



Jugement du 29 novembre 2016

Cour des affaires pénales

Composition

La juge pénale fédérale Nathalie Zufferey Francioli,
juge unique,
la greffière Yasmina Saïdi

Parties

- 1. MINISTÈRE PUBLIC DE LA CONFÉDÉRATION,**
représenté par Marco Abbühl, Juriste au Service
juridique,
- 2. DÉPARTEMENT FÉDÉRAL DES FINANCES,**
représenté par Fritz Ammann, Chef du Service de
droit pénal,

contre

A., défendu par Maître Raphaël Dessemontet,

Objet

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

Le Ministère public de la Confédération (ci-après: MPC) ne s'est pas présenté aux débats et n'a pas présenté de conclusions écrites.

Conclusions du Département fédéral des finances:

«Le département fédéral des finances (DFF) confirme la mise en accusation de A. selon son prononcé pénal du 15 mars 2016 et a l'honneur de conclure à ce qu'il plaise au Tribunal pénal fédéral:

1. Reconnaître A. coupable d'infraction à l'art. 46 al. 1 let. a de la loi fédérale du 8 novembre 1934 sur les banques et les caisses d'épargne (loi sur les banques; LB; RS 952.0), pour avoir accepté indûment des dépôts du public du 1^{er} décembre 2009 au 26 octobre 2011;
2. Condamner A. à une peine pécuniaire de 60 jours-amende à CHF 140, pour un montant total de CHF 8'400, avec sursis pendant deux ans;
3. Mettre à la charge de A. les frais de la procédure devant le DFF, d'un montant total de CHF 3'190, auxquels s'ajoutent les frais liés à la soutenance de l'accusation s'élevant à CHF 500 ainsi que les frais de la présente procédure judiciaire.»

Conclusions de la défense:

La défense conclut à ce que:

1. Principalement, A. soit acquitté;
2. Subsidiairement, à ce qu'il soit uniquement condamné au paiement d'une amende de moins de CHF 5'000.--.

Procédure

A. De la procédure pénale administrative

A.1 L'Autorité fédérale de surveillance des marchés financiers (ci-après: FINMA) a dénoncé pénalement les responsables de B. SA au Département fédéral des finances (ci-après: DFF) le 12 décembre 2011. La dénonciation concerne des faits susceptibles de tomber sous le coup des art. 44 de la loi du 22 juin 2007 sur l'Autorité fédérale de surveillance des marchés financiers (LFINMA; RS 956.1) et des art. 46 et 49 de la loi fédérale sur les banques et les caisses d'épargne du

8 novembre 1934 (LB, RS 952.0). Le DFF a ouvert une procédure de droit pénal administratif le 14 juin 2013. A. en a été informé par courrier du DFF du 24 juin 2013 et a été invité à se déterminer sur son objet, ce qu'il a fait le 26 août 2013.

- A.2** Le DFF a dressé un procès-verbal le 30 octobre 2013, déclarant A. coupable d'infraction à l'art. 46 al. 1 let. a LB. Le défenseur de A. a pris position sur ledit procès-verbal en date du 30 novembre 2013. Il a requis des compléments d'enquête qui lui ont été refusés à l'occasion de la décision de clôture de l'instruction du 7 juillet 2014.
- A.3** Par mandat de répression du 21 novembre 2014, A. a été reconnu coupable d'acceptation indue de dépôts du public selon l'art. 46 al. 1 let. a LB, infraction commise du 1^{er} décembre 2009 au 26 octobre 2011. Il a été condamné à une peine pécuniaire de 48 jours-amende à CHF 140.-- le jour avec sursis, avec un délai d'épreuve de deux ans, à une amende de CHF 1'680.-- et aux frais de procédure par CHF 2'130.--. A. a fait opposition audit mandat le 9 janvier 2015, concluant principalement à son acquittement, et préalablement à son audition, à celle de C., et à celles de D., E. et F., et à leur confrontation. A son appui, il soutient en substance avoir agi sous l'emprise d'une erreur sur l'illicéité non évitable, la FINMA ayant autorisé temporairement les activités de B. SA lors de la séance du 17 décembre 2009.
- A.4** Le 15 mars 2016, le DFF a rendu un prononcé pénal contre A., le condamnant à 60 jours-amende à CHF 140.-- avec sursis pendant deux ans et aux frais de procédure par CHF 3'190.--.
- A.5** A. a demandé à être jugé par un tribunal en date du 24 mars 2016. Le DFF a transmis le dossier au MPC le 14 avril 2016, qui l'a transmis au Tribunal pénal fédéral le 20 mai 2016.

B. De la procédure par devant le Tribunal pénal fédéral

- B.1** La cause a été enregistrée sous le numéro SK.2016.24. La Cour de céans est composée pour la présente affaire de Nathalie Zufferey Franciulli, juge unique et de Yasmina Saïdi, greffière (dossier TPF, p. 3 160 001 s.).
- B.2** Les parties ont été invitées à formuler leurs réquisitions de preuves le 25 mai 2016 (dossier TPF, p. 3 280 001). Le DFF a renoncé à présenter des offres de preuves, par lettre du 30 mai 2016 (dossier TPF, p. 3 280 002). Le MPC ne s'est pas manifesté.

Le prévenu a requis la production, en mains de la FINMA, de tous les échanges d'e-mails, notes d'entretiens et mémos internes ayant trait à l'analyse des activités de B. SA. Il demande également à être auditionné et à ce que C., actionnaire minoritaire de la société précitée, D., cheffe de la division Enforcement établissements non autorisés de la FINMA, Me E. de la division Autorisation Suisse romande et Tessin de la FINMA et Me F. de la division Enforcement établissements non autorisés de la FINMA soient entendus en qualité de témoin et confrontés (dossier TPF, p. 3 280 003 ss).

- B.3** Par ordonnance du 23 juin 2016, la Cour de céans a invité le prévenu à remplir le formulaire de situation personnelle et financière et à le remettre à la Cour, documentation justificative à l'appui, au plus tard à l'ouverture des débats. Elle lui a en outre fixé un délai au 15 juillet 2016 pour produire des informations et documents sur ses revenus annuels pour les années 2013 à 2015, ainsi que l'avis de droit sur la question des dépôts rendu par l'étude d'avocats G. Pour le surplus, elle a rejeté les auditions de témoins requises par le prévenu (dossier TPF, p. 3 280 007 ss).
- B.4** La Cour de céans a ordonné l'apport d'un extrait du casier judiciaire suisse et russe, ainsi qu'un extrait du registre des poursuites genevois et vaudois du prévenu à titre de moyens de preuves. Le dossier de la cause a également été retenu à titre de moyen de preuves, ainsi que l'audition du prévenu (dossier TPF, p. 3 280 007 ss; 3 920 003).
- B.5** Les parties ont été citées à comparaître à l'audience de débats du jeudi 17 novembre 2016 à 9:00 heures (dossier TPF, p. 3 820 002; 3 821 002; 3 831 006 ss).
- B.6** Les débats se sont tenus le 17 novembre 2016. Etaient présents, pour le DFF, Renaud Rini, juriste au Service de droit pénal du Service juridique DFF, et Christian Heierli, Chef de groupe au Service de droit pénal du Service juridique DFF, le prévenu A., assisté de Me Raphaël Dessemontet, avocat (dossier TPF, p. 3 920 001 ss). Le prévenu a été entendu (dossier TPF, p. 3 930 001 ss).

Faits

C. Des activités de B. SA

- C.1** Inscrite au registre du commerce du canton de Genève le 30 juin 2006, B. SA avait pour but la fourniture de services dans le domaine des changes et l'exploitation

d'une plateforme internet permettant d'effectuer des opérations sur le marché des devises. A. est administrateur unique de la société. La société a activé sa plateforme le 1^{er} décembre 2009.

- C.2** Ayant constaté que B. SA proposait, par l'intermédiaire de son site internet, des prestations en relation avec le négoce de devises, la FINMA l'a informée par courrier du 23 septembre 2009 que son activité s'avérait susceptible d'être soumise à autorisation et l'a invitée à remplir un questionnaire concernant ses activités (dossier FINMA 1030743 A, p. 11 s.). Le 29 octobre 2009, B. SA a renvoyé le questionnaire rempli à la FINMA. Elle y a joint un extrait du registre du commerce, une attestation d'affiliation à l'Organisme d'autorégulation des gérants de patrimoine (OAR-G) ainsi que les rapports de son organe de révision sur les comptes des exercices 2007 et 2008. B. SA a déclaré ne pas encore exercer d'activité – elle les a débutées seulement le 1^{er} décembre 2009 (v. *supra*) – et n'avoir pas l'intention à l'avenir d'accepter des fonds de clients. Ses clients lui verseraient uniquement des frais fixes d'abonnement pour l'utilisation de la plateforme internet (dossier FINMA 1030743 A, p. 37 ss).
- C.3** Le 3 décembre 2009, la FINMA a invité les responsables de B. SA à une entrevue dans ses locaux pour discuter du modèle d'affaires de la société (dossier FINMA 1030743 A, p. 107 s.).
- C.4** Lors de cette entrevue, tenue le 17 décembre 2009, B. SA était représentée par son administrateur unique A. et par un actionnaire, C. Ces derniers ont informé la FINMA que la plateforme de négoce avait comme prévu été activée le 1^{er} décembre 2009. Ils ont exposé son modèle d'affaires. De leur point de vue, les abonnements n'étaient pas des dépôts. Enfin, les opérations de change étaient purement virtuelles en ce sens qu'elles n'étaient ni réellement exécutées ni couvertes, mais que la société entendait conclure un accord avec une société de courtage dans le but de couvrir à l'avenir les risques liés aux positions de clients qu'elle ne pouvait pas compenser elle-même (dossier FINMA 1030743 A, p. 255 s. et 274 s.).
- C.5** Par courrier du 14 juin 2010, la FINMA a informé B. SA qu'au terme de ses investigations, elle était parvenue à la conclusion que les activités de la société n'étaient pas conformes à la législation en vigueur; la FINMA a dressé un état de fait et un descriptif du modèle d'affaires de B. SA qui lui ont été soumis pour prise de position, l'invitant à se déterminer aussi sur les mesures à prendre à son égard (dossier FINMA 1030743 A, p. 260 s.).

Pour l'essentiel, la FINMA a constaté que B. SA, au travers de sa plateforme électronique, offrait à ses clients le droit d'effectuer du négoce de devises sur la base d'un abonnement mensuel fixe de USD 6.--, 12.-- ou 24.--, permettant de négocier des montants virtuels en devises allant jusqu'à respectivement 2'500, 5'000 et 10'000 unités de la devise concernée. Après s'être acquittés de leur cotisation par le biais du compte PayPal de B. SA, les abonnés pouvaient négocier des devises dans les limites de l'abonnement choisi. Le négoce s'effectuait du dimanche 23h00 GMT au vendredi 21h50 GMT. L'ensemble des positions encore ouvertes le vendredi à 21h50 GMT étaient automatiquement clôturées au prix courant et les gains éventuels versés aux clients chaque dimanche au travers de leurs comptes. En cas de pertes, le solde négatif maximal des comptes de clients s'élevait à USD 5.-- pour l'abonnement de USD 6.--, à USD 10.-- pour celui de USD 12.-- et à USD 20.-- pour celui de USD 24.--. Lorsque ces limites étaient atteintes, les comptes y afférents se trouvaient bloqués au prix en cours. Les clients avaient la possibilité de combler ces soldes négatifs par des versements subséquents ayant pour effet de débloquer leurs comptes. Selon la FINMA, B. SA prévoyait dans une première mouture de sa page internet des effets de levier allant jusqu'à 100:1 (dossier FINMA 1030743 A, p. 257 ss).

- C.6** Par courrier du 9 août 2010, B. SA a fait part à la FINMA de ses remarques et de son point de vue différent. En substance, selon elle, les frais d'abonnement n'étaient pas remboursables. Elle ne faisait pas appel aux fonds du public et par conséquent n'était pas soumise à l'obligation d'obtenir une autorisation. Elle a contesté pratiquer des effets de levier, ceux-ci étant selon elle typiques de négociants en devises qui proposent à leurs clients des crédits en sus de leurs avoirs et ont recours à des appels de marge, ce qui ne s'avérait pas son cas. Au surplus, B. SA s'est étonnée de la communication de la FINMA car une de ses représentantes assistant à la réunion du 17 décembre 2009 lui aurait signifié qu'aucun manquement ou infraction ne pouvaient lui être reprochés et qu'elle était autorisée à poursuivre ses activités (dossier FINMA 1030743 A, p. 273 ss).
- C.7** Le 7 octobre 2010, la FINMA a requis à B. SA en particulier des détails sur le nombre de ses clients, le volume des transactions opérées et la manière dont elle calcule les cours de change, informations fournies le 8 novembre 2010 (dossier FINMA 1030743 A, p. 277 s.).
- C.8** Par décision du 28 janvier 2011, la FINMA a constaté que B. SA exerçait une activité de négoce de devises et des opérations bancaires, qu'elle acceptait sans autorisation des dépôts du public à titre professionnel et qu'elle faisait de la publicité à cet effet. L'autorité inférieure a expliqué que les frais d'abonnement et les sommes versées par les clients pour couvrir les soldes négatifs de leurs

comptes devaient être considérés comme des dépôts car ils l'obligeaient à prêter envers ses clients en leur remboursant chaque semaine les gains réalisés; ces versements en faveur des clients étant à son avis réputés remboursements des dépôts initiaux. La FINMA a par conséquent conclu à la liquidation de la société – jugeant cette mesure adéquate et proportionnée – et a nommé des liquidateurs dont les frais et honoraires ainsi que les frais de procédure par CHF 20'000.-- étaient mis à la charge de la société (dossier FINMA 1030743 A, p. 337 ss).

C.9 B. SA a recouru au Tribunal administratif fédéral (ci-après: TAF) contre cette décision le 7 mars 2011 en arguant pour l'essentiel qu'elle n'est pas un négociant en devises type en ce qu'elle n'accepte pas de fonds de clients mais perçoit de leur part des frais d'abonnement mensuels ne pouvant en aucun cas leur être remboursés. Or, pour être qualifiés respectivement de passifs et de dépôts du public, les fonds en question devraient faire l'objet d'une promesse de remboursement. Elle ajoute qu'elle n'a aucun pouvoir de disposition sur les avoirs des clients et qu'elle ne possède aucun moyen pour les contraindre à combler les soldes négatifs de leurs comptes. Enfin, elle réitère sa déclaration selon laquelle une représentante de la FINMA aurait admis, lors de la réunion du 17 décembre 2010, qu'aucun manquement ou infraction ne pouvaient être mis à sa charge et qu'elle était autorisée à poursuivre ses activités (DFF/10, p. 19 ss).

C.10 Par arrêt du 19 septembre 2011, le TAF a rejeté le recours. Cet arrêt a mis fin à la procédure, B. SA n'ayant pas recouru au Tribunal fédéral (DFF/10, p. 19 ss; dossier TPF; p. 3 920 004).
Ainsi, l'activité de B. SA est définitivement qualifiée d'acceptation de dépôts du public à titre professionnel.

D. A.

D.1 A. est né le _____ à Moscou. Il est divorcé, a un enfant. En 2000, il a obtenu sa licence en droit à l'Université de Genève, puis en 2006, son brevet d'avocat. Depuis 2007, il travaille comme avocat (dossier TPF, p. 3 925 006; 3 930 002 s.).

D.2 Le 27 juin 2006, il a fondé, à titre fiduciaire, la société B. SA avec C. et H. Il en a été nommé administrateur unique. Dans le cadre d'un mandat d'avocat, il prodiguait par ailleurs des conseils juridiques à la société, rédigeait des contrats et la représentait par rapport aux autorités (DFF/90 p. 26), activité pour laquelle il n'a été que partiellement rémunéré (DFF/80 p. 30 s.; 90 p. 33).

D.4 Depuis 2013, A. a ouvert son étude et exerce en tant qu'avocat indépendant. Il a en outre une activité accessoire en tant que courtier auprès de la société I. Depuis le mois de mars 2016, il a créé la société de gestion de fortune J. Sàrl (dossier TPF, p. 3 930 002). Son revenu imposable pour l'année 2014 se monte à CHF 151'925.-- (dossier TPF, p. 3 521 016 ss). Pour 2015, il allègue un revenu annuel de CHF 131'700 (dossier TPF, p. 3 925 011 ss). Au titre de charges, il affirme verser une contribution d'entretien à son fils de CHF 1'000.-- par mois et payer une prime d'assurance-maladie d'environ CHF 285.--. Il dit ne pas payer de loyer (dossier TPF, p. 3 930 003).

La Cour considère en droit:

1. Compétences et droit applicable

1.1

1.1.1 En vertu de l'art. 50 al. 1 LFINMA, 2^e phr., le DFF est l'autorité de poursuite et de jugement pour les infractions à la LFINMA et aux autres lois sur les marchés financiers au sens de l'art. 1 al. 1 LFINMA.

L'art. 50 al. 2 LFINMA prévoit que, pour les infractions à cette loi ou aux lois sur les marchés financiers, le jugement par le tribunal relève de la compétence fédérale et que, dans ce cas, le Département fédéral des finances transmet l'affaire au Ministère public de la Confédération, à l'intention du Tribunal pénal fédéral (v. aussi art. 35 LOAP). Le renvoi pour jugement tient lieu d'accusation (art. 73 al. 2 de la loi fédérale du 22 mars 1974 sur le droit pénal administratif [DPA]; RS 313.0). Le prévenu, le ministère public et l'administration ont qualité de parties (art. 74 al. 1 DPA).

1.1.2 La présente procédure a pour objet des soupçons d'une infraction à la LB, loi qui fait partie des lois sur les marchés financiers visées à l'art. 1 al. 1 LFINMA (let. d). Requête par lettre recommandée du 24 mars 2016 remis à la poste le jour même, la demande de jugement a été présentée en temps utile (art. 72 al. 1 DPA; ég. art. 75 al. 1 DPA; dossier TPF, p. 3 100 003 ss). Le TPF est compétent, et plus particulièrement son juge unique (v. jugement du Tribunal pénal fédéral SK.2014.8 du 24 juillet et 20 août 2014, consid. 1.3).

1.2

1.2.1 La procédure par devant le TPF est régie par les art. 73 à 81 DPA (art. 81 DPA). Sauf disposition contraire de ces articles, les dispositions pertinentes du CPP sont applicables. Le prononcé pénal du 15 mars 2016 lie la Cour quant à l'état de faits reproché, mais pas quant à la mesure de la peine prononcée, ni relativement aux frais (EICKER/FRANK/ACHERMANN, Verwaltungsstrafrecht und Verwaltungsstrafverfahrensrecht, Berne 2012, p. 274, p. 278; KURT HAURI, Verwaltungsstrafverfahren, Berne 1998, p. 155 s.).

1.2.2 Les représentants du MPC et de l'administration ne sont pas tenus de se présenter personnellement (art. 75 al. 4 DPA). En l'occurrence, le représentant du MPC a renoncé à une participation aux débats.

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

2. Infraction reprochée

2.1 Se rend coupable d'infraction à l'art. 46 al. 1 let. a LB celui qui, intentionnellement, accepte indûment des dépôts du public ou des dépôts d'épargne.

2.1.1 En date du 28 janvier 2011, la FINMA a rendu une décision constatant que B. SA acceptait sans autorisation des dépôts du public à titre professionnel et que son activité correspondait à du négoce de devises et à des opérations bancaires. Dans son arrêt B-1489/2011 du 19 septembre 2011, le TAF a confirmé ce point de vue et a rejeté le recours formé contre B. SA contre la décision de la FINMA, et ce en se référant à l'ancien art. 3a de l'ordonnance du 17 mai 1972 sur les banques et les caisses d'épargne (RS 352.02; aOB). En effet, les sommes versées par les clients de B. SA doivent être qualifiées de «dépôt» – soit des dettes inscrites au passif de son bilan (DFF/10 p. 27 ss, consid. 3.2). Aucune des exceptions énumérées de manière exhaustive à l'art. 3a al. 3 aOB n'est réalisée; B. SA déploie une activité de négociant en devises (DFF/10 p. 29 ss, consid. 3.3.1 et 3.3.2). Les fonds déposés doivent par ailleurs être considérés comme des «dépôts du public» (v. art. 3a al. 4 aOB; DFF/10 p. 32, consid. 3.3.3 s.) et B. SA a agi «à titre professionnel» (art. 3a al. 2 aOB; DFF/10 p. 32, consid. 3.4). La société n'a pas recouru contre la décision du TAF. Ainsi existe-t-il une décision administrative définitive constatant que B. SA a accepté des dépôts du public à titre professionnel, sur laquelle il n'y a aucun motif de revenir.

Dans la mesure où B. SA n'était pas assujettie à la LB, ces activités étaient interdites en application de l'art. 1 al. 2 LB. Partant, les activités qu'elle a déployées entre le 1^{er} décembre 2009 et le 26 octobre 2011 étaient illicites.

2.1.2

2.1.2.1 Lorsqu'une infraction est commise – comme en l'espèce – dans la gestion d'une personne morale ou de quelque autre manière dans l'exercice d'une activité pour un tiers, les dispositions pénales sont applicables aux personnes physiques qui ont commis l'acte (art. 6 al. 1 DPA). L'art. 6 al. 2 DPA prévoit une responsabilité concurrente du chef d'entreprise qui omet de prévenir une infraction commise dans la gestion d'une personne morale ou dans l'exercice d'une activité pour un tiers, ou d'en supprimer les effets. Le membre du conseil d'administration est assimilé au «chef d'entreprise» (EICKER/FRANK/ACHERMANN, op. cit., p. 52). L'art. 6 DPA rappelle la primauté de la responsabilité de la personne physique par rapport à celle de la personne morale (FABIO BURGNER, La responsabilité pénale du chef d'entreprise à l'ère de la gouvernance d'entreprise, RPS 4/2015, p. 368 ss, 386).

2.1.2.2 Un crime ou un délit peut aussi être commis par le fait d'un comportement passif contraire à une obligation d'agir (art. 11 al. 1 CP). Reste passif en violation d'une obligation d'agir celui qui n'empêche pas la mise en danger ou la lésion d'un bien juridique protégé par la loi pénale bien qu'il y soit tenu à raison de sa situation juridique (art. 11 al. 2 CP). Une telle obligation d'agir peut résulter de la loi, d'un contrat, d'une communauté de risques librement consentie ou de la création d'un risque (art. 11 al. 2 let. a à d CP). Dans le présent cas, le prononcé pénal qui tient lieu d'accusation (art. 73 al. 2 DPA) reproche à A. sa passivité (dossier DFF/100 p. 10).

2.1.2.3 En l'espèce, l'infraction a été commise au sein de B. SA. A partir du 30 juin 2006, le prévenu en a été l'administrateur unique avec signature individuelle. En cette qualité, A. assumait une responsabilité particulière pour les activités de la société. Il devait les surveiller et s'assurer qu'elle n'exerce pas d'activités illicites. Il avait ainsi une position de garant découlant directement des art. 716a al. 1 ch. 1 et 5 CO. En tant qu'administrateur, il devait exercer la haute direction de la société et établir les instructions nécessaires (ch. 1), ainsi que la haute surveillance sur les personnes chargées de la gestion pour s'assurer notamment qu'elles observent la loi, les statuts, les règlements et les instructions données (ch. 5). Il s'agit d'attributions intransmissibles et inaliénables. Le conseil d'administration doit prendre les mesures pour être en permanence informé des activités de la société, afin qu'il puisse le cas échéant entreprendre les démarches en lien avec son devoir de haute surveillance. En vertu de l'art. 717

al. 1 CO, les membres du conseil d'administration, de même que les tiers qui s'occupent de la gestion, exercent leurs attributions avec toute la diligence nécessaire et veillent fidèlement aux intérêts de la société (v. jugement du Tribunal pénal fédéral SK.2015.23 du 24 septembre 2015, consid. 4.3.3, 4.3.4 et références). Le conseil d'administration représente par ailleurs la société (art. 718 CO).

2.1.2.4 Même s'il n'a pas personnellement conçu le modèle d'affaires de B. SA et n'a pas pris part au processus décisionnel, A. ne peut se décharger de ses responsabilités en faveur d'autres personnes qu'il a qualifiées d'«organes de fait coresponsables aux côtés de l'administrateur» (cf. DFF/90 p. 26). A noter que par rapport aux autorités, notamment à la FINMA, A. représentait la société (v. dossier FINMA 1030743 A, p. 259 et 276). Dans ce contexte, il s'est présenté comme chargé de la mise en œuvre du concept d'affaires de B. SA et promoteur de ses intérêts. Il était par ailleurs responsable de l'application des directives de la FINMA en lien avec la loi sur le blanchiment d'argent (dossier FINMA 1030743 A, p. 59). Vu sa fonction et ses responsabilités, même si d'autres, sans porter le titre d'administrateur – p.ex. les actionnaires de la société – tiraient les ficelles en coulisse et auraient pu être considérés comme des organes de fait, A. devait empêcher la commission d'infractions, ou en supprimer les effets (art. 7 al. 2 DPA).

2.1.2.5 B. SA n'était pas assujettie à la LB. Elle exerçait une activité interdite en application de l'art. 1 al. 2 LB. Elle l'a exercée entre le 1^{er} décembre 2009 et le 26 octobre 2011. Cette activité est imputable à A. en vertu de l'art. 6 al. 1 et 2 DPA.

2.1.2.6 Dès lors que l'auteur physique de l'infraction a pu être identifié, il y a lieu de procéder contre ce dernier. Il n'y a donc pas de place pour une responsabilité concurrente de l'entreprise au sens de l'art. 102 CP (applicable via les art. 2 DPA et 333 CP), ni du reste pour l'art. 7 DPA (arrêt du Tribunal fédéral 6B_256/2007 du 15 octobre 2007, consid. 4) ou encore 49 LFINMA.

2.1.3 Objectivement, l'infraction à l'art. 46 al. 1 let. a LB est réalisée et elle est imputable à A.

2.2

2.2.1 Agit intentionnellement quiconque commet un crime ou un délit avec conscience et volonté. L'auteur agit déjà intentionnellement lorsqu'il tient pour possible la réalisation de l'infraction et l'accepte au cas où elle se produirait (art. 12 al. 2 CP). Subjectivement, la conscience doit porter sur tous les éléments constitutifs

objectifs de l'infraction. Elle est donc délictueuse lorsque le délinquant apprécie de manière exacte et complète les faits qui rendent sa conduite typiquement illégale. La conscience d'agir contrairement au droit n'est pas un élément de l'intention (v. PHILIPPE GRAVEN, L'infraction pénale punissable, 2^e éd., Berne 1995, p. 168). Si elle fait défaut, il convient d'appliquer l'art. 21 CP (DONATSCH, in: Donatsch (édit.)/Flachsmann/Hug/Weder, Schweizerisches Strafgesetzbuch, Kommentar, Zurich 2013, art. 12 CP n° 6; ATF 104 IV 175 consid. 4a; v. aussi ATF 129 IV 238 consid. 3.2.1).

En droit pénal financier administratif, l'état de fait objectif de l'infraction réside dans la transgression de l'interdiction d'exercer une activité sujette à autorisation. La conscience doit porter sur cette interdiction. L'élément de l'absence d'autorisation n'appartient en revanche pas à l'état de fait objectif. Savoir s'il est donné doit être résolu sous l'angle de l'illicéité. La question de savoir si l'auteur est conscient que son activité est prohibée doit, elle, être résolue au stade de la culpabilité, sous l'angle de l'erreur sur l'illicéité au sens de l'art. 21 CP (jugement du Tribunal pénal fédéral SK.2015.60 du 24 mai 2016, consid. 4.9.1). Une éventuelle erreur sur l'illicéité (absence de connaissance de la nécessité d'une autorisation) n'exclut pas l'intention (STRATENWERTH, Schweizerisches Strafrecht Allgemeiner Teil I, 4^e éd., Berne 2011, § 11 n° 54).

- 2.2.2** En l'espèce, à l'audience du 17 novembre 2016, A. a demandé à bénéficier d'une erreur sur les faits (art. 13 CP) – et non plus d'une erreur sur l'illicéité inévitable (v. art. 21 CP) – et à être acquitté. De son point de vue, déterminer si les abonnements et le système de couverture des pertes étaient des dépôts publics, respectivement s'ils étaient des passifs, relève du fait. Une telle erreur constituant une erreur sur les faits (art. 13 CP) exclurait l'intention de l'auteur sur l'élément objectif qu'il appréhende de manière erronée (ATF 129 IV 238 consid. 3.1; ég. arrêts du Tribunal fédéral 6B_182/2016 et 6B_187/2016 du 17 juin 2016, consid. 3.2).
- 2.2.2.1** En l'occurrence, A., par la voix de son avocat, a indiqué que le modèle d'affaires de B. SA était de ne pas recevoir de fonds des clients au sens de la LB mais de percevoir des frais d'abonnement pour un service. Il n'a pas contesté savoir qu'accepter des dépôts du public était interdit sans autorisation. Pour lui toutefois, les abonnements n'étaient pas des dépôts car ils ne constituaient pas des passifs au sens de la loi sur les banques, tandis que la FINMA est arrivée à la conclusion inverse. A. soutient ainsi n'avoir pas voulu violer la loi.
- 2.2.2.2** Selon la jurisprudence du Tribunal fédéral (arrêts 6B_560/2015 et 6B_561/2015 du 17 novembre 2015, consid. 5.2), la question de la qualification juridique

erronée d'un élément constitutif relève de l'erreur sur l'illicéité et non pas de l'erreur de fait. Le prévenu ne peut ainsi rien tirer à son avantage des arrêts du Tribunal fédéral 6B_182/2016 et 187/2016 du 17 juin 2016, où contrairement au cas d'espèce, l'erreur portait sur un élément constitutif objectif normatif de l'infraction.

2.2.2.3 Il en résulte que A. ne peut invoquer en sa faveur une erreur quant à la qualification de l'activité de B. SA au sens de l'art. 13 CP.

2.3 Dans le cadre de la procédure pénale écrite, le prévenu a demandé à bénéficier d'une erreur sur l'illicéité inévitable (v. art. 21 CP) et à être acquitté (dossier DFF/80 p. 29 à 37, not. 32 ss; dossier DFF/90 p. 19 à 36, not. 26 ss).

Selon sa thèse, lui-même et C. auraient reçu pour B. SA l'autorisation temporaire de la part de la FINMA que la société poursuive ses activités jusqu'à droit connu. Ayant la compétence d'ordonner à tout moment l'arrêt des activités de B. SA et ne les ayant pas interdites, la FINMA aurait tacitement accepté qu'elle les poursuive. Sa thèse serait aussi confirmée par le fait que la FINMA n'ait pas déclaré la liquidation de B. SA immédiatement exécutoire en retirant l'effet suspensif à un éventuel recours (décision du 28 janvier 2011, v. let. C.8), ni n'ait requis du TAF qu'il supprime cet effet (v. art. 55 al. 2 PA). Aussi, le prévenu pouvait légitimement penser que l'activité de B. SA n'enfreignait pas le droit. Il était par conséquent dans l'erreur, erreur inévitable du fait de l'attitude de l'administration.

2.3.1 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. Comme sous l'ancien droit, l'auteur doit agir alors qu'il se croyait en droit de le faire (v. ATF 129 IV 238 consid. 3.1 p. 241). Il pense, à tort, que l'acte concret qu'il commet est conforme au droit. Pour admettre une erreur sur l'illicéité, il ne suffit pas que l'auteur pense que son comportement n'est pas punissable (ATF 138 IV 13 consid. 8.2; 104 IV 217 consid. 2 p. 218 s.), ni qu'il ait cru à l'absence d'une sanction (ATF 101 Ib 33 consid. 3b p. 36). Déterminer ce que l'auteur d'une infraction a su, cru ou voulu et, en particulier, l'existence d'une erreur relève de l'établissement des faits (ATF 141 IV 336 consid. 2.4.3; 135 IV 152 consid. 2.3.2 p. 156). Les conséquences pénales d'une erreur sur l'illicéité dépendent de son caractère évitable ou inévitable. L'auteur qui commet une erreur inévitable est non coupable et doit être acquitté (art. 21, 1^{re} phr. CP). Tel est le cas s'il a des raisons suffisantes de se croire en droit d'agir (ATF 128 IV 201 consid. 2). Une raison de se croire en droit d'agir est «suffisante» lorsqu'aucun reproche ne peut être adressé à l'auteur parce que son erreur

provient de circonstances qui auraient pu induire en erreur tout homme consciencieux (ATF 98 IV 293 consid. 4a; v. FF 1999 p. 1814). En revanche, celui dont l'erreur est évitable commet une faute, mais sa culpabilité est diminuée. Il restera punissable, mais verra sa peine obligatoirement atténuée (art. 21, 2^e phr. CP; arrêt du Tribunal fédéral 6B_139/2010 du 24 septembre 2010, consid. 4.1; FF 1999 1814). Savoir si une erreur était évitable ou non est une question de droit (arrêt du Tribunal fédéral 6B_403/2013 du 27 juin 2013, consid. 1.1 et les références citées).

2.3.2 En l'espèce, on peut retenir en faits qu'au terme de l'entrevue du 17 décembre 2009 au cours de laquelle a été présenté le modèle de B. SA, la FINMA n'était pas au clair quant à la question de savoir si la société acceptait ou non des dépôts du public à titre professionnel et sans autorisation. On doit ainsi considérer que le prévenu ne savait pas à quoi s'en tenir, et ce jusqu'à la décision de la FINMA du 28 janvier 2011. A. était donc dans l'erreur jusqu'à cette date. Reste à déterminer si l'erreur était évitable, soit si l'ignorance du prévenu peut lui être imputée.

2.3.2.1 La FINMA (en 2009, sa section «Enforcement établissements non autorisés») a ouvert une procédure en août 2009 concernant B. SA. Ayant constaté que B. SA proposait, par l'intermédiaire de son site internet, des prestations en relation avec le négoce de devises, la FINMA a informé B. SA par courrier du 23 septembre 2009 que son activité s'avérait susceptible d'être soumise à autorisation et l'a invitée à remplir un questionnaire. La société a ainsi été informée, à travers son administrateur A., qu'elle était susceptible d'exercer une activité soumise à autorisation «aux termes de la loi sur les banques, la loi sur les placements collectifs de capitaux et/ou la loi sur les bourses et le commerce des valeurs mobilières». La FINMA ajoutait qu'exercer une telle activité sans autorisation était punissable (v. dossier FINMA 1030743 A, p. 034, 074). A. s'est exécuté pour B. SA le 29 octobre 2009.

A. a fourni à la FINMA les réponses et documents requis et a indiqué, dans son courrier d'accompagnement, qu'«il est prévu que [B. SA] ne recevra pas de fonds de clients». A. s'est présenté dans les locaux de la FINMA le 17 décembre 2009 à 11h00 sur invitation de la FINMA. Il était accompagné de C. (dossier FINMA 1030743 A, p. 108). Les thèmes discutés ressortent de la note d'entretien figurant au dossier (idem, p. 254 s.). Il en ressort que la FINMA n'a pas interdit à B. SA de poursuivre ses activités («les activités de la société ne [doivent] pas être interrompues de manière immédiate»), mais aussi que «le dossier [allait] être discuté à l'interne» et que la FINMA «reviendrait vers [la société] dans tous les

cas, à l'issue des discussions» (ibidem). B. SA n'a pas interrompu ses activités de sa propre initiative après ladite séance.

Par courrier du 14 juin 2010, la FINMA a recontacté A. dans les termes suivants: «Après un examen approfondi du modèle d'affaires de B. SA et des recherches considérables, nous sommes parvenus à la conclusion que les activités de cette société n'étaient pas conformes à la législation actuellement en vigueur» (dossier FINMA 1030743 A, p. 261). A. a été invité à se prononcer sur les faits et sur les mesures à prendre. Il s'est exécuté par courrier du 9 août 2010 (v. *supra* let. C.5 et C.6).

Par correspondance du 7 octobre 2010, la FINMA a adressé une série de questions complémentaires à A. dès lors que «certains aspects techniques [demeuraient] encore obscurs suite à l'enquête préliminaire» (*supra* let. C.7; v. dossier FINMA 1030743 A, p. 278), auxquelles il a répondu le 8 novembre 2010 (idem, p. 282 à 296).

Par décision du 28 janvier 2011, la FINMA a constaté que les activités de B. SA étaient de nature bancaire et prononcé sa dissolution et liquidation (*supra* let. C.8). La décision était sujette à recours. La liquidation ne prenait toutefois pas effet immédiat, et la décision n'était pas immédiatement exécutoire nonobstant recours. B. SA a mis un terme à ses activités suite à l'arrêt du TAF du 17 septembre 2011. Le TAF a considéré que la qualification des fonds de «frais d'abonnements» visait à contourner la législation qui avait été récemment modifiée (v. arrêt B-1489/2011 du 19 septembre 2011, consid. 3.3.2, DFF/10 p. 30).

2.3.2.2 Les activités de B. SA relevaient du négoce de devises, ce que A. savait. A. savait aussi que la société acceptait des fonds des clients désireux de participer à la plateforme de trading. Ayant pris part en première ligne à la procédure de la FINMA, A. ne pouvait ignorer que leur réception était susceptible d'être qualifiée d'acceptation de dépôts provenant du public. Il connaissait la teneur et la portée de l'art. 46 LB, ce qu'il a expliqué en audience. Il savait que l'art. 3a al. 3 let. c aOB avait été modifié le 1^{er} avril 2008 et que les négociants en devises avaient perdu leur statut d'exception et devaient disposer d'une autorisation d'exercer en tant que banque (dossier FINMA 1030743 A, p. 273 à 276; sur cette thématique, v. Commission fédérale des banques, commentaire de la modification de l'article 3a al. 3 de l'Ordonnance sur les banques, novembre 2007). A. connaissait les raisons qui avaient conduit le législateur à modifier les textes légaux (dossier TPF, p. 3 930 004 s.). B. SA a adapté le 13 janvier 2010, son «Individual customer agreement» suite à la rencontre avec les représentants

de la FINMA (i.e. le modèle de contrat qu'elle concluait avec ses clients). Le terme de «deposit» a été biffé à cette occasion (dossier FINMA 1030743 A, p. 275 et 334). A. a reconnu s'être interrogé sur la compatibilité des activités de B. SA avec la législation en vigueur avant que B. SA ne démarre son business (dossier TPF, p. 3 930 004 s.). Il a expliqué s'être documenté, avoir fait sa propre analyse juridique de la situation et avoir demandé l'avis d'un ancien collègue spécialisé en droit fiscal et en droit bancaire (dossier TPF, p. 3 930 005 s.).

A. a déclaré que le modèle d'affaires de B. SA «a[vait] été adopté en conformité avec les objectifs de la révision de manière à ne pas tomber sous le coup de l'obligation d'obtenir une autorisation» (v. DFF/10 p. 30; dossier FINMA 1030743 A, p. 276 en lien avec p. 259, n° 8; dossier TPF, p. 3 930 004).

2.3.3 Sous réserve d'une violation du principe de la confiance, le prévenu ne peut rien tirer à son avantage du fait que la FINMA n'ait pas formellement interdit les activités de B. SA. En vertu de l'art. 31 LFINMA, lorsqu'un assujetti enfreint une loi sur les marchés financiers, l'autorité veille au rétablissement de l'ordre légal en prenant les mesures nécessaires. Si un assujetti exerce son activité sans autorisation, sans reconnaissance, sans agrément ou sans enregistrement, il perd le droit d'exercer son activité. Les autres conséquences sont régies par les lois sur les marchés financiers (art. 37 al. 2 et 3 LFINMA). La FINMA est une autorité administrative au sens de l'art. 1 al. 2 let. e PA, chargée de la surveillance conformément aux lois sur les marchés financiers (v. arrêt du Tribunal administratif fédéral B-1489/2011 du 19 septembre 2011, consid. 2.2). Les parties et autres intervenants à ses procédures ont des droits, telles qu'ils ressortent en particulier de la PA (art. 53 LFINMA). Le droit d'être entendu en fait partie (art. 30 PA). La FINMA est liée dans son action au principe de la proportionnalité (art. 36 al. 3 Cst.). Toute restriction doit être proportionnée au but visé. La FINMA doit choisir, parmi les moyens à sa disposition, la mesure la moins incisive. Elle dispose d'un grand pouvoir d'appréciation dans le choix des mesures (v. p.ex. ATF 135 II 356 consid. 3.1; arrêts du Tribunal administratif fédéral B-3446/2014 du 14 août 2015, consid. 3; B-1489/2011 du 19 septembre 2011, consid. 2.3).

Le tribunal de céans n'a pas à juger de l'opportunité de la procédure suivie par la FINMA. Cette autorité est tenue aux principes gouvernant l'Etat de droit. Le prévenu n'explique pas pourquoi la FINMA aurait dû prendre des mesures immédiatement. Il n'y a pas lieu de douter que s'il y avait eu danger imminent pour les créanciers, les investisseurs ou les marchés financiers, la FINMA aurait pris les mesures provisionnelles appropriées.

2.3.4 Le principe de la bonne foi ancré à l'art. 9 Cst. postule une interdiction des comportements contradictoires et fonde l'administré à se prévaloir de la protection de la confiance créée par des assurances données par l'autorité ou d'autres comportements engendrant des attentes de même ordre (ATF 131 II 627 consid. 6.1 p. 636 s.). L'invocation de la protection de la bonne foi suppose cependant que la personne concernée soit fondée à se prévaloir de la situation de confiance et ait, compte tenu de celle-ci, pris des dispositions en sa défaveur sur lesquelles elle ne peut plus revenir. S'en prévaloir est exclu lorsque des intérêts publics prépondérants s'y opposent (ATF 131 II 627 consid. 6 p. 636 s.; 129 I 161 consid. 4.1 p. 170; 127 I 31 consid. 3c p. 36). En matière pénale, la protection de la bonne foi créée par un comportement passif de l'autorité peut être invoquée tant en relation avec une erreur sur l'illicéité, par l'auteur qui affirme avoir cru de bonne foi, compte tenu de la passivité des autorités, que son comportement était licite, qu'au stade de la fixation de la peine, comme un élément susceptible de faire apparaître sa culpabilité comme moindre (v. arrêt du Tribunal fédéral 6B_917/2014 du 26 novembre 2015, consid. 5.1 et réf.).

En l'occurrence, on ne saurait considérer que la FINMA ait eu un comportement passif. Il y a lieu de considérer les échanges entre la FINMA et B. SA portant sur la question des dépôts, ainsi que le courrier de la FINMA du 23 septembre 2009 informant B. SA qu'exercer une telle activité sans autorisation était punissable. Dès lors qu'elle était informée à chaque étape de l'instruction du point de vue de la FINMA, on ne saurait considérer qu'une quelconque garantie ait été donnée à B. SA. Il n'est donc pas établi que la FINMA ait fait preuve d'une tolérance susceptible d'induire le prévenu en erreur sur la licéité de son comportement.

2.3.5 Le justiciable doit s'efforcer de prendre connaissance de la loi. S'agissant d'un domaine technique ou soumis à autorisation, l'auteur est tenu de se renseigner auprès de l'autorité compétente (arrêt du Tribunal fédéral 6B_1035/2009 du 26 août 2010, consid. 2.2.3). Son ignorance ne lui permet de se disculper que dans des cas exceptionnels (ATF 129 IV 238 consid. 3.1 p. 241). L'erreur sur l'illicéité doit dès lors être admise restrictivement (v. THALMANN, Commentaire romand, Code pénal I, Bâle 2009, n° 9 *ad* art. 21 CP et les arrêts cités). Elle ne peut l'être lorsque l'auteur doutait lui-même ou aurait dû douter de l'illicéité de son comportement ou lorsqu'il savait qu'une réglementation juridique existe, mais qu'il a négligé de s'informer suffisamment à ce sujet (ATF 130 IV 77 consid. 2.4; 121 IV 109 consid. 5b; 104 IV 175 consid. 5; arrêt du Tribunal fédéral 6S.134/2000 du 5 mai 2000, consid. 3b/aa). Elle est de même exclue lorsque l'autorité a expressément attiré l'attention de l'auteur sur la situation juridique (ATF 129 IV 6 consid. 4.1; 120 IV 208 consid. 5b p. 215; arrêt du Tribunal fédéral 6S.134/2000 consid. 3b/aa).

2.3.5.1 En l'occurrence, B. SA, à travers A., a négligé de s'informer suffisamment sur la situation juridique, comme l'aurait fait une personne consciencieuse dans la même situation (NIGGLI/MAEDER, Commentaire bâlois, 3^e éd., Bâle 2013, n° 20 ad art. 21 CP *in fine*). Dans un premier temps, la société a soutenu avoir sollicité un avis de droit sur la question des dépôts à l'étude G. (dossier FINMA 1030743 A, p. 254) et avoir obtenu «divers avis juridiques» avant de lancer la plateforme litigieuse (*idem*, p. 274; dossier TPF, p. 3 930 005 s.). Dans le courrier de l'avocat du prévenu du 15 août 2016, il ne s'agit plus que d'un avis de droit informel non écrit rendu par un ami et ancien collègue avocat du prévenu, spécialisé dans le droit financier et fiscal (dossier TPF, p. 3 521 005 s.). Il va de soi que ce type de conseil ne satisfait nullement aux exigences fixées par la jurisprudence en la matière (v. jugement du Tribunal pénal fédéral SK.2015.25 du 19 novembre 2015, consid. 4.8.3.2 et réf.).

2.3.5.2 Du point de vue de B. SA, les frais d'abonnement mensuel et les paiements en compensation des soldes négatifs n'étaient pas des dépôts, car les premiers n'étaient pas remboursables, et des seconds, B. SA ne pouvait pas exiger le paiement (DFF/10 p. 28). Le fait que B. SA partageait un avis autre que celui de la FINMA ne suffit cependant pas pour admettre une erreur de droit (ATF 129 IV 6 consid. 4.2).

2.3.6

2.3.6.1 L'art. 27 Cst. garantit à toute personne la liberté économique, soit la liberté du commerce et de l'industrie. En tant que liberté individuelle, elle ne protège pas seulement l'individu en tant que tel, mais aussi les relations économiques à but lucratif qu'il entretient avec d'autres agents économiques. Elle lui assure cet espace de liberté dont il a besoin pour pouvoir produire et commercer, à l'abri de toute intervention étatique (A. AUER/G. MALINVERNI/M. HOTTELIER, Droit constitutionnel suisse, vol. II, Les droits fondamentaux, 3^e éd., Berne 2013, n° 906). Une telle liberté implique donc, pour l'individu, des droits, mais également des devoirs. En outre, comme toute liberté fondamentale, cette liberté est susceptible de connaître des limites (art. 36 Cst.). L'une de celles-ci est la réglementation, dans une loi, d'une activité commerciale par l'Etat, en vue de protéger un intérêt public ou un autre droit fondamental. Comme toute restriction, une telle réglementation, dans les mesures qu'elle prévoit, doit être proportionnée au but visé. La LB limite le libre choix d'accepter des dépôts du public, et poursuit un but d'intérêt public. Ces différents buts sont atteints par la mise en œuvre par l'autorité, dans le cadre d'une procédure administrative, de moyens proportionnés, soit de mesures de surveillance ou d'interventions qui n'atteignent pas plus qu'il n'est nécessaire la liberté économique, d'autres intérêts publics et privés ou encore d'autres libertés (v. consid. 2.3.3 *supra*).

2.3.6.2 A., en sa qualité d'administrateur unique de B. SA avait le libre choix, une fois informé de la situation, de poursuivre ou non l'activité de la société. Il avait les moyens de lui faire cesser ses activités. C'est effectivement, en première ligne, au titulaire de la liberté qu'appartient le choix et, en conséquence, qu'incombe la responsabilité d'exercer ou non, de continuer d'exercer ou non. Si la société ne voulait pas tomber sous le coup de la nouvelle législation en vigueur depuis le 1^{er} avril 2008, il lui incombait d'obtenir des éclaircissements sur le point de la cessation de l'activité et sur d'éventuelles sanctions pénales auxquelles son administrateur s'exposait pour l'activité déjà exercée et pour celle future, si elle continuait l'exploitation de l'activité commerciale, ce qu'elle n'a toutefois pas fait. Il convient par ailleurs de constater que B. SA, par son administrateur A., n'a décidé de son propre chef de cesser son activité qu'après le jugement du TAF (le 26 octobre 2011), après presque deux années de procédure. A. ne saurait ainsi se décharger de sa responsabilité individuelle, corollaire de toute liberté, au profit de l'Etat. Il ne pouvait ainsi raisonnablement comprendre de l'attitude de l'autorité qu'elle rendait licite la poursuite de son activité par B. SA. La FINMA n'a ainsi pas induit le prévenu en erreur par son comportement, ni n'a donné un agrément provisoire à la continuation de son activité.

2.3.7 Pour tous ces motifs, il n'est pas possible que A. n'ait pas éprouvé un sentiment d'illicéité quant aux activités de B. SA. Il incombait à la société d'obtenir des réponses de la part de la FINMA avant de commencer à exploiter le site. B. SA a du reste développé son modèle d'affaires entre 2006 et 2009. Elle aurait pu utiliser une partie du temps disponible pour s'adresser à la FINMA et lui demander de prendre position – et de rendre une décision sujette à recours (v. art. 25 PA). Ainsi A. aurait-il pu et dû s'adresser à la FINMA qui l'aurait rendu attentif que l'activité envisagée devait être qualifiée d'acceptation de dépôts du public. En tant qu'avocat ayant une certaine expérience en matière financière, A. ne pouvait pas ne pas avoir compris l'enjeu de la procédure conduite par la FINMA.

Le prévenu n'a rien fait pour éviter l'erreur. Il prétend que les représentants de la FINMA ont tenu les propos suivants à l'issue de la réunion du 17 décembre 2009: «Vous pouvez continuer à travailler» (dossier TPF, p. 3 930 006). Il soutient que sans le feu vert de ces derniers ou sans «avertissement [...] quant à une éventuelle illégalité des activités de B. SA», «il est bien évident que Me A. aurait insisté sur la suspension des activités de ladite société jusqu'à l'entrée en force de la décision de la FINMA» (DFF/80 p. 21; dossier TPF, p. 3 930 006). Cette thèse n'est cependant pas plausible, quels qu'aient été les propos des représentants de la FINMA. Il suffit à cet égard de constater que lorsque, le 28 janvier 2011, la FINMA a rendu sa décision, B. SA n'a nullement cessé ses

activités. Cela démontre plutôt que contrairement à ce qu'il prétend, le prévenu n'accordait que peu de poids au point de vue de la FINMA.

Partant, le tribunal estime que l'erreur dans laquelle se trouvait A. entre le 1^{er} décembre 2009 et jusqu'à la réception de la décision du 28 janvier 2011 était évitable, mais que le prévenu n'a pas fait suffisamment pour l'éviter.

2.3.8 Pour ce qui a trait à la seconde période d'activité litigieuse, soit entre le moment de la réception de la décision du 28 janvier 2011 et la cessation des activités de B. SA (le 26 octobre 2011), A. n'était plus sous l'emprise d'aucune erreur. Dans sa décision du 28 janvier 2011, la FINMA constatait que «B. SA accepte des dépôts du public à titre professionnel sans autorisation [...]» (dossier FINMA 1030743 A, p. 325). Vu le caractère formel de l'écrit du 28 janvier 2011 et vu le rôle joué par la FINMA en Suisse, B. SA, soit pour elle A., n'avait aucune raison sérieuse de penser que l'autorité se trompait dans son appréciation juridique des faits (ATF 121 IV 109 consid. 5). Il devait donc à tout le moins envisager que l'analyse juridique faite par la FINMA fût correcte, quand bien même il ne la partageait pas. En conséquence, il devait également envisager, selon les termes de la lettre, que la poursuite de l'activité de B. SA était susceptible de constituer une infraction.

2.3.9 A. ne souhaitait pas commettre un délit. En prenant le parti, en sa qualité d'administrateur unique et promoteur des intérêts de B. SA, de poursuivre l'activité de B. SA, il a considéré comme sérieusement possible que son comportement soit constitutif d'un délit pénal et s'est borné à accepter cette éventualité pour le cas où elle se présenterait. C'est ainsi par dol éventuel (art. 12 al. 2, 2^e phr. CP) que A. a commis l'infraction à l'art. 46 al. 1 let. a LB.

2.4 Au vu de ce qui précède, A. s'est rendu coupable d'infraction au sens de l'art. 46 al. 1 let. a LB pour toute la période du 1^{er} décembre 2009 au 26 octobre 2011. Entre le 1^{er} décembre 2009 et jusqu'à la réception de la décision du 28 janvier 2011, A. était sous l'empire d'une erreur sur l'illicéité évitable et doit ainsi être mis au bénéfice de l'atténuation prévue à l'art. 21, 2^e phr. CP.

3. Mesure de la peine

3.1 Est puni d'une peine privative de liberté de trois ans au plus ou d'une peine pécuniaire celui qui intentionnellement viole l'interdiction d'accepter des dépôts du public (cf. art. 46 al. 1 let. a LB).

La Cour fixe la peine selon la culpabilité de l'auteur, en prenant en considération ses antécédents, sa situation personnelle et l'effet de la peine sur son avenir (art. 47 al. 1 CP). La peine doit être fixée de sorte qu'il existe un certain rapport entre la faute commise par le prévenu condamné et l'effet que la sanction produira sur lui.

La culpabilité est déterminée par la gravité de la lésion ou de la mise en danger du bien juridique concerné, par le caractère répréhensible de l'acte, par les motivations et les buts de l'auteur et par la mesure dans laquelle celui-ci aurait pu éviter la mise en danger ou la lésion, compte tenu de sa situation personnelle et des circonstances extérieures (art. 47 al. 2 CP). Ainsi, la culpabilité doit-elle s'apprécier objectivement et subjectivement. Objectivement, il s'agit de prendre en considération le mode d'exécution de l'acte répréhensible, l'importance du bien juridiquement protégé par la norme qui a été violée et le résultat de l'activité illicite, soit la gravité de la lésion ou de la mise en danger. Subjectivement, il faut examiner quels étaient les mobiles de l'auteur, ses motivations, quelle était l'intensité de la volonté délictueuse, à quel point l'auteur était ou non libre de choisir entre un comportement licite ou illicite et donc s'il lui aurait été facile ou non d'éviter de passer à l'acte. Plus il lui aurait été facile de respecter la norme enfreinte, plus sa décision de l'avoir transgressée pèse lourdement et, partant, sa faute est grave; et vice-versa (ATF 141 IV 61 consid. 6.1.1; 127 IV 101 consid. 2a; 122 IV 241 consid. 1a et les arrêts cités; H. WIPRÄCHTIGER/S. KELLER, Commentaire bâlois, 3^e éd., Bâle 2013, n^o 117 ad art. 47 CP; STRATENWERTH, Schweizerisches Strafrecht, Allgemeiner Teil II, 2^e éd., Berne 2006, § 6 n^o 13). Relativement à la personne du prévenu, le juge doit prendre en compte ses antécédents, sa réputation, sa situation personnelle (âge, santé, formation, origine socio-économique), sa vulnérabilité à la peine, son intégration sociale, son attitude et ses comportements après les faits qui lui sont reprochés ainsi que pendant la procédure (aveux, collaboration à l'enquête, remords, prise de conscience de sa propre faute; ATF 134 IV 17 consid. 2.1; 129 IV 6 consid. 6.1; arrêt du Tribunal fédéral 6B_759/2011 du 19 avril 2012, consid. 1.1).

L'absence d'antécédent a en principe un effet neutre sur la fixation de la peine et n'a donc pas à être prise en considération dans un sens atténuant (ATF 136 IV 1 consid. 2.6.4; arrêt du Tribunal fédéral 6B_246/2012 du 10 juillet 2012, consid. 2.6).

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

dont on ne peut s'écarter qu'en présence d'un pronostic défavorable; il prime en cas d'incertitude (ATF 135 IV 180 consid. 2.1; 134 IV 1 consid. 4.2.2; arrêt du Tribunal fédéral 6B_713/2007 du 4 mars 2008, consid. 2.1, publié dans SJ 2008 I p. 277 ss; 6B_435/2007 du 12 février 2008, consid. 3.2).

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

Ce qui est dû en vertu de la loi ou ce dont l'auteur ne jouit pas économiquement doit en être soustrait. Il en va ainsi des impôts courants, des cotisations à l'assurance-maladie et accidents obligatoire, ou encore des frais nécessaires d'acquisition du revenu, respectivement pour les indépendants, des frais justifiés par l'usage de la branche. Le principe du revenu net exige que seul le disponible excédant les frais d'acquisition du revenu soit pris en considération, dans les limites de l'abus de droit. L'évaluation du revenu net peut, dans la règle, être effectuée sur la base des données de la déclaration d'impôt (v. art. 34 al. 3 CP). La notion pénale de revenu au sens de l'art. 34 al. 2 CP ne se confond cependant pas avec celle du droit fiscal. Si les revenus fluctuent fortement, il est nécessaire de se référer à une moyenne représentative des dernières années, sans que cela remette en cause le principe selon lequel la situation déterminante est celle existant au moment où statue le juge du fait (art. 34 al. 2, 2^e phr. CP). Cette règle ne signifie en effet rien d'autre que le tribunal doit établir de manière aussi exacte et actuelle que possible la capacité économique de l'intéressé, en tenant compte si possible de la période durant laquelle la peine pécuniaire devra être payée. Il s'ensuit que les augmentations ou les diminutions attendues du revenu doivent être prises en considération. Elles ne doivent toutefois l'être que si elles sont concrètes et imminentes (ATF 134 IV 60 consid. 6.1).

La loi mentionne encore la fortune comme critère d'évaluation. Il s'agit de la substance même du patrimoine, les fruits de ce dernier constituant déjà des revenus. La mesure dans laquelle l'étendue de la fortune influence la fixation du jour-amende résulte du sens et du but de la peine pécuniaire. Celui qui subvient à ses besoins par ses revenus courants, doit s'acquitter de la peine pécuniaire au moyen de ces derniers et se laisser ainsi restreindre dans son train de vie habituel, qu'il s'agisse de revenus du travail, de la fortune ou de rentes. Qu'il y ait ou non de la fortune ne justifie de la sorte respectivement ni augmentation ni diminution de la quotité du jour-amende. La peine pécuniaire tend en effet avant tout à toucher l'auteur dans ses revenus et non dans les sources de ces derniers. La peine pécuniaire ne peut tendre à la confiscation totale ou partielle de la fortune. Cette dernière ne doit donc être prise en compte qu'à titre subsidiaire pour fixer la quotité du jour-amende, lorsque la situation patrimoniale, particulière, contraste avec un revenu comparativement faible. En d'autres termes, elle demeure significative lorsque l'auteur vit de toute façon de la substance même de sa fortune. Cette dernière constitue un élément pertinent dans la mesure où l'auteur en tire sa subsistance quotidienne (ATF 134 IV 60 consid. 6.2).

- 3.2** A. doit être condamné pour acceptation indue de dépôts du public (art. 46 al. 1 let. a LB) à une peine privative de liberté de trois ans au plus ou à une peine pécuniaire.
- 3.2.1** B. SA a été active pendant un an, dix mois et 26 jours (v. consid. 2.1.1). Le revenu net provenant de l'activité illégale de la société est par contre insignifiant. Fin 2010, la société comptait 60 clients dont le total des transactions virtuelles se montait à plus de 24 millions de dollars (dossier FINMA 1030743 A, p. 293). Le tribunal n'a pas connaissance que l'un d'entre eux ait eu à subir de pertes.
- 3.2.2** A. a déclaré que si la société avait eu les moyens d'une procédure au Tribunal fédéral, elle aurait poursuivi les activités de B. SA au cours de celle-ci. La volonté du prévenu de ne pas tenir compte des prescriptions légales était ainsi non négligeable. Le prévenu n'a lui-même retiré aucun bénéfice direct de l'activité de B. SA (DFF/80 p. 39 ss). Il a au contraire fourni des prestations sans être rémunéré. Ce n'est pas A. qui a conçu le business model de B. SA. Ce dernier s'est mis à disposition, en particulier pour les questions juridiques. La faute de A. est ainsi peu grave. La situation personnelle du prévenu a été décrite ci-dessus (v. *supra* let. D.1 à D.4). A. est d'origine russe. Il est divorcé et a un enfant, à qui il verse une pension mensuelle de CHF 1'000.--. Il n'a aucun antécédent pénal. Il est au bénéfice d'une formation universitaire et d'environ 16 ans d'expérience professionnelle dans le domaine juridique. Il est a priori bien intégré socialement. La Cour n'a pas connaissance de difficulté particulière dans le

parcours de vie du prévenu. Il a pleinement collaboré avec l'autorité de surveillance pour clarifier la situation de B. SA. Il convient de tenir compte du fait qu'en tant qu'avocat, il pourrait à l'avenir pâtir d'une condamnation pénale.

- 3.2.3** Compte tenu de ce qui précède, une peine de base de 90 jours se justifie.
- 3.3** Près de cinq années se sont écoulées entre la fin des activités de B. SA et le présent jugement, ce qui justifie une réduction de peine de dix jours (art. 48 let. e CP). Les premiers actes se prescrivent du reste à partir du 1^{er} décembre 2016 (cf. art. 97 al. 1 let. c aCP via art. 2 CP). Qui plus est, du 1^{er} décembre 2009 jusqu'à la décision de la FINMA du 28 janvier 2011, A. était comme on l'a vu dans l'erreur. Cette erreur était toutefois évitable (v. consid. 2.3.2 ss). Elle doit conduire à une atténuation obligatoire de la peine en vertu de l'art. 21 CP, fixée à 30 jours, ce qui porte ainsi la quotité de la peine à 50 jours.
- 3.4** Une peine pécuniaire entre en ligne de compte, à l'exclusion d'une peine privative de liberté.
- 3.5** En ce qui concerne le montant du jour-amende, il sera tenu compte de la moyenne des revenus pour les deux dernières années, lesquels se sont stabilisés depuis qu'il s'est installé comme avocat indépendant. Le revenu annuel du prévenu pour 2014 et 2015 s'élève respectivement à CHF 151'925.-- et CHF 131'700.-- (dossier TPF, p. 3 521 016 ss; 3 925 010 ss). Le revenu moyen pour les années 2014 et 2015 est de CHF 141'812.50.--. Cette somme tient compte des frais annuels d'assurance-maladie du prévenu et de la contribution d'entretien annuelle versée à son fils (dossier TPF, p. 3 521 022; 3 925 011 s.). CHF 31'997.-- doivent être soustraits pour la moyenne d'impôts (2014: CHF 34'278.60; 2015 [estimation]: 29'715.30). Ainsi, le montant du jour-amende est de CHF 305.-- ($(141'812.50 - 31'997) \div 12 = 9'151; 9'151 \div 30$).
- 3.6** Vu les circonstances de l'infraction, l'absence d'antécédents pénaux du prévenu et sa situation personnelle, la Cour considère qu'il n'y a pas lieu de poser un pronostic défavorable quant aux chances d'amendement du prévenu, de sorte que les conditions de l'art. 42 al. 1 CP sont réalisées. Le délai d'épreuve est fixé à deux ans (art. 44 al. 1 CP).

4. Frais

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

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

- 4.2** A teneur du prononcé pénal du 15 mars 2016, les frais de la procédure pénale administrative, fixés en application des art. 94 DPA ainsi que 7 al. 2 let. c et 12 al. 1 let. a de l'ordonnance du 25 novembre 1974 sur les frais et indemnités en procédure pénale administrative (RS 313.32), s'élèvent à CHF 3'190.-- soit CHF 3'000.-- d'émolument d'arrêté et CHF 190.-- d'émolument d'écriture. Il n'y a pas lieu de revenir sur ce montant, qui apparaît à la Cour raisonnable et proportionné au travail accompli par l'autorité, selon l'ordonnance précitée, et respecte en outre les maxima fixés par l'art. 6 al. 4 RFPPF, pour les émoluments dans la procédure préliminaire.

Le total des frais du DFF s'élève à CHF 3'190.--, auxquels s'ajoutent CHF 500.-- pour le soutien de l'accusation par devant la Cour de céans (cf. jugement du Tribunal pénal fédéral SK.2015.23 du 24 septembre 2015, consid. 6.2.1).

- 4.3** En ce qui concerne la procédure de première instance, la Cour arrête à CHF 2'000.-- l'émolument dû pour la procédure par devant elle. Ce montant

comprend les débours et tient compte du report des débats non imputable aux parties.

- 4.4** Partant, les frais de procédure par CHF 5'690.-- sont mis à la charge de A., en tant qu'il est entièrement condamné.

Par ces motifs, la Cour prononce:

1. A. est reconnu coupable d'infraction à l'art. 46 al. 1 let. a LB du 1^{er} décembre 2009 au 26 octobre 2011, en relation avec l'art. 21, 2^e phr. CP entre le 1^{er} décembre 2009 et le 28 janvier 2011.
2. Il est condamné à une peine pécuniaire de 50 jours-amende à CHF 305.--, avec sursis pendant un délai d'épreuve de deux ans.
3. Les frais de procédure de CHF 5'690.-- sont mis à sa charge.

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

La juge unique

La greffière

Une expédition complète de la décision écrite sera adressée à

- Ministère public de la Confédération, Monsieur Marco Abbühl, Juriste du Service juridique
- Département fédéral des finances, Monsieur Fritz Ammann, Chef du Service de droit pénal
- Maître Raphaël Dessemontet

Après son entrée en force, la décision sera communiquée au Ministère public de la Confédération, à l'attention du Département fédéral des finances en tant qu'autorité d'exécution (art. 90 DPA).

Indication des voies de recours

Le recours contre les décisions finales de la Cour pénale du Tribunal pénal fédéral doit être déposé devant le Tribunal fédéral, 1000 Lausanne 14, **dans les 30 jours** qui suivent la notification de l'expédition complète (art. 78, art. 80 al. 1, art 90 et art. 100 al. 1 LTF).

Le recours peut être formé pour violation du droit fédéral et du droit international (art. 95 LTF). Le recours ne peut critiquer les constatations de fait que si les faits ont été établis de façon manifestement inexacte ou en violation du droit au sens de l'art. 95 LTF, et si la correction du vice est susceptible d'influer sur le sort de la cause (art. 97 al. 1 LTF).