

BGer 6B 917/2014 vom 26. November 2015

Bundesgericht, 2015-11-26, FR

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger_6B_917_2014

FR: TF 6B 917/2014 du 26 novembre 2015

IT: TF 6B 917/2014 del 26 novembre 2015

Regeste

Infraction à la loi sur l'Autorité fédérale de surveillance des marchés financiers (art. 44 LFINMA) | Infractions

Erwägungen

E. 1

Dans le recours en matière pénale, les constatations de fait de la décision entreprise lient le Tribunal fédéral (art. 105 al. 1 LTF), sous les réserves découlant des art. 97 al. 1 et 105 al. 2 LTF, à savoir pour l'essentiel de l'arbitraire (art. 9 Cst. ; voir sur cette notion : ATF 140 III 16 consid. 2.1 p. 18 s. et 138 III 378 consid. 6.1 p. 379 s.). La recevabilité d'un tel grief, ainsi que de ceux déduits du droit constitutionnel et conventionnel, suppose l'articulation de critiques circonstanciées (ATF 136 II 101 consid. 3 p. 105), claires et précises, répondant aux exigences de motivation accrues déduites de l' art. 106 al. 2 LTF (ATF 133 IV 286 consid. 1.4 p. 287). Les critiques appellatoires sont, en particulier, irrecevables (cf. ATF 140 III 264 consid. 2.3 p. 266). Pour qu'il y ait arbitraire, il ne suffit pas que la décision attaquée apparaisse discutable ou même critiquable, il faut qu'elle soit manifestement insoutenable et cela non seulement dans sa motivation, mais aussi dans son résultat (ATF 140 III 16 consid. 2.1 p. 18 s.).

E. 1.1

Le recourant reproche au TPF de ne pas avoir constaté un certain nombre de faits. Selon lui, ces éléments factuels seraient nécessaires à l'argumentation dans la partie " en droit " consacrée à l'interdiction des comportements contradictoires. Ils ressortiraient tous du dossier de la cause à l'exception de l'un qui serait notoire (la crise économique mondiale en 2008).

E. 1.2

Ce faisant, le recourant ne démontre pas en quoi la non-constatation formelle de ces faits serait arbitraire, soit insoutenable. La seule circonstance que le recourant entend fonder ses développements en droit sur certains de ces faits ne démontre pas encore, en particulier, en quoi la décision entreprise serait insoutenable dans son résultat. Quant à la crise économique mondiale, le recourant n'expose pas en quoi elle aurait influencé le marché de la garantie de loyer dans le contexte, notoire lui aussi, d'un marché locatif saturé. Insuffisamment motivés, ces développements sont irrecevables (art. 106 al. 2 LTF).

E. 1.3

Au demeurant, par nombre de références à des courriers échangés entre A. _____ et l'OFAP, le recourant entend établir que cette société a informé les autorités tout au long de la procédure administrative et finalement trouvé une solution. Si ces circonstances ne

ressortent pas dans tous les détails du jugement entrepris, on comprend néanmoins sans ambiguïté de l'état de fait repris ci-dessus que A._____, tout en contestant son assujettissement dans son principe, n'en a pas moins fourni régulièrement des informations à l'OFAP et, plus généralement, qu'elle a participé activement à la procédure administrative. Le recourant ne démontre pas en quoi il serait absolument nécessaire de rentrer dans tous les détails des échanges de correspondance. Pour le surplus, en tant que le recourant entend, de la sorte, souligner le caractère contradictoire du comportement de l'OFAP et de la FINMA, ces griefs sont, de toute manière, sans objet vu l'issue de la procédure (v. infra consid. 5).

E. 2

Le recourant invoque une inégalité de traitement avec les dirigeants de F._____, qui n'auraient pas fait l'objet de poursuites pénales alors que cette société avait exercé, elle aussi sans agrément, l'activité d'assurance-caution. Le TPF a relevé que si un ou plusieurs dirigeants de F._____ avaient été poursuivis et jugés avant le 31 décembre 2008, cela n'avait pu être que par une autorité cantonale, soit une autorité différente, tant du Département fédéral des finances qui a poursuivi et jugé le recourant, que du TPF, chargé de juger la cause du recourant. Il a exclu pour ce motif le grief déduit de l'inégalité de traitement. Le recourant se limite à souligner les similitudes existant entre la situation de F._____ et celle de A._____ pour en conclure qu'il devrait être acquitté. Ce faisant, il ne développe aucune argumentation topique. Insuffisamment motivé au regard des exigences de l'art. 106 al. 2 LTF, le grief est irrecevable. De surcroît, l'invocation du bénéfice d'une éventuelle égalité de traitement avec les dirigeants de F._____, par hypothèse au bénéfice d'un traitement illégal, supposerait établi que l'autorité entend persister dans sa pratique illégale (ATF 127 I 1 consid. 3a p. 2 s.; 127 II 113 consid. 9.121), soit déjà l'existence même d'une telle pratique. Faute de toute argumentation sur ce point de la part du recourant, auquel, comme on le verra, la loi a été correctement appliquée, le grief n'apparaît pas motivé à satisfaction de droit sous cet angle non plus.

E. 3

Le recourant invoque que l'application de l'art. 44 LFINMA à son comportement entre le 21 septembre 2007 et le 29 avril 2009 méconnaîtrait le principe de la légalité, l'exigence de précision et de prévisibilité de la loi pénale en particulier (art. 5 al. 1 Cst. ; art. 7 par. 1 CEDH ; art. 15 Pacte ONU II ; art. 1 CP). Il relève que la qualification de l'activité de A._____ comme relevant de l'assurance et l'assujettissement de cette société à l'agrément de l'autorité de surveillance (art. 3 al. 1 de la loi fédérale sur la surveillance des entreprises d'assurance du 17 décembre 2004 [LSA; RS 961.01]) n'ont été définitivement confirmés que par l'arrêt du Tribunal fédéral 2C_410/2010 du 21 janvier 2011. Le Tribunal fédéral aurait lui-même reconnu dans cette décision que cet assujettissement n'aurait pas été évident dès lors que les contrats conclus par A._____ n'auraient pas présenté toutes les caractéristiques usuelles d'un contrat d'assurance au sens de la LCA. Selon le recourant, il s'ensuivrait que la nécessité même d'une autorisation n'aurait pas été tranchée au moment où il avait agi, de sorte que sa condamnation conférerait " une portée rétroactive - inadmissible (art. 2 CP) - à l'arrêt 2C_410/2010 ". L'imprécision de l'art. 44 LFINMA n'aurait, par ailleurs, pas permis au recourant et à A._____ de savoir que leur activité était pénalement répréhensible.

E. 3.1

Conformément à l'art. 44 al. 1 (Exercice de l'activité sans autorisation, reconnaissance, agrément ou enregistrement) LFINMA, entrée en vigueur le 1er janvier 2009 (RO 2008 5205), est puni d'une peine privative de liberté de trois ans au plus ou d'une peine pécuniaire quiconque, intentionnellement, exerce sans avoir obtenu d'autorisation, de reconnaissance, d'agrément ou d'enregistrement une activité soumise à l'obligation d'obtenir une autorisation, une reconnaissance, un agrément ou un enregistrement en vertu des lois sur les marchés financiers.

E. 3.1.1

On renvoie (art. 109 al. 3 LTF), quant aux motifs qui ont conduit le TPF à appliquer cette norme à des comportements du recourant, respectivement de A. _____, antérieurs à l'entrée en vigueur de la LFINMA, aux considérants du jugement entrepris, que le recourant ne discute pas sur ce point précis et qui n'apparaissent pas critiquables au regard du droit fédéral.

E. 3.1.2

Cette norme pénale doit être lue en corrélation avec l' art. 1 LFINMA , qui délimite le champ d'action de l'Autorité fédérale chargée de surveiller les marchés financiers et y inclut, en particulier, les marchés régis par la LSA (al. 1 let. g). Conçue comme une règle d'harmonisation intégrée dans une loi-cadre (Dachgesetz ; KATJA ROTH PELLANDA, in Basler Kommentar Versicherungsaufsichtsgesetz, 2013, Remarques préliminaires aux art. 86 et 87 LSA , no 9), l' art. 44 al. 1 LFINMA a, notamment, remplacé l'ancien art. 87 al. 1 let. a LSA (en vigueur jusqu'au 31 décembre 2008), qui punissait de l'emprisonnement ou d'une amende de l'000'000 de francs au plus quiconque pratique l'assurance sans l'agrément prescrit. La notion " d'agrément " au sens de l' art. 44 al. 1 LFINMA se réfère ainsi très clairement à l' art. 3 LSA en corrélation avec l' art. 2 al. 1 LSA . Il s'ensuit qu'en lui-même le texte de la loi ne souffre d'aucune imprécision qui empêcherait le justiciable d'y conformer son comportement. Par ailleurs, le recourant, dont l'activité s'est essentiellement déroulée sous l'empire de l' art. 87 al. 1 let. a LSA ne peut pas sérieusement soutenir que le texte, de surcroît parfaitement clair, de l' art. 44 al. 1 LFINMA , ne lui aurait pas permis de se rendre compte que son activité était pénalement répréhensible. Le grief est infondé sous cet angle.

E. 3.2

En affirmant que le point de savoir si l'activité de A. _____ relevait bien du domaine de l'assurance soumis à agrément n'aurait été définitivement tranché que par l'arrêt 2C_410/2010 et qu'il n'aurait, jusque-là, pas pu savoir que son comportement était punissable au regard de l' art. 44 LFINMA , le recourant invoque, en réalité, moins l'imprécision de la norme pénale qu'avoir pu se tromper sur la qualification juridique d'un élément constitutif objectif de l'infraction. Une telle erreur constitue une erreur sur les faits (art. 13 CP) excluant l'intention de l'auteur portant sur l'élément objectif qu'il appréhende de manière erronée (ATF 129 IV 238 consid. 3.1 p. 240 s.). Le TPF a retenu que, par sa formation et son expérience professionnelle, le recourant savait qu'en Suisse les secteurs de la finance et de l'assurance faisaient l'objet d'une réglementation et d'une surveillance. Après avoir été engagé par A. _____, il avait réuni de la documentation, notamment des informations chez les concurrents. Il était conscient que le produit que proposait A. _____ impliquait que la société supporte un risque à la place du bailleur, celui que le locataire ayant manqué à ses obligations découlant du contrat de bail ne puisse pas réparer

le dommage causé au bailleur. Il savait également qu'en cas de réalisation du risque, c'est au moyen des cotisations des locataires que A._____ paierait les sommes dues au bailleur. Si l'on ne pouvait lui reprocher de n'avoir pas directement contacté l'autorité compétente (l'OFAP), il avait toutefois reconnu s'être posé la question, avec les fondateurs et au moins un membre du conseil d'administration, de savoir si l'activité de A._____ pouvait être une activité bancaire, soit une activité également soumise à surveillance et à réglementation. Même s'ils étaient " arrivés à la conclusion " qu'il ne s'agissait pas d'une activité bancaire, cela démontrait que le recourant avait conscience que le service proposé était un produit financier. Ces constatations de fait, que le recourant ne discute pas, suffisent déjà à exclure qu'il ait pu croire, à tort, que l'activité de A._____ ne nécessitait aucune autorisation et n'était pas soumise à surveillance, respectivement que le défaut d'agrément puisse n'être pas illicite. Une telle représentation, même imprécise au plan juridique, permet en effet d'imputer à un non-juriste qu'il sait que son comportement réalise l'élément objectif d'une infraction (Parallelwertung in der Laiensphäre ; ATF 129 IV 238 consid. 3.2.2 p. 243). Une erreur sur les faits peut déjà être exclue pour ce motif.

E. 3.3

De surcroît, en date du 15 octobre 2007, l'OFAP a contacté A._____ pour l'informer que, de son point de vue, elle exerçait une activité d'assurance soumise à surveillance et agrément de cet office. Constatant que la société ne disposait pas de l'agrément nécessaire à l'exploitation de l'assurance, il l'a également rendue attentive aux conséquences pénales auxquelles s'exposait quiconque pratique l'assurance sans l'agrément prescrit. Il s'ensuit que, dès réception de cette communication, le recourant a été informé par l'autorité compétente en la matière de l'assujettissement de l'activité de A._____ à l'agrément, de la nécessité de cette autorisation et du caractère pénal du comportement consistant à conclure de tels contrats sans cet agrément. Que A._____ ait, par la suite contesté, au plan administratif, la décision en constatation de son assujettissement rendue par la FINMA le 27 avril 2009 jusqu'au Tribunal fédéral ne permet pas, comme le voudrait le recourant, de conclure que cette question serait demeurée indécise jusque-là. L'arrêt du 21 janvier 2011 n'a, en effet, pas la portée que voudrait lui accorder le recourant. Dans cet arrêt, rendu à l'unanimité de trois juges et qui a, partant, considéré le recours de A._____ comme manifestement mal fondé dans la mesure de sa recevabilité (cf. art. 109 al. 2 let. a LTF), la IIe Cour de droit public du Tribunal fédéral démontre, sans développements particulièrement longs ou complexes que l'activité de A._____ réunit les 5 éléments jurisprudentiels caractéristiques d'un contrat d'assurance et, pour répondre à la société recourante, expose en quoi cette activité ne relève pas du cautionnement. On ne saurait déduire de ces considérants que cette question aurait été sérieusement controversée jusque-là. Toujours pour répondre aux arguments de A._____, la IIe Cour de droit public a certes indiqué que le Tribunal administratif fédéral " pouvait donc, sans violer le droit fédéral, retenir que les contrats conclus par la recourante avec ses clients devaient être soumis à la surveillance en matière d'assurance, même s'ils ne présentaient pas toutes les caractéristiques usuelles d'un contrat d'assurance au sens de la LCA ". Cette conclusion doit, toutefois, être lue en relation avec les développements qui précèdent, selon lesquels les caractéristiques des contrats d'assurance dont la recourante invoquait l'absence dans ses propres contrats ne constituent que des prescriptions relativement impératives de la LCA (art. 98 LCA) dont l'absence ne remettait pas en cause la soumission de A._____ à la surveillance en matière d'assurance. A cela s'ajoute que le recourant savait aussi que son principal concurrent, F._____, dont il s'était, de surcroît, inspiré quant au modèle d'affaires, était

également assujetti à la surveillance (jugement entrepris, consid. 2.7.2 p. 17). Ces éléments permettent, de même, d'exclure que le recourant puisse se prévaloir d'une erreur de fait portant sur la qualification juridique des contrats conclus par A._____, respectivement sur la soumission de cette activité à l'agrément et sur les conséquences pénales du défaut d'une telle autorisation.

E. 3.4

Il résulte de ce qui précède que le recourant ne peut invoquer en sa faveur ni une prétendue imprécision de la norme pénale, ni une erreur quant à la qualification de l'activité de A._____. Le grief est infondé.

E. 4

Le recourant reproche à l'autorité précédente une fausse application de l'art. 21 CP (erreur sur l'illicéité) pour la période antérieure au courrier du 15 octobre 2007. En bref, le TPF aurait considéré à tort son erreur sur l'illicéité, retenue jusqu'à ce moment-là, comme évitable au motif qu'il eût suffi au recourant de consulter un juriste spécialisé en matière de législation sur les marchés financiers. Le recourant objecte que cette argumentation se réfère uniquement à l'exigence de l'agrément mais non à une quelconque infraction pénale, que ni l'OFAP ni la FINMA ne l'ont dénoncé immédiatement au pénal mais que la FINMA a, au contraire, attendu l'arrêt du 21 janvier 2011 pour agir sur ce plan. Le recourant en conclut qu'il n'était pas évident d'éviter l'erreur sur l'illicéité et qu'aucun reproche ne peut lui être adressé pour la période en question.

E. 4.1

Comme on l'a vu, le TPF a retenu que le recourant savait les secteurs de la finance et de l'assurance suisses objet d'une réglementation et d'une surveillance, qu'il était conscient que le produit que proposait A._____ impliquait que la société supporte un risque à la place du bailleur et que les cotisations des locataires financeraient les prestations couvrant ce risque. Il s'était posé la question d'une éventuelle surveillance bancaire et savait partant proposer un produit financier (supra consid. 3.3). Le TPF en a conclu qu'il incombait au recourant d'obtenir des réponses, dans un domaine technique comme celui des produits financiers. Il aurait pu et dû s'adresser à un juriste spécialisé en matière de législation sur les marchés financiers, lequel l'aurait rendu attentif au fait que l'activité envisagée était susceptible d'être qualifiée d'activité d'assurance au sens de la LSA. En effet, en tout cas depuis le 1er janvier 2006, la caution (directe et indirecte) est mentionnée en tant que branche d'assurance (B15) dans l'Annexe 1 à l'ordonnance du 9 novembre 2005 sur la surveillance des entreprises d'assurance privées. Pour obtenir des réponses, le recourant aurait également pu s'adresser à F._____, concurrente la plus ancienne sur le marché (depuis 1991) dont il connaissait l'existence, qui l'avait en outre inspiré pour la rédaction des conditions générales de A._____ et auprès de laquelle il avait dit avoir pris des informations. Il ressortait en effet du communiqué de presse de F._____ du 23 septembre 2007 que cette société était, depuis 2 ans, en procédure avec l'OFAP afin de régulariser sa situation et de se conformer aux règles fixées en la matière.

E. 4.2

Le recourant ne conteste pas avoir exercé durant de nombreuses années dans les domaines de l'assurance et de la planification financière, respectivement de la gestion de fortune, tant en France qu'en Suisse et avoir bénéficié, dans ce contexte d'une importante formation continue (jugement entrepris, consid. D.1 p. 8 s.). Il n'était en tout cas pas insoutenable d'en

déduire qu'il savait ces secteurs, celui de l'assurance en particulier, soumis à des exigences spécifiques (agrément et surveillance). Le jugement entrepris constate également que le recourant était conscient que le produit que proposait A._____ impliquait que la société supporte un risque à la place du bailleur et savait également qu'en cas de réalisation du risque, c'est au moyen des cotisations des locataires que A._____ paierait les sommes dues au bailleur. Ces éléments suffisent déjà à établir que le recourant disposait de tous les éléments lui permettant de se douter que l'activité de A._____ relevait de l'assurance et était soumise à autorisation, en d'autres termes que son exercice était illicite sans agrément. On ne saurait ainsi reprocher au TPF d'avoir jugé que de simples démarches lui auraient permis de lever ce doute et, partant, de n'avoir pas tenu son erreur pour excusable. En tant que le recourant soutient que la situation juridique n'aurait été définitivement éclaircie que par l'arrêt du 21 janvier 2011, on peut se limiter à renvoyer à ce qui a déjà été exposé (v. supra consid. 3.3).

E. 5

Le recourant soutient ensuite que les autorités fédérales auraient adopté des comportements contradictoires durant la période postérieure à la réception du courrier de l'OFAP du 15 octobre 2007.

E. 5.1

Le principe de la bonne foi ancré à l'art. 9 Cst. postule une interdiction des comportements contradictoires et fonde l'administré à se prévaloir de la protection de la confiance créée par des assurances données par l'autorité ou d'autres comportements engendrant des attentes de même ordre (ATF 131 II 627 consid. 6.1 p. 636 s.). L'invocation de la protection de la bonne foi suppose cependant que la personne concernée soit fondée à se prévaloir de la situation de confiance et ait, compte tenu de celle-ci, pris des dispositions en sa défaveur sur lesquelles elle ne peut plus revenir. S'en prévaloir est exclu lorsque des intérêts publics prépondérants s'y opposent (ATF 131 II 627 consid. 6 p. 636 s.; 129 I 161 consid. 4.1 p. 170; 127 I 31 consid. 3c p. 36). En matière pénale, la protection de la bonne foi créée par un comportement passif de l'autorité peut être invoquée tant en relation avec une erreur sur l'illicéité, par l'auteur qui affirme avoir cru de bonne foi, compte tenu de la passivité des autorités, que son comportement était licite, qu'au stade de la fixation de la peine, comme un élément susceptible de faire apparaître sa culpabilité comme moindre (v. p. ex. : arrêt 6S.56/2006 du 15 juin 2006, consid. 3.3, publié in RtiD 2006 II p. 132).

E. 5.2

En l'espèce, dès son courrier du 15 octobre 2007, l'OFAP a dûment informé le recourant, par l'intermédiaire de A._____, du caractère pénal de la pratique de l'assurance sans agrément en soulignant qu'aux yeux de l'office, le modèle d'affaires de A._____ relevait bien de ce domaine d'activité. Comme l'a retenu le TPF, cette information émanant de l'autorité compétente ne laissait plus de place à un quelconque doute sur l'illicéité de la conclusion de nouveaux contrats par A._____. De surcroît, après que cette société eut contesté la soumission de son activité à l'agrément, par courrier du 30 janvier 2008, l'OFAP a répondu, le 1er avril 2008, en confirmant l'assujettissement de l'activité de A._____ à l'agrément et en lui fixant un délai de 15 jours pour faire une proposition tendant à régulariser la situation, sous la menace d'une décision formelle d'assujettissement assortie de l'interdiction explicite d'exercer. Comme on l'a vu, le positionnement adopté par l'OFAP ne laissait plus place à un doute sur le caractère intrinsèquement illicite, respectivement

pénal, de l'activité de A._____. On doit toutefois encore se demander si, compte tenu de l'écoulement du temps et du comportement de l'office, le recourant ne pouvait pas, de bonne foi, considérer que l'OFAP n'entendait pas, pour un temps tout au moins, tolérer l'activité conduite sans agrément, dans la perspective qu'une solution soit trouvée, par exemple sous la forme d'un accord avec un assureur agréé.

E. 5.3

A cet égard, et dans la perspective de l'argumentation du recourant déduite du principe de la bonne foi, le TPF a relevé que si l' art. 38 al. 3 LFINMA imposait à la FINMA de dénoncer pénalement les infractions, une telle norme n'existait pas sous l'empire de la LSA et qu'elle n'imposait, de toute manière, pas de dénoncer " immédiatement " les infractions. Ce raisonnement ne convainc pas. Tout d'abord, si la LSA ne contenait pas de norme spéciale équivalente à l' art. 38 al. 3 LFINMA , un devoir de dénoncer les infractions au droit pénal administratif incombe à toute l'administration fédérale, en application de l' art. 19 al. 2 DPA , qui vise un certain effet de prévention générale, par le fait que tout auteur d'une infraction doit savoir qu'il s'expose à être découvert eu égard au nombre de fonctionnaires susceptibles de le dénoncer (KURT HAURI, Verwaltungsstrafrecht, 1998, art. 19 DPA , no 3). Par ailleurs, si l'administration est soumise au principe de la légalité des poursuites, d'évidentes raisons pratiques n'en imposent pas moins, concrètement, d'opérer des choix d'opportunité dans la poursuite des infractions au droit pénal administratif (HAURI, op. cit., art. 62 DPA , no 2). Il s'ensuit, sous cet angle également, que le choix d'un service de poursuivre ou dénoncer une infraction, respectivement de ne pas le faire ou de différer l'ouverture d'une procédure pénale, ne résulte pas uniquement de la dissociation des procédures pénale administrative et administrative, respectivement de la nécessité de trancher préalablement les questions de droit administratif déterminantes pour l'application des normes pénales (cf. art. 62 et 73 al. 1 DPA), mais peut aussi procéder d'autres impératifs propres à l'administration. De tels choix peuvent, sans doute, influencer l'auteur dans sa décision de poursuivre son activité nonobstant son caractère illicite connu. Une erreur sur l'illicéité résultant du comportement de l'administration est alors exclue par hypothèse, ce qui conduit, en l'espèce, au rejet de ce grief, pour les motifs déjà exposés (supra, consid. 4). En revanche, en tant que le comportement de l'administration a pu influencer la détermination de l'administré à poursuivre une activité illicite en lui faisant présumer qu'il pourrait, cas échéant, échapper à des conséquences pénales, de telles circonstances peuvent influencer la culpabilité et doivent être prises en considération au stade de la fixation de la peine. Il y a lieu d'examiner si le jugement entrepris est conforme au droit fédéral sur ce point.

E. 5.4

En l'espèce, comme on l'a vu, l'OFAP n'a laissé planer aucun doute quant au caractère illicite de l'activité de A._____ dans ses courriers des 15 octobre 2007 et 1er avril 2008. Les menaces de prendre les mesures nécessaires, soit l'interdiction de poursuivre les affaires de A._____, contenues dans les courriers subséquents des 16 octobre et 12 novembre 2008 manifestent, de toute évidence, la même opinion, ce qui permet d'exclure que le recourant ait pu considérer de bonne foi son activité comme licite. En revanche, l'octroi de délais tout au long de l'année 2008, l'acceptation par l'OFAP du cautionnement proposé par A._____ au mois de juillet 2008 et le fait qu'au mois d'octobre et novembre 2008 encore l'office fédéral se bornait à menacer A._____ de rendre une décision d'assujettissement et de lui interdire la poursuite de ses affaires pouvait, de bonne foi, être compris par A._____, respectivement par le recourant, comme un signe qu'une régularisation de la

situation de A. _____ pourrait, cas échéant, intervenir sans suites pénales. Or, au moment de fixer la peine, le TPF a retenu, s'agissant des motivations du recourant, que celui-ci était rémunéré, en plus d'un salaire de base (142'857 fr.), par un bonus octroyé en fonction du nombre de nouveaux contrats conclus (66'666 fr. en 2008) et qu'il aurait pu facilement se contenter de son salaire de base (142'857 fr.), sans courir le risque de commettre un délit. Le TPF a ensuite pris en considération cet élément, à côté de la gravité de la mise en danger des biens juridiques protégés, pour conclure que la culpabilité du recourant ne pouvait pas être qualifiée de peu importante au sens de l' art. 52 CP . Il s'ensuit que le TPF, pour déterminer la culpabilité du recourant, a reproché à ce dernier d'avoir délibérément opté pour un comportement répréhensible en vue de bénéficier d'un bonus. Ce faisant, le TPF a omis d'apprécier la mesure dans laquelle le recourant pouvait aussi avoir pu espérer échapper à toute sanction pénale en raison du comportement de l'OFAP, soit un élément pertinent, susceptible de faire apparaître moins lourde sa culpabilité. Il convient dès lors d'annuler le jugement entrepris quant à la peine fixée et de renvoyer la cause à l'autorité précédente afin qu'elle se prononce à nouveau sur la culpabilité du recourant compte tenu de ce qui précède. Elle examinera aussi, dans ce contexte, si, au regard des actes typiques visés par l' art. 44 LFINMA , le comportement du recourant apparaît ou non sensiblement moins grave en tenant compte, en particulier, des conséquences de ses actes (v. en relation avec l' art. 52 CP : ATF 135 IV 130 consid. 5.3.3 p. 135 s.; arrêt 6B_345/2011 du 17 novembre 2011 consid. 9). A cet égard, si le TPF a souligné la gravité de la mise en danger des biens protégés résultant du comportement du recourant (jugement entrepris, consid. 3.3, p. 32), il a aussi indiqué que durant les 8 derniers mois d'activité, cette mise en danger avait été notablement diminuée du fait de la fourniture de sûretés, en relevant, toutefois, que demeuraient la mise en danger de la saine concurrence entre les acteurs du marché ainsi que celle de la garantie contre les abus tarifaires. Sur ce dernier point, il convient de relever que le seul risque d'une atteinte aux intérêts des assurés aurait déjà pu justifier de prendre des mesures conservatoires au sens de l' art. 51 LSA et que de telles mesures n'ont, en définitive, été prises qu'à fin avril 2009, de sorte qu'il n'apparaît pas d'emblée que la mise en danger des intérêts des assurés ait été particulièrement importante avant ce moment. On ignore aussi si les conditions tarifaires pratiquées par A. _____ étaient sensiblement plus défavorables pour ses clients que celles pratiquées par son ou ses concurrents, respectivement en quoi et avec quelle intensité la protection tarifaire a été atteinte. On recherche, par ailleurs, en vain dans les considérants du TPF toute indication précise quant à l'importance de l'atteinte à la saine concurrence, durant les mois de discussion avec l'OFAP, sur un marché dominé depuis de nombreuses années par un acteur principal, n'ayant lui-même obtenu l'agrément pour l'exercice de l'assurance-caution que peu de temps après que A. _____ eut débuté son activité.

E. 6

Le recours est admis partiellement. Le recourant supporte une partie des frais (art. 65 al. 2 et 66 al. 1 LTF). Il peut prétendre des dépens réduits (art. 68 al. 1 LTF) à la charge de la Confédération.