

BStGer SK.2019.13 vom 17. Juni 2020

Bundesstrafgericht, 2020-06-17, FR

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bstger_SK.2019.13

FR: TPF SK.2019.13 du 17 juin 2020

IT: TPF SK.2019.13 del 17 giugno 2020

Regeste

Exercice sans autorisation de l'activité d'intermédiaire financier (art. 44 LFINMA en relation avec art. 14 LBA)

Erwägungen

E. 1

Questions préjudicielles et incidentes

E. 1.1

Principe de l'interdiction de l'auto-incrimination - Nemo tenetur se ipsum accusare

E. 1.1.1

Durant les débats, le prévenu a reproché au DFF d'avoir violé le principe de l'interdiction d'auto-incrimination (art. 3 et 113 CPP, 6 CEDH et 14 al. 3 let. g Pacte ONU II). Le prévenu fait grief à la FINMA de lui avoir demandé de coopérer et de répondre à des questions en invoquant l'obligation de fournir des informations au sens de l'art. 29 LFINMA, sous la menace d'une décision potentiellement défavorable et des sanctions prévues aux art. 44 et 45 LFINMA lesquelles seraient de nature pénale. A l'appui de sa requête, le prévenu a produit un avis de droit du 15 novembre 2019 de la Prof. DD. concluant à la non exploitation des formulaires remis à la FINMA sous peine de violer le principe nemo tenetur. Le prévenu a conclu à l'inexploitabilité des questionnaires du 10 octobre 2014, à leur retrait du dossier de la procédure ainsi qu'au retrait des passages s'y référant (TPF 11.720.001 ss). Pour sa part, le DFF a requis que la question de la validité des pièces visées soit traitée avec le fond de la cause et non à titre préjudiciel. Subsidiairement, que l'art. 329 al. 5 CPP devait être appliqué par analogie. Quant aux conclusions du prévenu, elles devaient être rejetées (TPF 11.720.007 ss).

E. 1.1.2

Le principe de l'interdiction de l'auto-incrimination est consacré à l'art. 6 CEDH et 14 ch. 3 Pacte ONU II, concrétisés à l'art. 113 CPP aux termes duquel le prévenu n'a pas l'obligation de déposer contre lui-même. Il est toutefois tenu de se soumettre aux mesures de contrainte prévues par la loi. Le droit de se taire et de ne pas s'auto-incriminer fait partie du standard international généralement reconnu du procès équitable au sens de l'art. 6 CEDH. En particulier, le droit de ne pas contribuer à sa propre incrimination présuppose que les autorités cherchent à fonder leur conviction sans recourir à des éléments de preuve obtenus par la contrainte ou des pressions, au mépris de la volonté de l'accusé (ATF 144 I 242, consid.1.2.1, JdT 2018 I 366; arrêts de la Cour européenne des droits de l'Homme [ci-après: CourEDH] dans la cause J.B c. Suisse, du 3 mai 2001, Recueil 2001-III, p. 457 ss et les arrêts cités).

E. 1.1.3

Le droit de se taire n'est cependant pas un droit absolu mais peut être limité dans le respect du principe de proportionnalité pour autant que son essence reste intacte (ATF 144 I 242 consid. 1.2.1, JdT 2018 I 366). Pour rechercher si une procédure a anéanti la substance même du droit de ne pas contribuer à sa propre

- 14 - SK.2019.13 incrimination, la CourEDH examine en particulier la nature et le degré de la coercition, l'existence de garanties appropriées dans la procédure et l'utilisation qui est faite des éléments ainsi obtenus (ATF 140 II 384, JdT 2015 I 3; arrêt de la CourEDH O'Halloran et Francis c. Royaume Uni, du 29 juin 2009, Recueil CourEDH 2007-III, p. 16, n. 101 et arrêts cités). Ce droit ne s'étend « toutefois pas à l'usage, dans une procédure pénale, de données que l'on peut obtenir de l'accusé en recourant à des pouvoirs coercitifs et qui existent indépendamment de la volonté du suspect (...) » (arrêt de la CourEDH O'Halloran et Francis c. Royaume Uni, du 29 juin 2009, Recueil CourEDH 2007-III, p. 13, n. 47 et arrêts cités). Le TF a encore précisé que le droit de ne pas s'auto-incriminer devait être appliqué de façon restrictive pour les personnes morales (ATF 142 IV 207 du 30 mai 2016, JdT 2017 IV 51 consid. 8.3.3 et 8.18.3).

E. 1.1.4

Selon les principes développés dans la jurisprudence de la CourEDH (« critères Engel »), une accusation doit être qualifiée de pénale au sens de l'art. 6 CEDH, alternativement, si le droit national assimile la mesure étatique au droit pénal, ou si la nature ou la gravité de l'infraction et/ou de la sanction plaide en faveur de son caractère pénal (arrêt du TF 2C_92/2019 du 31 janvier 2020 destiné à publication consid. 5.2 et jurisprudences citées; arrêt de la CourEDH Engel et autres c. Pays-Bas du 8 juin 1976, série A, vol. 22).

E. 1.1.5

Selon le TF, la garantie de l'art. 6 CEDH n'exclut pas toute obligation de fournir à l'autorité aussi des informations propres à motiver une sanction pénale; elle interdit en revanche une contrainte abusive (« improper compulsion ») c'est-à-dire l'usage abusif ou excessif de la contrainte contre le prévenu. Il a ainsi considéré qu'une interdiction d'exercer au sens de l'art. 33 LFINMA ne comportait pas de sanction pénale selon l'art. 6 CEDH et que, dès lors, les garanties conférées par l'art. 6 CEDH ne l'emportaient pas (arrêt du TF du 25 avril 2016 2C_739/2015, JdT 2016 I 112 consid. 3.3 et 3.4).

E. 1.1.6

Le TF s'est également penché sur le caractère pénal de l'émission d'une injonction faite par la FINMA suite à une violation des règles sur la surveillance des marchés financiers au sens de l'art. 34 LFINMA. Il s'agit d'une mesure faisant partie des instruments de surveillance d'une législation de police économique, visant un cercle limité de personne (art. 3 let. a LFINMA), axée principalement sur la réalisation de la transparence du marché. Pour le TF, la nature et la gravité de l'infraction indiquent que la sanction est plutôt une mesure disciplinaire administrative et non de nature pénale au sens de l'art. 6 CEDH (arrêt du TF 2C_92/2019 du 31 janvier 2020, destiné à publication).

E. 1.1.7

En l'espèce, le juge unique a constaté être en présence d'investigations préalables informelles menés par la FINMA (pre-enforcement) entreprises non

- 15 - SK.2019.13 pas en raison de soupçons d'irrégularités ou de possibles violations du droit de la surveillance mais du fait de l'interpellation de la FINMA par la société concernée qui souhaitait avoir confirmation de son statut (d'entreprise non affiliée). En effet, par lettre du 4 août 2014, B. a interpellé la FINMA afin de savoir si elle devait être affiliée à OAR. Par lettre, en allemand du 20 août 2014, la FINMA a demandé des renseignements à B. en lui impartissant un délai au 12 septembre 2014. Par lettre similaire (en français) du 2 septembre 2014, la FINMA a réitéré sa demande et prolongé le délai imparti au 18 septembre 2014. Le 30 septembre 2014, la FINMA a, à nouveau, sollicité des renseignements, impartissant un délai échéant au 13 octobre 2014 et attirant l'attention de B. sur son obligation de collaborer au sens des art. 3 et 29 LFINMA, précisant que si cette obligation ne devait pas être respectée, la FINMA rendrait sa décision sur la base des documents en sa possession et serait en droit de prendre en compte un refus de collaborer dans le cadre de l'appréciation des preuves. En particulier, il était indiqué qu'un chargé d'enquête pourrait être désigné. De plus, elle se réservait la possibilité d'inscrire la société sur la liste des établissements non autorisés (liste négative). Finalement, une liste des dispositions légales pertinentes était portée à la connaissance de la société, soit plus particulièrement l'art. 45 LFINMA réprimant les fausses déclarations. Le 10 octobre 2014, B. a rempli et transmis à la FINMA les formulaires demandés dont elle conteste aujourd'hui l'exploitabilité.

E. 1.1.8

Le juge unique a examiné, à la lumière des principes développés ci-dessus, si les informations obtenues l'avaient été sous la menace de contrainte non autorisée, plus particulièrement en s'interrogeant sur la nature, sur le degré de la coercition, sur l'existence de garanties appropriées dans la procédure et sur l'utilisation qui est faite des éléments d'information obtenus.

E. 1.1.9

S'agissant de la nature et du degré de la coercition le tribunal a constaté qu'aucune contrainte directe n'avait été exercée pour obliger l'administré à fournir des informations. Le TF a, à ce titre, déjà retenu que la loi ne prévoit pas de conséquence pénale (art. 44-47 LFINMA) s'il n'est pas donné suite à la demande de renseignements selon l'art. 29 LFINMA (ATF 142 IV 207, JdT 2017 IV 51, consid. 8.11). En l'occurrence, l'art. 45 LFINMA punit la fausse déclaration mais ne punit pas en tant que telle une absence de collaboration. Le tribunal a également constaté qu'il n'y avait pas eu de décision assortie de la menace de sanctions au sens de 48 LFINMA ou 292 CP.

E. 1.1.10

S'agissant des contraintes indirectes, elles résultent du fait que le destinataire est dans un rapport spécial avec l'Etat ou fait l'objet d'une surveillance étatique particulière. Elles sont ainsi, en principe, de nature administrative. Pour autant elles n'échappent pas automatiquement à l'empire de l'art. 6 CEDH (Katia

- 16 - SK.2019.13 VILLARD, la coexistence d'une poursuite pénale et d'une procédure d'enforcement contre l'entreprise à l'aune du principe ne bis in idem: colocation ou ménage commun, in: ZSR 2018 I, p. 19). En l'espèce, il ne s'agit pas de sanctions pécuniaires dont le caractère pénal est plus généralement admis qu'autrement. Toutefois, chacune des menaces a été examinée séparément par le tribunal. La menace d'une décision en constatation au sens de l'art. 32 LFINMA

E. 1.1.11

D'un point de vue systématique, tout comme l'art. 33 LFINMA (arrêt précité du TF du 25 avril 2016 2C_739/2015), l'art. 32 LFINMA s'inscrit dans le chapitre relatif aux instruments de surveillance d'une loi de police économique. Même si une telle décision devait comporter quelque sanction, cette sanction ne s'inscrit pas en droit interne parmi les sanctions pénales mais parmi les sanctions administratives. En raison de sa nature, une telle décision vise un destinataire spécifique devant être incité à un comportement professionnel adéquat selon le droit de surveillance, et non pas un large public. L'analogie entre l'art. 32 LFINMA et le droit fiscal, qui ressort notamment dans l'avis de la Prof. DD. produit par le prévenu, est, aux yeux de la Cour, d'un intérêt très relatif pour deux motifs. Premièrement, le rapport de droit fiscal est un rapport automatique, qui s'impose à tout administré alors qu'en l'espèce, le rapport administratif découle de la volonté concrète de l'administré d'exercer une activité potentiellement surveillée par l'Etat, qui doit alors pouvoir valablement exercer son contrôle. Deuxièmement, l'administration fiscale doit se conformer à des devoirs d'information prévus aux art. 153 al. 1 bis et 183 al. 1er, 2e phrase LIFD ce que ne prévoient pas les lois qui s'appliquent au cas d'espèce. La nomination d'un chargé d'enquête au sens de l'art. 36 LFINMA

E. 1.1.12

Tout comme cela a été admis par la jurisprudence du TPF (SK.2016.9 du 19 septembre 2018, consid. 6.4.1.1) et la doctrine (ZOBL/WEBER/SETHE, *Enforcementverfahren der FINMA und Dissonanz zum nemo tenetur – Grundsatz*, p. 53), la Cour considère que la nomination d'un chargé d'enquête n'est pas une sanction pénale au sens de l'art. 6 CEDH.

La menace de la mise « sur liste négative » au sens de l'art. 34 LFINMA

E. 1.1.13

A nouveau, au regard de la systématique de la loi, tout comme les art. 32 et 33 LFINMA, l'art. 34 LFINMA s'inscrit dans le chapitre relatif aux instruments de surveillance d'une loi de police économique. Nonobstant les aspects répressifs que pourrait comporter l'inscription sur liste, cette sanction ne s'inscrit pas, en droit interne, parmi les sanctions pénales mais parmi les sanctions administratives. De plus, en raison de sa nature, elle vise un public spécifique

- 17 - SK.2019.13 devant être incité à un comportement professionnel adéquat selon le droit de surveillance, et non un vaste public. Le juge unique a ainsi considéré que cette mesure revêtait un caractère préventif. Un certain caractère répressif pourrait être admis au regard du potentiel effet réputationnel sur la société en cause. Cet effet n'a toutefois pas été invoqué par la société visée et serait, de l'avis de la Cour, cas échéant, limité. D'ailleurs dans la jurisprudence précitée du TF, celui-ci, après une analyse circonstanciée, avait considéré que l'art. 34 LFINMA ne constituait pas une sanction de nature pénale au sens de l'art. 6 CEDH (arrêt du TF 2C_92/2019 du 31 janvier 2020, destiné à publication). La menace de la prise en compte du silence dans l'appréciation des preuves

E. 1.1.14

Le juge de la cause pénale ne peut pas conclure à la culpabilité du prévenu simplement parce que celui-ci choisit de garder le silence (arrêt du 8 février 1996 Murray c. Royaume-Uni, ch. 45, Rec. 1996 p. 30; voir aussi arrêts du 6 juin 2000 Averill c. Royaume-Uni, ch. 45; du 2 mai 2000 Condron c. Royaume-Uni, ch. 56; ATF 121 II 257

consid. 4a p. 264). D'après la CourEDH, le droit de se taire interdit au juge de fonder une condamnation exclusivement ou même essentiellement sur le silence du prévenu, ainsi que sur son refus de répondre à des questions ou de déposer. Par contre, ce droit n'interdit pas de prendre en considération le silence du prévenu dans des situations qui appellent assurément une explication de sa part, pour apprécier la force probante des éléments à charge. A cet égard, le droit de se taire n'a donc pas de portée absolue. Pour déterminer si le fait de tirer de son silence des conclusions défavorables au prévenu est contraire à l'art. 6 CEDH, il faut tenir compte de l'ensemble des circonstances et rechercher dans chaque cas si les éléments à charge sont suffisamment sérieux pour appeler une réponse.

E. 1.1.15

Ainsi, en tant que telle la prise en compte du silence dans l'appréciation des preuves n'est pas contraire à la CEDH. Compte tenu des éléments qui précèdent et de l'interprétation restrictive qui doit être faite du principe *nemo tenetur s'agissant d'une personne morale*, la Cour considère que les mesures dont le prévenu a été menacé n'étaient pas d'une gravité et d'une sévérité suffisante pour considérer que l'art. 6 CEDH n'était pas respecté. Le tribunal a enfin retenu que les documents remis le 10 octobre 2014, en annexes aux questionnaires, étaient des documents qui auraient pu être obtenus par des moyens coercitifs de sorte qu'ils sont exploitables. Il s'agissait en effet de rapports de l'organe de révision pour les exercices 2012 et 2013 (442.3-065, p. 242 ss), des statuts et de l'extrait du RC de B. (442.3-065, p. 255 ss), de l'Investment management agreement passé entre H. et B. ainsi que de documents en lien avec ce fonds (442.3-065, p. 263 ss). Ces documents auraient notamment pu être obtenus par perquisition (art. 246 ss CPP).

- 18 - SK.2019.13

E. 1.1.16

S'agissant des possibilités de se défendre du prévenu, le formulaire qu'il a dû remplir par écrit, ne peut pas être assimilé à un interrogatoire lors duquel celui-ci aurait dû répondre spontanément, sans préparation. Dans le cas d'espèce, le prévenu a disposé de temps, il aurait pu solliciter l'aide d'un avocat et, de plus, avait quelque motif de le faire puisqu'il avait précisément été interpellé par C., qui se demandait s'il disposait vraiment des autorisations légales nécessaires.

E. 1.1.17

En ce qui concerne l'utilisation faite de l'information litigieuse, la Cour relève que celle-ci a une incidence limitée en ce sens que les informations données par le prévenu semblent à elles seules impropres à établir une infraction. Le prévenu y livre son appréciation de la situation qui n'est pas forcément exacte, ni nécessairement conforme aux accords juridiques passés entre M. et B. Ainsi, l'avis donné par le prévenu pour le compte de sa société n'est pas un élément suffisant pour déterminer la nature des relations entre ces sociétés.

E. 1.1.18

L'art. 38 LFINMA prévoit que la FINMA et l'autorité de poursuite pénale compétente échangent des informations dont elles ont besoin dans le cadre de leur collaboration. La FINMA ne peut en effet refuser de collaborer qu'aux conditions spécifiques de l'art. 40 LFINMA. Enfin, à teneur de la législation actuelle, aucun article dans la LFINMA ne fait obligation à l'administration de rendre l'administré attentif à son droit de ne pas s'auto-incriminer sur le plan pénal contrairement à ce qui est spécifiquement prévu dans

d'autres lois.

E. 1.1.19

En conclusion, la Cour considère qu'en l'espèce la nature et le degré de contrainte mis en œuvre afin d'obtenir des informations du prévenu, ses possibilités de se défendre contre cette contrainte et l'utilisation limitée de l'information ne permettent pas de conclure à une violation du droit de se taire et de ne pas contribuer à sa propre condamnation au sens de l'art. 6 CEDH.

E. 1.2

Pièces complémentaires produites par les parties durant les débats

E. 1.2.1

Lors des débats, le DFF a requis l'apport au dossier de trois articles de presse selon lui utiles à la fixation de la peine afin notamment de mettre en évidence un risque de blanchiment d'argent. Le prévenu et B. s'en sont rapportés à l'appréciation du juge tout en contestant la pertinence des pièces proposées. Par décision orale brièvement motivée, le tribunal a refusé que soient versés au dossier ces articles de presse considérant qu'ils étaient sans lien avec les faits de la cause.

E. 1.2.2

Peu avant les débats, l'apport de diverses pièces a été proposé par le prévenu, respectivement B. Dans une décision orale brièvement motivée lors des débats, le Tribunal a rejeté l'apport au dossier du Jugement rendu par la chambre patrimoniale cantonale vaudoise du 20 février 2015 et jugement rectifié, produit

- 19 - SK.2019.13 en pièce 3 de la lettre du 11 février 2020 de B. En effet, ceux-ci concernent un ancien litige de droit du travail entre cette société et l'un des témoins, et ne présentaient pas de lien avec les faits de la cause (art. 77 al. 1 DPA et 139 al. 2 CPP par renvoi de l'art. 82 DPA). Il a également refusé que soit versé au dossier une déclaration écrite du 11 février 2020 rédigée par A. et produite en pièce 2 de la lettre du 11 février 2020 de B. Le tribunal a jugé que le respect du principe d'oralité (art. 66 CP), le caractère exceptionnel de la possibilité de présenter un rapport écrit (art. 145 CPP) et le devoir de la direction de la procédure d'interroger le prévenu de façon détaillée sur sa personne, l'accusation et les résultats de la procédure (art. 341 al. 3 CPP) commandaient de ne pas verser au dossier la déclaration écrite du prévenu. Il a également jugé que l'art. 143 al. 6 CPP ne trouvait pas application de sorte que le prévenu, s'il était autorisé à rechercher quelques informations ponctuelles sur ses notes, était tenu de répondre de manière spontanée aux questions formulées oralement de manière ouverte. Les autres pièces, soit les trois avis de droit de M. EE., des Prof. FF. et DD., le rapport du 10 février 2020 de GG., la prise de position de la société HH. du 23 septembre 2019, compte tenu de leur pertinence et de leurs liens avec les faits de la cause, ont été versées au dossier.

E. 1.2.3

Lors des débats, B. a proposé l'apport au dossier de différentes pièces, selon elle, utiles et en lien direct avec la procédure. A. a appuyé cette demande. Dans une décision orale brièvement motivée, le juge a refusé l'apport au dossier d'un email de 2006 de la société fiduciaire de B. à l'administration fiscale au motif qu'il contenait des explications relatives à des faits postérieurs à ceux de la cause. Les autres pièces, soit un email du 19 février 2020

du représentant de la société II. confirmant ne pas avoir fait recours contre la décision rendue par la FINMA du 13 novembre 2019 et deux listes des employés de B. en 2012 et 2016 ont été admises pour leur pertinence.

E. 2

Compétence de la Cour des affaires pénales

E. 2.1

L'art. 50 al. 1 LFINMA prévoit que la loi fédérale sur le droit pénal administratif (DPA; RS 313.0) est applicable aux infractions à la LFINMA ou aux lois sur les marchés financiers au sens de l'art. 1 al. 1 LFINMA, en particulier à la LBA (let. f). Conformément à l'art. 72 al. 1 DPA, celui qui est touché par un prononcé pénal ou par un prononcé de confiscation peut, dans les 10 jours suivant sa notification, demander à être jugé par un tribunal.

L'art. 50 al. 2 LFINMA dispose que si un jugement par le tribunal a été demandé, celui-ci incombe à la juridiction fédérale. Dans ce cas, le DFF dépose le dossier auprès du MPC, qui le transmet au TPF. Le renvoi pour jugement tient alors lieu

- 20 - SK.2019.13 d'accusation et les art. 73 à 83 DPA sont applicables par analogie. Si elles ne sont pas contraires à la DPA et qu'elles sont pertinentes, les dispositions du code de procédure pénale suisse du 5 octobre 2007 (CPP; RS 312.00) sont applicables à la procédure de jugement conduite par le TPF dans le cadre d'une procédure de droit pénal administratif (art. 82 DPA).

En application de l'art. 35 al. 1 de la loi fédérale du 19 mars 2010 sur l'organisation des autorités pénales de la Confédération (LOAP; RS 173.71), la Cour de céans est compétente pour connaître des affaires relevant de la juridiction fédérale, que le Conseil fédéral a déferées au TPF, en application de la 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. Conformément à la disposition du CPP, la Confédération peut prévoir un juge unique qui statue en première instance, notamment sur les crimes et les délits, à l'exception de ceux pour lesquels sont requis une peine privative de liberté supérieure à deux ans, un internement au sens de l'art. 64 du code pénal suisse du 21 décembre 1937 (CP; RS 311.0), un traitement au sens de l'art. 59 al. 3 CP, ou une privation de liberté de plus de deux ans lors de la révocation d'un sursis.

E. 2.2

En l'espèce, le prononcé pénal du 31 janvier 2019 rendu par le Chef du Service juridique du DFF à l'encontre d'A. a pour objet l'exercice sans autorisation de l'activité d'intermédiaire financier au sens de l'art. 44 LFINMA en relation avec l'art. 14 LBA. La peine requise par le DFF, en application de l'art. 44 LFINMA, est une peine pécuniaire de 200 jours-amende à CHF 190.00 par jour avec sursis pendant deux ans, soit une peine inférieure à deux ans. Dans son accusation subsidiaire du 15 février 2019, le DFF requiert, en second lieu, que le prévenu soit condamné pour l'infraction précitée par négligence au sens de l'art. 44 al. 2 LFINA et dans ce cas, condamné à une amende de CHF 30'000.00. Dans son prononcé de confiscation du 31 janvier 2019 touchant B., le DFF conclut à la confiscation du montant de CHF 807'041.00 et au paiement d'une créance compensatrice d'un montant de CHF 490'552.00 et USD 1'755'472.00. Formulées par pli recommandé du 6 février 2019, les demandes de jugement d'A. et B. ont été présentées en temps utile (art. 75 al. 1 DPA). Au

vu de ce qui précède, le jugement requis relève de la compétence de la présente Cour – dans sa composition à un juge – en qualité de juridiction fédérale de première instance.

- 21 - SK.2019.13

E. 3

Droit applicable

E. 3.1

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 DPA ou une loi administrative spéciale n'en dispose autrement (art. 2 DPA). La DPA ne prévoit rien quant aux conditions permettant de déterminer le droit applicable en cas de changement normatif.

E. 3.2

Conformément à la règle de la *lex mitior* ancrée à l'art. 2 al. 2 CP, le nouveau droit est aussi applicable aux crimes et aux 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 nouveau droit lui est plus favorable que la loi en vigueur au moment de l'infraction. La détermination du droit le plus favorable s'effectue par une comparaison concrète de la situation du prévenu, suivant qu'il est jugé à l'aune de l'ancien ou du nouveau droit (ATF 135 IV 113 consid. 2.2 p. 114). Seules les règles de droit matériel sont concernées par la *lex mitior*, les règles procédurales étant, quant à elles, soumises au principe *tempus regis actum*, qui les rend applicables sitôt qu'elles sont entrées en vigueur (ATF 117 IV 369 consid. 4d in fine p. 375).

E. 3.3

Dans le cas d'espèce, il est reproché au prévenu d'avoir exercé une activité d'intermédiaire financier sans autorisation (art. 44 LFINMA en relation avec l'art. 14 LBA). Les faits reprochés s'étendent sur une période allant du 26 avril 2012 au 31 décembre 2013, en relation avec l'activité de négoce de sucre, respectivement du 1er décembre 2013 au 31 décembre 2014 quant à l'activité de gestion de fortune. En l'occurrence, l'infraction intentionnelle d'exercice de l'activité sans autorisation (art. 44 LFINMA) est passible d'une peine privative de liberté de trois ans au plus ou d'une peine pécuniaire, respectivement d'une amende de CHF 250'000.00 au plus lorsqu'elle est commise par négligence. Cette disposition n'a pas changé depuis la commission des faits reprochés au prévenu.

E. 3.4

Au surplus, le droit matériel administratif qui était en vigueur au moment des faits, soit en particulier les règles de l'ancienne ordonnance du 18 novembre 2009 sur l'activité d'intermédiaire financier exercée à titre professionnel (aOIF; RS 955.071), en vigueur du 1er janvier 2010 au 31 décembre 2015, s'applique au cas d'espèce (ATF 123 IV 84 consid. 3b et 3c; arrêt du TF 6B_212/2012 du 14 février 2013, consid. 2). De même, la loi fédérale sur les placements collectifs de capitaux en vigueur au moment des faits (plus particulièrement l'art. 2 al. 2 let. h LPCC dont on précise que la teneur est identique dans les versions du 1er mars 2013, du 1er juin 2013 et du 1er janvier 2014 de la LPCC) est applicable.

- 22 - SK.2019.13

E. 3.5

L'hypothèse d'une application de la règle tirée de l'art. 2 CP doit également être envisagée en lien avec les modifications intervenues quant au régime des sanctions applicables. En l'occurrence, les sanctions prévues pour les infractions en cause n'ont pas changé avec l'entrée en vigueur, le 1er janvier 2018 de la modification du 19 juin 2015 du Code pénal concernant la réforme du droit des sanctions (RO 2016 1249). En revanche, certaines dispositions du Code pénal concernant la peine pécuniaire et le sursis (art. 34 ss CP) ont été modifiées par l'entrée en vigueur de la nouvelle précitée, le 1er janvier 2018. Compte tenu de ces modifications postérieures aux faits reprochés aux prévenus, l'hypothèse d'une application de la règle tirée de l'art. 2 CP doit être envisagée.

E. 3.6

En matière de peine pécuniaire, l'art. 34 CP prévoyait, dans sa version en vigueur jusqu'au 31 décembre 2017, qu'elle ne pouvait pas excéder 360 jours-amende (al. 1). Quant au montant du jour-amende, il était de CHF 3000 au plus (al. 2), étant précisé que la jurisprudence avait fixé à CHF 10 le minimum du montant du jour-amende (ATF 135 IV 180 consid. 1.4.2 p. 185). A la suite de l'entrée en vigueur, le 1er janvier 2018, de la modification du 19 juin 2015 du Code pénal concernant la réforme du droit des sanctions, la peine pécuniaire ne peut désormais excéder 180 jours-amende et le montant du jour-amende est de CHF 30 au moins, le maximum de CHF 3000 n'ayant pas été modifié (art. 34 al. 1 et 2 CP). Exceptionnellement, le montant du jour-amende peut être réduit à CHF 10, si la situation personnelle et économique de l'auteur l'exige (art. 34 al. 2, 2ème phrase, CP). Il faut relever que les critères de l'art. 34 al. 2 CP pour le calcul du montant du jour-amende n'ont pas été modifiés au 1er janvier 2018. Les autres dispositions concernant la peine pécuniaire ont subi des changements sans pertinence dans le cas d'espèce du point de vue de la *lex mitior*.

E. 3.7

Le sursis complet pouvait quant à lui être accordé sous l'empire du droit en vigueur jusqu'au 31 décembre 2017 en cas de peine privative de liberté de six mois au moins et de deux ans au plus (art. 42 al. 1 aCP), avec un délai d'épreuve de deux à cinq ans (art. 44 al. 1 aCP). Le sursis partiel pouvait aussi être accordé en cas de peine privative de liberté d'un an au moins et de trois ans au plus (art. 43 al. 1 aCP), ce qui permettait d'éviter, dans les pronostics très incertains, le dilemme du « tout ou rien » entre le sursis total et la peine ferme. En ce qui concerne la peine pécuniaire, elle pouvait être assortie, sous l'empire du droit en vigueur jusqu'au 31 décembre 2017, du sursis complet (art. 42 al. 1 aCP), respectivement du sursis partiel (art. 43 al. 1 aCP) à son exécution. En revanche, la modification du 19 juin 2015 a supprimé la possibilité du sursis partiel à l'exécution de la peine pécuniaire (art. 43 al. 1 CP, dans sa version en vigueur depuis le 1er janvier 2018). Désormais, seul le sursis complet peut entrer en ligne de compte pour la peine pécuniaire. S'agissant du sursis partiel en matière de

- 23 - SK.2019.13 peine privative de liberté, la modification du 19 juin 2015 n'a pas apporté de changement à l'art. 43 al. 1 CP.

E. 3.8

Ainsi, pour les peines se situant entre 180 et 360 jours-amende, l'ancien droit est plus favorable à l'accusé puisqu'il est possible de lui infliger des jours-amende plutôt qu'une peine privative de liberté. Toutefois, dans les cas où le sursis s'avère possible, le nouveau droit serait plus favorable au prévenu dans la mesure où le sursis complet doit lui être

accordé alors que sous l'ancien droit, seul le sursis partiel était envisageable. Finalement, globalement, c'est bien l'ancien droit qui semble plus favorable au prévenu dans les cas où la peine devant être retenue se situerait entre 180 jours et 360 jours-amende et ce même si une partie de la peine pourrait être ferme, nonobstant que le sursis est possible pour une partie de la peine. L'analyse concrète sera effectuée ci-après sous 13.

E. 4

Recevabilité

E. 4.1

L'examen de la recevabilité du renvoi pour jugement, qui est effectué à l'aune des art. 73 ss DPA et à titre supplétif de l'art. 329 al. 1 let. a à c CPP, ne fait apparaître aucune irrégularité, ni aucun empêchement de procéder. Les conditions à l'ouverture de l'action publique sont réalisées: en particulier, le prononcé pénal de condamnation du 31 janvier 2019, objet du renvoi pour jugement du 15 février 2019, a fait cesser le cours de la prescription de l'action pénale, conformément à la jurisprudence consacrée du TF 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).

E. 4.2

En l'espèce, les infractions reprochées à A. qui se sont déroulées du 26 avril 2012 au 31 décembre 2013, respectivement du 1er décembre 2013 au 31 décembre 2014, sont soit des délits dont la prescription de l'action pénale est de 10 ans (art. 97 let. b par renvoi de l'art. 2 DPA), soit des infractions commises par négligence, autrement dit des contraventions à une loi sur les marchés financiers, selon l'art. 52 LFINMA, pour lesquelles la prescription de l'action pénale est de sept ans. Ces infractions qui consistent à exercer une activité sans l'autorisation requise doivent être qualifiées de continues au sens de l'art. 98 let. c CP en ce sens qu'elles se poursuivent durant un certain laps de temps (arrêt du TF 2C_66/2013 du 7 mai 2013, consid. 6.1 et jurisprudences citées). Elles se sont déroulées ici jusqu'au 31 décembre 2013 respectivement au 31 décembre 2014. Les délais de prescription, qui doivent être calculés dès ces deux dates, n'étaient ainsi pas échus au jour du prononcé pénal qui a interrompu les prescriptions.

- 24 - SK.2019.13

E. 4.3

Les conditions du renvoi pour jugement selon la DPA et, à titre supplétif, le CPP sont donc données (art. 2 DPA). Le prononcé pénal du 31 janvier 2019, respectivement l'accusation subsidiaire du 15 février 2019, qui tiennent lieu d'acte d'accusation, contiennent 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. 4.4

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

E. 5

millions de francs à un moment donné. Aux termes de l'art. 11 aOIF, quiconque passait à une activité d'intermédiaire financier à titre professionnel devait avoir obtenu l'affiliation à un organisme d'autorégulation ou avoir déposé une demande d'autorisation d'exercer auprès de la FINMA dans un délai de deux mois. Selon l'alinéa 2 de ce même article, préalablement à l'affiliation ou l'autorisation de la FINMA, lesdits intermédiaires avaient l'interdiction de conclure de nouvelles affaires ou effectuer des actes qui ne fussent pas absolument nécessaires à la conservation du patrimoine.

E. 5.1

Exercice sans droit d'une activité soumise à autorisation intentionnelle (art. 44 LFINMA et art. 14 LBA) en matière de négoce de matières premières

E. 5.1.1

Activité d'intermédiaire financier à titre professionnel

E. 5.1.1.1

Se rend coupable de l'infraction à l'art. 44 al. 1 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. 5.1.1.2

Selon l'art. 6 al. 1 DPA, lorsqu'une infraction est commise dans la gestion d'une personne morale, les dispositions pénales sont applicables aux personnes physiques qui ont commis l'acte. Le chef d'entreprise, l'employeur, le mandant ou le représenté qui, intentionnellement ou par négligence et en violation d'une obligation juridique, omet de prévenir une infraction commise par le subordonné, le mandataire ou le représentant ou d'en supprimer les effets, tombe sous le coup des dispositions pénales applicables à l'auteur ayant agi intentionnellement ou par négligence (art. 6 al. 2 DPA). Sont notamment considérés comme « chefs d'entreprise » au sens de l'art. 6 al. 2 DPA les membres du conseil d'administration d'une société anonyme.

E. 5.1.1.3

Tout intermédiaire financier au sens de l'art. 2 al. 3 LBA qui n'est pas affilié à un OAR reconnu doit demander à la FINMA l'autorisation d'exercer son activité (art. 14 al. 1 LBA). Sont réputées intermédiaires financiers les personnes qui, à titre professionnel, acceptent, gardent en dépôt ou aident à placer ou à transférer des valeurs patrimoniales appartenant à des tiers, en particulier les personnes qui font le commerce, pour leur propre compte ou pour celui de tiers, de billets

- 25 - SK.2019.13 de banque ou de monnaies, d'instruments du marché monétaire, de devises, de métaux précieux, de matières premières ou de valeurs mobilières (papiers-valeurs et droits-valeurs) et de leurs dérivés (art. 2 al. 3 let. c LBA); ou pratiquent la gestion de fortune (art. 2 al. 3 let. e LBA).

E. 5.1.1.4

L'art. 5 al. 1 let. b aOIF, dont la teneur est identique à l'actuel art. 5 let. d OBA, prévoyait que devait être considérée comme une activité de négoce « le négoce pour le compte de tiers de matières premières qui intervient en bourse, ainsi que celui qui n'intervient pas en

bourse, pour autant que les matières premières atteignent un degré de standardisation si élevé qu'elles peuvent être liquidées en tout temps (...) ». L'art. 7 aOIF précisait qu'« un intermédiaire financier exerce son activité à titre professionnel dès lors qu'il réalise un produit brut de plus de 20'000 francs durant une année civile, le critère étant le bénéfice brut s'agissant de l'activité de négoce (let. a); établit des relations d'affaires ne se limitant pas à une activité unique avec plus de 20 cocontractants durant une année civile ou entretient au moins 20 relations de ce type durant une année civile (let. b); a un pouvoir de disposition d'une durée illimitée sur des valeurs patrimoniales appartenant à des tiers dont le montant dépasse 5 millions de francs à un moment donné (let. c); effectue des transactions dont le volume total dépasse 2 millions de francs durant une année civile. » (let. d).

E. 5.1.1.5

Sur le plan subjectif, l'infraction peut être commise intentionnellement ou par négligence (art. 44 al. 1 et 2 LFINMA). Pour que l'intention puisse être retenue, le recourant doit agir avec conscience et volonté (art. 12 al. 2 CP, applicable par renvoi de l'art. 2 DPA). L'auteur agit déjà avec intention, sous la forme du dol éventuel, lorsqu'il tient pour possible la réalisation de l'infraction et l'accepte pour le cas où celle-ci se produirait (ATF 133 IV 9 consid. 4.1 p. 16). Il y a dol éventuel lorsque l'auteur envisage le résultat dommageable et agit, même s'il ne le souhaite pas, parce qu'il s'en accommode pour le cas où il se produirait (ATF 137 IV 1 consid. 4.2.3 p. 4). Parmi les éléments extérieurs permettant de conclure que l'auteur s'est accommodé du résultat dommageable, pour le cas où il se produirait, figurent notamment la probabilité, connue par l'auteur, de la réalisation du risque et l'importance de la violation du devoir de prudence. Plus cette violation est grande, plus sera fondée la conclusion que l'auteur, malgré d'éventuelles dénégations, a accepté l'éventualité de la réalisation du résultat dommageable. Ainsi, le dol éventuel peut notamment être retenu lorsque la réalisation du résultat devait paraître suffisamment vraisemblable à l'auteur pour que son comportement ne puisse

- 26 - SK.2019.13 raisonnablement être interprété que comme une acceptation de ce risque (arrêt du TF 6B_718/2017 du 17 janvier 2018, consid. 2.1 et jurisprudences citées). Selon l'art. 12 al. 3 CP, agit par négligence quiconque, par une imprévoyance coupable, commet un crime ou un délit sans se rendre compte des conséquences de son acte ou sans en tenir compte. L'imprévoyance est coupable quand l'auteur n'a pas utilisé des précautions commandées par les circonstances et par sa situation personnelle. Pour que le délit de négligence soit réalisé, c'est en tant que violation d'un devoir de prudence, et non en tant que comportement global de l'auteur, que l'action doit être en rapport de causalité avec le résultat dommageable. Il ne suffit dès lors pas que l'action commise par l'auteur se trouve en tant que telle en rapport de causalité naturelle avec le dommage. Deux conditions doivent être remplies pour qu'il y ait négligence. En premier lieu, il faut que l'auteur viole les règles de la prudence, c'est-à-dire le devoir général de diligence institué par la loi pénale, qui interdit de mettre en danger les biens d'autrui pénalement protégés contre les atteintes même involontaires. Pour déterminer le contenu du devoir de prudence, il faut se demander si une personne raisonnable, dans la même situation et avec les mêmes aptitudes que l'auteur, aurait pu prévoir, dans les grandes lignes, le déroulement des événements et, le cas échéant, quelles mesures elle pouvait prendre pour éviter la survenance du résultat dommageable (ATF 134 IV 255 consid. 4.2.3 et les références citées). Lorsque des prescriptions légales ou administratives ont été édictées dans un but de prévention des accidents, ou lorsque des règles analogues émanant d'associations spécialisées sont généralement reconnues, leur

violation fait présumer la violation du devoir général de prudence (ATF 143 IV 138 consid. 2.1; 135 IV 56 consid. 2.1; 134 IV 255 consid. 4.2.3). En second lieu, la violation du devoir de prudence doit être fautive, c'est-à-dire qu'il faut pouvoir reprocher à l'auteur une inattention ou un manque d'effort blâmable (ATF 135 IV 56 consid. 2.1; 134 IV 255 consid. 4.2.3 et les références citées). La distinction entre la négligence consciente et le dol éventuel relève du degré de volonté. Dans chacune des hypothèses, l'auteur sait que l'état de fait répréhensible peut ou risque de se réaliser mais, dans le premier cas, l'auteur escompte, par une imprévoyance coupable, que ce résultat ne se produira pas (Michel DUPUIS ET AL., Petit Commentaire du Code pénal, 2e éd., 2017, no 32 ad art. 12 CP). Quant à la négligence inconsciente elle est réalisée lorsque l'auteur ne pense pas aux conséquences dommageables de son comportement alors qu'il pourrait et devrait les prévoir (DUPUIS, op. cit., no 33 ad art. 12 CP).

- 27 - SK.2019.13

E. 5.1.1.6

Erreurs de fait et sur l'illicéité

Erreur sur les faits (art. 13 CP) Aux termes de l'art. 13 CP, celui qui agit sous l'influence d'une appréciation erronée des faits est jugé d'après cette appréciation si elle lui est favorable. L'auteur doit se méprendre sur des circonstances personnelles ou matérielles qui constituent l'élément objectif de l'énoncé de fait légal. Ainsi, celui qui n'a pas connaissance d'un élément constitutif d'une infraction ou qui se base sur une appréciation erronée d'un élément agit sous l'emprise d'une erreur sur les faits. A titre d'exemple, celui qui blesse un oiseau qui appartient à autrui, parce qu'il croyait, au moment où il frappait l'animal, que celui-ci vivait à l'état sauvage en liberté, agit sous l'influence d'une appréciation erronée des faits. Il n'a pas eu la volonté de s'en prendre à la propriété d'autrui, de sorte que l'infraction n'est pas réalisée (Vanessa THALMANN, Commentaire romand, Code pénal I, Bâle 2009, no 5 ad art. 13). L'erreur sur la condition de la chose en droit civil ou administratif n'est pas une erreur sur l'illicéité, mais une erreur sur les faits (DUPUIS, op. cit., no 3 ad art. 13 CP). La personne qui injurie des chasseurs pensant que ceux-ci viennent d'abattre un chevreuil à l'intérieur d'une réserve de chasse est sous l'emprise d'une erreur sur les faits. Elle ne s'est en effet pas trompée quant à son droit d'agir – injurier les chasseurs – mais son erreur porte sur l'existence d'une réserve de chasse (ATF 117 IV 270 consid. 2a). L'erreur ne peut conduire à un acquittement que si elle est excusable.

Erreur sur l'illicéité (art. 21 CP) 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 sur l'illicéité vise le cas où l'auteur agit en ayant connaissance de tous les éléments constitutifs de l'infraction, y compris avec l'intention, mais en croyant par erreur agir de façon licite (arrêt du TF 6B_716/2018 du 23 octobre 2013 consid. 1.1 et les références citées). L'erreur sur l'illicéité supprime ou diminue la faute de l'auteur alors que ce dernier a réalisé les éléments objectifs et subjectifs de l'infraction (DUPUIS, op. cit., no 2 ad art. 21 CP). La réglementation relative à l'erreur sur l'illicéité repose sur l'idée que le justiciable doit faire tout son possible pour connaître la loi et que son ignorance ne le protège que dans des cas exceptionnels. Pour exclure l'erreur de droit, il suffit que l'auteur ait eu le sentiment de faire quelque chose de contraire à ce qui se doit ou qu'il eût dû avoir ce sentiment (arrêt du TF 6B_706/2019 du 13 août 2019 consid. 2.1 et références citées). Toutefois, la possibilité théorique d'apprécier correctement la situation ne suffit pas à exclure l'application de l'art. 21, 1ère phrase, CP. Ce qui est déterminant c'est de savoir si

- 28 - SK.2019.13 l'erreur de l'auteur peut lui être reprochée (Arrêt du TF 6B_716/2018 du 23 octobre 2013 et références citées). 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, 1re phr. 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 du fait 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 phr. CP; arrêt du TF 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 TF 6B_403/2013 du 27 juin 2013, consid. 1.1 et les réf. 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 TF 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 (THALMANN, op. cit., no 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; ATF 121 IV 109 consid. 5b; ATF 104 IV 175; arrêt du TF 6S.134/2000 du 5 mai 2000, consid. 3b/aa). Si l'auteur vérifie préalablement la licéité de son comportement auprès d'un avocat, il ne peut s'appuyer sur les informations données que si l'avocat dispose des faits de l'affaire dont il est saisi et que s'il a examiné dans son expertise tous les aspects juridiques (arrêt du TF 6B_804/2018 du 4 décembre 2018).

E. 5.1.2

Notion de matières premières Aux fins de déterminer si A. a commis une infraction à l'art. 44 LFINMA, il convient à titre liminaire, d'examiner si le sucre doit être considéré comme une matière première dont le négoce nécessite l'octroi d'une autorisation. Les développements juridiques qui suivent sont consacrés à cette question.

E. 5.1.2.1

Dans sa circ. FINMA 2011/1, entrée en vigueur le 1er janvier 2011 et adoptée sur la base de la compétence donnée par l'art. 7 LFINMA, la FINMA apporte des précisions quant à la notion de « matières premières » en ces termes :

- 29 - SK.2019.13 « Le négoce de matières premières est soumis à la LBA uniquement s'il est effectué pour le compte de tiers. On entend par « matières premières » les matières premières non transformées issues notamment du secteur minier ou agricole ou relevant du secteur énergétique, comme par exemple le pétrole brut, le gaz naturel, les métaux, les minerais et le café. Les dérivés de matières premières sont en revanche des valeurs mobilières au sens de la loi sur l'infrastructure des marchés financiers (LIMF; RS 958.1) et entrent donc dans le cadre de la disposition dérogatoire prévue à l'art. 5 al. 2 OBA (cf. Cm 83). ». La loi ne faisant pas expressément mention du sucre et la liste précitée étant exemplative, il convient d'interpréter la loi selon les principes généraux développés par la jurisprudence du TF à savoir selon la lettre de la loi (interprétation littérale), en dégageant le

sens de sa relation avec d'autres dispositions légales et dans son contexte (interprétation systématique), du but recherché, singulièrement de l'intérêt protégé (interprétation téléologique), ainsi que de la volonté du législateur telle qu'elle ressort notamment des travaux préparatoires (interprétation historique). Une position pragmatique, en suivant une pluralité de méthodes, doit être adoptée, sans ordre de priorité (arrêt 6B_837/2017 du 21 mars 2018 et les arrêts cités).

E. 5.1.2.2

L'Ordonnance fédérale sur les denrées alimentaires et les objets usuels (ODAIUOs; RS 817.02) définit la notion de « transformation », comme « toute action entraînant une modification essentielle du produit initial, par exemple par chauffage, fumaison, salaison, maturation, dessiccation, marinage, extraction ou extrusion, y compris par une combinaison de ces procédés » (art. 2 al. 1 ch. 13 ODAIUOs). Cette même ordonnance définit aussi la notion de « denrée alimentaire non transformée » comme « une denrée alimentaire qui n'a pas subi de transformation; est aussi considéré comme non transformé un produit qui a été divisé, séparé, tranché, découpé, désossé, haché, dépouillé, broyé, coupé, nettoyé, taillé, décortiqué, moulu, réfrigéré, congelé, surgelé ou décongelé » (art. 2 al. 1 ch. 14 ODAIUOs). Enfin, elle définit les matières brutes, produits intermédiaires et produits semi-finis comme « les produits qui ne sont pas destinés à être remis directement aux consommateurs, mais à être transformés en denrées alimentaires » (art. 1 al. 1 ch. 19 ODAIUOs).

E. 5.1.2.3

Plusieurs sources ouvertes détaillées ci-après, par ailleurs remises par le DFF dans sa prise de position du 17 décembre 2019, doivent être examinées pour déterminer si le sucre est une matière première transformée telle qu'énoncée par la législation susmentionnée. Dans le rapport de mars 2013, établi par SwissBanking, intitulé « La Suisse, place de négoce de matières premières » (TPF 11.511.017 ss), il peut être

- 30 - SK.2019.13 constaté que la notion de matières premières est opposée à celles des dérivés (TPF 11.511.022). Aucune mention de la notion de matières premières « transformées » n'est faite. On constate toutefois, que lorsque ce rapport fait mention de « matières premières » il vise des produits tel que les céréales, le sucre, le café, les huiles végétales et le soja (TPF 11.511.021, 029). L'importance internationale de la place de négoce du sucre de Genève est d'ailleurs mise en exergue (TPF 11.511.028). Dans son rapport, du 30 novembre 2018, intitulé « Le secteur suisse des matières premières: état des lieux et perspectives », le Conseil fédéral (11.511.044 ss) ne mentionne pas, ni a fortiori ne définit, la notion de matières premières « transformées ». A titre d'exemple, il mentionne le sucre et le café comme étant des matières premières et distingue la production de ces matières, de leur négoce (TPF 11.511.056). Il y est notamment précisé que la Suisse met en œuvre les normes du GAFI et qu'en ce qui concerne la branche des matières premières, le négoce hors bourse de matières premières pour le compte de tiers est soumis à la loi sur le blanchiment d'argent (TPF 11.511.059). Le rapport de base sur les matières premières du 27 mars 2013, établi par le DFAE, le DFF et le DEFR (TPF 11.511.106 ss), indique qu'il considère comme matières premières « (...) les matières premières agricoles (par ex. les céréales, le sucre, le café ou le coton » (TPF 11.511.111, n.b.p 2; 118). La notion de « transformation » ne figure pas dans ce rapport. Il y est également confirmé qu'après examen, l'assujettissement à la LBA du commerce de matières premières pour compte

propre ne s'est pas imposé (TPF 11.511.134). Aucun indice existerait selon lequel le négoce de matières premières pour compte propre serait utilisé généralement de manière abusive à des fins de blanchiment. Théoriquement, de telles transactions ne présenteraient qu'un risque de blanchiment d'argent limité, non démontré en pratique (TPF 11.511.135). A l'inverse un degré élevé d'exposition des entreprises aux risques de corruption est mis en exergue (TPF 11.511.144). Dans « le rapport sur l'évaluation nationale des risques de blanchiment d'argent et de financement du terrorisme en Suisse » de juin 2015, dressé par le Groupe interdépartemental de coordination sur la lutte contre le blanchiment d'argent et le financement du terrorisme (GCBF) (TPF 11.511.162 ss), un même constat peut être fait : cet organisme n'utilise pas de la notion de matières premières « transformées ». Le sucre, le coton et le charbon y sont mentionnés comme des matières premières (TPF 11.511.164). Le rapport du 30 août 2017 du Conseil fédéral en réponse au postulat 15.3928 Baumann du 23 septembre 2015 intitulé « mesures contre la désindustrialisation

- 31 - SK.2019.13 dans le secteur agroalimentaire » (TPF 11.511.171 ss) distingue le sucre, des produits agricoles transformés qui le contiennent, faisant notamment référence au Protocole n° 2 sur certains produits agricoles transformés (TPF 11.511.184, 186) (RS 0.632.401.2).

E. 5.1.2.4

L'interprétation de l'art. 44 LFINMA, en lien avec l'art. 14 LBA, doit également être faite au regard du but que le législateur leur assigne. Selon le Message du Conseil fédéral concernant la loi fédérale sur l'Autorité fédérale de surveillance des marchés financiers (LAUFIN) du 1er février 2006 (FF 2006 2741), l'uniformisation de la surveillance des marchés financiers avait pour but d'optimiser les conditions générales de la surveillance des marchés financiers en Suisse en regroupant les entités existantes à l'époque à savoir la CFB, l'OFAP et l'Autorité de contrôle LBA. L'art. 44 LFINMA harmonise les différents états de fait relatifs à la violation de l'obligation exigée par les lois sur les marchés financiers de se faire enregistrer ou d'obtenir une autorisation, une reconnaissance ou un agrément et en fait une clause générale (p. 2799). La LBA fixe le cadre du dispositif suisse en matière de lutte contre le blanchiment d'argent, les infractions préalables au blanchiment, le crime organisé et le financement du terrorisme (art. 1 LBA; Message du Conseil fédéral relatif à la modification de la loi sur le blanchiment d'argent du 27 juin 2012, FF 2012 6449). Les recommandations du Groupe d'action financière (GAFI) constituent les normes internationales de référence dans la lutte contre le blanchiment d'argent et le financement du terrorisme. Le Message concernant la mise en œuvre des recommandations GAFI, révisées en 2012, du 13 décembre 2013 (FF 2013 585), relève que la révision a « été marquée par l'ancrage systématique dans les normes du GAFI de l'approche fondée sur les risques, depuis longtemps appliquée en Suisse (...) » (p. 586). Cette approche fondée sur les risques est également confirmée par diverses sources telles que la première recommandation du GAFI adoptée en février 2012 et le rapport explicatif de la FINMA en lien avec l'OBA-FINMA du 8 juin 2010.

E. 5.1.2.5

S'agissant des risques dans le domaine du commerce des matières premières (y compris agricole), le risque de corruption est largement reconnu et commenté alors que le risque de blanchiment d'argent est quant à lui décrit comme limité ou suffisamment réglementé à tout le moins s'agissant du négoce de matières premières pour compte propre (cf. supra consid.

5.1.2.3). Certains commentateurs soulignent toutefois que « les flux de matières premières peuvent être d'utiles vecteurs financiers lorsqu'il s'agit de contourner les dispositifs anti-blanchiment. Fongibles, miscibles, stockables, immédiatement réalisables (liquides), les matières premières présentent en effet des

- 32 - SK.2019.13 caractéristiques monétaires, sans que les opérations commerciales dont elles sont l'objet ne bénéficient d'une surveillance équivalente à celle des flux financiers » avec pour conséquence soit que de l' « argent sale » soit échangé, soit que des « matières premières sales » le soient (RYBI/LONGCHAMP, Négoces des matières premières, risques de corruption, loi sur le blanchiment d'argent et matières premières illicites: quelques considérations, p. 241-262, in : Blanchiment d'argent: actualité et perspectives suisses et internationales, 2014).

E. 5.1.2.6

Du point de vue des sciences de la nature, la notion de transformation s'entend comme une modification de la matière brute d'une forme à une autre, par le biais de procédés physiques, chimiques ou nucléaires. Une transformation physique implique un changement d'état de la matière (liquide, solide, gazeux) à la suite duquel la substance de la matière reste la même. Les processus d'une telle transformation sont la liquéfaction, l'évaporation, la solidification, la fusion, la condensation ou la sublimation. En comparaison, un changement chimique de la matière crée pour sa part une nouvelle substance par une réaction entre au moins deux éléments et l'état d'origine n'est pas facilement recouvrable (ex: chocolat, sirop, caramel) (sources ouvertes:

https://www.assistancescolaire.com/eleve/3e/physique-chimie/reviser-une-notion/3_pc_06;

<http://goldbook.iupac.org/terms/view/CT07135>;

<https://www.dictionary.com/browse/physical-change?s=t>).

E. 5.1.3

Matières premières négociées hors bourse, degré de standardisation et liquidité

E. 5.1.3.1

Les matières premières négociées hors bourse doivent en outre présenter un degré de standardisation si élevé qu'elles peuvent être liquidées en tout temps. La notion de « standardisation » est définie comme la mise en application de standards (afin d'abaisser les coûts, de faciliter l'utilisation), soit le fait de normaliser, d'uniformiser quelque chose et le rendre conforme à un type ou à une norme de fabrication en série (Le Petit Robert, 2013). Les matières premières sont ainsi standardisées lorsqu'elles sont conformes à un état de référence caractérisé par des qualités spécifiques.

E. 5.1.3.2

La notion de « liquidation », respectivement l'action de « liquider » quelque chose, est couramment utilisée quand il s'agit de réaliser, de vendre (des marchandises) au rabais, en vue d'un écoulement rapide. Et les liquidités s'entendent comme des sommes immédiatement disponibles ou des biens ayant la faculté d'être rapidement réalisés (Le Petit Robert, 2013). Selon le Bref commentaire de l'ordonnance sur l'activité d'intermédiaire financier exercée à titre professionnel (aOIF) du 7 novembre 2009, en lien avec l'art. 5

- 33 - SK.2019.13 al. 2 let. b aOIF « L'assujettissement du négoce hors bourse de matières premières offrant un tel degré de standardisation tient à la possibilité de les aliéner facilement et de réaliser ainsi des opérations financières (...) ».

E. 5.1.4

Négoce exercé pour le compte de tiers, respectivement pour compte propre

E. 5.1.4.1

Aux termes de l'art. 5 al. 1 let. b aOIF seul le négoce pour compte de tiers des matières premières précitées est soumis à autorisation. Il convient dès lors de distinguer les notions de négoce « pour compte de tiers » et celle de négoce « pour compte propre », qui ne font l'objet d'aucune définition légale précise. Même si les parties au négoce en cause ont choisi de soumettre leurs contrats à un droit qui ne serait pas suisse, c'est bien du droit suisse que relève la différence qu'il convient de faire entre négoce pour compte propre et négoce pour compte de tiers, et non pas du droit étranger dont relèveraient les contrats. D'ailleurs, les parties n'ont nullement mis en question l'application du droit suisse pour trancher la question d'une éventuelle obligation d'affiliation.

E. 5.1.4.2

L'autorité de contrôle en matière de lutte contre le blanchiment d'argent a indiqué dans sa pratique de 2008 au sujet de l'art. 2 al. 3 let. c LBA: « Conformément à la pratique de l'Autorité de contrôle, le négoce de matières premières, de devises et de valeurs mobilières pour compte propre n'est dès lors pas soumis à la loi. Cette règle ne vaut toutefois que pour les activités de négoce menées véritablement pour compte propre, c'est-à-dire lorsqu'une personne conclut des affaires en son nom propre, exclusivement avec son propre patrimoine, dans son propre intérêt et à ses propres risques. Si le négoce est toutefois pratiqué à la commission, c'est-à-dire certes en nom propre mais pour le compte de tiers, il est soumis à la LBA. » (Pratique de l'Autorité de contrôle en matière de lutte contre le blanchiment d'argent relative à l'art. 2, al. 3, LBA (29.10.2008) § 219). Selon Zimmermann, le négociant pour compte propre obtient un profit par la plus grande différence possible entre le prix d'achat et le prix de vente (Daniel ZIMMERMANN, Die Unterstellung des Eigenhandles mit Rohwaren unter das Geldwäschereigesetz – eine Replik, AJP 2003, p. 1442).

E. 5.1.4.3

Comme l'expression « pour le compte d'un tiers » n'est pas forcément claire dans la pratique, elle doit être interprétée en application du principe de la confiance, à savoir non seulement d'après le texte et le contexte des déclarations, mais aussi d'après les circonstances qui les ont précédées et accompagnées (arrêt du 12 novembre 1997 dans la cause 4C.206/1997 consid. 2b publié in: SJ 1998 p. 224/225 et les références).

E. 5.1.4.4

Agit pour le compte de tiers celui dont l'activité est exercée « sur ordre et dans l'intérêt d'un tiers », notamment contre le paiement de commissions (Autorité de

- 34 - SK.2019.13 contrôle en matière de lutte contre le blanchiment d'argent, op. cit., § 219; Chloé CARRUPT, La lutte contre le blanchiment d'argent dans le négoce des matières premières : La Suisse dispos-t-elle d'un arsenal juridique suffisant ?, in : Jusletter 20. Oktober 2014, ch. mar. 32). Agit notamment pour le compte de tiers celui qui agit comme intermédiaire (CARRUPT, op. cit., ch. marg. 29; HUBER/POLLI, La loi sur le blanchiment d'argent dans le secteur non-bancaire, Qui est soumis à la LBA ?, in : L'expert-comptable suisse 2000/3, pp. 198-209).

E. 5.1.4.5

En droit des obligations, la représentation est une activité qui est menée pour le compte d'autrui, soit le représenté. La représentation est régie par les art. 32 ss CO. Dans la représentation directe, le représentant conclut un contrat dont les effets passent directement au représenté (art. 32 al. 1 CO); le représentant n'est pas partie au contrat. La manifestation de la volonté de conclure le contrat au nom d'autrui peut être expresse ou tacite. Les règles d'interprétation habituelles déduites de l'art. 18 CO s'appliquent. La mise en œuvre du principe de la confiance peut conduire à ce que les effets du contrat passent au tiers représenté alors même que le représentant n'avait pas une telle volonté interne, mais a adopté un comportement qui faisait de bonne foi croire à une telle volonté. L'effet de représentation peut en outre se produire s'il est indifférent pour le tiers de conclure avec le représentant ou le représenté (art. 32 al. 2 i.f. CO); encore faut-il, dans ce cas de figure, que le représentant ait la volonté réelle d'agir au nom d'autrui (arrêt du TF 4A_496/2014 du 11 février 2015 consid. 3.2 et références citées). À l'inverse, la représentation n'est qu'indirecte lorsque le représentant agit en son propre nom – manifeste la volonté d'être personnellement engagé –, mais pour le compte d'une autre personne; le contrat ne déploie aucun effet direct sur le représenté, qui ne peut acquérir des droits ou des obligations qu'en vertu d'une cession de créance ou d'une reprise de dette postérieure à la conclusion du contrat (cf. art. 32 al. 3 CO). Le tiers et le représenté ne sont pas liés contractuellement (arrêt du TF 4A_496/2014 du 11 février 2015 consid. 3.2 et références citées).

E. 5.1.4.6

Le contrat de commission, réglementé aux art. 425 ss est défini comme un mandat comportant une représentation indirecte (VON PLANTA/ FLEGBO-BERNEY, Commentaire romand, 2e éd., 2012, no 1 ad int. art. 425-429 CO). Le commissionnaire s'oblige à opérer en son propre nom, mais pour le compte du commettant, la vente ou l'achat de choses mobilières, notamment moyennant l'obtention d'une provision. Le commissionnaire, contrairement au commettant, dispose généralement d'une organisation et d'un réseau de relations sur le marché mais pas de la capacité financière nécessaire pour assumer lui-même

- 35 - SK.2019.13 les risques de la transaction (VON PLANTA/FLEGBO-BERNEY, op. cit., no 1 ad int. art. 425-429 CO). En 2008, l'autorité de contrôle en matière de lutte contre le blanchiment d'argent relevait que la commission au sens de l'art. 425 CO est un exemple typique d'activité menée pour le compte d'un tiers, dans la mesure où le commissionnaire agit pour le compte d'un tiers même s'il se porte personnellement acquéreur ou vendeur au sens de l'art. 436 CO (Pratique de l'Autorité de contrôle en matière de lutte contre le blanchiment d'argent, op. cit., § 239). Selon l'art. 436 al.1 CO, le commissionnaire chargé d'acheter ou de vendre des marchandises, des effets de change ou d'autres papiers-valeurs cotés à la bourse ou sur le marché, peut, à moins d'ordres contraires du commettant, livrer lui-même comme vendeur la chose qu'il devait acheter ou conserver comme acheteur celle qu'il devait vendre. Dans ces cas, le commissionnaire doit compte du prix d'après le cours de la bourse ou du marché au temps de l'exécution du mandat et il a droit tant à la provision ordinaire qu'aux frais d'usage en matière de commission (al. 2). Pour le surplus, l'opération est assimilée à une vente (al. 3). Selon la doctrine, cette situation pose clairement le commissionnaire en conflit d'intérêts puisqu'il doit d'un côté obtenir des conditions optimales pour le commettant et de l'autre faire lui-même une bonne affaire (VON PLANTA/ FLEGBO- BERNEY, op. cit., no 1 ad art. 436 CO). Ce droit du

commissionnaire crée un état de fait hybride (mixte) auquel il convient d'appliquer les règles du contrat de commission complétées de celle du droit de la vente (PLANTA/FLEGBO-BERNEY, op. cit., no 3 ad art. 436 CO).

E. 5.1.4.7

La fiducie, non réglée expressément par le législateur, est un contrat par lequel le fiduciaire transfère la pleine titularité de ses droits au fiduciaire qui s'oblige à en user selon les indications du fiduciaire (Bénédict WINIGER, Commentaire romand du Code des obligations I, 2e éd., no 94 ad art. 18). La fiducie-gestion est généralement distinguée de la fiducie-sûreté (THÉVENOZ/DUNAND, La fiducie : droit des biens ou droit des obligations, in : Rapports suisses présentés au XVème Congrès international de droit comparé, 1998, p. 480). La première est employée dans des opérations de gestion qui servent avant tout les intérêts du fiduciaire alors que la seconde est utilisée pour la constitution de sûretés dans l'intérêt prépondérant du fiduciaire (WINIGER, op. cit., no 95 ad art. 18). Le TF a défini les contours de la fiducie dont le principe de transfert plein et entier de la propriété au fiduciaire, au sens des art. 641 ss CC (WINIGER, op. cit., no 96 ad art. 18; THÉVENOZ/DUNAND, op. cit., p. 491). Selon la jurisprudence et la doctrine majoritaire, la fiducie est soumise aux règles du mandat. Certains auteurs

- 36 - SK.2019.13 soutiennent la thèse du contrat innomé ou contrat mixte (WINIGER, op. cit., no 101 ad art. 18; THÉVENOZ, La fiducie, cendrillon du droit suisse. Propositions pour une réforme, p. 26, in : RDS 114 II (1995), 253). Dans les rapports internes, le fiduciaire doit se conformer aux instructions du fiduciaire auquel il est tenu de rendre compte en vertu de l'art. 400 CO. L'application de l'art. 401 CO a par contre été limitée par le TF et fait l'objet d'importantes controverses (WINIGER, op. cit., no 106 ad art. 18). Dans les rapports externes, le fiduciaire est le seul à apparaître (WINIGER, op. cit., no 102 s. ad art. 18). Le contrat de fiducie ne doit pas revêtir de forme particulière. A défaut de déclaration expresse c'est à travers l'interprétation des actes juridiques et des autres déclarations, conformément aux règles de l'art. 18 CO, qu'il convient de déterminer l'existence ou non d'un rapport de fiducie (WINIGER, op. cit., no 109 ad art. 18).

E. 5.2

Gestion de fortune

E. 5.2.1

La LBA distingue les intermédiaires financiers soumis à surveillance en vertu de lois spéciales (art. 2 al. 2 LBA) des autres intermédiaires financiers (art. 2 al. 3 LBA). Selon la doctrine, l'art. 2 al. 3 LBA est subsidiaire aux cas énumérés à l'alinéa précédent concernant les intermédiaires financiers en vertu d'une loi spéciale (Simon SCHÄREN, in Gelwäschereigesetz, Stämpflis Handkommentar, Ed. Peter V. Kunz, Thomas Jutzi, Simon Schären, 2017, no 58 ad art. 2 abs. 3, p. 67 ss)

E. 5.2.2

Selon l'art. 2 al. 2 let. bbis LBA (état au 1er novembre 2013), les gestionnaires de placements collectifs sont soumis à la LBA s'ils gèrent des comptes de parts ou offrent ou distribuent des parts de placements collectifs. Il peut toutefois s'avérer difficile d'identifier des intermédiaires financiers qui rentrent dans cette catégorie de placements collectifs. La seule gestion des comptes de parts étant, dans la pratique, assumée par la banque dépositaire ou une direction de fonds et la version allemande de la LBA ne prévoyant que le cas de

figure de la gestion de fonds par des directions de fonds, la volonté législative d'assujettir la gestion des placements collectifs est restée lettre morte. S'agissant de l'offre ou de la distribution de parts, il en va d'une catégorie légale qui est controversée dans la mesure où la distribution comme telle n'implique pas nécessairement une activité d'intermédiaire financier au sens de la LBA, en particulier dans le cas où le gestionnaire n'a pas de pouvoir de disposition sur les actifs de l'investisseur potentiel (Emmanuel GENEQUAND, in : Commentaire Stämpfli, FBT Avocats SA, Kellerhals Anwälte (éd.), Loi sur les placements collectifs (LPCC), 2012, no 197, p. 590) En revanche, si le gestionnaire de placements collectifs exerce son activité d'intermédiaire financier à titre professionnel pour autrui, y compris s'il en va de

- 37 - SK.2019.13 placements collectifs étrangers qui ne sont pas soumis à une surveillance équivalente en matière de lutte contre le blanchiment d'argent, il sera soumis à la LBA en application de l'art. 2 al. 3 LBA (GENEQUAND, op.cit., no 198, p. 590) En effet, selon l'art. 2 al. 3 let. e LBA (état au 1er novembre 2013), sont réputées intermédiaires financières les personnes qui, à titre professionnel, acceptent, gardent en dépôt ou aident à placer ou à transférer des valeurs patrimoniales appartenant à des tiers, en particulier les personnes qui pratiquent la gestion de fortune.

E. 5.2.3

Selon l'art. 2 al. 2 bbis LBA, il faut, pour déterminer si l'on est en présence d'un gestionnaire de placements collectifs, se référer à la LPCC. A teneur de l'art. 2 al. 2 let. h LPCC (dans sa version au 1er juin 2013), les gestionnaires de placements collectifs de capitaux dont les investisseurs sont qualifiés au sens de l'art. 10, al. 3, 3bis ou 3ter, ne sont pas soumis à la LPCC s'ils remplissent les conditions énumérées, soit notamment que les valeurs patrimoniales qu'ils administrent y compris celles financées par effet de levier, n'excèdent pas 100 millions de francs (ch. 1). Le législateur a ainsi introduit une distinction entre divers investisseurs en fonction de leurs besoins de protection, certains disposant de connaissances ou de moyens financiers suffisants pour apprécier les caractéristiques d'un placement collectif de manière indépendante et en supporter les risques (BENSAHEL/MICOTTI, in : Commentaire Stämpfli, FBT Avocats SA, Kellerhals Anwälte (éd.), Loi sur les placements collectifs (LPCC), 2012, no 40, p. 718). Par investisseurs qualifiés, on entend les personnes physiques ou morales qui détiennent des parts de placements collectifs notamment les intermédiaires financiers soumis à une surveillance, tels les banques, les négociants en valeurs mobilières, les directions de fonds (directions), les gestionnaires de placements collectifs et les banques centrales (art. 10 al. 3 let. a LPCC; Message du Conseil fédéral relatif à la modification de la loi sur les placements collectifs de capitaux FF 2011 3398, p. 3406). La « surveillance » en question est celle de la LFINMA. La surveillance justifiée par la lutte contre le blanchiment d'argent ne peut être prise en compte pour l'application de la let. a., ce qui a notamment pour effet que ne sont pas inclus, parmi les investisseurs qualifiés, les intermédiaires financiers (art. 2 al. 3 LBA) qui ne sont pas, par ailleurs, soumis à la surveillance de la FINMA (BENSAHEL/MICOTTI, op. cit., no 42, p. 719). Les gestionnaires de placements collectifs suisses sont assujettis à une obligation de solliciter une autorisation de la FINMA et sont donc soumis durablement à sa surveillance (art. 13 al. 2 let. f

- 38 - SK.2019.13 LPCC). Tel est également le cas des entités mentionnées à l'art. 13 al. 2 let. a à h LPCC plus particulièrement les banques dépositaires (BENSAHEL/MICOTTI, op. cit., no 42, p. 720). Selon l'art. 13 LPCC, quiconque administre des placements collectifs,

les garde ou les distribue à des investisseurs non qualifiés doit obtenir une autorisation de la FINMA. Pour Schären – admettant toutefois une situation peu claire en ce qui concerne le gestionnaire de placement collectif de capitaux suisse ou étranger – un gestionnaire de placement collectif de capitaux bénéficiant de l'une des exceptions prévues à l'art. 2 al. 2 let. h LPCC, devrait être exempté de son obligation d'assujettissement au titre de l'art. 2 al. 2 let. bbis LBA ainsi que de l'art. 2 al. 3 LBA (SCHÄREN, op. cit., ad art. 2 al. 3, n. 133, p. 98).

E. 5.2.4

Il ressort d'une circulaire de la FINMA que, si certains placements ne sont pas soumis à la LPCC, c'est parce qu'il ne s'agit pas de véritables activités d'intermédiaires financiers. En effet, le Cm. 93 de la Circulaire FINMA 2011/1 qui indique « Les formes de placement qui, aux termes de l'art. 2 al. 2 LPCC, ne sont pas soumises à la LPCC, n'entrent en principe pas dans le champ d'application de la LBA. Cela vaut pour les institutions de la prévoyance professionnelle (art. 2 al. 2 let. a LPCC et art. 2 al. 4 let. b LBA), les institutions des assurances sociales et les caisses de compensation (art. 2 al. 2 let. b LPCC) et les corporations et institutions de droit public (art. 2 al. 2 let. c LPCC). Cela vaut aussi pour les sociétés exerçant une activité commerciale ou industrielle (art. 2 al. 2 let. d LPCC) dès lors qu'il ne s'agit pas d'une activité d'intermédiaire financier. Les holdings (art. 2 al. 2 let. e LPCC) ainsi que les associations et les fondations (art. 2 al. 2 let. g LPCC) ne sont pas non plus soumises à la LBA dès lors qu'elles n'exercent pas d'activité d'intermédiaire financier et ne peuvent pas être qualifiées de sociétés de domicile (Cm 102 ss). Les clubs d'investissement, qui sont exclus du champ d'application de la LPCC aux termes de l'art. 2 al. 2 let. f LPCC, n'entrent pas non plus dans celui de la LBA selon la pratique de la FINMA, car il n'y a pas gestion d'avoirs de tiers » (Circ. FINMA 2011/1 § 93, voir également SCHÄREN, op. cit., no 131, ad art. 2 al. 3, p. 96 s.). Selon la note § 95 de la Circ. FINMA 2011/1, les gestionnaires de placements collectifs étrangers tombent sous le coup de l'art. 2 al. 3 LBA, si le placement qu'ils gèrent n'est pas soumis à une surveillance équivalente au sens de la LPCC (art. 2 al. 4 let. d LBA).

E. 5.2.5

Enfin, selon l'art. 7 al. 1 let. c aOIF, un intermédiaire financier exerce son activité à titre professionnel dès lors qu'il a un pouvoir de disposition d'une durée illimitée sur des valeurs patrimoniales appartenant à des tiers dont le montant dépasse

- 39 - SK.2019.13

E. 6

Faits reprochés par le DFF

E. 6.1

En lien avec le négoce de sucre Le DFF reproche à B., soit pour elle A., d'avoir fait du négoce de sucre (surtout du blanc) pour le compte d'autrui, soit de M., entre le 26 avril 2012 et le 31 décembre 2013, sans autorisation (prononcé pénal du 31 janvier 2019, ch. 128). Il en va d'une activité qui aurait valu à B. trois formes de rémunération à savoir un bénéfice sur la marge entre le prix de vente et le prix d'achat du sucre auprès de M., la perception de commissions/honoraires de M. et la perception de commissions de tiers (prononcé pénal du 31 janvier 2019, ch. 61). Parmi les raisons qui plaident en faveur d'un négoce pour le compte d'autrui, il y aurait le fait que B. s'approvisionnait à bas prix auprès de M., le fait

que B. aurait notamment acheté son sucre auprès de M. après l'avoir déjà vendu à un tiers et le fait que parfois (notamment avec AA.) B. aurait revendu du sucre sans faire de marge.

E. 6.2

En lien avec la gestion de fortune

Le DFF reproche au prévenu d'avoir pratiqué la gestion de fortune au sens de l'art. 2 al. 3 let. e LBA sans autorisation correspondante. Il aurait de la sorte violé l'art. 44 LFINMA en lien avec l'art. 14 LBA et réalisé un bénéfice de CHF 129'618.00 pour avoir agi sans autorisation correspondante, du 1er décembre 2013 au 31 décembre 2014, en qualité d'Investment Manager de deux compartiments de H. (H.b. et H.a.) dont la banque dépositaire était la banque G. SA (prononcé pénal du 31 janvier 2019, ch. 136).

- 40 - SK.2019.13

E. 7

Déterminations d'A. et de B.

E. 7.1

En lien avec le négoce de sucre En substance, A. soutient que B. n'a jamais négocié de sucre pour le compte de tiers sauf à une reprise n'ayant d'ailleurs pas occasionné de rémunération et que son activité n'était pas régie par la LBA. Il reproche au DFF d'avoir violé le principe in dubio pro reo et d'avoir fait preuve d'arbitraire (9 Cst) en retenant que les activités en cause de vente et rachat de sucre constituent du négoce pour le compte de tiers, en ne se fondant sur aucun élément factuel et aucun moyen de preuve. Le prévenu soutient que le sucre doit être considéré comme une « matière première transformée ». Il soutient que B. agissait pour son propre compte, plus particulièrement supportait l'intégralité des risques liés au négoce de sucre indépendamment de la chronologie des paiements successifs. Le prévenu a reconnu, pour B., avoir effectué une opération « pour le compte de tiers » en 2012, laquelle ne devrait toutefois pas être qualifiée d'intermédiation financière à titre professionnelle. En ce qui concerne les transactions avec la société AA., A. (resp. B.) soutient que les versements effectués en faveur de B., soit les paiements faits par T. ont trait à des activités de consulting et de courtage effectuées pour le compte de M. et non au négoce de sucre pour le compte de cette société. En tout état, le prévenu conclut à son acquittement en application du principe in dubio pro reo.

E. 7.2

En lien avec la gestion de fortune

Le prévenu allègue que B. aurait exercé une simple activité de gestion de fortune de placement collectif ne dépassant pas les seuils minimaux de la LPCC de sorte qu'elle serait libérée de toute obligation d'assujettissement à la LBA au sens de l'art. 2 al. 2 let. bbis LBA et 2 al. 3 LBA. A. n'aurait ainsi pas violé l'art. 44 LFINMA en lien avec l'art. 14 LBA et il devrait être acquitté en ce qui concerne son activité de gestion de fortune de placement collectif exercée du 1er décembre 2013 au 31 décembre 2014.

E. 7.3

A titre subsidiaire Subsidiairement, le prévenu invoque le principe de la légalité et l'exigence de la certitude (nulla poena sine lege certa) dont la violation entraînerait l'acquittement sur tous les chefs d'accusation. Il sollicite également un classement en opportunité de la procédure au sens de l'art. 52 CP, subsidiairement qu'il soit renoncé à lui

infliger une peine. Le prévenu soutient finalement que son comportement doit être considéré comme le résultat d'une erreur inévitable sur l'illicéité excluant sa culpabilité (art. 21 CP) et, dans tous les cas, qualifié de comportement négligent au sens de l'art. 44 al. 2 CP.

- 41 - SK.2019.13

E. 8

Moyens de preuve

E. 8.1

Auditions et déclarations écrites

E. 8.1.1

A. En substance, A. a déclaré soit lors des débats, soit lors de l'instruction:

E. 8.1.1.1

Au sujet de B. En 2012, elle comptait quatre personnes à savoir JJ. – au bénéfice d'une formation juridique – N., O. et lui-même. Il s'occupait personnellement du respect de la législation (TPF 11.731.004, Q.5). B. avait débuté sa collaboration avec M., en 2009, par une activité de consulting et de courtage afin d'épauler Q., qui venait de reprendre la gestion de la division de sucre au sein de cette société alors qu'elle n'avait pas d'expérience (TPF 11.731.004, Q.7). En 2012, ayant acquis une certaine assise financière, B. avait eu l'opportunité de faire du négoce de sucre (TPF 11.731.005, Q.9). B. se chargeait des ventes que M. ne faisait pas, notamment celles comportant une livraison à l'entrepôt du client final, celles où la contrepartie n'était pas considérée comme suffisamment sérieuse ou celles qui étaient caractérisées par un temps de voyage très court (TPF 11.731.005, Q.10, 33, 34). A. a expliqué concernant la fin des rapports contractuels entre B. et M., que cette dernière en avait été à l'initiative d'abord pour l'activité de sucre roux puis de sucre blanc (TPF 11.731.022, Q.72; 11.731.007, Q.18). B. avait obtenu une garantie d'un an pour que BB. reprenne l'ensemble des risques inhérents aux contrats passés par B., suite à la fin des rapports contractuels entre M. et B. et la reprise des contrats en cours par BB. (TPF 11.731.039 s., Q.130).

E. 8.1.1.2

Au sujet du commerce de sucre Selon A., le sucre négocié était une « matière première transformée » (TPF 11.731.007, Q.15 s.). Pour l'affirmer, il a invoqué la combinaison de plusieurs transformations consécutives – notamment extraction du jus, filtration, précipitation, évaporation, centrifugation, séchage – avec pour effet de changer la nature du produit et de permettre le passage de la matière première au produit fini (TPF 11.731.026 s., Q.88-93). Le sucre provenant de la canne à sucre, au Brésil, était consommable mais son stockage et son transport jusqu'en Algérie le rendaient non consommable. Selon lui, après raffinage, soit plusieurs transformations, il devenait à nouveau « fit for human consumption » avec un certificat d'origine algérienne (TPF 11.731.027 s., Q.91). Il a expliqué qu'il n'avait pas personnellement complété le formulaire du

E. 8.1.1.3

Au sujet de la gestion de fonds A. a indiqué lors des débats que M. MM. l'avait incité à faire affaire avec une banque comme G. pour obtenir des conseils sur la réglementation. Il a également indiqué que cette banque lui avait expliqué qu'en l'occurrence le fonds n'était

pas réglementé, qu'il n'était pas assujéti à la LBA et que l'argumentation de la banque lui semblait faire du sens, raison pour laquelle il n'avait pas demandé d'autorisation (TPF 11.731.034 s., Q.110-112).

E. 8.1.2

N. Lors de ses déclarations, N. a soutenu notamment que: Il a travaillé pour B. dans les années 2011 à 2013 (TPF 11.761.002, Q.2 s.). Entre 3 et 5 personnes y travaillaient en lien avec la vente de sucre (TPF 11.761.011, Q.51). Son travail de « responsable des sucres blancs » couvrait tous les aspects des opérations de trading, à savoir courtage, conseil et négoce (TPF 11.761.003, Q.7). M. était à 95-98% seul fournisseur de B. (TPF 11.761.004, Q.12). Pour lui, « B. travaillait pour le compte de M. » le but étant de « marketer les sucres » de cette entreprise. Il n'y avait pas d'obligation de n'acheter que le sucre de M. (TPF 11.761.004, Q.13). B. ne travaillait pas officiellement pour M. mais selon lui, il existait un accord, qu'il n'avait toutefois jamais vu, dont il ne connaissait pas les détails (TPF 11.761.004, Q.15). Bien qu'ayant déclaré d'abord que les contrats de sucre étaient faits au nom de B., N. a soutenu que les contrats se faisaient certainement sur papier à en-tête de M. (TPF 11.761.006, Q.21, 70). Concernant la rémunération de B., il soutient qu'elle vendait les sucres avec une marge. Selon lui, il y avait d'autres revenus sur des contrats qu'il n'avait toutefois pas vus et dont il n'avait pas la preuve écrite (TPF 11.761.005, Q.18). Pour le sucre blanc, mais pas pour le sucre roux, B. en devenait propriétaire effectif. Selon lui, on pouvait se fier aux contrats d'achats-ventes existant qui étaient, sauf s'agissant du prix, conformes à la réalité (TPF 11.761.006, Q.22). Du point de vue des risques encourus par B., ils étaient selon lui limités puisqu'ils étaient « portés par M. » précisant que le risque était minime car il était « géré ».

- 45 - SK.2019.13 Le fait pour N. d'avoir utilisé une adresse e-mail qui finissait par @M. s'expliquait par le fait que M. et B. étaient équivalentes (TPF 11.761.007, Q.30). Pour lui, B. et M. étaient « le même groupe », peu importait sous quel nom les transactions étaient faites (TPF 11.761.005, Q. 20). Il était exact, selon lui, de dire que M. fixait le prix auquel elle souhaitait vendre son sucre sur des tabelles mais pour lui, A. avait encore du poids pour discuter avec la famille NN., pour essayer de « changer les choses » (TPF 11.761.008, Q.31). A la revente, le choix de l'acheteur et la fixation du prix étaient, selon N., libres et se faisaient au plus offrant (TPF 11.761.008, Q.32-34). Les ventes sans marge étaient possibles. Pour les sucres blancs, l'entreprise n'aurait jamais été obligée de vendre à perte à moins que l'usine ait eu des stocks à déplacer (TPF 11.761.008, Q.35 s.). La livraison du sucre en bourse produit par M. n'était pas possible car, au moment où il était employé, B. n'était pas équipée pour faire de la livraison en break bulk (TPF 11.761.011, Q.52). Si B. n'était pas payée ou pas payée à temps, M. devait, selon N., patienter dans la mesure où B. n'avait pas de financement (TPF 11.761.010, Q.43 s.). Il n'avait jamais été confronté au cas où l'acheteur final n'avait pas payé B. (TPF 11.761.011, Q.61). Le sucre blanc négocié par B. était un produit standard selon les spécifications d'usine (TPF 11.761.0011, Q.49). Concernant l'avantage de M. de passer par B. pour écouler une partie de son sucre, il a déclaré que la production de M. alimentait le marché domestique avec des marges importantes (entre 250-300\$). Le surplus, objet d'exportation, aurait été vendu par B. pour des raisons fiscales, d'optimisation des profits et de réglementation de paiement (TPF 11.761.008, Q.37). Concernant AA., c'est lui qui aurait trouvé ce client. Le risque encouru pour ces contrats était le risque de paiement, soit le risque de contrepartie, mais connaissant les personnes impliquées, ce n'était pas de « gros risques » (TPF 11.761.009, Q.42). Quand

il était en fonction, les contrats n'avaient pas été conclus à perte. Ensuite, si les contrats avaient été faits sans marge, c'est que B. et M. avaient « dû pouvoir s'arranger de faire supporter la différence de prix à M. (...) ».

E. 8.1.3

O. Lors de ses déclarations, O. a soutenu notamment que: Il avait commercialisé les sucres sur la région Europe et Moyen-Orient pour B. de 2010 à 2014 (TPF 11.762.002 Q.1-5). Il était trader de sucre au même titre que N. et JJ. (TPF 11.762.009, Q.41). Il se chargeait de démarcher les clients

- 46 - SK.2019.13 avec qui il était libre de conclure et de négocier les conditions des ventes (TPF 11.762.003, Q.6 s., 11). Dans le cadre du service de courtage avec M., c'est cette dernière qui définissait sa marge et son prix. B. concluait alors en Delivery at place (DAP) et une marge était ajoutée pour les coûts de transport, les risques et le travail (TPF 11.762.003, Q.9). Les risques encourus étaient les risques d'Incoterms, des risques de contrepartie, de demurrage, de transport à assurer. Dans certains cas, dont les DAP, B. prenait une assurance (TPF 11.762.003, Q.10). Les ventes aux clients étaient passées avant l'achat à M. Le sucre se trouvait chez M. et y restait tant que la vente n'était pas passée (TPF 11.762.004 Q.12). B. faisait 3 ou 4 ventes par semaine, parfois aucune (TPF 11.762.004, Q.12). Il y avait un accord d'exclusivité sur le sucre de M. et un minimum de loyauté envers elle (TPF 11.762.004 Q.12). L'intérêt de M. de passer par B. résidait dans le fait qu'elle ne savait pas faire certaines ventes comme la livraison à des multinationales, ou du multi-transport ou encore quand le risque était trop important soit en raison de la durée du transfert du sucre en lien avec le paiement et l'émission des documents, soit avec le type de client qui n'était pas de « première classe » (TPF 11.762.004 Q.14). Si le client ne payait pas B., cette dernière devait tout de même payer M. (TPF 11.762.005, Q.16 s.). A la question de savoir s'il était arrivé à B. de devoir payer, à M., du sucre qui ne lui avait pas été payé par un client, O. a répondu que cela n'était pas arrivé souvent (TPF 11.762.006, Q.17). Il n'y avait pas d'obligation de résultat et il n'était jamais arrivé de vendre sans marge (TPF 11.762.006, Q.22). Pour compte propre, B. devenait propriétaire du sucre, ce qui était attesté par les contrats qui étaient standards (TPF 11.762.006, Q.23 s.) Les acheteurs devaient passer par B. qui fonctionnait comme « représentant » faisant toutes les ventes pour M. (TPF 11.762.007, Q.30). Les prix de M. étaient décidés par elle en fonction du marché, du consulting, des rapports. Ils comprenaient les coûts relatifs au sucre, le packaging, les coûts de raffinement et la marge de M. (TPF 11.762.008, Q.32-34, 38 s.). Ils étaient affichés sur une table online. B. ne pouvait pas faire baisser le prix et il n'aurait pas été possible de descendre en dessous du prix indiqué sur la spreadsheet (TPF 11.762.007, Q.32-34). En plus de la marge entre le prix d'achat et le prix de vente du sucre, une somme d'environ un million était payée par M. à B. sans qu'il ne sache pour quelles activités exactement (vente, consulting, courtage) (TPF 11.762.008, Q.35).

- 47 - SK.2019.13 La facilité à trouver un acheteur dépendait de l'énergie déployée pour le trouver (TPF 11.762.011, Q.51). En cas de non-paiement du sucre par le client à B., ou de vol de la marchandise, la perte était supportée par cette dernière (TPF 11.762.011, Q.52). S'il était exact que le standard de la bourse de Londres était l'ICUMSA 45, O. n'avait jamais vu de liquidation en bourse (TPF 11.762.011, Q.50; 52-55). Les ventes sans marge correspondaient au courtage fait en faveur de M. (TPF 11.762.011, Q.57). Dans les activités de courtage, le prix était payé directement avec M. alors qu'en compte propre, le client payait toujours B. (TPF 11.762.014, Q.71-74).

E. 8.1.4

P. P. a soutenu notamment que: Il avait travaillé en qualité de responsable des opérations trading et opérationnelles (achat et vente de sucre physique) pour B. de février 2013 à décembre 2013 (TPF 11.763.002, Q.1-4). Des prix minimums de vente étaient donnés aux vendeurs comme O. qui essayaient de maximiser le prix pour la société (TPF 11.763.003, Q.5 s.). Pour calculer le prix plancher, une grille était calculée chaque semaine, comprenant, pour les achats, les informations données par M. comme fournisseur du produit et le prix minimum de vente pour B. Ce qui intéressait M., c'était le volume annuel. B. achetait le sucre de M. en fonction de ce qu'elle voulait vendre et vendait au mieux sur les destinations (TPF 11.763.004, Q.10). B. ne pouvait que tenter de vendre à un prix supérieur au prix plancher fixé par M. Pour éviter un risque, B. vendait d'abord à destination avant de racheter le sucre à M. B. pouvait ainsi vendre avec une marge ou sans marge y compris pour développer des marchés mais en principe pas à perte (TPF 11.763.004, Q.13,16). Les ventes sans marge étaient parfois inévitables en raison de l'emballage, de la qualité, de l'origine, du transport du sucre (TPF 11.763.004, Q.14). P. a toutefois soutenu que sur le sucre acheté et revendu par B., la seule source de revenu était la marge bénéficiaire réalisée entre la vente et l'achat (TPF 11.763.004, Q.61). Le sucre blanc vendu était une matière première transformée de la canne à sucre dont le sucre roux est raffiné par M. en Algérie. Lors de la vente, un certificat d'origine algérienne était remis (TPF 11.763.004, Q.26). Le produit, matière brute

- 48 - SK.2019.13 non consommable, était modifié selon un long processus avant de revêtir une valeur ajoutée (TPF 11.763.004, Q.26, 56). Les coûts de B. liés à l'activité de trading du sucre étaient constitués des charges comme « les salaires, bureaux, frais de voyage, frais administratifs, frais de rapports » (TPF 11.763.004, Q.30). Après chargement de la marchandise, celle-ci était due par B. qui devait la payer y compris en cas de détérioration (TPF 11.763.004, Q.32). B. avait des assurances notamment pour les dégâts sur la marchandise ou causés aux tiers (TPF 11.763.004, Q.33). Le risque de contrepartie était assumé par B. (TPF 11.763.004, Q.34). Concernant AA., société située en Macédoine, P. a déclaré que « pour prendre ce pays important pour M., pour y avoir une présence, M. était obligé de baisser énormément ses marges et B. de travailler quasiment pour rien ». L'accord tripartite conclu avait pour but d'éviter les frais bancaires. (TPF 11.763.004, Q.38- 40). La rationalité économique de B. dans ces cas résultait du fait qu'elle était le vendeur « numéro un » de M. et se devait de donner un service à son client. Seul le volume annuel global était ensuite regardé (TPF 11.763.004, Q.41, 46). La grille des prix de M. était destinée à B. puisque cette dernière vendait les sucres avec une sorte d'exclusivité sur les exports (TPF 11.763.004, Q.45). La grille de M. était à la fois destinée à B. dans le cadre de son activité pour compte propre mais également aux acheteurs directs de M. dans le cadre des opérations de courtage de B. (TPF 11.763.004, Q.57). La letter of indemnity entre BB. International et B. avait pour but, au moment du transfert des contrats à la première, de transférer le montant des dépôts de garantie versés par AA., détenus jusque-là par B. et de libérer cette dernière de ses responsabilités et risques supportés par elle (TPF 11.763.004, Q.50,51,54). Le montant de la garantie était de 5% comme cela ressortait des contrats avec AA. (TPF 11.763.004, Q.55).

E. 8.1.5

Q. Dans ses déclarations, en particulier une attestation du 9 septembre 2018, Q., en son nom personnel ainsi qu'en qualité de représentante de M., a soutenu notamment que: S'agissant

de la nature des relations contractuelles entre M. et B., il existait un « services agreement » pour la période allant de juillet 2009 à décembre 2013 ainsi qu'une « standard trading relationship between a buyer and a seller » durant la période 2012 et 2013 (442.3-065, p. 4726). Pour le « services agreement », M. était liée par un contrat oral avec B. lequel avait pris fin le 18 décembre 2013.

- 49 - SK.2019.13 B. fournissait notamment des services de courtage, B. trouvant des acheteurs et vendeurs de sucre avec lesquels M. traitait directement selon les conditions négociées par B. (442.3-065, p. 4726). B. était payée par T. pour les services donnés selon le « services agreement » (442.3-065, p. 4731). M. avait un intérêt d'engager B. car celle-ci assumait certains risques qu'elle ne voulait pas prendre tels que la vente de sucre à des groupes industriels français à leur entrepôt (DAP incoterm), le risque de contrepartie pour certains acheteurs ou encore la nécessité pour certains acheteurs d'avoir des dépôts ou garanties (442.3-065, p. 4729). Q. a dit avoir également géré la relation commerciale entre T. et B., entre 2009 et 2013, confirmant que ces sociétés étaient liées par un « consulting agreement » oral du 1er juillet 2009 au 18 décembre 2013 (442.3-065, p. 4731). En vertu de ce contrat, B. avait fourni des conseils sur le marché des produits à T.: statistiques d'offre et demande, analyses et prévisions de prix. B. avait reçu des paiements de T. pour ses conseils, soit CHF 1'200'000 le 15 mars 2012 pour les services du 1er juillet 2011 au 30 juin 2012, deux versements de CHF 1'200'000 le 27 août 2013 pour les services du 1er juillet 2012 au 18 décembre 2013 et enfin de CHF 1'700'000 le 19 décembre 2013 en tant que « règlement final » passé par écrit le 18 décembre 2013 (442.3-065, p. 4732; p. 5028). T. avait aussi garanti à B. trois prêts à court terme, sans relation avec AA., afin que celle-ci puisse financer ses activités liées au sucre avec M. Il y aurait eu remboursement partiel par B., d'un montant de USD 3'000'000 pour un prêt accordé à hauteur de USD 5'871'528 (442.3-065, p. 4732). Selon Q., dans le cadre de la relation commerciale standard entre M. et B., chaque partie avait agi pour son propre compte et à ses propres risques, sauf lors du cas dit irakien qui n'aurait représenté que 1% du total des transactions de sucre de M. et pour laquelle B. n'avait pas perçu de rémunération (442.3-065, p. 4726 ss). B. avait changé en 2012, passant d'une qualité de courtier à celle de vendeur- acheteur en raison du fait que M. était progressivement devenue un important exportateur de sucre blanc de 2009 à 2012. Ainsi, B. se serait adaptée à l'accroissement de M., en 2012, en devenant une société de négoce de sucre établie qui a commencé à acheter du sucre à M. afin de le revendre directement à des acheteurs avec lesquels M. n'était pas disposée à traiter directement (442.3-065, p. 4727). Q. a précisé que 90% du sucre produit par M. avait directement été vendu par elle et seul 10% du sucre total exporté par M. avait été vendu à B. en 2012 et 2013 (442.3-065, p. 4729).

- 50 - SK.2019.13 Les paiements du sucre par l'acheteur à son fournisseur pouvaient, selon Q., intervenir après la réalisation de la vente à l'acheteur subséquent. Quant au transfert de la propriété des biens du vendeur à l'acheteur il n'était effectif qu'au moment du transfert des « Bills of Lading », soit au moment du paiement. C'est ce que prévoyaient les clauses des contrats qui se voulaient conformes aux « rules of the Refined Sugar Association of London (RSAL) » (442.3-065, p. 4728). Concernant le prix de vente du sucre, B. avait accès à une grille hebdomadaire émise par M. M. n'avait pas connaissance des prix de vente fixés par B. à ses cocontractants (442.3-065, p. 4729), sauf pour les achats et ventes de sucre blanc d'une qualité inférieure. Concernant les risques, B. avait pris à sa charge le risque d'assurance pour le sucre, le risque inhérent au cocontractant (par exemple

non-paiement de l'acheteur final), le risque relatif au transporteur et le risque de fret (442.3-065, p. 4730). Au sujet de l'accord tripartite passé entre AA., M. et B., Q. a soutenu que le marché visé, soit celui des Balkans, était axé sur le prix plutôt que la qualité et que M. avait donc réduit ses prix pour B.; mais comme cette dernière ne faisait pas de marge, elle avait demandé un accord de tiers payant afin de réduire ses coûts bancaires (442.3-065, p. 4730). Selon elle, les transactions sans marge bénéficiaire ou négative étaient courantes dans le négoce de matières premières concerné (442.3-065, p. 4730).

E. 8.2

Pièces documentaires

E. 8.2.1

Formulaires du 10 octobre 2014 remis à la FINMA

E. 8.2.1.1

Par lettre du 4 août 2014 adressée à la FINMA, B. a demandé de pouvoir recevoir confirmation de sa non-obligation de s'affilier à un organisme d'autorégulation en expliquant « en effet, nous n'intervenons qu'en tant qu'Investment Manager d'un fonds qui appartient à un autre établissement financier et dont les encours sont très inférieurs à 100 millions de CHF (...) ». Elle précisait, en substance, que les fonds n'avaient aucun lien avec la Suisse ou l'Europe et que la banque propriétaire du fonds s'assurait de remplir les règles de LBA avant d'ajouter: « Dans ces conditions, nous avons compris qu'une affiliation à un OAR n'était pas obligatoire, ne pouvant être considéré comme intermédiaire financier ayant accès aux clients » (442.3-06, p. 1935).

E. 8.2.1.2

Dans le questionnaire LBA de la FINMA du 10 octobre 2014, il est indiqué:

- 51 - SK.2019.13 « Nous pensons ne pas être considérés comme intermédiaires financiers pour les raisons suivantes: - Pas de prise dépôts - Nous n'avons qu'un mandat de gestion sur 2 fonds offshores Companies, propriété de G., eux-mêmes agréés GINMA - Pas de distribution des fonds - Encors < 100 millions de CHF » (sic)

E. 8.2.1.3

Quant à la description précise et exhaustive des activités actuellement exercées, elle était la suivante: « 2012: Négoce de sucre; 2013: Négoce de sucre, une activité de gestion de 2 fonds offshore a débuté en décembre 2013; 2014: négoce de sucre, gestion de 2 fonds ».

E. 8.2.1.4

A la question 20.1 « Faites-vous, pour votre compte ou celui de tiers, le commerce de billets de banque et de monnaies, des instruments du marché monétaire, de devises, de métaux précieux, de matières premières ou de valeurs mobilières (titres, actions, obligations, dérivés, etc.) ? », A. a coché la case « oui ». A la question 21.1 « Exercez-vous le commerce de matières premières pour le compte de tiers ? », A. a coché la coche « oui » et précisé ensuite effectuer le commerce en bourse et de gré à gré. S'agissant de gré à gré il était précisé « Il s'agit de sucre blanc 45 icumsa, standard de la Bourse de London et du sucre roux, standard de la bourse de New York » (...) (442.3-065, p. 2053 s.)

E. 8.2.1.5

A la question 11 du questionnaire destiné à établir si la société était soumise à LBA, il est expliqué que B. est une société de négoce de matières premières, courtage et consulting. La société ne distinguait pas dans ses écritures les revenus générés par les différentes activités en raison du fait que toute l'activité B. « autour des matières premières étaient exclusivement au service d'un seul client, une raffinerie de sucre en Algérie » (442.3-065, p. 2072).

E. 8.2.2

Contrats de négoce de sucre

E. 8.2.2.1

La documentation contractuelle en lien avec l'activité de négoce de matières premières pour la période allant du 26 avril 2012 au 31 décembre 2014, remise par B. SA à la Cour, comprend 676 pages correspondant à 65 relations de négoce de sucre.

E. 8.2.2.2

Au sujet de ces relations contractuelles (M.-B.-acheteur final), la Cour a notamment pu constater ce qui suit: ■ Les contrats écrits passés entre M. et B., respectivement entre B. et le client final, sont des contrats à terme, intitulés « Sales contract for white sugar ». Les premiers sont passés sur papier à en-tête de M., les seconds de B. Pour

- 52 - SK.2019.13 une même cargaison de sucre, les contrats entre M. et B. puis entre B. et un tiers sont similaires et portent les mêmes numéros. C'est également le cas s'agissant des commercial invoices correspondantes;

■ La clause « Title » de ces contrats prévoit que la propriété des biens est transférée conformément aux « rules of the Refined Sugar Association » soit au moment du paiement;

■ Des 65 relations contractuelles identifiées, les Incoterms convenus sont « CFR-CFR » dans 36 de ces relations contractuelles, « CFR-DAP » dans 16 de ces relations contractuelles, « FOB-CFR » dans 6 de ces relations contractuelles;

■ M. est intervenue en qualité de « Guarantor » de la prestation de B. dans le cadre de dix de ces relations contractuelles;

■ Les contrats avec AA. totalisent treize de ces relations contractuelles. En lien avec ces contrats, 85 accords tripartites intitulés « Private and Confidential Agreement » ont été conclus entre B., M. et AA. dans le cadre desquels cette dernière s'engage à s'acquitter des factures émises par B. directement à M. « on behalf of B. » (p. ex. TPF 11.621.622);

■ Les clients finaux de B. sont une quinzaine d'entreprises dont OO. Srl, PP., QQ., RR., SS., TT., AAA., BBB., CCC., DDD., EEE., FFF., AA., GGG. et HHH.

■ De manière générale, les sales contracts passés entre B. et le client final, respectivement entre B. et M., sont conclus simultanément ou à quelques jours d'intervalle;

■ Les sales contracts passés entre B. et le client final, respectivement entre B. et M., prévoient tous exactement la même quantité de sucre pour la même période de livraison;

■ L'examen des commercial invoices et l'indication de paiement qui y figure permet de constater, qu'en général, la société B. est payée par ses clients finaux avant de payer M.

E. 8.2.3

Contrats d'assurance Les contrats d'assurance au dossier qui ont été conclus par B. en lien avec le négoce de matières premières sont au nombre de trois. Ils sont les suivants (TPF 11.621. 986 ss):

- 53 - SK.2019.13 ■ Cargo Open Cover no 12, dès le 08.07.2012, en lien avec une cargaison de sucre blanc spécifique de 98.78 MT de Bejaia (Algérie) à destination de Cork (Irlande), conclu entre B. et III. Insurance Ltd, de type « all risks » dont les limites sont décrites dans la police;

■ Cargo Insurance Policy no 13, dès le 17.07.2012, en lien avec l'ensemble des cargaisons de sucre blanc, conclu par B. pour une valeur d'assurance de USD 5'000'000 avec une prise en charge de 60% pour la III. assurances, et de 40% pour JJJ. Insurance, de type « all risks » dont les limites sont décrites dans la police. Le risque est assuré dès le moment où le cargo quitte l'entrepôt au port de départ, perdure durant le transport maritime et prend fin, en cas de sucre raffiné transporté par containers, à l'entrée du port de destination ou à l'entrée dans les entrepôts du destinataire;

■ Contrats conclus avec KKK. Insurance B.V, pour une durée de 12 mois dès le 18 juillet 2012, de type « Charterers Liability in respect of War Risks », (police no 14) et de type « Charterers' Liability Protection & Indemnity including Liabilities for damage to Hull – Class 1 » (police no 15) couvrant la responsabilité de l'affréteur pour un montant de USD 20'000'000, et de type « Marine Defence – Classe 2 » (police no 20) couvrant une somme de USD 500'000.

E. 8.2.4

Documentation contractuelle en lien avec la fin des rapports avec M. : ■ Un Settlement Agreement entre M., A. et B. conclu le 18 décembre 2013 (442.3-065, p. 5018 à 5022). Selon ce contrat, entre le 1er juillet 2009 et le 31 décembre 2013, A. et/ou B. ont rendu des services de courtage à M. Il a été mis fin à ces services au 31 août 2013 pour le « raw sugar », respectivement 31 décembre 2013 pour le « white sugar ». Selon ce contrat, M. a payé à A. la somme d'un franc symbolique le 7 décembre 2013 comme solde de tout compte et de toute prétention entre les parties. Il est également précisé que M. honorera ses obligations contractuelles avec LL. Limited telles que négociées par B. et que « M. will indemnify and hold harmless B. from any claims from third party(ies) regarding B.'s brokerage role for M. (...) » (442.3- 065, p. 5020 s.)

■ Un Settlement Agreement entre A., B. et T. le 18 décembre 2013 dans lequel il apparaît que cette dernière est tenue de payer à A. et/ou B., à titre forfaitaire, la somme de USD 2'871'528 et CHF 1'700'000 (The Settlement Sum) pour solde de tout compte et de toute prétention en lien avec « the provision and/or performance and/or termination of the Consulting Services, including in particular the Claims, however, the USD 2'871'528 will be offset

- 54 - SK.2019.13 again the balance of a loan made by T. to B. dated 17 jan 13 » (442.3-065, p. 5025 à 5027).

■ Un Novation Agreement, non daté mais dont la Letter of Indemnity ci-après précise qu'il a été conclu le 28 mars 2014 (442.3-065, p. 1917 ss) entre M., B. et BB. et qui prévoit que B. transfère l'intégralité de ses droits et obligations à BB. (442.3-065, p. 1920). De même, B. et M. se libèrent réciproquement de toutes obligations et responsabilité résultant des contrats passés entre eux (clause 2, 442.3-065, p. 1920).

■ Une Letter of Indemnity (LOI) conclue entre BB. et B. le 4 avril 2014 (442.3-065, p. 1531). Selon ce document, la première obligation convenue est la remise de USD 790'368 à BB., initialement remis par AA. à B. à titre de dépôts en lien avec l'exécution des contrats NSCWS 12046; 12058; 12121; 12140. La seconde obligation est l'acceptation par B. de signer la novation du 28 mars 2014 entre M., B. et BB. Il y est finalement indiqué « We BB. SA Geneva, hereby agree to indemnify, and hold harmless B. S.A, its manager, employees and agents or others working on its behalf, against any and all claims, demands, suits, including all costs connected therewith, and for any damages which may be asserted, claimed or recovered by buyers or sellers with whom B. S.A its managers, employees agents or others working on its behalf for the performance of the contracts referred to above. This Letter of Indemnity (LOI) applies to any and all B. purchase(s) or sale(s) transaction and contract(s) related to sugar, in which B. was an intermediary between M. and any third party(ies) ».

E. 8.2.5

Un Brokerage Agreement entre B. et LL. Limited le 3 mai 2012 selon lequel il est convenu que la société LL. paye à B. une commission (« brokerage fee ») de US 0.20 cts/lb pour chaque cargo vendu par LL. à M. et correspondant aux contrats référencés nos 16, 17, 18 (442.3-065, p. 1930).

E. 8.2.6

Documents de C.

E. 8.2.6.1

Des documents internes de C., il ressort qu'A. a donné des explications quant à l'activité de B. qui sont retranscrites dans le « Beurteilung Compliance » du 23 mai 2013. Le 15 août 2012, A. a expliqué être engagé dans la vente et l'achat de sucre, travaillant exclusivement pour une société algérienne, M. Cette société exporterait 10% de sa production dont B. était en charge de la vente (TPF 11.662.004 ss). Il ressort également de la retranscription au point 2.4 « Kundenabklärungen » qu'A. a, le 18 mars 2013, précisé que B. offrait des services de conseil dans le domaine du commerce des matières premières ainsi

- 55 - SK.2019.13 que dans le commerce de sucre. Son partenaire principal était M. en Algérie, qui achetait du sucre roux au Brésil avant de le transformer en sucre blanc revendu à B. qui elle-même le revendait. Est également mentionnée une coopération sporadique avec la société T. par le biais de prêts (TPF 11.662.008).

E. 8.2.6.2

Selon le compte rendu établi par C. le 5 juin 2014 (TPF 11.662.020 s.) suite à une visite du même jour, A. aurait indiqué que l'activité principale de B. était la gestion d'un fond à 99% et 1% de commerce de matières premières précisant que, par contre, les entrées sur les comptes provenaient principalement de l'activité en commerce de matières premières. Selon lui, B. ne devait pas être considérée comme intermédiaire financier pour son activité de vente de sucre mais uniquement pour celle de gestionnaire de fonds (TPF 11.662.021). Le 25 juillet 2014, A. a notamment indiqué au service compliance ne pas savoir ce qu'était un « Key Investor Document (KIID) », que les deux fonds en question n'étaient pas ouverts aux personnes suisses ou européennes et que, s'agissant de l'autorisation de la part de la FINMA ou l'affiliation auprès d'un OAR, il indiquait: « We have less than 100 mil swiss francs under management therefore we are not Finma regulated » (TPF 11.662.017).

E. 8.2.7

Documents de G. SA

Le 18 août 2014, B., par l'intermédiaire de MM., a interpellé LLL., Client Relationship Manager Funds auprès de la banque G. SA, afin d'obtenir copie du registre des actionnaires des deux fonds détenus par elle. Les demandes de C. lui étaient également remises (TPF 11.661.005 ss; 11.662.016 ss).

Par courriel du lendemain, à MM., LLL. a répondu ce qui suit: « Je pense qu'il y a confusion, les KIID concerne des fonds de placement autorisés (pour lesquels une autorisation de gestionnaire de placement collectif de capitaux est nécessaire). Or, il s'agit ici d'un fond de droit de l'Ile Cayman, avec des avoirs en dessous des 100 millions de CHF, qui s'adresse à des investisseurs qualifiés. L'article 2 de la LPCC s'applique donc. Art. 2 Champ d'application 2 Ne sont pas soumis à la présente loi, notamment: h.6les gestionnaires de placements collectifs de capitaux dont les investisseurs sont qualifiés au sens de l'art. 10, al. 3, 3bis ou 3ter, et qui remplissent l'une des conditions suivantes: 1. les valeurs patrimoniales qu'ils administrent y compris celles financées par effet de levier, n'excèdent pas 100 millions de francs, (...) » (sic).

Puis, par courriel du 21 août, confirmé le 2 octobre 2014, LLL. a précisé à MM. que, si la question s'était « avérée plus complexe que prévue, le fait que la

- 56 - SK.2019.13 banque dépositaire et l'administrateur sont soumis à des lois AML/KYC ne dispense pas le gestionnaire d'être lui-même soumis à la LBA ». Il a en outre écrit: « Vous pouvez vous référer à l'art. 2 al 2 b(bis3) de la loi sur le blanchiment d'argent (vise les gérants de placements collectifs) et l'art. 3e de ladite loi (vise les professionnels qui pratiquent la gestion de fortune au sens plus large (...)) » et a ajouté « Ne connaissant pas la situation exacte de B. nous ne pouvons nous prononcer sur ce point, (...) mais les indices indiquent que B. doit effectivement être affilié à un OAR (...) ce qui nous avait semblé être le cas au vu de vos activités trading (...) » (TPF 11.661.008 s.). Se trouve également au dossier un document explicatif avec en-tête de la banque G. intitulé Fund Administration, Transfer Agent & Custody Services octobre 2013 (442.3-065, p. 4386). Il y est indiqué que « B. [comme Investment manager] is considering the launch of a Cayman Island Fund for a part of its assets. The G. Group can offer a suitable solution and perform the functions of the Fund Administrator and Custodian Bank (...) ». Au chapitre « Fund Administration » dédié aux services fournis par G. (Europe) SA et I. SA, sous le chiffre « Investment restrictions », il est précisé « This service ensures that the Fund is, at all times, in compliance with all legal requirements and avoids potential penalties from the control authority » (442.3-065, p. 4398).

E. 8.2.8

Investment Management Agreement Dans sa réponse à la question 11 du questionnaire remis à la FINMA, B. a indiqué être, depuis le 1er décembre 2013, « l'Investment Manager de deux compartiments de l'Umbrella Fund H. SPC, dont le groupe G. (Genève) est le propriétaire, administrateur et dépositaire » et a notamment transmis l'Investment Management Agreement conclu entre H. SPC et B. (442.3-065, p. 902; p. 916 ss) ainsi que deux « Private Placement Memorandum » conclus entre H. SPC et B. a. (442.3-065, p. 902; p. 992 ss), respectivement B. b. (442.3-065, p. 902; p. 932 ss). Le rôle de B., selon la clause 3.2, de l'Investment Management Agreement était le suivant: « The Investment Manager shall be responsible for the management of the Assets. In particular but without prejudice to

the generality of the foregoing the Investment Manager shall: (a) manage the investment and reinvestment of the Assets; (b) give proper instructions to any custodian, broker or other counterparty selected by the Fund in relation to transactions concerning the Assets; (c) perform reviews of the Assets whenever the Investment Manager shall deem necessary; (d) keep proper records of transactions undertaken on behalf of the Fund; (e) liquidate Assets to generate cash in order to meet

- 57 - SK.2019.13 redemption requests or pay fees and expenses on behalf of the Fund; (...)
» (442.3-065, p. 918).

E. 8.2.9

Bilans et comptes de profits et pertes de B.

E. 8.2.9.1

Selon le compte de profits et pertes de B., on constate qu'en 2012 celle-ci a réalisé un chiffre d'affaires de ventes de marchandises à l'étranger de CHF 26'771'142.62 et d'honoraires étrangers de 1'200'000.00 pour un produit d'exploitation total de CHF 27'971'142.62. Les charges directes se sont élevées à CHF 25'179'092.32 comprenant notamment les frais d'achats de marchandises pour CHF 24'782'567.59, des frais de transport de CHF 142'876.09 et prestations de tiers de CHF 253'648.64. La différence entre le prix de vente et le prix d'achat du sucre négocié était de CHF 1'988'575.00 (CHF 26'771'142.00 - CHF 24'782'567.00). Le bénéfice avant impôts de B. s'est élevé à CHF 2'183'895.00 pour l'année 2012, après déduction des charges d'exploitation (CHF 591'756.00) et des amortissements (CHF 16'398.00) (442.3-065, p. 915).

E. 8.2.9.2

Selon le compte de profits et pertes de B., on constate qu'en 2013 celle-ci a réalisé un chiffre d'affaires de ventes de marchandises à l'étranger de CHF 57'067'640.17 et d'honoraires étrangers de 11'044'185.13.- pour un produit d'exploitation total de CHF 68'111'825.30. Les charges directes se sont élevées à 58'727'897.- comprenant notamment les frais d'achats de marchandises pour CHF 54'341'888.35, des frais de transport de CHF 1'193'931.24 et des prestations de tiers de CHF 3'192'078.09. La marge brute était de CHF 9'383'927.62. La différence (marge brute) entre le produit de la vente et le prix d'achat du sucre négocié en 2013 s'élevait à CHF 2'725'752.00 (CHF 57'067'640.00 - CHF 54'341'888.00). Le bénéfice avant impôts de B. s'est élevé au total à CHF 7'850'097.00 pour l'année 2013, après déduction des charges d'exploitation (CHF 1'519'990.00) et des amortissements (CHF 13'839.00) (442.3-065, p. 1379).

E. 8.2.9.3

Selon le compte de profits et pertes de B., en 2014 celle-ci a réalisé un chiffre d'affaires de ventes de marchandises à l'étranger nul et d'honoraires étrangers et « futures » de 1'531'002.11.-. Après déduction des charges directes (CHF 60'015.00) la marge brute s'élevait à CHF 1'470'986.35. Le bénéfice avant impôts de B. s'est élevé à CHF 726'291.00 pour l'année 2014, après déduction des charges d'exploitation (CHF 725'738.00) et des amortissements (CHF 18'955.00) (442.3-065, p. 1656).

E. 8.2.10

Fiduciaire J. SA

E. 8.2.10.1

Par attestation du 2 juin 2017 (442.3-065, p. 1882 ss), établie à la demande de B., la fiduciaire J., ancien organe de révision de cette société, a confirmé que

- 58 - SK.2019.13 celle-ci avait fait du négoce de matières premières pour le compte de tiers à une seule occasion, dans le cas irakien, activité pour laquelle elle n'avait réalisé aucun bénéfice. Selon la fiduciaire, en 2012, le bénéfice net pour l'activité de négoce de matières premières physiques s'élevait à CHF 1'223'773.80 et celui pour l'activité de Consulting-Courtage pour T./M. à CHF 627'469.62.-. Toujours selon la fiduciaire, en 2013, le bénéfice net pour l'activité de négoce de matières premières physiques s'élevait à CHF 1'103'544.66, celui pour l'activité de Consulting- Courtage pour T./M. à CHF 2'510'205.06 et celui en lien avec le courtage pour LL. Ltd à CHF 3'162'869.74. Le bénéfice net en lien avec le H.SPC était de CHF – 70'037.90. En 2014, le courtage pour LL. aurait rapporté un bénéfice net de CHF – 988'729.40 et celui en lien avec le H.SPC CHF 39'318.67 (442.3-065, p. 1883).

E. 8.2.10.2

Par attestation écrite, du 13 septembre 2018, la société fiduciaire a expliqué que selon elle « B. a systématiquement vendu en son nom et pour son compte les marchandises précédemment achetées auprès de M., la différence entre le prix d'achat et le prix de revente constituant la marge de B. (...) sauf pour une opération irakienne datant de 2012 (...) » (442.3-065, p. 4734). Pour la fiduciaire, le moment du paiement par B. à M. correspondait à des « facilités de paiement » et un « moyen d'optimiser la gestion de sa trésorerie ». Il a précisé que si B. « facturait ses acheteurs de façon quasi simultanée à l'embarquement (shipment) du sucre en vue de livraison », ce n'était pas le cas de M. dont la facturation parvenait à B. dans des délais plus longs (442.3-065, p. 4736). Citant deux exemples, il a expliqué qu'en 2012 et 2013, il était arrivé que B. paye M. avant le paiement de l'acheteur subséquent (442.3-065, p. 4737). La fiduciaire a listé certains frais accessoires dont B. s'acquittait notamment envers: « MMM. (société en charge du transport maritime de containers); NNN. (société en charge du transport maritime de containers), OOO. (société en charge de la manutention et du stockage portuaire) (...) » (442.3-065, p. 4737). Les prêts accordés par T. auraient eu pour but de permettre à B. d'obtenir des liquidités à court terme. Pour la fiduciaire, il ne pouvait être déduit de la comptabilité que les paiements reçus de T. étaient une rémunération versée par M. en faveur de B., pour un travail d'intermédiation dans le cadre de la relation avec AA. Au surplus, la relation B./AA. n'avait débuté qu'en 2012 (442.3-065, p. 4739).

- 59 - SK.2019.13

E. 8.2.11

Décision à II. International SA Par lettre du 6 décembre 2019, A. a remis à la Cour une décision adressée à la société II. International SA dans laquelle la FINMA indique: « Nach Prüfung der Unterlagen sowie eingehender Analyse können wir Ihnen bestätigen, dass der Handel auf fremde Rechnung mit Weizenmehl, Sojabohnenöl, Rohzucker sowie Weisszucker nicht dem Geldwäschereigesetz unterstellt ist, da die genannten Waren nicht als Rohwaren im Sinne des Art. 5 Abs. 1 lit. c und d der Verordnung über die Bekämpfung der Geldwäscherei und der Terrorismusfinanzierung (Geldwäschereiverordnung, GwV; SR 955.01) bzw. Rz 72 ff. des FINMA-RS 2011/1 "Tätigkeit als Finanzintermediär nach GwG" qualifizieren (...) » (TPF 11.521.011 s.)

E. 8.3

Avis juridique tiers remis par les parties

E. 8.3.1

Avis de GG. du 10 février 2020 GG., mandaté par B. (TPF 11.621.1047 ss), a rendu un rapport dont les conclusions sont les suivantes: les Incoterms ne couvrent qu'une partie des risques globaux associés à l'achat et la vente d'une cargaison de matière première (TPF 11.621.1050), précisant à ce titre qu'il existe les risques liés à la propriété, transactionnels, de contrepartie puis post-transactionnels (demurrage) (TPF 11.621.1053); des termes de paiements de la marchandise avantageux pour le trader (plus particulièrement en termes de timing) sont courants sans que l'on puisse conclure à l'absence de risque pour ce dernier (TPF 11.621.1051); B. n'achetait pas à bas prix, où à tout le moins rien ne permet d'y conclure (TPF 11.621.1052); le marché du sucre permet aux acteurs d'avoir une vision globale des prix et ce segment est suffisamment liquide et transparent pour connaître le juste prix du sucre (TPF 11.621.1052); les contrats sans profit (AA.) sont compensés par une sécurisation sur le long terme de la position de B. auprès de M. (et AA.) et au travers d'autres profits ou avantages sur ses activités tant de conseil que de courtage (TPF 11.621.1052).

E. 8.3.2

Lettre du 23 septembre 2019 de HH. SA Par lettre du 23 septembre 2019 (TPF 11.3521.033 s.), faisant suite à une demande de B., la société HH. SA a indiqué que, selon elle, le sucre blanc et le sucre roux sont « soumis à un processus de transformation et ne sauraient être qualifiés de matières premières non transformées. Ces produits peuvent être exclus des activités de négoce de matières premières visées par l'art. 5 al. 1 let. d OBA ». Selon elle, le négoce hors bourse du sucre blanc et roux pour le compte de tiers n'entrerait pas dans le champ d'application visé par la LBA de sorte que

- 60 - SK.2019.13 cette activité ne donnerait pas lieu à une affiliation à un organisme d'autorégulation (OAR).

E. 8.3.3

Legal opinion d'EE. du 14 octobre 2019 Dans une legal opinion du 14 octobre 2019 (TPF 11.521.022 ss), sollicitée par A., EE. a notamment conclu que « Reports and studies have been carried out, which conclude that commodity trading per se does not constitute a particular AML risk, except for trading in precious stones and metals and luxury goods (...) ». Selon lui également « (...) commodity trading, neither for own account nor for the account of others, is not subject to EU money laundering obligations, unless payments are made in cash in the amount of 15'000 euros (nowadays lowered to 10'000 euros) or more ».

E. 8.3.4

Avis de droit du Prof. FF. du 17 février 2020 Dans un avis de droit requis par A. (TPF 11.521.037 ss), le Prof. FF. conclut en premier lieu qu'il doit être tenu compte de l'approche fondée sur les risques dans l'interprétation des dispositions anti-blanchiment du droit suisse afin de déterminer si le négoce de sucre y est assujetti (TPF 11.521.040). Selon lui, le secteur des matières premières agricoles, transformées ou non, ne présente pas de risque particulier de blanchiment d'argent (TPF 11.521.042). Il ajoute que l'assujettissement du négoce de matières premières doit être interprété de manière restrictive tout comme l'a fait la FINMA dans sa Circulaire 2011/1 (TPF 11.521.048). Pour lui, « le négoce de sucre raffiné est exclu du champ de la législation suisse

anti-blanchiment, laquelle se rapporte uniquement aux matières premières « non transformées ». Même sans tenir compte du critère de transformation, le sucre blanc vendu hors bourse ne remplit pas les exigences fixées par l'art. 5 al. 2 let. b aOIF (remplacé depuis le 11 novembre 2015 par l'art. 5 al. 1 let. c et d OBA), n'atteignant pas le degré de standardisation suffisant lui permettant « d'être liquidé en tout temps » (TPF 11.521.048). Finalement, il conclut au fait que l'inclusion par le DFF du négoce de sucre blanc au sens de l'art. 2 al. 3 let. c LBA est infondée et erronée; ce sucre négocié hors bourse, ne remplit pas le critère de liquidité requis; la Circulaire FINMA 2011/1 en tant qu'elle exclut le négoce de sucre blanc même pour compte de tiers apparaît conforme à l'approche fondée sur les risques régissant la lutte anti-blanchiment d'argent en Suisse (TPF 11.621.1061).

- 61 - SK.2019.13 9. Appréciation juridique du négoce de sucre 9.1 Le critère de l'activité d'intermédiaire financier à titre professionnel En l'espèce, s'agissant de l'activité de négoce de sucre, B. réalisait par année civile un bénéfice brut de plus de CHF 20'000.00 (art. 7 let. a aOIF). En effet, selon le compte des profits et pertes, elle réalisait un bénéfice net de CHF 1'851'243.42 en 2012, respectivement de plus de six millions en 2013. Selon ses propres déclarations et celles de A., B. a réalisé un bénéfice net pour l'activité de négoce de matières premières physiques en 2012 de CHF 1'223'773.80 et de CHF 1'101'956.66 pour l'année 2013 concernant l'activité de négoce de sucre blanc (442.3-065, p. 4565; 4747). En substance, ces montants ont été confirmés par la fiduciaire J. SA et de la documentation comptable (cf. supra consid. 8.2.9; 8.2.10). B. agissait donc « à titre professionnel ».

9.2 Matières premières transformées ou non transformées 9.2.1 La notion de matières premières transformées, respectivement de « transformation » doit se faire selon les méthodes d'interprétation usuelles, à la lumière des développements faits au considérant 5.1.2 ci-dessus. Il s'agit de dégager le sens de ces notions d'un point de vue « juridique » et non pas de se contenter de la signification du mot « transformation » dans le langage courant. 9.2.2 Selon la lettre de l'art. 5 al. 1 let. b aOIF le législateur vise l'ensemble des « matières premières » sans distinction. 9.2.3 L'interprétation de cette norme dans son contexte législatif amène à constater que la Circulaire 2011/1 FINMA, qui veut préciser cette disposition, sans faire œuvre de législation, introduit la notion de « matières premières non transformées » et dresse une liste exemplative de ces matières où figure notamment le café. Comme cela ressort du développement qui suit, il apparaît toutefois que la notion de « matières premières non transformées » n'a été utilisée que dans la Circulaire 2011/1. 9.2.4 Du point de vue de l'ODAIU (cf. supra consid. 5.1.2.2), il y a deux catégories de transformations. D'une part celles qui ne sont pas dignes de l'appellation transformation, soit celles que connaissent les produits qui ont été divisés, séparés, tranchés, découpés, désossés, hachés, dépouillés, broyés, coupés, nettoyés, taillés, décortiqués, moulus, réfrigérés, congelés, surgelés ou décongelés (art. 2 al. 1 ch. 14). D'autre part, il y a celles qui ont consisté en une modification essentielle du produit initial, par exemple par chauffage, fumaison,

- 62 - SK.2019.13 salaison, maturation, dessiccation, marinage, extraction ou extrusion, y compris par une combinaison de ces procédés (art. 2 al. 1 ch. 13). En l'occurrence, les transformations précitées ne sont pas réservées aux matières premières, mais aux matières brutes (ou premières), aux produits intermédiaires et aux produits semi-finis qui deviennent ainsi des denrées alimentaires (art. 2 al. 1 ch. 19) destinées aux consommateurs. Ainsi, on ne saurait transposer à la LBA le sens qui est donné par cette ordonnance au terme transformation, car la LBA ne tend nullement à faire la différence entre matière première

non consommable et matière première consommable. 9.2.5 D'ailleurs, les sources ouvertes (cf. supra consid. 5.1.2.3) ne font pas la distinction entre « matières premières » et « matières premières transformées » mais uniquement entre les premières et les « dérivés ». C'est le cas du rapport de mars 2013 de Swiss Banking, selon lequel le sucre est bien rangé parmi les matières premières et non parmi les dérivés. Et selon le Rapport de base sur les matières premières, le sucre est aussi rangé parmi celles-ci. Lesdits rapports, s'ils n'utilisent pas la notion de « matières premières transformées », qui leur est inconnue, rangent parmi les « matières premières agricoles » tant les céréales que le café ou le sucre. Enfin, le Protocole no 2 range lui aussi le sucre parmi les matières premières (tableaux III et IV) et non pas parmi les produits agricoles transformés. 9.2.6 Enfin, d'un point de vue téléologique, la Cour est également convaincue que la législation doit être interprétée à la lumière de l'approche fondée sur des risques à prévenir. A ce titre, tant les avis juridiques de M. EE. et du Prof. FF. (TPF 11.521.033 ss; TPF 11.521.022 ss) que les sources ouvertes précitées concordent (cf. supra consid. 5.1.2.3 et 5.1.2.4). Néanmoins, la Cour constate que le risque de blanchiment dans le domaine des matières premières agricoles n'est pas toujours nul. Tel n'est manifestement pas le cas quand les négociants en matières premières, agissant pour le compte de tiers, achètent des matières premières suffisamment liquides. A l'opposé, les activités pour compte propre sont exclues des activités réputées à risque. Cela ne permet toutefois nullement d'en conclure que le sucre, de façon générale, ne répond pas à la définition de « matière première ». 9.2.7 S'il est vrai que la canne à sucre, puis le sucre lui-même, doit subir des transformations de type physique avant d'être « apte à la consommation » (TPF 11.731.027 s., Q.91), il ne subit pas de transformation chimique – conformément au processus de transformation décrit par le prévenu (cf. supra consid. 5.1.2.6) – qui altérerait sa substance. Ce n'est que par une mutation du

- 63 - SK.2019.13 sucre en alcool ou par la création de nouvelles substances (comme le caramel) qu'il serait dès lors possible de parler de matières premières « transformées ».

9.2.8 Ainsi, toute transformation physique ne saurait être considérée comme une transformation au sens de la Circ. FINMA 2011/1. En effet, les opérations par lesquelles on passe, de la betterave ou de la canne à sucre, au sucre en tant que tel n'entraînent pas de modification essentielle du produit initial. Il est d'autant plus sensé de considérer le sucre comme une matière première au sens de la LBA qu'il constitue une matière agricole fongible, miscible, stockable et c'est sans doute grâce aux transformations par lesquelles le sucre est devenu un produit consommable qu'il est aussi devenu fongible et réalisable. 9.2.9 Quant à l'avis de la société HH., il ne saurait être suivi par la Cour. En effet, même si le sucre, pour passer de la canne ou de la betterave au pur sucre, connaît quelques modifications, il demeure de la même nature et ne fait donc pas l'objet d'une transformation au sens où l'entend la loi. 9.2.10 Pour terminer, le prévenu invoque le principe d'égalité de traitement en lien avec la décision II. La Cour constate que les faits spécifiques de ladite cause ne lui ont pas été soumis et ne lui sont par conséquent pas connus. Il ne lui est ainsi pas possible de comparer les circonstances respectives et de déterminer si une même appréciation juridique vaut pour des activités de négoce menées aussi bien par II. que par B. De plus, le prévenu ne peut valablement se prévaloir du principe de l'égalité de traitement dès lors que ce principe, en règle générale, ne l'emporte pas sur celui de la légalité de l'activité administrative. Le justiciable ne peut pas invoquer une inégalité devant la loi lorsque celle-ci est correctement appliquée à son cas, alors qu'elle a été faussement, voire pas appliquée du tout, dans d'autres cas. Cela présuppose cependant, de la part de l'autorité dont la décision est attaquée, la volonté d'appliquer correctement à l'avenir les dispositions

légales en question. Le citoyen ne peut prétendre à l'égalité dans l'illégalité que s'il y a lieu de prévoir que l'administration persévéra dans l'inobservation de la loi. Il faudrait donc encore que l'autorité n'ait pas respecté la loi selon une pratique constante, et non pas dans un ou quelques cas isolés, et qu'aucun intérêt public ou privé prépondérant n'impose de donner la préférence au respect de la légalité (ATF 9C_561/2016 du 27 mars 2017, consid. 7.2; ATF 139 II 49 consid. 7.1 p. 61). Ce n'est pas le cas en l'espèce. 9.2.11 Par conséquent, la Cour considère que le sucre est une matière première entrant dans le champ d'application de l'art. 5 aOIF LBA, une matière première « non transformée » au sens de la Circ. 2011/1.

- 64 - SK.2019.13 9.3 Matières premières négociées hors bourse et degré de standardisation assez élevé pour qu'elles soient liquidables en tout temps 9.3.1 Dans un second temps, la Cour retient que les matières premières négociées l'ont été « hors bourse ». Les diverses auditions réalisées lors de la procédure vont dans ce sens. A ce titre, N. a confirmé que les livraisons en bourse n'étaient pas possibles au moment où il était employé, soit de 2011 à 2013 (TPF 11.761.011, Q.52). O. a également déclaré que, si le standard qualitatif du sucre était bien celui de la bourse de Londres, il n'avait jamais vu de telles ventes en bourse (TPF 11.762.011, Q.52-55). S'y ajoutent les explications circonstanciées du prévenu en lien avec les difficultés et empêchements concrets à ce que sa société pût vendre en bourse (TPF 11.731.025 ss). Il a en effet expliqué qu'il n'était pas possible pour B., contrairement à M., de vendre en bourse puisqu'elle travaillait avec des conteneurs. En 2016, la livraison en bourse, par conteneurs, était devenue possible, mais pas au port de Bejaia (TPF 11.731.025, Q.77, 94). La livraison de sucre en bourse représentait 0.0001% du volume des transactions en raison des conditions très strictes et compliquées imposées par le système (TPF 11.731.030, Q.96). Le fait que M. ait, quant à elle, eu accès au marché boursier, quand bien même cela aurait été par l'intermédiaire de B., ne permet pas de retenir que cette dernière y faisait également du négoce en son nom. Aucune pièce au dossier ne permet au demeurant de retenir que le prévenu aurait fait du négoce en bourse. Par conséquent, la Cour constate que B. n'a pas procédé au négoce de matières premières en bourse. 9.3.2 Toutefois, la Cour retient que les matières premières négociées hors bourse par B. présentaient un degré de standardisation si élevé qu'elles étaient liquidables en tout temps. Il en allait de matières fongibles et clairement miscibles. A ce titre, le prévenu a admis que le sucre négocié était conforme au standard ICUMSA 45 (TPF 11.731.038, Q.126). Il s'agissait d'un standard boursier reconnu quand bien même la marchandise n'était pas effectivement vendue en bourse en raison de contraintes logistiques et de conditions très restrictives du marché boursier. Le témoin O. a d'ailleurs déclaré que la facilité à trouver un acheteur pour le sucre vendu de type ICUMSA 45 dépendait de l'énergie déployée à cette fin (TPF 11.762.011, Q.51). Le fait pour B. de ne pas passer par une bourse ne résultait ainsi pas de la qualité de son sucre. On ne saurait donc déduire du fait que B. ne faisait pas de négoce en bourse que le sucre vendu par elle n'était pas liquidable en tout temps. A. a également déclaré qu'il était en pratique toujours possible de trouver un acheteur pour sa marchandise quand bien même cela supposait dans certains

- 65 - SK.2019.13 cas de diminuer le prix et par conséquent la marge bénéficiaire (TPF 11.731.017, Q.52). Or, comme on le sait, la liquidité d'un bien n'implique pas nécessairement qu'il soit vendu au meilleur prix. Seul compte qu'il soit rapidement échangeable contre de l'argent, y compris à un prix peu élevé (cf. supra consid. 5.1.3). GG. a par ailleurs indiqué dans son rapport du 10 février 2020 que le marché du sucre permettait aux acteurs d'avoir une vision globale des prix et que « ce segment est suffisamment liquide

et transparent pour connaître le juste prix du sucre » (TPF 11.621.1052). S'agissant de la transaction « irakienne » le prévenu a invoqué qu'il lui aurait fallu un an pour revendre le sucre concerné (TPF 11.731.23, Q.71). Le prévenu a toutefois déclaré que B. avait, dès le départ et pour une fois, refusé de supporter les risques en lien avec cette transaction et ce même en qualité de courtier, preuve qu'il en allait d'un marché atypique ou à tout le moins d'une transaction atypique par rapport au marché mondial (TPF 11.731.009, Q.25; 11.731.023, Q.70 s.) Les risques et inconvénients inhérents à cette transaction ne sauraient démontrer l'illiquidité du sucre vendu par B. ou M. 9.3.3 Compte tenu de ce qui précède, la Cour se doit de constater que le sucre négocié par B. présentait un degré de standardisation suffisamment élevé et était liquidable en tout temps. 9.4 Négoce exercé pour le compte de tiers ou pour compte propre 9.4.1 Introduction Comme indiqué au considérant 5.1.4, savoir si le prévenu a agi pour le compte de tiers ou pour son propre compte, doit s'apprécier à l'aune de l'ensemble des circonstances concrètes sans que la Cour ne puisse s'attacher à ce que le prévenu a, de bonne foi ou non, pensé exercer comme activité. L'examen des circonstances concrètes se justifie d'autant plus qu'il apparaît que la relation contractuelle entre les parties était de nature mixte, comprenant des volets tant de la vente, voire de courtage que d'autres contrats comme le contrat de transport ou d'affrètement. Pour faire le tour de la question de savoir, au vu des éléments au dossier, si B. a pu agir pour son propre compte, il convient d'examiner respectivement les activités par lesquelles B. a acheté et revendu du sucre à des tiers puis celles par lesquelles elle a acheté du sucre à des tiers avant de le revendre à M. En l'occurrence, il s'agit de déterminer dans les deux cas de figure si B. a agi en son nom, avec un certain degré d'indépendance, avec son propre patrimoine, dans son intérêt propre et à ses propres risques ou, au contraire, si elle a agi sur ordre, dans l'intérêt d'autrui, avec le patrimoine d'autrui, comme un intermédiaire. Le commerce pour compte propre ou pour le compte d'autrui s'appréciant au regard

- 66 - SK.2019.13 d'un ensemble d'indices, il y a risque que les divers indices à considérer ne soient pas forcément tous convergents entre eux. Il se peut également qu'en certaines circonstances, un acteur économique comme B. puisse chercher à promouvoir les intérêts d'autrui tout en promouvant les siens propres, mais il s'agirait alors de savoir lequel de ces deux objectifs à priorité ou préséance sur l'autre, pour déterminer quel était le modèle d'affaires dominant. 9.4.2 Des déclarations initiales du prévenu Dans le questionnaire LBA du 10 octobre 2014, rempli à la demande de la FINMA, le prévenu, pour B., a déclaré que sa société avait été active pour le compte de tiers dans le négoce de matières premières (sucre blanc) en bourse et de gré à gré, de 2012 à 2014 (442.3-065, p. 16: question 21.1). B. a aussi déclaré qu'elle était active dans le négoce, le courtage et le consulting pour les matières premières et qu'elle ne distinguait pas dans ses écritures, les revenus générés par ces diverses activités car elles étaient toutes effectuées exclusivement au service d'un seul client partenaire, M., une raffinerie de sucre en Algérie (442.3-065, p. 35: question 11). Par détermination du 2 juin 2017, soit plus de deux ans après la remise du questionnaire précité, A. a apporté un correctif en ce sens que les informations données le 10 octobre 2014, et en particulier celles selon lesquelles le négoce de sucre pour M. était effectué pour compte de tiers, ne correspondaient à la réalité que pour une seule opération, qui était survenue en 2012, en Irak (442.3-065, p. 1804). Lors des débats, A. a expliqué qu'il n'avait pas immédiatement lu et contrôlé les informations données par son employé (TPF 11.731.009, Q.24) et a affirmé avoir toujours pensé, dès la première opération avec M., avoir travaillé pour le propre compte de B. (TPF 11.761.008, Q.23). L'invocation de cette erreur ne convainc pas. En effet, il semble peu vraisemblable qu'A. ait pu donner la réponse « pour

compte de tiers » pour ne désigner qu'une unique transaction, parmi tant d'autres effectuées pour compte propre, sans ajouter la moindre mention ou mise en garde permettant de comprendre que cette réponse était donnée pour la seule exception à la règle. Même si le questionnaire à remplir ne permettait pas de répondre de manière plus étendue que par l'affirmative ou la négative, rien n'empêchait le prévenu d'y apporter des précisions. Il le savait et a d'ailleurs procédé de la sorte en répondant à la question 11 précitée (cf. supra consid. 8.2.1.5) puisqu'il n'a pas hésité à y annexer un document explicatif d'une page, rédigé par ses soins. Comme A. conteste encore aujourd'hui que sa société ait pratiqué le négoce de sucre pour le compte d'autrui, et qu'il tente de fonder cette prétendue conviction sur la nature de ses relations avec M., il y a lieu d'examiner si, par impossible,

- 67 - SK.2019.13 les faits relatés au dossier de la cause fournissent à A. des motifs suffisants de croire qu'il travaillait pour son propre compte et qu'il s'est donc trompé en donnant à penser à la FINMA, en remplissant le formulaire précité, qu'il œuvrait pour le compte de M. 9.4.3 Dépendance de B. envers M. en lien avec les activités déployées de négoce et de conseils Il n'est pas contesté que B. a fourni à M. des prestations de conseils parallèlement à ce qu'elle qualifie de vente-achat de marchandise. Cette collaboration de services ne reposait, à tout le moins jusqu'à son terme, sur aucun contrat écrit, mais seulement sur des accords oraux. Q. a parlé à ce propos d'un services agreement et d'un standard relationship (442.3-065, p. 4938 et 4943). Par conséquent, il est établi que B. offrait (vendait) divers services à M., pour favoriser les activités de cette entreprise et contribuer à promouvoir ses intérêts. C'est bien au sujet du négoce de sucre, pas au sujet du consulting, ni du courtage – activités qui dans le temps ont précédé le négoce de sucre – que se pose la question de savoir si B. a agi pour son propre compte ou pour le compte d'autrui, soit de M. Compte tenu des services rendus par B. à M., sous forme de courtage et de consulting, et ce depuis 2009, il semble difficilement concevable que B. pût aussi acheter ou vendre du sucre à M. en agissant alors pour son propre compte, soit avec une indépendance suffisante pour ne pas avoir à tenir compte des intérêts de M. de vendre au meilleur prix et d'acheter à bas prix. Pour faire valoir pleinement ses propres intérêts économiques sans avoir à composer avec ceux de M., B. aurait dû s'assurer une certaine autonomie et une certaine liberté dans le choix de ses partenaires d'un bout à l'autre de la chaîne contractuelle. Or, tout le commerce que faisait B. en matière de sucre passait par M. qui intervenait soit comme vendeur initial, soit comme acheteur final. Pour sa part, M. n'imposait pas à B. d'entrer en concurrence avec d'autres acheteurs potentiels du sucre de M. De l'avis de la Cour, si B. avait voulu travailler en trader indépendant, elle aurait, comme le suggère l'expert GG., fait le nécessaire pour éviter que ses clients puissent traiter directement avec son fournisseur M. (TPF 11.621.1055). Au lieu de cela, B. a invité à plusieurs reprises à tout le moins l'un de ses clients (AA.) à payer directement le sucre acheté à M. Ainsi donc, même si l'expert GG. (TPF 11.621.1058) soutient que rien n'empêchait B. d'autoriser et même d'inviter son fournisseur M. à émettre des Bills of Lading « to order » et de les transmettre directement à son client ayant déjà payé le prix du sucre, cela n'était nullement dans l'intérêt prétendu de B., soit celui de tenir secrète sa liste de clients vis-à-

- 68 - SK.2019.13 vis de M., pour pouvoir continuer à travailler dans son intérêt et pour son compte. Et d'ailleurs, M. a fini par se donner les moyens de récupérer les clients dont s'était occupée B., en renonçant aux services de celle-ci (TPF 11.731.022 s., Q.72; TPF 11.763.007, Q.22 et Q.25). L'utilisation par B. d'une adresse email se terminant par « M..ch

» est également un sérieux indice de la dépendance de la première à l'égard de la seconde. Par l'utilisation de cette adresse email, B. a mis en exergue, sur un plan externe, soit à l'égard des partenaires commerciaux, le lien important existant entre elle et M. et ce quand bien même cette utilisation aurait finalement cessé à la demande de Q. (TPF 11.731.026, Q.84). S'y ajoute le fait qu'un employé de B., N., a signé à tout le moins un contrat de vente de sucre, sur du papier à en-tête de la société M., pour engager cette dernière (442.3-065, p. 535; p. 705). Il s'agit là d'un service rendu par B. à M. relevant clairement de la représentation. Parmi les témoins entendus lors des débats, O. a également soutenu que B., en écoulant le sucre de M., agissait comme représentant de celle-ci (TPF 11.762.007, Q.30). P. a, quant à lui, dit de B. qu'elle était le vendeur et marketeur de M., qu'elle devait donner un service à son client (TPF 11.763.011, Q.41). Autant de raisons ponctuelles de douter de l'indépendance de B. par rapport à M. pour ce qui concerne le négoce du sucre. Dans le Settlement Agreement du 18 décembre 2013, entre A., B. et M., mettant un terme aux services de courtage (Brokerage) fournis par B. entre le 1er juillet 2009 et le 31 décembre 2013, il est bien écrit que B. reste responsable pour le négoce effectué « as a principal » (442.3-065, p. 5020), ce qui démontrerait selon la défense qu'elle supportait certains risques. Si cela n'est pas contestable, cela ne suffit pas à démontrer que les intérêts de B. à vendre du sucre l'emportaient sur ceux de M. Pour ce qui est du Settlement Agreement entre B. et T., du 18 décembre 2018, il visait précisément à régler les services de consulting déployés par B. (442.3-065, p. 1927). Or, même si B. a exercé une telle activité avec une certaine indépendance, cela ne permet en rien d'en déduire qu'elle a toujours agi pour son propre compte dans ses autres relations avec M. Il est à noter que, dans la Letter of indemnity signée par BB. et B. SA, le 4 avril 2014, pour assurer le transfert des activités de B. à BB., faisant suite au Novation agreement du 28 mars 2014, au sujet des transactions d'achats et ventes de sucre ainsi que des contrats y relatifs, B. est qualifiée d'« intermediary between M. and any third party(ies) » (442.3-065, p. 1531).

- 69 - SK.2019.13 De plus, M. a régulièrement contribué à la bonne marche des affaires que B. a conduites, notamment en se portant à onze reprises garante des obligations de B. envers ses clients comme cela ressort de la documentation contractuelle produite (contrats nos 13022, 13030, 13038, 13069, 13077, 13083, 13084, 13089, 12137, 12148, 12097). A. l'a d'ailleurs reconnu lors des débats et a expliqué qu'il s'agissait, pour M., de rassurer les clients et garantir la bonne exécution du contrat par B. (TPF 11.731.018, Q.57 s.). En acceptant une telle aide, B. est parvenue à partager des risques lui incombant (cf. infra consid. 9.4.6) mais elle n'a pas agi avec le degré d'indépendance de celui qui travaille pour compte propre. En raison déjà de la nature des relations entre B. et M., il apparaît que B. a prioritairement dû promouvoir les intérêts d'autrui, soit ceux de M., et dans une moindre mesure, les siens propres, agissant ainsi fondamentalement pour le compte de tiers. Pour analyser la question de savoir, au vu des éléments au dossier, si B. ou son dirigeant a pu penser qu'elle agissait pour son propre compte, il convient encore d'examiner respectivement les activités par lesquelles B. a acheté et revendu du sucre à des tiers et celles par lesquelles il a acheté du sucre à des tiers pour le revendre à M. 9.4.4 Achats à M. Pour ce qui est d'abord du sucre que B. achetait à M. pour le revendre à des tiers, il appert qu'il correspondait à des surplus de production que M. devait écouler à l'extérieur de l'Algérie, pays où M. vendait la majeure partie de sa production. Pour accommoder M., B. acceptait d'acheter son sucre à un prix non négociable, mais déterminé unilatéralement par M., par le biais de grilles hebdomadaires accessibles à B. Selon le DFF, le sucre était vendu à bas prix par M. à B., pour permettre à B. de faire une marge bénéficiaire sur le sucre

revendu. Tel traitement de faveur n'a pas de caractère d'évidence dans la mesure où B. a souvent revendu du sucre sans faire de marge ou alors de faibles marges. Mais même si c'était avéré, il n'empêcherait que B. ne se donnait pas les moyens de promouvoir librement ses intérêts puisqu'elle ne mettait pas M. en concurrence avec d'autres vendeurs de sucre et ne négociait pas le prix d'achat du sucre. Tout comme B. ne mettait pas M. en concurrence avec d'autres fournisseurs de sucre, M. ne passait que par B., qui jouissait donc d'une exclusivité auprès de M. (voir O., TPF 11.762.004, Q.12; P., TPF 11.763.010, Q.45) pour écouler cette partie de production (moins de 10%) qu'elle ne mettait pas directement en vente elle-même (442.3-065, p. 4729). Il apparaît toutefois que, pour maximiser ses chances d'acheter son

- 70 - SK.2019.13 sucre à des prix avantageux, B. aurait au moins dû se ménager la possibilité de négocier le prix du sucre acheté, voire encore chercher d'autres sources d'approvisionnement pour générer certaine une concurrence entre fournisseurs. B., en achetant son sucre pour la revente à « un seul partenaire » sans discuter le prix, travaillait avant tout dans l'intérêt de celui-ci (442.3-065, p. 4376). Ainsi, lors de l'achat de sucre à M., B. plutôt que de promouvoir ses intérêts, permettait à M. d'écouler son surplus de sucre aux conditions qui avantageaient cette dernière, en en obtenant le prix voulu sans avoir à négocier. Si B. avait cherché à acheter du sucre sans tenir compte des intérêts de M., elle aurait probablement été en conflit de loyauté puisque, comme on l'a vu, elle louait au demeurant ses services de conseils à M. dans l'intérêt de celle-ci. En bref, lorsqu'elle s'est mise à faire du négoce de sucre avec M., B. a accepté, à tout le moins tacitement, de subordonner son intérêt à acheter du sucre le moins cher possible à celui de M. qui était de le vendre à un prix non-négociable, à une entreprise qu'elle connaissait bien, en qui elle avait confiance et qui lui était redevable (voir P., TPF 11.763.03, Q.10). Le financement est un enjeu important dans le négoce de matières premières (not. TPF 11.511.020 s., 107). Or, B. a accepté plusieurs prêts en 2013, pour plus de EUR 11 millions et près de USD 6 millions de la société T., qui était dans les mains des propriétaires de M. (TPF 11.731.031) et qui était gérée par Q., responsable du commerce de sucre chez M. depuis juillet 2009 et future administratrice présidente directrice de BB. International SA qui reprendra le négoce de sucre de B. avec M. Si ces prêts ne peuvent être considérés comme une rémunération de B. par M., il n'en demeure pas moins qu'ils accentuent la dépendance de la première envers la seconde. A ce sujet, A. a confirmé que les prêts obtenus avaient pour but d'obtenir des liquidités afin d'acheter le sucre auprès de M. (TPF 11.731.031, Q.99). S'agissant plus particulièrement d'un des prêts obtenus, il s'expliquerait par le fait que M. elle-même avait voulu que B. participe à un appel d'offres en vue de la commercialisation du sucre de M. sur le marché européen (TPF 11.731.031, Q.99). Quoiqu'il en soit, en acceptant ces prêts, B. a démontré, une fois encore, son peu d'indépendance vis-à-vis de M. Bien que dépendante de M. et soumise à ses conditions tarifaires, B. trouvait sans doute un certain intérêt à acheter du sucre pour le revendre ensuite, mais ce sont les intérêts de M. qui avaient la priorité. Et même à considérer qu'il y avait probablement, ce qui est bien connu à propos du contrat de commission, quelques risques de conflit d'intérêts pour B. entre les siens propres et ceux de M., les deux entreprises voulant faire du profit, il devait être admis par toutes deux que les intérêts de M., d'écouler ses surplus au prix voulu, passaient avant ceux de B.

- 71 - SK.2019.13 Il est un contrat de vente de sucre à propos duquel on pouvait s'attendre à ce que B. perçoive une rémunération indépendamment du résultat obtenu, soit une

commission; c'est le contrat de vente de sucre de 2012 à l'Irak qui serait, selon A., le seul contrat que B. aurait exécuté pour le compte de M. Mais même pour ce contrat, qui s'est apparemment traduit par des pertes pour M., B. a, selon les dires de Q., renoncé à toute rémunération, faisant ainsi passer les intérêts de M. avant les siens propres (442.3-065, p. 4726 ss).

9.4.5 Revente du sucre à des tiers Il ressort des diverses déclarations concordantes au dossier que B. avait renoncé, dans ses activités de vente de sucre, à choisir ses propres clients en toute liberté puisqu'elle se contentait de clients de deuxième choix (pas de « first class ») soit de clients avec lesquels M. ne voulait pas faire directement affaire. Acceptant cette limitation, B. a, une fois encore, subordonné ses intérêts économiques à ceux de M.

9.4.5.1 Des contrats sans marge Reste à savoir si B. pouvait librement revendre le sucre, préalablement acheté à M., à des prix lui permettant de réaliser des marges bénéficiaires au même titre que toute entreprise à but lucratif travaillant pour son compte. Il appert, au vu des pièces au dossier et plus particulièrement des contrats de vente de sucre, que B. a revendu son sucre, à des tiers, à des conditions très variables. Au vu des contrats et des factures au dossier, nonobstant les déclarations de O. lors des débats (TPF 11.762.006, Q.22) et celles d'A. (TPF.11.731.10, Q.31), il apparaît que B. n'a pas systématiquement obtenu de marge bénéficiaire pour le sucre revendu. P. a expliqué à ce sujet qu'il pouvait arriver que des ventes soient faites sans marge mais que l'entreprise pouvait « tourner » quand même compte tenu des volumes et du fait que B. avait aussi d'autres activités séparées que le trading pur (TPF 11.763.005, Q.15). La Cour a constaté que B. a, pour la plus grande partie du sucre vendu, accepté de le vendre au prix de revient. Dans tous ces cas-là, il serait incongru de parler de maximisation de la marge dans la mesure où ladite marge était inexistante. Lors des ventes de sucre réalisées en 2012 et 2013, par B., celle-ci a vendu au moins 107'000 tonnes en 20 mois, si l'on se fie aux factures et contrats au dossier. Sur ce total, il appert que plus de 60'000 tonnes ont été vendues par B. aux sociétés AA., RR., AAA. Co et TT. S.L, sans qu'elle ne réalise la moindre marge entre le prix d'achat et le prix de vente. Compte tenu de ce que les activités afférentes au négoce de sucre comportent des frais (salaires, locaux,

- 72 - SK.2019.13 assurances, etc.) B. aurait ainsi travaillé à perte, sauf à considérer qu'elle ait obtenu une autre forme de dédommagement pour son travail. L'explication donnée par A., selon laquelle certaines cargaisons de sucre auraient été vendues sans marge dans le but de fidéliser la clientèle, ne résiste pas à l'examen des cas dépourvus de marge. En effet, que ce soit avec la société AA., sur laquelle il sera spécifiquement revenu ci-après, la société RR. (contrat no 13083, 1'000 tonnes de sucre pour un prix d'achat et de vente de USD 543.00), AAA. Co (contrat no 13034, 1'000 tonnes de sucre pour un prix d'achat et de vente de EUR 439.08) ou TT. S.L (contrat no 12148, 100 tonnes de sucre pour un prix d'achat et de vente de EUR 492.00 et contrat no 13038, 120 tonnes de sucre pour un prix d'achat et de vente de EUR 475.00), des ventes sans marge ont été réalisées sans qu'elles ne permettent de réaliser des bénéfices subséquents avec ces mêmes clients. Soutenir que tel était néanmoins le but poursuivi ne reste qu'une hypothèse que les éléments au dossier ne confirment pas. La relation contractuelle avec AA. mérite un examen particulier. En effet, les treize contrats passés avec AA., selon lesquels il a été vendu par B. au moins 62'000 tonnes de sucre entre 2012 et 2013, sont particulièrement parlants. Sur la totalité des contrats, B. semble s'être ménagée une marge bénéficiaire de 13\$/tonne, qui n'est toutefois attestée par aucune des nombreuses factures au dossier, sur une seule paire de contrats, celle du 29.08.2012 pour une vente de 4'000 tonnes, ce qui représenterait ainsi une marge bénéficiaire de USD 52'000 (contrat no 121100). Une telle marge de USD 52'000 ne saurait

nullement couvrir les frais afférents aux douze autres contrats portant sur 58'000 tonnes vendues à AA. entre 2012 et 2013. Cela signifie que B. ne s'est manifestement pas livrée au négoce du sucre avec AA. en pratiquant des marges par lesquelles elle aurait pu faire valoir son intérêt économique et qu'elle n'a pas pu agir pour son propre compte puisqu'elle n'a obtenu, quasi systématiquement, aucune différence entre le prix de revient et le prix de revente du sucre. Si donc B. n'a pas travaillé à perte avec AA., et c'est plus que probable, c'est qu'elle a reçu des formes de rémunération dont il n'y a aucune raison de penser qu'elles émaneraient de ses clients et qui doivent donc être considérées comme des commissions dont le dossier, et en particulier les relevés bancaires, ne permet pas de penser qu'elles eussent été versées par d'autres que M. ou T. B. a tellement bien renoncé à percevoir une marge sur le prix qu'elle pratiquait avec son client AA., qu'elle a passé 85 contrats tripartites avec celui-ci et M. en vertu desquels AA. pouvait directement payer son sucre à M., au prix exigé de celle-ci à B., quand bien même le sucre lui était officiellement vendu par B. et pas par M. Ainsi, toute possibilité pratique pour B. de percevoir une marge était alors exclue.

- 73 - SK.2019.13 S'y ajoute le fait que le but de ce négoce avec AA. n'était pas de permettre à B. de travailler pour son propre compte mais, comme l'a déclaré P. aux débats, à M. de « prendre la Macédoine », d'y avoir une présence, quitte à baisser énormément ses marges (TPF 11.763.009, Q.38). Si P. soutient que B. a travaillé avec AA. « quasiment pour rien » (TPF 11.763.009, Q. 38), il convient d'admettre plutôt qu'elle a presque toujours travaillé à marge nulle. Quant à l'explication donnée par Q., au sujet du négoce avec AA., selon laquelle les transactions sans marge bénéficiaire ou encore négatives étaient courantes dans le négoce des matières premières (442.3-065, p. 4730), elle ne convainc nullement dès lors que la marge n'a jamais été négative, mais généralement nulle, et que l'absence de marge était quasi systématique, ce qui est insoutenable économiquement. A nouveau, l'affirmation selon laquelle la conclusion de contrats sans marge relèverait d'une stratégie à long terme dont le but serait de fidéliser le client et de s'assurer des bénéfices futurs, n'est, d'une part, pas étayée par le dossier, mais, d'autre part, contredite par la chronologie des événements puisque M. a mis fin à ses relations avec B., empêchant par là même qu'une telle éventualité ne se réalise.

9.4.5.2 Des contrats pour lesquels une marge semble avoir été réalisée

Pour la majeure partie des contrats de vente passés par B., cette dernière a bien réalisé une certaine marge entre le prix d'achat et le prix de vente du sucre. Toutefois, sur les quelques 35 contrats en cause, il y en a une dizaine où la marge (inférieure à CHF 3'000) ne semble pas couvrir le prix du travail accompli et les frais inhérents à l'opération, en raison de sa modicité, ce d'autant que la plupart des contrats donnent lieu à une pluralité d'expéditions de marchandise. Tel est notamment le cas d'un contrat avec BBB. (no 13064), qui aurait valu une marge de USD 400 à B. ou un contrat avec FFF. (no 12089), qui lui aurait valu USD 820. Comme le rappelait pertinemment l'expert GG. (TPF 11.621.1056), la marge réalisée par B. entre le prix d'achat et le prix de revente du sucre n'équivaut pas au profit ou aux pertes de B. Divers frais, dont les frais d'exploitation doivent être pris en compte. Selon l'expert GG., « Les coûts de fret devront au minimum être pris en compte pour en déduire que B. aurait fait un profit » (TPF 11.621.1056). Pour sa part, O. a aussi déclaré que, quand B. faisait du delivery at place (DAP), elle devait prévoir une marge pour les coûts de transport, les risques et le travail (TPF 11.762.113, Q.9). P. a également mentionné (TPF 11.763.009, Q.30) que B. était exposée, par son commerce de sucre, à diverses charges comme les salaires, les bureaux, les frais de voyage, les frais administratifs et les frais de rapports. Quant à J. SA, elle a fait mention de frais accessoires

pour désigner des frais de fret et d'assurance (442.3-065, p.4737).

- 74 - SK.2019.13 Ainsi, en facturant, le 17 décembre 2013, à SS. France SNC une livraison de 50.24 tonnes de sucre blanc raffiné d'Algérie vers Z. à un prix de EUR 525 par tonne (442.3-065, p. 1211) et en honorant, à son tour, une facture de M., du 19 décembre 2013, pour la livraison de ce sucre à un prix de EUR 453 par tonne (442.3-065, p. 1243), B. a réalisé une marge brute de EUR 3'617. Toutefois son bénéfice restera des plus modestes après paiement à MMM. France S.A. des factures de transport d'un montant de EUR 1'998.42 et de EUR 938.00 (442.3- 065, p. 1249 s.; p. 4735). Il y a certes des ventes qui ont apparemment valu à B. d'importantes marges. C'est le cas d'une vente de 5'000 tonnes à OO. en date du 28.02.2013, qui semble avoir valu à B. une marge de EUR 40'000. Toutefois, comme ces 5'000 tonnes ont donné lieu à au moins 13 cargaisons différentes, le bénéfice ainsi réalisé ne paraît que modeste car il en est allé d'au moins 13 transports distincts avec tout ce que chacun d'entre eux comporte de frais, de risques et de travail. A cela s'ajoute que la marge bénéficiaire, même si elle était élevée, n'est qu'un indice, pas très déterminant, du négoce pour propre compte, dans la mesure où il peut très bien être convenu, entre vendeur et acheteur, de la marge bénéficiaire que pourra réaliser ce dernier à titre de salaire pour sa contribution à la vente de la marchandise. En pareille situation la marge doit alors être assimilée à une commission et n'atteste pas d'un négoce pour compte propre. Il ressort d'ailleurs du dossier qu'à plusieurs reprises, le montant de la marge par tonne vendue était apparemment fixée d'entente entre B. et M. En effet, suite à la signature de plusieurs contrats (d'achat et de revente) par lesquels une certaine marge était d'emblée prévue, il est arrivé que le prix effectif du sucre vendu change par rapport au prix convenu. Et cela avait, chiffres à l'appui, pour effet de modifier le prix d'achat dudit sucre dans la même mesure, ce qui permettait de maintenir identique la marge prévue initialement. Plus précisément, quand le prix de revente augmentait par rapport au prix initial, le prix d'achat payé à M. était augmenté d'autant. Tel fut notamment le cas du contrat no 13008 de janvier 2013 conclu avec OO. Mais aussi du contrat no 13084, impliquant l'entreprise QQ. Sourcing AG, des 4 et 5 septembre 2013. Dans ce cas, alors que le prix pratiqué entre B. et QQ. est passé de USD 618 à 638, le prix pratiqué entre B. et M. est passé de USD 574 à 594. Il ressort du dossier que, outre AA., B. avait une quinzaine de sociétés pour clientes. Avec ces clientes aussi, il ressort que le but principal des opérations restait de permettre à M. d'écouler son sucre, au prix qu'il en voulait, avec le concours de B. Même si B. a parfois réalisé une marge sur le sucre qu'elle vendait à ses clients, cette marge restait souvent trop restreinte pour

- 75 - SK.2019.13 récompenser le travail réalisé par B., pour faire transporter le sucre jusqu'au client final et pour justifier les risques dont il sera question ci-dessous. Dès lors que les intérêts économiques de B. étaient, une fois encore, subordonnés à ceux de M., elle ne disposait pas du degré d'indépendance nécessaire, par rapport à M., pour être considérée comme ayant fait du négoce de sucre pour compte propre. Pour que le négoce de sucre opéré par B., avec le sucre provenant de chez M., soit économiquement viable, sans avoir à imaginer d'improbables stratégies commerciales de moyen ou de long terme (TPF 11.621.1052), il fallait résolument que B. réussisse à faire des bénéfices autrement qu'avec les seules marges sur le sucre. Si l'on considère les comptes de profits et pertes de B. pour les années 2012 à 2014, on constate que B., qui a vendu pour CHF 26'771'142 de sucre, en 2012, a réussi à faire une marge brute de CHF 1'988'575 sur le sucre et un bénéfice total brut de CHF 2'183'895. L'année suivante, B. qui a vendu pour CHF 57'067'640 de sucre, ce

qui représente une augmentation de 113% par rapport à l'année précédente, n'a augmenté, sur le sucre, sa marge brute, qui était alors de CHF 2'725'752, que de 37% par rapport à 2012. Toutefois, le bénéfice total brut de B. est passé à CHF 7'850'097 et a donc augmenté de CHF 5'666'202, soit de 259% par rapport à 2012. En 2014, alors que B. n'exerçait plus le négoce du sucre, sa marge brute, sur des honoraires à l'étranger et « futures » est encore de CHF 1'470'986 mais le bénéfice brut ne s'élève plus qu'à CHF 726'291. Il appert que les fluctuations du volume du négoce réalisé par B. sur le sucre n'ont qu'une assez faible incidence sur la variance des marges mais un impact très important sur l'évolution du bénéfice net réalisé par B. Aussi, il faut comprendre que ce n'est pas au travers des seules marges bénéficiaires entre achat et vente de sucre que B. a très nettement augmenté ses bénéfices, par simple accroissement du volume de ses ventes en 2013, mais c'est de manière indirecte que les variances du volume des ventes ont influencé l'ampleur des bénéfices réalisés. Comme ce dispositif n'a pu dépendre que de M. ou T., B. a reçu de cette entreprise des revenus assimilables à des commissions. Enfin, même si l'on peut admettre que dans quelques cas de ventes, B. a encaissé une marge suffisante pour couvrir ses frais, ses risques et pour dégager un bénéfice, il demeure que la marge n'est pas fixée librement par B., sous l'influence des prix du marché. Elle est plutôt fixée d'entente avec M., ce qui est

- 76 - SK.2019.13 de nature à empêcher B. de maximiser ses profits indépendamment des objectifs poursuivis par M., qui étaient de trouver à placer une partie de son sucre (les surplus) sur le marché à un prix non négociable. 9.4.6 Des risques pris par B. Pour preuve du fait qu'il aurait agi pour compte propre et ainsi de manière indépendante, le prévenu soutient en particulier qu'il assumait les risques liés à l'activité commerciale, notamment les risques de fret, de perte de marchandise ou encore de contrepartie. Pour ce qui est des Incoterms, dont l'importance ne doit pas être surestimée, ils règlent surtout les obligations de livraison de la marchandise, avec le transfert des risques sur le transport que cela comporte (TPF 11.621.1050; 1063 s.) mais ils ne permettent pas de déterminer si ces transferts interviennent dans le cadre d'une simple vente ou d'un contrat de commission. De par le rôle qu'elle assumait entre M. et le client final, B. prenait certes certains risques. Parmi ces risques, l'expert mandaté par B., GG., signale les risques de dégradation de la cargaison, les risques liés à la propriété, les risques inhérents à d'éventuels retards dans le paiement de la marchandise ou encore les risques de surestaries, soit les risques qui découlent d'une utilisation plus longue que prévue du bateau (TPF 11.621.1053). Parmi les risques encourus par B. dans son négoce de sucre, les risques inhérents au transport, en particulier entre le port d'importation et les entrepôts du client final, et à la dégradation de la marchandise pouvaient faire l'objet d'assurances (P., TPF 11.763.009, Q.33). Quand B. prenait une assurance (pour le transport ou en RC), elle s'exposait ensuite au risque d'avoir à entreprendre des démarches auprès de la compagnie d'assurance pour obtenir des indemnités (TPF 11.621.1056). Quoiqu'il en soit, les divers risques pris par B. ainsi que ses frais d'assurance y relatifs méritaient d'être rémunérés. Ils auraient donc été de nature à justifier aussi que B. couvre de tels risques par une part correspondante de marge bénéficiaire. Dans tous les cas où B. a revendu du sucre sans marge, elle a apparemment travaillé à perte, sauf à admettre l'existence d'une autre source de rémunération. Mais une fois encore, ce n'est pas parce que B. était exposée à des risques comme ceux inhérents au fret ou à la dégradation de la marchandise qu'elle réalisait pour autant des ventes pour son propre compte. Au chapitre des risques pris, il importe avant tout de savoir si B. était exposée au risque de celui qui travaille à son propre compte, à savoir celui de ne pas obtenir

la contrepartie pécuniaire de ses ventes. Le risque de contrepartie est en effet le risque essentiel auquel s'expose le vendeur d'un bien. A. a affirmé que 90% du négoce mondial se faisait « coût et fret » et qu'ainsi, le risque pris était celui de

- 77 - SK.2019.13 contrepartie (TPF 11.731.014, Q.42). O. a confirmé que le plus gros risque était celui de contrepartie (TPF 11.762.004, Q.15). Même si le prévenu soutient que ce risque lui incombait, la Cour constate que, concrètement, ce risque restait faible voire inexistant. Il est certes permis de postuler qu'en devenant propriétaire du sucre qu'elle achetait pour le revendre, B. s'exposait à ce risque, inhérent à sa qualité de propriétaire-vendeur du sucre, de ne pas percevoir le prix de la vente. Si tel était le cas, il y aurait quelques raisons de croire que B. travaillait à ses risques et peut-être donc pour son propre compte. De fait, le droit suisse connaît, entre autres, des institutions en vertu desquelles une personne peut devenir propriétaire d'un bien dans l'intérêt d'une autre personne. Tel est le cas du contrat de commission dans le cadre duquel le commissionnaire peut fort bien agir non pas seulement en son nom, mais en achetant lui-même et en revendant lui-même des biens dans l'intérêt du commettant. Une telle institution consacre précisément la figure juridique de l'activité menée pour le compte d'autrui. Une autre figure juridique suisse qui prévoit le transfert de propriété dans l'intérêt d'autrui est le contrat fiduciaire par lequel le fiduciaire a le devoir d'agir conformément aux instructions du fiduciant, notamment avec les biens dont il est devenu propriétaire à la demande du fiduciant. En l'occurrence, à l'instar de ce qu'offre le contrat fiduciaire, le transfert de la propriété du sucre de M. à B. a sans doute permis l'exécution de tâches dont devait s'acquitter cette dernière pour M. et en particulier de l'acheminement du sucre jusqu'au client final, mais aussi de l'encaissement du prix de vente obtenu de celui-ci. C'est à la manière d'un fiduciaire que B. devenait propriétaire du sucre, soit pour être en mesure de le vendre à un tiers, selon les plans de M. De surcroît, ce risque de contrepartie inhérent au statut de propriétaire-vendeur est resté très limité en l'occurrence et ce en grande partie parce que, selon le système pratiqué par M. et B., le transfert de propriété nécessitait que le paiement de la marchandise ait eu lieu, selon la clause « Title » des contrats. Or, vu que B. avait généralement le temps d'encaisser le prix de sa vente avant de payer sa propre dette envers M., comme en attestent les comptes annuels 2013 et de nombreuses pièces au dossier (TPF pp. 11.621.20-21, 37-44, 52-54, 62-64, 72-77, 84-85, 92-97, 105-107, 134-157, 163-165, 173-176, 185-188, 195-198, 205-208, 215-220, 225-232, 270-282, 341-350, 356-359, 366-371, 378-383, 390-391, 398-399, 406-407, 414-421, 424-425, 452-453, 464-465, 471-474, 481-482, 489-492), elle n'avait pas le temps de devenir propriétaire du sucre ou, cas échéant, très passagèrement. Selon le prévenu, à tour de rôle, M. puis B. étaient

- 78 - SK.2019.13 propriétaires de la marchandise indépendamment du moment où intervenaient les paiements respectifs. Toutefois, selon les Rules of the Sugar Association of London applicables aux contrats en cause, B. puis son client ne devenaient propriétaires qu'avec le paiement de la marchandise. Même à considérer qu'en sa qualité de propriétaire-vendeur de sucre, B. s'est elle-même exposée au risque de ne pas être payée par ses clients, ce risque ne pouvait être que très limité ou très passager. L'expert GG. a relevé que si B. encourait quelques risques du fait de ses activités de négoce, elle ne courait qu'un faible risque de ne pouvoir faire face à ses obligations envers M. en temps voulu, quand bien même elle était tributaire du paiement des factures qu'elle adressait à ses clients. Une raison en est que M. envoyait systématiquement ses factures à B. beaucoup plus tardivement que

B. envoyait les siennes à ses clients. Ainsi, B. pouvait-elle généralement honorer ses factures avec le produit de ses propres ventes. Cet état de choses a grandement dépendu de ce que M. veuille bien accorder à B. des facilités de paiement, soit des délais de paiement assez longs pour lui permettre de réaliser ses créances avant d'avoir à honorer ses dettes envers M. (voir Q., 442.3-065, p 4728). Pour sa part, la fiduciaire J., à la demande expresse de la défense d'A., n'a cité que deux exceptions à cette règle et ce pour deux sommes très modestes (442.3-065, p. 4737). Ainsi donc, tant que B. ne parvenait à encaisser le prix de sa vente, elle se gardait généralement de payer elle-même le sucre à M. et, en sa qualité de propriétaire, celle-ci était directement exposée au risque du non- paiement de la contreprestation, qui était contractuellement due à B. Selon l'expert GG. (TPF 11.621.1051) le retard relatif de M. pour présenter ses factures à B. n'était pas vraiment voulu. Il a expliqué à ce sujet: « C'est le lieu de rappeler qu'en raison de sa structure conséquente (plusieurs milliers d'employés), il fallait beaucoup plus de temps à M. pour établir ses factures et en requérir le règlement que ce qu'il fallait à une société de petite taille comme B., laquelle était en mesure d'effectuer ces tâches très rapidement. Il est donc logique que B. se soit fait payer par ses acheteurs finaux avant d'elle-même régler les factures de M. ». En l'occurrence, il paraît plus vraisemblable de considérer que la taille de M. ne l'empêchait nullement d'émettre ses factures rapidement. Ce d'autant moins que M. avait la possibilité de confier à B. le soin de lui rédiger des factures, comme on l'a vu ci-dessus. M. a plus vraisemblablement voulu aider B. en lui envoyant ses factures tardivement. En l'occurrence, le risque de contrepartie était aussi limité par le fait que B. ne passait de contrat avec M., pour lui acheter du sucre, qu'après avoir trouvé un acheteur qui leur convenait (voir O., TPF 11.762.004, Q.12; P. TPF 11.763.004, Q.13) et aussi par le fait que des garanties étaient parfois demandées à

- 79 - SK.2019.13 l'acheteur final sous forme d'acomptes (voir P., TPF 11.763.013, Q.50). Ainsi, B. pouvait-elle se donner le temps de sélectionner ses clients sans jamais se trouver dans la situation de devoir se contenter d'un client douteux par souci de se débarrasser d'une cargaison de sucre qu'elle n'aurait pas pu ou voulu entreposer. En définitive, ce n'est pas uniquement la facturation diligente de B. qui lui aurait permis de limiter le risque de contrepartie, mais surtout l'étroitesse des liens de collaboration entre M. et elle. L'expert mandaté par B., soit GG. (TPF 11.621.1059), tire encore argument de ce que la « part prépondérante » des transactions de sucre effectuées par B. avec M., puis avec des tiers, aurait donné lieu majoritairement, selon A., à des contrats Incoterms de type CFR et DAP. Cela serait un indice de ce que B. agissait bien pour son propre compte. Telle assertion, bien que douteuse quant à sa force probante, est en réalité fautive dans la mesure où, vérification faite, la très grande majorité des contrats passés par B. dans la période pertinente n'étaient pas des duos CFR et DAP (cf. supra consid. 8.2.2.2). Si B. avait été exposée à un risque de contrepartie, elle aurait dû accepter parfois de réduire son prix initial pour réussir à vendre tout de même, au client réticent ou à un autre, quitte à vendre à perte. Or, il appert que B. n'a apparemment vendu à perte qu'une fois. Selon les contrats passés entre M. et B. le 15 avril 2013, ainsi qu'entre B. et GGG. le 10 mai 2013, B. a revendu le sucre préalablement acheté à M. avec une perte d'environ EUR 3 par tonne. Cela étant, pour que B. ait effectivement travaillé à perte, il faut qu'elle n'ait pas été rémunérée autrement que par la marge réalisée. Or, il ressort du dossier que B. s'est vu verser sur son compte, le 17 juillet 2013, une somme de USD 7'500 intitulée GGG. Dans le cas irakien, un risque de contreprestation se serait bien concrétisé puisque le client final n'a pas voulu faire face à ses obligations. Toutefois, ce risque n'était manifestement pas supporté par B. mais par M.

puisque, dans ce cas-là, c'était pour le compte de M. qu'agissait B. Le fait que A. n'ait reconnu avoir agi pour le compte de M. que dans ce seul cas ne permet pas de croire que, dans tous les autres cas, B. a bel et bien agi pour compte propre. Cette reconnaissance unique a permis à A. d'expliquer pourquoi il avait répondu « pour compte de tiers » dans le formulaire de la FINMA, mentionnant ainsi un cas pour lequel aucun profit illicite ne pouvait être reproché à B. A la question de savoir s'il était arrivé à B. de devoir payer, à M., du sucre qui ne lui avait pas été payé par un client, O. a répondu que cela n'était pas arrivé souvent, sans citer le moindre cas concret (TPF 11.762.006, Q. 17). De fait, l'expert GG. lui-même n'est pas en mesure de citer des exemples concrets de

- 80 - SK.2019.13 réalisation du risque de non-paiement de la part du client et se contente d'un exemple parfaitement hypothétique pour illustrer son propos (TPF 11.621.1053). Cela ne veut pas dire que le risque de non-paiement était totalement inexistant mais qu'il était bien circonscrit, avec l'aide de M. En définitive, il apparaît fort douteux que B. ait eu à supporter d'importants risques de contrepartie. D'ailleurs, dans tous les cas où la marge bénéficiaire était soit nulle, soit très mince, il fallait bien, économiquement parlant, que ledit risque reste infime, sauf à envisager une autre forme de rémunération pour B.

Il y a lieu de relever enfin que, si des contrats d'assurance ont été conclus par B., ceux-ci ont plus spécifiquement trait aux risques que doit supporter l'affréteur (risque d'endommagement de marchandise lors du transport et risques de responsabilité civile liés aux dommages envers de tiers) et non le risque de contrepartie intrinsèquement lié au contrat de vente. Ces contrats n'excluent ainsi pas que B. ait agi pour le compte de M. et non comme une acheteuse à son propre compte. En conclusion, il est établi que le modèle d'affaires adopté par M. et B. en matière de négoce du sucre consiste clairement à écouler les surplus de sucre de M. pour un prix qui convienne à celle-ci et d'offrir une rémunération à B., pour son intermédiation, qui peut prendre diverses formes, mais une rémunération dont l'ampleur et les modalités dépendent de M. Ce modèle d'affaires repose sur une collaboration assez étroite entre M. et B., une collaboration qui n'est pas l'apanage de sociétés qui voudraient travailler dans leurs intérêts respectifs, à leurs propres comptes.

9.4.7 Vente de sucre à M. par B. Il n'y a que trois transactions lors desquelles il se pourrait que M. ait accepté que B. fasse valoir ses intérêts sans forcément prioriser les siens. Il s'agit des trois cas dans lesquels B. a acheté du sucre pour le revendre à M. Dans ces cas, B. s'est ménagé une marge par tonne de USD 100. Il en va des contrats qui portent les numéros 12001, 12002 et 12004. Cela dit, il reste étonnant que les contrats par lesquels B. a acheté 10'000 tonnes de sucre à QQQ. pour les revendre à M., en septembre 2012, ne prévoyaient aucune marge pour B. Dès lors que la marge prévue sur les trois premiers duos de contrats permettait à B. de réaliser une marge de USD 100 par tonne, qui est beaucoup plus élevée que celle que B. réalisait en revendant le sucre de M., il y a lieu de douter de ce que les intérêts de B. étaient une fois encore subordonnés à ceux de M. A cela s'ajoute qu'il y a lieu de penser que le sucre acheté par M. fera l'objet de traitements, de raffinement ou de conditionnement avant d'être revendu. Aussi, il est possible de douter que le sucre acquis par M. soit aussi facile à écouler ou liquider que le

- 81 - SK.2019.13 sucre qu'elle vend habituellement. Il est fort probable qu'après avoir été traité par M., le sucre devienne ainsi plus liquidable qu'il ne l'était avant. Dès lors, le sucre vendu par B. à M. n'est-il pas forcément suffisamment liquide pour tomber sous le coup de la LBA. Dans le doute, la Cour ne retient pas les trois ventes précitées de B. à M. comme étant des éléments du négoce pour compte d'autrui qui auraient nécessité l'obtention par B.

d'une autorisation. Sur la somme des contrats passés, par paires, entre B. et M. et entre B. et des entreprises tierces, pour écouler le sucre de M. dans divers pays, B. a pratiqué une forme d'intermédiation en faveur de M. B. n'avait pas l'indépendance requise pour pouvoir travailler pour son propre compte. B. a certes perçu parfois des marges, souvent modestes, sur le sucre qu'elle revendait à des tiers, mais cela n'était certainement pas sa seule forme de rémunération. B. n'avait pas non plus l'indépendance économique qui lui aurait permis de prendre des risques en vue de maximiser ses marges de profit. Elle dépendait en effet des facilités que lui faisait M. en matière de conclusion des contrats (timing), de modalités de paiement et de prêts. B. a accepté de subordonner ses intérêts économiques à ceux de M. et ce faisant elle continuait à mériter la confiance que lui faisait M. pour ses services de conseils et son travail de courtage. Le modèle d'affaires qui prévalait permet ainsi de dire que B. ne travaillait pas pour compte propre mais bien pour compte d'autrui. Quant aux quelques indices qui iraient dans le sens d'un négoce pour compte propre, ils étaient trop massivement contrés par des indices opposés pour admettre qu'A. eût pu croire, à tort, que le modèle d'affaires de B. ne consistait pas à travailler fondamentalement pour M., mais pour elle-même. Ainsi, toute éventuelle erreur d'A. sur la nature des affaires de son entreprise, achetant et revendant du sucre, ne saurait être admise faute de vraisemblance. Il convient toutefois de reconnaître que ce n'est pas forcément le même modèle qui s'est appliqué les quelques fois où B. a acheté du sucre qu'elle revendait ensuite à M. En effet, les marges alors perçues par B. semblaient conséquentes et la subordination des intérêts de B. à ceux de M. n'apparaît pas aussi clairement que dans le modèle exposé ci-dessus. Ainsi, le prévenu n'est-il reconnu coupable de négoce de matières premières sans autorisation ad hoc que pour la soixantaine d'achats et reventes du sucre de M. par B. Il en va cependant d'une quantité considérable de sucre, soit de près de 107'000 tonnes, négociées en l'espace de 20 mois, entre 2012 et 2014. 9.4.8 Responsabilité et éléments constitutifs subjectifs 9.4.8.1 A. est l'unique administrateur avec signature individuelle, le directeur et l'actionnaire unique de la société B. Il s'est rendu responsable, ce qui n'est par

- 82 - SK.2019.13 ailleurs pas contesté, conformément à l'art. 6 al. 2 DPA, des activités exercées par cette société. Que ce soit en qualité d'organe de société ou en qualité de personne physique, le prévenu est bien à l'origine des faits reprochés et la seule personne responsable ayant entrepris les démarches en lien avec la gestion de la société. Il s'est ainsi fait l'auteur des comportements reprochés et en est responsable pénalement, en vertu de l'art. 6 al. 1 DPA. 9.4.8.2 D'un point de vue subjectif, A. a soutenu qu'il n'avait pris conscience de son devoir de s'affilier qu'au plus tôt au moment de lire la réponse de la FINMA du 31 août 2015 qui lui indiquait qu'il était soumis à une obligation. Il veut pour indice de cela qu'il s'était en quelque sorte auto dénoncé le 4 août 2014 en interpellant lui-même l'autorité. Lors des débats, il a déclaré qu'il s'était effectivement posé la question de savoir s'il devait être affilié ou non à la FINMA mais qu'il ne connaissait toutefois pas l'existence de la procédure simplifiée tendant à obtenir une affiliation à un OAR (TPF 11.731.036, Q.117). Il considérait que le sucre négocié par lui devait être qualifié de « matières premières transformées », soit une matière première dont le négoce n'était pas soumis à autorisation (TPF 11.731.007, Q.15). Pour l'affirmer, il s'est prévalu de la mise en œuvre de la combinaison de plusieurs transformations consécutives ayant pour effet, selon lui, de changer la nature du produit (TPF 11.731.026 s., Q.88-93). A. avait ainsi connaissance des éléments constitutifs de l'infraction et n'ignorait pas qu'une autorisation était nécessaire pour certains intermédiaires financiers effectuant du négoce de matières premières. Il se serait toutefois mépris en pensant que le sucre dont il faisait le commerce

subissait des transformations suffisantes pour être qualifié de « transformé ». Le prévenu soutient ainsi n'avoir pas compris que le sucre qu'il vendait répondait à la définition de la matière première non transformée. Il en irait donc d'une erreur de fait en ce sens qu'A. a cru, à tort, que son sucre était suffisamment transformé pour qu'il ne tombe pas sous le coup de la loi faisant obligation aux négociants en matières premières d'être au bénéfice d'une autorisation. L'erreur porterait ainsi sur la réalisation de l'une des conditions constitutives de l'infraction et il s'agirait donc d'une erreur sur les faits. Il n'apparaît toutefois pas que l'erreur alléguée ait été commise dès le début de la commission de l'infraction. En effet, elle n'a été invoquée, pour la première fois, par A. que devant la Cour alors qu'il produisait, après en avoir eu connaissance, la décision rendue par la FINMA concernant II. Dans ses correspondances avec la FINMA, dès le mois d'août 2014, puis avec C. ou encore dans son opposition au mandat de répression, A. n'a jamais soutenu qu'il croyait ne pas devoir s'affilier en raison de la nature plus ou moins transformée de sa marchandise. Au contraire, ses déterminations s'étaient toujours fondées sur l'argument qu'il avait considéré

- 83 - SK.2019.13 avoir fait du négoce pour compte propre et non pour le compte de tiers. Par conséquent, l'erreur, si tant est qu'elle existe, n'a pas été commise au moment des faits reprochés, de sorte qu'il ne peut pas être retenu que le prévenu a commis l'infraction précitée en pensant à tort que le sucre négocié par lui était transformé, au sens de la norme, et qu'il doit être mis au bénéfice d'une erreur sur les faits. Par surabondance, s'agissant du caractère évitable ou non de l'erreur alléguée, on relèvera qu'en l'espèce, le prévenu dispose d'une longue expérience professionnelle dans le domaine du négoce, y compris du sucre, auprès d'entreprises variées. Il a par ailleurs contribué à la rédaction de littérature technique dans le domaine. Le prévenu n'a usé d'aucune précaution raisonnable pour éviter son erreur; il n'a interpellé l'autorité compétente que plusieurs années après avoir débuté le négoce de sucre et sur sollicitation de sa banque. Dès le début de sa relation avec M., A. aurait dû interroger un conseil juridique ou la FINMA, dont il n'ignorait pas l'existence et les prérogatives, pour obtenir des clarifications. Il a omis de se renseigner alors qu'il commençait une activité nouvelle pour son entreprise, activité dont il n'ignorait pas qu'elle était réglementée. Par conséquent, A., même s'il avait été dans l'erreur au moment des faits, celle-ci ne pourrait pas être qualifiée d'inévitable. Ainsi, la Cour considère que le prévenu n'était nullement sous l'empire d'une erreur de fait et qu'il a agi intentionnellement en pratiquant le négoce de sucre.

E. 10

octobre 2014, il a remis à la FINMA les formulaires qui lui avaient été demandés donnant des informations sur ses activités, si les 10 et 22 décembre 2014 il apportait encore des éclaircissements à la FINMA en lien avec les fonds gérés, il a poursuivi son activité sans attendre d'être fixé sur la licéité de celle-ci. A. s'est clairement accommodé de la commission de l'infraction pour le cas, plutôt probable, ou elle serait réalisée et ce jusqu'au 31 décembre 2014, date à laquelle il a annoncé à la FINMA que l'activité de gestion de fonds s'était arrêtée. Compte tenu de ce qui précède, la Cour considère que le prévenu ayant, durant une courte période de temps, envisagé qu'il réalisait possiblement une infraction, s'est accommodé de sa réalisation pour le cas où elle se produirait, et l'a donc commise par dol éventuel. Par conséquent, A. a enfreint l'art. 44 al. 1 LFINMA en lien avec l'art. 14 LBA du 1er décembre 2013 au 31 décembre 2014 en ce qui concerne l'activité de gestion de placements collectifs de capitaux, d'abord sous l'empire d'une méconnaissance de la loi résultant de sa propre négligence, puis par dol éventuel.

E. 10.1

En l'espèce, il ressort de la documentation recueillie auprès de la banque G. SA, des explications données par le prévenu dans son opposition du 14 septembre 2018 notamment (442.3-065, p. 4565) et de celles de la société B. 442.3-065, p. 902; p. 1806; p. 4582; p. 4755), que cette société a agi du 1er décembre 2013 au 31 décembre 2014, en qualité d'Investment Manager, soit comme gestionnaire, de deux compartiments du fonds H.SPC, une société à responsabilité limitée des Îles Caïmans non soumise à surveillance étatique (cf. supra consid. 8.2.8). Les biens gérés s'élevaient à une somme de USD 11'000'000. La banque G. SA était la banque dépositaire du placement collectif de capitaux et I. SA en était l'administrateur (442.3-065, p. 760). Comme nous l'avons vu (cf. supra consid. 5.2), pour déterminer si une personne ou une société doit être considérée comme un intermédiaire financier au sens de la LBA, il faut procéder en deux temps dès lors que l'art. 2 al. 3 LBA est subsidiaire à l'art. 2 al. 2 LBA. En l'occurrence, il faut se demander si la personne

- 84 - SK.2019.13 en question remplit les conditions d'une des catégories d'intermédiaires financiers définies à l'art. 2 al. 2 LBA. Puis, si tel n'est pas le cas, si elle remplit les conditions d'une des figures de l'intermédiaire financier telles que définies à l'art. 2 al. 3 LBA. Selon la LBA, B. aurait, en priorité, dû envisager de s'affilier selon l'art. 2 al. 2 let. bbis LBA en tant que gestionnaire de placements collectifs de capitaux, puis subsidiairement seulement selon l'art. 2 al. 3 LBA. Selon l'art. 2 al. 2 let. bbis LBA, il faut, pour déterminer si l'on est en présence d'un gestionnaire de placements collectifs, se référer à la LPCC. Il en va notamment de l'art 2 al. 2 let. h LPCC. Selon cette disposition, les gestionnaires de placements collectifs de capitaux ne sont pas soumis à la LPCC, entre autres, quand les valeurs patrimoniales qu'ils administrent ne dépassent pas 100 millions de francs. Dans les divers cas de figure où le gestionnaire de placements collectifs de capitaux n'est pas soumis à la LPCC, il doit en aller d'investisseurs qui sont « qualifiés » au sens de l'art. 10 al. 3, 3bis ou 3ter. Aussi, quand les investisseurs en cause sont « qualifiés », il n'est en effet pas nécessaire à celui qui administre les placements collectifs, les garde ou les distribue d'obtenir une autorisation pour son activité auprès de la FINMA (art. 13 LPCC). Il ressort de la circulaire de la FINMA 2011/1 que, si certains placements ne sont pas soumis à la LPCC aux termes de l'art. 2 al. 2 LPCC, ceux-ci ne sont pas non plus soumis à la LBA. En l'occurrence, la Circulaire ne mentionne pas le cas des gérants de fortune de placements collectifs suisses ou étrangers au sens de l'art. 2 al. 2 let. h. Cela ne saurait être interprété comme un oubli de la part de la FINMA, dès lors que celle-ci liste précisément chacun des cas spécifiques qui échappent à la LPCC et donc à la LBA. Par conséquent, quand bien même l'administré ne serait pas soumis à la LPCC en vertu de l'art. 2 al. 2 let. h LPCC, il ne saurait se soustraire à l'art. 2 al. 3 LBA, l'assujettissement à la LPCC ne constituant pas, à tout le moins s'agissant de ce cas de figure, une *conditio sine qua non* de l'assujettissement à la LBA. S'il n'y a pas de relation nécessaire entre le non-assujettissement à la LPCC et le non-assujettissement à la LBA, c'est en particulier parce que les deux lois ne poursuivent pas les mêmes buts. En toute hypothèse, même à considérer que la Circ. FINMA aurait omis de mentionner les gestionnaires de placements collectifs de capitaux, encore aurait-il fallu que les investisseurs concernés soient « qualifiés » au sens de l'art. 10 al. 3, 3bis ou 3ter.

- 85 - SK.2019.13

E. 10.2

B. n'atteignait pas les seuils requis par l'art. 2 al. 2 let. h LPCC. En effet, les fonds sous gestion ne dépassaient pas USD 11 millions. Toutefois, il n'apparaît pas que les investisseurs concernés eussent été « qualifiés » au sens de l'art. 10 al.3, 3bis ou 3ter. Non seulement les parties ne l'invoquent pas, mais il n'existe aucune déclaration écrite de particuliers fortunés (art. 10 al. 3bis LPCC), ni de contrat écrit de gestionnaire de fortune (art. 10 al. 3ter LPCC) au dossier de la procédure qui l'établirait. Selon la Cour, une exemption au sens de l'art. 2 al. 2 let. h LPCC ne se justifie donc pas. Même s'il y avait matière à exemption, dès lors que le DFF préconise dans son accusation l'application de l'art. 2 al. 3 let. e LBA et que la Cour considère que tous les cas d'exemption de l'art. 2 al. 2 let. h LPCC n'excluent pas l'application de l'art. 2 al. 3 let. e LBA, il convient d'examiner si cet article trouve application, à titre subsidiaire. L'activité de B. répondait aux critères de la pratique de la gestion de fortune (art. 2 al. 3 let. e LBA). En effet, B. a, ce qu'elle a clairement admis, géré en qualité d'Investment Manager deux compartiments d'un fonds étranger. B. exerçait son activité d'intermédiaire sur des placements collectifs étrangers non soumis à une surveillance équivalente (à celle de la Suisse) en matière de lutte contre le blanchiment d'argent. Elle a de plus agi à titre professionnel dans la mesure où elle disposait de plus de 5 millions de francs sous gestion.

E. 10.3

S'agissant enfin de la période délictuelle à prendre en considération, si le délai pour s'affilier à un OAR ou obtenir une autorisation était bien de deux mois, il n'en demeure pas moins que l'intermédiaire financier avait l'interdiction d'exercer des activités d'intermédiaire financier (autres que les activités minimales de sauvegarde du patrimoine) préalablement à ladite affiliation ou à l'obtention de l'autorisation. Il n'y a dès lors pas lieu, contrairement à ce que soutiennent A. et B., de retenir une période pénale inférieure de celle arrêtée par le DFF. La Cour considère que l'activité de gestion de placements collectifs de capitaux a dès lors été exercée, sans autorisation, du 1er décembre 2013 au 31 décembre 2014, soit durant 13 mois.

E. 10.4

Le prévenu soutient, dans son opposition du 14 septembre 2019, qu'il n'était pas conscient du besoin de s'affilier et ce jusqu'au 31 août 2015, date à laquelle la FINMA lui a annoncé qu'il le devait (442.3-065, p. 4583). Selon la défense, cette inconscience doit être examinée au chapitre des conditions subjectives de l'infraction et non en tant qu'erreur sur l'illicéité comme le suggère le DFF (442.3- 065, p. 4612).

- 86 - SK.2019.13 Lors des débats, A. a déclaré qu'il avait fait confiance à la banque G. auprès de laquelle il s'était renseigné et qui lui avait laissé entendre que les fonds en question n'étaient pas assujettis à la LBA, avant de commencer à gérer les fonds concernés ouverts auprès du même établissement bancaire (TPF 11.731.034 s., Q.110-112). Au vu du formulaire du 25 juillet 2014, adressé à C. par le prévenu, ce dernier pensait ne pas devoir requérir d'autorisation de la FINMA (cf. supra consid. 8.2.6.2). Cela ressort également de sa lettre du 4 août 2014 à la FINMA, par laquelle A. demandait confirmation de sa « non-obligation » d'affiliation au motif que les fonds gérés par B. et appartenant à une banque étaient restés inférieurs à 100 millions de francs. Il précisait également que l'établissement bancaire s'assurait de respecter les règles LBA. La teneur du formulaire du 10 octobre 2014 le confirme également (cf. supra consid. 8.2.1). La Cour constate également que, par courriel du 19 août 2014 adressé à MM., employé de B., LLL., Client

Relationship Manager Funds chez G., a répondu que les fonds visés n'étaient pas soumis à autorisation faute d'atteindre les seuils minimums et du fait de s'adresser à des investisseurs qualifiés. Toutefois, qualifiant la question de « plus complexe que prévue », LLL. s'est ravisé par courriel du 21 août 2014 adressé à MM., renvoyant aux dispositions légales de la LBA applicables aux gérants de placements collectifs et visant les professionnels pratiquant la gestion de fortune au sens plus large (cf. supra consid. 8.2.7, TPF 11.661.008 s.). Ce courriel n'aurait été transféré à l'adresse d'A. que le 2 octobre 2014. De surcroît, le document explicatif des fonds remis au prévenu par la banque précise que « This service ensures that the Fund is, at all times, in compliance with all legal requirements and avoids potential penalties from the control authority », ce qui a aussi pu inciter le prévenu à penser qu'il n'avait aucune autorisation à demander à l'autorité (cf. supra consid. 8.2.7).

E. 10.5

dans le cadre duquel la Cour a considéré que le prévenu avait agi par négligence pour n'avoir pas tenu compte de risques par lui perceptibles de violer la norme pénale. Par conséquent, la Cour considère également qu'un acquittement pour violation du principe de la légalité ne se justifie pas pour ce qui concerne l'activité de gestion.

- 92 - SK.2019.13

E. 10.6

Se pose enfin la question de savoir si A. peut se prévaloir d'une erreur et, cas échéant, s'il en allait d'une erreur de droit ou sur les faits. Selon la jurisprudence, il y a erreur sur les faits, selon l'art. 13 CP, lorsque l'infraction est commise dans l'ignorance ou sous l'influence d'une appréciation incorrecte de l'un de ses

- 88 - SK.2019.13 éléments constitutifs. L'erreur de l'auteur peut porter sur un élément factuel ou juridique. L'auteur peut par exemple croire par erreur qu'une chose lui appartient, alors qu'en réalité elle appartient à autrui, ou croire par erreur que de l'argent provenant d'un trafic illicite n'est plus susceptible de confiscation, alors qu'en réalité il l'est encore. Il y a en revanche erreur sur l'illicéité, selon l'art. 21 CP, lorsque l'auteur se représente correctement tous les éléments constitutifs de l'infraction, factuels et juridiques, mais croit néanmoins que son comportement est licite (arrêt 6B_63/2017, consid. 3.2; ATF 129 IV 238 consid. 3.; cf. supra consid. 5.1.1.6).

E. 10.7

En l'espèce, il ne peut en aller que d'erreur sur l'illicéité. En effet, A. a soutenu que, sur la base des informations qu'il avait reçues, il avait cru, à tort, que son activité n'était pas sujette à autorisation et qu'elle n'avait rien d'illicite même en l'absence d'autorisation. Comme A. n'a pas invoqué d'erreur qui aurait porté sur la réalisation d'un des éléments constitutifs de l'infraction, il n'y a pas lieu de rechercher une erreur qui porterait sur les faits. En l'occurrence, il est permis de douter qu'A. se soit vraiment trouvé dans l'erreur sans faute de sa part car, même s'il n'a pas eu le sentiment de faire quelque chose de contraire à ce qui se doit, il avait matière à s'interroger à ce sujet (arrêt du TF 6B_706/2019 du 13 août 2019 consid. 2.1 et références citées). Il avait en tout cas matière à se douter que le comportement envisagé ne serait pas forcément conforme à la loi. Si erreur il y a eu, c'est faute pour A. d'avoir pris de plus amples informations fiables sur la licéité de ce comportement. D'où le fait que l'erreur éventuelle d'A. lui est imputable, comme nous l'avons vu ci-dessus au chapitre de la négligence. Ainsi, si erreur sur l'illicéité il y a, elle ne

peut valoir à A. qu'une légère réduction de sa peine pour cause de culpabilité diminuée. En effet, comme le prévenu a choisi d'espérer que son comportement ne soit pas pénalement répréhensible, en se gardant de se livrer à de plus amples vérifications (arrêt du TF 6B_804/2018 du 04.12.2018), il s'est maintenu dans une erreur dont il est à l'origine et qui était donc évitable. L'erreur sur l'illicéité résulte en l'occurrence d'une négligence qui vaut d'ailleurs d'ores et déjà au prévenu une peine moins sévère que s'il avait agi purement intentionnellement, conformément à l'art. 44 al. 2 LFINMA, qui commande d'infliger une amende dans les cas de négligence.

E. 10.8

Dans la seconde période, entre le 3 octobre 2014 et le 31 décembre 2014, A. ne peut plus invoquer d'erreur sur l'illicéité puisqu'il sait que se pose la question de savoir si son activité de gestion requiert une autorisation. Dès lors que la nécessité de disposer d'une autorisation de la FINMA était dorénavant de l'ordre du possible, voire du vraisemblable, A. devait tenir pour relativement importante

- 89 - SK.2019.13 la probabilité de réaliser une infraction faute d'autorisation. Même si, le

E. 11

Violation du principe in dubio pro reo en lien avec le négoce de sucre

E. 11.1

La présomption d'innocence, garantie par les art. 10 CPP, 32 al. 1 Cst., 14 par. 2 Pacte ONU II et 6 par. 2 CEDH, ainsi que son corollaire, le principe « in dubio pro reo », concernent tant le fardeau de la preuve que l'appréciation des preuves au sens large (arrêt du TF 6B_706/2019 du 13 août 2019 consid. 2.1 et références citées). En tant que règle sur le fardeau de la preuve, elle signifie, au stade du jugement, que celui-ci incombe à l'accusation et que le doute doit profiter au prévenu. Comme règle d'appréciation des preuves (sur la portée et le sens précis de la règle sous cet angle, cf. ATF 144 IV 345 consid. 2.2.3.3 p. 351 s.), la présomption d'innocence signifie que le juge ne doit pas se déclarer convaincu de l'existence d'un fait défavorable à l'accusé si, d'un point de vue objectif, il existe des doutes raisonnables quant à l'existence de ce fait. Il importe peu qu'il subsiste des doutes seulement abstraits et théoriques, qui sont toujours possibles, une certitude absolue ne pouvant être exigée. Il doit s'agir de doutes sérieux et irréductibles, c'est-à-dire de doutes qui s'imposent à l'esprit en fonction de la situation objective.

E. 11.2

En l'espèce, le prévenu invoque que le doute devrait lui profiter, la procédure ayant donné lieu à des partis pris, à des présomptions infondées et à la mise à l'écart de moyens de preuve à décharge. Le dossier ne permettrait ainsi pas de retenir les infractions reprochées au prévenu (TPF 11.721.079 s.).

- 90 - SK.2019.13

E. 11.3

En l'occurrence, la Cour a examiné en détail les moyens de preuve au dossier et faits reprochés au prévenu. Il n'apparaît pas que l'infraction visée ait été retenue nonobstant une prétendue insuffisance de moyens de preuve. En effet, l'examen qui précède se fonde sur l'ensemble de la documentation contractuelle relative au négoce de sucre remise par les parties, sur les documents requis et remis par les établissements bancaires, sur les

déclarations écrites remises par les parties et les tiers concernés, ainsi que sur les auditions menées lors des débats. C'est donc sur la base d'un faisceau d'indices riches et variés que la Cour a fondé son intime conviction. Le principe de la présomption d'innocence n'est pas violé en ce sens que tout doute raisonnable a pu être écarté. Dans ces conditions, le principe de la présomption d'innocence ne commande pas que le prévenu soit acquitté.

E. 12

Principe de la légalité et l'exigence de précision (*nulla poena sine lege certa*) pour qualifier l'ensemble des activités litigieuses

E. 12.1

Une peine ou une mesure ne peut être prononcée qu'en raison d'un acte expressément réprimé par la loi (art. 1 CP). Le principe de la légalité (« *nulla poena sine lege* ») est aussi ancré expressément à l'art. 7 CEDH. Il se déduit également de l'art. 5 al. 1, 9 et 164 al. 1 let. c Cst. Le principe est violé lorsque quelqu'un est poursuivi pénalement en raison d'un comportement qui n'est pas visé par la loi, lorsque l'application du droit pénal à un acte déterminé procède d'une interprétation de la norme pénale excédant ce qui est admissible au regard des principes généraux du droit pénal ou si la poursuite pénale repose sur une norme pénale qui n'a pas de fondement juridique. Le principe s'applique à l'ensemble du droit pénal. Il n'exclut pas une interprétation extensive de la loi au détriment du prévenu. La loi doit être formulée de manière telle qu'elle permette au citoyen de s'y conformer et qu'il puisse prévoir les conséquences d'un comportement déterminé avec un certain degré de certitude dépendant des circonstances. L'exigence de précision de la base légale ne doit cependant pas être comprise d'une manière absolue. Le législateur ne peut pas renoncer à utiliser des définitions générales, ou plus ou moins vagues, dont l'interprétation et l'application sont laissées aux soins des praticiens. Le degré de précision requis ne peut pas être déterminé de manière abstraite. Il dépend, entre autres, de la multiplicité des situations à régler, de la complexité ou encore de la prévisibilité de la décision à prendre dans le cas particulier, du destinataire de la norme, ou encore de la gravité de l'atteinte aux droits constitutionnels. Il dépend aussi de l'appréciation que l'on peut faire, objectivement, lorsque se présente un cas concret d'application (arrêt du TF 6B_622/2013 du 6 février 2014 consid. 2.2 et les références citées).

- 91 - SK.2019.13

E. 12.2

En l'espèce, le prévenu soutient qu'il était, en sa qualité de justiciable, dans l'impossibilité d'anticiper que ses activités aussi bien de négoce de sucre que de gestion de placement pouvaient tomber sous le coup des normes pénales invoquées par le DFF (TPF 11.721.084 s.).

E. 12.3

En l'occurrence, en ce qui concerne l'activité de négoce de sucre, il n'était pas impossible au prévenu d'anticiper que le sucre dont il faisait le négoce ne serait pas considéré comme une matière première transformée. Le fait qu'une part d'interprétation soit laissée aux soins des juges ne permet pas au prévenu d'échapper à l'empire de la loi. Même à soutenir que l'interprétation de la loi est relativement extensive, le prévenu n'en serait pas exempté. Par ailleurs, le prévenu a affirmé qu'il avait toujours pensé que le sucre de M. était une « matière première transformée » (TPF 11.731.007, Q.15). Il n'ignorait ainsi pas que, selon

que le sucre était ou non qualifié de matière première transformée, il pouvait ou non y avoir obligation de s'affilier. Ainsi, l'application de la loi retenue par la Cour aurait pu être découverte par le justiciable. S'il est vrai qu'il pouvait s'avérer difficile pour lui de résoudre lui-même la question de savoir si le sucre devait être considéré comme une matière première entrant dans le champ d'application de la LBA, celui-ci connaissait l'existence de cette loi qui prévoyait que les matières premières y étaient, en principe, assujetties. Il était dès lors en mesure, non pas d'anticiper sans l'aide d'un juriste le résultat lui-même de l'interprétation, mais de se renseigner auprès d'avocats ou des autorités compétentes quant à l'application ou non de la loi à son activité. La Cour considère dès lors qu'un acquittement pour cause de violation du principe de la légalité ne se justifie pas.

E. 12.4

En ce qui concerne l'activité de gestion, à nouveau, ce n'est pas parce que l'examen du champ d'application d'une loi peut s'avérer complexe que le justiciable n'y est pas soumis pour autant. Comme relevé précédemment, si l'interprétation et l'application concrète de la loi est laissée à l'appréciation des juges, le justiciable ne peut en déduire qu'il y a violation du principe de la légalité. En l'occurrence, la difficulté pour le prévenu de savoir s'il aurait dû s'affilier n'était pas insurmontable. Selon la Cour, le comportement à lui reproché tombe sous le coup de la loi. Pour le savoir, le prévenu était tenu de déployer des efforts raisonnables afin de déterminer précisément ses devoirs en tant que gestionnaire de placements collectifs de capitaux. Au surplus, il est renvoyé au considérant

E. 13

Fixation de la peine

E. 13.1

Droit

E. 13.1.1

Selon l'article 47 CP, le juge fixe la peine d'après la culpabilité de l'auteur. Il prend en considération les antécédents et la situation personnelle de celui-ci ainsi que l'effet de la peine sur son avenir (al. 1). 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 (al. 2). La culpabilité de l'auteur doit être évaluée en fonction de tous les éléments objectifs pertinents, qui ont trait à l'acte lui-même, à savoir notamment la gravité de la lésion, le caractère répréhensible de l'acte et son mode d'exécution (objektive Tatkomponente). Du point de vue subjectif, sont pris en compte l'intensité de la volonté délictuelle ainsi que les motivations et les buts de l'auteur (subjektive Tatkomponente). A ces composantes de la culpabilité, il faut ajouter les facteurs liés à l'auteur lui-même (Täterkomponente), à savoir les antécédents (judiciaires ou non judiciaires), la réputation, la situation personnelle (état de santé, âge, obligations familiales, situation professionnelle, risque de récidive, etc.), la vulnérabilité face à la peine, de même que le comportement après l'acte et au cours de la procédure pénale (ATF 141 IV 61 consid. 6.1.1 p. 66 s.; 136 IV 55 consid. 5 p. 57 ss; 134 IV 17 consid. 2.1 p. 19 s.; 129 IV 6 consid. 6.1 p. 20; arrêt du TF 6B_759/2011 du 19 avril 2012 consid. 1.1). L'art. 47 CP confère un large pouvoir d'appréciation au juge (arrêt du TF 6B_353/2012 du 26 septembre 2012 consid. 1.1).

E. 13.1.2

Aux termes de l'art. 49 al. 1 CP, si, en raison d'un ou de plusieurs actes, l'auteur remplit les conditions de plusieurs peines du même genre, le juge le condamne à la peine que commande l'infraction la plus grave et l'augmente dans une juste proportion. Il ne peut toutefois excéder de plus de la moitié le maximum de la peine prévue pour cette infraction. Il est en outre lié par le maximum légal de chaque genre de peine. L'exigence, pour appliquer l'art. 49 al. 1 CP, que les peines soient de même genre, implique que le juge examine, pour chaque infraction commise, la nature de la peine à prononcer. Le prononcé d'une peine d'ensemble en application du principe de l'aggravation contenu à l'art. 49 CP n'est ensuite possible que si le juge choisit, dans le cas concret, le même genre de peine pour sanctionner plusieurs infractions retenues. Que les dispositions pénales applicables prévoient abstraitement des peines de même genre ne suffit pas. Si les sanctions envisagées concrètement ne sont pas du même genre, elles

- 93 - SK.2019.13 doivent alors être prononcées cumulativement (ATF 144 IV 313 consid. 1.1.1 p. 316 et les arrêts cités).

E. 13.1.3

Concrètement, quand il s'agit d'appliquer l'art. 49 CP, le juge doit procéder comme suit: dans un premier temps, il fixe la peine pour l'infraction abstraitement la plus grave, au vu de la peine maximale prévue par le code, en tenant compte de tous les éléments pertinents, parmi lesquels les circonstances aggravantes ou atténuantes. Dans un second temps, il augmente cette peine pour sanctionner chacune des autres infractions, en tenant là aussi compte de toutes les circonstances y relatives, en application du principe de l'aggravation (Asperationsprinzip) (ATF 144 IV 313 consid. 1.1.2 p. 317 et les arrêts cités). Selon ce principe, il ne saurait y avoir de peine finale qui serait supérieure à la peine qui résulterait du principe du cumul des diverses peines (Kumulationsprinzip) (ATF 143 IV 145 consid. 8.2.3 p. 148). En d'autres termes, le juge ne peut condamner plus sévèrement celui qui répond de plusieurs infractions en même temps, plutôt que d'une infraction à la fois (ATF 144 IV 217 consid. 3.3.3 p. 227). Les peines pécuniaires et les peines privatives de liberté ne sont pas équivalentes, les secondes impactant plus fortement que les premières la liberté de l'auteur (ATF 144 IV 217 consid. 2.2 p. 219 et les arrêts cités). Le juge ne saurait dès lors convertir en une peine privative de liberté une peine pécuniaire au motif que la quotité finale de celle-ci, dépendant aussi d'une autre infraction jugée en même temps, menace de dépasser le nombre maximum de 180 jours- amende prévu par l'art. 34 al. 1 CP. Une telle conversion n'est pas prévue par l'art. 49 al. 1 CP et serait contraire à l'art. 49 al. 1, 3e phrase, CP qui prescrit que le juge est lié par le maximum légal de la peine (ATF 144 IV 313 consid. 1.1.3 p. 318). Selon l'art. 9 DPA, les dispositions de l'art. 68 aCP (actuellement art. 49 CP) sur le concours d'infractions ou de lois pénales ne sont pas applicables aux amendes. En vertu de l'art. 9 DPA, aucune condamnation à une peine d'ensemble (hypothétique) au sens de l'art. 49 al. 1 CP ne peut être prononcée pour les amendes et les peines pécuniaires (SK.2018.42).

E. 13.1.4

La peine pécuniaire constitue la sanction principale dans le domaine de la petite et moyenne criminalité, les peines privatives de liberté ne devant être prononcées que lorsque l'Etat ne peut garantir d'une autre manière la sécurité publique. Lorsque tant une peine pécuniaire qu'une peine privative de liberté entrent en considération et que toutes deux apparaissent

sanctionner de manière adéquate la faute commise, il y a en règle générale lieu, conformément au principe de la proportionnalité, d'accorder la priorité à la première, qui porte atteinte au

- 94 - SK.2019.13 patrimoine de l'intéressé et constitue donc une sanction plus clémente qu'une peine privative de liberté, qui l'atteint dans sa liberté personnelle. Le choix de la sanction doit être opéré en tenant compte au premier chef de l'adéquation de la peine, de ses effets sur l'auteur et sur sa situation sociale ainsi que de son efficacité du point de vue de la prévention. La faute de l'auteur n'est en revanche pas déterminante (ATF 144 IV 313 consid. 1.1.1 p. 317 et les arrêts cités).

E. 13.1.5

Selon l'art. 34 al. 2, 3ème phrase CP, le juge fixe le montant du jour-amende 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. Cette disposition est applicable en l'espèce sans égard à la modification entrée en vigueur le 1er janvier 2018, qui n'est pas plus favorable à l'intéressé (art. 2 al. 2 CP). Les critères pertinents pour déterminer le montant du jour-amende ont été rappelés dans l'arrêt publié aux ATF 142 IV 315, auquel on peut se référer. 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 (ATF 142 IV 315 consid. 5.3.2). La situation à prendre en compte est celle existant au moment où statue le juge du fait. 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 (art. 34 al. 3 CP, ATF 142 IV 315 consid. 5.3.2). La loi mentionne la fortune parmi les critères d'évaluation; toutefois, comme la peine pécuniaire tend avant tout à toucher l'auteur dans ses revenus et non dans les sources de ces derniers, elle ne doit être prise en compte qu'à titre subsidiaire, lorsque la situation patrimoniale, particulière, contraste avec un revenu comparativement faible (ATF 142 IV 315 consid. 5.3.3 et les arrêts cités). La loi mentionne aussi spécialement d'éventuelles obligations d'assistance, familiales en particulier. La raison en est que les membres de la famille ne doivent, autant que possible, pas être affectés par la restriction apportée au train de vie du condamné. Le revenu net doit être amputé des montants dus à titre d'entretien ou d'assistance, pour autant que le condamné s'en acquitte effectivement. Le tribunal peut, dans une large mesure, se référer aux principes du droit de la famille en ce qui concerne le calcul de ces montants. D'autres charges financières ne peuvent être prises en compte que dans le cadre de la situation personnelle. Des engagements plus importants de l'auteur, préexistants et indépendants des faits (p. ex. des - 95 - SK.2019.13 paiements par acomptes pour des biens de consommation) n'entrent en principe pas en ligne de compte. En règle générale, les intérêts hypothécaires et les frais de logement ne peuvent pas être déduits. Il n'y a pas lieu non plus de prendre en considération les obligations qui sont la conséquence directe ou indirecte des faits de la cause (dommages-intérêts, tort moral, frais judiciaires, etc.) (ATF 142 IV 315 consid. 5.3.4).

E. 13.1.6

Selon l'art. 106 al. 3 CP, applicable par renvoi de l'art. 2 DPA, l'amende est fixée en tenant compte de la situation de l'auteur afin que la peine corresponde à la faute commise. La quotité de l'amende est déterminée, en premier lieu, par la faute commise, puis, dans un second temps seulement, par la situation financière de l'auteur (ATF 119 IV 330 consid. 3). Par situation financière, on entend, notamment les revenus, la fortune et les charges (Yvan JEANNERET, in : Commentaire romand Code Pénal I, Bâle 2009, n° 6 ad art. 106).

E. 13.1.7

S'agissant des règles relatives au sursis, 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. 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 TF 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). Sur le plan subjectif, le juge doit poser, pour l'octroi du sursis, un pronostic quant au comportement futur de l'auteur. La question de savoir si le sursis serait de nature à détourner l'accusé de commettre de nouvelles infractions doit être tranchée sur la base d'une appréciation d'ensemble, tenant compte des circonstances de l'infraction, des antécédents de l'auteur, de sa réputation et de sa situation personnelle au moment du jugement, notamment de l'état d'esprit qu'il manifeste. Le pronostic doit être posé sur la base de tous les éléments propres à éclairer l'ensemble du caractère de l'accusé et ses chances d'amendement. Il n'est pas admissible d'accorder un poids particulier à certains critères et d'en négliger d'autres qui sont pertinents.

E. 13.1.8

Finalement, l'art. 52 CP prévoit que l'autorité compétente renonce à poursuivre l'auteur, à le renvoyer devant le juge ou à lui infliger une peine si sa culpabilité et les conséquences de son acte sont peu importantes. L'importance de la culpabilité et celle du résultat dans le cas particulier doivent être évaluées par comparaison avec celle de la culpabilité et celle du résultat dans les cas typiques de faits punissables revêtant la même qualification (arrêt du TF 6B_320/2013 du 29 août 2013, consid. 4.1).

- 96 - SK.2019.13

E. 13.2

Cas d'espèce

E. 13.2.1

En l'occurrence, la Cour a retenu que le prévenu s'était rendu coupable d'exercice sans autorisation d'une activité d'intermédiaire financier de manière intentionnelle en pratiquant le négoce de sucre entre le 26 avril 2012 et le 31 décembre 2013, soit durant 20 mois. S'agissant de la gestion de placements collectifs de capitaux, la Cour a retenu que le prévenu s'était rendu coupable d'exercice sans autorisation d'une activité d'intermédiaire financière par négligence entre le 1er décembre 2013 et le 2 octobre 2014. Durant cette période, il apparaît que le prévenu était sous l'empire d'une erreur sur l'illicéité laquelle était toutefois manifestement évitable. Finalement, la Cour a retenu que le prévenu s'était rendu coupable d'exercice sans autorisation d'une activité d'intermédiaire financier en lien

avec cette même activité, par dol éventuel, entre le 3 octobre 2014 et le 31 décembre 2014. L'activité délictuelle d'A. a ainsi duré 13 mois. La masse de transactions contractuelles effectuées, les sommes en jeu, tant eu égard au chiffre d'affaires qu'aux bénéfices réalisés dans le cadre du négoce de sucre, et même en matière de gestion de fonds, ne sont pas négligeables. Concrètement, en ce qui concerne le négoce de sucre 65 contrats ont été passés avec une quinzaine de partenaires contractuels, impliquant un nombre de transports de marchandise très important et un chiffre d'affaires de plusieurs millions. En 2012, le chiffre d'affaires des ventes à l'étranger était de plus de CHF 26 millions et en 2013 a atteint plus du double de cette somme. S'agissant de la gestion de fonds, les recettes se sont élevées à plus de CHF 129'000 en 2014 (442.3-065, p. 1614) et les montants gérés étaient considérables puisqu'ils s'élevaient à EUR 11 millions. Les secteurs d'activités en cause constituent, pour la place financière suisse, des secteurs d'une grande importance économique, ce qui explique pour partie qu'ils soient régis par une législation développée. Il est d'un grand intérêt collectif que les acteurs économiques de la place financière suisse se comportent conformément aux normes en vigueur pour contribuer à préserver la réputation et la fiabilité de cette place financière. Si les infractions en cause n'ont pas directement causé de dommage économique, les biens juridiquement protégés par l'art. 44 LFINMA, à savoir en particulier la surveillance effective des marchés financiers suisses concernés et par voie de conséquence l'égalité entre concurrents, ont été mis à mal. Or cette surveillance de la FINMA est un élément clé de la lutte contre le blanchiment d'argent. Par ses manquements, le prévenu a donc contribué à compromettre l'efficacité du dispositif suisse dédié à la lutte contre le blanchiment d'argent sale.

- 97 - SK.2019.13

E. 13.2.2

Sur le plan subjectif, il y a lieu d'admettre que le mobile du prévenu n'est pas purement économique (appât du gain) dès lors qu'il a, pour une partie des faits retenus, agi par négligence soit en d'autres termes afin de gagner du temps et de s'épargner des démarches administratives. Le Juge unique relève toutefois que les activités délictuelles n'ont pris fin qu'en raison de l'intervention des établissements bancaires, puis de la FINMA. L'intensité de la volonté délictuelle du prévenu doit ainsi être considérée comme moyenne. Par conséquent, les infractions retenues à l'encontre du prévenu ne peuvent être qualifiées de minimales sous l'angle de la culpabilité de l'auteur, pas plus que sous l'angle des biens juridiquement protégés qui ont été mis en péril. La Cour en conclut qu'un classement ou une exemption de peine (art. 52 CP) ne se justifie pas.

E. 13.2.3

Sur la base des éléments objectifs et subjectifs exposés ci-dessus, la Cour estime qu'une peine de 150 jours-amende est adéquate pour sanctionner l'infraction relative au négoce de sucre. Concernant l'infraction en lien avec la gestion de placements collectifs de capitaux commise par négligence puis par dol éventuel, elle estime qu'une amende de CHF 20'000.00 serait adéquate. La Cour ayant retenu, pour la première période visée, soit du 1er décembre 2013 au 2 octobre 2014, que le prévenu était sous l'emprise d'une erreur sur l'illicéité évitable car résultant de sa propre négligence, il se justifie de réduire l'amende précitée à raison de 10%. Par conséquent, l'amende est fixée au montant de CHF 18'000.00.

E. 13.2.4

Concernant les circonstances liées au prévenu, ce dernier est âgé de 52 ans, est marié et père de trois enfants. Il n'a aucun problème de santé. Sur le plan professionnel, il est au bénéfice d'une bonne formation et dispose d'une large expérience professionnelle dans la branche du négoce de matières premières. Selon les informations qu'il a communiquées dans le formulaire relatif à la situation personnelle, son salaire mensuel net est de CHF 10'434, celui de son épouse de CHF 11'275. En 2018, il a également perçu des allocations à hauteur de CHF 10'440. Selon la déclaration fiscale 2018, le revenu net (imposable ICC) du couple s'élevait à CHF 245'700 et la fortune, au 31 décembre 2018, à CHF 4'309'000. Au chapitre des charges, il a indiqué qu'il devait s'acquitter d'intérêts hypothécaires à hauteur de CHF 13'321.25 et ses frais d'assurance maladie mensuels s'élèvent à CHF 496.80. Il est notamment débiteur d'une dette hypothécaire à hauteur de CHF 5'839'465.00. Son casier judiciaire suisse ne fait état d'aucun antécédent judiciaire. Quant aux effets émotionnels de la procédure sur le prévenu tels qu'invoqués par lui, si la Cour ne doute pas qu'une procédure est susceptible d'avoir de tels effets, ils n'ont toutefois été établis par aucune

- 98 - SK.2019.13 attestation de sorte qu'il n'y a pas lieu d'en tenir compte. Les impacts financiers de la procédure sur le prévenu et autres prétendues menaces invoquées par la défense telles que l'éventuelle remise en cause de la garantie d'activité irréprochable par la FINMA, les risques d'une possible liquidation forcée de B. selon l'art. 37 LFINMA ou encore un potentiel refus d'autorisation par la FINMA selon la nouvelle LFin restent hypothétiques. Selon la Cour, l'impact effectif de la présente procédure sur la situation professionnelle du prévenu n'est pas démontré et s'avère trop imprécis pour être pris en compte. S'agissant plus spécifiquement de l'impact financier négatif et du prononcé d'une possible faillite, il en va d'éventualités qui semblent peu probables au regard de la confiscation prononcée par la Cour (cf. infra consid. 14). Par conséquent, la Cour considère que les facteurs liés à la personne d'A. sont neutres et n'induisent ainsi aucune diminution ou aggravation de la peine.

E. 13.2.5

Quant à la fixation du montant du jour amende, il sied de constater que la situation d'A. n'est pas précaire. Tant A. que son épouse disposent chacun d'un revenu mensuel net de plus de CHF 10'000 pour un revenu annuel net imposable de CHF 245'700. Compte tenu de ce qui précède, soit du revenu net du prévenu, de la prise en considération de la prime d'assurance maladie déclarée par lui (seule dépense par ailleurs chiffrée) et des obligations d'entretien familiales, dont l'acquittement effectif n'a pas été démontré par le prévenu, mais évaluées par la Cour à hauteur de CHF 600 pour chacun des trois enfants du prévenu (cf. art. 92 LP et lignes directrices pour le calcul du minimum vital de l'Etat de Vaud), la Cour arrête à CHF 200.00 le montant du jour-amende, montant qui n'atteint pas le minimum vital du prévenu.

E. 13.2.6

Finalement, selon l'art. 48 let. e. CP, la peine doit être atténuée si un certain temps s'est écoulé depuis la commission des infractions et que le prévenu s'est bien comporté dans l'intervalle. En l'occurrence, considérant que le délai de prescription est de 7 ans (art. 52 LFINMA) pour l'infraction par négligence et de 10 ans pour l'autre (art. 97 al. 1 let. c), il convient de tenir compte du fait que plus des deux tiers du délai de prescription de l'infraction selon l'art. 44 al. 1 LFINMA s'est écoulé à ce jour. Pour ce qui est de la contravention, son délai de prescription viendrait à échéance l'an prochain s'il n'avait été

interrompu par le prononcé pénal du 31 janvier 2019. Cela dit, dans la mesure où le délai de prescription de l'art. 52 LFINMA est un délai extraordinaire par rapport au délai ordinaire de l'art. 97 CP, il n'apparaît pas indispensable de réduire moins amplement une peine qui serait prononcée en vertu de l'art. 44 al. 1 LFINMA qu'une peine qui serait prononcée en vertu de l'art. 44 al. 2 LFINMA au seul motif que la différence entre les délais respectifs de prescriptions est de trois ans et que le seuil des deux tiers du délai est plus largement dépassé pour l'infraction

- 99 - SK.2019.13 qui tombe sous le coup de l'al. 2 que celle qui relève de l'al. 1. L'art. 48 let. e CP commande en effet qu'il soit tenu compte de la diminution de la nécessité de punir en raison de l'effet guérisseur du temps écoulé (arrêt 6B_189/2019 du 7 décembre 2017, consid. 5.3.3) lequel doit l'être pris en considération, dans une même mesure, pour chacune des deux peines à prononcer. Ainsi, une réduction de l'ordre de 15% des peines apparaît adéquate. Au demeurant, la Cour n'a pas pu retenir d'autres circonstances atténuantes que celle de l'art. 48 let. e CP. Par conséquent, la peine pécuniaire en lien avec le négoce de sucre est diminuée à hauteur de 130 jours-amende à CHF 200.-. Quant à l'amende en lien avec les placements collectifs de capitaux, elle est réduite à CHF 15'000.-.

E. 13.2.7

Au chapitre du sursis, selon l'art. 42 al. 1 CP, celui-ci est la règle générale lorsqu'une peine ferme ne paraît pas nécessaire pour détourner l'auteur d'autres crimes ou délits. Concernant l'infraction en lien avec le négoce du sucre, sanctionnée par une peine pécuniaire, une peine ferme n'apparaît pas nécessaire pour détourner l'auteur d'autres délits. Sur le plan subjectif, le pronostic quant au comportement futur de l'auteur est favorable. Les circonstances de l'infraction étaient spécifiques et ne risquent plus de se reproduire à brève échéance. Le prévenu n'a pas d'antécédent et sa réputation ne semble pas désavantageuse, à tout le moins sur le plan professionnel. De par sa situation personnelle, plus particulièrement familiale, et du fait qu'il a manifesté un état d'esprit constructif au moment des débats, le pronostic qui doit être émis est favorable. Par conséquent la peine pécuniaire prononcée à son encontre doit être assortie du sursis complet durant 2 ans. Concernant l'amende prononcée en lien avec la contravention, la question du sursis ne se pose pas dans la mesure où les dispositions y relatives ne sont pas applicables (art. 105 al. 1 CP, applicable par renvoi de l'art. 2 DPA).

E. 14

Confiscation

E. 14.1

A teneur de l'art. 70 CP, applicable par renvoi de l'art. 35 al. 5 LFINMA, le juge prononce la confiscation des valeurs patrimoniales qui sont le résultat d'une infraction ou qui étaient destinées à décider ou à récompenser l'auteur d'une

- 100 - SK.2019.13 infraction, si elles ne doivent pas être restituées au lésé en rétablissement de ses droits. Inspirée de l'adage selon lequel « le crime ne paie pas », cette mesure a pour but d'éviter qu'une personne puisse tirer avantage d'une infraction. Pour appliquer cette disposition, il doit notamment exister entre l'infraction et l'obtention des valeurs patrimoniales un lien de causalité tel que la seconde apparaisse comme la conséquence directe et immédiate de la première (ATF 140 IV 57 consid. 4.1, SJ 2019 II 286). C'est en particulier le cas lorsque l'obtention des valeurs patrimoniales est l'un des éléments constitutifs de l'infraction ou constitue un avantage direct découlant de la

commission de l'infraction. Les valeurs patrimoniales doivent ainsi constituer le résultat de l'infraction. C'est le cas en présence d'un avantage direct découlant de la commission de l'infraction, voire en cas d'avantage « indirect » à savoir celui que l'auteur de l'infraction s'est procuré par des actes subséquents, qui eux-mêmes n'ont été rendus possible que grâce au crime initial (SJ 2019 II 289). En revanche, les valeurs ne peuvent pas être considérées comme le résultat de l'infraction lorsque cette dernière n'a que facilité leur obtention ultérieure par un acte subséquent sans lien de connexité immédiate avec elle (ATF 140 IV 57 consid. 4.1). La causalité ne se présente pas sous la même forme selon que l'auteur a violé son devoir de prudence par action ou par omission (arrêt du TF 6B_908/2012, consid. 7.1). Une action est l'une des causes naturelles d'un résultat dommageable si, dans l'enchaînement des événements tels qu'ils se sont produits, elle a été, au regard de règles de l'expérience ou de lois scientifiques, une condition sine qua non de la survenance de ce résultat. En cas de violation du devoir de prudence par omission, il faut procéder par hypothèses et se demander si l'accomplissement de l'acte omis aurait, selon le cours ordinaire des choses et l'expérience de la vie, évité la survenance du résultat qui s'est produit, pour des raisons en rapport avec le but protecteur de la règle de prudence violée. Pour l'analyse des conséquences de l'acte supposé, il faut appliquer les concepts généraux de la causalité naturelle et de la causalité adéquate (arrêt du TF 6B_908/2012, consid. 7.1.2). En lien avec l'exercice d'une activité soumise à autorisation, le TF a relevé ce qui suit: « (...) Bei Bewilligungsdelikten wäre ein solcher ohnehin nur zu bejahen, wenn die Voraussetzungen für die Erteilung der Bewilligung nicht erfüllt wären, so dass das rechtmässige Alternativverhalten nur im gänzlichen Verzicht auf die Ausübung der unter Bewilligungspflicht gestellten Tätigkeit läge. Soweit die Voraussetzung für die Erteilung der Bewilligung indessen erfüllt wären, könnte der Kern der Anlasstat nicht im Ausüben der Tätigkeit selbst erblickt werden,

- 101 - SK.2019.13 sondern lediglich im Nichteinholen der Bewilligung. Bei dieser Sachlage wäre das Nichteinholen der Bewilligung für das Erlangen der Vermögenswerte nicht kausal (...) » (arrêt du TF 6B_1304/2017 du 25 juin 2018 consid. 5.4 et références citées). En d'autres termes, le lien de causalité entre l'infraction concernée et les valeurs patrimoniales générées n'est donné que si les conditions pour l'obtention de l'autorisation n'étaient pas réalisées. Si les conditions étaient en soi remplies alors l'infraction consisterait uniquement dans le fait de ne pas avoir sollicité l'autorisation et non dans l'activité qui s'en est suivie. Dans un arrêt 6B_928/2019 du 16 décembre 2019, consid. 3.1, le TF a encore rappelé que la confiscation suppose un lien de causalité entre l'infraction pénale et les valeurs patrimoniales générées, en ce sens que ces dernières doivent apparaître comme la conséquence directe et immédiate de l'infraction considérée. Un tel lien de causalité fait défaut si l'avantage patrimonial avait aussi été obtenu sans l'acte punissable. Il est donc nécessaire de vérifier si l'auteur aurait réalisé le même avantage patrimonial au moyen d'un comportement alternatif légal. Ce qui est déterminant ici c'est le déroulement hypothétique des faits sans l'infraction pénale. Le seul lien de connexité entre l'infraction et les valeurs patrimoniales ne suffit pas toujours à autoriser une confiscation de l'avantage patrimonial. Ce dernier doit être illicite « en soi » (SJ 2019 II 290). A titre d'exemple, ce n'est pas le cas lorsque le comportement en question n'est pas objectivement interdit, comme lors de l'obtention de valeurs pécuniaires par la commission d'un délit impossible de recel. Tant que le gain provient d'un acte juridique objectivement légal, il n'est pas le produit d'un comportement pénalement répréhensible et reste ainsi non illicite. Il n'y a alors pas motif à confiscation (ATF 137 IV 305, JdT 2012 IV 242 consid. 3.1 et références citées). De même,

la jurisprudence a considéré que le salaire découlant d'un contrat de travail passé avec un employé en séjour illégal et sans autorisation de travail n'était pas un avantage illicite susceptible de confiscation (ATF 137 IV 305, JdT 2012 IV 242 consid. 3.1 et références citées).

E. 14.2

Appréciation juridique

E. 14.2.1

S'agissant de l'existence d'une infraction, la Cour a retenu qu'A. avait, par le biais de sa société B., commis l'infraction d'exercice sans autorisation de l'activité d'intermédiaire financier (art. 44 LFINMA en lien avec l'art 14 LBA) relativement au négoce de sucre, et de cette même infraction, pour partie par négligence (art. 44 al. 2 LFINMA en lien avec l'art. 14 LBA) et pour partie par dol éventuel, s'agissant de la gestion de fonds. Sur ces questions, il est renvoyé aux considérants 9 et 10 ci-dessus. A. a violé son devoir de prudence par omission, à savoir celle consistant à ne pas demander et obtenir l'autorisation et/ou

- 102 - SK.2019.13 l'affiliation idoine en lien avec ses activités de négoce de sucre et de gestion de placements collectifs de capitaux. En principe, ces activités économiques ne sont pas interdites en soi, comme l'est le commerce de stupéfiants, ni permises qu'à titre exceptionnel. Aussi, le respect de l'art. 44 LFIMA ne vise-t-il pas à rendre licites des activités économiques qui ne le seraient pas sans autorisation étatique, comme par exemple le commerce des amphétamines, mais bien de permettre à l'administration d'exercer une certaine surveillance sur les activités des intermédiaires financiers. En l'occurrence, le bien juridiquement protégé par l'art. 44 LFINMA n'est pas le patrimoine, mais le bon fonctionnement de la FINMA et de la justice dans la mesure où il en va de lutte contre le blanchiment d'argent. Dès lors, le seul enrichissement direct que peut procurer la violation de l'art. 44 LFINMA correspond au prix qu'il faut d'habitude payer pour obtenir l'autorisation requise. Dans la mesure où la violation de l'art. 44 LFINMA contribue à entraver la lutte contre le blanchiment d'argent, ce n'est que très indirectement que cet article protège aussi le patrimoine de victimes d'infractions patrimoniales préalables.

Toutefois, si celui qui doit demander l'autorisation d'exercer une activité d'intermédiaire financier n'avait aucune chance de l'obtenir parce qu'il ne peut remplir les conditions légales ou prendre les dispositions qui lui seraient imposées, cela signifie qu'à lui, l'activité resterait interdite et, qu'en s'abstenant de demander une autorisation, il va éviter de s'exposer à une interdiction formelle et à l'action de l'Etat pour empêcher qu'il viole l'interdiction. Autrement dit, l'administré qui ne demande pas d'autorisation, même si c'est l'activité interdite qui l'enrichit directement et pas tant le fait de ne pas demander d'autorisation, maximise ses chances de pouvoir mener une activité lucrative qui lui est interdite, sans entrave de l'autorité. Aussi, quand l'autorisation ne pourrait être obtenue, le fait de ne pas la demander contribue, dans une certaine mesure, à favoriser l'enrichissement de l'administré qui omet de la demander. Il convient dès lors de se demander si, d'une part, dans l'hypothèse où le prévenu avait sollicité ladite autorisation ou affiliation, celle-ci lui aurait été accordée et, d'autre part, s'il existe un lien de causalité entre l'infraction pénale et les valeurs patrimoniales générées.

E. 14.2.2

Selon le DFF, B. ne remplissait pas, au moment des faits reprochés, les conditions pour obtenir une autorisation, plus particulièrement celles commandées par l'art. 8 LBA et 22, 24s et 63 s. aOBA-FINMA. Quant à elle, B. ne soutient pas qu'elle remplissait lesdites conditions mais bien plutôt celles de l'affiliation à un OAR. La loi ne dit pas que l'intermédiaire financier doit prioritairement tenter de s'affilier à un OAR ou plutôt chercher à obtenir une

- 103 - SK.2019.13 autorisation de la FINMA. Ainsi, selon la Cour, il importe de déterminer si l'administré satisfait soit aux conditions de l'obtention d'une autorisation, soit encore aux conditions d'une affiliation à un OAR.

E. 14.2.3

En ce qui concerne les conditions pour l'obtention de l'affiliation, il est établi qu'elles étaient réalisées en août 2016, lors de l'affiliation de B. à l'organisme d'autorégulation des gérants de patrimoine (OAR-G), comme cela ressort des attestations remises par B. (442.3-065, p. 1703; p. 4882). De même, selon le règlement de cet OAR, les intermédiaires financiers doivent, d'une part, attester par écrit de leur conformité aux obligations imposées par la LBA, au dit règlement, jouir d'une bonne réputation et présenter toutes les garanties quant à une activité irréprochable. Or, il n'apparaît pas que B., respectivement A., ait dû entreprendre des démarches particulières, pas même structurelle ou organisationnelle, afin d'obtenir l'affiliation précitée. Si le DFF soutient que B. aurait dû, en raison du nombre d'employés exposés à une activité LBA, établir des directives internes nécessaires à la prévention de la lutte contre le blanchiment (442.3-065, p. 5150), il n'est toutefois pas précisé quels employés auraient véritablement été « exposés ». A l'inverse, selon la liste des employés remise par B. lors des débats ainsi que les déclarations concordantes du prévenu et des témoins, il semblerait que moins de cinq personnes aient été exposées à une activité LBA, à savoir N., O., QQQ. et A. Dans cette hypothèse, aucune directive interne n'aurait dû être adoptée et n'a d'ailleurs apparemment été prise en 2016. B. était également tenue de nommer un responsable LBA. Ce fût chose faite en la personne d'A. Aucun élément ne permet ainsi de retenir qu'une personne tierce, dotée de compétences particulières, autre que celles déjà présentes dans l'entreprise aux moments des faits litigieux, n'aurait dû être nommée pour ce poste. Enfin, selon le règlement de l'OAR-G, un cours de formation de base LBA doit être suivi par le responsable LBA. A. n'avait pas, lors de l'affiliation à l'OAR-G, suivi ledit cours. Néanmoins, il n'apparaît pas que le suivi de ce cours devait et pouvait avoir lieu avant l'affiliation, mais plutôt que ce cours pouvait très bien être suivi ultérieurement dans un certain laps de temps. Par conséquent, pour la période concernée, l'instruction ne permet pas d'établir précisément quelles mesures organisationnelles auraient dues être prises, par B., pour mériter une affiliation ou une autorisation. Faute de preuve contraire, la Cour retient que les conditions pour l'obtention de l'autorisation étaient en soi remplies de sorte que l'infraction n'a pas permis à B. d'exercer une activité qui lui était en fait interdite mais seulement de faire l'économie du prix de dite autorisation. Même si l'on admettait que B. aurait, à la demande de l'autorité, dû prendre certaines mesures pour mériter son autorisation, il n'apparaît nullement que ces mesures étaient hors de portée de B. Aussi, ce n'est pas en omettant de demander une autorisation que B. augmentait ses chances de pouvoir exercer

- 104 - SK.2019.13 une activité lucrative. En effet, l'autorité, si elle avait été requise de délivrer une autorisation, n'aurait pas prononcé d'interdiction à l'endroit de B., mais seulement fixer des conditions d'octroi et des délais pour réunir celles-ci.

E. 14.2.4

Sous l'angle du lien de causalité, il apparaît que les valeurs patrimoniales obtenues par le négoce de sucre ou encore la gestion de placements collectifs de capitaux ne dépendaient qu'indirectement de l'octroi d'une autorisation ou d'une affiliation mais dépendaient directement d'activités économiques sujettes à autorisation. Le lien de causalité entre l'omission de la demande d'autorisation et la réalisation de gains illicites serait moins indirect, et plus déterminant, si l'octroi d'une autorisation avait été impossible. En l'espèce, il n'apparaît donc nullement que la conclusion ou la licéité des contrats passés entre B. et ses partenaires contractuels aient pu dépendre d'une quelconque autorisation. Ainsi, il sied de conclure que le lien de causalité entre l'infraction reprochée et les gains réalisés n'est pas donné. Le seul lien de causalité direct qu'il y a eu en l'espèce n'existait qu'entre l'absence de demande d'autorisation et l'argent qu'il a été possible à l'administré d'épargner en omettant d'obtenir une telle autorisation. Cette somme peut être estimée en l'espèce à CHF 3'000 (TPF 11.731.037, Q.122). C'est la somme qui serait donc confiscable. Comme il est impossible de retrouver cet argent parmi les avoirs du prévenu ou de sa société, une créance compensatrice correspondante doit être envisagée. Compte tenu de ce qui précède, il n'est pas nécessaire d'examiner le grief du prévenu de la violation du principe *in dubio pro reo*, en particulier quant aux montants confiscables, ni de répondre à la question de savoir si une confiscation aurait dû être ordonnée en tenant compte du bénéfice net ou du produit brut.

E. 15

Créance compensatrice

E. 15.1

Lorsque ni la valeur originale, ni une vraie ou une fausse valeur de substitution ne sont disponibles, le juge ordonnera, selon l'art. 71 al. 1 CP, leur remplacement par une créance compensatrice de l'Etat d'un montant équivalent, laquelle ne pourra être prononcée contre un tiers que dans la mesure où les conditions prévues à l'art. 71 al. 2 CP ne sont pas réalisées. Le but de la créance compensatrice est d'éviter que celui qui a disposé des objets ou valeurs à confisquer soit privilégié par rapport à celui qui les a conservés (ATF 109 IV 121 consid. 2 p. 124). Elle ne joue qu'un rôle de substitution de la confiscation en nature, de sorte qu'elle ne doit engendrer ni avantage ni inconvénient par rapport à celle-ci (ATF 124 I 6 consid. 4 b/bb p. 9; ATF 123 IV 70 consid. 3 p. 74). La créance compensatrice vise à empêcher que l'auteur

- 105 - SK.2019.13 d'une infraction demeure en possession d'avantages qu'il s'est procurés au moyen de ses agissements délictueux. S'il s'est déjà débarrassé de ses actifs, la dévolution à l'Etat du montant correspondant à l'avantage économique au moment de l'infraction enlèvera toute rentabilité à l'infraction (ATF 129 IV 107 consid. 3.2 p. 109). En règle générale, ce montant doit donc être arrêté selon le principe des recettes brutes (arrêt du TF 6S.59/2003 du 6 juin 2003 consid. 5.2): le montant de la créance compensatrice doit être fixé en prenant en considération la totalité de l'avantage économique obtenu au moment de l'infraction (ATF 104 IV 3 consid. 2 p. 5). Il serait contraire à la *ratio legis* de fixer la créance compensatrice après déduction des frais généraux alors que la confiscation porte sur la totalité des actifs. La créance compensatrice est soumise aux mêmes conditions essentielles que la confiscation. En raison de son caractère subsidiaire, elle ne peut être prononcée que si, dans l'hypothèse où les valeurs patrimoniales auraient été disponibles, la confiscation eût été prononcée. La cause à l'origine de l'indisponibilité des valeurs illicites

est sans importance: peu importe qu'elles aient été dissimulées, aliénées, consommées, perdues, voire mélangées s'agissant de choses fongibles. Il en découle que la créance compensatrice, dès lors que les conditions d'une confiscation sont remplies mais que celle-ci ne peut être prononcée, s'y substitue. Le juge devra donc prononcer une créance compensatrice aux conditions suivantes: les valeurs patrimoniales à confisquer ne sont plus disponibles et l'auteur n'a pas entièrement dédommagé le lésé ou ce dernier ne se sera pas vu restituer directement les valeurs patrimoniales en rétablissement de ses droits; les autres conditions de la confiscation, de valeurs patrimoniales illicitement acquises, auprès de l'auteur, respectivement de tiers, doivent être remplies au regard de l'art. 71 al. 1 CP) (Madeleine HIRSIG-VOUILLOZ, Commentaire romand Code Pénal I, Bâle 2009, n° 2 ss ad art. 71 CP). Le juge peut renoncer totalement ou partiellement à la créance compensatrice s'il est à prévoir qu'elle ne sera pas recouvrable (art. 71 al. 2 CP). Le juge dispose d'un certain pouvoir d'appréciation pour fixer la créance compensatrice, mais doit cependant y renoncer ou la réduire si la personne concernée est sans fortune ou même insolvable et que ses ressources ou sa situation personnelle ne laissent pas présager de mesures prometteuses d'exécution forcée dans un proche avenir. La créance peut également être réduite si l'intéressé n'est plus enrichi et que cette mesure compromettrait son intégration ou sa réinsertion sociale. Le juge doit procéder à une appréciation globale de la situation de l'intéressé. Une réduction ou une suppression n'est toutefois admissible que dans la mesure où le juge est réellement convaincu que celle-ci mettrait concrètement en danger la réinsertion sociale du condamné. Il faut que des motifs précis et vérifiables justifient cette solution (HIRSIG-VOUILLOZ, op. cit., n° 15 ad art. 71 CP et les

- 106 - SK.2019.13 auteurs cités). La situation personnelle et financière du condamné doit donc être prise en compte lors du prononcé d'une créance compensatrice. La créance compensatrice peut être prononcée contre un tiers que dans la mesure où les conditions prévues par l'art. 70 al. 2 CP, ne sont pas réalisées (art. 71 al. 2 CP). La créance compensatrice ne peut dès lors être prononcée contre un tiers lorsque celui-ci a acquis les valeurs dans l'ignorance des faits qui auraient justifié la confiscation, et cela dans la mesure où il a fourni une contre-prestation adéquate ou si la confiscation se révèle d'une rigueur excessive (art. 70 al. 2 CP).

E. 15.2

En l'espèce, la Cour estime que l'avantage économique retiré par A. de l'infraction d'exercice de l'activité sans autorisation se monte à environ CHF 3'000. Ce montant correspond au montant qui aurait dû être payé pour obtenir une affiliation auprès d'un OAR. Dans la mesure où il s'agit d'une non diminution de l'actif, la somme correspondante ne peut être identifiée dans le patrimoine du prévenu. La confiscation de ce montant, correspondant à l'avantage économique illicite perçu, n'étant pas réalisable, il se justifie de prononcer une créance compensatrice équivalente.

E. 16

Maintien des séquestres L'art. 71 al. 3 CP permet à l'autorité, afin de garantir le prononcé d'une créance compensatrice, de placer sous séquestre des valeurs patrimoniales sans lien de connexité avec les faits faisant l'objet de l'instruction mais appartenant à la personne concernée. Par personne concernée, il faut comprendre non seulement l'auteur, mais aussi un tiers favorisé d'une manière ou d'une autre par l'infraction (ATF 140 IV 57 consid. 4.1.2 p. 62 ss). Selon l'art. 263 CPP, les objets et valeurs patrimoniales appartenant au prévenu ou

à des tiers peuvent être mis sous séquestre, lorsqu'il est probable qu'ils seront utilisés comme moyens de preuves (let. a), pour garantir les paiements des frais de procédure, peines pécuniaires, amendes et indemnités (let. b), qu'ils devront être restitués au lésé (let. c), respectivement qu'ils pourraient faire l'objet d'une confiscation (let. d). Si le motif du séquestre disparaît, le ministère public ou le tribunal lève la mesure et restitue les objets et valeurs patrimoniales à l'ayant droit (art. 267 al. 1 CPP). En vertu de l'art. 267 al. 3 CPP, la restitution à l'ayant droit des objets et des valeurs patrimoniales séquestrés qui n'ont pas été libérés auparavant, leur utilisation pour couvrir les frais ou leur confiscation sont statuées dans la décision finale.

- 107 - SK.2019.13 En l'espèce, afin de garantir la créance compensatrice de CHF 3'000, prononcée en faveur de la Confédération contre A. ainsi que l'amende de CHF 15'000 prononcée contre lui, il se justifie de maintenir le séquestre des avoirs disponibles dont B. est la titulaire auprès de C. sur le compte no 1, lesquels ne seront pas confisqués. Il se justifie également de maintenir le séquestre afin de garantir la couverture des frais au sens de l'art. 263 let. b CPP, soit à hauteur de CHF 14'839.30 (13'355.40 et 1'483.90) (cf. infra consid. 17.3). Par conséquent, le séquestre auprès de C. sur le compte no 1 à hauteur de CHF 32'839.30 est maintenu. Pour le solde, le séquestre sur le compte no 1 est levé tout comme, dans son intégralité, le séquestre sur le compte n° 4, également auprès de C.

E. 17

Frais

E. 17.1

A teneur de l'art. 94 DPA, les frais de la procédure administrative comprennent les débours, y compris les frais de la détention préventive et ceux de la défense d'office, un émolument de décision et les émoluments de chancellerie (al. 1). Le montant des émoluments de décision et de chancellerie est fixé dans un tarif établi par le Conseil fédéral (al. 2). Selon l'art. 7 al. 2 let. c de l'ordonnance du 25 novembre 1974 sur les frais et indemnités en procédure pénale administrative (RS 313.32), l'émolument pour le prononcé pénal atteint un montant de CHF 100 à CHF 10'000. Les émoluments d'écriture se composent quant à eux de CHF 10 par page pour la confection de l'original, conformément à l'art. 12 al. 1 let. a de l'ordonnance précitée. En règle générale, les frais de la procédure administrative sont mis à la charge du condamné (art. 95 al. 1 DPA). Ces frais peuvent être fixés dans le jugement comme les frais de la procédure judiciaire (art. 97 al. 2 DA). Sous réserve de l'art. 78 al. 4 DPA, les frais de procédure judiciaire et la mise à la charge de ceux-ci sont régis par les art. 417 à 428 CPP (art. 97 al. 1 DPA). Les frais de procédure se composent des émoluments visant à couvrir les frais et les débours effectivement supportés (art. 422 al. 1 CPP). Le prévenu supporte les frais de procédure s'il est condamné (art. 426 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 (art. 1 al. 2 du Règlement du Tribunal pénal fédéral sur les frais, émoluments, dépens et indemnités de la procédure pénale fédérale du 31 août 2010 [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

- 108 - SK.2019.13 (art. 5 RFPPF). Les émoluments perçus dans la procédure de première instance sont chiffrés à l'art. 7 RFPPF. Quant aux débours, 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 (art. 1 al. 3 RFPPF). Les débours sont fixés au prix facturé à la Confédération ou payé par elle (art. 9 al. 1 RFPPF).

E. 17.2

Dans son réquisitoire, le DFF a adressé à la Cour une liste de frais à hauteur de CHF 12'680.00 (6'340.00 pour A., respectivement la même somme concernant B.) en lien avec la procédure pénale et de CHF 1'127.20 pour la soutenance de l'accusation (TPF 11.721.043), soit un total de CHF 13'807.20. Cette dernière indemnité est composée de frais de déplacement en train, de deux nuitées et quatre repas pour deux personnes. Ces montants sont admis, dans la mesure où ils apparaissent conformes aux dispositions applicables et sont proportionnés. S'agissant des émoluments et débours de la procédure devant la Cour de céans, ils sont fixés à CHF 4'000.00. Le total des frais de procédure s'élève ainsi à CHF 17'807.20.

E. 17.3

Dans le cadre de la répartition des frais, il y a lieu de tenir compte de la condamnation d'A. pour exercice sans droit d'une activité soumise à autorisation mais aussi à la forte diminution de la confiscation concernant B., société qu'il représente. C'est ainsi qu'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 et de réduire ceux qui ont trait au prononcé de confiscation. La somme des frais de la cause peut être ventilée à hauteur de 75% en ce qui concerne le prononcé pénal et de 25% quant au prononcé de confiscation. Par conséquent, les frais à hauteur de CHF 13'355.40 sont mis à la charge d'A. (75% de CHF 17'807.20). Le solde de CHF 4'451.80 doit en partie être mis à la charge de B. Compte tenu de la diminution importante du montant de la confiscation prononcée, le tiers de cette somme est mise à la charge de B., soit une somme de CHF 1'483.90 (1/3 de CHF 4'451.80). Le solde est laissé à la charge de la Confédération.

E. 18

Indemnisation de la défense

E. 18.1

Avant de fixer les indemnités, le tribunal donne à l'administration l'occasion de se prononcer sur le principe et le montant des indemnités demandées et de présenter des propositions à ce sujet (art. 101 al. 2 DPA). L'indemnité pour les

- 109 - SK.2019.13 préjudices subis au sens de l'art. 99 al. 1 DPA, applicable par analogie dans la procédure judiciaire, couvre également les honoraires d'avocat pour les activités déployées dans le cadre de la procédure concernée et ce à condition que les frais faisant l'objet de la requête en indemnité soient nécessaires pour assurer la défense. Conformément à la jurisprudence du TF, lesdits frais doivent être considérés comme nécessaires lorsqu'ils sont provoqués par la procédure et qu'ils résultent d'opérations imposées par une défense diligente des intérêts du prévenu ou qu'il fallait entreprendre de toute bonne foi (ATF 115 IV 156 consid. 2c).

E. 18.2

Conformément à l'art. 10 RFPPF, les dispositions prévues pour la défense d'office s'appliquent également au calcul de l'indemnité des prévenus acquittés totalement ou

partiellement, à la défense privée, ainsi qu'à la partie plaignante ayant obtenu gain de cause, en tout ou en partie, ou à des tiers selon l'art. 434 CPP. Les frais d'avocat comprennent les honoraires et les débours nécessaires, tels que les frais de déplacement, de repas, de nuitées, et les frais de port et de communications téléphoniques (art. 11 RFPPF). Les honoraires sont fixés en fonction du temps effectivement consacré à la cause et nécessaire à la défense de la partie représentée. Le tarif horaire est de CHF 200 au minimum et de CHF 300 au maximum (art. 12 al. 1 RFPPF). Seuls les frais effectifs sont remboursés (art. 13 al. 1 RFPPF et 43 O-OPers). Le montant de la TVA vient s'ajouter (art. 14 RFPPF). Conformément à la pratique constante de la Cour de céans, le tarif horaire d'un avocat de choix est, pour les affaires de difficulté moyenne, fixé à CHF 230 pour les heures de travail et à CHF 200 pour les heures de déplacement (arrêts du Tribunal pénal fédéral SK.2012.11 du 14 juin 2012 consid. 10.2; SK.2011.10 du 26 août 2011 consid. 8.1; SK.2010.27 du 12 mai 2011 consid. 6.1). Le tarif horaire pour l'activité déployée par un avocat-stagiaire est de CHF 100 pour les heures de travail et de déplacement (arrêt du Tribunal pénal fédéral SK.2010.28 du 1er décembre 2011 consid. 19.2).

E. 18.3

En l'occurrence, le prévenu requiert le versement d'un montant de CHF 200'913.95 à titre d'indemnité pour le préjudice subi dans la procédure administrative devant le DFF et la présente procédure judiciaire, ce qui correspond à 899.41 heures d'activités d'avocats calculées à un tarif horaire de CHF 300.00 pour les avocats, et de CHF 100.00 pour le travail des avocats- stagiaires, ainsi qu'à des frais de CHF 12'158.25 pour le trajet en train, trois nuits d'hôtel pour trois avocats et le prévenu lors des débats devant la Cour, ainsi qu'aux honoraires inhérents à l'avis de droit remis par le Prof. FF.

- 110 - SK.2019.13 Le tiers saisi, B., requiert quant à lui une indemnité d'un montant de CHF 330'775.90 qui correspond à 1017.15 heures d'activités d'avocats calculées à un tarif horaire de CHF 300.00 pour les avocats et à CHF 100.00 pour le travail des avocats-stagiaires, ainsi qu'à des frais de CHF 1'896.90 pour le trajet en train et trois nuits d'hôtel lors des débats devant la Cour pour trois personnes.

E. 18.4

Dans la présente cause, il ne se justifie pas de s'écarter des taux-horaires habituels appliqués par la Cour pour une cause de difficulté moyenne. La Cour a appliqué la pratique constante du TPF et a ainsi fixé le tarif horaire (hors TVA) de l'avocat breveté à CHF 230 pour les heures de travail et à CHF 200 pour les heures de déplacement. En ce qui concerne la TVA, celle-ci était de 8% en 2017; de 7,7% pour les années 2018 à 2020. La difficulté moyenne du dossier de la procédure implique également que l'activité d'un seul avocat était nécessaire à la défense tant du prévenu que du tiers saisi. Il n'y a pas lieu de considérer que toute l'activité des avocats qui apparaissent dans les timesheets soit justifiée. L'activité d'avocat pouvant toutefois être répartie de différentes manières au sein d'une Etude d'avocat, la Cour n'a pas procédé à la suppression de chacun des postes attribuables à d'autres avocats que l'avocat désigné à titre principal. La Cour constate que les demandes d'indemnisation du prévenu, respectivement du tiers saisi ne sont pas détaillées de manière conforme aux demandes de la Cour (cf. chiffre 4.2 de l'Aide-mémoire pour l'établissement de la note d'honoraires en annexe aux citations à comparaître en vue des débats). Le détail des heures effectuées tel que transmis ne permet pas de distinguer quels types d'activités (Etude du dossier et recherches juridiques; rédaction des écritures; auditions; conférences

avec le client ou des tiers; correspondance avec le client ou des tiers; entretiens téléphoniques avec le client ou des tiers; préparation des débats; participation aux débats; temps de déplacement et éventuelle attente) ont été exercées dans quelles proportions. En effet, le descriptif comprend, pour une même période temporelle, de multiples catégories. Or, l'appréciation du caractère raisonnable de l'activité ne peut valablement être faite par la Cour qu'à l'aide de telles précisions. S'agissant de la distinction entre l'activité d'avocat et celle des avocats stagiaires, elle peut être faite dans la demande d'indemnisation du prévenu mais reste peu claire dans celle du tiers saisi. En raison de ce qui précède, la Cour doit fixer les honoraires selon son appréciation, en procédant à une évaluation raisonnable du temps d'activité utilement déployée, au regard de la méthode décrite ci-après. Il a été procédé en trois étapes. Initialement, la Cour a examiné les timesheets remis et a établi un décompte approximatif des heures effectuées en fonction des

- 111 - SK.2019.13 catégories d'activités précitées. Dans un second temps, la Cour a estimé le temps nécessaire à l'examen ou la rédaction des actes du dossier de la procédure, en fonction du nombre de pages et de leur difficulté. La Cour a finalement fait la synthèse des résultats obtenus à l'issue de ces deux premières étapes afin de déterminer le temps de travail jugé raisonnable pour les différents postes d'activités.

E. 18.5

Examen du détail des demandes d'indemnisation

E. 18.5.1

Concernant A., la Cour est arrivée, en procédant à l'examen des postes d'activités de sa demande d'indemnisation, à un total approximatif de 579.40 heures dont 407.1 heures d'activité d'avocat et 172.03 d'activité d'avocat- stagiaire. Le détail approximatif des postes identifiés est le suivant : 104.41 heures correspondent à l'examen du dossier (89.17 d'activité d'avocat; 15.25 heures d'avocat-stagiaire); 87.34 heures (65.50 d'activité d'avocat; 21.75 d'avocat-stagiaire) correspondent aux recherches juridiques; 279.37 heures (180.34 d'activité d'avocat; 99.03 d'avocat-stagiaire) correspondent à la rédaction de déterminations et lettres; 108 heures (72 heures d'activité d'avocat; 36 heures d'avocat-stagiaire) correspondent à la préparation des audiences. En sus, le poste « email ou téléphone client » a été identifié à environ 140 reprises et le poste « conférence interne/tiers/coordination » à 179 reprises.

E. 18.5.2

Concernant B. SA, la Cour est arrivée, en procédant à l'examen des postes d'activités de sa demande d'indemnisation, à un total approximatif de 682.85 heures d'activité dont 624.85 heures d'activité d'avocat et 58 heures d'activité d'avocat-stagiaire. Le détail approximatif en fonction des postes énoncés est le suivant: 105.4 heures d'examen du dossier; 119.75 heures pour des recherches juridiques; 247 heures correspondent à la rédaction de déterminations et lettres; 118.35 heures correspondent à la préparation des audiences des débats et 92.35 heures aux contacts avec le client. En sus, le poste « conférence interne/tiers/coordination » ressort à 166 reprises.

E. 18.6

Estimation du volume d'activités requis au vu des pièces du dossier de la procédure Dans son estimation, la Cour a pris en considération la nature et l'ampleur du dossier ainsi que les difficultés qu'il comporte.

E. 18.6.1

Concernant l'examen du dossier de la procédure, la Cour constate que le dossier de la procédure du DFF comprend 5163 pages, soit neuf classeurs fédéraux. Les écritures principales suivantes, émanant du DFF, ont été identifiées: procès-verbal final du 10 janvier 2017, ordonnance de séquestre du 13 avril 2017, ordonnance de refus de levée de séquestre du 30 mai 2017,

- 112 - SK.2019.13 déterminations du 12 juin 2017, duplique du 27 juillet 2017, déterminations du 17 janvier 2018, ordonnance de renvoi concernant A. du 18 juin 2018, ordonnance de confiscation du 27 juillet 2018 concernant B., mandat de répression du 27 juillet 2018 contre A., prononcé pénal et prononcé de confiscation du 31 janvier 2019 ainsi que l'accusation subsidiaire. Celles-ci totalisent 168 pages. Quant au dossier du Tribunal pénal fédéral, il comprend 2197 pages, correspondant à 7 classeurs fédéraux. Selon la Cour, le temps utile à la prise de connaissance du dossier de la procédure est estimé à 32 heures (2h par classeur).

E. 18.6.2

S'agissant des recherches juridiques, le cas visé présente une difficulté moyenne. Les questions juridiques étaient multiples mais ont porté essentiellement sur le champ d'application de la loi, tant s'agissant de l'activité de négoce de matières premières que de la gestion de placements collectifs de capitaux. De plus, quelques questions juridiques relatives aux conditions subjectives de l'infraction ont également été soulevées. Dès lors, la Cour retient qu'une somme de 40 heures (5 jours x 8 heures) pour les recherches juridiques effectuées apparaît raisonnable.

E. 18.6.3

En ce qui concerne la rédaction d'écritures, le prévenu, par ses avocats, a dû rédiger les écritures suivantes: déterminations du 26 janvier 2018, opposition au mandat de répression du 14 septembre 2018, demande de renvoi en jugement, requête du 6 décembre 2019, courriers des 14 et 17 février 2020 pour un total de 47 pages. Dès lors, la Cour retient une durée de 47 heures (1h par page) pour les rédactions et la préparation des écritures. Pour sa part, B. a rédigé les écritures principales suivantes: requête de levée de séquestre du 11 mai 2017, opposition à la confiscation du 2 juin 2017, observations du 20 février 2018, déterminations du 17 juillet 2018, opposition à l'ordonnance de confiscation du 14 septembre 2018, demande de renvoi en jugement, requête du 6 décembre 2019, pour un total de 55 pages. Dès lors, la Cour estime qu'une durée de 55 heures (1h par page) pour la préparation et la rédaction des écritures apparaît raisonnable. De jurisprudence constante en procédure de recours, les frais et indemnités sont établis de manière indépendante par rapport à la procédure au fond (cf. arrêts du Tribunal pénal fédéral BK.2010.5 du 21 décembre 2010 consid. 3.7; BK.2009.2 du 21 septembre 2009 consid. 2.4.4; BK.2006.11 du 19 janvier 2007 consid. 1.3; BK.2006.2 du 10 mars 2006 consid. 3.1; SK.2011.8 du 13 janvier 2012 consid.

- 113 - SK.2019.13 14.1). Par conséquent, les écritures en lien avec les recours formés devant la Cour des plaintes du TPF, respectivement le TF, n'ont pas été prises en compte.

E. 18.6.4

Un forfait pour les correspondances et rendez-vous avec le client ou des tiers est admis à hauteur de 38 heures pour le prévenu (1h par mois durant 38 mois). Un forfait pour ces

activités, limité à 30 heures, en faveur de B. est admis, en tenant compte du fait qu'elle est en mains et sous le contrôle du prévenu précité.

E. 18.6.5

En ce qui concerne les audiences, la Cour estime qu'un temps de préparation en vue des débats de 8 heures (soit un jour complet) est suffisant. Les débats se sont déroulés le mardi 25 février 2020, de 9h00 à 18h55, soit sur une durée de 9h55 et le 26 février 2020 de 8h00 à 19h27, soit sur une durée de 11h27. La durée des débats totalise ainsi 21 heures 22 minutes. Le total du temps d'activité raisonnable, tel qu'estimé par la Cour, en faveur de Me Goossens, pour la défense des intérêts d'A., est de 186.22 heures. Quant à Me Borsodi, pour la défense de B., il pouvait raisonnablement déployer une activité s'étalant sur 186.22 heures. Il convient de retenir encore une indemnité de CHF 2'669.00, correspondant à 9h30 heures de déplacement aller-retour, en train, entre Genève et Bellinzzone, CHF 27.50 de frais de repas de midi et soir à trois reprises, CHF 112.- pour le billet aller simple, demi-tarif et deux nuits d'hôtel de classe moyenne, soit CHF 360.- [(9h30 x CHF 200 x 107.7%) + CHF 82.50 + CHF 224 + CHF 180].

E. 18.7

Au vu des demandes d'indemnisation effectives transmises par les parties (cf. supra consid. 18.3), de l'examen des postes de ces demandes (cf. supra consid. 18.5) et de l'estimation, faite par la Cour, des activités requises par le dossier (cf. supra consid. 18.6), la Cour retient, dans un premier temps, un total d'heures, légèrement arrondi, de 200 heures en faveur de Me Goossens, respectivement de 200 heures en faveur de Me Borsodi, pour leurs activités d'avocat, au tarif horaire de CHF 230.00. A cela doit s'ajouter l'indemnité précitée de CHF 2'669.00, soit au total une indemnité pour les frais de défense et débours (TVA comprise) de CHF 52'211.00 [(200 x 230 x 107.7%) + 2'669.00]. Dans un deuxième temps, la Cour tiendra encore compte de ce qu'un unique avocat aurait pu assurer efficacement la défense d'A. et de B. dans la mesure où celle-ci est une société unipersonnelle dont le prévenu est l'unique actionnaire et où les intérêts de l'un n'apparaissent nullement en contradiction avec ceux de l'autre. A cela s'ajoute que la majeure partie des questions devant être examinées au chapitre de la confiscation d'avoirs de B. doivent nécessairement l'être dans

- 114 - SK.2019.13 la procédure dirigée contre A., si bien que les questions relatives à la confiscation en tant que telle sont limitées. Aussi, la Cour considère que seule une partie du travail effectué par les défenseurs de B. était indispensable à la défense des intérêts de celle-ci. Cela représente, selon l'estimation de la Cour, un tiers des 200 heures décomptées ci-dessus en faveur de Me Borsodi. En effet, un tiers de ces heures aurait sans doute été largement suffisant pour défendre les intérêts de B. quant à la confiscation dont elle était menacée. Ainsi, la Cour conclut que l'indemnité revenant à Me Goossens correspond à un total de 200 heures pour l'activité déployée, au tarif horaire de CHF 230.00 auquel s'ajoute l'indemnité précitée de CHF 2'669.00 et donc au total une indemnité pour les frais de défense et débours (TVA comprise) de CHF 52'211.00 [(200 x 230 x 107.7%) + 2'669.00]. L'indemnité revenant à Me Borsodi est ramenée à un total 66 heures pour l'activité déployée, au même tarif horaire de CHF 230.00, auquel s'ajoute l'indemnité précitée de CHF 2'669.00 pour une indemnité totale, pour les frais de défense et débours (TVA comprise), de CHF 16'348.86 [(66 x 230 x 107.7%) + 2'669.-].

E. 18.8

A. ayant été condamné, ses frais de défense n'ont pas à être indemnisés de sorte que sa requête en indemnisation est rejetée. S'agissant du prononcé de confiscation, dans la mesure où cette dernière a été fortement réduite par la Cour, une partie des honoraires reconnus à B. doivent être indemnisés. La confiscation ayant été prononcée à hauteur de CHF 3'000, les débours et les deux tiers des heures seront indemnisés à Me Borsodi, soit 44 heures, ce qui correspond à un montant total de CHF 13'568.25 [(44 x 230 x 107,7%) + 2'669].

- 115 - SK.2019.13 Par ces motifs, le juge unique prononce: I. A. est reconnu coupable: 1. d'exercice intentionnel sans autorisation de l'activité d'intermédiaire financier, du 26 avril 2012 au 31 décembre 2013, par l'exercice du négoce de matières premières et, du 3 octobre 2014 au 31 décembre 2014, pour gestion de placements collectifs de capitaux (art. 44 al. 1 LFINMA en lien avec l'art. 14 LBA). 2. d'exercice par négligence sans autorisation de l'activité d'intermédiaire financier du 1er décembre 2013 au 2 octobre 2014, pour gestion de placements collectifs de capitaux (art. 44 al. 2 LFINMA en lien avec l'art. 14 LBA). II. Il est condamné à: 1. Une peine pécuniaire de 130 jours-amende à CHF 200 par jour pour infraction à l'art. 44 al. 1 LFINMA en lien avec l'art. 14 LBA, assortie du sursis complet avec un délai d'épreuve de deux ans. 2. Une amende de CHF 15'000.- pour infraction à l'art. 44 al. 1 et 2 LFINMA en lien avec l'art. 14 LBA. III. Créance compensatrice Le juge unique prononce en faveur de la Confédération une créance compensatrice de CHF 3'000.00 à l'encontre d'A. IV. Maintien des séquestres 1. Le juge unique maintient le séquestre sur le compte no 1 auprès de C. SA au nom de B. SA à hauteur de CHF 32'839.30 en vue de l'exécution de la créance compensatrice prononcée à l'encontre d'A. et du paiement de l'amende et des frais de procédure (art. 263 al. 1 let. b CPP). 2. Le juge unique lève les séquestres pour le surplus (comptes C. SA au nom de B. SA n° 1 et n° 4). V. Frais de procédure 1. Les frais de la procédure se chiffrent à CHF 17'807.20 (procédure préliminaire: CHF 12'680.00 [émoluments] et CHF 1'127.20 [débours]; procédure de première instance CHF 4'000.00 [émoluments]).

- 116 - SK.2019.13 2. La part des frais mis à la charge d'A. est fixée à CHF 13'355.40.-. 3. La part des frais mis à la charge de B. est arrêtée à CHF 1'483.90.-. 4. Le solde est laissé à la charge de la Confédération. VI. Indemnités 1. La demande d'indemnité d'A. pour ses frais de représentation est rejetée (art. 429 al. 1 let. a CPP). 2. A titre d'indemnité pour l'exercice raisonnable des droits de procédure de B. SA (art. 429 al. 1 let. a CPP), la Confédération versera un montant de CHF 13'568.25 à Me Benjamin Borsodi, avocat à Genève.

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

Le juge unique La greffière

- 117 - SK.2019.13 Une expédition complète de la décision écrite sera adressée à ■ Ministère public de la Confédération, Madame Lucienne Fauquex ■ Département fédéral des finances, Monsieur Fritz Ammann ■ Maître Thomas Goossens ■ Maîtres Benjamin Borsodi et Clara Poglia Après son entrée en force, la décision sera communiquée à: ■ Ministère public en tant qu'autorité d'exécution (version complète) Indication des voies de droit Appel à la Cour d'appel du Tribunal pénal fédéral L'appel est recevable contre les jugements de la Cour des affaires pénales du Tribunal pénal fédéral qui ont clos tout ou partie de la procédure. L'appel doit être annoncé par écrit ou oralement à la Cour des affaires pénales du Tribunal pénal fédéral dans le délai de 10 jours à compter de la communication du jugement (art. 399 al. 1 en lien 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. 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).

La partie qui annonce l'appel adresse à la Cour d'appel du Tribunal pénal fédéral une déclaration d'appel écrite dans les 20 jours à compter de la notification du jugement motivé. Dans sa déclaration, elle doit indiquer si elle entend attaquer le jugement dans son ensemble ou seulement sur certaines parties, les modifications du jugement de première instance qu'elle demande et 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 Un recours contre les ordonnances, les décisions et les actes de procédure de la Cour des affaires pénales du Tribunal pénal fédéral en tant que tribunal de première instance, exception faite des décisions de la direction de la procédure, peut être formé par écrit et motivé dans un délai de 10 jours auprès de la Cour des plaintes du Tribunal pénal fédéral (art. 393 al. 1 let. b et art. 396 al. 1 CPP; art. 37 al. 1 LOAP).

Le défenseur d'office peut adresser un recours écrit et motivé dans un délai de 10 jours auprès de la Cour des plaintes du Tribunal pénal fédéral contre la décision fixant l'indemnité (art. 135 al. 3 let. a et art. 396 al. 1 CPP; art. 37 LOAP).

Expédition: 3 décembre 2020

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