



Collection lausannoise

Camille Perrier Depeursinge / Nathalie Dongois /
Andrew M. Garbarski / Carlo Lombardini / Alain Macaluso
(éditeurs)

Cimes et Châtiments

Mélanges en l'honneur du
Professeur Laurent Moreillon

Unil



Stämpfli Editions



Collection lausannoise

Camille Perrier Depeursinge / Nathalie Dongois / Andrew M. Garbarski /
Carlo Lombardini / Alain Macaluso (éditeurs)

Cimes et Châtiments



A handwritten signature in black ink, consisting of a large, stylized initial 'S' followed by several smaller, connected letters.



Collection lausannoise

Cimes et Châtiments

Mélanges en l'honneur
du Professeur Laurent Moreillon

Édité par

Camille Perrier Depeursinge

Nathalie Dongois

Andrew M. Garbarski

Carlo Lombardini

Alain Macaluso



Stämpfli Editions

© Stämpfli Editions SA Berne

Comité éditorial

Hansjörg Peter; Damiano Canapa, Robert J. Danon,
Anne-Christine Favre, Andrew M. Garbarski, Eva Lein

Information bibliographique de la Deutsche Nationalbibliothek
La Deutsche Nationalbibliothek a répertorié cette publication dans la Deutsche Nationalbibliografie; les données bibliographiques détaillées peuvent être consultées sur Internet à l'adresse <http://dnb.d-nb.de>.

Tous droits réservés, en particulier le droit de reproduction, de diffusion et de traduction. Sans autorisation écrite de l'éditeur, l'œuvre ou des parties de celle-ci ne peuvent pas être reproduites, sous quelque forme que ce soit (photocopies, par exemple), ni être stockées, transformées, reproduites ou diffusées électroniquement, excepté dans les cas prévus par la loi.

© Stämpfli Editions SA Berne · 2022
www.staempfliverlag.com

Print ISBN 978-3-7272-2982-4

Dans notre librairie en ligne www.staempflishop.com,
la version suivante est également disponible :

E-Book ISBN 978-3-7272-6177-0



Le principe *nemo tenetur* et les sanctions administratives pécuniaires

VINCENT MARTENET

Professeur, Doyen de la Faculté de droit, des sciences criminelles
et d'administration publique, Université de Lausanne

STÉPHANIE TUMINI

Assistante diplômée, Université de Lausanne

Table des matières

I.	Introduction.....	383
II.	Le principe <i>nemo tenetur</i>	383
III.	L'obligation de collaborer des parties en procédure administrative	384
IV.	Les procédures administratives revêtant un caractère pénal au sens de l'art. 6 par. 1 CEDH	385
A.	La tension entre le principe <i>nemo tenetur</i> et l'obligation de collaborer.....	385
B.	La portée du principe <i>nemo tenetur</i> selon le mode d'administration des preuves	387
C.	La portée du principe <i>nemo tenetur</i> selon la nature juridique du sujet de droit visé	387
D.	La tension entre le principe <i>nemo tenetur</i> et l'obligation de témoigner.....	392
V.	Conclusion	393

Bibliographie

CHRISTOPH AUER/ANJA MARTINA BINDER, in : Auer/Müller/Schindler (édit.), *Komm. VwVG*, 2^e éd., Zurich 2019, art. 13 ; SIMON BANGERTER, in : Amstutz/Reinert (édit.), *BSK Kartellgesetz*, Bâle 2010, art. 42 ; BENOÎT BOVAY, *Procédure administrative*, 2^e éd., Berne 2015 ; GUILLAUME BRAIDI, *L'individu en droit de la surveillance financière*, Zurich 2016 ; JÉRÔME CANDRIAN, *Introduction à la procédure administrative fédérale*, La procédure devant les autorités administratives fédérales et le Tribunal administratif fédéral, Bâle 2013 ; BLAISE CARRON, *Nemo tenetur en droit de la concurrence – un état des lieux suite à l'arrêt du TAF Swisscom ADSL*, in : Hochreutener/Stoffel/Amstutz (édit.), 8^e Journée de droit de la concurrence, Berne 2017, p. 25 ss ; ANDREAS DONATSCH, *Im Labyrinth des Steuerstrafrechts*, recht 2019, p. 121 ss ; ANDREAS DONATSCH/JASMINA SMOKVINA, *Der « Nemo-tenetur-Grundsatz » im Strafverfahren gegen Unternehmen – insbesondere unter Berücksichtigung der Kombination von Verwaltungs- und Strafverfahren*, in : Weber et al. (édit.), *Aktuelle Herausforderungen des Gesellschafts- und Finanzmarktrechts* : Festschrift für

Hans Caspar von der Crone zum 60. Geburtstag, Zurich 2017, p. 863 ss ; JEREMIAS FELLMANN/LUZIA VETTERLI, « Nemo tenetur » light bei strafähnlichen Verwaltungssanktionen ?, *forumpoenale* 2015, p. 43 ss ; CLÉMENCE GRISEL, L'obligation de collaborer des parties en procédure administrative, Zurich/Bâle/Genève 2008 ; HELEN KELLER/DAVID SUTER, Ne bis in idem und nemo tenetur im Steuerstrafrecht, *RF* 2019, p. 4 ss ; ALFRED KÖLZ/ISABELLE HÄNER/MARTIN BERTSCHLI, *Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes*, 3^e éd., Zurich 2013 ; PATRICK KRAUSKOPF/KATRIN EMMENEGGER/FABIO BABEY, in : Waldmann/Weissenberger (édit.), *VwVG Praxiskommentar*, 2^e éd., Zurich 2016, art. 13 ; JENS LEHNE, in : Amstutz/Reinert (édit.), *BSK Kartellgesetz*, Bâle 2010, art. 2 ; VIKTOR LIEBER, in : Donatsch et al. (édit.), *SK Kommentar zur Schweizerischen Strafprozessordnung StPO*, 3^e éd., Zurich 2020, art. 112 ; ALAIN MACALUSO, in : Jeanneret/Kuhn/Perrier Depeursinge (édit.), *CR Code de procédure pénale suisse*, 2^e éd., Bâle 2019, art. 113 ; LAURA MACULA, Erzwungene Selbstbelastung oder freiwillige Auskunft ? Zur Verwertbarkeit von Unternehmensdossiers zuhanden der FINMA, *RPS* 2018, p. 30 ss ; DAVID MAMANE, Nemo tenetur im kartellrechtlichen Sanktionsverfahren – Anmerkungen aus Sicht der Praxis, in : Hochreutener/Stoffel/Amstutz (édit.), 8^e Journée de droit de la concurrence, Berne 2017, p. 71 ss ; VINCENT MARTENET/PIERRE-ALAIN KILLIAS, in : Martenet/Bovet/Tercier (édit.), *CR Droit de la concurrence (LCart)*, 2^e éd., Bâle 2012, art. 2 ; GIULIA MEIER, Nemo tenetur in kartellrechtlichen Verfahren, *sic!* 2018, p. 453 ss ; CHRISTIAN MEYER, Die Praxis zu den Mitwirkungspflichten im Verwaltungsverfahren, *recht* 2020, p. 57 ss (cité : Mitwirkungspflichten) ; CHRISTIAN MEYER, Die Mitwirkungsmaxime im Verwaltungsverfahren des Bundes : Ein Beitrag zur Sachverhaltsfeststellung als arbeitsteiligem Prozess, Zurich 2019 (cité : Mitwirkungsmaxime) ; PIERRE MOOR/ETIENNE POLTIER, *Droit administratif II, Les actes administratifs et leur contrôle*, 3^e éd., Berne 2011 ; ANDREAS NOLL, Fernwirkung des strafprozessualen Nemo-tenetur-Satzes in andere Rechtsgebiete, *forumpoenale* 2020, p. 177 ss ; DAVID RAEDLER, Commentaire de l'arrêt du Tribunal fédéral 6B_48/2020 et 6B_49/2020 du 26 mai 2020, *GesKR* 2020, p. 544 ss ; RENÉ RHINOW ET AL., *Öffentliches Prozessrecht*, 3^e éd., Bâle 2014 ; SIMON ROTH, Zum Zweiten : Die Geltung von nemo tenetur im Verwaltungsverfahren, *Jusletter* du 24.11.2014 (cité : Zum Zweiten) ; SIMON ROTH, Die Geltung von nemo tenetur im Verwaltungsverfahren, *Jusletter* du 17.2.2014 (cité : Geltung) ; BERNHARD STRÄULI, La procédure pénale dans la jurisprudence du Tribunal fédéral (1/2), *RPS* 2020, p. 49 ss ; THIERRY TANQUEREL, *Manuel de droit administratif*, 2^e éd., Zurich 2018 ; ROGER THOMI/HERBERT WOHLMANN, Der Täter als Zeuge im Kartellverfahren, *Jusletter* du 13.6.2016 ; MICHAEL TSCHUDIN, Mitwirkungspflicht an der eigenen Sanktionierung, *PJA* 2016, p. 323 ss ; JEAN-MARC VERNIORY, in : Jeanneret/Kuhn/Perrier Depeursinge (édit.), *CR Code de procédure pénale suisse*, 2^e éd., Bâle 2019, art. 158 ; KATIA VILLARD, Blanchiment d'argent : la banque face au risque pénal, *RSDA* 2018, p. 113 ss ; STEPHANE WERLY, in : Jeanneret/Kuhn/Perrier Depeursinge (édit.), *CR Code de procédure pénale suisse*, 2^e éd., Bâle 2019, art. 169 ; BEAT ZIRLICK/SIMON ODERMATT, Gedanken zum Nemo-tenetur-Grundsatz im Kartellverwaltungsverfahren, in : Hochreutener/Stoffel/Amstutz (édit.), 8^e Journée de droit de la concurrence, Berne 2017, p. 89 ss.

I. Introduction*

Les procédures administratives présentent une grande diversité en Suisse. La loi fédérale du 20 décembre 1968 sur la procédure administrative (PA) ne régit que partiellement la matière. D'une part, de nombreuses normes procédurales se trouvent dans d'autres lois qui dérogent à la PA ou la complètent. D'autre part, cette dernière cohabite avec des lois cantonales. En effet, la procédure administrative n'est pas unifiée en Suisse.

Cette diversité est nettement perceptible dans le domaine des sanctions administratives pécuniaires. Aucune disposition de la loi fédérale sur la procédure administrative ne leur est consacrée. Le législateur fédéral n'a d'ailleurs procédé à aucune réflexion d'ensemble à leur propos. Toutefois, le Conseil fédéral a récemment effectué une analyse de la problématique notamment suite à un postulat accepté par le Conseil national le 4 mars 2019¹. Pour l'heure, la matière relève de lois spéciales dont on s'accorde à penser qu'elles sont pour le moins disparates.

Pour autant, certaines questions générales et fondamentales, dont le dédicataire de ces mélanges est friand, traversent le domaine des sanctions administratives pécuniaires. L'une d'entre elles se rapporte au principe *nemo tenetur se ipsum accusare* (II) et à la relation de celui-ci avec l'obligation des parties de collaborer en procédure administrative (III). Le premier entre en tension avec la seconde lorsque les procédures revêtent un caractère pénal au sens de l'art. 6 par. 1 CEDH (IV), invitant à une approche nuancée de cette problématique (V).

II. Le principe *nemo tenetur*

Le principe *nemo tenetur se ipsum accusare* autorise une personne faisant l'objet d'une accusation à caractère pénal à ne pas contribuer à sa propre incrimination². Ce droit est explicitement garanti par l'art. 14 par. 3 let. g du Pacte ONU II. Il se trouve également au cœur de la notion de « procès équitable » consacrée par l'art. 6 par. 1 CEDH et découle implicitement de la présomption d'innocence (art. 6 par. 2 CEDH). Le droit de ne pas s'auto-incriminer n'est pas expressément inscrit dans la Constitution fédérale. Toute-

* Nous tenons à remercier M. Hadrien Monod, assistant diplômé à l'Université de Lausanne, de ses précieux commentaires sur le manuscrit.

¹ Rapport du Conseil fédéral relatif aux sanctions administratives pécuniaires, donnant suite au postulat 18.4100, Berne, 23.02.2022.

² CourEDH, *Chambaz c. Suisse* du 05.04.2012, § 52 ; CourEDH, *Saunders c. Royaume-Uni* du 17.12.1996, § 68 s ; CourEDH, *Funke c. France* du 25.02.1993, § 44.

fois, il se fonde implicitement sur les art. 29 al. 1 et 32 al. 1 et 2 Cst. Il est également lié au respect de la dignité humaine (art. 7 Cst.)³. Ce droit fondamental du prévenu figure à l'art. 113 al. 1 phr. 1-2 CPP⁴.

En vertu du principe *nemo tenetur se ipsum accusare*, les autorités ne sont pas autorisées à mener leur accusation en exploitant des éléments de preuves obtenus par la contrainte ou sous la pression, au mépris de la volonté du prévenu. Ce principe ne s'étend toutefois pas à l'exploitation de données recueillies par des mesures coercitives autorisées par la loi mais qui existent indépendamment de la volonté du prévenu telles que des prélèvements de sang ou de tissus corporels en vue d'une analyse de l'ADN ou encore des objets séquestrés lors d'une perquisition⁵. En revanche, l'autorité n'est pas autorisée à contraindre le prévenu à fournir lui-même une preuve qu'elle ne pourrait ni ne voudrait se procurer par un autre moyen⁶.

III. L'obligation de collaborer des parties en procédure administrative

Selon la maxime inquisitoire, l'autorité en charge d'une procédure administrative constate les faits d'office et administre les preuves (art. 12 PA)⁷. La maxime inquisitoire est toutefois tempérée par le devoir de collaboration des parties à la constatation des faits prévu par de nombreuses normes. Au niveau fédéral, les parties sont tenues de collaborer à l'établissement des faits dans les procédures qu'elles introduisent elles-mêmes (art. 13 al. 1 let. a PA),

³ ATF 140 II 384, consid. 3.3.1 et 3.3.2, JdT 2015 I 3 ; ATF 138 IV 47, consid. 2.6.1, JdT 2012 IV 292 ; ATF 131 IV 36, consid. 3.1, JdT 2005 I 529 ; ATF 130 I 126, consid. 2.1 ; Komm. VwVG-AUER/BINDER, art. 13 N 11 ; CARRON, p. 27 ss ; DONATSCH/SMOKVINA, p. 864 s et 868 ; VwVG Praxiskommentar-KRAUSKOPF/EMMENEGGER/BABEY, art. 13 N 86 ; MAMANE, p. 73 ; MEIER, sic ! 2018, p. 455 ; MEYER, Mitwirkungsmaxime, N 443 s ; NOLL, forumpoenale 2020, p. 182 ; ZIRLICK/ODERMATT, p. 95.

⁴ CR CPP-MACALUSO, art. 113 N 1.

⁵ CourEDH, *Jalloh c. Allemagne* du 11.07.2006, § 100 ss ; CourEDH, *Saunders c. Royaume-Uni* du 17.12.1996, § 69 ; KELLER/SUTER, RF 2019, p. 6 ; RAEDLER, p. 551 ; STRÄULI, RPS 2020, p. 51.

⁶ CourEDH, *Funke c. France* du 25.02.1993, § 44.

⁷ TF 2A.117/2001 du 19.03.2001, consid. 2b ; TAF A-597/2019 du 27.01.2020, consid. 5.3.2 ; TAF B-7899/2007 du 21.07.2008, consid. 4 ; Komm. VwVG-AUER/BINDER, art. 13 N 1 ; BOVAY, p. 224 ; CANDRIAN, p. 44 ; GRISEL, N 145 ; KÖLZ/HÄNER/BERTSCHI, N 142 ; VwVG Praxiskommentar-KRAUSKOPF/EMMENEGGER/BABEY, art. 13 N 1 et 5 ; MEYER, Mitwirkungspflichten, recht 2020, p. 60 ; RHINOW ET AL., N 994a ; TANQUEREL, N 1559.

dans celles où elles prennent des conclusions indépendantes (art. 13 al. 1 let. b PA) et dans les autres cas prévus par la loi (art. 13 al. 1 let. c PA⁸)⁹.

Au niveau cantonal, de nombreuses lois de procédure administrative tempèrent également le devoir de l'autorité de procéder à l'instruction des faits en exigeant des parties qu'elles collaborent spontanément à la procédure ou à des conditions plus larges que l'art. 13 PA¹⁰.

Par ailleurs, une obligation de collaborer peut également être imposée aux parties par le principe de la bonne foi (art. 5 al. 3 Cst.)¹¹. Tel est notamment le cas lorsque les faits juridiquement pertinents ne sont pas accessibles à l'autorité ou ne le sont que difficilement¹². En outre, le principe de la bonne foi oblige à coopérer si l'on peut attendre de la partie qu'elle collabore de sa propre initiative en raison des circonstances¹³.

IV. Les procédures administratives revêtant un caractère pénal au sens de l'art. 6 par. 1 CEDH

A. La tension entre le principe *nemo tenetur* et l'obligation de collaborer

En procédure administrative, l'obligation de collaborer des parties s'applique même lorsque les faits à établir peuvent avoir des effets négatifs pour la personne tenue juridiquement de coopérer¹⁴. Les obligations étendues de

⁸ Par ex. art. 40 LCart, art. 124 à 126 LIFD, art. 42 LHID, art. 39 al. 2 LIA, art. 29 al. 1 et 36 al. 3 LFINMA, art. 3 al. 3 et 23^{bis} al. 2 LB, art. 64 LEFin, art. 8 LAsi, art. 9 et 11a LBA.

⁹ Komm. VwVG-AUER/BINDER, art. 13 N 18 ; BOVAY, Procédure, p. 224 s ; KÖLZ/HÄNER/BERTSCHI, Verwaltungsverfahren, N 463 ; MEYER, Mitwirkungsmaxime, N 81 ; MOOR/POLTIER, p. 294 s ; RHINOW ET AL., N 1209 ; TANQUEREL, N 1560. Il est toutefois précisé que l'art. 13 PA ne règle pas de manière exhaustive l'obligation de collaborer des parties. En procédure contentieuse par exemple, l'art. 52 al. 1 PA impose des exigences particulières de participation de la part du recourant.

¹⁰ Komm. VwVG-AUER/BINDER, art. 13 N 18 ; BOVAY, p. 225 ; GRISEL, N 88 ss. Voir par ex. art. 11 al. 2 VRG/GR, § 23 al. 1 VRPG/AR, art. 47 al. 1 let. a CPJA/FR, art. 30 al. 1 LPA/VD et art. 20 al. 1 LPJA/BE.

¹¹ TAF A-597/2019 du 27.01.2020, consid. 5.3.2 ; BOVAY, p. 226 ; GRISEL, N 107 ss et 283 ss ; MEYER, Mitwirkungspflichten, recht 2020, p. 60 ; MEYER, Mitwirkungsmaxime, N 81 et 193 ss ; RAEDLER, p. 610.

¹² ATF 132 II 113, consid. 3.2, JdT 2006 I 89.

¹³ ATF 140 II 65, consid. 2.2, JdT 2014 I 208.

¹⁴ ATF 140 II 384, consid. 3.3.1, JdT 2015 I 3 ; ATF 138 II 465, consid. 8.6.4 ; ATF 132 II 113, consid. 3.2, JdT 2006 I 89 ; TF 5A.9/2006 du 07.07.2006, consid. 2.4.1 ; TAF A-597/2019 du 27.01.2020, consid. 5.3.2 ; TAF A-897/2012 du 13.08.2012,

collaborer de la part du contribuable dans le cadre de la procédure de perception en matière d'impôt fédéral direct et d'impôts cantonaux directs afin de permettre une taxation complète et exacte en constituent des exemples concrets¹⁵.

Toutefois, dans les procédures administratives qui revêtent un caractère pénal au sens de l'art. 6 CEDH telles que les procédures de sanctions administratives pécuniaires prévues par la loi fédérale sur les cartels et autres restrictions à la concurrence (cf. notamment art. 49a LCart)¹⁶, par la loi fédérale sur les étrangers et l'intégration (art. 122a al. 1 LEI)¹⁷, par l'ancienne loi fédérale sur les jeux de hasard et les maisons de jeu (art. 51 aLMJ)¹⁸, par la nouvelle loi fédérale sur les jeux d'argent (art. 100 LJA)¹⁹ ainsi que dans le cadre de certaines procédures fiscales²⁰, le devoir de coopérer peut entrer en conflit avec le principe *nemo tenetur se ipsum accusare*²¹.

La portée du droit de ne pas s'auto-incriminer en lien avec les procédures administratives revêtant un caractère pénal au sens de l'art. 6 par. 1 CEDH est concrétisée par la jurisprudence de la CourEDH et du Tribunal fédéral²². S'agissant de la casuistique de la CourEDH en la matière, le TF a récemment estimé que dans ses détails, celle-ci n'était pas entièrement exempte de con-

consid. 4.1.2 ; TAF C-955/2008 du 15.07.2011, consid. 10.3 ; JAB 2016 65, consid. 2.3 ; Komm. VwVG-AUER/BINDER, art. 13 N 11 ; BRAIDI, N 1294 ; CANDRIAN, p. 44 ; VwVG Praxiskommentar-KRAUSKOPF/EMMENEGGER/BABEY, art. 13 N 49 et 86 ; MEYER, Mitwirkungsmaxime, N 78 et 449 ; RAEDLER, p. 616.

¹⁵ Komm. VwVG-AUER/BINDER, art. 13 N 11. Au niveau fédéral, art. 124 ss LIFD. Au niveau cantonal, voir par ex. art. 173 ss LI/VD, art. 157 ss LICD/FR, § 151 ss StG/Bâle-Ville et § 132 ss StG/ZH.

¹⁶ ATF 140 II 384, consid. 3.2, JdT 2015 I 3 ; ATF 139 I 72, consid. 2.2.2, JdT 2013 I 202 ; MAMANE, p. 71 s ; MEYER, Mitwirkungsmaxime, N 457 ; TSCHUDIN, PJA 2016, p. 324 ; ZIRLICK/ODERMATT, p. 90 s.

¹⁷ TAF A-597/2019 du 27.01.2020, consid. 4.3.2.

¹⁸ ATF 140 II 384, consid. 3.2.2, JdT 2015 I 3. MEYER, Mitwirkungsmaxime, N 457 ; ROTH, Zum Zweiten, N 7 et 19 ss.

¹⁹ À notre meilleure connaissance, ni la CourEDH, ni le TF n'ont confirmé la nature pénale au sens de l'art. 6 par. 1 CEDH de la sanction administrative prévue dans la nouvelle loi fédérale sur les jeux d'argent (art. 100 LJA). Toutefois, le Conseil fédéral considère que l'art. 100 LJA relève du « *même type de sanctions* » que l'art. 49a LCart, à l'égard de laquelle le TF a déclaré que les garanties de procédure pénale au sens des art. 6 CEDH et 32 Cst. étaient au moins partiellement applicables (Message LJA 2015, FF 2015 7627, 7718).

²⁰ CourEDH, *Chambaz c. Suisse* du 05.04.2012, § 40 ss ; ATF 140 II 384, consid. 3.3.2, JdT 2015 I 3 ; DONATSCH, recht 2019 ; KELLER/SUTER, RF 2019.

²¹ FELLMANN/VETTERLI, *forumpoenale* 2015, p. 43 ; ROTH, Zum Zweiten, N 1 ; TSCHUDIN, PJA 2016, p. 324 s.

²² Pour une présentation de diverses décisions de la CourEDH en la matière, voir CARRON, p. 30.

traditions²³. La portée du principe *nemo tenetur* dans le cadre de telles procédures administratives est également controversée en doctrine²⁴.

B. La portée du principe *nemo tenetur* selon le mode d'administration des preuves

En ce qui concerne la manière dont les autorités recueillent les moyens de preuve, il ressort d'une jurisprudence constante du TF que les garanties de procédure découlant de l'art. 6 par. 1 CEDH doivent être respectées²⁵. Toutefois, en se référant à la jurisprudence de la CourEDH relative à cette même disposition, le TF a également relevé que toute obligation de fournir des informations qui pourraient conduire à une condamnation de nature pénale n'est pas forcément illicite. Une telle obligation ne serait inadmissible que si elle impliquait un usage abusif ou disproportionné de la contrainte (*improper compulsion*)²⁶. Ainsi, il a été jugé abusif d'exiger sous menace de sanction pénale la remise de documents potentiellement à charge, par exemple en matière d'impôts douaniers²⁷ ou de soustraction d'impôts²⁸. En revanche, le simple ordre de produire des documents dont la remise est prévue par la loi, sans l'assortir de la menace d'amende prévue par l'art. 292 CP par exemple, ne conduit pas, à lui seul, à une violation du droit de ne pas contribuer à sa propre incrimination²⁹.

C. La portée du principe *nemo tenetur* selon la nature juridique du sujet de droit visé

S'agissant de la portée du principe *nemo tenetur*, le TF considère que celle-ci diffère selon que le sujet de droit visé par la procédure est une per-

²³ ATF 140 II 384, consid. 3.3.3, JdT 2015 I 3 ; Komm. VwVG-AUER/BINDER, art. 13 N 12 ; DONATSCH/SMOKVINA, p. 866 et 868.

²⁴ MEYER, Mitwirkungsmaxime, N 129 et 442.

²⁵ ATF 140 II 384, consid. 3.2.1, JdT 2015 I 3 ; ATF 139 I 72, consid. 2.2.2, JdT 2013 I 202 ; ATF 138 IV 47, consid. 2.6.1, JdT 2012 IV 292 ; ATAF 2011/32, consid. 5.7.2 ; Komm. VwVG-AUER/BINDER, art. 13 N 12.

²⁶ ATF 142 II 243, consid. 3.3, JdT 2016 I 112 ; ATF 140 II 384, consid. 3.3.2, JdT 2015 I 3 ; CourEDH, *Funke c. France* du 25.02.1993, § 44 ; Komm. VwVG-AUER/BINDER, art. 13 N 12 ; STRÄULI, RPS 2020, p. 51.

²⁷ ATF 140 II 384, consid. 3.3.2, JdT 2015 I 3 ; CourEDH, *Funke c. France* du 25.02.1993, § 44.

²⁸ ATF 140 II 384, consid. 3.3.2, JdT 2015 I 3 ; CourEDH, *Chambaz c. Suisse* du 05.04.2012, § 54 ; CourEDH, *J.B. c. Suisse* du 03.05.2001, § 65 ; ROTH, Geltung.

²⁹ ATF 140 II 384, consid. 3.3.4, JdT 2015 I 3 ; CourEDH, *Chambaz c. Suisse* du 05.04.2012, § 53 ss ; Komm. VwVG-AUER/BINDER, art. 13 N 12.

sonne physique ou morale³⁰. En effet, selon notre Haute Cour, dans la mesure où le principe *nemo tenetur se ipsum accusare* découle en partie de la dignité humaine dont seules les personnes physiques jouissent, le droit de ne pas s'auto-incriminer n'a pas la même portée à l'égard des personnes morales³¹. Dans ce dernier cas, il s'agit de procéder à une pesée des intérêts entre, d'une part, la protection des droits de procédure de la personne morale et, d'autre part, l'intérêt public à la découverte de la vérité³². Selon le TF, une telle distinction justifie dès lors d'imposer à la personne morale, dans une procédure administrative ouverte à son encontre et susceptible d'aboutir à une sanction de nature pénale, la production de toute documentation en vertu de prescriptions légales de droit administratif attestant du respect de ses devoirs notamment en matière de protection de l'environnement, d'assurances sociales, de sécurité des places de travail ou de lutte contre le blanchiment d'argent³³. Si l'État ne pouvait plus accéder à ces documents en dépit de l'existence de bases légales, il lui serait pratiquement impossible de surveiller les secteurs économiques concernés et d'y imposer le respect des obligations légales topiques par la menace des sanctions quasi pénales qui s'y rattachent³⁴.

Ainsi, selon le TF, les pièces remises par une maison de jeu à son autorité de surveillance, en l'absence de menace de sanction pénale en cas de refus, ne sont pas couvertes par le principe *nemo tenetur se ipsum accusare*³⁵. En particulier, le TF part du principe que la seule mention par l'autorité de l'art. 51 aLMJ, tombant dans le champ d'application des garanties de procédure pénale de l'art. 6 par. 1 CEDH, ne suffit pas à démontrer que la partie a été effectivement menacée de la sanction prévue par l'art. 51 aLMJ puisque la demande d'édition sur la base de laquelle la maison de jeu a remis la documentation ne fait pas partie des décisions dont la violation est sanctionnée par dite disposition³⁶.

³⁰ CARRON, p. 34 ss.

³¹ ATF 142 IV 207, consid. 8.3.3, JdT 2017 IV 51 ; ATF 140 II 384, consid. 3.3.4, JdT 2015 I 3 ; ATAF 2018 IV/12, consid. 4.3, JdT 2019 I 263 ; Komm. VwVG AUER/BINDER, art. 13 N 12 ; CARRON, p. 35 ; VwVG Praxiskommentar-KRAUSKOPF/ EMMENEGGER/ BABEY, art. 13 N 86 ; MEYER, Mitwirkungsmaxime, N 466.

³² ATF 142 IV 207, consid. 8.4, JdT 2017 IV 51 ; ATF 140 II 384, consid. 3.3.5, JdT 2015 I 3 ; RAEDLER, p. 615.

³³ ATF 142 IV 207, consid. 8.3.3, JdT 2017 IV 51 ; ATF 140 II 384, consid. 3.3.4 et 3.3.6, JdT 2015 I 3.

³⁴ ATF 140 II 384, consid. 3.3.4, JdT 2015 I 3 ; KELLER/SUTER, RF 2019, p. 11 ; SK Kommentar StPO-LIEBER, art. 112 N 15a.

³⁵ ATF 142 IV 207, consid. 8.3.2 et 8.11, JdT 2017 IV 51 ; ATF 140 II 384, consid. 3.3.4, JdT 2015 I 3. RAEDLER, p. 615.

³⁶ ATF 140 II 384, consid. 3.3.6, JdT 2015 I 3. Pour une analyse approfondie du raisonnement du TF sur ce point, voir ROTH, Zum Zweiten, N 32 ss.

AUER et BINDER ne sont pas convaincus par cette jurisprudence du TF puisque celle-ci revient à admettre qu'une obligation de collaborer puisse être imposée aux personnes morales dans le cadre d'une procédure de surveillance quand même cette surveillance pourrait aboutir à une procédure de sanction administrative revêtant un caractère pénal au sens de l'art. 6 par. 1 CEDH. En effet, si la surveillance de certains secteurs économiques n'est pas en soi de nature pénale, les procédures de sanctions administratives résultant de cette surveillance sont par contre susceptibles de revêtir un caractère pénal. Dès lors, AUER et BINDER considèrent que dans un tel cas de figure, le droit de ne pas s'auto-incriminer devrait pleinement s'appliquer³⁷. En revanche, MACULA et MEIER plaident en faveur d'une application plus restrictive du droit de ne pas s'auto-incriminer à l'égard des personnes morales³⁸, à plus forte raison dans le contexte d'une procédure de surveillance dictée par des intérêts publics prépondérants³⁹. À cet égard, FELLMANN et VETTERLI considèrent que dans la mesure où le principe *nemo tenetur* se trouve au cœur de la notion de « procès équitable » consacrée par l'art. 6 par. 1 CEDH, le respect du droit de ne pas s'auto-incriminer par les autorités relève d'un intérêt public majeur d'une importance égale⁴⁰ à celui de la recherche de la vérité matérielle dont le TF se prévaut⁴¹.

En tout état de cause, les auteurs précités s'accordent sur la nécessité de clarifier la portée du droit de ne pas s'auto-incriminer à l'égard des personnes morales afin d'éviter toute jurisprudence contradictoire⁴².

CARRON, FELLMANN, VETTERLI, ROTH, DONATSCH et SMOKVINA considèrent quant à eux qu'il est difficile de justifier l'approche différenciée du TF entre personnes morales et personnes physiques en lien avec l'application du droit de ne pas contribuer à sa propre incrimination. En effet, dans la mesure où le principe *nemo tenetur* se fonde essentiellement sur la présomption d'innocence ainsi que sur le droit à un procès équitable – également applicables aux personnes morales – et non pas sur le respect de la dignité humaine, ce dernier élément ne saurait justifier la distinction de principe que fait le TF dans un tel contexte⁴³. En outre, CARRON et VILLARD relèvent que les prescriptions

³⁷ Komm. VwVG-AUER/BINDER, art. 13 N 13.

³⁸ MEIER, *sic* ! 2018, p. 460 ss.

³⁹ MACULA, RPS 2018, p. 53.

⁴⁰ FELLMANN/VETTERLI, *forumpoenale* 2015, p. 45 et 47.

⁴¹ ATF 140 II 384, consid. 3.3.5, JdT 2015 I 3.

⁴² Komm. VwVG-AUER/BINDER, art. 13 N 13 ; MACULA, RPS 2018, p. 53 ; FELLMANN/VETTERLI, *forumpoenale* 2015, p. 49.

⁴³ CourEDH, *Aleksandr Zaichenko c. Russie* du 18.02.2010, § 38 ; CourEDH, *Bykov c. Russie* du 10.03.2009, § 94 ss ; CourEDH, *J.B. c. Suisse* du 03.05.2001, § 64 ; CourEDH, *Saunders c. Royaume-Uni* du 17.12.1996, § 68 ; CARRON, p. 35 s ; DONATSCH/SMOKVINA, p. 873 et 876 s ; FELLMANN/VETTERLI, *forumpoenale* 2015, p. 45 ; ROTH, *Zum Zweiten*, N 46.

légales en matière de remise de documents s'adressent autant aux personnes physiques qu'aux personnes morales de sorte qu'un traitement différencié entre ces deux catégories de personnes en lien avec l'application du droit de ne pas s'auto-incriminer ne se justifie pas vraiment⁴⁴.

À notre sens, l'application d'exigences différentes entre les personnes physiques et les personnes morales s'avère discutable pour des raisons d'équité de la procédure. À l'image de l'interprétation large de la notion d'« entreprise » en droit de la concurrence (art. 2 al. 1 LCart), qui recouvre une importante palette de formes organisationnelles – lesquelles peuvent aussi bien être composées à la fois de personnes physiques et morales⁴⁵ que dépourvues de toute personnalité juridique⁴⁶ – il s'avère difficile de différencier, selon des critères objectivement convaincants, les formes d'organisation qui devraient être autorisées à invoquer le principe *nemo tenetur* de celles qui ne le pourraient pas au sein de la même entreprise et d'une entreprise à une autre⁴⁷.

En outre, dans la mesure où, d'une part, les prescriptions légales en matière de remise de documents s'adressent autant aux personnes physiques qu'aux personnes morales et, d'autre part, que le critère de la « contrainte abusive » est applicable aux unes et aux autres, il ne se justifie pas d'établir une telle distinction de principe.

Il n'en demeure pas moins que la nature et le degré de la coercition doivent être examinés en tenant compte des circonstances de chaque cas⁴⁸. Par exemple, en matière de circulation routière, la CourEDH a jugé que l'obligation faite au détenteur d'un véhicule de révéler l'identité de la personne ayant

⁴⁴ CARRON, p. 35 s ; VILLARD, RSDA 2018, p. 119. Voir également DONATSCH/SMOKVINA, p. 873.

⁴⁵ TAF B-7633/2009 du 14.09.2015, ch. 97. Cet arrêt a fait l'objet d'un recours devant le TF, lequel a été rejeté : ATF 146 II 217, JdT 2020 I 39. CARRON, p. 35 s ; VILLARD, RSDA 2018, p. 119.

⁴⁶ BSK KG-LEHNE, art. 2 N 13 et 15 ss ; CR Droit de la concurrence (LCart)-MARTENET/KILLIAS, art. 2 N 23.

⁴⁷ TAF B-7633/2009 du 14.09.2015, ch. 97. Cet arrêt a fait l'objet d'un recours devant le TF, lequel a été rejeté : ATF 146 II 217, JdT 2020 I 39 ; CARRON, p. 35 s.

⁴⁸ Voir CourEDH, arrêt *Ibrahim et autres c. Royaume-Uni* du 13.09.2016, § 267 et les références jurisprudentielles : « [L]a Cour doit d'abord examiner la nature et le degré de la contrainte dont il a été fait usage pour obtenir les preuves (...). Dans sa jurisprudence, la Cour a distingué au moins trois types de situations de nature à faire craindre l'existence d'une contrainte abusive contraire à l'article 6. La première situation est celle d'un suspect qui, menacé de subir des sanctions s'il ne témoigne pas, soit témoigne (...) soit est puni pour avoir refusé de le faire (...). La deuxième situation est celle où des pressions physiques ou psychologiques, souvent sous la forme de traitements contraires à l'article 3 de la Convention, sont exercées pour obtenir des aveux ou des éléments matériels (...). La troisième situation est le recours par les autorités à un subterfuge pour extorquer des informations qu'elles n'ont pu obtenir par un interrogatoire. » (références omises).

commis un excès de vitesse avec celui-ci, sous peine d'une amende, ne porte pas atteinte au principe *nemo tenetur*⁴⁹. Bien que la menace de l'amende constitue une coercition directe, la CourEDH a pesé soigneusement l'ensemble des circonstances de l'affaire, dont la nature particulière de la réglementation concernée, l'étendue des informations sollicitées et l'utilisation faite des informations obtenues par la contrainte pour arriver à une telle conclusion⁵⁰. Par ailleurs, le degré à partir duquel une contrainte devient abusive n'est pas nécessairement le même pour une personne physique que pour une personne morale.

Ni la nature juridique du sujet de droit visé, ni la nature – purement factuelle ou potentiellement incriminante – des informations requises dans le cadre de la procédure concernée⁵¹, ni enfin l'étendue des informations sollicitées⁵² ne devraient, selon nous, constituer des critères pour limiter la portée du principe *nemo tenetur*.

En revanche, nous considérons, au même titre que la CourEDH, que la nature de la réglementation en cause justifie une application nuancée du droit de ne pas s'auto-incriminer. Ainsi, en matière de circulation routière par exemple, la CourEDH a souligné de manière convaincante que « [t]outes les personnes qui possèdent ou conduisent des véhicules à moteur savent que, ce faisant, elles se soumettent à une réglementation, qui est appliquée non parce que la possession ou l'utilisation de voitures constituent un privilège ou une faveur de l'État mais parce qu'il est reconnu que la possession et l'utilisation de voitures (tout comme celle par exemple d'armes à feu [...]) comportent le risque de provoquer des blessures graves »⁵³.

Par ailleurs, nous estimons que l'« intensité » du rapport juridique existant entre l'autorité et le sujet de droit visé par la procédure pourrait également justifier une application nuancée du principe *nemo tenetur*, à l'image d'une personne qui, en raison d'une concession ou d'une autorisation d'exercer préalablement octroyée par une autorité, se trouverait dans une relation plus exigeante à l'égard de cette dernière. À titre d'illustration, le titulaire d'une concession de maison de jeu (art. 5 ss LJAr) doit respecter diverses conditions

⁴⁹ CourEDH, *O'Halloran et Francis c. Royaume-Uni* du 29.06.2007, § 63.

⁵⁰ CourEDH, *O'Halloran et Francis c. Royaume-Uni* du 29.06.2007, § 57 ss.

⁵¹ Il existe un débat sur la question de l'application ou non du principe *nemo tenetur* selon que les informations requises par les autorités sont de nature purement factuelle ou potentiellement incriminante. À ce propos, voir l'arrêt du TAF B-7633/2009 du 14.09.2015, ch. 105 ss. Cet arrêt a fait l'objet d'un recours devant le TF, lequel a été rejeté : ATF 146 II 217, JdT 2020 I 39 ; CARRON, p. 36 ; FELLMANN/VETTERLI, *forum-poenale* 2015, p. 46 s ; TSCHUDIN, PJA 2016, p. 329 ss.

⁵² Un simple « oui » en réponse à une question est une information potentiellement incriminante.

⁵³ CourEDH, *O'Halloran et Francis c. Royaume-Uni* du 29.06.2007, § 57.

(art. 8 et 15 LJAr) et fait face à une obligation de communiquer (art. 13 LJAr). S'il contrevient aux dispositions légales, à la concession ou à une décision ayant force de chose jugée, il est tenu au paiement d'un montant pouvant aller jusqu'à 15 % du produit brut des jeux réalisé au cours du dernier exercice (art. 100 al. 1 LJAr). Une relation particulière se crée entre le titulaire d'une concession et la Commission fédérale des maisons de jeu dont il convient de tenir compte lors de l'application du principe *nemo tenetur*⁵⁴.

D. La tension entre le principe *nemo tenetur* et l'obligation de témoigner

Une autre problématique intéressante à soulever en lien avec le droit de ne pas s'auto-incriminer se rapporte à l'audition d'anciens organes d'une entreprise visée par une procédure administrative revêtant un caractère pénal, en qualité de témoins, soumis à ce titre à l'obligation de témoigner⁵⁵.

En ce qui concerne la question de savoir si les anciens organes de l'entreprise visée par la procédure, entendus en qualité de témoins, peuvent se prévaloir du principe *nemo tenetur* pour refuser de témoigner, le TF a, dans une jurisprudence récente en droit de la concurrence, répondu par la négative⁵⁶.

Ce faisant, notre Haute Cour a contredit la jurisprudence du Tribunal administratif fédéral à teneur de laquelle l'audition d'anciens organes de l'entreprise en qualité de témoins n'est admissible, au regard du principe *nemo tenetur*, que dans la mesure où il est question d'éléments de nature purement factuelle, qui ne peuvent avoir pour effet de mettre directement en cause l'entreprise sous enquête par le biais de questions pouvant conduire à une reconnaissance implicite de la culpabilité de l'entreprise visée par la procédure⁵⁷.

À l'appui de sa décision, le TF se prévaut de la distinction de principe entre les personnes physiques et les personnes morales. D'après notre Haute Cour, dans la mesure où les procédures relatives à l'art. 49a LCart ne sanctionnent en principe pas les personnes physiques, le droit de ne pas s'auto-incriminer dans un tel cadre ne vise pas la protection du libre arbitre des personnes in-

⁵⁴ Dans un sens voisin, voir Rapport du Conseil fédéral relatif aux sanctions administratives pécuniaires, donnant suite au postulat 18.4100, Berne, 23.02.2022, pp. 71, 81 ss et 88 s.

⁵⁵ ATF 147 II 144, consid. 4.1 ss et 4.8. Pour une approche critique quant à l'octroi d'un tel statut procédural aux anciens organes d'une entreprise, voir MAMANE, p. 81 ss ; THOMI/WOHLMANN, N 14 ss. Pour une approche favorable, ZIRLICK/ODERMATT, p. 112 ss ; BSK KG-BANGERTER, art. 42 N 19 et 29.

⁵⁶ ATF 147 II 144, consid. 5 et 6.

⁵⁷ TAF B-6863/2018 du 06.03.2020, consid. 5.2 et 5.5.3. Voir également ATAF 2018 IV/12, consid. 4.5.5, JdT 2019 I 263.

carnant les organes, qui est une caractéristique liée à la dignité humaine, mais uniquement la garantie d'une défense efficace de l'entreprise visée par la procédure⁵⁸. Or le Tribunal fédéral ne voit pas en quoi la garantie d'une défense efficace serait restreinte par le fait que les anciens organes puissent faire des déclarations incriminantes puisque l'entreprise visée par la procédure reste libre de mettre en doute de telles déclarations⁵⁹.

On peut néanmoins se demander si le Tribunal fédéral tient suffisamment compte de la difficulté pour l'entreprise de remettre en cause de telles déclarations dans la mesure où elles émanent de personnes exhortées à dire la vérité. Par ailleurs, la temporalité mérite une attention particulière dans un tel contexte car, au vu de la jurisprudence actuelle, c'est de celle-ci que va dépendre la reconnaissance du droit d'invoquer *nemo tenetur*. Or la prise en compte de ce seul critère paraît discutable puisqu'elle rend l'application du principe *nemo tenetur* tributaire de facteurs exogènes tels que la date à laquelle a lieu l'audition, la célérité de la procédure ou encore la restructuration de l'entreprise. À titre d'exemple, dans le cadre de procédures complexes dont l'instruction est susceptible de durer quelques années, il n'est pas rare que les organes de l'entreprise soient auditionnés à plusieurs reprises. À supposer qu'entre deux auditions, la personne incarnant l'organe de l'entreprise décide de démissionner pour des raisons qui lui sont propres, la question se pose de savoir comment concilier cette dichotomie au sein de la même procédure. Ne serait-ce qu'eu égard à la garantie générale du droit à un procès équitable, l'approche suivie par le Tribunal fédéral pourrait être nuancée spécialement quand la qualité d'organe existait au moment des faits et de l'ouverture de la procédure et lorsque les faits ainsi que les circonstances rendent illusoire et artificielle toute distanciation.

V. Conclusion

La relation entre le principe *nemo tenetur* et l'obligation de collaborer en procédure administrative est complexe lorsqu'une telle procédure est susceptible de conduire au prononcé d'une sanction pécuniaire revêtant un caractère pénal au sens de l'art. 6 par. 1 CEDH. Il convient de protéger le premier sans sacrifier la seconde. L'exercice est délicat, mais ne tient pas de la quadrature du cercle à notre avis.

Les contours de l'obligation de collaborer en procédure administrative sont en définitive façonnés par la pratique administrative et la jurisprudence. Une telle obligation n'est évidemment pas absolue. Elle doit notamment s'imprégner

⁵⁸ ATF 147 II 144, consid. 5.2.2.

⁵⁹ ATF 147 II 144, consid. 5.2.3.

du principe *nemo tenetur* afin de trouver sa juste place en procédure administrative.

Le principe *nemo tenetur* n'est, quant à lui, pas un monolithe, en ce sens que sa portée dépend du contexte dans lequel il est invoqué. Il s'agit notamment de tenir compte de l'ensemble des circonstances propres à chaque cas afin de déterminer si et, le cas échéant, quand la contrainte imposée à une personne physique ou morale devient abusive.