

BStGer SK.2014.8 vom 24. Juli 2014

Bundesstrafgericht, 2014-07-24, FR

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bstger_SK.2014.8

FR: TPF SK.2014.8 du 24 juillet 2014

IT: TPF SK.2014.8 del 24 luglio 2014

Regeste

Infraction à l'art. 44 de la loi du 22 juin 2007 sur l'Autorité fédérale de surveillance des marchés financiers (LFINMA), en relation avec l'art. 3 al. 1 de la loi fédérale du 17 décembre 2004 sur la surveillance des entreprises d'assurance (LSA)

Erwägungen

E. 1

Compétence et droit applicable

E. 1.1

L'art. 50 al. 2 LFINMA prévoit que, pour les infractions à cette loi ou aux lois sur les marchés financiers, le jugement par le tribunal relève de la compétence fédérale et que, dans ce cas, le Département fédéral des finances transmet l'affaire au Ministère public de la Confédération, à l'intention du Tribunal pénal fédéral. Le renvoi pour jugement tient lieu d'accusation et les art. 73 à 83 de la loi fédérale du 22 mars 1974 sur le droit pénal administratif (DPA; RS 313.0) sont applicables par analogie.

E. 1.2

En application de l'art. 35 de la loi fédérale sur l'organisation des autorités pénales de la Confédération du 19 mars 2010 (LOAP; RS 173.71), la Cour des affaires pénales est compétente pour connaître des affaires relevant de la juridiction fédérale, que le Conseil fédéral a déferées au TPF, en application de la DPA.

E. 1.3

La procédure devant la cour des affaires pénales est régie par les art. 73 à 80 DPA (art. 81 DPA); les dispositions pertinentes et non contradictoires du code de procédure pénale du 5 octobre 2007 (CPP; RS 312.0) sont applicables subsidiairement (art. 82 DPA). Les articles topiques de la DPA étant muets sur la question de la composition de la cour appelée à juger une affaire de droit pénal administratif, l'art. 19 al. 2 CPP s'applique à titre supplétif, par renvoi de l'art. 36 al. 2 LOAP; en l'espèce, l'infraction dont connaît la cour des affaires pénales est un délit, en tant que l'art. 44 al. 1 LFINMA reproché au prévenu dans le prononcé pénal du 10 janvier 2014 prévoit une peine privative de liberté de trois ans au plus ou une peine pécuniaire. La peine requise par le DFF est une peine pécuniaire de 135 jours-amende, ainsi qu'une amende de CHF 10'000, soit une peine inférieure à deux ans; la cause relève donc de la compétence du juge unique.

E. 1.4

Formulée par pli du 17 janvier 2014, remis à la poste le jour même, la demande de jugement a été présentée en temps utile (art. 75 al. 1 DPA; v. supra A.5).

E. 1.5

Conformément à l'art. 73 al. 1 DPA, une décision administrative définitive sur l'assujettissement de la société B. à l'agrément de l'Autorité de surveillance pour exercer une activité d'assurance, en application de la LSA a été rendue en dernière instance par le Tribunal fédéral en date du 21 janvier 2011 (v. supra C.18).

- 11 -

E. 1.6

L'examen de la recevabilité du renvoi pour jugement, à titre supplétif, à l'aune de l'art. 329 al. 1 let. a à c CPP, ne fait apparaître aucune irrégularité, ni aucun empêchement de procéder. En outre, les conditions à l'ouverture de l'action publique sont réalisées: en particulier, le prononcé pénal de condamnation du 10 janvier 2014 a fait cesser le cours de la prescription de l'action pénale, conformément à la jurisprudence consacrée du Tribunal fédéral relative à l'art. 97 al. 3 CP (ATF 139 IV 62 consid. 1.2, 134 IV 328 consid. 2.1, 133 IV 112 consid. 9.4.4), laquelle n'était pas atteinte au 10 janvier 2014. En effet, l'infraction reprochée à A. entre le 21 septembre 2007 et le 29 avril 2009 étant un délit (v. infra consid. 2.1), la prescription de l'action pénale était de sept ans (art. 97 al. 1 let. c CP); quel que soit le point de départ du délai de prescription selon l'art. 98 CP, sept ans ne s'étaient pas écoulés ni depuis le 21 septembre 2007, ni depuis le 29 avril 2009 au jour du 10 janvier 2014.

E. 1.7

Les conditions du renvoi pour jugement selon la DPA et, à titre supplétif, le CPP sont donc données. Le prononcé pénal du 10 janvier 2014, qui tient lieu d'acte d'accusation, contient un exposé des faits et indique les dispositions pénales applicables (art. 73 al. 2 DPA); il lie donc la Cour quant à l'état de faits reproché, mais pas quant à la mesure de la peine prononcée (EICKER/FRANK/ACHERMANN, *Verwaltungsstrafrecht und Verwaltungsstrafverfahrensrecht*, Berne 2012, p. 274 ss).

E. 1.8

En application de l'art. 79 al. 2 DPA, le jugement, avec l'essentiel des considérants, est notifié par écrit aux parties.

E. 2

Infraction reprochée

E. 2.1

Les faits reprochés à A. dans le prononcé pénal du 10 janvier 2014, soit l'activité d'assurance exercée en tant que directeur de la société B. du 21 septembre 2007 au 29 avril 2009 sans être au bénéfice de l'autorisation requise, se sont déroulés sous l'empire de deux droits différents et sont donc susceptibles de tomber sous le coup de deux dispositions pénales: l'art. 87 de la loi fédérale sur la surveillance des entreprises d'assurance du 17 décembre 2004, telle qu'en vigueur jusqu'au 31 décembre 2008 (aLSA; RO 2005 5269) et l'art. 44 LFINMA, entré en vigueur au 1er janvier 2009. L'art. 87 LSA, en vigueur depuis le 1er janvier 2009, ne contenant plus de disposition pénale concernant spécifiquement la pratique de l'assurance sans l'agrément prescrit, c'est la clause générale, soit l'art. 44 LFINMA, qui s'applique. Il s'agit donc de déterminer quelle est la lex mitior, en application de l'art. 2 al. 2 CP. L'art. 87 aLSA, en relation avec l'art. 333 al. 2 let. b et al. 4 et 5 aCP (RO 2006 3459), prévoyait la peine privative de liberté de trois ans au plus ou la peine

pécuniaire pour celui

- 12 - qui, intentionnellement, pratiquait l'assurance sans l'agrément prescrit et l'amende jusqu'à CHF 100'000 pour l'auteur négligeant. L'art. 44 LFINMA prévoit la même peine pour sanctionner 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; l'auteur qui agit par négligence est puni d'une amende de CHF 250'000 au plus. Si les éléments objectifs et subjectifs des infractions réprimées à l'art. 87 al. 1 let. a aLSA et à l'art. 44 LFINMA sont les mêmes, il n'en va pas de même des sanctions. Le nouveau droit n'est ainsi pas plus favorable. L'ancien droit devrait donc être appliqué à l'activité exercée jusqu'au 31 décembre 2008 et le nouveau à celle exercée depuis le 1er janvier 2009. Une infraction est dite continue (Dauerdelikt, reato permanente) lorsque les actes créant la situation illégale forment une unité avec ceux qui la perpétuent, ou avec l'omission de la faire cesser pour autant que le comportement visant au maintien de l'état de fait délictueux soit expressément ou implicitement contenu dans les éléments constitutifs du délit; le délit continu se caractérise par le fait que la situation illicite créée par un état de fait ou un comportement contraire au droit se poursuit (arrêt du Tribunal fédéral 2C_66/2013 du 7 mai 2013, consid. 6.1). Il est réalisé sitôt accompli le premier acte délictueux, mais n'est achevé qu'avec la fin ou la suppression de l'état contraire au droit (ATF 135 IV 6 consid. 3.2; arrêt du Tribunal fédéral 6B_196/2012 du 24 janvier 2013, consid. 1.2). Tel est notamment le cas de la séquestration et de l'enlèvement qualifié au sens des art. 183 al. 2 et 184 al. 4 CP, de la violation de domicile au sens de l'art. 186 CP, de l'entrave à l'action pénale au sens de l'art. 305 CP, de l'occupation illicite d'ouvriers ou de la violation d'une obligation d'entretien au sens de l'art. 217 CP (arrêt du Tribunal fédéral 6B_525/2012 du 5 novembre 2012, consid. 3.5), de la résidence durable et ininterrompue en situation irrégulière (ATF 136 IV 127 consid. 3.1.1; 135 IV 6 consid. 3), de la violation de l'obligation de diligence dans les opérations financières au sens de l'art. 305ter CP (ATF 134 IV 307 consid. 2.4), de la rupture de ban au sens de l'art. 291 CP ou encore de la conduite en état d'ébriété au sens de l'art. 91 LCR (G. KOLLY, in Commentaire Romand, Code pénal I, Bâle 2009, n° 28 ad art. 98). Par analogie avec les exemples cités, il y a lieu de considérer que l'exercice d'une activité d'assurance sans disposer de l'agrément requis est un délit continu, soit une infraction qui se prolonge durant un certain laps de temps. En effet, l'activité d'assurance présuppose, par définition, la conclusion de plusieurs contrats: l'un des cinq critères retenus par la jurisprudence pour savoir s'il y a activité d'assurance est celui de la compensation des risques sur la base des données de la statistique, et donc, du grand nombre (arrêt du Tribunal fédéral

- 13 - 2C_410/2010, consid. 3.4). En outre, ces contrats sont, de manière générale, des contrats d'une certaine durée: en principe, la durée des baux des locataires preneurs d'assurance-cautionnement (même si le contrat de bail est indépendant du contrat de cautionnement). Ainsi, l'activité d'assurance doit être considérée comme une entité et, partant, l'activité d'assurance sans agrément une infraction continue. L'activité illicite commence avec la signature du premier contrat d'assurance-cautionnement sans autorisation, dans le cas présent, le 21 septembre 2007 (v. supra C.2); en principe, elle se termine soit avec la résiliation du dernier contrat d'assurance-cautionnement sans autorisation, soit avec la régularisation de la situation du point de vue de la LSA (par exemple, avec l'obtention de l'agrément); en l'espèce, en ce qui concerne A., dès lors qu'il

s'est vu retirer la signature individuelle au nom et pour le compte de la société B. par décision de la FINMA du 27 avril 2009, mise en œuvre le 29 avril 2009, son activité d'assurance au sein de la société B. n'a pu perdurer au-delà de cette dernière date. Lorsqu'il a ensuite repris ses fonctions, la situation de la société B. avait été régularisée (v. supra C.16 et C.17). Selon la doctrine, en présence d'un délit continu, lorsque l'activité illicite se déroule en partie avant et en partie après l'entrée en vigueur d'une loi nouvelle (cas non prévu par l'art. 2 CP), l'acte est considéré commis sous l'empire de la loi nouvelle; le comportement antérieur à l'entrée en vigueur sera réprimé en vertu de cette loi, à la condition, comme c'est le cas en l'espèce, qu'il ait déjà été punissable selon la loi ancienne (J. GAUTHIER, in Commentaire Romand, Code pénal I, Bâle 2009, n° 17 ad art. 2; M. DUPUIS et al. [Edit.], Petit Commentaire du Code pénal, Bâle 2012, n° 20 ad art. 2; J. HURTADO POZO, Droit pénal, partie générale, n° 322; P. POPP/A. BERKEMEIER, in Basler Kommentar Strafrecht I, 3e édition, Bâle 2013, n° 9 et 11 ad art. 2). Partant, c'est le nouveau droit qui s'applique à l'ensemble de l'activité d'assurance exercée par A. en tant que directeur de la société B., du 21 septembre 2007 au 29 avril 2009.

E. 2.2

Se rend coupable d'infraction à l'art. 44 LFINMA 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, énumérées à l'art. 1 al. 1 LFINMA.

E. 2.3

Dans son arrêt 2C_410/2010 du 21 janvier 2011, le Tribunal fédéral confirme, en application des art. 2 al. 1 let. a et 3 LSA, que la société B. exerce une activité

- 14 - d'assurance, laquelle est par conséquent soumise à surveillance et agrément de la FINMA; en effet, l'activité de la société B. remplit les cinq critères jurisprudentiels, approuvés par la doctrine, pour qualifier l'activité d'assurance: elle assume un risque, les cotisations versées par ses clients, les locataires signataires de contrats d'assurance-cautionnement, peuvent être assimilées à des primes, la prestation offerte par la société B. est une prestation d'assurance, le contrat entre la société B. et le locataire revêt un caractère autonome par rapport au contrat de bail entre le locataire et le bailleur et, enfin, la société B. pratique la compensation des risques selon la loi du grand nombre (consid. 3). Partant, les contrats d'assurance-cautionnement conclus par la société B. avec ses clients locataires entre le 21 septembre 2007 (premier contrat) et le 29 avril 2009 (date de l'intervention des chargés d'enquête, qui ont interdit à la société B. de conclure de nouveaux contrats de cautionnement, FINMA/AI, p. 393, ch. 3) constituaient une activité d'assurance au sens de la LSA.

E. 2.4

La société B. n'a jamais obtenu l'agrément de l'autorité compétente pour l'exercice de l'activité d'assurance, le prévenu ne le conteste d'ailleurs pas (DFF/02, p. 29, ch. 80; v. toutefois infra consid. 2.8). Après que la société B. a signé, le 29 juillet 2009, un contrat avec la compagnie d'assurance agréée J., aux termes duquel cette dernière assurait les risques liés aux contrats d'assurance-cautionnement passés par la société B., la FINMA a constaté que l'activité de la société B. n'était "plus considérée comme une activité nécessitant une autorisation de la FINMA" (FINMA/AII, p. 778, p. 1026 et supra C.17).

E. 2.5

Lorsqu'une infraction est commise – comme en l'espèce – dans la gestion d'une personne morale ou de quelque autre manière dans l'exercice d'une activité pour un tiers, les dispositions pénales sont applicables aux personnes physiques qui ont commis l'acte (art. 6 al. 1 DPA). En l'espèce, l'activité d'assurance de la société B. entre le 21 septembre 2007 et le 29 avril 2009 a été exercée par son directeur avec signature individuelle, à savoir A. (FINMA/AI, p. 176). À ce titre, A. assurait l'administration opérationnelle de la société B., seul dans un premier temps, puis, dès le 1er octobre 2007, assisté d'un collaborateur qu'il avait engagé et qui travaillait sous ses ordres (DFF/05, p. 10; TPF 5.930.023, l. 1 à 6; 007, l. 4 s.; 009, l. 12; 017, l. 29 s.). Partant, les éléments objectifs constitutifs de l'infraction à l'art. 44 LFINMA sont réalisés.

E. 2.6

Subjectivement, la conscience exigée pour que soit réalisée l'intention implique uniquement que l'auteur connaisse les éléments objectifs constitutifs d'un délit;

- 15 - peu importe qu'il soit ou non conscient de l'illicéité ou du caractère punissable de son comportement (ATF 104 IV 175 consid. 4a). En l'espèce, A. connaissait le contenu des contrats passés entre la société B. et ses clients locataires. Il avait conscience de son rôle de responsable opérationnel de cette société. Il savait également que la société B. ne disposait pas de l'agrément de l'OFAP. Il avait donc conscience des éléments constitutifs de l'énoncé de fait légal.

E. 2.7

Tout au long de la procédure pénale administrative menée contre lui par le DFF, le prévenu a toutefois allégué qu'il ignorait qu'un tel comportement de sa part était illicite et qu'il était donc, durant toute la période concernée, dans l'erreur (DFF/02, p. 28 ss; DFF/08, p. 14 ss; DFF/09, p. 16 ss). Aux termes de l'art. 21 CP, quiconque ne sait ni ne peut savoir au moment d'agir que son comportement est illicite n'agit pas de manière coupable. Le juge atténue la peine si l'erreur était évitable. L'erreur au sens de l'art. 21 CP vise le cas où l'auteur se trompe sur le caractère illicite de son acte, en considérant que sa façon d'agir est licite, c'est-à-dire qu'elle ne constitue pas une infraction; cette question relève de l'établissement des faits (ATF 135 IV 152 consid. 2.3.2; arrêt du Tribunal fédéral 6B_403/2013 du 27 juin 2013, consid. 1.1). Les conséquences pénales d'une erreur sur l'illicéité dépendent de son caractère évitable ou inévitable. L'auteur qui commet une erreur inévitable est non coupable et doit être acquitté (art. 21, 1ère phrase, CP). Tel est le cas s'il a des raisons suffisantes de se croire en droit d'agir (ATF 128 IV 201 consid. 2). Une raison de se croire en droit d'agir est "suffisante" lorsqu'aucun reproche ne peut lui être adressé parce que son erreur provient de circonstances qui auraient pu induire en erreur tout homme consciencieux (ATF 98 IV 293 consid. 4a; cf. FF 1999 p. 1814). En revanche, celui dont l'erreur sur l'illicéité est évitable commet une faute, mais sa culpabilité est diminuée. Il restera punissable, mais verra sa peine obligatoirement atténuée (art. 21, 2e phrase, CP; arrêt du Tribunal fédéral 6B_139/2010 du 24 septembre 2010, consid. 4.1; FF 1999 1814). Savoir si une erreur était évitable ou non est une question de droit (arrêt du Tribunal fédéral 6B_403/2013 du 27 juin 2013, consid. 1.1 et les références citées). Le droit suisse part de l'idée qu'il faut avoir conscience de l'illicéité d'un acte pour que celui-ci soit punissable (ATF 129 IV 238 consid. 3.2.1). Le justiciable doit cependant s'efforcer de prendre connaissance de la loi. En outre, s'agissant d'un domaine technique ou soumis à

autorisation, l'auteur est tenu de se renseigner auprès de l'autorité compétente (arrêt du Tribunal fédéral 6B_1035/2009 du 26 août 2010, consid. 2.2.3). Son ignorance ne lui permet de s'exculper que dans des cas exceptionnels (ATF 129 IV 238 consid. 3.1). L'erreur sur l'illicéité doit dès lors être admise restrictivement (V. THALMANN in Commentaire romand,

- 16 - Code pénal I, Bâle 2009, n° 9 ad art. 21 CP et les arrêts cités). Elle ne saurait être admise lorsque l'auteur doutait lui-même ou aurait dû douter de l'illicéité de son comportement (ATF 130 IV 77; 121 IV 109 consid. 5b; 104 IV 175; arrêt du Tribunal fédéral 6S.134/2000 du 5 mai 2000, consid. 3b/aa). Elle est de même exclue lorsque l'autorité a expressément attiré l'attention de l'auteur sur la situation juridique (ATF 129 IV 6 consid. 4.1; 120 IV 208 consid. 5b p. 215; arrêt du Tribunal fédéral 6S.134/2000).

E. 2.7.1

En l'espèce, la première intervention de l'OFAP à l'endroit de la société B. remonte au 15 octobre 2007, date à laquelle l'autorité a, pour la première fois, expressément attiré l'attention de la société, et donc de son directeur opérationnel, sur la situation juridique (v. supra C.3). A. a pris connaissance de cette lettre dans les jours qui ont suivi son envoi (TPF 5.930.011, l. 36 s.). Ainsi, dans l'examen de l'erreur de A. sur l'illicéité de la situation de la société B., une distinction doit être opérée entre deux périodes: la période précédant la réception, et donc la prise de connaissance par A. du contenu de la lettre du 15 octobre 2007, allant du 21 septembre 2007 au moment de dite réception et la période successive, allant jusqu'au 29 avril 2009.

E. 2.7.2

Afin de déterminer quelles étaient les connaissances du prévenu durant la première des deux périodes, il y a lieu de revenir au moment ayant précédé le début de l'activité de la société B., soit à la période de mise en place de l'infrastructure, entre avril et septembre 2007, au cours de laquelle le prévenu a rédigé un projet de conditions générales de la société; il a déclaré, pour ce faire, ne s'être renseigné spécifiquement auprès d'aucune autorité, ni d'aucun conseiller juridique sur le cadre légal de l'activité projetée, notamment sur la question de savoir si des conditions étaient requises pour pouvoir exercer l'activité projetée, et ce pour plusieurs raisons: il disposait des contrats de sociétés concurrentes dans le domaine du cautionnement de loyers, en particulier la société O., société à S., qui exerçait cette activité depuis quinze ans, sans agrément; ces contrats ne mentionnaient aucun droit de timbre et ne faisaient pas référence à la loi fédérale du 2 avril 1908 sur le contrat d'assurance (LCA; RS 221.229.1) dans leurs conditions générales; en outre, il avait été engagé par des professionnels de l'immobilier, pour certains au bénéfice d'une formation juridique; un membre du conseil d'administration était également avocat et les conditions générales avaient été soumises à une avocate pour approbation; il s'était également renseigné auprès des régies immobilières; aucune de ces personnes ne lui a parlé de conditions ou de cadre légal à respecter (TPF 5.930.009, l. 42 à 44 et 010, l. 1 à 9; TPF 5.930.026, l. 1 à 8).

- 17 - A. a également admis avoir été informé, par le biais d'un communiqué de presse émis par la société O. le 23 septembre 2007, du fait que cette société venait d'obtenir de l'OFAP l'agrément pour l'exploitation de la branche d'assurance "caution" et qu'elle était elle-même devenue une société d'assurance. Ce document précisait également que "toutes les sociétés proposant des prestations comparables à celles de la société O. devront être au bénéfice d'un

même agrément d'assurance". L'exemplaire dudit communiqué de presse, versé au dossier par la défense lors des débats, a été reçu par la régie immobilière P. le 10 octobre 2007; il a ensuite été communiqué à A., dans les jours qui ont suivi, soit "juste avant" la lettre de l'OFAP (TPF 5.930.030 et 5.930.011, l. 41 à 44 et 5.930.017, l. 5 à 10). La prise de connaissance de ce communiqué par A. coïncide donc, à quelques jours près, avec la réception de la lettre de l'OFAP du 15 octobre 2007, à une date qu'il n'est toutefois pas possible d'établir avec précision. Partant, il y a lieu d'admettre que A. ignorait, jusqu'à réception de la lettre de l'OFAP, que l'activité qu'il exerçait pour la société B. exigeait un agrément préalable de cette autorité. Conformément à la jurisprudence précitée, il s'agit d'établir, si cette erreur était évitable, soit si son ignorance peut lui être imputée (v. supra consid. 2.7). De par sa formation et son expérience professionnelle en Suisse, A. savait que, dans ce pays, les secteurs de la finance et de l'assurance faisaient l'objet d'une réglementation et d'une surveillance, ce qu'il a d'ailleurs admis (TPF 5.930.010, l. 11 à 21). Certes, avant d'être engagé par les fondateurs de la société B., A. n'était pas versé dans le domaine de l'immobilier; il admet toutefois avoir réuni de la documentation, notamment des informations chez les concurrents, avant même de commencer son travail. Il était en outre conscient que le produit que proposait la société B. 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 (TPF 5.930.010, l. 23 à 32). Il savait également qu'en cas de réalisation du risque, c'est au moyen des cotisations des locataires que la société B. paierait les sommes dues au bailleur (TPF 5.930.011, l. 1). Si, malgré cela, comme il l'a expliqué aux débats, il n'avait pas imaginé que le cautionnement de loyers puisse être une activité d'assurance, il ne peut lui être reproché de n'avoir pas directement contacté l'autorité compétente en la matière, soit l'OFAP. Il a toutefois également reconnu s'être posé la question, avec les fondateurs et au moins un membre du conseil d'administration, de savoir si l'activité de la société B. pouvait être une activité bancaire, soit une activité également soumise à surveillance et réglementation (TPF 5.930.010, l. 14 à 16). Même s'ils sont "arrivés à la conclusion" qu'il ne s'agissait pas d'une activité bancaire, cela

- 18 - démontre que A. avait conscience que le service proposé était un produit financier. Plus que se poser des questions, il incombait au prévenu d'obtenir des réponses, dans un domaine technique comme celui des produits financiers. Pour ce faire, A. 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 par la société B. était susceptible d'être qualifiée d'activité d'assurance, au sens où l'entend la LSA. En effet, en tous cas depuis le 1er janvier 2006 (la réglementation précédente n'étant plus disponible sur le site de l'administration fédérale), 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 (OS; RS 961.011). Pour obtenir des réponses, A. aurait également pu s'adresser à la société O., concurrente de la société B., la plus ancienne sur le marché (depuis 1991), dont A. connaissait l'existence, qui l'a en outre inspiré pour la rédaction des conditions générales de la société B. et auprès de laquelle il dit avoir notamment pris des informations; il ressort en effet du communiqué de presse du 23 septembre 2007 que la société O. était, depuis deux ans, en procédure avec l'OFAP afin de régulariser sa situation et de se conformer aux règles fixées en la matière (TPF 5.930.030). Partant, la Cour estime que l'erreur dans laquelle se trouvait A., entre le 21 septembre et jusqu'à réception de la lettre de l'OFAP du 15 octobre 2007, était évitable, mais que le

prévenu n'a rien fait pour l'éviter.

E. 2.7.3

En ce qui concerne la seconde période d'activité reprochée, soit celle allant de la réception de la lettre de l'OFAP du 15 octobre 2007 au 29 avril 2009, A. n'était plus sous l'emprise d'une erreur sur l'illicéité. D'une part, les termes de la lettre de l'autorité sont clairs: la société B. "exerce une activité d'assurance soumise à notre surveillance et à notre agrément, en vertu de l'art. 2 al. 1 LSA [...]. Selon l'art. 87 al. 1 let. a LSA, est puni de l'emprisonnement ou d'une amende de 1'000'000 francs au plus quiconque pratique l'assurance sans l'agrément prescrit. Nous constatons que vous ne disposez pas de l'agrément nécessaire à l'exploitation de l'assurance. L'assurance de la garantie de loyer telle que vous la pratiquez correspond à la branche B15 (caution), selon l'annexe I de l'ordonnance sur la surveillance (OS, RS 961.011)" (FINMA/AI, p. 5). D'autre part, le prévenu savait, puisque la lettre du 15 octobre 2007 l'indiquait, que l'OFAP était l'autorité de surveillance compétente en matière d'assurance privée. Il devait ainsi considérer que l'OFAP était spécialisé dans l'interprétation et l'application de la LSA. Dès lors, vu le ton affirmatif de cette lettre quant à l'assujettissement à autorisation de l'activité de la société B. et l'autorité dont elle émanait, A. n'avait aucune raison sérieuse de

- 19 - penser que l'autorité se trompait dans son appréciation juridique des faits (ATF 121 IV 109 consid. 5). Il devait donc à tout le moins envisager que l'analyse juridique faite par l'OFAP fût correcte, quand bien même il ne la partageait pas, ce d'autant qu'il venait d'apprendre "juste avant", pour reprendre les termes employés par A. lui-même, que la société O., concurrente de la société B. exerçant la même activité qu'elle, venait d'obtenir l'agrément de l'OFAP pour l'exploitation de la branche d'assurance "caution" (TPF 5.930.011, l. 41 et 5.930.030). En conséquence, il devait également envisager, selon les termes de la lettre, que la poursuite de l'activité de la société B. était susceptible de constituer une infraction. Pour qu'il y ait dol éventuel au sens de l'art. 12, al. 2, 2e phrase CP, il faut tout d'abord que la réalisation de l'infraction ne soit pas certaine dans l'esprit de l'auteur, mais constitue seulement une éventualité. L'incertitude peut porter non seulement sur le résultat requis le cas échéant par la loi, mais aussi sur l'existence d'un autre élément constitutif objectif. Le dol éventuel suppose ensuite que l'auteur ne souhaite pas la réalisation de l'infraction mais la considère comme sérieusement possible et se borne à accepter cette éventualité pour le cas où elle se présenterait, et ce, même s'il est indifférent à cette éventualité ou considère la survenance de cette infraction comme plus ou moins indésirable; il suffit qu'il s'accommode de la perspective que l'infraction se réalise (ATF 130 IV 83 consid. 1.2.1; 119 IV 1 consid. 5a). En l'espèce, A. ne souhaitait pas commettre un délit. En prenant le parti, en sa qualité de responsable opérationnel, de poursuivre l'activité de la société B. après réception de la lettre de l'OFAP du 15 octobre 2007, il a considéré comme sérieusement possible que son comportement soit constitutif d'un délit pénal et s'est borné à accepter cette éventualité pour le cas où elle se présenterait. Durant les débats, le prévenu a d'ailleurs admis qu'immédiatement après avoir pris connaissance de la lettre de l'OFAP du 15 octobre 2007, il avait envisagé que la société B. puisse s'exposer à des sanctions pénales (TPF 5.930.013, l. 18 à 21). Qu'il ait ainsi choisi d'ignorer un avertissement pénal de l'autorité ne saurait en aucun cas l'exculper. C'est ainsi par dol éventuel que A. a commis l'infraction à l'art. 44 LFINMA.

E. 2.8

Toujours quant à sa culpabilité, le prévenu invoque à sa décharge le fait que, depuis son intervention, l'OFAP, par son attitude, dans chacun de ses courriers, en proposant des solutions à la société B. pour régulariser sa situation et en lui octroyant des délais pour ce faire, a implicitement (et a contrario) donné son autorisation à la société pour poursuivre son activité, ce malgré plusieurs mises en garde, notamment relatives à la cessation de l'activité par l'autorité. En

- 20 - particulier, l'acceptation par l'OFAP, dans sa lettre du 14 juillet 2008, de la proposition faite par la société B. de verser une sûreté de CHF 250'000, "jusqu'à ce qu'elle collabore avec une entreprise d'assurance adéquate disposant de l'agrément pour la branche B15", participait de cet agrément tacite et constituait un blanc-seing, l'encourageant à poursuivre "légalement" son activité dans l'intervalle (DFF/08, p. 15; DFF/02, p. 30, ch. 90 à 92; DFF/09, p. 16 ss).

E. 2.8.1

Selon la défense, c'est à l'autorité qu'il incombait de prendre la décision administrative d'arrêter l'activité de la société B. Il s'agit, d'emblée, de profiter de ce dernier argument afin de rappeler ce qui suit. a) L'art. 27 Cst. garantit à toute personne la liberté économique, soit la liberté du commerce et de l'industrie. En tant que liberté individuelle, elle ne protège pas seulement l'individu en tant que tel, mais aussi les relations économiques à but lucratif qu'il entretient avec d'autres agents économiques. Elle lui assure cet espace de liberté dont il a besoin pour pouvoir produire et commercer, à l'abri de toute intervention étatique (A. AUER/G. MALINVERNI/M. HOTTELIER, Droit constitutionnel suisse, Volume II, Les droits fondamentaux, 3e éd., Berne 2013, n° 906). Une telle liberté implique donc, pour l'individu, des droits, mais également des devoirs. b) En outre, comme toute liberté fondamentale, cette liberté est susceptible de connaître des tempéraments (art. 36 Cst.). L'un de ceux-ci est la réglementation, dans une loi, d'une activité commerciale par l'État, en vue de protéger un intérêt public ou un autre droit fondamental. Comme toute restriction, une telle réglementation, dans les mesures qu'elle prévoit, doit être proportionnée au but visé. En l'espèce, la LSA, à laquelle est venue s'ajouter, depuis le 1er janvier 2009, la LFINMA, constitue un tempérament au libre choix et au libre exercice de l'activité d'assurance; elle a notamment pour but la protection de l'assuré contre les risques d'insolvabilité des entreprises d'assurance et contre les abus (arrêt du Tribunal fédéral 2C_410/2011 du 21 janvier 2011 en la cause la société B., consid. 3). Si le but de cette législation ne peut être décrit de manière exhaustive, il sied de relever qu'elle revêt également un caractère d'intérêt public, dans la mesure où elle vise au bon fonctionnement du secteur de l'assurance, dans le sens d'une concurrence saine (sans toutefois viser des objectifs de limitation de la concurrence, ni de politique économique ou conjoncturelle). L'idée d'un secteur de l'assurance fort et intègre, qui inspire la confiance de la population, de l'économie et de la politique, tant au niveau national qu'international fait partie du but d'intérêt public poursuivi par cette législation. Ainsi, le terme d'assuré doit-il être compris dans son sens le plus

- 21 - large: la surveillance exercée doit l'être en vue de protéger les intérêts des preneurs d'assurance, des assurés, des ayants-droit, des lésés et même des personnes intéressées par l'assurance, soit, pour employer un terme générique, pour assurer la protection du consommateur (Message du Conseil fédéral relatif à la LSA, FF 2003 3372). Ces différents buts sont poursuivis par la mise en œuvre par l'autorité, dans le cadre d'une procédure administrative, de moyens proportionnés, soit de mesures de surveillance ou d'interventions qui n'atteignent pas plus qu'il n'est nécessaire la liberté économique de chaque individu, soit

de chaque consommateur, d'autres intérêts publics et privés ou encore d'autres libertés. c) Ainsi, A., en sa qualité de directeur opérationnel de la société B., avait-il le libre choix, une fois informé de la situation par l'OFAP, dans sa lettre du 15 octobre 2007, de poursuivre ou non l'activité de la société. C'est effectivement, en première ligne, au titulaire de la liberté qu'appartient le choix et, en conséquence, qu'incombe la responsabilité d'exercer ou non, de continuer d'exercer ou non. Si, comme il l'a déclaré, il avait des doutes en la matière (TPF 5.930.013, l. 26), A. avait également le droit, si ce n'est le devoir, dans l'exercice de cette liberté, de s'adresser directement à l'administration compétente, pour obtenir des éclaircissements, tant sur le point de l'éventuelle cessation de l'activité, que d'ailleurs, sur les sanctions pénales auxquelles il s'exposait, tant pour l'activité déjà exercée que pour celle future, s'il continuait l'exploitation de l'activité commerciale, ce qu'il n'a toutefois pas fait. d) De son côté, l'OFAP (puis la FINMA), tout au long de la procédure administrative, a donné les informations utiles à l'administré sur sa situation juridique, lui a proposé plusieurs solutions, puis, selon les termes employés par le représentant du DFF à l'occasion de son réquisitoire, a fait preuve de patience. Il faut comprendre par là, non que l'autorité de surveillance a autorisé tacitement l'activité de la société B., mais qu'elle a veillé à ce que la société B. mette en œuvre dans les meilleurs délais l'une des options esquissées dans sa lettre du 15 octobre 2007, afin de se conformer à la législation en matière d'assurances. Ce faisant, elle a procédé à une pesée des intérêts publics et privés en cause (protection des assurés et des preneurs d'assurance, liberté économique de la société B.) et respecté le droit d'être entendue de la société B.

E. 2.8.2

Force est de constater que la société B., par son directeur, n'a jamais décidé de son propre chef de cesser son activité. Au contraire, elle l'a poursuivie, non seulement en maintenant les contrats déjà conclus avec ses clients, mais en concluant toujours plus de nouveaux contrats de cautionnement de loyer, ce qui n'est d'ailleurs pas contesté par la défense (la société B. avait 184 clients au 9 janvier 2008 et 946 au 13 juin 2008; FINMA/AI, p. 21 et 103). C'est ainsi que,

- 22 - dans un second temps (ultima ratio) et moyennant toujours le respect du droit d'être entendu (la société B. a été invitée à prendre position sur le projet de décision du 15 février 2009), constatant que la société B. augmentait le nombre de ses clients, tout en tardant à réagir dans la mise en œuvre du partenariat avec une assurance agréée, malgré les prolongations de délais successives accordées, la FINMA est intervenue en janvier 2009, décidant de faire cesser l'activité commerciale de la société B., comme la loi l'y autorisait (art. 37 al. 2 et 3 LFINMA). Partant, l'administré ne saurait se décharger de sa responsabilité individuelle, corollaire de toute liberté, au profit de l'Etat. A. ne pouvait ainsi raisonnablement comprendre de l'attitude de l'autorité qu'elle rendait licite la poursuite de son activité par la société B. L'OFAP et, après lui, la FINMA n'ont ainsi en aucune manière induit en erreur le prévenu, par leur comportement (DFF/08, p. 15), ni donné un agrément provisoire à la continuation de l'activité d'assurance de la société B. (DFF/09, p. 16).

E. 2.9

Au vu de ce qui précède, A. s'est rendu coupable d'infraction au sens de l'art. 44 LFINMA, pour toute la période du 21 septembre 2007 au 29 avril 2009; entre le 21 septembre 2007 et jusqu'à réception de la lettre de l'OFAP du 15 octobre 2007, il a agi sous l'emprise d'une erreur sur l'illicéité évitable et doit ainsi être mis au bénéfice de l'atténuation prévue à l'art.

21, 2e phrase CP.

E. 2.10

Toujours sous l'angle de la culpabilité du prévenu, l'épisode de la sûreté de CHF 250'000 acceptée en dépôt par l'OFAP et effectivement versée par la société B. les 25, 26 et 28 août 2008 (v. supra C.10), mérite toutefois d'être examiné de manière approfondie. Les différents buts précités poursuivis par la LSA et la LFIMNA (v. supra consid. 2.8.1/b.) sont autant d'intérêts juridiquement protégés par les normes pénales contenues dans ces deux lois. En l'espèce, en acceptant le versement d'une sûreté, jusqu'à ce que la société B. ait régularisé sa situation au regard de la LSA, l'OFAP a contribué à la protection des clients de la société B. déjà sous contrat d'assurance-cautionnement et de leurs bailleurs; la sûreté de CHF 250'000 a, en effet, réduit le risque d'insolvabilité de la société B. Une partie au moins des biens juridiquement protégés n'était, dès les 25, 26 et 28 août 2008, plus en danger. Dès lors que la gravité de l'atteinte portée auxdits biens a été réduite, la culpabilité de A. a diminué. Cet élément sera pris en considération dans la mesure de la peine (v. infra consid. 3.2).

- 23 -

E. 2.11

Arguant ensuite, dans sa plaidoirie, qu'aucun dirigeant de la société O. n'a été pénalement poursuivi pour avoir exercé sans autorisation, pendant les deux ans qu'a duré la procédure d'assujettissement menée contre cette société en vue d'obtenir l'agrément de l'OFAP, A. invoque le principe de l'égalité de traitement, à l'appui de son acquittement. Selon la jurisprudence, l'autorité viole le principe de l'égalité de traitement posé à l'art. 8 Cst. lorsqu'elle traite de façon différente deux situations qui sont tellement semblables qu'elles requièrent un traitement identique ou lorsqu'elle traite d'une façon identique deux situations qui sont tellement différentes qu'elles requièrent un traitement différent (arrêt du Tribunal pénal fédéral 6P.127/2003 du 11 octobre 2003, consid. 2.1 et jurisprudence citée, notamment ATF 129 I 113 consid. 5.1). Pour qu'il y ait inégalité de traitement, les décisions contradictoires doivent donc émaner de la même autorité; l'autorité doit se contredire elle-même. En outre, le principe de l'égalité ne vaut que si l'autorité respecte celui de la légalité; il n'y a ainsi pas d'égalité dans l'illégalité, sauf à démontrer que l'autorité entend persister dans sa pratique illégale (A. AUER/G. MALINVERNI/M. HOTTELIER, op. cit., n° 1067 ss, p. 497-502). En l'espèce, la Cour n'a elle-même été saisie d'aucune demande de jugement par un tribunal suite à une procédure pénale administrative contre un ou plusieurs dirigeants de la société O. Le DFF, autorité compétente en matière de poursuite et de jugement d'infractions aux art. 87 LSA et 44 LFINMA depuis le 1er janvier 2009 n'a pas instruit de procédure pénale administrative contre un ou plusieurs dirigeants de la société O. (TPF 5.920.005). Jusqu'au 31 décembre 2008, la poursuite pénale et le jugement des infractions à l'art. 87 aLSA incombait aux cantons. Dès lors, si un ou plusieurs des dirigeants de la société O. avaient été poursuivis et jugés avant le 31 décembre 2008, cela n'a pu être que par une autorité cantonale, soit une autorité différente, tant du DFF qui a poursuivi et jugé A., que du TPF, chargé de juger la présente cause. En ce cas, il ne peut y avoir inégalité de traitement, puisque des autorités différentes auraient statué sur deux cas, qui, à tout le moins du point de vue de la procédure administrative, apparaissent identiques. Aussi, le grief de la violation du principe de l'égalité de traitement doit-il être écarté.

E. 2.12

La défense invoque également la violation du principe de la bonne foi et de l'interdiction de l'arbitraire, à l'appui du fait que l'administration n'a pas dénoncé immédiatement l'infraction constatée à l'autorité compétente, alors qu'elle y était tenue, selon l'art. 38 al. 3 LFINMA, mais a attendu le 21 mars 2011 pour le faire (v. not. DFF/09, p. 23). Il appert d'emblée de relever que l'art. 38 al. 3 LFINMA, qui n'existait pas sous l'empire de l'aLSA et qui prévoit que la FINMA informe les autorités de poursuite

- 24 - compétentes lorsqu'elle a connaissance d'un crime ou d'un délit de droit commun, ou d'infractions à la LFINMA ou à d'autres lois sur les marchés financiers, n'impose pas à l'autorité chargée de la procédure administrative d'informer immédiatement lesdites autorités de poursuite pénale compétentes. La Cour saisit l'occasion qui lui est donnée pour rappeler la distinction entre les deux procédures que sont la procédure administrative et la procédure pénale administrative. La première vise à l'assujettissement à une prestation, une restitution ou une autorisation et la seconde à sanctionner un comportement illicite. Ainsi, en principe, lorsque l'autorité administrative fédérale compétente pour statuer sur l'assujettissement l'est aussi pour poursuivre et juger, selon la DPA, les deux procédures sont ouvertes et menées parallèlement; toutefois, dans ces cas, lorsque la procédure pénale administrative dépend du sort de la procédure administrative, la procédure pénale administrative est suspendue jusqu'à droit connu sur l'issue de la procédure administrative (art. 11 al. 3 et 63 al. 2 DPA). En de nombreuses causes pénales administratives, savoir si l'élément objectif d'une infraction est réalisé dépend en effet de la solution préalable d'une question de droit administratif (Message du Conseil fédéral du 11 juin 1971 concernant le projet de loi fédérale sur le droit pénal administratif, in FF 1971 I 1017 ss, p. 1036). En l'espèce, la procédure administrative a été ouverte en octobre 2007, sous l'empire de l'aLSA, qui réservait alors la poursuite et le jugement des infractions à l'art. 87 aux cantons, soit en application de leur propre procédure pénale (exception faite des art. 6 et 7 DPA, applicables par renvoi de l'art. 87 al. 4 aLSA). En outre, à compter du 1er janvier 2009, la poursuite et le jugement des infractions à la LSA et à la LFINMA est devenue compétence du DFF, soit d'une autorité, certes fédérale, mais différente de l'autorité en charge de la procédure administrative (la FINMA, qui a remplacé l'OFAP). Ainsi, il apparaît logique, pour des motifs d'économie de procédure et de rationalité, qu'une éventuelle dénonciation de l'OFAP aux cantons et de la FINMA au DFF n'intervînt, le cas échéant, qu'une fois entrée en force la décision d'assujettissement dans la procédure administrative. À titre d'analogie, le législateur a également privilégié cette solution dans le cadre de la procédure judiciaire, soit lorsque, au terme d'une procédure pénale administrative ayant abouti à un mandat de répression ou un prononcé pénal, l'administré demande à être jugé par un tribunal (art. 71 et 72 DPA): l'art. 73 al. 1 DPA prévoit alors que le renvoi pour jugement judiciaire n'a pas lieu, tant que la procédure administrative n'a pas abouti à une décision d'assujettissement à une prestation, autorisation ou restitution entrée en force.

- 25 - Ceci explique qu'aucune procédure pénale n'ait été ouverte contre A. ni avant le 31 décembre 2008 ni avant le 27 avril 2009 et que la procédure désormais pénale administrative (à compter du 1er janvier 2009) n'ait été ouverte contre A. qu'après la clôture de la procédure d'assujettissement, soit après que le Tribunal fédéral a rendu son arrêt du 21 janvier 2011. Dès lors, l'argument de la défense selon lequel l'administration n'a pas dénoncé immédiatement l'infraction constatée tombe à faux; l'administration n'a ainsi violé ni le principe de la bonne foi, ni celui de l'interdiction de l'abus de droit.

E. 2.13

Dans le fait que A. ait été poursuivi, contrairement aux actionnaires, aux membres du conseil d'administration de la société B. et à l'avocat qui a conseillé cette société dans le cadre de la procédure administrative, la défense voit également une violation du principe de l'égalité de traitement, invoquant l'art. 32 CP, selon lequel, si un ayant droit, en l'occurrence la société O., selon la défense, a porté plainte contre un des participants à l'infraction, tous les participants doivent être poursuivis. D'emblée, il sied de préciser que cette disposition ne saurait trouver application en l'espèce, puisque l'ouverture de la procédure pénale administrative contre A. n'est pas le résultat d'une plainte. Ancré à l'art. 29 al. 1 CPP, le principe de l'unité de la procédure veut que les infractions soient poursuivies et jugées conjointement lorsqu'un prévenu a commis plusieurs infractions (let. a) et lorsqu'il y a plusieurs coauteurs ou participation (let. b). Il n'apparaît pas que ce principe ait été violé en l'espèce. En effet, ni l'un ni l'autre des actionnaires ou membres du conseil d'administration de la société B., ni l'avocat qui a conseillé cette société n'ont encouragé A., afin qu'il poursuive l'activité de la société B. (TPF 5.930.013 l. 29 à 32) et aucune de ces personnes n'a exercé une activité opérationnelle au sein de la société B. La question peut toutefois souffrir de demeurer ouverte. En effet, le principe consacré à l'art. 29, al. 1, let. b CPP est une règle d'ordre; les personnes poursuivies ne sauraient dès lors invoquer le principe de l'unité de la procédure pour en tirer un véritable droit (B. BERTOSSA in Commentaire romand, Code de procédure pénale suisse, Bâle 2011, n° 4 ad art. art. 29 CPP). Le prévenu ne saurait partant tirer aucun avantage d'une éventuelle violation de ce principe.

E. 3

Mesure de la peine

E. 3.1

La peine prévue à l'art. 44 al. 1 LFINMA est la peine privative de liberté de trois ans au plus ou la peine pécuniaire.

- 26 - La Cour fixe la peine selon la culpabilité de l'auteur, en prenant en considération ses antécédents, sa situation personnelle et l'effet de la peine sur son avenir (art. 47 al. 1 CP). La peine doit être fixée de sorte qu'il existe un certain rapport entre la faute commise par le prévenu condamné et l'effet que la sanction produira sur lui. La culpabilité est déterminée par la gravité de la lésion ou de la mise en danger du bien juridique concerné, par le caractère répréhensible de l'acte, par les motivations et les buts de l'auteur et par la mesure dans laquelle celui-ci aurait pu éviter la mise en danger ou la lésion, compte tenu de sa situation personnelle et des circonstances extérieures (art. 47 al. 2 CP). Ainsi, la culpabilité doit-elle s'apprécier objectivement et subjectivement. Objectivement, il s'agit de prendre en considération le mode d'exécution de l'acte répréhensible, l'importance du bien juridiquement protégé par la norme qui a été violée et le résultat de l'activité illicite, soit la gravité de la lésion ou de la mise en danger. Subjectivement, il faut examiner quels étaient les mobiles de l'auteur, ses motivations, quelle était l'intensité de la volonté délictueuse, à quel point l'auteur était ou non libre de choisir entre comportement licite ou illicite et donc s'il lui aurait été facile ou non d'éviter de passer à l'acte. Plus il lui aurait été facile de respecter la norme enfreinte, plus sa décision de l'avoir transgressée pèse lourdement et, partant, sa faute est grave; et vice-versa (ATF 127 IV 101 consid. 2a, 122 IV 241 consid. 1a et les arrêts cités; H. WIPRÄCHTIGER, in Basler Kommentar Strafrecht I, 2ème éd., Bâle 2007 [ci-après: BK-Strafrecht I], n° 90 ad art. 47 CP; G. STRATENWERTH, Schweizerisches Strafrecht, Allgemeiner Teil II, 2e éd., Berne 2006, § 6 n° 13).

Relativement à la personne du prévenu, le juge doit prendre en compte ses antécédents, sa réputation, sa situation personnelle (âge, santé, formation, origine socio-économique), sa vulnérabilité à la peine, son intégration sociale, son attitude et ses comportements après les faits qui lui sont reprochés ainsi que pendant la procédure (aveux, collaboration à l'enquête, remords, prise de conscience de sa propre faute; ATF 134 IV 17 consid. 2.1, 129 IV 6 consid. 6.1; arrêt du Tribunal fédéral 6B_759/2011 du 19 avril 2012 consid. 1.1). L'absence d'antécédent a en principe un effet neutre sur la fixation de la peine et n'a donc pas à être prise en considération dans un sens atténuant (ATF 136 IV 1 consid. 2.6.4; arrêt du Tribunal fédéral 6B_246/2012 du 10 juillet 2012, consid. 2.6). Pour apprécier l'effet prévisible de la peine sur l'avenir du prévenu condamné, le juge se demande quelles seront, selon toute vraisemblance, les incidences principales de la peine infligée sur la vie future du prévenu. Cela découle de ce que le législateur a codifié la jurisprudence selon laquelle le juge doit éviter les sanctions qui pourraient détourner l'intéressé de l'évolution souhaitable (ATF 128 - 27 - IV 73 consid. 4, 127 IV 97 consid. 3, 119 IV 125 consid. 3b, 118 IV 337 consid. 2c). Cette exigence, qui relève de la prévention spéciale, n'autorise que des tempéraments marginaux, la peine devant toujours rester proportionnée à la faute (arrêt du Tribunal fédéral 6B_673/2007 du 15 février 2008 consid. 3.1).

E. 3.1.1

Le cas échéant, le juge doit ensuite prendre en considération les circonstances susceptibles d'atténuer la peine. Le Code pénal énumère, à l'art. 48, les circonstances qui commandent une atténuation de la peine. Elles sont les suivantes: l'auteur a agi en cédant à un mobile honorable, dans une détresse profonde, sous l'effet d'une grave menace, sous l'ascendant d'une personne à laquelle il devait obéissance ou dont il dépendait (let. a); l'auteur a été induit en tentation grave par la conduite de la victime (let. b); il a agi en proie à une émotion violente que les circonstances rendaient excusable ou dans un état de profond désarroi (let. c); il a manifesté, par des actes, un repentir sincère, notamment en réparant le dommage dans la mesure du possible (let. d); l'intérêt à punir a sensiblement diminué en raison du temps écoulé depuis l'infraction et l'auteur s'est bien comporté dans l'intervalle (let. e). Au sujet de cette dernière circonstance atténuante, selon la jurisprudence, l'atténuation de la peine en raison d'un temps relativement long procède de la même idée que la prescription. La jurisprudence rendue sous l'empire de l'art. 64 aCP admettait donc qu'il s'était écoulé un temps relativement long au sens de la disposition précitée lorsque la poursuite pénale était près d'être prescrite. Suite à la modification du droit de la prescription entrée en vigueur au 1er octobre 2002, le Tribunal fédéral a jugé que, pour compenser l'allongement du délai de prescription et la suppression des règles sur l'interruption, le juge devait se montrer moins sévère dans l'appréciation de la notion de "date proche de la prescription"; cette condition doit dès lors être donnée, notamment lorsque le délai de prescription est de quinze ans, en tout cas lorsque les deux tiers du délai se sont écoulés; le délai écoulé peut cependant aussi être plus court, pour tenir compte de la nature et de la gravité de l'infraction (ATF 132 IV 1 consid. 6.2.1).

E. 3.1.2

En règle générale, le juge suspend l'exécution d'une peine pécuniaire, d'un travail d'intérêt général ou d'une peine privative de liberté de six mois au moins et de deux ans au plus lorsqu'une peine ferme ne paraît pas nécessaire pour détourner l'auteur d'autres crimes ou délits (art. 42 al. 1 CP). Le sursis constitue la règle dont on ne peut s'écarter qu'en présence

d'un pronostic défavorable; il prime en cas d'incertitude (ATF 135 IV 180 consid. 2.1; 134 IV 1 consid. 4.2.2; arrêts du Tribunal fédéral 6B_713/2007 du 4 mars 2008 consid. 2.1, publié dans SJ 2008 I p. 277 ss; 6B_435/2007 du 12 février 2008, consid. 3.2). Le juge peut prononcer, en plus du sursis, une peine pécuniaire sans sursis ou une amende selon l'art. 106 CP (art. 42 al. 4 CP). La combinaison prévue à

- 28 - l'art. 42 al. 4 CP constitue un "sursis qualitativement partiel" (ATF 134 IV 1 consid. 4.5.2). La peine prononcée avec sursis reste prépondérante, alors que la peine pécuniaire sans sursis ou l'amende est d'importance secondaire. Cette combinaison de peines ne doit pas conduire à une aggravation de la peine globale ou permettre une peine supplémentaire; les deux sanctions considérées ensemble doivent correspondre à la gravité de la faute (ATF 134 IV 53 consid. 5.2; arrêt du Tribunal fédéral 6B_61/2010 du 27 juillet 2010, consid. 5.1). Pour tenir compte du caractère accessoire des peines cumulées, il se justifie en principe d'en fixer la limite supérieure à un cinquième de la peine principale; des exceptions sont possibles en cas de peines de faible importance pour éviter que la peine cumulée n'ait qu'une portée symbolique (ATF 135 IV 188 consid. 3.4.4). La combinaison permet uniquement, dans le cadre de la peine adaptée à la culpabilité, une sanction correspondant à la gravité des faits et à la personnalité de l'auteur (ATF 134 IV 1 consid. 4.5.2; 134 IV 60 consid. 7.3.2). La combinaison prévue à l'art. 42 al. 4 CP se justifie lorsque le sursis peut être octroyé et que le pronostic n'est pas très incertain mais que, pour des motifs de prévention spéciale, une sanction ferme accompagnant la sanction avec sursis paraît mieux à même d'amener l'auteur à s'amender. Elle doit contribuer, dans l'optique de la prévention tant générale que spéciale, à renforcer le potentiel coercitif de la peine avec sursis. Cette forme d'admonestation adressée au condamné doit attirer son attention (et celle de tous) sur le sérieux de la situation en le sensibilisant à ce qui l'attend s'il ne s'amende pas (ATF 134 IV 60 consid. 7.3.1).

E. 3.1.3

Le jour-amende est de CHF 3'000 au plus; le juge en fixe le montant selon la situation personnelle et économique de l'auteur au moment du jugement, notamment en tenant compte de son revenu et de sa fortune, de son mode de vie, de ses obligations d'assistance, en particulier familiales, et du minimum vital (art. 34 al. 2 CP). Le jugement indique le nombre et le montant des jours- amende (art. 34 al. 4 CP). Le Tribunal fédéral a déduit du principe du revenu net et des critères légaux les règles suivantes pour la détermination de la quotité du jour-amende (ATF 134 IV 60 consid. 6 p. 68 ss). Le montant du jour-amende doit être fixé en partant du revenu que l'auteur réalise en moyenne quotidiennement, quelle qu'en soit la source, car c'est la capacité économique réelle de fournir une prestation qui est déterminante. Constituent des revenus, outre ceux d'une activité lucrative dépendante ou indépendante, notamment les revenus d'une exploitation industrielle, agricole ou forestière, ainsi que les revenus de la fortune (loyers et fermages, intérêts du capital, dividendes, etc.), les contributions d'entretien de droit public ou privé, les prestations d'aide sociale ainsi que les revenus en nature.

- 29 - Ce qui est dû en vertu de la loi ou ce dont l'auteur ne jouit pas économiquement doit en être soustrait. Il en va ainsi des impôts courants, des cotisations à l'assurance-maladie et accidents obligatoire, ou encore des frais nécessaires d'acquisition du revenu, respectivement pour les indépendants, des frais justifiés par l'usage de la branche. Le principe du revenu net exige que seul le disponible excédant les frais d'acquisition du revenu soit pris en considération, dans les limites de l'abus de droit. L'évaluation du revenu

net peut, dans la règle, être effectuée sur la base des données de la déclaration d'impôt (cf. art. 34 al. 3 CP). La notion pénale de revenu au sens de l'art. 34 al. 2 CP ne se confond cependant pas avec celle du droit fiscal. Si les revenus fluctuent fortement, il est nécessaire de se référer à une moyenne représentative des dernières années, sans que cela remette en cause le principe selon lequel la situation déterminante est celle existant au moment où statue le juge du fait (art. 34 al. 2 deuxième phrase CP). Cette règle ne signifie en effet rien d'autre que le tribunal doit établir de manière aussi exacte et actuelle que possible la capacité économique de l'intéressé, en tenant compte si possible de la période durant laquelle la peine pécuniaire devra être payée. Il s'ensuit que les augmentations ou les diminutions attendues du revenu doivent être prises en considération. Elles ne doivent toutefois l'être que si elles sont concrètes et imminentes (ATF 134 IV 60 consid. 6.1). La loi mentionne encore la fortune comme critère d'évaluation. Il s'agit de la substance même du patrimoine, les fruits de ce dernier constituant déjà des revenus. La mesure dans laquelle l'étendue de la fortune influence la fixation du jour-amende résulte du sens et du but de la peine pécuniaire. Celui qui subvient à ses besoins par ses revenus courants, doit s'acquitter de la peine pécuniaire au moyen de ces derniers et se laisser ainsi restreindre dans son train de vie habituel, qu'il s'agisse de revenus du travail, de la fortune ou de rentes. Qu'il y ait ou non de la fortune ne justifie de la sorte respectivement ni augmentation ni diminution de la quotité du jour-amende. La peine pécuniaire tend en effet avant tout à toucher l'auteur dans ses revenus et non dans les sources de ces derniers. La peine pécuniaire ne peut tendre à la confiscation totale ou partielle de la fortune. Cette dernière ne doit donc être prise en compte qu'à titre subsidiaire pour fixer la quotité du jour-amende, lorsque la situation patrimoniale, particulière, contraste avec un revenu comparativement faible. En d'autres termes, elle demeure significative lorsque l'auteur vit de toute façon de la substance même de sa fortune. Cette dernière constitue un élément pertinent dans la mesure où l'auteur en tire sa subsistance quotidienne (ATF 134 IV 60 consid. 6.2).

E. 3.2

L'activité délictuelle de A. a duré 19 mois, du 21 septembre 2007 au 29 avril 2009. Durant cette période, plusieurs biens juridiquement protégés ont été mis

- 30 - en danger (v. supra consid. 2.8.1/b). Les clients de la société B. (locataires preneurs d'assurance) ont été exposés au risque de perdre les cotisations qu'ils lui avaient versées, si elle tombait en faillite; en ce cas, ils auraient dû fournir, sous une forme ou sous une autre, la garantie perdue. La situation patrimoniale du bailleur (personne assurée) aurait également été affectée par la perte d'une sûreté: en se retournant directement contre le locataire, il aurait pu être confronté à l'insolvabilité de celui-ci, risque précisément assuré par la société B. dans le cadre du contrat d'assurance-cautionnement. Les assurés étaient également exposés à d'autres risques; en effet, la LSA tend à protéger les assurés contre les abus, qui pouvaient apparaître, en l'occurrence, dans la fixation des cotisations (arrêt du Tribunal fédéral 2C_410/2010 du 21 janvier 2011, consid. 4.2; v. ég. art. 38 et 33 al. 3 LSA).

L'autorité de surveillance assume à cet égard une double tâche: d'une part, les tarifs proposés ne doivent pas être trop bas afin que soit garantie la solvabilité de l'assureur et que, par conséquent, l'exécution correcte des contrats soit possible dans l'intérêt des assurés ou des lésés; de même, l'autorité de surveillance doit intervenir et prendre garde que des primes trop faibles ne soient pas appliquées, par exemple pour des raisons de concurrence; d'autre part, l'autorité de surveillance doit veiller à ce que les assurés ne doivent pas payer de primes trop élevées; celui qui n'est pas un spécialiste n'est en effet généralement pas à

même de juger de la justesse des primes (Message du Conseil fédéral du 5 mai 1976 concernant une nouvelle loi fédérale sur la surveillance des institutions d'assurance privées, FF 1976 II 882 s.).

Du 21 septembre 2007 jusqu'à réception de la lettre de l'OFAP du 15 octobre 2007, soit durant presque un mois, la culpabilité du prévenu est réduite, du fait qu'il se trouvait dans l'erreur sur l'illicéité, cette erreur étant toutefois évitable (v. supra consid. 2.7 à 2.7.2 inclus). Durant les 8 derniers mois (du 25 août 2008 au 29 avril 2009), la gravité de la mise en danger des biens juridiques concernés a notablement diminué, du fait de la fourniture d'une garantie de CHF 250'000 au total par les actionnaires de la société B. (v. supra consid. 2.10). Demeurent toutefois notamment, durant cette dernière période, la mise en danger du bien juridiquement protégé qu'est la saine concurrence, soit l'égalité entre les acteurs du marché, ainsi que celle de la garantie contre les abus tarifaires envers les assurés.

Pour illustrer la nature et l'intensité de l'activité du prévenu, la société B. a conclu au moins 946 contrats d'assurance-cautionnement entre le 21 septembre 2007 et le 13 juin 2008 (pour un montant assuré total de CHF 4'260'175, soit un montant moyen de CHF 4'503; FINMA/AI, p. 103) et en tous cas 853 jusqu'au 29 avril 2009 (FINMA/AII, p. 1024 ss; les listes dont ce dernier chiffre est issu ne mentionnent que les contrats encore en vigueur au 4 mai 2011), soit au minimum

- 31 - 1'799 contrats d'assurance-cautionnement durant la période d'activité illicite. Jusqu'au 24 août 2008, soit avant que la sûreté de CHF 250'000 ne soit versée, pas moins de 1'154 contrats d'assurance-cautionnement ont été conclus par la société B. Les montants assurés oscillaient généralement entre CHF 2'000 et CHF 10'000 (FINMA/AII, p. 1024 ss).

E. 3.3

S'agissant des motivations et des buts de l'auteur, le prévenu était rémunéré en fonction du nombre de nouveaux contrats qu'il parvenait à créer (TPF 5.930.009, l. 17 à 31). La poursuite de son activité et l'acquisition, dans ce cadre, du plus grand nombre de clients possible, lui permettaient d'espérer un important bonus en augmentation de son salaire de base. En 2008, A. a perçu un bonus de CHF 66'666, représentant 46,66% de son salaire de base, lequel s'élevait à CHF 142'857 et lui permettait déjà de vivre décentement (TPF 5.280.013). Le prévenu aurait pu facilement se contenter de ce salaire de base, sans courir le risque de commettre un délit.

E. 3.4

Ainsi, durant l'entier de la période délictuelle, vu la gravité de la mise en danger des biens juridiques protégés, d'une part, les motivations de l'auteur et la mesure dans laquelle il aurait pu éviter la mise en danger, d'autre part, la culpabilité de A. ne saurait être qualifiée de peu importante, au sens de l'art. 52 CP, au point de renoncer à toute peine.

E. 3.5

La situation personnelle du prévenu a été décrite ci-dessus (v. supra Faits, D). Il n'a pas d'antécédent pénal. Au moment de passer à l'acte, il avait derrière lui une formation supérieure et une expérience professionnelle de près de dix ans dans les secteurs de l'assurance et de la finance. Il était a priori bien intégré socialement; la Cour n'a pas connaissance d'une difficulté particulière dans le parcours de vie du prévenu, avant son passage à l'acte. Joue en sa faveur le fait qu'il a pleinement collaboré à l'établissement des faits, que ce soit durant l'instruction ou lors des débats. De même, durant l'entier de la

période délictuelle, il a collaboré avec l'autorité de surveillance et tâché d'œuvrer pour régulariser la situation de la société B. Compte tenu de ce qui précède, une peine de base de 90 jours se justifie.

E. 3.6

S'agissant des facteurs d'atténuation au sens de l'art. 48 CP (v. supra consid. 3.1.1), seul entre en ligne de compte le temps écoulé entre le jour de la commission de l'infraction et celui du présent jugement. Près de cinq années se sont en effet écoulées entre la fin de l'activité délictueuse (29 avril 2009) et le prononcé pénal (10 janvier 2014) qui a fait cesser le cours de la prescription de l'action pénale (v. supra consid. 1.6), ce qui justifie une atténuation de 10 jours et porte la quotité de la peine à 80 jours.

- 32 -

E. 3.7

Vu les motivations financières de A. et la quotité de la peine arrêtée, la peine pécuniaire apparaît la forme de sanction la plus adaptée au cas d'espèce.

E. 3.8

En ce qui concerne le montant du jour-amende, en 2013, le salaire annuel net du prévenu s'est élevé à CHF 190'310, auquel il faut ajouter une allocation pour frais de représentation de CHF 7'143. De ce montant de base, il convient de déduire les retenues d'impôt à la source par CHF 55'172 (TPF 5.280.015), ainsi que CHF 1'800 correspondant à ses frais annuels d'assurance-maladie (TPF 5.261.004). La différence est de CHF 140'481, de sorte que le montant du jour-amende est fixé à CHF 390.

E. 3.9

Vu les circonstances de l'infraction, l'absence d'antécédents pénaux du prévenu, sa situation personnelle et sa collaboration à l'établissement des faits, la Cour considère qu'il n'y a pas lieu de poser un pronostic défavorable quant aux chances d'amendement du prévenu, de sorte que les conditions de l'art. 42 al 1 CP sont réalisées. Le délai d'épreuve est fixé à 2 ans (art. 44 al. 1 CP).

E. 3.10

Le prévenu s'est malgré tout rendu coupable d'un délit, commis dans l'exercice de son activité professionnelle dans le secteur financier. Durant l'entier de la procédure, il a plaidé l'erreur excusable sur l'illicéité: invoquant l'erreur excusable sur l'illicéité auprès de l'autorité d'instruction (DFF/02, p. 28 ss; DFF/08, p. 14 ss; DFF/09, p. 16 ss) et plaidant aux débats qu'il pouvait déduire de l'avis des juristes consultés après réception de la lettre de l'OFAP du 15 octobre 2007 et de l'attitude de cette autorité que son comportement était licite (TPF 5.930.013, l. 11 à 16; 015, l. 15 à 38; 016, l. 1 à 32), le prévenu semble n'avoir pas réellement pris conscience de la faute commise. Du point de vue de la prévention tant spéciale que générale, il y a ainsi lieu de faire usage en l'espèce de la faculté prévue à l'art. 42 al. 4 CP (v. supra consid. 3.1.2), pour attirer l'attention du prévenu (et celle de tous les acteurs du secteur de l'assurance) sur le fait que la surveillance des marchés financiers est une des conditions essentielles au bon fonctionnement du secteur et que cette surveillance doit être adéquate et efficace (Message du Conseil fédéral du 1er février 2006 concernant la loi fédérale sur l'autorité fédérale de surveillance des marchés financiers, FF 2006 2741 ss, p. 2745). Partant, l'amende est fixée à CHF 3'900 et la peine pécuniaire est réduite à 70

jours-amende à CHF 390, pour que la somme des peines cumulées soit adaptée à la faute commise.

E. 4

Frais

E. 4.1

L'art. 97 DPA prévoit que les frais de la procédure judiciaire et la mise à charge de ceux-ci sont régis par les art. 417 à 428 CPP. Les frais de la procédure

- 33 - administrative peuvent être fixés dans le jugement comme ceux de la procédure judiciaire. Les frais de procédure se composent des émoluments visant à couvrir les frais et des débours effectivement supportés (art. 422 al. 1 CPP). Les émoluments sont dus pour les opérations accomplies ou ordonnées par la Cour des affaires pénales du Tribunal pénal fédéral dans la procédure de première instance. Les débours sont les montants versés à titre d'avance par la Confédération; ils comprennent notamment les frais imputables à la défense d'office et à l'assistance judiciaire gratuite, les frais de traduction, les frais d'expertise, les frais de participation d'autres autorités, les frais de port et de téléphone et d'autres frais analogues. Les débours sont fixés au prix facturé à la Confédération ou payé par elle (art. 9 du Règlement du Tribunal pénal fédéral sur les frais, émoluments, dépens et indemnités de la procédure pénale fédérale [RFPPF; RS 173.713.162]). Le montant de l'émolument est calculé en fonction de l'ampleur et de la difficulté de la cause, de la façon de procéder des parties, de leur situation financière et de la charge de travail de chancellerie (art. 5 RFPPF). Les émoluments de la procédure de première instance sont réglés à l'art. 7 RFPPF: les émoluments devant le juge unique varient entre CHF 200 et CHF 50'000 (art. 7 let. b RFPPF). Le prévenu supporte les frais de procédure s'il est condamné (art. 426 al. 1 CPP). Il ne supporte pas les frais que la Confédération a occasionnés par des actes de procédure inutiles ou erronés (art. 426 al. 3 let. a CPP), ni les frais imputables aux traductions rendues nécessaires du fait de sa langue (art. 68 et 426 al. 3 let. b). Compte tenu de la situation du prévenu, les frais peuvent être réduits ou remis (art. 425, 2e phrase CPP).

E. 4.2

À teneur du prononcé pénal du 10 janvier 2014, les frais de la procédure pénale administrative, fixés en application des art. 94 DPA et 7 al. 2 let. c et 12 al. 1 let. a de l'ordonnance du 25 novembre 1974 sur les frais et indemnités en procédure pénale administrative (RS 313.32), s'élèvent à CHF 2'700, soit CHF 2'500 d'émolument d'arrêté et CHF 200 d'émolument d'écriture. Il n'y a pas lieu de revenir sur ce montant, qui apparaît à la Cour raisonnable et proportionné au travail accompli par l'autorité, selon l'ordonnance précitée, et respecte en outre les maxima fixés par l'art. 6 al. 4 RFPPF, pour les émoluments dans la procédure préliminaire.

E. 4.3

Le DFF requiert en outre CHF 3'000 de débours "pour l'acte d'accusation et le soutien de l'accusation" par devant le TPF, les débours consistant "en les frais de déplacement de et à Berne et du séjour à Bellinzone pour deux personnes durant un jour et demi" (dont une nuit; TPF 5.710.001 s.).

- 34 - En l'espèce, dès lors que la Cour, dans son ordonnance du 1er juillet 2014, a admis aux débats la présence d'un représentant par partie, seul les frais effectifs pour cette personne sont pris en considération (TPF 5.810.002 s.). En application des art. 13 RFPPF,

les frais nécessaires au soutien du prononcé pénal, valant acte d'accusation, sont fixés à CHF 391,10 (un billet de train aller et retour en 1ère classe, demi-tarif Berne-Bellinzone, ainsi que les transports publics en ville de Berne, soit CHF 138,60, une nuit d'hôtel à CHF 170, ainsi que trois repas à CHF 27,50 l'un, soit CHF 82,50). Quant à un émolument "pour l'acte d'accusation et le soutien de l'accusation" par devant le TPF, en application des art. 1 al. 2, 2 al. 3 et 6 RFPPF, applicables par analogie, les frais de procédure comprennent l'émolument pour les opérations accomplies par le DFF dans la procédure pénale administrative, soit les CHF 2'700 précités (v. supra consid. 4.2), ainsi que les frais de la mise en accusation et ceux relatifs à l'exercice de ses droits de partie dans la procédure judiciaire. En l'espèce, (la rédaction de) l'acte d'accusation ne saurait justifier le moindre émolument, dès lors que le DFF s'est contenté, ainsi que cela ressort de sa lettre du 21 janvier 2014 au MPC, de renvoyer à son prononcé pénal (TPF 5.100.001). Par ailleurs, le représentant de l'administration n'est pas tenu de se présenter personnellement aux débats, auxquels il a d'ailleurs été uniquement invité à comparaître (art. 75 al. 4 DPA). Dès lors qu'il a choisi de comparaître et que les heures passées en audience rentrent dans le cadre de son travail pour l'administration et son traitement de fonctionnaire, elles ne peuvent être facturées au prévenu condamné, sous peine d'être assimilés à une indemnité, à laquelle le DFF, tout comme le MPC, ne peut prétendre. Le total des frais du DFF s'élève ainsi à CHF 3'091,10.

E. 4.4

En ce qui concerne la procédure de première instance, la Cour arrête à CHF 2'000 l'émolument dû pour la procédure par devant elle. Quant aux débours de la procédure de première instance, ils s'élèvent à CHF 258 (indemnité du témoin D.). Le total des frais du TPF s'élève ainsi à CHF 2'258.

E. 4.5

Partant, les frais de procédure par CHF 5'349,10 sont mis à la charge de A., en tant qu'il est entièrement condamné.

E. 5

Indemnités

- 35 -

E. 5.1

À teneur des art. 99 al. 1 et 3 ainsi que 101 DPA, applicables par renvoi de l'art. 79 al. 1 DPA, dans la procédure judiciaire, une indemnité pour la détention préventive et les autres préjudices subis est allouée, s'il en fait la demande, au prévenu acquitté.

E. 5.2

En l'espèce, A. n'étant pas acquitté, aucune indemnité ne lui est allouée.

- 36 -