

Bundesgericht
Tribunal fédéral
Tribunale federale
Tribunal federal

6B 1233/2016

Arrêt du 29 août 2017

Cour de droit pénal

Composition

MM. et Mme les Juges fédéraux Denys, Président,
Jacquemoud-Rossari et Oberholzer.
Greffier : M. Vallat.

Participants à la procédure

X. _____,
représenté par Me Christian Lüscher, avocat,
recourant,

contre

1. Ministère public de la Confédération,
2. Département fédéral des finances,
intimés.

Objet

Infraction à la loi sur l'Autorité fédérale de surveillance des marchés financiers (art. 44 LFINMA),

recours contre le jugement du Tribunal pénal fédéral, Cour des affaires pénales, du 29 septembre 2016.

Faits :

A.

Par jugement du 24 juillet 2014, la Cour des affaires pénales du Tribunal pénal fédéral (TPF) a reconnu X. _____ coupable d'infraction à l'art. 44 de la loi fédérale sur la surveillance des marchés financiers (LFINMA; RS 956.1), du 21 septembre 2007 au 29 avril 2009, au bénéfice d'une erreur sur l'illicéité évitable depuis le 21 septembre 2007 et jusqu'à réception de la lettre de l'Office fédéral des assurances privées (OFAP) du 15 octobre 2007. Il l'a condamné à une peine pécuniaire de 70 jours-amende à 390 fr. le jour, avec sursis pendant 2 ans, ainsi qu'à 3900 fr. d'amende, frais de procédure (5349 fr. 10) à charge du condamné.

Saisi d'un recours par le condamné, par arrêt du 26 novembre 2015 (dossier 6B 917/2014), le Tribunal fédéral a partiellement admis le recours et a annulé le jugement entrepris en tant qu'il condamnait le recourant à une peine pécuniaire de 70 jours-amende. Le recours a été rejeté pour le surplus dans la mesure de sa recevabilité. On renvoie à cet arrêt en ce qui concerne l'état de fait déterminant (v. infra consid. 1 et consid. 1.1).

B.

Par jugement du 29 septembre 2016, la Cour des affaires pénales du Tribunal fédéral, faisant suite à l'arrêt 6B 917/2014 précité, a modifié le dispositif de son jugement du 24 juillet 2014 en ce sens qu'une peine pécuniaire de 20 jours-amende à 390 fr. le jour a été prononcée avec sursis pendant 2 ans.

C.

X. _____ forme un recours en matière pénale au Tribunal fédéral contre ce jugement. Il conclut avec suite de dépens de première et de deuxième instances, principalement à son acquittement et à titre subsidiaire, à une exemption de toute peine, la cause étant renvoyée à l'autorité précédente en ce qui concerne les frais et indemnités de la procédure antérieure.

Considérant en droit :

1.

L'autorité de l'arrêt de renvoi, que prévoyaient expressément l'art. 66 al. 1 aOJ et l'art. 277ter al. 2 aPPF, est un principe juridique qui demeure applicable sous la LTF (ATF 135 III 334 consid. 2.1 p. 335; cf. message du 28 février 2001 concernant la révision totale de l'organisation judiciaire fédérale, in FF 2001 p. 4143). L'autorité à laquelle la cause est renvoyée par le Tribunal fédéral est tenue de fonder sa nouvelle décision sur les considérants de droit de l'arrêt du Tribunal fédéral. Elle est ainsi liée par ce qui a déjà été définitivement tranché par le Tribunal fédéral et par les constatations de fait qui n'ont pas été attaquées devant lui ou l'ont été sans succès (ATF 131 III 91 consid. 5.2 p. 94; 104 IV 276 consid. 3d p. 277/278; cf. aussi arrêt 6B 440/2013 du 27 août 2013 consid. 1.1). La motivation de l'arrêt de renvoi fixe ainsi tant le cadre du nouvel état de fait que celui de la nouvelle motivation juridique (ATF 135 III 334 consid. 2 p. 335).

1.1. Le recourant ne conteste pas que l'état de fait déterminant a été arrêté définitivement au stade de l'arrêt de renvoi.

1.2. Au plan juridique, le recourant soutient que l'arrêt du 26 novembre 2015 aurait emporté l'annulation du verdict de culpabilité lui-même et non seulement de la peine prononcée. Il relève que cet arrêt utilise les termes " influencer la culpabilité ", " échapper à toute sanction pénale ", " faire apparaître moins lourde sa culpabilité " et " se prononce à nouveau sur la culpabilité " aux considérants 5.3 et 5.4.

1.3. Le chiffre 1 du dispositif de l'arrêt du 26 novembre 2015 indique: " Le recours est admis partiellement. Le jugement entrepris est annulé en tant qu'il condamne le recourant à une peine pécuniaire de 70 jours-amende. Le recours est rejeté pour le surplus dans la mesure où il est recevable ". Il ressort sans aucune ambiguïté de cette formulation que seul le prononcé de la peine a été annulé.

Le considérant 5.3 de cet arrêt est consacré à la problématique de l'influence du comportement de l'administration sur celui de l'administré dans la perspective du principe de la protection de la bonne foi et aux conséquences à en tirer. La cour de céans a exposé que le choix de l'administration de poursuivre ou non, respectivement dénoncer pénalement ou non, un comportement illicite, pouvait influencer l'auteur dans sa décision de poursuivre son activité nonobstant son caractère illicite connu. En tant que le comportement de l'administration pouvait influencer sur la détermination de l'administré à poursuivre une activité illicite en lui faisant présumer qu'il pourrait, cas échéant, échapper à des conséquences pénales, de telles circonstances pouvaient influencer la culpabilité et devaient être prises en considération au stade de la fixation de la peine. On comprend sans difficulté que ces questions relèvent de la seule fixation de la peine, dont la quotité est déterminée par la culpabilité (art. 47 al. 1 CP).

Le consid. 5.4 porte sur l'examen de ces questions dans le cas d'espèce. Le Tribunal fédéral a jugé que l'autorité précédente avait omis d'apprécier la mesure dans laquelle le recourant pouvait avoir pu espérer échapper à toute sanction pénale en raison du comportement de l'OFAP, cet élément étant susceptible de faire apparaître moins lourde sa culpabilité. Il en a conclu que le jugement entrepris devait être annulé " quant à la peine fixée " et la cause renvoyée afin que le TPF se prononce à nouveau sur la culpabilité du recourant compte tenu de ces éléments. Il résulte sans aucune ambiguïté de cette motivation qu'il s'agissait d'apprécier à nouveau l'importance de la culpabilité du recourant dans la perspective de la quotité de la sanction à prononcer compte tenu, de surcroît, de divers éléments énumérés à la fin du considérant 5.4. Ce grief est infondé.

1.4. Le recourant reproche aussi au TPF d'avoir méconnu la portée de l'arrêt de renvoi dans la mesure où celui-ci relevait que " le fait qu'au mois d'octobre et novembre 2008 encore [l'OFAP] se bornait à menacer A._____ de rendre une décision d'assujettissement et de lui interdire la poursuite de ses affaires pouvait, de bonne foi, être compris par A._____, respectivement le recourant, comme un signe qu'une régularisation de la situation de A._____ pourrait, cas échéant, intervenir sans suites pénales ".

Le jugement entrepris met le recourant au bénéfice d'une exemption de peine à compter du 28 août 2008 au motif que dès ce moment-là, les sûretés fournies rendaient peu importantes les conséquences des actes du recourant dont la culpabilité apparaissait elle-même peu importante à partir du 2 avril 2008. Le TPF a mentionné, dans ce contexte, le comportement de l'office fédéral aux

mois d'octobre et novembre 2008 comme l'un des signes susceptibles d'être compris par le recourant comme suggérant qu'une régularisation de la situation de A. _____ pourrait, cas échéant, intervenir sans suites pénales (jugement entrepris, consid. 2.2.3.2.e p. 18). Il s'ensuit que le TPF n'a pas ignoré les circonstances invoquées par le recourant et qu'il n'a pas méconnu la portée de l'arrêt de renvoi. Le grief est infondé.

1.5. Le recourant reproche enfin au TPF d'avoir méconnu la portée de l'arrêt de renvoi en omettant de procéder à une comparaison des conditions de A. _____ avec celles de B. _____.

Le TPF a déduit des pièces produites par le recourant sur ce point que le dossier ne laissait pas apparaître que, par son comportement, le prévenu aurait mis en danger d'autres biens juridiquement protégés par la Loi sur la surveillance des assurances [LSA], notamment la saine concurrence entre les acteurs du marché et la garantie contre les abus tarifaires (jugement entrepris consid. 2.2.2 p. 15). Le TPF s'est, sur ce point, écarté de son jugement du 24 juillet 2014, dans lequel il avait retenu que si la fourniture de sûretés avait notablement diminué la mise en danger des biens juridiquement protégés, le risque d'atteintes à la saine concurrence et à la garantie contre les abus tarifaire demeurait (v. arrêt 6B 917/2014 du 26 novembre 2015 consid. 5.4; Jugement du 24 juillet 2014 consid. 3.2 in fine). Cette nouvelle appréciation a conduit l'autorité précédente à retenir que, une fois les sûretés fournies, les conditions d'une exemption de peine étaient réalisées. Le grief est infondé.

1.6. Il résulte de ce qui précède que le TPF n'a pas méconnu la portée de l'arrêt de renvoi. Cela rend sans objet tous les développements du recourant tendant à remettre en question le principe de sa condamnation. Au demeurant, ces développements tendent, en grande partie, à démontrer qu'en raison du comportement des autorités et, en particulier, des relations positives entretenues par A. _____ avec l'OFAP, le recourant ne pouvait s'attendre à ce que ces échanges constructifs aboutissent ultérieurement à une condamnation pénale (mémoire de recours, p. 25 ss). Il invoque, de la sorte, implicitement avoir pu croire son comportement licite, soit une erreur sur l'illicéité (art. 21 CP). Or, le Tribunal fédéral a expressément tranché cette question par la négative dans l'arrêt de renvoi (arrêt 6B 917/2014 du 26 novembre 2015 consid. 5.3), ce qui exclut d'en répéter l'examen. Le recours est irrecevable dans cette mesure.

2.

Le recourant se plaint du refus du TPF d'organiser de nouveaux débats ensuite du renvoi par le Tribunal fédéral. Autant qu'on le comprenne, le recourant soutient que de tels débats oraux auraient dû être tenus dans la mesure où l'arrêt de renvoi aurait imposé un nouvel examen non seulement de la peine mais également du principe de la culpabilité. Il suffit, dès lors, de renvoyer, à ce qui vient d'être exposé quant à la portée de l'arrêt de renvoi.

3.

Le recourant reproche à l'autorité précédente d'avoir mal appliqué l'art. 52 CP en ne l'exemptant pas de toute peine.

3.1. Cette norme prévoit que l'autorité compétente renonce à poursuivre l'auteur, à le renvoyer devant le juge ou à lui infliger une peine si sa culpabilité et les conséquences de son acte sont peu importantes. L'importance de la culpabilité et celle du résultat dans le cas particulier doivent être évaluées par comparaison avec celle de la culpabilité et celle du résultat dans les cas typiques de faits punissables revêtant la même qualification; en effet, il ne s'agit pas d'annuler, par une disposition générale, toutes les peines mineures prévues par la loi pénale (ATF 135 IV 130 consid. 5.3.3 p. 135 s.). La culpabilité de l'auteur se détermine selon les règles générales de l'art. 47 CP (ATF 135 IV 130 consid. 5.2.1 p. 133 s.), mais aussi selon d'autres critères, comme le principe de célérité ou d'autres motifs d'atténuation de la peine indépendants de la faute (tels que l'écoulement du temps depuis la commission de l'infraction; ATF 135 IV 130 consid. 5.4 p. 137).

3.2. Selon le recourant le TPF se serait contredit dans ses considérants, en retenant que depuis le 2 avril 2008, sa culpabilité devait être qualifiée de peu importante au sens de l'art. 52 CP (jugement entrepris, consid. 2.2.3.2) et, simultanément, que les conséquences de son activité illicite ne pouvaient être qualifiées de peu importantes avant le 25 août 2008 (jugement entrepris, consid. 2.2.4; mémoire de recours, p. 22).

Si, au regard de l'art. 47 al. 2 CP, la culpabilité est notamment déterminée par la gravité de la lésion ou de la mise en danger du bien juridique concerné, soit par la gravité objective du comportement, l'art. 52 CP impose d'apprécier séparément cet aspect et les autres éléments déterminant la

culpabilité (v. FRANZ RIKLIN, BSK Strafrecht I, 3e éd. 2013, no 15 ad art. 52 CP). Il n'y a donc pas de contradiction intrinsèque à retenir, d'une part, que la culpabilité doit être qualifiée de peu importante au sens de l'art. 52 CP et, de l'autre, que les conséquences de l'activité illicite ne le sont pas. En l'espèce, le TPF a jugé qu'en raison du comportement de l'OFAP la culpabilité apparaissait moins lourde dans une faible mesure dès février 2008, puis dans une forte mesure dès avril 2008. Toutefois, durant cette même période et jusqu'au 25 août 2008, les conséquences de l'activité illicite ne pouvaient être qualifiées de peu importantes au sens de l'art. 52 CP en raison de la durée de l'activité et du nombre de relations contractuelles créées. On comprend ainsi que le TPF a exclu d'appliquer l'art. 52 CP durant cette période, mais a accepté de le faire pour la période postérieure à la fourniture des sûretés (soit dès le 28 août 2008). Le grief est infondé.

3.3. En reprenant le déroulement des faits, le recourant souligne que l'OFAP n'a pas dénoncé A. _____ aux autorités pénales cantonales nonobstant le courrier du 15 octobre 2007 constatant que la société ne disposait pas de l'agrément nécessaire pour des activités d'assurance. Il relève aussi la réponse donnée par A. _____ à ce courrier le 30 janvier 2008, la réponse de l'OFAP du 1er avril 2008, la réunion intervenue entre A. _____ et le DFF le 6 mai 2008, les propositions formulées par A. _____ le 4 juin 2008, la réponse de l'OFAP du 6 juin 2008, la proposition de fournir des sûretés émise à fin juin 2008, l'accord de l'OFAP du 14 juillet 2008 quant à ces sûretés mentionnant que leur montant excédait nettement les sinistres prévus. Le recourant en déduit que l'approbation de ces sûretés aurait validé l'activité commerciale déjà déployée.

Le TPF n'a toutefois méconnu aucun de ces éléments (jugement entrepris, consid. B.6 p. 6 et consid. d et e p. 17 s.). Par ailleurs, on ne voit pas, en particulier, que la fourniture de ces sûretés ait pu " valider " a posteriori le comportement du recourant. Il suffit de relever, à cet égard, que du point de vue du droit de la surveillance, faute d'agrément, l'activité d'assurance demeurait illicite, la LSA ne prévoyant pas la possibilité de substituer à l'obligation d'obtenir l'agrément (de manière directe ou par l'intermédiaire d'un assureur en bénéficiant déjà) d'autres mesures telles que la fourniture de sûretés en garantie des droits des assurés. Dans la perspective pénale, la fourniture de ces garanties n'a donc eu aucun effet " rétroactif " ni sur l'illicéité des actes au moment où ils ont été commis (conclusion des contrats avec les locataires) ni sur l'existence d'une mise en danger des intérêts des cocontractants au même moment et moins encore sur les aspects subjectifs relatifs à l'intention du recourant durant cette même période, et, en particulier, avant le 2 avril 2008. La fourniture de ces garanties a, en revanche, supprimé la mise en danger des biens juridiquement protégés par l'art. 44 LFINMA à compter de la date

de la prestation de sûretés, circonstance dont le TPF a dûment tenu compte dans l'application de l'art. 52 CP. Le grief est infondé.

3.4. Pour le surplus, en tant que le recourant se prévaut du comportement de l'OFAP, puis de la FINMA postérieurement au 28 août 2008, il suffit de relever que le jugement entrepris a mis le recourant au bénéfice d'une exemption de peine pour toute cette période, de sorte que le recourant ne peut rien en déduire de plus en sa faveur dans le cadre du présent recours.

4.

Le recourant succombe. Il supporte les frais de la procédure (art. 65 al. 2 et 66 al. 1 LTF).

Par ces motifs, le Tribunal fédéral prononce :

1.

Le recours est rejeté dans la mesure où il est recevable.

2.

Les frais judiciaires, arrêtés à 3000 fr., sont mis à la charge du recourant.

3.

Le présent arrêt est communiqué aux parties et au Tribunal pénal fédéral, Cour des affaires pénales.

Lausanne, le 29 août 2017

Au nom de la Cour de droit pénal
du Tribunal fédéral suisse

Le Président : Denys

Le Greffier : Vallat