

BStGer SK.2018.42 vom 25. Januar 2019

Bundesstrafgericht, 2019-01-25, FR

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bstger_SK.2018.42

FR: TPF SK.2018.42 du 25 janvier 2019

IT: TPF SK.2018.42 del 25 gennaio 2019

Regeste

Acceptation indue de dépôts du public (art. 46 al. 1 let. a LB) et non-respect des décisions de la FINMA (art. 48 LFINMA)

Erwägungen

E. 1

Compétence

E. 1.1

En vertu de l'art. 50 al. 1 LFINMA, 2e phr., le DFF est l'autorité de poursuite et de jugement pour les infractions à la LFINMA et aux autres lois sur les marchés financiers au sens de l'art. 1 al. 1 LFINMA. L'art. 50 al. 2 LFINMA prévoit que le jugement par le tribunal relève de la compétence fédérale si le DFF estime que les conditions requises pour infliger une peine ou une mesure privative de liberté sont remplies. Dans ce cas, le DFF transmet l'affaire au MPC, à l'intention du TPF. 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

- 15 - administratif (DPA; RS 313.0) sont applicables par analogie (al. 2). Le prévenu, le ministère public et l'administration ont qualité de parties (art. 74 al. 1 DPA).

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).

E. 1.4

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 la plus grave dont connaît la Cour est un délit, en tant que l'art. 46 al. 1 let. a LB reproché au prévenu prévoit une peine de trois ans au plus ou une peine pécuniaire, tandis que l'art. 48 LFINMA sanctionne une contravention. La peine requise par le DFF est une peine privative de liberté de douze mois, avec sursis ainsi qu'une amende de CHF 2'000.-, soit une peine inférieure à deux ans; en application de l'art. 19 al. 2 let. b CPP, la cause relève donc de la compétence

du juge unique.

E. 1.5

Le DFF retenant que les conditions requises pour infliger une peine privative de liberté sont remplies, aucune demande de jugement n'est nécessaire en l'espèce.

E. 1.6

Selon l'art. 329 CPP, applicable à titre supplétif sur la base de l'art. 82 DPA, la direction de la procédure examine: si l'acte d'accusation et le dossier sont établis régulièrement (let. a); si les conditions à l'ouverture de l'action publique sont réalisées (let. b) et s'il existe des empêchements de procéder (let. c). Si la procédure ne doit être classée que sur certains points de l'accusation, l'ordonnance de classement peut être rendue en même temps que le jugement (al. 5).

E. 1.7

En l'espèce, l'examen de la recevabilité du renvoi pour jugement ne fait apparaître aucune irrégularité, ni aucun empêchement de procéder au jugement. La question d'un éventuel classement de certains points de l'accusation sera examinée dans les considérants suivants.

E. 1.8

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

- 16 -

E. 2

Droit applicable

E. 2.1

Les dispositions générales du code pénal suisse (CP; RS 311.0) sont applicables aux actes réprimés par la législation administrative fédérale, à moins que la présente loi ou une loi administrative spéciale n'en dispose autrement (art. 2 DPA). La DPA ne prévoit rien quant aux conditions pour déterminer le droit applicable en cas de changement normatif.

E. 2.2

L'art. 2 al. 1 CP prévoit l'application du code pénal à quiconque commet un crime ou un délit après son entrée en vigueur, consacrant ainsi le principe de la non rétroactivité de la loi pénale. Constitue une exception à ce principe la règle de la lex mitior découlant de l'art. 2 al. 2 CP qui prévoit que le droit pénal matériel peut s'appliquer à des crimes et délits commis avant la date de son entrée en vigueur si l'auteur n'est mis en jugement qu'après cette date et si le présent code lui est plus favorable que la loi en vigueur au moment de l'infraction.

E. 2.3

Dans le cas d'espèce, il est reproché au prévenu d'avoir indûment accepté des dépôts du public du 25 janvier 2010 au 15 juillet 2013, violant l'art. 46 LB. L'infraction aurait été commise avant le 1er janvier 2016, date de l'entrée en vigueur de la modification de l'art. 46 LB, par laquelle le troisième alinéa de la disposition a été abrogé (FF 2014 6445). La version de l'art. 46 LB en vigueur jusqu'au 31 décembre 2015 prévoyait une peine privative de liberté jusqu'à trois ans ou une peine pécuniaire à quiconque, intentionnellement (al. 1):

acceptait indûment des dépôts du public ou des dépôts d'épargne (let. a); ne tenait pas dûment les livres ni ne conservait les livres, les pièces justificatives et les documents conformément aux prescriptions (let. b) ou n'établissait pas ou ne publiait pas les comptes annuels et les bilans intermédiaires conformément à l'art. 6 (let. c). En cas de récidive dans les cinq ans suivant une condamnation entrée en force, la peine pécuniaire est de 45 jours-amende au moins (al. 3). Le droit actuellement en vigueur prévoit qu'est puni d'une peine privative de liberté de trois ans au plus ou d'une peine pécuniaire celui qui, intentionnellement: accepte indûment des dépôts du public ou des dépôts d'épargne (let. a.); ne tient pas dûment les livres ni ne conserve les livres, les pièces justificatives et les documents conformément aux prescriptions (let. b); n'établit pas ou ne publie pas les comptes annuels et les bilans intermédiaires conformément à l'art. 6 (let. c).

E. 2.4

In casu, tant le droit précédemment en vigueur que le droit actuel mène au même résultat dans la mesure où il ne s'agit pas d'une récidive. Ainsi, puisque le droit actuellement en vigueur n'est pas plus favorable au prévenu que celui prévalant au moment des faits, il convient d'appliquer ce dernier.

E. 2.5

Le 1er janvier 2018 est entrée en vigueur la révision du droit des sanctions du CP (FF 2012 2889) qui supprime le travail d'intérêt général de l'éventail des sanctions,

- 17 - limite le champ d'application des peines pécuniaires et réintroduit en partie les courtes peines privatives de liberté. En ce qui concerne l'amende, aucune modification n'est intervenue. Ainsi, vu les changements énoncés, le nouveau droit des sanctions n'apparaît pas comme plus favorable et il convient ainsi d'appliquer l'ancien droit.

E. 2.6

S'agissant de la prescription, au 1er janvier 2014 est entrée en vigueur une modification de l'art. 97 CP. L'art. 97 al. 1 CP actuellement en vigueur, applicable en vertu de l'art. 2 DPA, prévoit que l'action pénale se prescrit par quinze ans si l'infraction est passible d'une peine privative de liberté de plus de trois ans, par dix ans si la peine maximale encourue est une peine privative de liberté de trois ans et de sept ans si la peine maximale encourue est une autre peine. Jusqu'au 31 décembre 2013, la prescription de l'action pénale était de quinze ans si l'infraction était passible d'une peine privative de liberté supérieure à trois ans et de sept ans si l'infraction est passible d'une autre peine, soit pour les délits. S'agissant des infractions reprochées au prévenu dans le cas d'espèce, l'infraction d'acceptation indue de dépôts du public est passible d'une peine privative de liberté jusqu'à trois ans ou d'une peine pécuniaire (art. 46 al. 1 LB). Le nouveau droit n'étant pas plus favorable au prévenu, la prescription de l'action pénale pour l'infraction d'acceptation indue de dépôts du public est de sept ans dès la fin des agissements reprochés, soit dès le 15 juillet 2013 (art. 97 al. 1 let. c aCP et art. 98 let. c aCP). Ainsi, au jour du jugement le délai de sept ans n'est pas encore venu à terme.

E. 2.7

Quant à la prescription de l'infraction de non-respect des décisions de la FINMA, le délai est réglé par l'art. 52 LFINMA qui prévoit un délai de sept ans. Les agissements reprochés à A. sont intervenus en date du 16 juillet 2013, 15 octobre 2013 ainsi que le 16 octobre 2013. Là encore, au jour du jugement, le délai de sept ans n'est pas encore écoulé.

E. 2.8

Enfin, il convient de relever que l'ordonnance sur les banques et les caisses d'épargne (OB; RS 952.02) a également été révisée entre le moment des faits reprochés au prévenu et le jour du jugement. La révision n'a pas apporté de changement sur le fond, les dispositions topiques relatives aux dépôts du public de l'art. 3a aOB ont été reprises aux articles 5 et 6 de l'OB en vigueur à ce jour, à l'exception du nouvel art. 6 al. 2 OB, en vigueur depuis le 1er août 2017 qui prévoit une exception. A teneur de cet article, n'agit pas à titre professionnel au sens de la LB, celui qui accepte sur une longue période plus de 20 dépôts du public ou fait appel au public pour les obtenir si: a) il accepte des dépôts du public d'un montant total de 1 million de francs au maximum; b) il n'investit ni ne rémunère ces dépôts; et c) s'il informe les déposants, par écrit ou par tout autre moyen permettant d'en établir la preuve par un texte, avant que ceux-ci n'effectuent le dépôt: 1. qu'il n'est pas surveillé par la FINMA, et 2. que le dépôt n'est pas couvert par la garantie des

- 18 - dépôts. Selon l'art 3a al. 2 aOB applicable au moment des faits, seul celui qui accepte sur une longue période plus de 20 dépôts du public agit à titre professionnel au sens de la loi.

E. 2.9

Toutefois, comme cela est exposé ci-dessus (voir supra consid. F, G et H), au vu du montant total des sommes largement supérieur à 1 million de francs, en l'espèce CHF 1'148'814.89 pour les activités de C. Ltd, CHF 3'737'150.- pour les souscriptions d'actions nominatives liées et CHF 211'950.- pour les obligations de B. SA, la nouvelle ordonnance ne constitue pas la lex mitior puisque l'exception de l'art. 6 al. 2 let. a n'est pas donnée (voir à ce sujet Schär in Aufsichtrechtliche Herausforderungen in Zusammenhang mit FinTech, in Finanzmarktaufsicht und Finanzmarktinfrastrukturen, édit. SESTER/BRÄNDLI/BARTHOLET/SCHILTKNECHT, 2018, p. 696 ss).

E. 3

Infractions reprochées

E. 3.1

Acceptation indue de dépôts du public (art. 46 al. 1 let. a LB)

E. 3.1.1

Le DFF reproche à A. de s'être rendu coupable d'acceptation indue de dépôts du public au sens de l'art. 46 al. 1 let. a LB, commise du 25 janvier 2010 au 15 juillet 2013.

E. 3.1.2

Lorsqu'une infraction est commise 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). L'art. 6 al. 2 DPA prévoit une responsabilité concurrente du chef d'entreprise qui omet de prévenir une infraction commise dans la gestion d'une personne morale ou dans l'exercice d'une activité pour un tiers, ou d'en supprimer les effets. L'art. 6 DPA rappelle la primauté de la responsabilité de la personne physique par rapport à celle de la personne morale (Fabio BURGNER, La responsabilité pénale du chef d'entreprise à l'ère de la gouvernance d'entreprise, RPS 4/2015, p. 368 ss, 386).

E. 3.1.3

Se rend coupable d'infraction à l'art. 46 al. 1 let. a LB celui qui, intentionnellement, accepte indûment des dépôts du public ou des dépôts d'épargne. Selon l'art. 1 al. 2 LB, les personnes physiques ou morales qui ne sont pas assujetties à ladite loi ne peuvent accepter des dépôts du public à titre professionnel. Selon cette disposition, en acceptant des dépôts du public, opération relevant du passif du bilan, une entreprise s'oblige à titre professionnel envers des tiers et devient ainsi débitrice en remboursement de la prestation correspondante.

- 19 -

E. 3.1.4

Les critères pour l'appréciation des dépôts sont au nombre de trois: le caractère professionnel de l'acceptation de fonds du public, la qualité de dépôts des fonds étrangers et enfin la provenance du public des dépôts (voir circulaire FINMA 2008/3 dépôts du public auprès des établissements non bancaires).

E. 3.1.5

Selon l'art. 3a al. 2 OB en vigueur jusqu'au 31 décembre 2014, remplacée par l'ordonnance du 30 avril 2014, celui qui sur une longue période, accepte plus de 20 dépôts du public agit à titre professionnel au sens de la loi. Selon la doctrine et la jurisprudence, l'intention de collecter des fonds à titre professionnel suffit pour admettre qu'une activité soit exercée à titre professionnel. Une telle intention peut découler en particulier de l'activité effectivement poursuivie (cf. Rashid BAHAR/Eric STUPP, in Basler Kommentar zum Bankengesetz, 2e éd., Zurich 2013, n° 10 ad art. 1; arrêt du Tribunal administratif fédéral B-1645/2007 du 17 janvier 2008 consid. 2.4.2). Ainsi, dans le sens d'une présomption légale et sous réserve des exceptions énumérées par la loi, celui qui accepte de l'argent de plus de 20 déposants ou fait appel au public pour obtenir des dépôts, même si le nombre de dépôts obtenus est inférieur à 20, agit à titre professionnel.

E. 3.1.6

Hormis les cas énumérés de manière exhaustive à l'art. 3a al. 3 aOB du 17 mai 1971, il ressort que, par principe, tous les passifs ont le caractère de dépôts. Selon cette norme, ne sont pas considérés comme des dépôts: a) les fonds reçus en contrepartie d'un contrat de transfert de propriété ou de prestations de services, ou remis à titre de garantie; b) les emprunts par obligations et les autres obligations émises sous une forme standardisée et diffusées en grand nombre ou les droits ayant la même fonction (droits-valeurs), lorsque les créanciers sont informés de manière équivalente aux prescriptions prévues par l'art. 1156 du code des obligations (CO); c) les soldes en compte de clients auprès de négociants en valeurs mobilières ou en métaux précieux, auprès de gérants de fortune ou d'entreprises analogues qui servent uniquement à exécuter des opérations de clients, lorsqu'aucun intérêt n'est accordé sur les comptes; d) les fonds dont l'acceptation est liée de manière indissoluble à un contrat d'assurance sur la vie, à la prévoyance professionnelle ou à d'autres formes reconnues de prévoyance au sens de l'art. 82 de la loi fédérale du 25 juin 1982 sur la prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité. L'art. 1156 al. 2 CO indiqué à la lettre b mentionnée ci-dessus opère un renvoi à l'art. 652a CO s'agissant des prescriptions impératives sur le prospectus d'émission d'actions nouvelles. L'art. 652a CO prévoit que le prospectus d'émission doit contenir les derniers comptes annuels et comptes de groupe avec les rapports de révision et, lorsque la date de clôture de ces comptes remonte à plus de six mois, des comptes intermédiaires (al. 1 ch. 5) et la décision relative l'émission d'actions nouvelles (al. 1 ch. 7).

E. 3.1.7

Enfin, il découle de l'ordonnance sur les banques la présomption selon laquelle tous les dépôts sont des dépôts du public, à l'exception des cas énumérés à l'art. 3a al. 4 aOB, soit les fonds provenant: a) de banques suisses ou étrangères ou d'autres entreprises faisant l'objet d'une surveillance étatique; b) des actionnaires ou sociétaires du débiteur qui détiennent des participations qualifiées et des personnes qui ont des liens économiques ou familiaux avec eux; c) d'investisseurs institutionnels dont la trésorerie est gérée à titre professionnel; d) des déposants auprès des associations, fondations ou sociétés coopératives qui ne sont pas actives dans le domaine financier, poursuivent un but idéal ou d'entraide mutuelle, utilisent les dépôts exclusivement à cette fin et détiennent ceux-ci pour une durée de six mois au minimum; ou e) des employés et des retraités d'une entreprise lorsque les fonds sont déposés auprès de celle-ci.

E. 3.1.8

L'infraction réprimée par l'art. 46 al. 1 let. a LB est une infraction intentionnelle qui suppose que l'auteur accepte des sommes d'argent et sache que ces sommes sont des dépôts du public dont l'acceptation à titre professionnel lui est interdite. Agit intentionnellement quiconque commet un crime ou un délit avec conscience volonté. L'auteur agit déjà intentionnellement lorsqu'il tient pour possible la réalisation de l'infraction et l'accepte au cas où celle-ci se produirait (art. 12 al. 2 CP). En droit pénal financier administratif, l'état de fait objectif de l'infraction réside dans la transgression de l'interdiction d'exercer une activité sujette à autorisation. La conscience doit porter sur cette interdiction. L'élément de l'absence d'autorisation n'appartient en revanche pas à l'état de fait objectif. Savoir s'il est donné doit être résolu sous l'angle de l'illicéité. La question de savoir si l'auteur est conscient que son activité est prohibée doit, elle, être résolue au stade de la culpabilité, sous l'angle de l'erreur sur l'illicéité au sens de l'art. 21 CP (jugement du Tribunal pénal fédéral SK.2015.60 du 24 mai 2016 consid. 4.9.1). Une éventuelle erreur sur l'illicéité (absence de connaissance de la nécessité d'une autorisation) n'exclut pas l'intention (Günter STRATENWERTH, Schweizerisches Strafrecht Allgemeiner Teil I, 4e éd., Berne 2011, § 11 n° 54).

E. 3.1.9

En l'espèce, s'agissant du caractère professionnel, la Juge unique retient sur la base du dossier et des faits qui ont été admis par le prévenu, que B. SA démarchait des clients afin de les diriger vers la plateforme de spread betting C. Ltd. Les fonds de la clientèle étaient versés sur un compte ouvert par le prévenu et C. Ltd était tenue de rembourser les éventuels gains de ses clients engendrés grâce à cet avoir. Il y a eu au moins 49 personnes physiques et morales qui ont crédité entre le 15 juin 2011 et le 25 juillet 2012 le compte de C. Ltd auprès de la banque O. (voir supra F.2 et FINMA 8 p. 038/853 à 929, premier client R. et dernier client S.). Durant cette période, environ CHF 650'000.- ont été transférés sur les comptes de B. SA à titre notamment de rétrocessions et d'honoraires (FINMA 8 p. 038/852, - 21 - 864, 869, 871, 876, 881, 887, 889, 891, 896, 897, 898, 900, 902, 907, 908, 912, 913, 914). B. SA proposait également à ses clients la souscription de ses actions nominatives liées, qu'elle s'engageait à racheter. Il est constaté que 35 personnes ont procédé à des versements en lien avec la souscription d'actions nominatives liées pour un montant de CHF 3'737'150.- (voir supra consid. G). S'agissant de la souscription à des obligations de B. SA, dix dépôts en lien avec la souscription d'obligations ont été faits entre le 5 décembre

2012 et 5 juillet 2013 pour un montant total de CHF 211'950.- (voir supra consid. H.1). Ces dépôts ont été effectués du 25 janvier 2010, date du premier versement pour les souscriptions d'actions (voir supra consid. G.4) jusqu'au 15 juillet 2013, date de la cessation des activités de B. SA suite à la décision de la FINMA, soit sur une longue période. Par ailleurs, il s'agit d'un total de 94 dépôts pour un montant total de CHF 5'097'914.89.

E. 3.1.10

De plus, vu l'engagement des employés en vue de prospecter quotidiennement par téléphone des clients suisses et la publicité faite sur le site internet, la Juge unique retient que l'activité tendait à une activité professionnelle, ce qui correspondait à la volonté du prévenu. Le critère du caractère professionnel est ici retenu.

E. 3.1.11

S'agissant de la qualité de dépôts des fonds étrangers, la défense a soutenu pendant les plaidoiries que bien que les clients aient déposé de l'argent sur les comptes bancaires gérés par B. SA en lien avec les activités de spread betting de C. Ltd, il ne s'agissait pas d'investisseurs mais de joueurs et que, partant, les versements ne constituent pas des dépôts au sens de la loi suisse. En l'espèce, les fonds de la clientèle étaient versés sur un compte ouvert par le prévenu et C. Ltd était tenue de rembourser les éventuels gains de ses clients engendrés grâce à cet avoir. Cet avoir consistait en un passif dans la mesure où les clients qui gagnaient et qui réclamaient leur gain étaient remboursés par débit du compte de la banque O. De plus, à la fermeture de la plateforme en 2012, les investisseurs ont obtenu de B. SA des reconnaissances de dette, soit des promesses de remboursement intégral de leur investissement. Or, contrairement aux arguments de la défense, la qualification de dépôts selon le droit suisse s'opère en fonction de la qualification de passif: tous les passifs ont caractère de dépôts hormis les exceptions énumérées à l'art. 3a al. 3 OB (voir supra consid. 3.1.6). En l'état, aucune des exceptions énumérées exhaustivement n'est remplie.

- 22 - La qualification de dépôts doit ainsi être retenue pour les versements opérés sur le compte ouvert par le prévenu en lien avec les activités de C. Ltd. S'agissant des souscriptions des actions nominatives liées de B. SA, il convient de relever, au sujet de la qualification de dépôt, que cette dernière s'engageait à les racheter. Liées à une promesse de remboursement, les actions ne sauraient constituer du capital propre mais bien du capital étranger (cf. arrêt du Tribunal administratif fédéral B-4312/2008 du 31 juillet 2009 consid. 4). Si la société s'engage à rembourser le montant versé, il s'agit de capital étranger, capital qui constitue un passif. Les versements opérés en lien avec les souscriptions des actions constituaient également un dépôt. Enfin, en ce qui concerne la souscription à des obligations de B. SA, l'instruction a apporté la preuve que celle-ci devait rembourser les titulaires des bons au porteur à la fin de la période de l'emprunt obligataire (voir supra consid. H). La question de savoir si les emprunts par obligations avaient ou non la qualité de dépôts doit être analysée sous l'angle des art. 3a al. 3 let. b aOB ainsi que des art. 652a et 1156 CO. Les prospectus d'émission des obligations émises et vendues par B. SA ne contenaient pas la décision relative à l'émission d'actions nouvelles ni les derniers comptes et rapports de révisions annuels comme prescrit par l'art. 652a al. 1 ch. 5 et 7 CO. Ainsi, l'exception de l'art. 3a al. 3 let. b aOB n'est pas réalisée. Considérant ce qui précède, la Juge unique retient qu'il s'agissait effectivement de de dépôts.

E. 3.1.12

Comme exposé ci-dessus, il découle de l'ordonnance sur les banques la présomption selon laquelle tous les dépôts sont des dépôts du public, à l'exception des cas exhaustivement énumérés (voir supra consid. 3.1.6). Or, les personnes ayant procédé aux dépôts étaient des chefs d'entreprises n'ayant aucun lien économique ou familial avec le prévenu ou les sociétés, ni des banques, ni des déposants, ni des investisseurs institutionnels ou des employés. La présomption n'est pas renversée et la qualification de dépôts du public s'applique ici. Sur la base de ces considérations, la Juge unique retient que les activités doivent être qualifiées d'acceptation de dépôts du public.

E. 3.1.13

Au chapitre de l'élément subjectif, la défense a soutenu que le prévenu n'avait pas créé le jeu de conventions, ni conçu la plateforme de spread betting et qu'il s'était adressé à des mandataires professionnels, soit un avocat, pour l'établissement des conventions de souscriptions et une fiduciaire, pour établir les documents, n'étant pas lui-même juriste.

- 23 - La Juge unique relève que le recours à un avocat est seulement allégué par la défense mais que la preuve n'a pas été apportée. Nonobstant cela, la question peut souffrir de demeurer ouverte car le prévenu ne s'est pas adressé aux mandataires professionnels afin de s'assurer que ses activités étaient autorisées au sens de la LB ou de la LFINMA. De ses propres déclarations, il ressort qu'il s'est adressé aux mandataires uniquement pour établir le jeu de conventions en lien avec les actions et les obligations. De plus, il ressort du dossier qu'en date du 1er mars 2010, l'Association romande des intermédiaires financiers avait envoyé un courrier au prévenu lui signalant qu'il n'avait pas le droit d'exercer une activité soumise à la LBA sans être au préalable affilié à un organisme d'autorégulation ou soumis à la FINMA (FINMA 1 p. 1 à 3). Enfin, le prévenu, unique actionnaire et administrateur de dites sociétés, était pleinement conscient des mécanismes mis en place et du fait qu'il prospectait pour recevoir des dépôts du public. Le prévenu avait déclaré au chargé d'enquête qu'il avait créé le produit (FINMA 8 p. 038-064). Il était largement impliqué dans toutes les opérations de B. SA, ayant lui-même recruté les employés et géré les stratégies de développement. Par conséquent, il est retenu que le prévenu a agi avec conscience et volonté dans la mesure où il savait qu'il ne disposait pas d'autorisation de la FINMA, faute de l'avoir demandée, et qu'il acceptait des fonds du public.

E. 3.1.14

Considérant ce qui précède, la Cour retient que les éléments objectifs et subjectifs de l'infraction d'acceptation indue de dépôts du public, du 24 janvier 2010 (date du premier paiement pour la souscription d'actions nominatives liées) au 15 juillet 2013 (date de la nomination du chargé d'enquête par la FINMA), sont réunis.

E. 3.2

Non-respect des décisions de la FINMA (art. 48 LFINMA)

E. 3.2.1

Le DFF reproche à A. de s'être rendu coupable de non-respect des décisions de la FINMA. Selon l'art. 48 LFINMA, est puni d'une amende de CHF 100'000.- au plus quiconque, intentionnellement ne se conforme pas à une décision entrée en force que la FINMA lui a signifiée sous la menace de la peine prévue par cet article ou à une décision des instances de recours. Concrètement, le DFF lui reproche d'avoir entravé, du 16 juillet 2013 au 15 octobre 2013, la mission du chargé d'enquête de la FINMA en ne se conformant pas à son

obligation de renseigner. Le prévenu n'aurait pas mis à disposition du chargé d'enquête l'ensemble des informations et documents relatifs aux sociétés impliquées ou en le faisant de manière évasive et lacunaire. Le DFF lui reproche également d'avoir signé le 16 octobre 2013 un avenant au contrat de bail, en son nom et au nom de B. SA, afin de le transférer de B. SA à

- 24 - son propre nom pour le sous-louer, sans l'accord du chargé d'enquête et contrairement à l'obligation qui lui était faite par le chiffre 6 du dispositif de la décision superprovisionnelle de la FINMA du 15 juillet 2013.

E. 3.2.2

Au sujet de ces reproches, le prévenu a déclaré, lors de son interrogatoire par devant la Cour, qu'il contestait ne pas avoir collaboré avec le chargé d'enquête et de ne pas avoir mis tous les documents à sa disposition. Il a déclaré avoir fait tout son possible et instruit sa secrétaire pour transmettre les informations au chargé d'enquête. Sur le plan juridique, la défense a soutenu que ce reproche ne respectait pas le principe d'accusation en raison du manque de précision dans ce qu'il est effectivement reproché, comme omission ou action, au prévenu. S'agissant de la signature de l'avenant au contrat de bail, le prévenu a reconnu les faits mais a déclaré avoir mal compris la portée de l'obligation, pensant qu'elle s'appliquait uniquement aux activités liées au commerce des obligations et actions. Me Favre a plaidé que l'interdiction faite par la FINMA au chiffre 6 du dispositif de ladite décision superprovisionnelle devait être analysée sous l'angle des buts qu'elle poursuivait. En l'espèce, dite interdiction tendait à éviter une aggravation de la situation juridique de B. SA ainsi qu'à protéger les investisseurs et créanciers. Or, le transfert de bail de B. SA au prévenu constitue une amélioration de la situation juridique de B. SA et par là-même une meilleure protection des créanciers.

E. 3.2.3

A titre préliminaire, la Juge unique relève que les faits fondant le renvoi pour jugement relatifs à l'infraction de l'art. 48 LFINMA ne découlent pas d'une unité d'actions mais se rapportent à une pluralité d'actions; d'une part, les faits qui se sont déroulés du 16 juillet 2013 au 15 octobre 2013, et, d'autre part, les faits qui se sont déroulés le 16 octobre 2013. Conformément à la jurisprudence du Tribunal fédéral, le jugement doit traiter de manière exhaustive de tous les éléments, objets du procès, sur la base des chefs retenus dans l'acte d'accusation. On détermine si tel est le cas en se fondant sur une comparaison entre le dispositif et les chefs retenus dans l'acte d'accusation. Si la condamnation ne porte pas sur tous les chefs d'inculpation envisagés, un classement ou un acquittement doit être prononcé. En cas d'unité d'action (dans l'acte d'accusation), il n'y a pas lieu à acquittement si la condamnation ne porte pas sur tous les chefs d'inculpation envisagés. Pour un seul et même acte, le jugement ne peut prononcer, de manière uniforme, qu'une condamnation ou un acquittement. Un acquittement peut cependant s'avérer nécessaire (par souci d'équité), lorsqu'il était manifestement erroné d'admettre une unité d'action et que l'un des actes n'est pas établi (ATF 142 IV 378 consid. 1.3, traduit in Jdt 2017 IV p. 239).

- 25 -

E. 3.2.4

L'infraction prévue à l'art. 48 LFINMA prévoit deux conditions objectives soit, une décision de la FINMA entrée en force et sa notification au prévenu. Il est constaté que la

FINMA a rendu une décision superprovisionnelle en date du 15 juillet 2013. Dite décision a été notifiée personnellement au prévenu par le chargé d'enquête en date du 16 juillet 2013 (FINMA 9 p. 14). Par courrier du 16 août 2013, le prévenu a formellement renoncé à prendre position contre cette décision et n'a pas recouru. Le délai pour contester la décision est ainsi échu en date du 16 août 2013. Le chiffre 6 dudit dispositif de la décision superprovisionnelle de la FINMA prévoit, pour les organes de B. SA et D. SA, sous la menace de l'amende prévue à l'art. 48 LFINMA, l'interdiction de procéder à tout acte juridique pour le compte des dites sociétés, sans l'accord préalable du chargé d'enquête (let. a) et l'obligation de mettre à disposition du chargé d'enquête l'ensemble des informations et documents nécessaires à l'accomplissement de son mandat et de lui garantir l'accès aux locaux (let. b) (FINMA 9 p. 003). Le chiffre 12 dudit dispositif prévoit que les chiffres 1 à 11 sont immédiatement exécutoires et que tout recours sera dépourvu d'effet suspensif (FINMA 9 p. 004). Ainsi, les conditions objectives d'une décision de la FINMA entrée en force et valablement notifiée au prévenu sont ici réunies.

E. 3.2.5

S'agissant du reproche d'avoir entravé la mission du chargé d'enquête en ne se conformant pas à la décision de la FINMA, infraction qui aurait été commise du 16 juillet 2013 au 15 octobre 2013, il est relevé que les exigences découlant du principe de l'accusation ne sont pas données. En effet, les faits reprochés au prévenu dans le renvoi pour jugement du 20 juillet 2018 ne sont pas décrits d'une manière telle qu'il soit possible de saisir quelles actions ou omissions sont reprochées au prévenu. Le principe d'accusation découlant de l'art. 9 CPP s'applique également à la procédure administrative et fait obligation au DFF de formuler des reproches clairs et précis sur les actions ou omissions du prévenu. Le renvoi en jugement ne permet pas de comprendre sur quels points la non-collaboration reprochée au prévenu se matérialise. L'absence de pièces et de la formulation d'un reproche clair dans le renvoi en jugement conduit la Juge unique à ne pas retenir ces faits à l'encontre du prévenu et à prononcer le classement de la procédure pour ces faits sur la base de l'art. 82 DPA et de l'art. 329 al. 5 CPP.

E. 3.2.6

Au chapitre des faits reprochés à A. en date du 16 octobre 2013 et qui constitueraient une violation du chiffre 6 let. a du dispositif de la décision superprovisionnelle de la FINMA, il a été établi que B. SA était liée, depuis le 12 janvier 2011, par un contrat de bail à loyer avec le bailleur N. SA, pour des locaux à Lausanne. Un avenant au dit contrat de bail a été signé en date du 16 octobre 2013, entre le prévenu et le bailleur, prévoyant à l'art. 1: «Au 01.11.2013 - Conformément à notre courrier du 27.09.2013, tous les droits et obligations - 26 - découlant du bail à loyer susmentionné sont repris au nom d'A.». Le document porte la signature du prévenu pour B. SA en tant qu'ancien locataire et du prévenu, en son nom, en tant que nouveau locataire (DFF 030-0005). Tout d'abord, la nature d'acte juridique de l'avenant au contrat de bail est manifeste et ne prête pas à discussion. La Juge unique ne peut suivre l'argumentation du prévenu et se convaincre d'une erreur légitime dans la mesure où la formulation du chiffre 6 du dispositif de la décision indiquait «tout acte juridique» (voir supra consid. A.2). C'est à tort que la défense tente de limiter la portée de cette interdiction. L'interdiction de procéder à tout acte juridique tend à fixer la situation patrimoniale et à retirer le pouvoir à l'administrateur suspecté d'activité illicite de procéder à des actes juridiques, qu'ils soient ou non liés à des produits en lien avec les marchés

financiers. De plus, l'évaluation de l'opportunité d'un acte juridique n'appartenait plus au prévenu mais au seul chargé d'enquête. Le chiffre

E. 5

Frais

E. 5.1

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 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

- 35 - 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). L'art. 426 al. 2 CPP dispose que, lorsque la procédure fait l'objet d'une ordonnance de classement ou que le prévenu est acquitté, tout ou partie des frais de procédure peuvent être mis à sa charge s'il a, de manière illicite et fautive, provoqué l'ouverture de la procédure ou rendu plus difficile la conduite de celle-ci. Enfin, l'alinéa 3 de la même disposition, prévoit que les frais de traduction ne peuvent pas être mis à la charge du prévenu. Cette dernière disposition garantit la gratuité de l'interprète lorsque les frais de traduction sont nécessaires à la défense du prévenu (Joëlle CHAPUIS, in CR-CPP, n° 6 et 7 ad art. 426 CPP et les réf.). Compte tenu de la situation du prévenu, les frais peuvent être réduits ou remis (art. 425 CPP).

E. 5.2

Le DFF requiert à titre de frais de procédure, incluant les frais relatifs à l'instruction de l'enquête par le DFF et les frais liés à la soutenance de l'accusation, un montant de CHF 3'000.-. Il n'y a pas lieu de revenir sur ce montant, qui apparaît 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. 5.3

Considérant les éléments qui précèdent, soit la condamnation d'A. pour acceptation indue de dépôts du public et non-respect des décisions de la FINMA en date du 16 octobre 2013 ainsi que le classement de la procédure relative à l'infraction de non-respect des décisions de la FINMA du 16 juillet 2013 au 15 octobre 2013 (voir supra consid. 3.2.4), il convient de mettre à la charge d'A. uniquement les frais de la procédure liés aux faits pour lesquels une

condamnation a été prononcée.

E. 5.4

Dans le cas concret, les frais de la procédure préliminaire s'élèvent à CHF 3'000.- pour tous les chefs d'accusation. Toutefois, l'infraction de non-respect des décisions de la FINMA est d'une moindre importance comparée à l'infraction d'acceptation indue de dépôts du public et a généré, en l'espèce, peu d'activités d'instruction de la part du DFF. On peut ainsi retenir que les frais liés à l'infraction de non-respect des décisions de la FINMA représentent un quart des frais totaux de la procédure préliminaire, soit CHF 750.-. A. ayant été reconnu coupable d'une partie des faits

- 36 - liés à cette infraction, il convient de réduire de deux tiers les frais qui lui sont imputables, soit à un montant de CHF 250.-.

E. 5.5

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. Partant, les frais de procédure s'élèvent à un total de CHF 5'000.- et sont mis à la charge d'A. à hauteur de CHF 4'500.- (2'2500+250+2'000).

E. 6

Indemnisation de l'avocat d'office

E. 6.1

Selon l'art. 33 al. 1 DPA, le défenseur d'office est indemnisé, par l'administration, sur la base d'un tarif qu'établira le Conseil fédéral, l'indemnité étant comprise dans les frais de procédure; l'inculpé qui doit supporter les frais est tenu de la rembourser à la Confédération, lorsque son revenu ou sa fortune lui auraient permis de se faire assister par un défenseur.

E. 6.2

En l'espèce, la Cour retient que le prévenu ne disposait pas des moyens qui lui auraient permis de se faire assister par un défenseur.

E. 6.3

Me Favre a produit une note d'honoraires en date du 19 novembre 2018 par laquelle il requiert un montant de CHF 4'247.10 (hors TVA) comprenant des débours à hauteur de CHF 397.- et une durée d'audience d'une heure et 30 minutes. Dite note d'honoraires apparaît raisonnable et en proportion avec les activités déployées. S'agissant de la durée de l'audience, la Juge unique relève d'office que l'audience a duré deux heures et 45 minutes et qu'il convient dès lors d'accorder au défenseur un montant supplémentaire pour cette différence.

E. 6.4

L'indemnité allouée à Me Favre pour la présente procédure est fixée à CHF 4'497.10 (hors TVA et débours compris).

- 37 - Par ces motifs, la Juge unique prononce: I. A. est reconnu coupable d'acceptation indue de dépôts du public commise du 25 janvier au 15 juillet 2013 (art. 46 al. 1 let. a LB); II. A. est reconnu coupable de non-respect des décisions de la FINMA commis en date du 16 octobre 2013 (art. 48 LFINMA). III. La procédure est classée pour le surplus. IV. A. est condamné à: 1. une peine privative de liberté de 10 mois avec sursis, comme peine

complémentaire à l'ordonnance pénale du Ministère public de l'arrondissement de Lausanne du 22 juin 2016; le délai d'épreuve est fixé à cinq ans; 2. une amende de CHF 1'500.-. En cas de non-paiement fautif de l'amende, la peine privative de liberté de substitution est fixée à 50 jours (art. 10 al. 3 DPA). V. Les frais de procédure se chiffrent à: CHF 3'000.- Frais de la procédure préliminaire CHF 2'000.- Emoluments de la procédure de première instance

CHF 5'000.- Total VI. Les frais de la procédure sont à mis à la charge d'A. à hauteur de CHF 4'500.-. VII. L'indemnité allouée par la Confédération à Me Christian Favre pour ses activités dans le cadre de la présente procédure est fixée à CHF 4'497.10 (hors TVA).

Au nom de la Cour des affaires pénales du Tribunal pénal fédéral

La juge unique La greffière

- 38 - Une expédition complète de la décision écrite sera adressée à: - Ministère public de la Confédération, Madame Lucienne Fauquex, Procureure fédérale et cheffe du service juridique - Département fédéral des finances, Monsieur Fritz Ammann, Chef du Service juridique - Maître Christian Favre Après son entrée en force, la décision sera communiquée au Département fédéral des finances, en tant qu'autorité d'exécution.

Indication des voies de droit Recours à la Cour d'appel du Tribunal pénal fédéral

Une partie peut annoncer l'appel à la Cour des affaires pénales du Tribunal pénal fédéral par écrit ou oralement pour mention au procès-verbal dans un délai de 10 jours à compter de la communication du jugement de la Cour des affaires pénales du Tribunal pénal fédéral (art. 399 al. 1 en relation avec l'art. 398 al. 1 CPP; art. 38a LOAP)

La juridiction d'appel jouit d'un plein pouvoir d'examen sur tous les points attaqués du jugement et l'appel peut être formé pour violation du droit, y compris l'excès et l'abus du pouvoir d'appréciation, le déni de justice et le retard injustifié, pour constatation incomplète ou erronée des faits ainsi que pour inopportunité (art. 398 al. 2 et 3 CPP).

Lorsque seules des contraventions ont fait l'objet de la procédure de première instance, l'appel ne peut être formé que pour le grief que le jugement est juridiquement erroné ou que l'état de fait a été établi de manière manifestement inexacte ou en violation du droit. Aucune nouvelle allégation ou preuve ne peut être produite (art. 398 al. 4 CPP).

Si un appel ne porte que sur les conclusions civiles, la juridiction d'appel n'examine le jugement de première instance que dans la mesure où le droit de procédure civile applicable au for autoriserait l'appel (art. 398 al. 5 CPP).

La partie qui annonce l'appel a 20 jours à compter de la notification du jugement motivé pour adresser une déclaration d'appel écrite à la Cour d'appel du Tribunal pénal fédéral. Elle doit indiquer dans sa déclaration si elle entend attaquer le jugement dans son ensemble ou seulement sur certaines parties, quelles sont les modifications du jugement de première instance qu'elle demande et quelles sont ses réquisitions de preuves. Quiconque attaque seulement certaines parties jugement est tenu d'indiquer dans la déclaration d'appel, de manière définitive, sur quelles parties porte l'appel (art. 399 al. 3 et 4 CPP).

Recours à la Cour des plaintes du Tribunal pénal fédéral

Le défenseur d'office peut recourir devant la Cour des plaintes du Tribunal pénal fédéral dans les 10 jours contre la décision fixant l'indemnité (art. 135 al. 3 let. a et art. 396 al. 1

CPP; art. 37 al. 1 LOAP).

Expédition: 25 janvier 2019

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.