**procédure pénale**

# *Nemo tenetur* face à l'obligation de collaborer selon la LFINMA

Arrêt TPF CA.2020.10 (d) du 2 août 2021

---

*Par Hadrien Monod/Andrés Payer, le 26 octobre 2021*

> Les déclarations faites à la FINMA ou à un chargé d'enquête lors d'une procédure d'*enforcement* durant laquelle il existe une obligation générale de collaborer peuvent être exploitées au cours d'une procédure pénale subséquente à l'encontre de la personne concernée. Celle-ci doit cependant être informée de son droit de refuser de collaborer et ne subir aucune contrainte abusive de la part de l'autorité, à défaut de quoi le principe *nemo tenetur se ipsum accusare* serait violé.

## I. En fait

Après une communication de la banque Coutts au MROS en mars 2015 concernant ses relations bancaires avec une société liée à l'affaire de corruption « 1MDB », la FINMA ouvre une procédure d'*enforcement* à l'encontre de la banque, puis par la suite, contre A, ancien employé de celle-ci. La FINMA dénonce ce dernier en février 2017 au Département fédéral des finances qui ouvre en août 2018 une procédure pénale notamment à l'encontre de A en raison de soupçons de violation de l'obligation de communiquer (art. 37 LBA).

Par mandat de répression de juin 2019, le DFF constate que A s'est rendu coupable de la commission par négligence de l'infraction précitée et le condamne à une amende de CHF 10'000.-. A fait opposition et, le 3 septembre 2019, est condamné à la même peine pour violation intentionnelle de l'obligation de communiquer par prononcé pénal. A requiert alors d'être jugé par un tribunal (art. 72 DPA) et la cause est renvoyée au Tribunal pénal fédéral devant lequel le DFF requiert cette fois-ci le prononcé d'une amende de CHF 20'000.-. Le 28 juillet 2020, A est reconnu coupable d'une violation intentionnelle de l'obligation de communiquer, commise du 26 janvier 2010 au 6 septembre 2012, et est condamné à une amende de CHF 50'000.-. A fait appel de cette dernière décision devant la Cour d'appel du TPF (la Cour).

## II. En droit

A considère que ses déclarations en juillet 2016 devant le chargé d'enquête (art. 36 LFINMA) et en janvier 2018 devant la FINMA ne sauraient être exploitées dans la procédure pénale sans violer le principe *nemo tenetur (se ipsum accusare)*. En substance, il fait valoir que les déclarations tenues devant le chargé d'enquête ont été faites sans qu'il n'ait été mis au courant de son droit de ne pas s'auto-incriminer. S'agissant des déclarations devant la FINMA, il les considère également inexploitables au motif qu'elles auraient été obtenues par une tromperie, puisque, selon lui, la FINMA aurait dû l'informer que des poursuites pénales

avaient été initiées par la dénonciation au DFF (c. 2.1.1).

La Cour commence son analyse en rappelant les constats de l'autorité inférieure, à savoir que A n'avait pas la qualité de prévenu ni lors de son entretien avec le chargé d'enquête ni lors de son audition par la FINMA et que, par conséquent, aucune annonce de ses droits selon les « *Miranda warnings* » n'était nécessaire. De plus, il avait été informé que l'entretien avec le chargé d'enquête se faisait sur une base volontaire et de façon informelle. Lors de son audition par la FINMA, A avait été informé, en présence de son avocat, qu'il pouvait refuser de répondre à ses questions et qu'en vertu de l'art. 38 al. 1 et 3 LFINMA, la FINMA était autorisée à, respectivement obligée de transmettre des informations aux autorités pénales. Pour ces raisons, l'autorité inférieure a estimé que A avait été informé de façon complète et sans que ses déclarations n'aient été obtenues par un moyen de coercition (c. 2.1.2).

D'après la Cour, la question de savoir à partir de quand A a acquis la qualité de prévenu ne s'examine qu'en relation à l'audition devant la FINMA (janvier 2018) puisque l'entretien devant le chargé d'enquête s'est déroulé avant même la dénonciation de la FINMA au DFF. Cela dit, il ne ressortait pas de la plainte de la FINMA que A était spécifiquement visé. L'instance précédente en a déduit que l'on ne saurait accorder la qualité de prévenu à A lors de ces secondes déclarations (c. 2.1.4.1). La Cour constate *inter alia* qu'il n'apparaît pas que le DFF enquêtait ou collectait des preuves sur A au moment son audition par la FINMA. Par conséquent, elle réfute le statut matériel de prévenu de A et confirme la conclusion de l'instance précédente selon laquelle il ne pouvait pas invoquer directement ses droits liés à la procédure pénale lors de son audition devant la FINMA (c. 2.1.4.2).

Concernant la problématique liée à l'exploitation au sein de la procédure pénale des déclarations obtenues durant la procédure (administrative) d'*enforcement* et la violation du principe *nemo tenetur*, la Cour met en lumière la tension entre ce principe et l'obligation de collaborer en droit administratif. À ce titre, elle ajoute que celle-ci est exacerbée par le fait que l'art. 38 LFINMA prévoit une assistance mutuelle entre les autorités pénales et la FINMA. La question se pose ainsi de savoir si le droit de se taire s'applique également lors d'une procédure d'*enforcement* (c. 2.1.5.5).

D'un côté, la Cour admet que les procédures d'*enforcement* et les mesures que la FINMA peut prendre ont des répercussions importantes pour la personne concernée, ce qui pencherait pour reconnaître la notion d'accusation en matière pénale au sens de l'art. 6 CEDH (c. 2.1.5.6). D'un autre côté, elle renvoie à la jurisprudence du Tribunal fédéral rendue en matière de mesures administratives découlant de la LFINMA (art. 32 ss LFINMA) dont la coloration pénale y a, pour l'instant, toujours été niée (c. 2.1.5.7). Ce dernier constat empêche ainsi A de se prévaloir des garanties de l'art. 6 CEDH déjà au stade d'une procédure d'*enforcement*. De plus, A savait que son interrogatoire par le chargé d'enquête se faisait de manière informelle et sur une base volontaire, et qu'il pouvait, lors de son audition devant la FINMA, refuser de répondre aux questions qui l'exposeraient à un risque de poursuites pénales. Le fait que cette possibilité lui ait été octroyée permet de tenir compte de manière adéquate du principe *nemo tenetur*, quand bien même son refus de coopérer pourrait être pris en compte lors de l'appréciation des preuves par la FINMA (c. 2.1.5.8).

Ensuite, la Cour explique que pour pouvoir être exploités dans le cadre d'une procédure pénale, les moyens de preuve obtenus au cours d'une procédure administrative doivent satisfaire les principes de récolte de la première et ainsi le principe *nemo tenetur*. Cela signifie que la personne concernée doit être rendue attentive – durant la procédure administrative – sur son droit de refuser de collaborer et qu'elle ne doit subir aucune pression ou coercition si elle décide de faire usage de ce dernier. Les autorités ne peuvent notamment pas mener leur poursuite en recourant à des preuves obtenues par la contrainte ou au mépris de la volonté de la personne concernée. Cela étant, toute obligation de collaborer n'emporte pas en soi immédiatement la violation du principe *nemo tenetur*. Celui-ci peut être restreint selon que la nature et le degré de coercition exercée pour obtenir les preuves, les moyens de défense et l'utilisation des preuves sont suffisamment pris en compte pour garantir l'essence même du principe. Or, pour la Cour, ni la FINMA ni le chargé d'enquête n'ont fait subir une telle coercition à A. Par ailleurs, le fait qu'il ait été mis au courant que son refus de collaborer pourrait être pris en compte lors de l'appréciation des preuves ne représente pas une contrainte abusive. Dès lors, les déclarations faites par A peuvent être exploitées dans une procédure pénale (c. 2.1.5.9).

En fin de compte, la Cour balaie l'argument de A selon lequel le fait que la FINMA ne l'ait pas informé qu'elle avait déposé une plainte auprès du DFF constituerait une tromperie susceptible de rendre inexploitable les déclarations obtenues lors de l'interrogatoire devant l'autorité de surveillance. En effet, A n'avait concrètement pas le statut de prévenu à cet instant, si bien qu'elle n'était pas tenue de lui faire part de sa plainte (qui ne le visait d'ailleurs pas spécifiquement) et n'a donc pas porté atteinte à ses droits (c. 2.1.6.1). En outre, la Cour ajoute qu'il ne paraît pas clair dans quelle mesure la connaissance de ladite plainte aurait permis à A de faire un usage différent de son droit de se taire dès lors qu'il avait, de son propre aveu, souhaité répondre à certaines questions pour se disculper (c. 2.1.6.3). Pour toutes ces raisons, la Cour approuve le jugement de première instance et valide l'exploitation des interrogatoires de A. Le recours de ce dernier est donc rejeté et le jugement attaqué confirmé.

## III. Commentaire

Cet arrêt n'ayant pas fait l'objet d'un recours au TF, il est entré en force.

### 1. *Nemo tenetur se ipsum accusare*

Il permet de tirer deux conclusions concernant le principe *nemo tenetur*.

Premièrement, il paraît douteux d'admettre la qualité d'accusé (au sens de l'art. 6 CEDH) à une personne faisant l'objet d'une procédure d'*enforcement*, malgré les importantes répercussions que celle-ci pourrait avoir à son endroit. Nous estimons néanmoins qu'un tel postulat devrait être tempéré s'il apparaît aisément que la personne concernée fait ou fera assurément l'objet d'une plainte pénale. En effet, il semble ressortir de la jurisprudence de la CourEDH que même si des procédures pénales n'ont pas encore débuté, mais sont envisageables, l'art. 6 CEDH peut déjà entrer en ligne de compte[1]. D'ailleurs, bien que la

LFINMA ne contienne – aux yeux du TF – aucune sanction à caractère pénal, il n'est pas rare que les actes concernés fondent ensuite l'ouverture d'une procédure pénale. Il nous paraît ainsi délicat de nier par avance l'absence totale de coloration pénale d'une procédure d'*enforcement*. Selon le raisonnement d'espèce de la Cour, l'on pourrait se demander si elle serait parvenue au même résultat si la plainte de la FINMA avait visé directement A.

Deuxièmement, ainsi que le souligne la Cour, la position de la personne concernée est encore plus fragilisée par l'art. 38 LFINMA selon lequel les autorités pénales et administratives peuvent communiquer très librement, sans qu'elle puisse s'y opposer ou contrôler le contenu de l'échange. Comme le souligne la Cour, pour examiner si le principe *nemo tenetur* n'a pas été restreint dans une mesure telle qu'il y a lieu de constater sa violation, il convient non seulement de prendre en compte la nature et le degré de coercition, mais également de tenir compte des moyens de défense concrets accordés à la personne concernée. Or, selon nous, de tels moyens n'existent ni dans la LFINMA ni dans la DPA, à l'image de ce que les art. 104 al. 3 LTVA ou 183 al. 1bis LIFD peuvent proposer.

Par conséquent, la solution de la Cour ne nous paraît pas critiquable tant A a concrètement été informé de son droit de refuser de collaborer, des conséquences d'un éventuel refus et qu'il n'a pas subi de contrainte abusive (par exemple une menace de sanction en cas de non-coopération). Cependant, il faut admettre que les effets de l'art. 38 LFINMA réduisent considérablement la position des personnes concernées vis-à-vis de leur droit de ne pas s'auto-incriminer. Au regard du droit à un procès équitable, il serait donc souhaitable que, dans l'optique d'une procédure pénale, des garanties compensatoires leur soit accordées afin de compenser l'atteinte faite au principe *nemo tenetur*. L'on peut notamment penser au consentement exprès du prévenu requis pour exploiter les renseignements fournis, à l'image de l'art. 104 al. 3 LTVA ou à la création d'un droit de regard dans le cadre d'un échange d'informations entre autorités selon l'art. 38 LFINMA.

**2. *Reformatio in peius***

Il apparaît que plus le prévenu a résisté à sa condamnation, plus il a été jugé sévèrement. Si le mandat de répression sanctionnait tout d'abord une violation par négligence de l'obligation de communiquer par une amende de CHF 10'000.-, la répression du comportement reproché à A s'est aggravée, d'abord dans l'intensité délictuelle puisque c'est une violation intentionnelle qui a été retenue dans le prononcé pénal, puis dans la sanction elle-même. Le DFF en tant qu'autorité de poursuite a requis une amende de CHF 20'000.- en première instance, alors qu'il avait jusqu'alors infligé une sanction inférieure. L'autorité judiciaire a finalement sanctionné A par une amende supérieure, c'est-à-dire de CHF 50'000.-. Cela peut sembler problématique dans la mesure où une telle pratique peut dissuader un prévenu de se battre contre un mandat de répression et un prononcé pénal, même s'il a raison de le faire.

On nous a fait remarquer qu'il faudrait appliquer l'art. 391 al. 2 CPP consacrant l'interdiction de la *reformatio in peius*, par analogie ou *cum* art. 82 DPA à l'opposition au mandat de répression respectivement à la demande de jugement consécutif à un prononcé pénal. Une

telle interprétation dépasse le cadre admissible de ce que permettraient les règles d'interprétation en la matière. En effet, il ne s'agit ici pas de voies de recours au sens strict (*Rechtsmittel*), mais de moyens de droit (*Rechtsbehelfe*) auxquels l'art. 391 al. 2 CPP n'est pas applicable ni en relation à l'art. 82 DPA ni par analogie. En ce qui concerne la demande de jugement, celle-ci est comparable à l'opposition à l'ordonnance pénale (art. 354 CPP) qui n'est pas couverte par l'interdiction de la *reformatio in peius* (Viktor LIEBER, *in* : Andreas Donatsch *et al.* [éds], Kommentar zur Schweizerischen Strafprozessordnung StPO, 3e éd., Zurich/Bâle/Genève 2020, tome 2, art. 391 N 9). S'agissant de l'opposition au mandat de répression, il existe une disposition spéciale, à savoir l'art. 70 al. 1 phrase 2 DPA. Il ressort de son libellé différant de celui de l'art. 391 al. 2 CPP que le prononcé pénal ne peut généralement pas contenir une sanction plus sévère, mais une qualification juridique plus stricte que le mandat de répression. *Cf.* aussi TF 6B_1304/2017 du 25.6.2018, c. 5.4 ; BSK VStrR-BURRI/EHMANN, art. 70 N 10 s.

### 3. Prescription

Enfin, la présente affaire soulève des questions de prescription. Cependant, le TPF s'appuie essentiellement (SK.2019.55 du 28.7.2020, c. 1.4) sur la jurisprudence extensive du TF selon laquelle l'art. 37 LBA constitue une infraction continue, « [l]'obligation de communiquer dure aussi longtemps que les valeurs peuvent être découvertes et confisquées »[2], et le prononcé pénal met un terme au cours de la prescription[3]. Ces constats établis, il n'y a pas lieu de discuter plus avant cette problématique.

1. CourEDH, *Ibrahim et autres c. Royaume-Uni* du 13.9.2016, § 249 et les réf. cit. ; CourEDH, *Shannon c. Royaume-Uni* du 4.10.2005, § 34 s. ; CourEDH, *Heaney et McGuinness c. Irlande* du 21.12.2000, §§ 42 ss : « Si les requérants en l'espèce n'ont pas été officiellement accusés [...], la Cour estime qu'il y avait, à ce stade, ‹ des répercussions importantes › sur leur situation et qu'ils se trouvaient ‹ accusés › au moment susmentionné [...] » ; CourEDH, *Funke c. France* du 25.2.1993, §§ 39 ss, dans lequel la CourEDH admet une violation de l'art. 6 CEDH alors même que le requérant ne faisait pas l'objet de poursuites « pénales ».[↩]
2. ATF 144 IV 391, c. 3.1 ; 142 IV 276, c. 5.4.2 ; critique : Marcel Alexander NIGGLI/Louis Frédéric MUSKENS, Verletzung der Meldepflicht (Art. 37 GwG) – Ein Dauerdelikt ?, *in* : Yvan Jeanneret/Bernhard Sträuli (éds), Empreinte d'une pionnière sur le droit pénal, Mélanges en l'honneur d'Ursula Cassani, Genève/Zurich/Bâle 2021, 307 ss, 315 ss.[↩]
3. ATF 133 IV 112, c. 9.4.4 ; TF 6B_786/2020 du 11.1.2021*, c. 1.3-1.9 ; TF 6B_207/2017 du 11.9.2017, c. 1.5 ss avec références ; *pro* : BSK VStrR-BURRI/EHMANN, art. 70 N 26 ss ; *contra* : Alain MACALUSO/Andrew GARBARSKI, Violation de l'obligation de communiquer (art. 37 LBA) – prescription de l'action pénale et notion de soupçons fondés, *in* : verwaltungsstrafrecht.ch ; Alain MACALUSO/Andrew M. GARBARSKI, PJA 2018, 117 ss, 120 ss ; Nora MARKWALDER/Friedrich FRANK, fp 2018, 541 ss, 543.[↩]

---

**Proposition de citation :** Hadrien MONOD/Andrés PAYER, *Nemo tenetur* face à l'obligation de collaborer selon la LFINMA, in : https://www.crimen.ch/46/ du 26 octobre 2021