



Arrêt du 24 mars 2022

Cour d'appel

Composition

Les juges Olivier Thormann, juge président,
Frédérique Bütikofer Repond et Jean-Paul Ros,
le greffier Yann Moynat

Parties

1. **A.**, défendu par Maître Ambroise Croisy,
Appelant / prévenu
2. **B. SA**, défendue par Maître Ambroise Croisy,
Appelante

contre

1. **DÉPARTEMENT FÉDÉRAL DES FINANCES**, représenté par Frédéric Schaller, Chef de groupe au Service de droit pénal du Service juridique,
Appelant joint / autorité d'instruction
2. **MINISTÈRE PUBLIC DE LA CONFÉDÉRATION**, représenté par Lucienne Fauquex, Procureure fédérale,
Intimé / autorité d'accusation

Objet

Exercice sans autorisation de l'activité d'intermédiaire financier (art. 44 LFINMA en lien avec l'art. 14 LBA)
Appels du 24 décembre 2020 et appel joint du 26 janvier 2021 contre le jugement de la Cour des affaires pénales du Tribunal pénal fédéral SK.2019.13 du 17 juin 2020

Faits :

A. Historique de l'affaire et jugement de première instance

- A.1** Le 31 août 2015, l'autorité fédérale de surveillance des marchés financiers (ci-après : la FINMA) a déposé auprès du Département fédéral des finances (ci-après : le DFF) une dénonciation pénale contre les responsables de la société B. SA pour des soupçons d'activité d'intermédiaire financier exercée sans autorisation (art. 44 de la loi fédérale du 22 juin 2007 sur l'Autorité fédérale de surveillance des marchés financiers [loi sur la surveillance des marchés financiers, LFINMA; RS 956.1] et art. 14 de la loi fédérale du 10 octobre 1997 concernant la lutte contre le blanchiment d'argent et le financement du terrorisme [loi sur le blanchiment d'argent, LBA; RS 955.0]). Il leur était reproché d'avoir procédé en tant qu'intermédiaire professionnel à des activités de négoce de sucre blanc, de 2012 à 2013, sans disposer d'autorisation d'exercer et sans être affiliée à un organisme d'autorégulation (DFF 442.3-065 0001-0004).
- A.2** Par ordonnance du 9 janvier 2017, le DFF a ouvert une procédure de droit pénal administratif contre les responsables de B. SA (DFF 442.3-065 1055-1057). Cette instruction a été étendue à A. le 10 novembre 2017, pour soupçons d'activité d'intermédiaire financier exercée sans autorisation (art. 44 LFINMA et art. 14 LBA).
- A.3** Par procès-verbal final du 10 janvier 2017, le DFF a condamné B. SA au paiement d'une amende pour exercice de l'activité d'intermédiation financière sans autorisation (art. 44 LFINMA en relation avec l'art. 14 LBA), du 1^{er} mars au 31 décembre 2014 (DFF 442.3-065 1058-1062).
- A.4** Le 18 janvier 2018, B. SA a, par l'intermédiaire de ses défenseurs, Mes Benjamin BORSODI et Clara POGLIA, de l'Etude Schellenberg Wittmer, pris position par rapport au procès-verbal du 10 janvier 2017 et a requis qu'il soit renoncé à prononcer une peine en application de l'art. 13 DPA, subsidiairement à ce que l'autorité prenne en considération une absence d'intention et applique l'art. 21 CP (par renvoi de l'art. 2 DPA) (DFF 442.3-065 1064 s.).
- A.5** Par ordonnance du 13 avril 2017, le DFF a ordonné le séquestre des avoirs concernant deux comptes ouverts au nom de B. SA dans les livres de la C. SA, pour près de trois millions de francs. Une demande de levée partielle du séquestre a été rejetée, décision confirmée par le Tribunal fédéral (arrêt du Tribunal fédéral 1B_554/2017 du 19 avril 2018).

- A.6** Par pli du 10 novembre 2017, le DFF a informé A. de sa décision d'étendre son enquête ouverte le 9 janvier 2017 à l'encontre du précité (DFF 442.3-065 4300 s.).
- A.7** Par mandat de répression du 27 juillet 2018, le DFF a reconnu A. coupable d'exercice sans autorisation de l'activité d'intermédiaire financier (art. 44 LFINMA en relation avec l'art. 14 LBA) du 15 mars 2012 au 31 décembre 2014 et l'a condamné à une peine pécuniaire de 240 jours-amende à CHF 190.- avec sursis pendant 2 ans, ainsi qu'à une amende de CHF 11'400.- et aux frais de procédure de CHF 5'280.-. A. a formé opposition le 14 septembre 2018. C'est ainsi que le DFF a rendu, le 31 janvier 2019, un prononcé pénal par lequel A. a été à nouveau reconnu coupable d'exercice sans autorisation de l'activité d'intermédiaire financier (art. 44 al. 1 LFINMA en relation avec l'art. 14 LBA), cette fois-ci pour la période s'étendant du 26 avril 2012 au 31 décembre 2014. Il a été condamné à une peine pécuniaire de 200 jours-amende à CHF 190.- avec sursis pendant 2 ans et aux frais de procédure de CHF 6'340.-.
- A.8** Par prononcé de confiscation du 31 janvier 2019, le DFF a prononcé la confiscation d'un montant de CHF 807'041.- sur le compte de B. SA, en tant que tiers saisi, auprès de C. SA, et a prononcé une créance compensatrice à payer à la Confédération suisse pour un montant de CHF 490'552.- et USD 1'755'472.-.
- A.9** Le 6 février 2019, B. SA et A. ont demandé à être jugés par un tribunal au sens de l'art. 72 DPA. Le DFF a dès lors communiqué le 15 février 2019 au Ministère public de la Confédération (ci-après : MPC) le dossier de la cause à l'intention de la Cour des affaires pénales du Tribunal pénal fédéral (ci-après : la Cour des affaires pénales). Une accusation complémentaire au prononcé pénal du 31 janvier 2019 a été ajoutée, à savoir l'exercice par négligence sans autorisation de l'activité d'intermédiaire financier.
- A.10** Les débats de première instance se sont tenus par-devant la Cour des affaires pénales à Bellinzone les 25 et 26 février 2020 en présence de Christian HEIERLI pour le DFF, de A., assisté de ses conseils Mes Thomas GOOSSENS et Matthias BOURQUI, ainsi que de Mes Clara POGLIA et Benjamin BORSODI, représentant B. SA.
- A.11** Par jugement du 17 juin 2020, dont la motivation a été envoyée par courrier du 3 décembre 2020, la Cour des affaires pénales a prononcé le dispositif suivant :
- « 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 1^{er} 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 de A.
- IV. Maintien des séquestres
1. Le juge unique maintient le séquestre sur le compte n° 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 de 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]).
 2. La part des frais mis à la charge de A. est fixée à CHF 13'355.40.-.
 3. La part des frais mis à la charge de B. SA 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 de 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. »

B. Procédure devant la Cour d'appel du Tribunal pénal fédéral

B.1 Le 24 décembre 2020, A. et B. SA, tous deux représentés par un même et nouveau conseil, Me Enis DACI, on fait parvenir à la Cour d'appel du Tribunal pénal fédéral (ci-après : la Cour d'appel) leur déclaration d'appel respective au sens de l'art. 399 al. 3 CPP (CAR 1.100.001).

A. conclut à ce qu'il plaise à la Cour d'appel (CAR 1.100.003-004) :

« A la forme :

1. Admettre le présent appel.

Au fond :

Préalablement :

2. Constaté le caractère inexploitable des questionnaires FINMA et LBA du 10 octobre 2014 (pièces 6 à 43 et leurs répétitions dans le dossier).
3. Ecarter ces pièces du dossier (pièces 6 à 43) ainsi que toute référence à celles-ci dans le cadre de la procédure SK.2019.13.
4. Admettre les échanges de courriels de Me Enis DACI avec II. SA du 22 décembre 2020 avec sa pièce annexée contenant la demande de II. à la FINMA du 24 septembre 2019, comme moyens de preuve.

Principalement :

5. Acquitter A. de l'intégralité des chefs de prévention figurant au chiffre I.1 et I.2 du jugement du 17 juin, soit en particulier [...].
6. Allouer à A. une indemnité à hauteur de CHF 200'913.95.- pour les frais de défense occasionnés pour toute la procédure jusqu'au jugement du 17 juin 2020 par-devant la Cour des affaires pénales.
7. Allouer à A. une indemnité à hauteur de CHF 21'540.- pour les frais de défense occasionnés dans le cadre de la présente procédure d'appel contre le jugement du 17 juin 2020 par-devant la Cour d'appel du Tribunal pénal fédéral.
8. Débouter le Département fédéral des finances et le Ministère public de la Confédération de toute autre ou contraire conclusion.
9. Mettre à charge de l'Etat la totalité des frais et dépens de la procédure devant le Ministère public de la Confédération et le Département fédéral des finances, devant la Cour des affaires pénales et devant la Cour d'appel. »

Quant à la société B. SA, elle conclut à ce qu'il plaise à la Cour (CAR 1.100.162) :

« A la forme :

1. Admettre le présent appel.

Au fond :

Principalement :

2. Réformer le chiffre VI.2 du jugement SK.2019.13 et constater que le tarif horaire d'avocat applicable dans la cause est d'au moins CHF 270.-.
3. Réformer le chiffre VI.2 du jugement SK.2019.13 et constater que le montant dû par la Confédération helvétique à B. SA est de CHF 274'640.50 pour l'exercice raisonnable des droits de procédure au sens de l'art. 429 al. 1 let. a CPP.
4. Mettre à charge de la Confédération helvétique les frais et dépens/honoraire à raison d'au moins CHF 274'640.50 avec intérêts à 5% dès le prononcé du jugement d'appel par la Cour d'appel du Tribunal pénal fédéral.
5. Mettre à la charge de l'Etat, respectivement de la Confédération helvétique les frais et dépens de CHF 10'770.- de Me Enis DACI en lien avec la présente procédure d'appel.
6. Mettre à la charge de l'Etat, respectivement de la Confédération helvétique la totalité des frais de la procédure. »

Invités à se déterminer sur l'application de la procédure écrite, A. et B. SA, par l'entremise de leur mandataire, n'y ont pas consenti (lettre du 26 janvier 2021, CAR 2.100.003), alors que le DFF n'a pas opposé d'objection (mémoire du 26 janvier 2021, CAR 1.100.305). Dans le même mémoire, également sur invitation de la Cour, le DFF a déposé une déclaration d'appel joint portant, d'une part, sur la culpabilité de A., et par conséquent sur la quotité de sa peine, ainsi que, d'autre part, sur les montants retenus à titre de confiscation et de créance compensatrice (CAR 1.100.305-317). Les conclusions du DFF peuvent être résumées comme suit :

Préalablement :

1. Requérir auprès de l'Organisme d'autorégulation des gérants de patrimoine (ci-après : OAR-G) – prédécesseur de l'Organisme de surveillance pour les intermédiaires financiers & trustees (ci-après : SO-FIT) – la liste des frais pour les années 2012, 2013 et 2014.

Principalement :

1. Condamner A. pour exercice sans autorisation de l'activité d'intermédiaire financier commis intentionnellement (art. 44 al. 1 LFINMA en relation avec l'art. 14 LBA du 26 avril 2012 au 31 décembre 2014 à une peine pécuniaire de 200 jours-amende à CHF 200.-, avec sursis pendant deux ans.
2. Prononcer la confiscation du montant de CHF 807'041.- sur le compte de B. SA auprès de C. SA n° 1.
3. Condamner B. SA à payer à la Confédération une créance compensatrice d'un montant de CHF 490'552.- et USD 1'755'472.-.

Subsidiairement,

4. Condamner B. SA à payer à la Confédération une créance compensatrice d'un montant de CHF 81'000.-.
5. Mettre à la charge de A. et de B. SA les frais de la procédure devant le DFF, d'un montant de CHF 6'340.- pour chacun d'eux, auxquels s'ajoutent les frais liés à la soutenance de l'accusation s'élevant à CHF 1'127.20 ainsi que les frais de procédure judiciaire de première instance (CHF 4'000.-) et d'appel.

B.2 Le 1^{er} février 2021, la Cour d'appel a donné la possibilité aux appelants de présenter une demande motivée de non-entrée en matière de l'appel joint déposé par le DFF (CAR 2.100.006-007), puis leur a transmis le 8 février 2021 – à leur demande – les actes du dossier (CAR 3.102.002). Le 22 février 2021, soit dans le délai imparti, les appelant se sont remis à l'appréciation de la Cour quant à l'entrée en matière de l'appel joint du DFF (CAR 2.100.008).

B.3 Le 4 février 2021, Me Enis DACI, en tant que conseil de A. et B. SA, a demandé la levée immédiate des séquestres portant sur les comptes de B. SA, à savoir les relations bancaires n° 1 (sous déduction de CHF 32'839.30) et n° 4. Dite demande a été adressée au DFF, qui l'a remise le 8 février 2021 pour compétence à la Cour d'appel, en tant que direction de la procédure (CAR 10.101.001-008). A cette occasion, le DFF s'est déterminé spontanément sur le fond de la demande. Il est d'avis que les séquestres ne peuvent pas être levés à ce stade et doivent être maintenus jusqu'au prononcé de la Cour d'appel. Invitée à déposer des déterminations sur la demande de levée des séquestres, B. SA conclut à la levée de la mesure de séquestre par l'autorité d'exécution, soit le DFF (CAR 10.101.011-014). A la demande de la Cour d'appel, le DFF a remis, le 23 mars 2021, ses observations en lien avec les déterminations de B. SA et, en substance, a renvoyé à son précédent mémoire du 8 février 2021 (CAR 10.101.017-018). Par ordonnance du 29 mars 2021, le juge président a prononcé que le point IV. du jugement de première instance SK.2019.13 du 17 juin 2020, portant sur la question des séquestres, n'était pas entré en force (CAR 10.101.021-029). Saisi d'un recours par B. SA (CAR 10.201.001), le Tribunal fédéral a confirmé le séquestre des avoirs de B. SA (arrêt du Tribunal fédéral 1B_201/2021 du 20 août 2021).

B.4 Le 26 mai 2021, les parties ont été invitées à déposer leurs réquisitions de preuves et les éventuelles questions préjudicielles qui seraient soulevées au moment des débats (CAR 6.200.001-002). A la suite d'un échange d'écritures à ce sujet (CAR 6.200.003-102), la Cour d'appel a rendu une décision le 27 juillet 2021 concernant les moyens de preuve (CAR 6.200.103-106).

- B.5** Le 14 juin 2021, B. SA et A., toujours représentés par le même conseil, ont demandé auprès de la Cour d'appel la suspension de la procédure jusqu'à droit jugé sur le recours déposé auprès du Tribunal fédéral portant sur la levée du séquestre (CAR 10.102.001-006). Par mémoire du 28 juin 2021, le DFF conclut qu'une suspension ne se justifie pas et la requête des appelants devrait être écartée (CAR 10.102.009-011). Le MPC a renoncé à déposer des observations (CAR 10.102.014). Invités à se déterminer sur les observations du DFF, les appelants ont, en substance, confirmé leur demande de suspension (lettre du 7 juillet 2021, CAR 10.102.015-020). Par décision du 25 juillet 2021, la Cour d'appel n'est pas entrée en matière sur la demande de suspension de la procédure devant elle (CAR 10.102.025-032). Aucun recours n'a été interjeté contre dite décision.
- B.6** En prévision des débats d'appels fixés le 15 septembre 2021 (CAR 6.301.001-004), la Cour a requis et obtenu l'extrait du casier judiciaire suisse de A. (CAR 6.401.001 et 003) et son extrait du registre des poursuites (CAR 6.401.002 et 004). Elle a également requis le dossier intégral concernant II. SA auprès de la FINMA (CAR 5.201.001-004), qui s'est abstenue par lettre du 12 août 2021 de transmettre à la Cour ses dossiers internes (v. art. 40 let. a LFINMA ; CAR 5.201.005-007). A la suite d'une nouvelle demande de la Cour, la FINMA s'est déterminée sur le « General ruling » (CAR 5.201.052). Par ailleurs, le SO-FIT a fait parvenir à la Cour d'appel – à sa demande – la liste des frais de l'OAR-G concernant les années 2012, 2013 et 2014 (CAR 5.202.003-006).
- B.7** Par lettre du 7 septembre 2021, Mes Ambroise CROISY et Cristobal ORJALES ont informé la Cour d'appel avoir remplacés avec effet immédiat leur confrère Me Enis DACI (CAR 3.102.008-12). Ils ont de plus indiqué ne pas estimer nécessaire d'entendre le témoin MM. et ont sollicité la mise en place d'une procédure écrite, et non plus orale. Dans ce cadre, ils ont requis la fixation d'un délai pour produire un mémoire écrit et, si les débats oraux devaient être maintenus, l'ajournement de la date des débats à une date ultérieure mais pas avant le 4 octobre 2021. L'accès au dossier de la cause, par lien informatique, leur a été transmis le 8 septembre 2021 (CAR 3.102.013). Par ordonnance du 9 septembre 2021 (CAR 6.100.027-033), le juge président a prononcé le maintien de la procédure orale, de l'audience des débats fixée le 15 septembre 2021 et de l'audition de MM. en qualité de témoin. Le 10 septembre 2021, Me Enis DACI a informé la Cour d'appel ne plus être en charge de la défense des intérêts de A. et B. SA (CAR 3.102.016).
- B.8** Les débats d'appel se sont tenus le 15 septembre 2021 en présence de Frédéric SCHALLER et Sophie DUMARTHERAY pour le DFF, de A. assisté de Mes Cristobal ORJALES et Ambroise CROISY, et de la société B. SA représentée par les

mêmes avocats (CAR 7.200.001-005). Des questions préjudicielles ont été soulevées par Mes Cristobal ORJALES et Ambroise CROISY. Lors de l'interrogatoire du témoin MM. (CAR 7.601.001-006), les débats ont été interrompus, dès lors qu'un malaise d'un participant à la procédure a nécessité l'intervention des urgences.

- B.9** Les parties et le témoin ont été cités à une nouvelle audience des débats fixée le 10 novembre 2021 à 10h00 à Genève (CAR 6.301.014-025).
- B.10** Le 15 octobre 2021, Me Ambroise CROISY a transmis une nouvelle procuration selon laquelle il représentait désormais exclusivement A. et B. SA (CAR 6.100.043-051). De plus, il a requis le report des débats et cela fait la fixation des débats à une date ultérieure laquelle comprendra trois jours consécutifs d'audience avec un jour de réserve, dès lors que son associé s'était personnellement chargé d'une grande partie de la préparation du dossier et qu'il ne lui était pas possible de reprendre en l'état seul un tel travail d'ici au 10 novembre 2021. Le 18 octobre 2021, le juge président a informé les parties que la Cour d'appel n'admettrait pas une plaidoirie supérieure à deux heures, tant pour A. et B. SA (pris ensembles) que pour le DFF. En outre, l'heure du début de l'audience a été modifiée à 8h30 et les débats ont été maintenus au 10 novembre 2021 (CAR 6.100.052-055).
- B.11** Le 25 octobre 2021, une nouvelle demande d'ajournement des débats rédigée par Me Ambroise CROISY est parvenue à la Cour de céans (CAR 6.100.056-060). Par décision incidente du 28 octobre 2021 (CAR 6.100.061-065), la Cour a décidé de maintenir la date des débats.
- B.12** Les débats d'appel se sont tenus le 10 novembre 2021 en présence de Frédéric SCHALLER et Sophie DUMARTHERAY pour le DFF, de A. assisté de Mes Ambroise CROISY et Olivier NICOD, ce dernier s'étant constitué séance tenante, et de la société B. SA représentée par les mêmes avocats (CAR 7.200.006-011).
- B.13** Interpellées, les parties ont renoncé au prononcé public du jugement lors d'une audience ultérieure. La Cour les a avisées que le jugement motivé leur serait notifié ultérieurement.
- B.14** La Cour a prononcé son jugement le 24 mars 2022. Le dispositif de l'arrêt leur a été notifié le même jour (CAR 11.100.001-005).
- B.15** Par courriel du 16 mai 2022, Me CROISY a demandé à la Cour de céans qu'elle attende le mois de septembre 2022 afin de notifier son jugement motivé (CAR 3.102.020). La Cour a donné droit à cette requête par courrier du 1^{er} juin 2022

(CAR 3.102.021). Le susnommé a requis, par téléphone du 31 août 2022 au greffe de la Cour de céans, à ce que la Cour ne notifie pas son jugement motivé les 8 et 9 septembre 2022, en raison du Jeûne Genevois (CAR 3.102.022). La Cour ne s'y est pas opposée, et a confirmé ce qui précède au précité par pli du 14 septembre 2022 (CAR 3.102.023).

La Cour d'appel considère :

I. Procédure

1. Entrée en matière / délais

Déposé en temps utile (art. 399 al. 1 et 3 CPP) et dirigé contre l'ensemble d'un jugement final rendu par un tribunal de première instance (art. 398 al. 1 CPP), par des appelants ayant qualité pour faire appel (art. 104 al. 1 lit. a, 382 al. 1 et 399 al. 1 et 3 CPP), l'appel est recevable. Il sied de préciser qu'en tant que prévenu condamné, A. a un intérêt juridiquement protégé à l'annulation ou à la modification de ce jugement. Quant à B. SA, elle n'a jamais eu le statut de prévenue. La procédure de droit pénal administratif a été ouverte contre les personnes responsables de B. SA. Cette dernière doit être considérée comme tiers saisi touché par des actes de procédure (art. 105 al. 1 let. f CPP). Sa qualité pour faire appel est limitée aux chiffres du dispositif la concernant, à savoir les frais de procédure mis à sa charge et le montant de son indemnité pour l'exercice raisonnable des droits de procédure.

Concernant l'appel joint formé par le DFF, celui-ci est recevable. Dit département a tant interjeté appel joint dans le délai légal (art. 399 al. 3 en lien avec l'art. 401 al. 1 CPP) qu'il a la qualité pour le faire (art. 104 al. 2 CPP ; art. 70 et 74 DPA ; art. 1 al. 1 let. f et 50 al. 1 de la loi fédérale sur l'Autorité de surveillance des marchés financiers [LFINMA ; RS 956.1] ; arrêt du Tribunal pénal fédéral CA.2019.7 du 28 mai 2020 consid. I. /1).

2. Procédure orale

La procédure est en principe orale (art. 405 CPP), sauf exceptions non réalisées *in casu* (art. 406 al. 1 et 2 CPP). En l'espèce, les débats d'appel ont donc eu lieu le mercredi 15 septembre 2021, puis le mercredi 10 novembre 2021, en présence de Frédéric SCHALLER et Sophie DUMARTHERAY pour le DFF, A., assisté de Me Ambroise CROISY (ainsi que de Me Cristobal ORJALES pour les débats du 15 septembre 2021 et de Me Olivier NICOD pour les débats du 10 novembre 2021), qui représentaient également B. SA (cf. art. 405 CPP).

3. Objet de la procédure et pouvoir de cognition

Saisie d'un appel contre un jugement ne portant pas seulement sur des contraventions, la juridiction d'appel jouit d'un plein pouvoir d'examen sur tous les points attaqués du jugement (art. 398 al. 2 CPP). Elle revoit la cause librement en fait, en droit et en opportunité (art. 398 al. 3 CPP ; arrêt du Tribunal fédéral

6B_43/2012 du 27 août 2012 consid. 1.1), sans être liée par les motifs invoqués par les parties, ni par leurs conclusions, sauf lorsqu'elle statue sur l'action civile (art. 391 al. 1 CPP). Elle n'examine toutefois que les points attaqués du jugement de première instance, sauf s'il s'agit de prévenir – en faveur de l'appelant – des décisions illégales ou inéquitable (art. 404 CPP).

L'art. 391 al. 3 CPP, consacrant l'interdiction de la *reformatio in peius*, dispose que l'autorité de recours ne peut modifier une décision au préjudice du prévenu ou du condamné si le recours a été interjeté uniquement en leur faveur. Il est précisé que, dès lors que le DFF a formé appel joint, la Cour n'est en l'espèce pas limitée par ce principe. Cela aussi bien au niveau de la peine, mais également de la qualification juridique.

En l'espèce, l'appel de A. et l'appel joint du DFF soulèvent des questions relevant de la culpabilité de A. et de la quotité de sa peine. De plus, le premier conteste en particulier le montant qu'il lui a été alloué en tant qu'indemnité pour ses frais de défense (chiffre VI.1 du dispositif du jugement attaqué). Quant au second, il forme également appel concernant la non-confiscation de valeurs patrimoniales de B. SA et l'absence d'une créance compensatrice à la charge de cette même société en faveur de la Confédération. Enfin, dans son appel, B. SA se limite à la question de son indemnité pour l'exercice raisonnable de ses droits de procédure, à savoir le chiffre VI.2 du dispositif du jugement attaqué. Les autres chiffres du dispositif ne condamnent pas cette société, de sorte que c'est à juste titre qu'elle ne les a pas contestés. Tous les points ci-dessus seront par conséquent analysés ci-après.

4. Droit applicable

Au moment des faits litigieux, l'activité d'intermédiaire financier était soumise à la loi fédérale du 10 octobre 1997 concernant la lutte contre le blanchiment d'argent et le financement du terrorisme dans le secteur financier (loi sur le blanchiment d'argent, LBA ; RS 955.0 ; art. 2 al. 1 LBA) et à l'ordonnance du 18 novembre 2009 sur l'activité d'intermédiaire financier exercée à titre professionnel (OIF ; RS 955.071), en vigueur du 1^{er} janvier 2010 au 31 décembre 2015 (v. jugement attaqué consid. 3 droit applicable).

5. Exploitabilité des moyens de preuve

- 5.1.** A. requiert – à l'instar de ses conclusions en première instance – que soit écarté du dossier, en raison de leur caractère inexploitable, le questionnaire LBA et celui de la FINMA, tous deux remplis par la société B. SA, datés du 10 octobre 2014 et signés par A. L'appelant se fonde sur une violation du principe de l'interdiction

de l'auto-incrimination au sens des art. 3 et 113 CPP, art. 6 CEDH et art. 14 al. 3 let. g Pacte ONU II (*nemo tenetur se ipsum accusare*). En substance, il conteste que des informations soient récoltées par la FINMA lors d'une procédure à caractère administratif au cours de laquelle l'établissement financier est tenu de collaborer, puis que ces informations constituent des moyens de preuve à charge dans le cadre d'une procédure pénale instruite par le DFF.

5.2. Le grief soulevé par l'appelant se réfère à la problématique que l'obligation de collaborer prévue dans la procédure administrative entre en conflit avec le principe pénal de ne pas s'incriminer soi-même. Dans ce cadre, la FINMA est l'autorité chargée de surveiller les acteurs des marchés financiers conformément à la LFINMA et aux lois citées à l'art. 1 LFINMA. Elle n'est partant pas autorité d'instruction pénale. Sa surveillance administrative découle d'une procédure de nature administrative (art. 53 LFINMA). Toutefois, sur dénonciation de la FINMA, une procédure pénale peut être ouverte par le DFF (art. 38 al. 3 LFINMA). C'est alors en premier lieu que la FINMA s'occupe d'une surveillance administrative, puis le DFF est l'autorité pénale compétente pour poursuivre les infractions relevant du droit pénal administratif dans la LFINMA et dans les lois sur les marchés financiers (art. 50 al. 1 LFINMA). Les deux procédures sont indépendantes l'une de l'autre et suivent chacune des principes différents selon le droit applicable (arrêts du Tribunal fédéral 2C_89/2010 et 2C_106/2010 du 10 février 2011 consid. 3.3.4). Comme examiné ci-après, il existe une tension entre les principes applicables à chaque procédure (v. consid. 5.5) : le droit administratif connaît l'obligation de collaborer (cf. consid. 5.3) alors que le droit de ne pas s'auto-incriminer (*nemo tenetur se ipsum accusare*) prévaut en droit pénal (v. consid. 5.4).

5.3. En cas de soupçons de violations du droit de la surveillance, la FINMA ouvrira une procédure de nature administrative dite d'*enforcement*, qui peut donner lieu à des sanctions dites administratives (sur le terme d'*enforcement* v. TPF 2021 183 consid. 2.1.5.1). Cette procédure peut être subdivisée en trois étapes (arrêt du Tribunal fédéral 2C_771/2019 du 14 septembre 2020 consid. 7.1 et les références citées).

En premier lieu, interviennent les investigations préalables qui permettent de vérifier le bien-fondé d'un soupçon de violation du droit de la surveillance. Durant cette phase, la loi fédérale sur la procédure administrative (PA ; RS 172.021) ne s'applique pas ; la FINMA reste toutefois liée au droit en vertu de l'art. 5 al. 1 Cst. et doit notamment s'assurer que les démarches entreprises respectent l'intérêt public et le principe de la proportionnalité (v. ATF 138 II 304 consid. 6.3). L'établissement est tenu par le droit de la surveillance de collaborer et de fournir les informations requises (v. art. 29 LFINMA ; arrêt du Tribunal fédéral

2C_771/2019 du 14 septembre 2020 consid. 7.1.1 et 7.1.2 et les références citées). Les parties concernées sont tenues, par exemple, de transmettre à la FINMA les informations et documents demandés, de répondre de manière conforme à la vérité aux questions posées par la FINMA ou de fournir à un chargé d'enquête tous les renseignements et documents dont ce dernier a besoin pour accomplir ses tâches. La LFINMA ne prévoit pas de droit spécifique de refus de fournir des renseignements (TPF 2021 183. 2.1.5.4 et les références citées). La loi ne s'oppose pas à ce qu'un chargé d'enquête soit désigné déjà à ce stade (arrêt du Tribunal fédéral 2C_771/2019 du 14 septembre 2020 consid. 7.3.2).

En deuxième lieu, si le soupçon est avéré, la FINMA peut décider d'ouvrir une procédure d'*enforcement* à l'encontre de l'établissement ou de la personne physique concernée (art. 30 LFINMA). Cette étape est soumise à la PA et débute par la décision d'ouvrir une procédure, laquelle est, en principe, communiquée aux parties (art. 30 LFINMA) ou lorsque l'ampleur des investigations ne permet plus de considérer qu'il s'agit d'investigations préalables (v. arrêt du Tribunal fédéral 2C_771/2019 du 14 septembre 2020 consid. 7.3.2). Cette procédure vise avant tout à examiner en détail les violations présumées du droit de la surveillance (arrêt du Tribunal fédéral 2C_771/2019 du 14 septembre 2020 consid. 7.1.1 et 7.1.2 et les références citées). Selon l'art. 16 PA en relation avec l'art. 42 al. 1 de la loi fédérale de procédure civile fédérale (PCF ; RS 273), il est possible de refuser de répondre à des questions si, ce faisant, une personne s'expose à des poursuites pénales ou à une atteinte grave à son honneur, ou si elle subit un préjudice patrimonial direct (cf. pour une application par analogie à la procédure découlant de l'art. 29 LFINMA, obligation de collaborer, TRUFFER, Basler Kommentar Finanzmarktaufsichtsgesetz/Finanzmarktinfrastrukturgesetz, 3^e éd. 2018, n. 22 et 23 ad art. 29 LFINMA).

En troisième lieu, la procédure se termine par la décision à prendre et au prononcé d'éventuelles mesures (arrêt du Tribunal fédéral 2C_771/2019 du 14 septembre 2020 consid. 7.1 et les références citées). Les mesures éventuellement ordonnées par la FINMA au cours d'une procédure de droit administratif ne sont en principe pas qualifiées de sanction pénale au sens de l'art. 6 CEDH. Ne sont partant pas qualifiées de la sorte la publication d'une décision en matière de surveillance au sens de l'art. 34 LFINMA (v. ATF 147 I 57 consid. 5.4.3.3 et 5.5 = JdT 2021 I 56 ; v. également les arrêts du Tribunal fédéral 2C_177/2019 du 22 juillet 2019 consid. 5.1 ; 2C_860/2017 du 5 mars 2018 consid. 8.2.1), une interdiction de pratiquer prévue à l'art. 33a LFINMA (arrêt du Tribunal fédéral 2C_315/2020 du 7 octobre 2020 consid. 4.2) ou la publication d'une décision de la FINMA en vertu de l'art. 34 LFINMA (ATF 147 I 57).

5.4. En raison de sa nature de droit constitutionnel individuel, le principe de non-incrimination (*nemo tenetur se ipsum accusare*) revêt une importance centrale dans la procédure pénale. Il est reconnu comme un principe général du droit de procédure pénale. Toutefois, ce principe n'a été expressément consacré par le droit international et constitutionnel qu'à l'art. 14 ch. 3 let. g du Pacte international du 16 décembre 1996 relatif aux droits civils et politiques (Pacte ONU II ; RS 0.103.2). L'interdiction de s'auto-incriminer est également garantie par le droit à un procès équitable au sens des art. 6 ch. 1 CEDH, 29 CEDH et 29 Cst. (Wohlens, Zürcher Kommentar, 3^e éd. 2020, n. 25 ad art. 3 CPP). Conformément à l'art. 113 al. 1, 1^{ère} phrase CPP, le prévenu n'a pas l'obligation de déposer contre lui-même. Il a notamment le droit de refuser de déposer et de refuser de collaborer à la procédure pénale (art. 113 al. 1, 2^e phrase CPP). Le principe *nemo tenetur* établit le droit du prévenu de décider sous sa propre responsabilité de sa participation à une procédure pénale. Cette décision comprend la possibilité soit de participer à la procédure par ses propres communications et autres actes d'information, soit de renoncer à une telle participation (cf. Lieber, Zürcher Kommentar, 3^e éd. 2020, n. 1 et n. 19 ad art. 113 CPP). L'accusation doit être contrainte d'apporter les preuves nécessaires sans recourir à des moyens de preuve obtenus contre la volonté de l'inculpé par une contrainte injustifiée (ATF 144 I 245 consid. 1.2.1).

L'interdiction de l'obligation de s'auto-incriminer prévue par la procédure pénale s'applique en principe aussi aux personnes morales accusées. Le principe *nemo tenetur* doit toutefois être appliqué de manière restrictive en ce sens que ne peut pas être contourné l'accès, en vertu du droit de surveillance et de la procédure pénale, à des documents que l'entreprise accusée doit établir, conserver et documenter en vertu de prescriptions légales de droit administratif, afin d'en garantir l'accès aux autorités compétentes (y compris lorsque les documents lui sont défavorables ; ATF 142 IV 207 consid. 8.3.2 à 8.3.3 = JdT 2017 IV 51 ; 140 II 384 consid. 3.3.1 et 3.3.4 = JdT 2015 I 3 ; 132 II 113 consid. 3.2 = JdT 2006 I 89 ; TPF 2018 107 consid. 5.8.2.8). En effet, si l'Etat ne pouvait plus accéder à ces documents en dépit de la base légale correspondante, il lui serait pratiquement impossible de surveiller les secteurs économiques concernés (marchés financiers, etc.) et d'y imposer le respect des obligations légales topiques par la menace des sanctions qui s'y rattachent. Or, les obligations de documentation des banques conformément à la loi sur le blanchiment d'argent font elles aussi partie de ces prescriptions (ATF 142 IV 207 consid. 8.3.3, 8.5 et 8.6 = JdT 2017 IV 51 ; 140 II 384 consid. 3.3.4 = JdT 2015 I 3).

5.5.

5.5.1. Comme nous l'avons déjà mentionné, les faits sur lesquels se fonde l'instruction pénale peuvent avoir été récoltés au cours de la procédure de nature administrative. Pour pouvoir être exploitée dans un procès pénal, l'administration des

preuves doit respecter les principes en vigueur dans un procès pénal. L'administration des preuves dans la procédure administrative doit ainsi avoir été menée en respectant suffisamment le principe *nemo tenetur*. En effet, le droit de ne pas s'auto-incriminer dans la procédure pénale ne doit pas être annulé par l'obligation de collaborer dans la procédure administrative (arrêt du Tribunal fédéral 1B_365/2019 du 7 avril 2020 consid. 4.2 ; arrêts du Tribunal pénal fédéral CA.2019.27 du 22 septembre 2020 consid. II./1.1.3.10 ; CA.2020.10 du 2 août 2021 consid. 2.1.5.9).

- 5.5.2.** Afin de respecter le principe selon lequel les parties n'ont pas à s'auto-incriminer, il faut en premier lieu que la FINMA avertisse les parties qu'elles ne sont pas tenues de faire de déclarations qui les incrimineraient pénalement ; l'autorité reste libre d'interpréter le silence en défaveur de l'administré (arrêts du Tribunal fédéral 2C_771/2019 du 14 septembre 2020 consid. 8.1 ; 2C_790/2019 du 14 septembre 2019 consid. 7.2 ; 1B_365/2019 du 7 avril 2020 consid. 4.2). En second lieu, il est nécessaire que le prévenu ne soit soumis à aucune pression ou contrainte au cas où il souhaiterait invoquer son droit de refuser de déposer (arrêt du Tribunal fédéral 1B_365/2019 du 7 avril 2020 consid. 4.2 ; TPF 2021 183 consid. 2.1.5.9 ; CA.2019.27 du 22 septembre 2020 consid. II./1.1.3.10).

Toute influence visant à faire respecter une obligation d'informer ne viole pas la présomption d'innocence et le droit qui en découle de ne pas avoir à s'incriminer soi-même, en tenant compte de la nature et du degré de la contrainte utilisée pour obtenir le moyen de preuve, des possibilités de défense ainsi que de l'utilisation de la preuve (ATF 144 I 242 consid. 1.2.2 = JdT 2018 I 366 ; arrêt du Tribunal fédéral 6B_439/2010 du 29 juin 2010 consid. 5.3). Est interdite la contrainte abusive (« improper compulsion »), c'est-à-dire un usage abusif ou excessif de la contrainte contre le prévenu (ATF 142 II 243 consid. 3.3 et les références citées = JdT 2016 I 112). Ne sont pas contraires à l'art. 6 ch. 1 CEDH les simples invitations à produire des documents dans le cadre d'une procédure administrative ou pénale, qui ne sont pas assorties d'une menace de sanction pour désobéissance. Ceci vaut en particulier dans une procédure administrative relevant du droit de surveillance, lorsqu'il existe pour le destinataire de l'édition une obligation légale administrative d'établir les documents correspondants, de les conserver et de les mettre à disposition des autorités compétentes (ATF 142 IV 207 consid. 8.3.2 et les références citées).

- 5.6.** En l'espèce, les faits de la présente cause peuvent être résumés comme suit. La FINMA a requis des renseignements auprès de B. SA après avoir reçu de cette société une lettre du 4 août 2014 portant sur son statut d'entreprise non affiliée à un organisme d'autorégulation (ci-après : OAR). B. SA priait la FINMA de lui confirmer que son affiliation à un OAR n'était pas obligatoire dans le cadre de

ses activités de gestion de fond. Dans ce contexte, la FINMA a interpellé B. SA par lettre du 20 août 2014 (en langue allemande), puis à nouveau le 2 septembre 2014 (en langue française) ; elle lui a imparti un délai pour remplir les questionnaires joints, à savoir l'un relevant de la LBA et l'autre de la FINMA. Dans ces deux lettres, la FINMA a attiré l'attention de B. SA sur le fait que la loi lui imposait de fournir des renseignements conformes à la vérité. Ont été jointes en annexe les dispositions légales pertinentes. Dans ce cadre, on pouvait lire la teneur des art. 29 (obligation de renseigner et d'annoncer), 44 (les conséquences pénales relatives à l'exercice de l'activité sans autorisation) et 45 LFINMA (fausses informations).

En l'absence de réponse, la FINMA a adressé une troisième lettre le 30 septembre 2014, rédigée en français, dont le contenu constitue, selon l'appelant, une violation du principe de l'interdiction d'auto-incrimination. Dans cette lettre, la FINMA a expressément attiré l'attention de B. SA sur son obligation de collaborer au sens des art. 3 et 29 LFINMA, en 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. La FINMA a indiqué qu'en particulier, la désignation d'un chargé d'enquête qui établirait l'état des faits aux frais de la société concernée pourrait se justifier. Elle se réservait enfin la possibilité d'inscrire la société sur la liste des établissements non autorisés (liste négative). La liste des dispositions légales pertinentes a été à nouveau portée à la connaissance de la société.

- 5.7.** L'instance précédente s'est déjà prononcée sur la même question préjudicielle invoquée par le prévenu A. Au vu des faits précités, l'arrêt entrepris a retenu que, malgré le principe de l'interdiction de l'auto-incrimination consacré à l'art. 6 CEDH, cette disposition n'excluait pas toute obligation de fournir à l'autorité des informations propres à fonder sa décision, à condition qu'aucune contrainte abusive n'était exercée. La Cour des affaires pénales a examiné si les propos tenus par la FINMA dans sa lettre du 30 septembre 2014 constituaient une mesure de contrainte non autorisée en vertu de l'art. 6 CEDH. Afin d'exclure la violation de cette disposition, l'analyse de ladite Cour a porté sur quatre aspects : la nature des mesures, le degré de coercition, l'existence de garanties appropriées dans la procédure et l'utilisation qui est faite des éléments d'informations obtenus (ATF 140 II 384 = JdT 2015 I 3 ; arrêt de la Cour EDH O'Halloran et Francis c. Royaume Uni, du 29 juin 2009, Recueil Cour EDH 2007-III, p. 16, n. 101 et arrêts cités).

Concernant le premier critère, l'instance précédente a examiné séparément chaque mesure – qualifiée d'indirecte – pour déterminer si leur nature était pénale ou administrative. Dans le cadre de ce premier critère, trois mesures sur

quatre n'ont pas été qualifiées de sanctions pénales au sens de l'art. 6 CEDH, à savoir la menace d'une décision en constatation au sens de l'art. 32 LFINMA, la nomination d'un chargé d'enquête au sens de l'art. 36 LFINMA et la menace de la mise « sur liste négative » au sens de l'art. 34 LFINMA. Quant à la quatrième, soit la menace de la prise en compte du silence dans l'appréciation des preuves, elle n'a pas été considérée comme contraire à la CEDH. Lors de l'examen du deuxième critère (degré de coercition), la Cour a considéré que les mesures pour lesquelles A. a été menacé n'étaient pas d'une gravité et d'une sévérité suffisante pour admettre une violation de l'art. 6 CEDH. Il a rappelé que les annexes jointes aux formulaires litigieux auraient pu être obtenues par perquisition. En lien avec l'existence de garanties appropriées dans la procédure (troisième critère), le juge unique a estimé que l'intéressé a disposé du temps nécessaire pour remplir les formulaires sollicités lui donnant la possibilité de se défendre, au contraire par exemple d'un interrogatoire. Enfin, la Cour a relevé une incidence limitée de l'utilisation faite de l'information litigieuse (quatrième critère), dès lors que les informations ressortant des formulaires en question ne constituent qu'une appréciation de la situation par la société sans que cela ne soit forcément exact ; les informations données semblent ainsi encore impropres à établir une infraction (v. jugement attaqué consid. 1.1.2 - 1.1.19).

- 5.8.** A. conteste tout d'abord que le principe *nemo tenetur* puisse s'appliquer de manière restrictive *in casu* s'agissant d'une personne morale, dès lors que c'est lui en tant que personne privée qui a été reconnu coupable et non la personne morale B. SA. Il fait ensuite grief à l'instance inférieure d'avoir examiné séparément les menaces de la FINMA, alors qu'au contraire c'est leur accumulation dans un seul et même document qui crée une pression indue. Il rappelle les éléments qu'il considère comme des menaces et soulève que la Cour des affaires pénales a omis d'analyser que, dans ses deux premiers courriers, la FINMA avait attiré l'attention sur le fait que « la loi imposait de fournir des indications conformes à la vérité » (lettres des 20 août et 4 septembre 2014). Le cumul de ces menaces, qui ont été préméditées par la FINMA selon l'appelant, constituerait une pression indue. Par ailleurs, A. soulève que la seule menace d'inscription sur « liste négative » au sens de l'art. 34 LFINMA revêt dans son cas un caractère répressif prépondérant, au regard des conséquences désastreuses sur son activité, sa crédibilité et sa réputation. Enfin, il soulève que la situation est particulièrement injuste : les documents en question récoltés lors d'une investigation préalable initiée par ses soins ont finalement été utilisés dans une prévention pénale ultérieure. Dans ce cadre, il n'aurait jamais bénéficié des droits minimaux à sa défense, soit celui de ne pas s'auto-incriminer sans craindre des poursuites pénales pour fausses déclarations (mémoire de recours, p. 9 à 11 ; notes de plaidoiries sur questions préjudicielles, p. 3-10).

5.9.

5.9.1. *In casu*, l'origine de la procédure en cause est un courrier spontané de B. SA du 4 août 2014 à l'attention de la FINMA, laquelle demandait une confirmation de son non-assujettissement. Il sied de rappeler que le système même de la surveillance des marchés implique que les assujettis renseignent la FINMA pour qu'elle puisse exercer sa tâche de surveillance au cours d'une procédure de nature administrative (v. art. 6 al. 1 et 29 LFINMA). Pour délivrer une confirmation de non-assujettissement, la FINMA devait être en possession de renseignements exhaustifs qui ne peuvent être remis que par la société concernée. La FINMA a donc procédé à des investigations préalables informelles (*pre-enforcement*) en requérant les informations directement auprès de l'administrée. C'est ainsi que la FINMA s'est adressée à B. SA par lettre des 20 août et 2 septembre 2014. A défaut de réponse, un troisième délai a été imparti par la FINMA par lettre du 30 septembre 2014 (v. consid. 5.6, 2^e paragraphe). Au vu du principe de la réglementation même de la surveillance des marchés financiers et de l'obligation de collaborer (v. consid. 5.4), une telle demande de renseignement de la part de la FINMA est conforme au droit applicable dans le cadre d'une procédure de nature administrative.

5.9.2. La question à résoudre consiste à déterminer si les preuves administrées au cours de la procédure administrative peuvent être exploitées au cours de la procédure pénale. Le principe est qu'il n'est pas contraire à l'art. 6 al. 1 CEDH d'inviter l'administré à produire des documents sans menace de sanctions pénales pour désobéissance. Ceci s'applique d'autant plus lors d'une procédure administrative dans le cadre de laquelle il existe une obligation légale administrative de les mettre à disposition de l'autorité, comme *in casu*. En l'espèce, il n'y a pas eu de menaces de sanction pénale au sens de l'art. 48 LFINMA ou de l'art. 292 CP. Ce dont a été informée B. SA par la (troisième) lettre de la FINMA du 30 septembre 2014 ne constitue pas des menaces de sanctions pénales au sens de l'art. 6 CEDH. En effet, conformément à la jurisprudence du Tribunal fédéral, la publication d'une décision en matière de surveillance (art. 34 LFINMA) ne constitue pas une sanction pénale (v. consid. 5.3-5.5) (ATF 147 I 57 consid. 5.5). Rappeler le contenu de l'art. 29 LFINMA qui impose la collaboration du contenu ne peut pas être qualifié de sanction pénale, de même que l'interprétation que la FINMA peut adopter en raison du silence de l'administré. Il s'agit au contraire de règles relatives à l'administration des preuves. Quant à la nomination d'un chargé d'enquête, cette mesure a pour but d'élucider des faits relevant de la surveillance. Il sied de rappeler qu'une telle nomination est une mesure ordonnée lorsque seul un contrôle sur place permet d'élucider définitivement les faits, ce qui en l'espèce pouvait être envisagé en l'absence d'informations fournies par B. SA après que deux délais lui avaient été impartis. De plus, le rapport du chargé d'enquête constitue une expertise de spécialiste au sens de l'art. 12 let. e PA, étant rappelé qu'il

n'a pas d'effet contraignant pour la FINMA dans la constatation des faits (v. arrêt du Tribunal fédéral 2C_771/2019 du 14 septembre 2020 consid. 7.2 ; 2C_790/2019 du 14 septembre 2019 consid. 7.2). Dans ce cadre, charger un spécialiste indépendant ne s'inscrit pas dans le cadre d'une sanction pénale. Au vu de ce qui précède, force est de constater que l'administré a été invité à fournir des documents sans que cela soit assorti de menaces pénales. Même en cumulant les différents éléments précités, cela ne constitue pas une sanction pénale.

5.9.3. Contrairement à ce que recommande la jurisprudence (v. arrêt du Tribunal fédéral 2C_790/2019 du 14 septembre 2020 consid. 7.2), la FINMA n'a pas averti *in casu* B. SA qu'elle n'était pas tenue de faire des déclarations qui l'incrimineraient pénalement. Une telle omission ne constitue pas pour autant une contrainte. En effet, contrairement à ce que considère l'appelant, le fait pour la FINMA de communiquer à B. SA lors de la transmission des questionnaires les bases légales qui sont susceptibles de s'appliquer, y compris l'arsenal de mesures à sa disposition, n'est pas une menace de sanction. Il en va de même s'agissant du fait d'informer B. SA des infractions pénales qui pourraient entrer en ligne de compte (art. 44 et 45 LFINMA). En outre, la non-délivrance du renseignement requis n'est pas répréhensible selon l'art. 45 LFINMA (RENATE SCHWOB/WOLFGANG WOLLERS, in : Basler Kommentar Börsengesetz/Finanzmarktaufsichtsgesetz, 2^e éd., Bâle 2011 n° 7 ad art. 45 LFINMA). Quant à la demande d'information de la FINMA, elle a eu lieu dans le cas particulier d'investigations préalables menées par la FINMA (pré-enforcement). Enfin, toute mesure visant à inciter un individu à fournir aux autorités des informations qui pourraient éventuellement être utilisées dans une procédure pénale ultérieure ne doit pas être considérée comme une contrainte abusive (ATF 131 IV 36 consid. 3.1 = JdT 2005 I 529 consid. 3.1).

B. SA ne peut pas prétendre qu'elle aurait été « piégée » dans le cadre d'une procédure informelle, comme l'aurait été en quelque sorte une personne qui aurait dû être entendue comme témoin et qui aurait été privée du droit au silence prévu par l'art. 16 PA. Un tel vice n'est ainsi pas de nature à invalider les actes accomplis par la FINMA au cours d'une procédure administrative.

5.9.4. Enfin, il sied de relever – à l'instar de l'instance précédente – qu'aucune menace de contrainte contraire à l'art. 6 CEDH n'a été exercée par la FINMA à l'encontre de B. SA. Pour cela il convient d'examiner en particulier la nature et le degré de la contrainte utilisée pour obtenir les preuves, les possibilités de défense et l'utilisation des preuves. Ces éléments ont été examinés par la Cour des affaires pénales (v. jugement attaqué consid. 1.1.8 - 1.1.19).

- 5.10.** Au vu de ce qui précède, les pièces visées par l'appelant n'ont pas été obtenues en violation du principe de l'interdiction d'auto-incrimination, de sorte qu'elles ne sont pas inexploitable. Ce grief est infondé.

II. Sur le fond (les points contestés du jugement SK.2019.13)

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

Tout intermédiaire financier visé à l'art. 2 al. 3 LBA qui n'est pas affilié à un organisme d'autorégulation reconnu doit demander à la FINMA l'autorisation d'exercer son activité (art. 14 al. 1 LBA). Est punissable pénalement l'intermédiaire financier qui exerce son activité sans avoir obtenu une telle autorisation (art. 44 LFINMA). La notion d'intermédiaire financier est définie à l'art. 2 al. 2 et 3 LBA. Par ailleurs, les intermédiaires financiers au sens de ces dispositions sont tenus par des obligations de diligence pour aider à la prévention et à la répression du blanchiment d'argent (art. 3 à 10 LBA ; arrêt du Tribunal fédéral 2A.307/2003 du 11 novembre 2003 consid. 2.1).

En l'espèce, A. – en tant qu'unique administrateur avec signature individuelle, directeur et actionnaire unique de la société B. SA – a été reconnu coupable d'avoir exercé sans autorisation l'activité d'intermédiaire financier pour des périodes données (v. jugement attaqué consid. 13.2.1). Au vu de l'appel déposé par A., il convient d'examiner en premier lieu si B. SA doit être qualifiée d'intermédiaire financier dès lors qu'elle a fait, au sens de l'art. 2 al. 3 let. c LBA, le commerce de matières premières pour son propre compte ou pour celui de tiers (v. ci-après consid. 1.1). En second lieu, sera examinée la question de savoir si B. SA a pratiqué la gestion d'actifs, de sorte qu'elle revêt la qualité d'intermédiaire financier au sens de l'art. 2 al. 3 let. e LBA (v. ci-après consid. 1.2).

1.1 Négoce de matières premières (sucre)

1.1.1 Eléments objectifs

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 compte propre ou pour celui de tiers, de matières premières (art. 2 al. 3 let. c LBA).

Comme il sera examiné ci-après, A. conteste au stade de l'appel la notion de matières premières telle qu'interprétée par l'instance précédente et que B. SA exerçait pour le compte de tiers. La Cour de céans ne reviendra pas sur les autres éléments objectifs et renvoie en tant que besoin aux considérants du jugement de la Cour des affaires pénales.

1.1.1.1 Notion de matières premières et le négoce en/hors bourse

En premier lieu, pour appréhender la notion de matières premières, il convient de rechercher le but visé par la norme. Les intermédiaires financiers au sens de l'art. 2 al. 2 et 3 LBA sont tenus par des obligations de diligence pour aider à la prévention et à la répression du blanchiment d'argent (art. 3 à 10 LBA ; arrêt du Tribunal fédéral 2A.307/2003 du 11 novembre 2003 consid. 2.1). En d'autres termes, ces obligations ont pour but d'empêcher que la place financière suisse ne soit utilisée pour blanchir de l'argent (Message relatif à la loi fédérale concernant la lutte contre le blanchissage d'argent dans le secteur financier [Loi sur le blanchissage d'argent, LBA] du 17 juin 1996, FF 1996 III 1057, 1069). Le législateur fédéral a déjà mis en évidence la problématique touchant au blanchiment de fonds sur les marchés des matières premières et s'était référé au rapport établi en octobre 1992 par l'organisation internationale des commissions de valeurs mobilières (OICV) (Message relatif à la loi sur le blanchissage d'argent, FF 1996 III 1057, 1122). En effet, le négoce de matières premières est particulièrement exposé aux risques de blanchiment (RYBI/LONGCHAMP, Négocier de matières premières, risque de corruption, loi sur le blanchiment d'argent et matières premières illicites. Quelques considérations, in : Blanchiment d'argent : actualité et perspectives suisses et internationales, 2014, p. 241-242). Un rapport de 2013 élaboré par trois départements fédéraux a notamment rendu compte de l'importance de la place de négoce de matières premières en Suisse (DFAE, DFF et DEFR, Rapport de base : matière premières, Rapport de la plateforme interdépartementale matières premières à l'attention du Conseil fédéral, du 27 mars 2013).

Ni la LBA, ni son art. 2 al. 3 let. c ne définissent la notion de matières premières. L'Ordonnance sur l'activité d'intermédiaire financier exercée à titre professionnel du 1^{er} janvier 2010 (OIF, RS 955.071), encore en vigueur au moment des faits (v. supra I. consid. 4), aborde la notion d'activité de négoce en son art. 5 al. 2. Est considéré comme tel 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 (art. 5 al. 2 let. b). Ainsi, est décisif pour l'assujettissement à la LBA, le fait que le négoce porte sur des matières premières liquides ou très facilement transformables en liquidités. Selon le bref commentaire de l'OIF, 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 (Bref commentaire de l'Ordonnance sur l'activité d'intermédiaire financier exercée à titre professionnel, Administration fédérale des finances, novembre 2009 p. 6,

<https://www.news.admin.ch/newsd/message/attachments/17441.pdf>, consulté le 13 juillet 2022).

En application de l'art. 7 al. 1 let. b LFINMA, la FINMA a adopté la circulaire 2011/1 Activité d'intermédiaire financier au sens de la LBA (ci-après : circulaire de la FINMA 2011/1), qui précise l'OIF. Dite circulaire explique décrire la pratique de la FINMA en rapport avec la loi sur le blanchiment d'argent ; elle montre de quelle manière la FINMA interprète la LBA et l'OIF et quand une activité d'intermédiaire financier exercée à titre professionnel est donnée (Circulaire de la FINMA 2011/1 n. 2). Il ressort de cette circulaire que les matières premières sont définies comme 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 (Circulaire de la FINMA 2011/1 n. 73). Pour être considérée comme une ordonnance législative, juridiquement contraignante, cette circulaire doit être édictée par une autorité (ici la FINMA), qui est expressément habilitée à cet effet. Au contraire, une ordonnance administrative (telle qu'une circulaire) ne crée pas de règles de droit contraignantes, dès lors qu'elle ne se fonde pas sur du droit supérieur ; une telle ordonnance administrative découle ainsi du pouvoir hiérarchique ou du pouvoir de surveillance qui permet à une autorité supérieure de donner une ligne de conduite aux agents ou aux organes chargés de l'application de la loi (Guide de législation, Guide pour l'élaboration de la législation fédérale, Office fédéral de la justice OFJ, 2019, p. 142). La circulaire de la FINMA 2011/1 indique expressément qu'elle expose la pratique de la FINMA en rapport avec la loi sur le blanchiment d'argent et expose de quelle manière la FINMA interprète la LBA et l'OIF. En outre, il n'existe pas de bases légales fondant cette circulaire dans le droit supérieur. Au vu de ces éléments, la circulaire de la FINMA 2011/1 n'est pas contraignante et ne prévaut pas sur l'approche susmentionnée.

1.1.1.2 Négoce pour son propre compte ou le compte de tiers

En dépit du texte clair de la loi (art. 2 al. 3 let. e LBA), est réprimé seulement le négoce de matières premières pour le compte de tiers, et non celui pour compte propre (art. 5 al. 2 OIF ; 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 ; CASSANI, Droit pénal économique, Eléments de droit suisse et transnational, 2020, n. 7.37, note de bas de page 51 ; PIETH, Goldwäsche, Die schmutzige Geheimnisse des Goldhandels, p. 227 s.).

1.1.2 Eléments subjectifs

L'infraction à l'art. 44 LFINMA peut être réalisée intentionnellement (al. 1) et par négligence (al. 2). 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'infraction peut être commise par dol éventuel ainsi que par négligence consciente ou inconsciente (art. 12 al. 3 CP). Le dol éventuel et la négligence consciente se rejoignent dans la mesure où, dans les deux cas, l'auteur envisage le résultat dommageable ; en d'autres termes, il reconnaît la possibilité que son comportement puisse conduire à la réalisation des éléments objectifs de l'infraction. La différence réside dans le fait que l'auteur du dol éventuel prenne l'infraction au sérieux et s'en accommode pour le cas où il se produirait, alors que l'auteur de l'acte de négligence consciente escompte que ce résultat – qu'il refuse – ne se produira pas et qu'en fin de compte tout se passera bien (v. ATF 133 IV 9 consid. 4.1 ; 125 IV 242 consid. 3c p. 251 ; 119 IV 1 consid. 5a ; SCHWOB/WOHLERS, Basler Kommentar : Finanzmarktaufsichtsgesetz / Finanzmarktinfrastukturgesetz, 3^e éd. 2018, n. 35 ad art. 44 LFINMA). La différence se situe donc sur le plan de la volonté et non de la conscience (ATF 133 IV 9 consid. 4).

Agit par dol éventuel celui qui entreprend une activité dont il sait qu'elle est soumise à autorisation. Il en va de même pour l'auteur qui a au moins reconnu la possibilité qu'il puisse s'agir d'une activité soumise à autorisation. Le fait que l'auteur aurait dû savoir que les activités qu'il exerce étaient soumises à autorisation ne suffit pas pour admettre le dol éventuel ; si l'auteur a pu reconnaître l'obligation d'autorisation en faisant preuve d'une attention raisonnable, il y a toutefois négligence (cf. Schwob/Wohlens, Basler Kommentar : Finanzmarktaufsichtsgesetz / Finanzmarktinfrastukturgesetz, 3^e éd. 2018, n. 36 ad art. 44 LFINMA).

1.1.3 Subsumption

A titre liminaire, la Cour de céans précise que l'état de fait, tel qu'établi par la Cour des affaires pénales dans son jugement de première instance, n'a pas été contesté par les parties. En effet, seule la qualification juridique effectuée par ladite Cour est contestée. S'agissant de A., il a conclu à son acquittement pour exercice intentionnel sans autorisation de l'activité d'intermédiaire financier du 26 avril 2012 au 31 décembre 2013 et d'exercice par négligence sans autorisation de l'activité d'intermédiaire financier du 1^{er} décembre 2013 au 2 octobre 2014. Dans son mémoire d'appel, A. a invoqué la violation du droit (art. 398 al. 3 let. a CPP) en lien avec diverses dispositions légales (CAR 1.100.009). Quant à B. SA, elle a contesté notamment le montant qui lui était dû par la Confédération

suisse et n'a, partant, également plus contesté les faits tels que contenus dans le jugement de la première instance (CAR 1.100.162). De ce fait, il y a lieu de renvoyer intégralement à l'établissement des faits tel qu'évoqué dans le jugement de première instance (v. jugement attaqué consid. A ss).

Eléments objectifs – matières premières

1.1.3.1 La société B. SA est une société suisse, dont A. est l'unique administrateur avec signature individuelle depuis janvier 2013, directeur et propriétaire de la totalité des parts sociales. Dite société a été active entre 2012 et 2014 dans le négoce de sucre pour le compte d'un seul client auprès duquel elle s'approvisionnait, à savoir une raffinerie de canne à sucre en Algérie gérée par la société M. SpA sise à Alger.

1.1.3.2 Les griefs des parties sont les suivants :

La Cour des affaires pénales a jugé que A. réalisait toutes les conditions objectives de l'infraction d'exercice sans autorisation de l'activité d'intermédiaire financier en lien avec ses activités dans le négoce dans le sucre, en tant que matières premières. Pour aboutir à ce résultat, l'instance précédente a interprété la législation d'un point de vue téléologique en considérant qu'il existait un risque de blanchiment d'argent dans le secteur des matières premières. Après avoir abordé la notion de transformation, elle a écarté l'approche sémantique tenant au langage courant et a retenu que la transformation dont il était question dans la Circ. FINMA 2011/1 permettait à la matière première, notamment agricole, de devenir un produit fongible et réalisable. Selon cette définition, la Cour des affaires pénales a conclu que le sucre constituait une matière première entrant dans le champ d'application des art. 5 OIF et 2 al. 3 let. e LFINMA. S'agissant en particulier du sucre négocié par B. SA, il présentait un degré de standardisation suffisamment élevé tout en étant réalisable en tout temps, de sorte qu'il entrait dans la notion de matières premières dans le sens abordé ci-dessus (v. jugement attaqué consid. 5.1.1, 5.1.2, 5.1.3 et 9.2).

L'appelant fait principalement valoir qu'au regard de la circulaire FINMA 2011/1 – qui vaudrait loi au sens de l'art. 7 CEDH – le seul critère pertinent pour définir la notion de matières premières est celui de la transformation. Ainsi, les matières premières sont celles qui sont non transformées, critère non rempli *in casu* par le sucre. En effet, d'après l'appelant, la betterave sucrière ou la canne à sucre constituent la matière première non transformée, telle qu'on la trouve dans la nature. Pour avoir du sucre, il faut passer par une transformation essentielle du produit. Pour fonder son argumentation, l'appelant fait référence aux bases légales suivantes : l'art. 54 al. 1 et 2 de l'ancienne loi fédérale sur l'agriculture du

29 avril 1998, le Protocole n. 2 de l'accord de libre-échange de 1972 réglant le commerce de produits agricoles transformés entre la Suisse et l'UE ainsi que le rapport du 30 août 2017 y relatif et enfin l'art. 2 al. 1 ch. 13 de l'Ordonnance fédérale sur les denrées alimentaires et les objets usuels (ODAIUOs) (déclaration d'appel et notes de plaidoirie de A. ; CAR 1.100.012 ss, 7.300.147 ss).

- 1.1.3.3** En l'espèce, l'argumentation de l'appelant ne saurait emporter la conviction de la Cour de céans. A suivre le raisonnement du précité, le commerce de la matière première qu'est le sucre ne pourrait jamais être un objet possible du blanchiment d'argent. En effet, le sucre serait soit, selon sa définition, une matière première, dans ce cas-là non standardisée et, partant, qui ne pourrait être négociée en bourse, soit il serait possible de négocier le sucre en bourse, mais il ne serait pas une matière première. Il est aisé de relever que cette façon de penser va à l'encontre de la volonté claire du législateur de lutter contre le blanchiment d'argent dans le domaine des matières premières.
- 1.1.3.4** S'agissant des bases légales auxquelles l'appelant se réfère, elles ne sont pas en lien avec la lutte contre le blanchiment d'argent, mais se rapportent à des activités telles que le commerce ou l'agriculture. Le raisonnement suivi par l'instance précédente ne prête pas le flanc à la critique, de sorte qu'il peut être adopté par la Cour de céans. C'est également à juste titre que la Cour des affaires pénales a retenu que le sucre négocié par B. SA était conforme au standard ICUMSA 45, (standard boursier). Ainsi, même si la marchandise n'était pas effectivement vendue en bourse, elle atteignait un degré de standardisation donnant la possibilité de l'aliéner facilement et, partant, d'y réaliser des opérations financières (v. jugement attaqué consid. 9.3.2).

Eléments objectifs – pour le compte de tiers

- 1.1.3.5** Les griefs des parties sont les suivants :

La Cour des affaires pénales a d'abord défini la notion « pour le compte de tiers » (v. jugement attaqué consid. 5.1.4). Pour déterminer si B. SA a agi pour son compte propre ou celui de tiers, la Cour a examiné ses activités par rapport à M. SpA à l'aune de l'ensemble des circonstances concrètes (v. jugement attaqué consid. 9.4.1 à 9.4.7). Ceci a permis de déterminer que B. SA a agi sur ordre, dans l'intérêt de M. SpA, avec le patrimoine de M. SpA, comme un intermédiaire. Les risques étaient de plus partagés avec M. SpA, sans que B. SA agisse avec un degré d'indépendance pour travailler pour compte propre. Avec entente de M. SpA, B. SA ne choisissait pas ses clients, puisqu'elle se contentait de clients de deuxième choix (pas de « first class ») avec lesquels M. SpA ne voulait pas faire directement affaire. En outre, contrairement à une entreprise à but lucratif, B. SA

a travaillé presque toujours à marge nulle. Le modèle d'affaires adopté par M. SpA et B. SA en matière de négoce du sucre consiste clairement à écouler les surplus de sucre de M. SpA pour un prix qui convienne à celle-ci et d'offrir une rémunération à B. SA, pour son intermédiation, qui peut prendre diverses formes, mais une rémunération dont l'ampleur et les modalités dépendent de M. SpA. Ce modèle d'affaires repose sur une collaboration assez étroite entre M. SpA et B. SA, une collaboration qui n'est pas l'apanage de sociétés qui voudraient travailler dans leurs intérêts respectifs, à leurs propres comptes.

A. conteste encore avoir exercé une activité pour le compte de tiers (M. SpA) tel que l'a retenu l'instance précédente, mais au contraire pour son compte propre. En particulier, il s'oppose à la définition donnée pour le compte de tiers et renvoie à la teneur de l'art. 2 al. 3 LBA sur les intermédiaires financiers. La Cour des affaires pénales aurait examiné à tort sous un angle économique l'activité pour le compte de tiers, alors que c'est une approche purement juridique qui devrait être privilégiée. L'appréciation de la première instance serait ainsi erronée. Il souligne que B. SA n'a pas développé une dépendance vis-à-vis de M. SpA, mais a déployé une activité avec un client important et a tenté de le fidéliser. Ne serait ainsi pas pertinente l'importance de la marge réalisée par B. SA. Selon l'appelant, B. SA était au bénéfice d'un pouvoir de représentation de M. SpA. Enfin, il conteste que B. SA n'eut pris aucun risque commercial. Tout d'abord, rien ne prouverait, selon l'appelant, que le droit suisse soit applicable (fiducie et le respect de la Notice d'octobre 1967 établie par l'Administration fédérale des contributions). Le droit anglais s'appliquerait usuellement aux négociants en matières premières, même pour ceux résidants en Suisse. Ensuite, les soit-disantes facilités de paiement constitueraient tout simplement du retard de M. SpA pour émettre ses factures (v. notes de plaidoirie de A., n. 111 à 159 ; CAR 7.300.165-171).

- 1.1.3.6** En l'espèce, il est pertinent de relever que, de manière générale, l'appelant exprime lui-même que le sucre est une matière première, dès lors qu'il a affirmé que les contrats étaient soumis au droit anglais et qu'il est « [...] d'ailleurs usuel que les négociants en matières premières, mêmes résident en Suisse, traitent avec des contrats soumis au droit anglais », alors que l'appelant a contesté que le sucre était une matière première. Il a d'ailleurs, lors de son audition par la Cour de céans, prononcé à pas moins de six reprises le mot « matières premières » (CAR 7.300.171 para 153 ; 7.401.001 ss).

En application de l'art. 82 al. 4 CPP, référence est ici faite au jugement attaqué, consid. 5.1.4. Contrairement à l'avis de la défense, l'exposé complet et pertinent des motifs de la Cour des affaires pénales ne prête pas le flanc à la critique. Il y

est donc ici renvoyé. Il sied simplement de relever quelques éléments-clés pertinents dudit jugement et de répondre ensuite aux arguments soulevés par la défense en deuxième instance :

- Aux termes de l’art. 5 al. 1 let. b aOIF, seul le négoce pour compte de tiers des matières premières est soumis à autorisation. Il y a lieu de distinguer le négoce « pour compte de tiers » du négoce « pour compte propre », dès lors que ces notions ne font l’objet d’aucune définition légale précise. Bien que les parties aient choisi de soumettre les contrats à un autre droit que le droit suisse, c’est bien ce dernier qui doit s’appliquer s’agissant de la distinction entre le négoce pour compte propre et le négoce pour compte de tiers (v. jugement attaqué consid. 5.1.4.1).
- Afin de définir l’expression « pour le compte de tiers », l’autorité inférieure s’est basée sur le principe de la confiance, selon lequel l’interprétation doit se faire non seulement d’après le contexte et les déclarations, mais aussi d’après les circonstances qui les ont précédées et accompagnées (v. jugement attaqué consid. 5.1.4.3 s.).
- Il a été démontré que B. SA a, pour la plus grande partie du sucre vendu, accepté de le vendre au prix de revient et que la marge était inexistante. B. SA aurait alors travaillé à perte, dès lors cette activité comportât des frais inhérents à son fonctionnement (tels que les salaires, locaux, assurances par exemple) (v. jugement attaqué consid. 9.4.5.1).
- Afin de démontrer que l’appelant a agi pour le compte de tiers, et non pour compte propre, il était encore précisé que certes B. SA prenait certains risques – dont les risques liés à la dégradation de la cargaison, mais encore les risques liés à la propriété ou les risques de surestaries. Les risques pris par B. SA ainsi que ses frais d’assurance méritaient d’être rémunérés et B. SA aurait été légitimée à couvrir de tels risques par une part correspondante de marge bénéficiaire. B. SA devenait propriétaire du sucre à la manière d’un fiduciaire afin de le vendre à un tiers, selon les plans de M. SpA (v. jugement attaqué consid. 9.4.6).
- Le risque pris par B. SA de contrepartie était très limité, dès lors que B. SA avait le temps d’encaisser le prix de sa vente avant de payer sa propre dette envers M. SpA et n’avait pas le temps de devenir propriétaire du sucre, ou du moins très passagèrement. En outre, B. SA encourait un risque faible de ne pas pouvoir faire face à ses obligations envers M. SpA, dès lors que M. SpA accordait des facilités de paiement à la première afin

que celle-ci puisse réaliser ses créances avant d'honorer ses dettes envers M. SpA. Seules deux exceptions ont été relevées par la Fiduciaire J. Partant, tant que B. SA ne parvenait pas à encaisser le prix de sa vente, elle se gardait généralement de payer elle-même le sucre à M. SpA et, en sa qualité de propriétaire, cette dernière était directement exposée au risque de non-paiement de la contreprestation, qui était contractuellement due à B. SA. De plus, non seulement B. SA exerçait une facturation diligente mais cette dernière ne passait de contrat avec M. SpA qu'après avoir trouvé un acheteur qui convenait. L'exemple irakien, lequel serait, selon l'appelant, le seul cas où il aurait agi pour le compte de M. SpA, lequel expliquerait pourquoi il aurait indiqué « pour le compte de tiers » dans le formulaire de la FINMA, ne peut être retenu. Tout porte à croire que cette explication de l'appelant est peu crédible et qu'il n'a pas agi qu'une fois pour le compte d'un tiers. Que ce soit enfin O. ou encore l'expert GG., aucun des deux n'ont pu citer de cas concrets lors desquels B. SA aurait dû payer à M. SpA du sucre qui ne lui avait pas été payé par un client (v. jugement attaqué consid. 9.4.6).

- Au vu de ces arguments, il a été établi à satisfaction de droit que le modèle d'affaires adopté par M. SpA et B. SA en matière de négoce de sucre consistait clairement à écouler les surplus de sucre de M. SpA pour un prix qui convienne à celle-ci et d'offrir une rémunération à B. SA, pour son intermédiation, sous diverses formes, dont l'ampleur et les modalités dépendaient de M. SpA. Ce modèle d'affaire reposait alors sur une collaboration assez étroite entre M. SpA et B. SA, qui ne laisse pas à penser que les deux précitées souhaitaient agir dans leurs intérêts respectifs, à leurs propres comptes (v. jugement attaqué consid. 9.4.6 *in fine*).
- La Cour de céans ajoute également, par rapport au jugement de première instance, si cela devait encore être nécessaire, que, comme l'a indiqué l'instance précédente, B. SA a accepté plusieurs prêts en 2013 pour plus de EUR 11 millions et près de USD 6 millions de la société T., qui était en mains des propriétaires de M. SpA. et T. n'était pas partenaire commercial de B. SA ; il s'agissait d'une société de domicile incorporée aux BVI dont l'ayant-droit économique n'avait pas été identifié, alors même que l'Algérie et les BVI sont des pays à risque, tout comme l'activité dans le négoce de matières premières. Ces prêts, qui ont été acceptés par B. SA, ne peuvent que renforcer la dépendance de la première envers M. SpA (v. jugement attaqué consid. 9.4.4).
- Aux débats, à la question de savoir qui était à l'initiative du prêt entre B. SA et T. pour la somme de USD 15'945'600.- à un taux d'intérêt de 0%

(pièce DFF 442.3-065 547 s., CAR 7.401.030), A. a indiqué ce qui suit : « [m]oi-même. Je ne sais pas quel était le background. C'est peut-être la période irakienne. On m'a prêté de l'argent pour que je puisse payer M. SpA, son sucre. M. SpA exporte du sucre. En fait, je ne me souviens pas. Cela me revient. Quand M. SpA exporte le sucre, selon la loi algérienne, elle doit faire entrer l'argent plutôt vite. Elle ne peut pas attendre un an. Dans le cas du sucre irakien, cela nous a pris un an. Il voulait être sûr que je paie M. SpA. Ensuite, je m'occupais du sucre. [...] ». A la question de savoir pourquoi il existait une telle réglementation en Algérie, l'appelant a répondu que « l'Etat veut s'assurer que lorsque la matière première est exportée, l'argent rentre [...]. Quand j'ai vendu le sucre irakien, je les ai remboursés » (CAR 7.401.009). A la question de savoir quelle était la compréhension de l'appelant du lien entre T. et M. SpA, ce dernier a répondu que « M. SpA est le premier groupe privé d'Algérie qui faisait beaucoup de négoce de matières premières » (CAR 7.401.009). Ces considérations démontrent bel et bien que B. SA n'a pris aucun risque économique dans cette transaction. A la question de savoir à quoi servait ce prêt de quatorze jours, l'appelant a rétorqué qu'«[i]l y avait un appel pour la communauté européenne de vendre du sucre dans la communauté européenne sans douane. Pour participer à cet appel d'offre, il fallait une garantie bancaire par une société européenne. Evidemment, j'étais intéressé. J'ai pris ce *loan* pour le donner à la société [...]. L'appel d'offres nous ne l'avons pas gagné et j'ai remboursé T. Je confirme que l'appel d'offre a duré 15 jours. C'est une garantie bancaire. On n'a pas gagné, de sorte qu'on nous rend l'argent » (CAR 7.401.010).

- 1.1.3.7** Au vu de ce qui précède, il n'y a pas lieu de remettre en doute que B. SA exerçait une activité de négoce pour le compte d'un tiers, soit M. SpA. Enfin, force est de constater que, selon les explications de l'appelant lui-même, si M SpA. avait obtenu l'appel d'offre et, partant, le marché, cela démontre qu'il travaillait bel et bien pour le compte d'un tiers. Dans l'hypothèse où ce prêt ne servait pas à obtenir l'appel d'offre, se pose alors la question de savoir si l'appelant n'aurait pas tenté, par ce prêt, de tromper les autorités européennes.

Principe de l'égalité de traitement (art. 8 Cst., art. 14 CEDH, art. 26 Pacte ONU II)

- 1.1.3.8** A. se prévaut d'une violation au principe de l'égalité de traitement. Pour fonder son grief, il se réfère ici à l'échange intervenu entre la FINMA et la société II. SA en 2019. À la demande de cette société, la FINMA lui aurait indiqué le 13 novembre 2019 que le sucre – au titre de matières transformées – n'était pas une matière première au sens de l'art. 5 al. 1 let. c OBA. Par conséquent son négoce

hors bourse pour le compte de tiers n'était pas soumis à la LBA. L'appelant souligne que II. SA avait expressément insisté sur l'aspect non transformé des matières concernées, soit le sucre, la farine de blé et le tourteau de soja. Ces trois dernières matières premières ont d'ailleurs été considérées comme transformées alors que le degré de transformation est largement moins important que le sucre.

Au vu de ce qui précède, A. met de plus en exergue que le signataire de la lettre de la FINMA à l'attention de II. SA était compétent pour rendre des appréciations juridiques propres à la LBA. En effet, il revêt la fonction de chef de groupe « Lutte contre le blanchiment d'argent et Suitability », lequel est une sous-division de la division « Marché » de la FINMA. Ce groupe constitue le centre de compétences de la FINMA en matière de lutte contre le blanchiment d'argent et assure des missions de réglementation (<https://www.finma.ch/fr/finma/organisation/les-divisions-de-la-finma/division-marches/>, consulté le 20 juillet 2022). À l'inverse, la dénonciation pénale du 31 décembre 2015 a été traitée par la division « Enforcement » laquelle est dénuée de compétence pour faire des appréciations juridiques propres à la LBA.

En conclusion, le négoce de sucre est manifestement exclu du champ d'application de la LBA et la dénonciation pénale de la FINMA ne pourrait en aucun cas être interprétée comme la reconnaissance par la FINMA du fait que le négoce hors bourse de sucre effectué par B. SA serait assujéti à la LBA (déclaration d'appel, p. 14 à 18 ; notes de plaidoirie de A. n. 32-42 ; CAR 1.100.015-019, 7.300.152 s.).

- 1.1.3.9** Il ressort du dossier que II. SA s'est adressée à la FINMA le 24 septembre 2019 afin de vérifier si l'extension de son activité de négoce pour le compte de tiers allait être soumise à la LBA. En particulier, elle a posé la question de savoir si le négoce de sucre « white sugar (obtained by milling beets or crushing cane into raw sugar and then refining the raw sugar) » et « raw sugar (obtained by milling raw sugar and in exceptional cases by milling beets) » était soumis à la LBA dans la mesure où ce produit a été transformé. Par lettre du 13 novembre 2019, la FINMA a répondu à II. SA. Elle a indiqué qu'au regard de la Circulaire FINMA 2011/1, les matières premières (« Rohwaren ») s'entendent comme la matière première non transformée (« unberarbeitete Grundstoffe »), provenant de l'industrie minière ou de l'agriculture ou peuvent être imputés au secteur énergétique, comme par exemple le pétrole brut, le gaz naturel, le métal, le minerai ou le café. Après examen des documents et analyse du cas d'espèce, la FINMA a avancé que le commerce de farine de blé (« Weizenmehl »), d'huile de graines de soja (« Sojabohneöl ») et sucre (« Rohzucker sowie Weisszucker ») pour le compte de tiers n'est pas soumis à la LBA, au motif qu'il n'entre pas dans la

notion de matières premières au sens de l'art. 5 al. 1 lit. c et d aOIF et de la Circulaire FINMA 2011/1.

La Cour de céans a interpellé la FINMA en août et septembre 2021 afin qu'elle lui remette le dossier intégral de II. SA, puis également le « General Ruling » (CAR 5.201.001-004 et 5.201.050). Le 12 août 2021, la FINMA a répondu qu'elle n'allait pas transmettre ce dossier, partant du principe que la correspondance topique était déjà en possession de la Cour. De plus, la remise de dossiers et de correspondance interne n'était en principe pas couverte par le devoir de communiquer avec les autorités pénales (cf. art. 40 LFINMA). Une brève chronologie a toutefois été décrite. La FINMA a ajouté que, de manière générale, la question de savoir si le sucre devait être considéré comme une matière première au sens de la LBA était finalement une question de droit. Ainsi, en cas de confirmation du jugement du 17 juin 2020 de la Cour des affaires pénales, la FINMA adapterait sa pratique (CAR 5.201.005-007). Après une demande réitérée de la Cour de céans, la FINMA a transmis, le 7 septembre 2022, l'échange de courriers intervenu en 2019 concernant II. SA (CAR 5.201.010). Le 8 septembre 2021, la FINMA a complété qu'aucun « General Ruling » n'avait été émis (CAR 5.201.052).

1.1.3.10 Au sujet de la pratique relative à II. SA, celle-ci connaît une nouvelle raison sociale depuis janvier 2021 : RRR SA.

Dans la mesure où l'appelant se prévaut du principe de l'égalité de traitement en lien avec la lettre du 13 novembre 2019 de la FINMA concernant II. SA, il convient de renvoyer intégralement au raisonnement suivi par l'instance précédente, qui ne prête pas le flanc à la critique. La Cour des affaires pénales a retenu à juste titre que le justiciable ne peut pas invoquer une inégalité devant la loi lorsque celle-ci a été correctement appliquée à son cas, alors qu'elle a été faussement, voire pas appliquée du tout, dans d'autres cas, comme mentionné ci-haut (v. jugement attaqué consid. 9.2.10). Enfin, la FINMA a confirmé à la Cour qu'elle ne procédait pas à un « General Ruling » dans le cadre de demandes générales en lien avec les marchés financiers (CAR 5.201.052), information qui corrobore ce que la Cour des affaires pénales a affirmé à ce sujet.

Enfin, l'absence de compétence supposée par le service de la FINMA qui a déposé la dénonciation pénale auprès du DFF ne saurait justifier une interprétation différente de la notion de matières premières que celle déjà retenue précédemment (v. supra II consid. 1.1.3.1 ss). Partant ce grief est infondé.

Violation du principe de non-rétroactivité d'une norme pénale (art. 7 par. 1 CEDH et art. 2 al. 1 et 2 CP)

1.1.3.11 L'appelant soutient que l'instance précédente a violé le principe de non-rétroactivité d'une norme pénale (art. 2 CP). En 2011, la notion de « matières premières » au sens de l'art. 5 al. 1 let. b aOIF devait être comprise comme étant une « matière première non transformée » (Circulaire FINMA 2011/1). Définir différemment la notion de « matières premières », en faisant fi du critère de transformation, constitue une interprétation extensive, qui n'est apparue qu'ultérieurement aux faits de la cause (v. RYBI / LONGCHAMP, Négocier 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 ; SwissBanking, rapport de mars 2013 « La Suisse, place de négoce de matières premières » ; DFAE, DFF et DEFR, Rapport de base : matière premières, Rapport de la plateforme interdépartementale matières premières à l'attention du Conseil fédéral, du 27 mars 2013 ; 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 » ; rapport du 30 novembre 2018 du Conseil fédéral « Le secteur suisse des matières premières: état des lieux et perspectives ») ; rapport de juin 2015 du Groupe interdépartemental de coordination sur la « lutte contre le blanchiment d'argent et le financement du terrorisme [GCBF] sur l'évaluation nationale des risques de blanchiment d'argent et de financement du terrorisme en Suisse »). Cette documentation postérieure aux faits litigieux et de plus défavorable au prévenu ne pourrait pas être appliquée dans le respect du principe de non-rétroactivité ou de légalité. Un changement de conception d'une notion juridique ne peut être imputé à l'intéressé. La FINMA avait d'ailleurs confirmé à II. SA en 2019 que le sucre en tant que matière première transformée n'était pas soumis à la LBA (déclaration appel A., n. 81-90 ; notes de plaidoirie de A., n. 78 ss ; CAR 1.100.023-025, CAR 7.300.136 ss).

1.1.3.12 Selon l'art. 2 al. 1 CP, la loi pénale ne s'applique qu'aux faits commis après son entrée en vigueur (principe de la non-rétroactivité de la loi pénale). Ce principe et l'application de la *lex mitior* sont limités aux modifications apportées à la loi pénale et ne peuvent être invoqués en cas de revirement de jurisprudence (v. arrêt du Tribunal fédéral 6B_786/2020 du 11 janvier 2021 consid. 2.1.1 et les réf. cit.). Pour la Commission européenne des droits de l'homme, le juge peut préciser les éléments constitutifs d'une infraction mais non les modifier, de manière substantielle, au détriment de l'accusé. Il n'y a ainsi rien à objecter à ce que les éléments constitutifs existants de l'infraction soient précisés et adaptés à des circonstances nouvelles pouvant raisonnablement entrer dans la conception originelle de l'infraction (Décision de la Commission européenne des droits de l'homme du 4 mars 1985 déclarant irrecevable la requête n. 10505/83, Enkelmann c. Suisse, publiée in JAAC 1985 IV 454, n. 76).

1.1.3.13 En l'espèce, la norme pénale applicable était déjà en vigueur au moment des faits. La Cour de céans ne modifie pas les éléments constitutifs mais est menée à définir la notion de matières premières (v. supra II consid 1.1.1.1). On ne décerne pas sur quel point la Cour de céans outrepasserait la possibilité de préciser ce terme (v. également infra II. consid. 1.1.3.15). A suivre le raisonnement de l'appelant, chaque premier cas d'application devrait conduire à un acquittement – or, force est de constater que les lois pénales, lesquelles sont *per se* générales et abstraites, donnent toujours lieu à des premières condamnations lorsque les faits d'un cas d'espèce précis satisfont les éléments constitutifs d'une infraction pénale donnée. Enfin, le fait qu'il n'y ait pas (encore) de cas d'application d'une violation d'une norme pénale ne peut constituer, dans une société démocratique, un blanc-seing permettant à tout un chacun de violer ces dispositions à sa guise.

1.1.3.14 Ce grief, qui n'a pas été abordé auprès de l'instance précédente, est infondé.

Violation du principe de la légalité *nulla poena sine lege certa* et violation du principe de la sécurité du droit (art. 6 par. 1 et 7 par. 1 CEDH et art. 5 al. 1 Cst.)

1.1.3.15 Sous l'angle du principe de la légalité *nulla poena sine lege certa* et du principe de la sécurité du droit, A. développe des griefs comparables à ceux relatifs à la violation du principe de non-rétroactivité d'une norme (v. supra II consid. 1.1.3.11). L'instance précédente aurait pris à tort en considération des sources non pertinentes et postérieures aux faits. Il rappelle qu'il s'était au contraire fié au critère de transformation tel qu'établi par la FINMA dans sa circulaire 2011/1. Cette approche est confirmée par l'avis du Professeur FF., de celui de la société d'audit HH. SA du 23 septembre 2019 et de la prise de position de la FINMA du 13 novembre 2019 sur l'activité de II. SA (v. déclaration d'appel A. n. 68-80 ; CAR 7.300.134 s.).

Au moment de la plaidoirie, il a été soulevé que la loi pénale est tellement complexe et débattue qu'elle ne peut fonder une condamnation pénale. En effet, la disposition en cause ne remplirait pas l'exigence de certitude (*nulla poena sine lege certa*) selon laquelle la transcription des infractions serait suffisamment précise. Le Tribunal pénal fédéral est la première autorité chargée de statuer la question du sucre en tant que matière première non transformée ainsi que la question de l'application de la LBA au négoce du sucre hors bourse. Or, comme mentionné ci-haut (v. supra II consid. 1.1.3.13), ce n'est pas parce que la situation réprimée en l'espèce ne l'a pas été par le passé, que l'appelant peut s'en prévaloir et, partant, être acquitté d'une infraction qu'il a commise, si ses éléments constitutifs en sont réalisés. Enfin, les éléments au dossier ne permettaient pas en tout état au justiciable d'anticiper une telle issue au point d'adapter

son comportement à la norme pénale, comme s'en prévaut l'appelant en l'espèce (notes de plaidoiries A., n. 178-183 ; CAR 7.300.174 s.).

1.1.3.16 Il y a lieu au surplus de se référer aux arguments développés à ce propos par la Cour des affaires pénales, lesquels ne prêtent pas le flanc à la critique et peuvent être intégralement repris (v. jugement attaqué consid. 12.1).

1.1.3.17 À l'instar de l'appelant, la Cour constate que la notion de matières premières n'avait jusqu'alors pas été traitée dans la jurisprudence, de même que l'éventuel critère de transformation abordé dans la circulaire FINMA 2011/1. Cette notion de matières premières prête à discussion et est sujette à interprétation. L'interprétation donnée *in casu* à la notion de matières premières ne repose pas sur une interprétation extensive fondée sur une doctrine postérieure aux faits litigieux. Pour interpréter la notion de matières premières, il y a lieu de rechercher le but de la loi. Si l'on reprend la définition proposée par l'appelant, il n'y aurait jamais de protection contre le blanchiment d'argent. Partant, la seule interprétation qui permette de garantir le but de la loi est celle retenue par l'autorité inférieure, laquelle a recherché le but de la loi afin d'avoir une cohérence dans la lutte contre le blanchiment d'argent (v. jugement attaqué consid. 5.1.2 ss). Il sied de rappeler que le législateur ne peut pas renoncer à utiliser des définitions générales ou plus ou moins vagues, telles que dans le cas d'espèce, dont l'interprétation et l'application sont laissées à la pratique. L'idée d'un degré de standardisation des matières premières est déjà exprimée dans la loi (art. 5 al. 2 let. b OIF) et le bref commentaire de l'OIF en 2009. L'appelant ne démontre pas que l'interprétation de l'élément constitutif de « matières premières » qu'il critique serait extensive au point qu'elle reviendrait à modifier, de manière substantielle, les conditions d'application de l'art. 2 al. 3 let. c LBA en lien avec les art. 14 al. 1 LBA et 44 LFINMA. L'interprétation de la notion de matières premières est celle qui s'impose de par la *ratio legis* de la LBA et elle doit être considérée comme étant prévisible. En effet, le législateur a voulu soumettre le commerce de matières premières à la protection de la LBA dès lors qu'un tel commerce est soumis à un risque de blanchiment. En outre, cette approche doit être considérée comme étant prévisible, *a fortiori* pour un professionnel du commerce, comme c'est le cas de l'appelant.

L'interprétation de la notion de matières premières respecte le caractère raisonnablement prévisible. Contrairement à ce que soutient A., le grief relatif au principe de la légalité est infondé.

Eléments subjectifs

1.1.3.18 Au stade de l'appel, A. n'apporte pas de nouveaux griefs que ceux examinés auprès de la Cour des affaires pénales. À l'instar de cette autorité, la Cour de céans retient qu'il était évidemment informé que la société B. SA faisait du négoce de sucre pour le compte de M. SpA. Il avait conscience de son rôle de responsable opérationnel de cette société. Il savait également que la société B. SA ne disposait pas d'autorisation. Il avait par conséquent conscience des éléments constitutifs de l'énoncé de fait légal. De plus, il n'ignorait pas qu'une autorisation était nécessaire pour certains intermédiaires financiers effectuant du négoce de matières premières. Sa négligence ne peut donc être admise au motif que l'auteur de l'infraction ne pouvait pas se rendre compte qu'il exerçait une activité nécessitant une licence, même s'il avait fait preuve de la diligence requise.

La Cour des affaires pénales a retenu, dans son jugement, que A. a enfreint l'art. 44 al. 1 LFINMA en lien avec l'art. 14 LBA du 26 avril 2012 au 31 décembre 2013, par l'exercice du négoce de matières premières (v. jugement attaqué consid. 9.4.8.2 *in fine*). La Cour a écarté l'hypothèse défendue par l'appelant selon laquelle il aurait été sous l'emprise d'une erreur de fait et a considéré qu'il avait agi intentionnellement. En application de l'art. 82 al. 4 CPP, référence est ici faite au jugement attaqué consid. 9.4.8.2. L'exposé complet et pertinent des motifs de la Cour des affaires pénales ne prête ici pas le flanc à la critique. Il y est donc ici renvoyé. Il sied simplement de relever quelques éléments-clés pertinents :

- A. ne pouvait prétendre que le sucre dont il faisait le commerce subissait des transformations suffisantes pour être qualifié de « transformé ». Il aurait dû savoir que tel n'était pas le cas et que ledit sucre répondait à la définition de « matière première non transformée ». Il ne peut pas se prévaloir d'une erreur de fait concernant la réalisation de l'une des conditions constitutives de l'infraction, dès lors que l'appelant s'est prévalu d'une telle argumentation qu'au stade de la première instance par-devant la Cour précédente. Avant cela, l'appelant n'a pas cru bon de se prévaloir d'un tel argument, que ce soit dans ses correspondances avec la FINMA dès le mois d'août 2014, mais encore avec C. SA ou dans son opposition au mandat de répression. Ses arguments se rapportaient à la notion de « compte propre » et de « compte de tiers », de sorte qu'une erreur sur les faits ne peut être retenue.
- Lors de son audition par la Cour de céans, à la question de savoir quand il avait appris l'existence des OAR, lors de la création des fonds, s'il s'était posé la question de savoir si cette activité de négoce devait être affiliée à un OAR, ce dernier a répondu « [o]ui. Je m'étais posé la question [...] » (CAR 7.401.015).

- En ce qui concerne le commerce du sucre, à la question de savoir si, lorsqu'il a commencé son activité, il s'était posé la question de la réglementation l'appelant a déclaré « [a]bsolument » (CAR 7.401.015). Avec cela, il admet qu'il est conscient qu'il s'agit d'un domaine réglementé qui, potentiellement, nécessite une autorisation. Or, il s'est contenté de se référer aux éléments à sa disposition auprès de son ancien employeur, sans même les vérifier, et sans rechercher si la situation était la même. En tout état de cause, il lui appartenait d'obtenir une réponse de la part d'une autorité.
- Enfin, s'agissant du caractère évitable de l'erreur alléguée, l'appelant dispose d'une expérience manifeste dans le domaine du négoce, y compris du sucre, auprès de diverses entreprises et n'a usé d'aucunes précautions raisonnables pour éviter une telle erreur. Il n'a pas jugé bon d'obtenir des clarifications de la part d'un conseil juridique ou de la FINMA.

1.1.4 Conclusion intermédiaire

1.1.5 En résumé, A. a enfreint l'art. 44 al. 1 LFINMA en exerçant une activité d'intermédiaire financier, pour le négoce de matières premières (sucre), sans autorisation ou sans être affilié à un organisme d'autorégulation, comme l'exige l'art. 14 al. 1 LBA, pour la période s'étendant du 26 avril 2012 au 31 décembre 2013.

1.2 Gestion d'actifs

1.2.1 Eléments objectifs

Au vu des arguments de l'appelant (v. ci-après consid. 1.2.3.1), il y a lieu d'examiner la relation entre la LBA et la LPCC, en particulier de savoir si un gestionnaire de placements collectifs de capitaux non assujetti à la LPCC en vertu de l'art. 2 al. 2 let. h LPCC est également exclu du champ d'application de l'art. 2 al. 3 let. e LBA, disposition qui a été abrogée le 1^{er} janvier 2020, mais qui était en vigueur lors des faits du cas d'espèce.

1.2.1.1 La LBA règle la lutte contre le blanchiment d'argent au sens de l'art. 305^{bis} CP, la lutte contre le financement du terrorisme au sens de l'art. 260^{quinquies} al. 1 CP et la vigilance requise en matière d'opérations financières. Dans sa version au 1^{er} novembre 2013, l'art. 2 al. 3 LBA assujettit à la LBA les personnes qui 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 (let. e). Du 1^{er} janvier 2010 au 31 décembre 2016, l'OIF énonçait les critères à remplir pour qu'une personne soit considérée comme un intermédiaire financier au sens de l'art. 2 al. 3 LBA. La circulaire 2011/1 de la FINMA intitulée « Activité d'intermédiaire financier au sens de la LBA » précisait l'OIF. Cette circulaire précise que 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 (n. 93). La circulaire 2011/1 cite ensuite quelles lettres de l'art. 2 al. 2 LPCC sont concernées et donc assujetties ni à la LPCC ni à la LBA : let. a, b, d, e, f, g (n. 93). Or, ces lettres sont exclues du champ d'application de la LPCC et de la LBA pour des motifs précis. À titre d'exemples, certaines entités connaissent déjà une surveillance par l'application d'autres dispositions légales. Il s'agit notamment des institutions de la prévoyance professionnelle (v. art. 61 ss de la loi fédérale sur la prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité [LPP ; RS 831.40]), qui sont de plus expressément libérées de l'assujettissement à la LBA en vertu de l'art. 2 al. 4 let. b LBA. Sont également concernées les institutions des assurances sociales et les caisses de compensation (art. 2 al. 2 let. b LPCC ; v. notamment art. 76 de la loi fédérale sur la partie générale du droit des assurances sociales [LPGA ; RS 830.1], art. 72 de la loi fédérale sur l'assurance-vieillesse et survivants [LAVS ; RS 831.10], art. 64a de la loi sur l'assurance-invalidité [LAI RS ; 831.20]). Par ailleurs, l'activité commerciale ou industrielle des sociétés (art. 2 al. 2 let. d LPCC) ne constitue pas une activité d'intermédiation financière. Concernant les holdings (art. 2 al. 2 let. e LPCC) ainsi que les associations et les fondations (art. 2 al. 2 let. g LPCC), elles ne sont pas non plus soumises à la LBA dès lors qu'elles n'exercent pas d'activité d'intermédiation financière et ne peuvent pas être qualifiées de sociétés

de domicile. 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 (circulaire de la FINMA 2011/1 n. 93). Contrairement aux lettres précitées, la let. h concernant les gestionnaires de placements collectifs de capitaux n'est pas mentionnée dans la circulaire de la FINMA 2011/1. Ainsi, *a contrario*, les gestionnaires auxquels s'applique l'art. 2 al. 2 let. h LPCC restent soumis à la LBA (v. également SCHÄREN, in : Geldwäschereigesetz, 2017, n. 39 ad art. 2 p. 65). En effet, à l'opposé des cas précités (let. a, b, d, e, f, g), ils gèrent des avoirs de tiers, exercent une activité d'intermédiaire financier et ne sont pas déjà soumis à une autre surveillance. Enfin, l'art. 2 al. 2^{bis}, première phrase, LPCC précise que les gestionnaires de placements collectifs visé à l'al. 2, let. h, peuvent s'assujettir volontairement à la LPCC si la législation du pays dans lequel le placement collectif est constitué ou distribué l'exige. Selon la circulaire de la FINMA 2011/1 (n. 95), 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).

1.2.1.2 La LPCC a pour but de protéger les investisseurs et d'assurer la transparence et le bon fonctionnement du marché des placements collectifs de capitaux (art. 1 LPCC). Il sied de souligner que l'investisseur a besoin de protection face aux mécanismes des marchés financiers (CREMONESI, §1 Les dispositions générales de la LPCC, in : Loi sur les placements collectifs (LPCC), 2012, n. 54, p. 13). Dans sa version au 1^{er} juin 2013, la LPCC s'applique, en vertu de l'art. 2 al. 1, à tous les placements collectifs de capitaux, quelle que soit leur forme juridique et à toutes les personnes qui les administrent ou qui les gardent (v. Message du Conseil fédéral concernant la loi fédérale sur les placements collectifs de capitaux du 23 septembre 2005, FF 2005 5993, 6033). Dans ce cadre, quiconque administre des placements collectifs, les garde ou les distribue à des investisseurs non qualifiés doit obtenir une autorisation de la FINMA (art. 13 al. 1 LPCC).

Au contraire, l'art. 2 al. 2 LPCC fournit un catalogue non exhaustif des institutions, sociétés, corporations, clubs et associations, qui ne sont pas soumis à la LPCC et ceux-ci ne doivent pas demander une autorisation. En particulier l'art. 2 al. 2 let. h LPCC indique que ne sont pas soumis à la LPCC les gestionnaires de placements collectifs de capitaux dont les investisseurs sont « qualifiés » au sens de l'art. 10 al. 3, 3^{bis} ou 3^{ter}, et qui remplissent l'une des conditions décrites au ch. 1, 2 ou 3 : soit selon le ch. 1 les valeurs patrimoniales qu'ils administrent y compris celles financées par effet levier, n'excèdent pas 100 millions de francs, selon le ch. 2 les valeurs patrimoniales des placements collectifs qu'ils administrent n'excèdent pas 500 millions de francs et sont constituées de placements de capitaux collectifs qui ne recourent pas à l'effet levier et qui n'ont aucun droit au

remboursement pendant une période de cinq ans à compter de la date de l'investissement initial dans chacun de ces placements collectifs de capitaux, selon le ch. 3 les investisseurs sont exclusivement des sociétés du groupe d'entreprises dont relève le gestionnaire concerné. La loi ne donne aucune définition de la notion d'investisseur « qualifié » mais énumère un catalogue de catégories d'investisseurs (art. 10 al. 3 let. a-d LPCC) : notamment les intermédiaires financiers soumis à une surveillance (tels les banques, etc). L'alinéa 3^{bis} de l'art. 10 LPCC ajoute que les « particuliers fortunés » peuvent demander par une déclaration écrite à être considérés comme des investisseurs « qualifiés » (première phrase). Le Conseil fédéral peut fixer des conditions supplémentaires auxquelles ils doivent satisfaire, notamment l'obligation de posséder les techniques nécessaires (art. 10 al. 3^{bis} deuxième phrase LPCC). Concernant l'alinéa 3^{ter} de l'art. 10 LPCC, sont également concernées comme des investisseurs qualifiés des sociétés d'investissements ayant passé un contrat écrit de gestion de fortune au sens de l'art. 3, al. 2, let. b et c, à moins qu'ils n'aient déclaré par écrit qu'ils ne souhaitaient pas être considérés comme tels.

Au vu de ce qui précède, il convient d'approfondir les notions de « particuliers fortunés » et de « déclaration écrite », étant rappelé que ceux-ci – en tant qu'« investisseurs qualifiés » – ne sont pas soumis à la LPCC s'ils le déclarent par écrit. Tout d'abord, concernant les « particuliers fortunés », l'art. 6 al. 1 de l'ordonnance sur les placements collectifs de capitaux (Ordonnance sur les placements collectifs, OPCC ; RS 951.311) liste les conditions alternatives que ces personnes physiques doivent remplir (let. a-b). L'expérience est considérée comme comparable, au sens de l'art. 6 al. 1 let. a ch. 1 OPCC, lorsque l'investisseur a effectué en moyenne dix transactions d'une taille significative par trimestre au cours des quatre trimestres précédents sur le marché concerné (circulaire 2013/9, entrée en vigueur le 1^{er} octobre 2013, Distribution de placements collectifs - Distribution au sens de la législation sur les placements collectifs de capitaux [ci-après : circulaire de la FINMA 2013/9 Distribution de placements collectifs LPCC], n. 16).

Enfin, l'art. 6a OPCC, intitulée « Déclaration écrite », rappelle que les « particuliers fortunés » qui souhaitent être considérés comme des investisseurs « qualifiés » au sens de l'art. 10 al. 3^{bis} LPCC doivent le confirmer par écrit. Dans la circulaire de la FINMA 2013/9 « Distribution de placements collectifs », Rapport de la FINMA sur l'audition relative à la révision totale de la circulaire « Appel au public - placements collectifs », qui a eu lieu du 15 avril au 3 juin 2013 (ci-après : circulaire de la FINMA 2013/9 Rapport), il est expliqué qu'en vertu de l'art. 10 al. 3^{bis} LPCC, les « particuliers fortunés » ne sont pas automatiquement assimilés à des investisseurs « qualifiés » (p. 9). Si ces investisseurs souhaitent renoncer à la protection renforcée des investisseurs qu'offre la LPCC, ils doivent l'annoncer

expressément et par écrit : « opting-out », art. 6a al. 1 OPCC (p. 9). Un « opting-in » existe pour les investisseurs ayant conclu un contrat de gestion de fortune écrit selon l'art. 3 al. 2 let. b et c LPCC, de sorte qu'ils peuvent être soumis aux dispositions de protection de la LPCC (circulaire de la FINMA 2013/9 Rapport p. 10). Enfin, aux termes de l'art. 6a OPCC portant sur la déclaration écrite, l'al. 2 indique que l'intermédiaire qualifié et le gestionnaire indépendant : (a) informent les investisseurs au sens de l'art. 10, al. 3^{ter} LPCC qu'ils sont considérés comme des investisseurs qualifiés, (b) les éclairent sur les risques qui en découlent et (c) leur signalent qu'ils peuvent déclarer par écrit ne pas vouloir être considérés comme des investisseurs qualifiés.

1.2.2 Eléments subjectifs

Concernant les éléments subjectifs, il y a lieu de se référer au consid. 1.1.2 du présent arrêt.

1.2.3 Subsumption

1.2.3.1 Les griefs des parties sont les suivants :

A. soutient que l'activité de gestion d'actifs de B. SA ne serait pas soumise à la LBA, dès lors qu'elle en serait exemptée de par l'application *in casu* de l'art. 2 al. 2 let. h LPCC. En d'autres termes, l'application de cette dernière disposition l'exempterait d'un assujettissement à la LBA. L'appelant souligne que comme la circulaire FINMA 2011/1 ne dit rien sur l'applicabilité ou non de la LBA aux gestionnaires de placements collectifs non soumis à la LPCC, il existerait une lacune proprement dite. La voie prétorienne ne pourrait la combler qu'en faveur de l'accusé. Par ailleurs, A. soutient qu'il remplirait les conditions fixées à l'art. 2 al. 2 let. h LPCC. En ce sens, il a produit lors des débats des pièces attestant selon lui de la qualité d'investisseurs « qualifiés » des investisseurs de placements collectifs gérés par B. SA. Si la Cour voulait retenir le contraire, le fardeau de la preuve incomberait à l'accusation et le doute profiterait au prévenu (v. déclaration d'appel A., p. 24 à 25c ; notes de plaidoirie A., n. 160–177 ; CAR 7.300.171-173).

L'autorité de première instance a tout d'abord souligné que B. SA aurait dû envisager en priorité de s'affilier selon l'art. 2 al. 2 let. b^{bis} LBA en tant que gestionnaire de placements collectifs de capitaux, puis subsidiairement selon l'art. 2 al. 3 LBA. La Cour des affaires pénales statue que lorsqu'un cas d'exemption au sens de l'art. 2 al. 2 let. h LPCC s'applique, cela n'exclut pas l'application de l'art. 2 al. 3 let. e LBA. Par ailleurs, le juge précédent retient que B. SA ne remplit pas toutes les conditions fixées à l'art. 2 al. 2 let. h LPCC. En effet, les investisseurs concernés n'étaient pas « qualifiés » au sens de l'art. 10 al. 3, 3^{bis} ou 3^{ter}

LPCC. Il indique néanmoins que B. SA remplissait une autre condition : son activité (11 millions) ne dépassait pas les seuils minimaux fixés à l'art. 2 al. 2 let. h LPCC (ch. 1 : 100 millions et ch. 2 : 500 millions). La Cour des affaires pénales retient que A. a enfreint l'art. 44 al. 1 LFINMA en lien avec l'art. 14 LBA du 1^{er} 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 (du 1^{er} décembre 2013 au 2 octobre 2014), puis par dol éventuel (du 3 octobre 2014 au 31 décembre 2014).

Le DFF suit le raisonnement adopté par le juge de première instance. Dans son appel joint, le DFF est d'avis que la commission intentionnelle de l'infraction doit être retenue pour toute la période de l'activité de gestion d'actifs de B. SA, soit du 1^{er} décembre 2013 au 31 décembre 2014. Selon le département, cette période ne devrait alors pas inclure une commission par négligence consciente, du 1^{er} décembre 2013 au 2 octobre 2014, tel que jugé par l'instance précédente. Le DFF soulève que A. a exercé cette activité avec conscience et volonté et, pour une partie, sous l'emprise d'une erreur sur l'illicéité évitable. Cette motivation correspond à celle retenue dans le prononcé pénal du DFF du 31 janvier 2019.

1.2.3.2 Eléments objectifs

B. SA a agi du 1^{er} décembre 2013 au 31 décembre 2014 en qualité d'« Investment Manager », soit comme gestionnaire, de deux compartiments du fonds H., une société à responsabilité limitée sise aux Îles Caïmans non soumise à surveillance étatique.

B. SA ne peut se prévaloir de l'application de l'art. 2 al. 2 let. h LPCC pour être exemptée de la LBA et de son art. 2 al. 3 (v. supra II consid. 1.2.1). En effet, sont assujettis à la LBA ceux qui pratiquent la gestion de fortune (art. 2 al. 3 let. e LBA). Les gestionnaires de placements collectifs de capitaux, au sens de l'art. 2 al. 2 let. h LPCC, dont les investisseurs sont *qualifiés* tels que les *particuliers fortunés* (art. 10 al. 3^{bis} ou 3^{ter} LPCC et art. 6 OPCC), et qui remplissent l'une des conditions décrites au ch. 1, 2 ou 3 de l'art. 10 al. 3 LPCC restent soumis à la LBA. Ceci s'explique d'autant plus que les buts et les biens juridiques diffèrent entre la LBA et la LPCC. La première lutte contre le blanchiment d'argent au sens de l'art. 305^{bis} du code pénal (CP), dont le bien juridique protégé est l'administration de la justice pénale en Suisse ou à l'étranger (CASSANI, Commentaire romand, 2009 n. 10 ad art. 305^{bis} CP ; DUPUIS ET AL., Petit commentaire, 2^e éd. 2017, n. 3 et 5 ad art. 305^{bis} CP), alors que la seconde LPCC vise principalement la protection de l'investisseur.

Au surplus, l'art. 2 al. 2 let. h LPCC ne peut trouver application *in casu* dès lors que B. SA ne remplit pas toutes les conditions de cette disposition. En effet, à

l'instar du juge précédent, il convient de retenir que les investisseurs des placements collectifs *in casu* ne constituent pas des investisseurs « qualifiés ». Alors que le juge précédent a soulevé qu'aucun document au dossier ne le démontrait, l'appelant a produit de nouvelles pièces lors des débats devant la Cour d'appel afin de démontrer que tous les investisseurs de placements collectifs gérés par B. SA entre le 1^{er} décembre 2013 et le 31 décembre 2014 étaient des investisseurs « qualifiés » au sens de l'art. 10 al. 3^{bis} LPCC et des art. 6 et 6a OPCC (CAR 7.300.118-121). En particulier, SSS. et TTT. – soit les deux compartiments du fonds H. – déclarent chacun par écrit les 5 et 8 novembre 2021 : « I hereby acknowledge that during 1 December 2013 to 31 December 2014 B. SA was the investment manager of H. – H.b. an offshore collective investment scheme that was not directly regulated by FINMA and was only offered to qualified investors pursuant to the Federal Act on Collective Investment Schemes and (CISA) and the Federal Collective Investment Schemes Ordinance (CISO) which aim to protect investors ». Par la signature de la déclaration, ils ont indiqué vouloir être considérés comme des investisseurs *qualifiés* (« I declare that I wished to be considered a qualified investor [...] ») pour la période du 1^{er} décembre 2013 au 31 décembre 2014 et qu'ils remplissaient l'une des exigences requises, à savoir « by virtue of my personal training and my professional experience or equivalent experience accrued in the financial sector, I have sufficient knowledge to understand the risks of investment and have minimum capital of CHF 500'000 ». Toutefois, une telle déclaration ne peut intervenir de manière rétroactive comme *in casu*, mais uniquement pour les faits postérieurs. En effet, par une telle déclaration écrite, les investisseurs souhaitent renoncer à une protection renforcée qu'offre la LPCC et doivent être informés des risques qui en découlent (v. consid. 1.2.1.2 *in fine*). En d'autres termes, les investisseurs ne peuvent pas accepter *a posteriori* un risque auxquels ils étaient soumis sans en être informés et alors que ce risque ne s'est pas réalisé.

En l'espèce, il n'est pas possible de procéder par du « opting-out » de manière rétroactive, à savoir lorsqu'on a la certitude que les risques ne se sont pas réalisés. L'analogie peut être faite avec celui qui, après deux semaines de vacances à l'étranger, contacte son assurance-voyage pour l'informer qu'il renonce finalement à la couverture qu'il a prise pour couvrir les risques inhérents à son voyage, dès lors que tout s'y est bien déroulé. Le raisonnement de l'appelant ne peut dès lors pas être suivi. Il y a lieu de requérir au contraire un tel « opting-out » *ex ante*, formel et documenté, de manière anticipée, *pro futuro*. Enfin, la Cour s'étonne que de nouvelles pièces ne soient produites par la défense qu'au stade des débats d'appel. Partant, un tel document ne peut avoir une force probante quelconque dans la présente procédure.

De plus, aux termes de l'art. 6 al. 1 let. a ch. 1 OPCC, l'investisseur ne doit pas seulement confirmer, mais prouver, avoir les connaissances nécessaires pour comprendre les risques des placements et disposer d'une fortune d'au moins CHF 500'000.-. Une telle démonstration n'est pas apportée dans les deux déclarations similaires de SSS. et TTT. La condition nécessaire d'être un investisseur « qualifié » n'étant pas réalisée, l'art. 2 al. 2 let. h LPCC ne s'applique pas en l'espèce. C'est le lieu de préciser que B. SA remplit néanmoins une autre condition de l'art. 2 al. 2 let. h LPCC, dès lors qu'elle n'atteint pas les seuils requis fixés au ch. 1 et 2 de l'art. 2 al. 2 let. h LPCC (ch. 1 : 100 millions et ch. 2 : 500 millions). En effet, les fonds sous gestion auprès de B. SA ne dépassent pas USD 11 millions. Partant, B. SA réalise l'une des premières conditions au sens de l'art. 2 al. 2 let. h LPCC. Il sied de préciser qu'il n'y pas lieu de faire un calcul précis sur le montant des avoirs gérés (v. OPCC et OPC-FINMA), dès lors qu'ils sont sensiblement inférieurs aux seuils pertinents.

La gestion de B. SA sur deux compartiments de fonds concernés est intervenue à titre professionnel. En application de l'art. 82 al. 4 CPP, référence est ici faite au jugement attaqué, consid. 10.2. L'exposé des motifs de la Cour des affaires pénales ne prête ici pas le flanc à la critique. Il y est donc ici renvoyé. Il sied simplement rappeler que B. SA a admis avoir géré en qualité d'« Investment Manager » deux compartiments d'un fonds étranger, qu'elle 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 et qu'elle a agi à titre professionnel dans la mesure où elle disposait de plus de 5 millions de francs sous gestion.

1.2.3.3 Violation du principe de la légalité *nulla poena sine lege certa* et violation du principe de la sécurité du droit (art. 6 par. 1 et 7 par. 1 CEDH et art. 5 al. 1 Cst.)

L'appelant a déjà soulevé ce grief concernant le négoce de matières premières (v. supra II consid. 1.1.3.15). Il rappelle que la Cour de céans est le premier tribunal à trancher que l'activité de gestion de fonds de placements collectifs est soumise à la LBA. Dans ce cadre les éléments au dossier ne permettraient pas en tout état au justiciable d'anticiper une telle issue au point d'adapter son comportement à la norme pénale certaine (notes de plaidoiries A., n. 181 ; CAR 7.300.174). Pour des motifs analogues à ce qui a été développé précédemment, ce grief est infondé. Il est intégralement renvoyé au consid. 1.1.3.15 au surplus.

1.2.3.4 Éléments subjectifs

L'intention doit porter sur tous les éléments constitutifs de l'infraction tels qu'ils sont définis par la disposition légale. Au stade de l'appel, A. n'apporte pas de

nouveaux griefs que ceux examinés auprès de la Cour des affaires pénales. La dite autorité a considéré, en ce qui concerne l'exercice sans autorisation de l'activité d'intermédiaire financier, que celle-ci était par négligence du 1^{er} décembre 2013 au 2 octobre 2014 (art. 44 al. 2 LFINMA en lien avec l'art. 14 LBA) et qu'elle était intentionnelle du 3 octobre 2014 au 31 décembre 2014 (art. 44 al. 1 LFINMA en lien avec l'art. 14 LBA).

La Cour inférieure a considéré que, jusqu'au 2 octobre 2014 à tout le moins, le prévenu avait des raisons de penser qu'il ne lui était probablement pas nécessaire d'obtenir une autorisation de la FINMA pour exercer son activité de gestion de fonds de placement. Elle a considéré que A. n'a pas usé des précautions commandées par les circonstances pour faire la lumière sur ses obligations et qu'il a fait preuve de négligence consciente au sens de l'art. 12 al. 3 CP dans la mesure où il a accepté de rester dans une certaine incertitude quant au fait qu'il réalisait peut-être tous les éléments objectifs d'une infraction (v. jugement attaqué consid. 10.5). En revanche, dès le 3 octobre 2014, le prénommé a vraisemblablement eu connaissance d'un courriel du 21 août 2014 de LLL. à MM. selon lequel « [...] les indices indiquent que B. SA doit effectivement être affilié à un OAR [...] ce qui nous avait semblé être le cas au vu de vos activités de trading » (v. jugement attaqué consid. 8.2.7). Partant, dès le 3 octobre 2014, et jusqu'au 31 décembre 2014, A. s'était rendu coupable d'exercice intentionnel sans autorisation de l'activité d'intermédiaire financier pour gestion de placements collectifs de capitaux.

La Cour de céans ne peut pas suivre le raisonnement de l'instance inférieure, en ce qui concerne la négligence consciente, pour les raisons suivantes :

- A. savait que la société B. SA avait commencé une activité de gestion d'actifs. Celle-ci avait été proposée par MM., engagé au sein de B. SA en décembre 2013. Au cours de son audition par la Cour des affaires pénales, il a indiqué qu'il était mieux d'être conseillé pour la réglementation par une entité suisse (TPF 11.731.034, Q. 110).
- A. a agi par dol éventuel puisqu'il ne s'est pas affilié à un OAR alors qu'il envisageait comme possible qu'il soit soumis à la réglementation de la FINMA et il a ainsi accepté de violer l'art. 44 al. 1 LFINMA. Il était conscient qu'il s'agissait d'un domaine à haute densité réglementaire et s'est contenté d'un avis d'une banque, qui plus est qui avait un intérêt propre. Il s'est d'ailleurs accommodé d'entamer son activité de gestion, avant même de procéder à des vérifications – mêmes élémentaires – auprès de la FINMA.

- En prenant le parti de participer à l'activité de gestion d'actifs, qui nécessitait une autorisation qui n'avait pas été obtenue – voire requise –, il a considéré comme sérieusement possible et devait partant être conscient que l'activité effectuée dans un domaine dont on sait qu'elle était hautement réglementée puisse le mettre dans une situation irrégulière par rapport à sa nouvelle activité. En effet, il est attendu d'une personne comme l'appelant qu'elle sache que le domaine des finances, lesquels fait état d'une importante densité normative, ce qu'elle doit obtenir comme autorisation pour pratiquer dans un tel domaine ou, à défaut, qu'elle s'informe auprès des autorités compétentes en la matière, à savoir, en l'espèce, la FINMA. A. avait un devoir accru de se renseigner à ce sujet. Le raisonnement ici est différent de celui qui a été relevé par la Cour au chapitre du négoce de matières premières (v. supra II consid. 1.1.3.18), où l'appelant est grandement au fait de cette dernière activité, et aurait dû partant savoir, ou du moins obtenir des clarifications, quant au fait qu'une telle activité est susceptible de blanchiment et, partant, réglementée.

Au vu de ce qui précède, la Cour de céans considère que A. a également agi de manière intentionnelle, par dol éventuel, pour la période s'étendant du 1^{er} décembre 2013 au 2 octobre 2014.

En ce qui concerne la période s'étendant du 3 octobre 2014 au 31 décembre 2014, cela est toujours et encore valable. Le dol de l'appelant s'est accentué de par la connaissance du courriel précité du 21 août 2014 contenant la mise en garde concernant l'affiliation à un OAR. Il peut être renvoyé au raisonnement ci-dessus (v. supra II consid. 1.2.3.4 *ab initio*).

Il peut être renvoyé au raisonnement de la Cour de céans concernant la période susmentionnée s'étendant du 1^{er} décembre 2013 au 2 octobre 2014.

1.3 Erreur sur l'illicéité

- 1.3.1** Dans son appel joint, le DFF a contesté l'analyse retenue par l'instance inférieure, à savoir d'examiner l'erreur sur l'illicéité au niveau de la typicité au moment de la réalisation des éléments subjectifs de l'infraction (v. jugement attaqué consid. 9.4.8 [négoce de matières premières] et consid. 10.7 [gestion de fortune]). Le DFF est d'avis que l'erreur sur l'illicéité devrait s'examiner au stade de la culpabilité. Selon le DFF, A. était sous l'emprise d'une erreur sur l'illicéité du 1^{er} décembre 2013 au 2 octobre 2014 (après avoir conclu qu'il est coupable d'infraction intentionnelle à l'art. 44 LFINMA du 1^{er} décembre 2013 au 31 décembre 2014). En substance, le DFF a retenu qu'en droit pénal des marchés financiers, l'élément constitutif objectif ne portait que sur l'exercice d'une activité financière, qui est par principe interdite et soumise à autorisation, et non pas, en plus, sur

l'absence d'autorisation. Logiquement, la conscience et la volonté de l'auteur devrait alors uniquement porter sur l'exercice de l'activité financière en cause et la question de savoir si l'auteur est conscient ou non du fait que l'activité qu'il déploie est sujette à autorisation devrait s'analyser sous l'angle de l'erreur sur l'illicéité, soit au stade de la culpabilité (appel-joint du DFF n. 14 s. ; réquisitoire du DFF n. 65-72 ; CAR 1.100.309 s., 7.300.134 s.).

1.3.2 Selon 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, et partant avec intention, mais en croyant par erreur agir de façon licite (ATF 129 IV 238 consid. 3.1 p. 241 ; cf. ATF 141 IV 336 consid. 2.4.3 p. 343 et les références citées). 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 (ATF 129 IV 238 consid. 3.1 p. 241 ; arrêts 6B_524/2016 du 13 février 2017 consid. 1.3.2 ; 6B_1102/2015 du 20 juillet 2016 consid. 4.1). 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 (ATF 104 IV 217 consid. 2 p. 218 ; arrêt 6B_524/2016 du 13 février 2017 consid. 1.3.2). Toutefois, la possibilité théorique d'apprécier correctement la situation ne suffit pas à exclure l'application de l'art. 21, 1^{ère} phrase, CP. Ce qui est déterminant c'est de savoir si l'erreur de l'auteur peut lui être reprochée (ATF 116 IV 56 consid. II.3a p. 68 ; arrêt 6B_784/2018 du 4 octobre 2018 consid. 1.1.2).

Le Tribunal fédéral a ainsi considéré que seul celui qui avait des « raisons suffisantes de se croire en droit d'agir » pouvait être mis au bénéfice de l'erreur sur l'illicéité. Une raison de se croire en droit d'agir est « suffisante » lorsqu'aucun reproche ne peut être adressé à l'auteur du fait de son erreur, parce qu'elle provient de circonstances qui auraient pu induire en erreur toute personne consciencieuse (ATF 128 IV 201 consid. 2 p. 210 ; ATF 98 IV 293 consid. 4a p. 303 ; arrêt du Tribunal fédéral 6B_403/2013 du 27 juin 2013 consid. 1.1). La tolérance constante de l'autorité - administrative ou pénale - à l'égard d'un comportement illicite déterminé peut, dans certains cas, constituer une raison suffisante de se croire en droit d'agir (ATF 91 IV 201 consid. 4 p. 204). Ainsi, il existe des raisons suffisantes excluant la nécessité de réflexions supplémentaires lorsque la police a toléré des comportements semblables depuis longtemps. Il en va de même en présence d'une pratique constante et non contestée. En revanche, le simple fait que l'autorité n'intervienne pas ne suffit pas pour admettre l'existence d'une erreur de droit (ATF 128 IV 201 consid. 2 p. 210 ; arrêt 6S.46/2002 du 24 mai 2002 consid. 4b, publié in SJ 2002 I 441 ; TRECHSEL/JEAN-RICHARD, Schweizerisches

Strafgesetzbuch, Praxiskommentar, 3^e éd., 2018, n° 9 ad art. 21 CP ; arrêt du Tribunal fédéral 6B_716/2018 du 23 août 2018 consid. 1.1).

1.3.3 L'erreur sur l'illicéité s'examine au stade de la culpabilité et non de la typicité (ATF 129 IV 238 consid. 3.2.1 ; arrêt du Tribunal fédéral 6B_804/2018 du 4 décembre 2018 consid. 2).

1.3.4 Il y a lieu d'analyser la problématique de l'erreur sur l'illicéité séparément, en ce qui concerne le négoce de matières premières et la gestion d'actifs.

Concernant le négoce de matières premières, la Cour des affaires pénales a écarté qu'une erreur ait été commise par A. (v. consid. 9.4.8.2). Le raisonnement choisi par l'instance précédente ne prête pas le flanc à la critique et, partant, peut être adopté par la Cour de céans, en vertu de l'art. 82 al. 4 CPP. L'intéressé dispose en effet d'une longue expérience professionnelle dans le domaine du négoce, en particulier celui du sucre. En tant que tel, il était manifestement au courant des risques inhérents au négoce de matière première et une erreur sur l'illicéité ne saurait être admise par le simple fait qu'il se soit mis à son compte et n'ait entrepris aucune démarche nécessaire à ce sujet.

1.3.5 Concernant la gestion d'actifs, comme cela a été relevé précédemment (v. supra consid. II 1.2.3.4), le courriel transféré à l'adresse de A. le 2 octobre 2014 n'est pas l'élément clé. En effet, la Cour de céans est d'avis, comme cela a été mentionné, que le prévenu n'avait pas de raisons de penser qu'il ne lui était probablement pas nécessaire d'obtenir une autorisation de la FINMA aux fins d'exercer son activité de gestion de fonds de placement. S'agissant des informations qu'il a reçues lesquelles abondaient dans ce sens et qui accréditaient la thèse selon laquelle une autorisation n'était pas nécessaire (cf. jugement attaqué, consid. 10.5), ces informations ne constituaient pas, comme l'a justement fait valoir la Cour des affaires pénales, un avis juridique complet et détaillé dénué de toute ambiguïté (cf. arrêt du Tribunal fédéral 6B_804/2018 du 4 décembre 2018, consid. 3.3). En effet, de telles informations ne sont pas des avis juridiques contraignants d'une autorité étatique compétente, comme en espèce la FINMA, et ne peuvent constituer une base suffisante pour invoquer une erreur sur l'illicéité. Selon la formule, celui qui sait ne pas savoir, ne saurait s'en prévaloir.

Pour toutes ces raisons, la Cour de céans ne peut retenir d'erreur sur l'illicéité à l'endroit de l'appelant, comme l'a fait la Cour des affaires pénales. A. n'était alors pas sous l'empire d'une erreur sur l'illicéité du 1^{er} décembre 2013 au 2 octobre 2014.

1.4 En conclusion

A. est reconnu coupable 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 pour le compte d'un tiers (art. 44 al. 1 LFINMA en lien avec l'art. 14 LBA) et, du 1^{er} décembre 2013 au 31 décembre 2014, pour gestion de placements collectifs de capitaux (art. 44 al. 1 LFINMA en lien avec l'art. 14 LBA).

2. Fixation de la peine

A titre liminaire, il sied de préciser que l'analyse de critères légaux ayant amené au prononcé de la peine telle que fixée par la Cour des affaires pénales dans son jugement ne prête pas le flanc à la critique. En revanche, il y a lieu de tenir compte des considérants de la Cour de céans qui précèdent au stade de la fixation de la peine *in casu*, dès lors que ladite Cour a considéré que A. avait agi par dol éventuel et non par négligence en ce qui concerne l'exercice sans autorisation de l'activité d'intermédiaire financier du 1^{er} décembre 2013 au 2 octobre 2014. En ce qui concerne l'exercice sans autorisation de l'activité d'intermédiaire financier, du 26 avril 2012 au 31 décembre 2013, tant la première instance que la Cour de céans ont considéré qu'il a été commis de manière intentionnelle.

2.1 Droit

La Cour de céans renvoie à la partie « en droit » de l'instance précédente relative à la fixation de la peine (v. jugement attaqué consid. 13.1).

2.2 Fixation de la peine *in casu*

2.2.1 En application de l'art. 82 al. 4 CPP, référence est ici faite au jugement SK.2019.13 consid. 13.2. Néanmoins, il sera apporté les correctifs suivants. Dès lors que la Cour de céans a considéré que l'infraction d'exercice sans autorisation de l'activité d'intermédiaire financier pour la période du 1^{er} décembre 2013 au 2 octobre 2014 l'avait été intentionnellement, par dol éventuel, et non par négligence, cela engendre une aggravation de la peine *in casu*. Partant, et au vu de ce qui précède, il y a lieu de fixer une peine pécuniaire de 160 jours-amende, et non de 150 jours-amende, comme l'avait décidé l'autorité de première instance.

2.2.2 Une violation du principe de célérité et l'application de l'art. 48 CP peuvent justifier une atténuation de la peine. Concernant en particulier 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 dix ans pour une infraction commise intentionnellement (art. 97 al. 1 let. c CP), 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 se sont écoulés à ce jour. La Cour de céans ne prend donc plus en considération le délai de prescription de sept ans pour l'infraction par négligence. Néanmoins, vu l'écoulement du temps depuis le dernier jugement de la Cour des affaires pénales, il y a lieu de réduire la peine dans la même proportion que l'instance inférieure (v. jugement attaqué consid. 13.2.6).

Une violation du principe de célérité est également un motif de réduction de peine (v. arrêt du Tribunal pénal fédéral CA.2021.16 du 9 mars 2022 consid. 1.4). En l'espèce, il sied de préciser que le mandataire du prévenu a expressément requis plusieurs reports d'audiences (CAR 6.100.006 ; 6.100.010-014, 6.100.043-051, 6.100.056-060) et a également demandé à la Cour de céans qu'elle retarde la notification de son arrêt par deux fois, en raison des vacances d'été 2022 et du Jeûne genevois (CAR 3.102.020 et 3.102.022). La défense a également incité la Cour de céans à notifier son arrêt écrit lorsque cela lui convenait. Enfin, l'appelant a changé plusieurs fois de défenseur (v. par exemple CAR 3.102.008 ss ; 016) éléments qui ont en l'espèce rendu impossible le respect de l'art. 84 al. 4 CPP par la Cour de céans.

Au vu de ce qui précède, une réduction d'environ 20 % des peines apparaît adéquate ($160 \times 20/100 = 32$). Partant, la peine pécuniaire est fixée à 130 jours-amende.

2.2.3 Concernant les circonstances liées au prévenu, elles ont changé dans la mesure où il est désormais domicilié au Canada et non plus en Suisse. Les informations figurant sur le formulaire relatif la situation personnelle peuvent être mises à jour comme suit (pour le surplus, il est renvoyé au jugement attaqué consid. D.1 ss, 13.2.4) :

- L'appelant est né à Beyrouth, au Liban. Il est de nationalité suisse, originaire de Neuchâtel. Il est domicilié au Canada, à Toronto.
- Son revenu net se monte à CHF 10'396.80 par mois, sur douze mois, montant très similaire à celui retenu en première instance (CHF 10'434.-). Le revenu net de son épouse se monte à CHF 7'348.65 par mois. Les époux sont soumis au régime de la séparation des biens.
- Au chapitre de ses frais, il s'acquitte d'un loyer d'environ CHF 3'607.- par mois. S'agissant d'une villa sise à Lausanne, il s'acquitte d'intérêts de

CHF 7'017.23 par mois. Le total est similaire à celui retenu par la Cour des affaires pénales, soit CHF 10'440.-.

- Il a des dettes qui se montent à CHF 6'014'772.50 concernant l'acquisition du domicile familial à Lausanne en 2011 et de sa rénovation en 2014, similaire à ce qui a été retenu par l'autorité de première instance, à savoir CHF 5'839'465.-. Ce montant s'équilibre avec la valeur du logement.

2.2.4 De manière similaire à la Cour des affaires pénales, la Cour de céans considère que les facteurs liés à la personne de A. sont neutres et n'induisent ainsi aucune diminution ou aggravation de la peine. Enfin, dès lors que cela n'est pas contesté, la situation actuelle n'implique pas une modification du montant du jour-amende tel qu'il a été fixé par la Cour des affaires pénales, soit de CHF 200.-, lequel peut être repris par la Cour de céans (v. jugement attaqué consid. 13.2.5).

2.2.5 Au chapitre du sursis, selon l'art. 42 al. 1 CP, celui-ci est la règle lorsque la peine ferme ne paraît pas nécessaire pour détourner l'auteur d'autres crimes ou délits. Il ne sied ici pas de s'éloigner de ce qui a été décidé par l'autorité intimée et de considérer que le pronostic doit être considéré comme favorable (v. jugement attaqué consid. 13.2.7).

2.2.6 S'agissant de l'amende prononcée par la Cour des affaires pénales, il est indiqué ce qui suit.

Aux termes de l'art. 42 al. 4 CP, le juge peut prononcer, en plus d'une peine avec sursis, une amende conformément à l'art. 106 CP. L'art. 106 al. 1 CP dispose quant à lui que sauf dispositions contraires de la loi, le montant maximum de l'amende est de CHF 10'000.-. La peine additionnelle prévue à l'art. 42 al. 4 CP est généralement appelée « peine immédiate » et elle peut accompagner aussi bien une peine privative de liberté avec sursis qu'une peine pécuniaire avec sursis (KUHN/VUILLE, Commentaire romand du Code pénal I, ad art. 42 N 24 et 24a).

Dans le cas d'espèce, la Cour de céans a prononcé une peine pécuniaire de 130 jours-amende à CHF 200.- par jour, assortie du sursis complet avec un délai d'épreuve de deux ans. La Cour considère dès lors qu'il y a lieu de prévoir, en sus de ladite peine pécuniaire prononcée avec sursis, une amende, qui sera fixée *in casu* à CHF 10'000.-, soit le maximum prévu par la loi, étant donné la gravité des faits reprochés au prévenu et afin de ne pas le privilégier de manière induue par rapport à la peine prononçable en cas de négligence par rapport à la peine prononçable en cas d'intention, laquelle peut être sanctionnée d'une amende allant jusqu'à CHF 250'000.- (art. 44 al. 2 LFINMA).

Il sied de souligner ici que la Cour a manifestement commis une erreur dans le dispositif du présent jugement notifié aux parties le 24 mars 2022. En ce qui concerne l'amende de CHF 15'000.-, telle que mentionnée dans le présent dispositif, reprise de la première instance, il y a lieu de corriger ce montant ; ce dernier doit être lu comme CHF 10'000.- pour infraction à l'art. 44 al. 1 LFINMA en lien avec l'art. 14 LBA et l'art. 42 al. 4 CP. Quant à l'al. 2, celui-ci ne doit pas être retenu, dès lors que la Cour de céans a considéré que c'était avec dol éventuel que A. a agi – en ce qui concerne l'activité de gestion de fonds de placement – pour la période du 1^{er} décembre 2013 au 2 octobre 2014, et non par négligence, comme l'a retenu la Cour des affaires pénales et qu'une telle amende selon les termes de l'art. 44 al. 2 LFINMA ne doit être infligée qu'en cas de négligence, ce qui n'est pas le cas en l'espèce.

Partant, le dispositif sera corrigé afin de tenir compte de ce qui précède et A. est condamné, en sus à une amende de CHF 10'000.- (art. 42 al. 4 et 106 al. 1 CP).

2.3 Conclusion sur la fixation de la peine

Au vu de ce qui précède, le jugement de première instance est réformé en ce sens que A. est condamné à 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. Il est également condamné au paiement d'une amende de 10'000.- (art. 42 al. 4 et 106 al. 1 CP).

3. Mesures, confiscations, créance compensatrice

Dans son appel joint, le DFF conteste l'appréciation juridique de la Cour précédente : elle a renoncé à prononcer la confiscation, et subsidiairement la créance compensatrice, du produit brut obtenu par l'activité d'intermédiaire financier exercée sans autorisation. Le DFF conclut à la confiscation de CHF 807'041.- sur le compte de B. SA auprès de C. SA (n. 1) et au prononcé d'une créance compensatrice de CHF 490'552.- et USD 1'755'472.- (subsidiairement à une telle créance à hauteur de CHF 81'000.-).

3.1

3.1.1 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 infraction, si elles ne doivent pas être restituées au lésé en rétablissement de ses droits.

La confiscation au sens de l'art. 70 CP suppose une infraction, des valeurs patrimoniales, ainsi qu'un lien de causalité tel que l'obtention des secondes apparaisse comme la conséquence directe et immédiate de la première. L'infraction doit être la cause essentielle, respectivement adéquate, de l'obtention des valeurs patrimoniales et celles-ci doivent typiquement provenir de l'infraction en cause (ATF 145 IV 237 consid. 3.2.1 p. 242 ; 144 IV 285 consid. 2.2 p. 286 s. ; 144 IV 1 consid. 4.2.1 p. 7). Le but poursuivi au travers de l'art. 70 CP est d'empêcher qu'un comportement punissable procure un gain à l'auteur ou à des tiers, conformément à l'adage selon lequel "le crime ne doit pas payer" (ATF 145 IV 237 consid. 3.2.1 p. 242 ; 144 IV 285 consid. 2.2 p. 287 ; 144 IV 1 consid. 4.2.1 p. 7 ; arrêt du Tribunal fédéral 6B_815/2020 du 22 décembre 2020 consid. 10.1). Les valeurs patrimoniales confiscables se rapportent ainsi à tous les avantages économiques illicites obtenus au moyen d'une infraction, qui peuvent être déterminés de façon comptable en prenant la forme d'une augmentation de l'actif, d'une diminution du passif, d'une non-diminution de l'actif ou d'une non-augmentation du passif (ATF 125 IV 4 consid. 2a/bb p. 7).

La confiscation et la créance compensatrice sont des mesures matérielles de droit pénal ; elles doivent impérativement être ordonnées si les conditions légales sont remplies (ATF 139 IV 209 consid. 5.3 ; arrêt du Tribunal fédéral 6B_871/2018 du 26 avril 2019 consid. 2.1.1 et les références citées).

Lorsque l'activité exercée apparaît comme objectivement légale, le point essentiel est de savoir dans quelle mesure il existe un lien de causalité adéquate entre l'acte incriminé et l'avantage patrimonial obtenu grâce à cet acte. Pour les activités qui ne sont pas interdites *per se* par la loi, mais dont la légalité dépend d'une autorisation étatique, il y a lieu de déterminer dans quelle mesure l'auteur aurait pu obtenir une autorisation d'exercer ladite activité. Dans l'hypothèse où les conditions d'octroi de l'autorisation étaient remplies, l'essentiel de l'infraction ne pourrait pas être considéré comme l'exercice de l'activité en soi, mais uniquement comme le fait de ne pas obtenir d'autorisation. Dans cette situation, l'infraction initiale – soit la non-obtention de l'autorisation – ne serait causale que pour l'économie globale réalisée de par l'absence de ladite autorisation, et non pas par l'obtention de valeurs patrimoniales par l'activité effectuée sans autorisation. Partant, il n'y aurait de lien de causalité qu'entre le fait de ne pas avoir demandé l'autorisation et l'économie réalisée grâce à l'absence de demande d'autorisation (arrêt du Tribunal fédéral 6B_928/2019 du 16 décembre 2019 consid. 4.3.2 et les références citées).

3.2 La Cour des affaires pénales a d'abord rappelé que A. avait violé l'art. 44 al. 2 LFINMA et son devoir de prudence par omission en n'obtenant pas d'autorisation et/ou son affiliation auprès d'un OAR. Elle a mis en évidence que le respect de

l'art. 44 LFINMA ne tendrait pas à rendre licite l'activité économique exercée de négoce de sucre ou de la gestion de placements collectifs de capitaux, mais permettrait à l'administration d'exercer une certaine surveillance sur les activités des intermédiaires financiers. Concernant l'enrichissement obtenu par l'activité économique exercée (négoce de sucre ou gestion de placements collectifs), l'instance précédente ne l'a pas considéré sujet à confiscation. En effet, B. SA aurait pu réunir les conditions nécessaires à l'obtention de l'autorisation, de sorte que l'activité exercée et les bénéfices qui ont découlé auraient pu être licites. La Cour des affaires pénales a retenu que le seul enrichissement direct était l'argent épargné par l'omission d'obtenir une autorisation, soit en l'espèce CHF 3'000.-. La Cour s'est fondée sur les déclarations de l'appelant pour estimer ce montant.

3.3 Les parties ont soulevé les griefs suivants.

3.3.1 Contrairement à ce qu'a retenu la Cour des affaires pénales, le DFF soutient que l'intermédiaire financier devrait non seulement obtenir une autorisation ou s'affilier à un OAR avant de débiter son activité, mais également respecter les conditions d'autorisation ou d'affiliation, de façon continue, tout au long de son activité. L'assujettissement à la LBA n'interviendrait pas une fois pour toute mais s'inscrirait dans la durée par le respect des obligations LBA. Pour cette raison, d'après le DFF, les arrêts 6B_1304/2017 ou 6B_928/2019 du Tribunal fédéral ne s'appliqueraient pas dans la présente cause. Il conviendrait plutôt d'appliquer l'ATF 129 IV 338 ou l'arrêt 6B_866/2016. Les conditions qui devraient être respectées de façon continue consisteraient essentiellement en les obligations de diligence incombant à l'intermédiaire financier (art. 3-8 LBA, art. 10-19 de l'ancienne ordonnance de la FINMA sur le blanchiment d'argent, aOBA-FINMA, en vigueur du 1^{er} janvier 2011 au 31 décembre 2015 [aOBA-FINMA], art. 5-24 des règlements 2010 et 2013 de l'OAR-G). Le respect de ces obligations est vérifié annuellement par une société d'audit agréé (art. 19a LBA). L'activité de B. SA ne se serait pas déroulée de la même manière si la société avait été affiliée à un OAR, puisque les prescriptions de la LBA, de l'aOBA-FINMA et des règlements de l'OAR-G auraient dû être respectées. En l'absence précisément de contrôle LBA au cours de son activité, B. SA aurait maximisé ses chances de pouvoir conclure des transactions, notamment avec M. SpA. En effet, si B. SA avait respecté ses obligations LBA, sa relation d'affaire avec M. SpA lui aurait été interdite. B. SA n'aurait pas réalisé le même avantage patrimonial au moyen d'un comportement alternatif licite en étant titulaire d'une autorisation ou en s'affiliant à un OAR. Selon le DFF, le lien direct de causalité entre le négoce de sucre sans autorisation par B. SA et les gains réalisés serait ainsi donné. B. SA n'aurait pas pu être en relation d'affaire avec M. SpA, son seul client, et réaliser un quelconque bénéfice (bénéfice brut total estimé à CHF 8'039'250.-). Par conséquent, il conviendrait de confisquer l'intégralité du produit brut de l'activité de négoce de

sucre de B. SA, après soustraction de la partie qui ne serait pas recouvrable en vertu de l'art. 71 al. 2 CP, soit un montant confiscable de CHF 807'041.- ainsi que CHF 490'552.- et USD 1'755'472.-. Ceci correspond aux réquisitions du DFF en première instance. À tout le moins, dans l'éventualité où la Cour d'appel devait estimer que M. SpA n'aurait pas renoncé à sa relation d'affaires avec B. SA dans son intégralité, le DFF est d'avis que M. SpA aurait renoncé à effectuer une partie des affaires, notamment les transactions particulièrement sensibles au regard de la législation en matière de blanchiment d'argent (déclaration d'appel joint du DFF, n. 16 à 25, réquisitoire DFF n. 73 à 94 ; CAR 1.100.310-313, 7.300.135-142).

Selon le DFF, l'économie réalisée par l'intéressé doit également englober, pour toute la période délictueuse, les dépenses évitées réalisées par l'absence de contrôle LBA. Ainsi, contrairement à ce qu'a retenu la Cour des affaires pénales, il ne suffirait pas de tenir compte uniquement des dépenses évitées liées aux frais de nature administrative encourus lors de l'octroi de l'autorisation ou de l'affiliation, mais également des frais liée à la spécificité des marchés financiers, dès lors que l'intermédiaire financier soit également, en sus d'obtenir une autorisation ou s'affilier à un organisme d'autorégulation, remplir les conditions d'autorisation respectivement d'affiliation et ses obligations légales de façon continue, tout au long de son activité, sous la surveillance annuelle d'une société d'audit agréée qu'il rémunère. Ainsi, l'économie réalisée par l'appelant devrait dès lors englober, pour toute la période délictueuse retenue, d'une part les dépenses évitées liées aux frais de nature administratives encourues en matière d'autorisation ou d'affiliation et, d'autre part, les dépenses évitées réalisées par l'absence de contrôles LBA (déclaration d'appel joint du DFF, n. 26 à 34 ; CAR 1.100.313-315).

- 3.3.2** B. SA a argué du fait que c'était à juste titre que la Cour des affaires pénales s'est limitée à examiner si l'autorisation pouvait ou non être obtenue afin de décider d'une éventuelle confiscation, et ce conformément à l'arrêt 6B_928/2019. La législation applicable dans cet arrêt obligerait également les commerçants à respecter les règles reconnues de bonnes pratiques lors de la distribution, ce faisant après l'obtention de l'autorisation (cf. art. 29 al. 1 de la loi fédérale sur les médicaments et les dispositifs médicaux). Par ailleurs, d'après B. SA, l'argument du DFF selon lequel M. SpA aurait interrompu ses relations commerciales si B. SA avait adopté le comportement hypothétique voulu par le DFF, ne constituerait que des pures spéculations et conjectures pour lesquelles aucune preuve ne serait apportée. En d'autres termes, seraient exclus de la confiscation les revenus générés grâce à l'activité déployée d'intermédiaire financier (notes de plaidoiries pour B. SA, version plaidée, n. 5 à 26 ; CAR 7.300.180-183).

Enfin, B. SA s'oppose à ce que soient prises en compte les dépenses évitées par l'absence de contrôle LBA, soit les frais relatifs au maintien de l'autorisation après sa délivrance. Seuls pourraient faire l'objet d'une créance compensatrice les frais de CHF 3'000.- liés à l'obtention de l'autorisation ou l'affiliation à l'OAR (notes de plaidoiries de B. SA, version plaidée, n. 27 à 31 ; CAR 7.300.184).

- 3.4** Jusqu'à présent, le Tribunal fédéral n'a jamais été amené à examiner la confiscation du produit d'une activité non autorisée d'intermédiaire financier (v. arrêt du Tribunal fédéral 1B_553/2017 du 19 avril 2018 consid. 2.3). Il y a lieu d'appliquer les références développées ci-avant (v. supra consid. II. 3.1), et non la jurisprudence. La confiscation d'une somme, telle que statué dans l'arrêt 6B_866/2016, mentionné par le DFF, est marginale. Dans ce cas isolé, le Tribunal a considéré comme non arbitraire la confiscation de valeurs patrimoniales perçues par une personne qui jouait de la musique sur le domaine public sans autorisation (MACALUSO/GARBARSKI, Séquestre de valeurs patrimoniales [art. 46 al. 1 lit. b DPA], in : www.verwaltungsstrafrecht.ch du 15 mai 2018). Quant au second arrêt cité par le DFF (ATF 129 IV 388), la confiscation en question concerne une violation de l'art. 305^{ter} al. 1 CP qui connaît ses propres spécificités, non applicables *in casu*. L'argument du DFF, selon lequel l'obligation de diligence devrait être respectée de manière continue, tombe à faux.
- 3.5** En l'espèce, il n'est pas contesté que B. SA ait dégagé un revenu de son activité d'intermédiaire financier, sans autorisation, dans le commerce de matières premières et de gestion d'actifs. Après quelques années, soit dès le 30 août 2016, B. SA s'est affiliée, pour la gestion d'actifs, à un organisme d'autorégulation des gérants de patrimoine (OAR-G) (DFF 442.3-065 p. 1703). Force est ici de constater qu'il n'apparaît pas que B. SA n'eut pu obtenir une autorisation en ce qui concerne ses activités d'intermédiaire financier pour le domaine de gestion d'actifs.
- 3.6** Il n'apparaît pas *in casu* que les conditions n'étaient pas réalisées pour l'octroi d'une autorisation concernant l'activité d'intermédiaire financier pour le domaine de gestion d'actifs.

Concernant le négoce de sucre, B. SA aurait également pu bénéficier d'une autorisation selon un déroulement hypothétique des faits sans infraction pénale. Cela est renforcé par le fait que ladite société a été affiliée dès le mois d'août 2016 à l'organisme d'autorégulation des gérants de patrimoine (OAR-G) (DFF 442-3-065, p. 1703 ; p. 4882).

De par le montage financier opéré par l'appelant, une analyse selon les règles applicables aurait certes soulevé d'importantes questions, notamment sous

l'angle de questions fiscales ou de lois relatives à la sortie des devises. Or, même les infractions fiscales à l'époque n'auraient pas donné lieu à l'obligation d'une annonce MROS.

Partant, une annonce MROS n'était pas nécessaire en l'espèce, de sorte que seuls les frais évités seront confisqués.

Pour le surplus, il y a lieu de renvoyer au jugement attaqué (consid. 14.2.3 à 14.2.4).

3.7 Il convient encore de déterminer le montant des frais d'affiliation que B. SA a économisé en ne s'affiliant pas à un OAR. Ils sont identiques de 2012 à 2014 et peuvent être résumés comme suit :

- Cotisation annuelle : CHF 2'000.- ;
- Frais de formation continue (une fois par année) : CHF 250.- ;
- Acompte taxe FINMA : CHF 300.-
- Règles cadres CHF 250.- (CAR 5.202.004).

Ainsi, à défaut d'affiliation, B. SA a économisé annuellement une somme de CHF 2'800.- (2'000 + 250 + 300 + 250) et ce pendant trois ans, soit de 2012 à 2014, pour un total de CHF 8'400.- (3 x 2'800).

3.8 Au vu de ce qui précède, il convient de réformer le jugement attaqué en ce sens que la créance compensatrice doit monter à CHF 8'400.- et non pas à CHF 3'000.-. Le montant du séquestre doit également être modifié pour tenir compte de cette somme, soit un total de CHF 38'239.30 au lieu de de CHF 32'839.30.

4. Frais et indemnités fixés par la Cour des affaires pénales

4.1 Frais

Vu l'issue de la cause, il n'y a pas lieu de s'écarter des frais de procédure tels que fixés par la Cour des affaires pénales (v. jugement attaqué consid. 17.2 et 17.3). Les appelants se sont limités à demander que ces frais soient supprimés en raison de leur conclusion tendant à l'acquiescement de A. Ils n'ont par ailleurs pas contesté les sommes fixées.

4.2 Indemnités

4.2.1 Concernant la partie en droit de la question des indemnités de la première instance, il y a lieu de renvoyer aux considérants topiques du jugement attaqué (consid. 18.1 à 18.2).

4.2.2 Tant A. que B. SA contestent l'indemnité allouée par l'instance précédente. Concernant ce premier, il a conclu à ce que lui soit allouée une indemnité à hauteur de CHF 200'913.95. Les griefs formulés à ce propos sont en substance similaires à ceux formulés par B. SA. Comme l'a déjà observé l'instance précédente (v. jugement attaqué consid. 18.8), aucune indemnisation n'est due à A. pour ses frais de défense, dès lors que ce dernier a été condamné pour l'infraction qui lui était reprochée. Partant, la requête en indemnisation du prénommé est rejetée et la décision attaquée confirmée sur ce point (v. jugement attaqué consid. 18.8).

4.2.3 Quant à B. SA, en tant que tiers saisi, elle conteste l'indemnité de CHF 13'568.25 qui lui a été allouée en première instance pour l'exercice raisonnable de ses droits de procédure (art. 429 al. 1 let. a CPP). Elle conclut à ce que lui soit allouée une indemnité à hauteur de CHF 276'640.50, avec intérêts à 5% dès le prononcé du jugement d'appel (CAR 7.300.179). Ceci correspond à 1'017.15 heures de travail d'avocat à raison d'au minimum CHF 270.- de l'heure. L'instance inférieure aurait dû, selon B. SA, appliquer un tel tarif horaire et non celui de CHF 230.- de l'heure. De plus, B. SA a soulevé le grief selon lequel la Cour des affaires pénales a établi un total erroné du nombre d'heures effectuées par les avocats (682.25 heures). Les *time-sheets* étaient précis et détaillés, certes caviardés, mais avaient pour but de respecter les prérogatives de défense et les consignes de l'aide-mémoire du Tribunal pénal fédéral. La société s'oppose ensuite au retronchement des heures travaillées, ce qui constitue à son avis un abus du pouvoir d'appréciation. Au vu du volume du dossier, la Cour précédente ne pouvait pas estimer qu'un nombre inférieur d'heures était suffisant pour prendre connais-

sance du dossier. Enfin, contrairement à ce qu'a retenu la Cour des affaires pénales, B. SA défend qu'un seul avocat n'était pas suffisant à défendre ses intérêts (déclaration d'appel de B. SA, p. 2 à 8 ; CAR 1.100.162-168).

La Cour de céans relève, à titre liminaire, les points suivants, lesquels sont pertinents quant à la fixation de l'indemnité due à B. SA :

- La Cour a analysé en premier lieu les reproches auxquels ont été confrontés B. SA ainsi que le parallélisme avec la procédure menée à l'encontre de A. S'il est vrai que, dans un premier temps, B. SA était seule concernée par la procédure depuis la dénonciation de la FINMA le 31 août 2015, dès le 10 novembre 2017, le DFF a étendu son enquête à l'encontre de A. (DFF 442.3-065 4300 s.). Durant la période s'étendant du 31 août 2015 au 10 novembre 2017, ce sont principalement des questions de séquestre, respectivement de confiscation, qui se sont posées (renvoi) et que, dès le 10 novembre 2017, le principal intéressé à la procédure était l'appelant.
- Il sied de préciser qu'il n'y avait aucun conflit potentiel contre A. et B. SA, si bien qu'une défense unique aurait été possible et même souhaitée.
- A propos des postes ayant requis de la part de B. SA de nombreuses heures de travail, il sied de préciser que c'est notamment en mai 2017, respectivement en décembre 2017 que 65.25, respectivement 64.25 heures ont été facturées par la défense de B. SA. Or, c'est en mai 2017, respectivement le 11 mai 2017, que B. SA a requis la levée partielle du séquestre à hauteur de CHF 1'000'000.- (DFF 442.3-065 1692-1773), frais qui ne peuvent pas être recouverts en l'espèce. C'est également en décembre 2017 que B. SA a déposé un recours en matière pénale contre la décision de la Cour des plaintes du Tribunal pénal fédéral du 17 novembre 2017 concernant le refus de la levée du séquestre ordonné par le DFF le 30 mai 2017 (DFF 442.3-065 4345 ss). Partant, une grande partie des honoraires requis par B. SA avant que l'affaire soit étendue à A. le 10 novembre 2017 (DFF 442.3-065 4300 s.) – et qu'une synergie existât entre la défense de B. SA et A. – était dévolue à des levées de séquestre, pour lesquels les frais de procédure et indemnités sont fixés définitivement et ne peuvent être requis ici.
- A ce sujet, la Cour constate que le fait de mandater plusieurs avocats a créé un besoin de coordination entre ces avocats particulièrement accru. Il est relevé, à titre d'exemples que dans une seule page de la note d'honoraires remise en première instance par les Conseils de B. SA, le mot

« coordination » est mentionné pas moins de sept fois (TPF 11.721.315), et qu'un Tribunal ne saurait indemniser des frais relatifs à une coordination entre plusieurs avocats, encore moins lorsque celle-ci n'était pas absolument nécessaire, dès lors qu'une défense commune des intérêts de A., respectivement de B. SA, était souhaitée.

La Cour des affaires pénales a accordé à B. SA une indemnité de CHF 13'568.25 en faveur de Me Benjamin BORSODI, avocat de cette société, pour l'exercice raisonnable de ses droits de procédure. Cela correspond à 44 heures (2/9 de 200 heures) au tarif horaire de CHF 230.-, auquel s'ajoute la TVA de 7.7% (CHF 10'899.25). Sont inclus les frais relatifs au fait que les débats se soient tenus à Bellinzone (CHF 2'669.-), soit le déplacement, les repas et les nuitées (v. jugement attaqué consid. 18.8).

Pour aboutir à ce résultat, l'instance précédente a examiné le volume d'activité requis, respectivement nécessaire, au vu des pièces du dossier. Dans ce cadre, elle a pris en considération la nature et l'ampleur du dossier ainsi que les difficultés qu'il comporte. Les postes suivants ont été retenus : examen du dossier de la procédure (32 heures), recherches juridiques (40 heures), rédaction d'écritures (55 heures), correspondances et rendez-vous avec le client (30 heures), audience (21 heures et 22 minutes). Additionnées, ces heures se montent à 186.22 heures pour le mandataire de B. SA, que l'instance précédente a arrondi à 200 heures. En comparaison, un total de 200 heures arrondi a été aussi retenu en faveur du mandataire de A. La Cour précédente a encore précisé qu'un seul avocat aurait pu défendre le prévenu ainsi que B. SA. De plus, les questions pertinentes pour B. SA étaient limitées à la confiscation de ses avoirs, alors qu'elles étaient également examinées dans la procédure contre A. Ainsi, la Cour des affaires pénales a considéré qu'un tiers de 200 heures était suffisant au mandataire pour défendre les intérêts de B. SA (soit 66.66 heures). Enfin, dès lors que le montant confisqué a été fortement réduit, les heures ont encore été réduites d'un tiers supplémentaire, pour arriver à un total de 44 heures (v. jugement attaqué consid. 18.6 - 18.7).

- 4.2.4** A été contesté en premier lieu le taux horaire retenu par la Cour des affaires pénales, à savoir celui de CHF 230.- par heure. Selon l'appelant, dans la présente cause, de difficulté moyenne, un taux de CHF 270.- par heure aurait dû être retenu (déclaration d'appel de A., ch. 104-107 ; CAR 1.100.027). Force est de constater que, dans sa pratique constante, le Tribunal pénal fédéral ne s'écarte que rarement du montant de CHF 230.-, d'autant plus lorsque l'affaire est d'une complexité moyenne, où un tel taux est usuellement retenu (v. par exemple arrêts du Tribunal pénal fédéral CA.2021.2 du 20 décembre 2021 consid. 3.2.2, CA.2021.8 du 14 juin 2021 consid. 3.1, CA 2020.11 du 1^{er} juillet 2021

consid. 5.2.1.2, CA.2019.35 du 23 juin 2020 consid. 3.2.3). Pour ce motif, le taux horaire retenu par la première instance ne prête pas le flanc à la critique. Il est au surplus renvoyé à l'arrêt attaqué, consid. 18.4.

4.2.5 Ensuite, l'appelant reproche à l'autorité inférieure d'avoir constaté erronément les faits en caractérisant la demande d'indemnités de l'appelant comme non détaillée de manière conforme au chiffre 4.2 de l'aide-mémoire du Tribunal pénal fédéral, dès lors que l'appelant aurait fourni dans sa demande d'indemnisation un décompte précis des heures réparties de l'Etude Bianchischwald, des *time-sheets* précis et détaillés contenant toutes les activités des Conseils ainsi que des *time-sheets* caviardés sur certains points afin de respecter les prérogatives de la défense (secret d'avocat) et les consignes de l'aide-mémoire du Tribunal pénal fédéral. Partant, la Cour des affaires pénales n'aurait pas dû retrancher 579.40 heures d'avocat (déclaration d'appel de A., ch. 108 s. ; CA 1.100.028). *In casu*, la Cour des affaires pénales a considéré que les notes produites par A. et B. SA n'étaient pas conformes aux demandes de la Cour. L'aide-mémoire pour l'établissement des notes d'honoraires au Tribunal pénal fédéral requiert par exemple de l'avocat qu'il mentionne avec précision les heures d'activités, les temps de déplacement et d'attente, la description de chaque poste/activité, etc. Or, force est de constater qu'en l'espèce, cela n'était pas le cas, comme l'a justement relevé la Cour inférieure. Il n'était par exemple pas possible pour la Cour de distinguer quel type d'activité ont été exercées et dans quelle proportion. Il est attendu d'un professionnel du droit qui prend l'initiative de la défense dans des domaines tels que ceux poursuivis par les autorités pénales fédérales qu'il établisse sa note d'honoraire en respectant les principes énoncés dans l'aide-mémoire susmentionné, lequel est systématiquement annexé aux citations à comparaître. Si cela n'était pas clair, la défense respective de A. et de B. SA avaient tout loisir de compléter leurs notes d'honoraires auprès de la Cour de céans. Or, cela n'a pas été le cas en l'espèce. Pour ces motifs déjà, c'est à raison que la Cour des affaires pénales a constaté que les demandes d'indemnités étaient non détaillées de manière conforme au chiffre 4.2 de l'aide-mémoire du Tribunal pénal fédéral. En application de l'art. 82 al. 4 CPP, il est renvoyé au jugement attaqué consid. 18.4.

4.2.6 L'appelant se plaint ensuite de ce que l'autorité de première instance a constaté de manière erronée que le nombre d'heures d'avocats était de 200 heures au lieu des 899.41 heures requises par la défense. Elle aurait exercé un abus de son pouvoir d'appréciation en procédant de la sorte (déclaration d'appel de A., ch. 110-113 ; CAR 1.100.028 s.).

Il est rappelé en premier lieu que l'art. 429 al. 1 let. a CPP indique *expressis verbis* que l'indemnité est due pour les dépenses occasionnées par « l'exercice

raisonnable » des droits de procédure. Les honoraires doivent quant à eux paraître adéquats et adaptés aux enjeux particuliers du cas d'espèce, ce qui implique une forme de raisonnement fondé sur la proportionnalité (MIZEL/RÉTORNAZ, Commentaire romand du Code de procédure pénal, 2^e éd. 2019, n. 32 et les références citées). Or, en l'espèce, comme la Cour l'a déjà relevé, le fait de savoir si les actes commis par A. étaient punissables ou non ne nécessitait pas d'avoir une défense double, qui a exigé une coordination et un échange inutiles. Ensuite, la plaidoirie de B. SA a porté dans sa quasi-totalité sur la question de la punissabilité en ce qui concerne également A. (TPF 11.721.122 ss). Une seule et unique défense aurait amplement suffi, et, partant, les arguments qui n'ont pas été déterminants afin de permettre un acquittement de A. ne sauraient être remboursés.

Force est de constater que l'autorité intimée a, à défaut d'avoir une note d'honoraires respectant les *réquisits* fixés par le Tribunal pénal fédéral, procédé à une analyse en trois étapes, en examinant les *time-sheets* remis et en établissant un décompte approximatif des heures effectuées en fonction des catégories d'activité, elle a ensuite estimé le temps nécessaire à l'examen ou la rédaction des actes du dossier de la procédure et elle a fait la synthèse des résultats obtenus à l'issue des deux premières étapes afin de déterminer le temps de travail jugé raisonnable pour les différents postes d'activités (v. jugement attaqué consid. 18.4). La note d'honoraires fournie par la défense faisait état de plus de 899 heures d'activité à CHF 270.- de l'heure, soit plus de CHF 240'000.-.

Au vu de l'ampleur de la présente affaire, dont les débats ont duré une seule journée, et de l'ampleur du présent dossier, c'est à raison que la Cour des affaires pénales a fixé l'indemnité requise à 186.22 heures, arrondies à 200 heures, avec en sus une somme de CHF 2'669.- en ce qui concerne les déplacements, les repas ainsi que l'hébergement à Bellinzone. Enfin, il est précisé que c'est à tort que l'appelante a indiqué dans ses notes d'honoraires des activités liées aux demandes de levée de séquestre qu'elle a effectuée auprès de la Cour des plaintes du Tribunal pénal fédéral et du Tribunal fédéral, dites autorités ayant statué définitivement dans leurs décisions respectives sur ces frais, ayant rejeté les requêtes de l'appelant, respectivement de B. SA (voir par exemple la décision de la Cour des plaintes du Tribunal pénal fédéral BV.2017.33 du 17 novembre 2017, suivie de l'arrêt du Tribunal fédéral 1B_554/2017 du 19 avril 2018). En effet, il est de jurisprudence constante qu'en procédure de recours, les frais et indemnités sont à établir de manière indépendante de 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 ; ég. jugement du Tribunal pénal fédéral SK.2011.8 du 13 janvier 2012 consid. 14.1).

Par la suite, l'appelant s'est plaint du fait que la Cour des affaires pénales a abusé de son pouvoir d'appréciation et a constaté erronément les faits en retenant qu'un seul avocat était suffisant pour la défense des intérêts de l'appelant (déclaration d'appel de A., ch. 114 s. ; CAR 1.100.029 s.). En l'espèce, comme cela a déjà été mentionné par la Cour de céans, tant A. que B. SA n'avaient aucun conflit d'intérêts, les arguments que les deux parties ont développés se rejoignent, dans la mesure où, s'il avait été avéré qu'aucune autorisation n'était nécessaire afin d'exercer les activités reprochées, il n'y aurait pas eu de confiscation possible à l'endroit de B. SA.

En outre, s'agissant des confiscations, c'est à raison que la Cour précitée a indiqué que la majeure partie des questions qui se posaient pour B. SA devaient l'être concernant A. Pour ces motifs, la Cour de céans ne considère pas que l'autorité inférieure, laquelle a motivé précisément les raisons pour lesquelles elle considérait qu'un seul avocat était nécessaire, aurait outrepassé son pouvoir d'appréciation et constaté de manière erronée les faits. Il est rappelé au surplus que les reproches formulés à l'encontre de A. se rejoignent d'avec les reproches formulés à l'encontre de B. SA. Une défense efficace et efficiente de A. et de B. SA aurait requis qu'un seul et même avocat s'en occupe. Partant, le raisonnement de l'autorité intimée ne prête pas le flanc à la critique. Il est renvoyé en tant que de besoin au consid. 18.7 du jugement attaqué.

- 4.2.7** S'agissant de la réduction à un tiers des 200 heures retenues par l'autorité intimée, soit à un total de 66 heures (v. jugement attaqué consid. 18.7), dès lors que bon nombre de questions ont été traitées de manière principale dans l'intérêt de la défense de A., et que les questions relatives à la défense des intérêts uniques de B. SA n'étaient que très partielles, il y a lieu de retrancher ces honoraires à un tiers. Il est renvoyé au surplus au consid. 18.7 du jugement attaqué, dès lors qu'une telle réduction était justifiée et ne prête pas le flanc à la critique, étant rappelé que les frais liés au séquestre et à la confiscation jusqu'aux décisions finales du Tribunal fédéral ne peuvent faire l'objet d'un remboursement (v. par exemple DFF 442.3-065 4328 s., 4440, 4705, 4712 ; v. supra II consid. 4.2.6).
- 4.2.8** S'agissant de la réduction supplémentaire de 1/3 prononcée au vu du fait que la confiscation a été fortement réduite par la Cour des affaires pénales, dès lors que cette appréciation de la Cour inférieure ne paraît pas manifestement erronée, et au vu de ce qui précède, la Cour de céans constate que c'est à raison que l'autorité intimée a fixé l'indemnité due à Me BORSODI à un montant de CHF 16'348.86 pour la défense de B. SA (art. 429 al. 1 let. a CPP) et a rejeté la demande d'indemnité de A. pour ses frais de représentation (art. 429 al. 1 let. a CPP).

4.3 Au vu de ce qui précède, il y a lieu de confirmer le jugement rendu par la Cour des affaires pénales quant aux indemnités fixées.

5. Frais et indemnités devant la Cour d'appel

5.1 Indemnités

5.1.1 A. conclut à une indemnité de CHF 21'540.- pour les frais de défenses occasionnés dans le cadre de la présente procédure d'appel pour l'intervention de Me Enis DACI (déclaration d'appel A., p. 2 ; notes de plaidoiries A., p. 33 ; CAR 1.100.003, 7.300.177). Il requiert également que soit octroyée une indemnité pour l'intervention de Mes Ambroise CROISY et Cristobal ORJALES (notes de plaidoiries A., p. 33 ; CAR 7.300.177).

5.1.2 B. SA conclut à ce qu'il lui soit alloué une indemnité à hauteur de CHF 10'770.-, TVA incluse, pour les frais de dépenses occasionnées dans le cadre de la procédure d'appel, en ce qui concerne les frais et dépens de Me Enis DACI (déclaration d'appel de B. SA, p. 2 ; CAR 1.100.162). Dès le 7 septembre 2021, Mes Ambroise CROISY et Cristobal ORJALES sont devenus les mandataires de B. SA, à l'instar de A. À la fin 2021, seul Me Ambroise CROISY représentait ladite société. Lors des plaidoiries finales, les dépens de Me Enis DACI sont réitérés, auquel s'ajoute les dépens de Mes Ambroise CROISY et Cristobal ORJALES à hauteur de CHF 21'405.38, TVA incluse (notes de plaidoiries B. SA, p. 2 ; CAR 7.300.179). Me Olivier NICOD, mandataire de B. SA lors des seconds débats en sus de Me Ambroise CROISY, a transmis à la Cour d'appel une note d'honoraire, composé de CHF 6'027.50 en tant qu'heures d'activités d'avocat, CHF 450.- pour le temps de déplacement aller-retour à l'audience et des débours à fixer selon forfait pour son trajet en voiture jusqu'à la même audience (CAR 9.103.001 s.).

5.1.3 Concernant la partie en droit de la question des indemnités de la première instance, il y a lieu de renvoyer aux considérants topiques du jugement attaqué (consid. 18.1 à 18.2).

5.1.4 Concernant l'indemnité réclamée par A., pour sa défense, étant donné le sort de la présente cause, et dès lors que le prévenu n'a été ni acquitté, ni n'a obtenu une ordonnance de classement (v. art. 429 CPP), la requête d'indemnités de A. est rejetée.

5.1.5 En ce qui concerne l'indemnité requise par B. SA, dont la qualité pour faire appel est limitée aux chiffres du dispositif de première instance la concernant, à savoir les frais de procédure mis à sa charge ainsi que le montant de l'indemnité qui lui a été allouée pour l'exercice raisonnable de ses droits, force est de constater tout

d'abord que les conclusions prises par ladite société dans son mémoire d'appel n'ont, pour leur intégralité, pas emporté la conviction de la Cour de céans. Ces conclusions ont trait à des aspects purement pécuniaires, tels que le tarif d'avocat, le montant dû par la Confédération helvétique à B. SA ainsi que les dépens de Maître Enis DACI. Il est renvoyé en tant que de besoin au consid. II 4.2 supra, lequel a traité exhaustivement des requêtes formées par l'appelante. S'agissant des conclusions prises par le DFF dans son appel joint (CAR 1.100.305 s.), il peut être estimé que B. SA a obtenu partiellement gain de cause à ce sujet, dès lors que la confiscation et la créance compensatrice réclamés par le DFF excédaient fortement ce qui a été retenu par la Cour de céans. Partant, B. SA a droit à être indemnisée pour ses frais d'avocats, à raison d'un tiers de ceux-ci, tout en prenant en compte les développements suivants.

5.1.6 Au chapitre des frais d'avocats de Me Enis DACI, pour CHF 10'770.- TVA comprise, lequel a rédigé la déclaration d'appel, force est de constater que ladite déclaration se monte à huit pages. Or, le précité a facturé 38.2 heures d'activité à ce sujet. Cette écriture se borne, comme déjà indiqué, à contester des montants retenus par l'autorité de première instance. La complexité d'une telle écriture ainsi que les griefs qui y sont soulevés ne permettent pas de retenir un temps supérieur à dix heures d'activités, incluant l'analyse du dossier, à un taux de CHF 230.- (cf. à ce sujet infra II consid. 4.2.4), soit CHF 2'300.-, auquel il y a lieu d'ajouter la TVA, par 7.7%. Partant, l'indemnité de Maître Enis DACI retenue doit être de CHF 2'477.- (2'300 + 177.10), arrondie à CHF 2'500.-.

5.1.7 En ce qui concerne la facture produite par Mes Ambroise CROISY et Cristobal ORJALES, pour CHF 21'405.38, TVA incluse, certains postes ne peuvent être maintenus, pour les raisons qui suivent.

S'agissant de la prise de connaissance du jugement de première instance et de différents documents, il sied de relever que B. SA a délibérément choisi de changer de conseil juridique à l'issue de la procédure de première instance. Ce n'est pas à l'Etat d'indemniser des frais inhérents à la constitution d'autres conseils, lesquels doivent prendre connaissance de nombreux documents, étape qui n'aurait pas été nécessaire si B. SA avait gardé la même défense. Partant, seront retranchées pour ce poste un total de 905 minutes, soit 15.08 heures.

S'agissant de l'analyse de l'appel joint du DFF, des recherches juridiques, de la rédaction de notes de plaidoiries et de la préparation des débats, ont été facturées 2'250 minutes, soit 37.5 heures de travail. Ce temps est manifestement trop long, notamment en vue des arguments qui ont été plaidés de même que de la longueur de dite plaidoirie. La Cour de céans avait du reste prévenu les parties, par courrier du 18 octobre 2021, qu'une plaidoirie de deux heures au maximum

serait acceptée, tant pour celle de A. que pour B. SA, pris ensembles (CAR 6.100.052-055). Sur ce vu, le nombre d'heures retenu par Mes Ambroise CROISY et Cristobal ORJALES semble trop élevé. C'est le lieu de rappeler que tant la défense de A. que de B. SA se rejoignent sur de nombreux points. Partant, la Cour estime qu'une activité de 20 heures aurait été largement suffisante. Seront retranchées 17.5 heures.

Sur ce vu, seront retenues sur les 33.67 heures, à CHF 230.- de l'heure, soit CHF 7'745.-, plus TVA à 7.7%, soit un total de CHF 8'341.35 (7'745 + 596.35), arrondi à CHF 8'500.-.

- 5.1.8** En ce qui concerne enfin la facture produite par Me Olivier NICOD, pour CHF 6'027.50 (CAR 9.103.002), force est de constater que la présence d'un deuxième défenseur aux débats n'était pas complètement nécessaire selon la Cour, au vu de la complexité des arguments plaidés par les parties et du fait que les questions liées à A. se regroupaient avec celles de B. SA. Il est renvoyé au consid. II 4.2 ss supra en tant que de besoin. La Cour estime toutefois qu'elle peut accorder une indemnité de un tiers de celle réclamée, afin de tenir compte de la présence effective dudit défenseur aux débats, soit de CHF 1'852.50, TVA et déplacements inclus.
- 5.1.9** Encore faut-il procéder à une réduction de l'indemnité totale retenue pour deux tiers (v. supra II consid. 5.1.5). Partant, l'indemnité totale pour la défense de B. SA se monte à un tiers de CHF 12'852.50.-, soit à CHF 4'284.15, arrondie à CHF 4'286.50 (afin de tenir compte des erreurs d'arrondis) ($1/3 \times [2'500 + 8'500 + 1'852.50]$)
- 5.1.10** Au vu de ce qui précède, la Confédération versera un montant de CHF 4'286.50 à B. SA, lequel sera remis à Me Ambroise CROISY, en tant que mandataire de la précitée, au titre d'indemnité pour l'exercice raisonnable de ses droits de procédure (art. 429 al. 1 let. a CPP).

5.2 Frais

- 5.2.1** Les frais de la procédure de recours sont mis à la charge des parties dans la mesure où elles ont obtenu gain de cause ou succombé (art. 428 al. 1, 1^{ère} phrase CPP). Pour déterminer si une partie succombe ou obtient gain de cause, il faut examiner dans quelle mesure ses conclusions sont admises en deuxième instance (arrêt du Tribunal fédéral 6B_1025/2014 du 9 février 2015 consid. 2.4.1 et les références citées).

5.2.2 Le Tribunal pénal fédéral fixe dans un règlement (a) le mode de calcul des frais de procédure ; (b) le tarif des émoluments ; (c) les dépens alloués aux parties et les indemnités allouées aux défenseurs d'office, aux conseils juridiques gratuits, aux experts et aux témoins (art. 73 al. 1 LOAP).

5.2.3 Les frais de procédure comprennent les émoluments et les débours (art. 1 al. 1 du règlement du Tribunal pénal fédéral du 31 août 2010 sur les frais, émoluments, dépens et indemnités de la procédure pénale fédérale [RFPPF ; RS 173.713.162]).

En procédure d'appel, les émoluments sont dus pour les opérations accomplies ou ordonnées par la Cour d'appel (art. 1 al. 2 RFPPF). Leur montant 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 des frais de chancellerie (art. 73 al. 2 LOAP et art. 5 RFPPF) et ils peuvent être fixés entre CHF 200.- à CHF 100'000.- (art. 73 al. 3 let. c LOAP et art. 7^{bis} RFPPF).

Les débours sont les montants versés à titre d'avance par la Confédération ; ils comprennent notamment les frais imputables à la défense d'office et à l'assistance judiciaire gratuite, les frais de traduction, les frais d'expertise, les frais de participation d'autres autorités, les frais de port et de téléphone et d'autres frais analogues (art. 1 al. 3 RFPPF). Les débours sont fixés au prix facturé à la Confédération ou payé par elle (art. 9 al. 1 RFPPF).

5.2.4 En l'espèce, les frais du témoin s'élèvent à CHF 393.50 (CHF 196.74 + CHF 196.74 ; CAR 9.301.001-004). Le DFF a transmis à la Cour sa liste de frais relatifs à sa présence lors des débats d'appel, ce qui correspond à des frais de déplacement, la nuitée et les repas (CAR 7.300.195), lesquelles se montent à CHF 559.40.

5.2.5 Les frais de la procédure d'appel consistent en un émolument, qui sera fixé à CHF 6'000.-, TVA incluse, compte tenu des principes exposés ci-dessus. Vu l'issue de la cause, les frais de procédure sont mis à la charge de A. à concurrence de $\frac{3}{4}$ (CHF 4'754.60). Le reste, soit $\frac{1}{4}$ (CHF 1'584.90), est laissé à la charge de la Confédération.

La Cour d'appel prononce :

I. Décision en appel

1. Les appels de A. et de B. SA du 24 décembre 2020 contre le jugement SK.2019.13 de la Cour des affaires pénales du Tribunal pénal fédéral du 17 juin 2020 sont rejetés. L'appel joint du Département fédéral des finances du 26 janvier 2021 est, quant à lui, partiellement admis.
2. Le jugement SK.2019.13 de la Cour des affaires pénales du Tribunal pénal fédéral du 17 juin 2020 est modifié comme suit (**modification en gras**) :

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 1^{er} décembre 2013 au 31 décembre 2014**, pour gestion de placements collectifs de capitaux (art. 44 al. 1 LFINMA en lien avec l'art. 14 LBA).

2. [supprimé]

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 10'000.- (art. 42 al. 4 et 106 al. 1 CP).**

III. Créance compensatrice

La Cour d'appel prononce en faveur de la Confédération une créance compensatrice de **CHF 8'400.00** à l'encontre de A.

IV. Maintien des séquestres

1. **La Cour d'appel** maintient le séquestre sur le compte n° 1 auprès de C. SA au nom de B. SA à hauteur de **CHF 42'993.90** en vue de l'exécution de la créance compensatrice prononcée à l'encontre de A. et du paiement de l'amende et des frais de procédure (art. 263 al. 1 let. b CPP).
2. **La Cour d'appel** 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]).
2. La part des frais mis à la charge de A. est fixée à CHF 13'355.40.
3. La part des frais mis à la charge de B. SA 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 de 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.

II. Frais de la procédure d'appel

1. Les frais de la procédure d'appel, soit :

– émoluments de justice	Fr. 6000.00
– témoins	<u>Fr. 393.50</u>
	Fr. 6393.50

Sont mis à la charge de A. à hauteur de Fr. 4'754.60.

Pour le surplus, les frais de procédure sont laissés à la charge de l'Etat.

III. Indemnités de la procédure d'appel

1. Aucune indemnité n'est allouée à A. en application de l'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 4'286.50 à Me Ambroise CROISY, avocat à Genève.

Au nom de la Cour d'appel
du Tribunal pénal fédéral

Le juge président

Le greffier

Olivier Thormann

Yann Moynat

Notification (acte judiciaire) :

- Ministère public de la Confédération, Madame Lucienne Fauquex, Procureure fédérale
- Département fédéral des finances, Monsieur Frédéric Schaller, Chef de groupe au Service de droit pénal du Service juridique
- Maître Ambroise Croisy

Copie (*brevi manu*) :

- Tribunal pénal fédéral, Cour des affaires pénales

Après son entrée en force, le jugement sera communiqué :

- Département fédéral des Finances (DFF), Exécution des jugements et administration des valeurs patrimoniales

Indications des voies de droit

Recours au Tribunal fédéral

Ce jugement peut faire l'objet d'un recours en matière pénale auprès du Tribunal fédéral dans les 30 jours suivant la notification de l'expédition complète. Les conditions pour interjeter recours sont déterminées par les art. 78 à 81 et 90 ss de la loi sur le Tribunal fédéral du 17 juin 2005 (LTF). L'acte de recours motivé doit être adressé au Tribunal fédéral, 1000 Lausanne 14.

L'observation d'un délai pour la remise d'un mémoire en Suisse, à l'étranger ou en cas de transmission électronique est réglée à l'art. 48 al. 1 et 2 LTF.

Expédition : 14 octobre 2022