société luxembourgeoise). Il dispose ainsi d'un accès illimité sur les comptes bancaires des trois sociétés, au nom desquelles il conclut divers contrats.

La FINMA ouvre une procédure d'*enforcement* contre les sociétés et constate que la société luxembourgeoise ainsi que le gérant de la société chypriote ont accepté des dépôts du public à titre professionnel sans autorisation, ce qui constitue une violation grave des dispositions règlementaires (LB). Elle ajoute que la société ne remplit pas les conditions pour l'octroi d'une autorisation bancaire, de sorte que l'autorisation ne peut pas non plus lui être accordée postérieurement. La FINMA enjoint le gérant de s'abstenir d'exercer toute activité soumise à autorisation en vertu du droit des marchés financiers, sous quelque appellation que ce soit, personnellement ou par le biais de tiers, ainsi que toute publicité correspondante. De plus, elle ordonne la publication de sa décision au sens de l'art. 34 LFINMA.

La personne et la société concernées attaquent la décision de la FINMA devant le TAF, qui rejette le recours. Les concernées forment alors un recours en matière de droit public auprès du Tribunal fédéral. Elles estiment que l'ordre de cesser leur activité est formulé de manière incorrecte et que sa publication constituerait une sanction de nature pénale, entraînant une violation du principe *nemo tenetur* et de la présomption d'innocence ancrés notamment à l'art. 6 ch. 1 CEDH, en raison du devoir d'information découlant de l'art. 29

LFINMA.

Le Tribunal fédéral est appelé à déterminer si la décision de la FINMA est licite et à se prononcer en particulier sur le caractère pénal ou non de la publication de ladite décision.

Droit

Le Tribunal fédéral commence par analyser l'origine de la sanction réputationnelle du « *naming and shaming* » telle que prévue par l'art. 34 LFINMA. Il explique qu'elle a pour modèles la *public censure* de la *Financial Services Authority* (FSA, devenue depuis la *Financial Conduct Authority*) britannique et d'anciennes dispositions de l'UE, selon lesquelles les Etats parties devaient prévoir la possibilité pour les autorités de rendre publique toute mesure ou sanction – pour autant que cela ne menace pas la stabilité des marchés financiers, ni n'inflige aux intéressé(e)s un dommage disproportionné. À l'instar de la *public censure* de la FSA, la sanction réputationnelle du « *naming and shaming* » vise à dissuader les personnes ayant violé le droit de la surveillance de commettre de nouvelles violations et à décourager les autres d'enfreindre ces règles, de manière préventive. De manière générale, cette mesure a pour but de mettre en lumière les avantages d'un comportement conforme au droit. Le Tribunal fédéral ajoute que, selon une compréhension moderne de la loi européenne, la publication de la sanction vise principalement la transparence du marché, par le biais d'une mise en garde de ses participants potentiels. Il précise toutefois que plus l'écart temporel est long entre le moment de la commission de l'infraction et celui de la publication de la sanction, plus le caractère punitif de celle-ci peut passer au premier plan.

Citant sa jurisprudence antérieure, le Tribunal fédéral explique que la publication au sens de l'art. 34 LFINMA constitue une sanction administrative répressive (*repressive verwaltungsrechtliche Sanktion*) et une mesure préventive de protection du public (arrêt 2C_122/2014, consid. 6.1) qui n'a pas l'effet d'une mesure pénale au sens de l'art. 6 CEDH (arrêt 2C_177/2019, consid. 5.1). Il précise que les sanctions administratives servent d'instrument de mise en œuvre de l'ordre administratif (*Realdurchsetzung der administrativen Ordnung*), ce qui représente un intérêt public important. Les sanctions administratives répressives constituent une catégorie propre de ce type de sanctions. Elles

sont reconnues de longue date dans la doctrine suisse et sont également présentes en droit comparé. Concernant leur effet répressif, ces sanctions poursuivent le même objectif que le droit pénal. Le Tribunal fédéral souligne toutefois que toute sanction n'ayant pas d'effet exécutoire ou restitutif ne doit pas nécessairement être qualifiée de pénale.

En raison des différents intérêts en jeu, les garanties spéciales adaptées au droit pénal, comme la présomption d'innocence, ne peuvent simplement être transposées telles quelles à l'application du droit administratif. Ainsi, selon le Tribunal fédéral, il convient d'appliquer les « critères *Engel* » (*Engel-Kriterien*) développés par la CourEDH (cf. arrêts *Engel et autres c. Pays-Bas* du 8 juin 1976, §§ 82-83 et *Rola c. Slovénie* du 4 juin 2019, § 54) pour déterminer si une mesure est assimilable à une accusation en matière pénale. Selon cette jurisprudence, on est en présence d'une accusation pénale dans trois cas, soit lorsque le droit national assimile la mesure étatique au droit pénal (1) ou que la nature (2) ou la gravité de l'infraction et/ou de la sanction plaide en faveur de son caractère pénal (3).

L'art. 34 LFINMA, sur lequel est fondée la mesure d'espèce, fait partie des instruments de surveillance d'une législation de police économique, de sorte que le premier critère n'est pas satisfait. Au terme d'une brève analyse de la situation sur le plan européen, le Tribunal fédéral considère que cette condition n'est pas davantage remplie du point de vue du droit comparé.

Il précise ensuite que l'art. 34 LFINMA ne s'adresse pas au public en général, mais uniquement au cercle restreint des personnes soumises à surveillance selon l'art. 3 let. a LFINMA, et donc à une catégorie professionnelle spécifique. Il en déduit que la mesure de publication prévue par l'art. 34 LFINMA n'est pas rattachée à la faute individuelle au sens du droit pénal, mais à un manquement grave de l'intéressé à ses obligations de surveillance. Le Tribunal fédéral ajoute que le fait de publier une décision est aujourd'hui moins axé sur le « *naming and shaming* », qui peut avoir un effet répressif ou préventif, que sur la réalisation de la transparence du marché en tant qu'élément essentiel du fonctionnement des marchés financiers. Même dans un cas de retrait permanent de l'autorisation d'exercer, la CourEDH a jugé que le désavantage économique qui peut en découler pour la personne concernée ne suffit pas à qualifier la sanction de pénale (cf. arrêt *Rola* précité, § 66), de

sorte que des restrictions temporaires sont encore moins à même d'entraîner une telle qualification. Le Tribunal fédéral conclut que la nature et la gravité de l'infraction indiquent que la sanction constitue plutôt une mesure disciplinaire administrative. Ainsi, la publication d'une décision en matière de surveillance, basée sur l'art. 34 LFINMA et limitée dans le temps de manière appropriée, ne remplit aucun des « critères *Engel* ».

Par ailleurs, le Tribunal fédéral indique que la publication d'une décision au sens de l'art. 34 LFINMA nécessite une grave violation du droit de la surveillance, conformément aux principes de proportionnalité et d'opportunité. Il précise toutefois que l'acceptation de dépôts du public à titre professionnel sans autorisation présente par essence une certaine gravité. Le Tribunal fédéral ajoute que, s'il convient de prendre en compte les circonstances particulières du cas d'espèce, une mise en danger concrète de biens de police n'est pas nécessaire, l'art. 3 al. 1 LB visant un danger abstrait. Finalement, il considère que la publication de la décision sur le site Internet de la FINMA pour une durée de deux ans n'est pas disproportionnée, compte tenu de la gravité de la violation et de l'absence de circonstances particulières.

La décision de la FINMA enjoint le recourant de s'abstenir d'exercer toute activité soumise à autorisation en vertu du droit des marchés financiers. Or, comme ce dernier le relève dans l'un de ses griefs, il convient de lui interdire uniquement l'exercice d'une telle activité *sans autorisation correspondante*. Le Tribunal fédéral accepte donc le recours sur ce point, et le rejette pour le surplus.

Note

Comme le relève Katia Villard dans son commentaire de l'arrêt 2C_92/2019* (*in* : https://cdbf.ch/1111/), « le raisonnement du Tribunal fédéral apparait *a priori* conforme à la jurisprudence – certes incertaine – de la CourEDH (cf. par ex. Décision *Biagioli c. San Marino* du 13 septembre 2016, § 49 ss). »

Proposition de citation : Marion Chautard, La publication d'une décision de la FINMA comme sanction administrative et non pénale, in: https://lawinside.ch/888/