[AZA 0/2]

1A.325/2000

Ie COUR DE DROIT PUBLIC
****

5 mars 2001

Composition de la Cour: MM. les Juges Aemisegger, Président,
Vice-président du Tribunal fédéral, Féraud et Favre.
Greffier: M. Kurz.

_____

Statuant sur le recours de droit administratif
formé par
l'Office fédéral de la justice, à Berne,

contre
l'ordonnance rendue le 8 novembre 2000 par la Chambre d'accusation du canton de Genève dans la cause qui oppose l'office recourant à X._____ et Y._____, représentés par Me Bruno de Preux, avocat à Genève;

(entraide judiciaire à la France)
Vu les pièces du dossier d'où ressortent
les faits suivants:

A.- Le 8 décembre 1997, le Ministre de la Justice de la République française a adressé à l'Office fédéral de la police (ci-après: OFP) une demande d'entraide judiciaire présentée pour les besoins d'une enquête pour délits d'initiés conduite par un Juge d'instruction près le Tribunal de Grande Instance de Paris contre Y._____, X._____, Z._____ et autres. L'enquête se rapporte à la vente de gré à gré, à trois banques suisses, de titres du groupe X._____, entre le 31 juillet et le 11 septembre 1992, à un prix supérieur au cours, juste avant l'annonce, le 21 septembre 1992, des résultats semestriels du groupe, en fort retrait par rapport à l'exercice précédent. Immédiatement après cette annonce, le cours de l'action a chuté de 7,48%. Il a ensuite régulièrement baissé et se serait stabilisé peu avant l'annonce, en janvier 1993, de l'absorption du groupe X._____ par A._____. Les ventes avaient été effectuées sur instructions de Y._____ (dirigeant effectif du groupe) et réalisées par Z._____, ces deux personnes disposant dès la fin du mois de juillet 1992 d'informations inconnues du public concernant la dégradation des résultats du groupe X._____.
Le produit de la vente aurait servi à résorber des découverts importants dans les comptes de Y._____ et de X._____.
Après un premier non-lieu, un supplément d'information avait été requis afin de déterminer les destinataires des actions et les conditions de leur cession. Des actes d'enquête étaient requis auprès des trois banques suisses concernées.

B.- Le canton de Genève a été désigné comme canton directeur le 15 décembre 1997. Après être entré en matière le 6 janvier 1998, et avoir obtenu des banques la documentation requise, le Juge d'instruction genevois a, le 12 mai 1999, retourné la demande à l'OFP en considérant, sur le vu des explications fournies par Y._____ et X._____, que la condition de la double incrimination n'était pas remplie, à défaut notamment d'exploitation de faits confidentiels et d'enrichissement.
Par décision de clôture du 26 juillet 1999, il a rejeté la demande d'entraide, pour les mêmes motifs.

Par ordonnance du 13 octobre 1999, la Chambre d'accusation du canton de Genève a admis un recours formé par l'OFP contre cette dernière décision, et a renvoyé la cause pour nouvelle décision au juge d'instruction,

au motif que celui-ci n'avait pas à revoir l'état de fait - clair et dépourvu de contradictions - joint à la demande.

Par arrêt du 24 janvier 2000, le Tribunal fédéral a déclaré irrecevables les recours formés contre cette ordonnance, compte tenu de son caractère incident.

C.- Par ordonnance du 26 juillet 2000, le juge d'instruction a derechef rejeté la demande d'entraide. Les investigations menées en Suisse avaient permis de découvrir que le produit de la vente des actions avait été acheminé auprès d'une banque de Paris, afin de couvrir l'endettement de X._____ et Y._____. Les inculpés s'étaient vendu les titres à eux-mêmes, de sorte qu'il n'y avait ni exploitation de faits confidentiels, ni enrichissement illégitime.

D.- Sur recours de l'Office fédéral de la justice (devenu entre-temps compétent en la matière), la Chambre d'accusation a confirmé cette décision par ordonnance du 8 novembre 2000. Selon la jurisprudence, des pertes ou une diminution sensible des bénéfices, telles qu'exposées dans la demande d'entraide, ne constituaient pas des faits confidentiels au sens de l'art. 161 ch. 1 et 3 CP. C'est au Tribunal fédéral qu'il appartiendrait le cas échéant de modifier cette jurisprudence, comme le souhaitait l'OFJ.
E.- L'OFJ forme un recours de droit administratif contre cette dernière ordonnance, dont il requiert l'annulation. Il est d'avis que la jurisprudence devrait se montrer plus large dans l'interprétation de la notion de "faits analogues d'importance comparable" figurant à l'art. 161 ch. 3 CP.

X._____, Y._____ et les trois sociétés touchées par les mesures d'entraide concluent au rejet du recours.

Considérant en droit :

1.- Le recours est formé en temps utile contre une ordonnance de refus de l'entraide judiciaire confirmée par l'autorité de dernière instance cantonale (art. 80f al. 1 EIMP). La qualité pour recourir de l'OFJ résulte de l'art. 80h let. a EIMP.

2.- Selon l'art. 161 ch. 1 CP, est punissable de l'emprisonnement ou de l'amende celui qui, notamment en qualité de membre du conseil d'administration ou de la direction d'une société anonyme, aura obtenu pour lui-même ou pour un tiers un avantage pécuniaire en exploitant la connaissance qu'il a d'un fait confidentiel dont il est prévisible que la divulgation exerce une influence notable sur le cours de l'action négociée en bourse ou avant bourse. Selon le ch. 3 de cette disposition, sont considérés comme faits, au sens du ch. 1, "l'émission imminente de nouveaux droits de participation, un regroupement d'entreprises ou tout fait analogue d'importance comparable".

a) La cour cantonale s'est fondée sur la jurisprudence du Tribunal fédéral, qui exclut du cercle des informations confidentielles non seulement les informations de peu d'importance, mais aussi celles qui ne présentent pas une analogie directe avec les deux exemples mentionnés à l'art. 161 ch. 3 CP. Des pertes subies par une entreprise ou une diminution de son bénéfice ne constituent pas de tels faits (ATF 118 Ib 547). En l'espèce, selon l'exposé figurant dans la demande - seul déterminant -, les personnes mises en examen auraient profité d'informations privilégiées concernant une baisse importante du bénéfice du groupe X._____. En droit suisse, de tels agissements ne seraient donc pas punissables.

Avec raison, la cour cantonale n'a pas considéré - comme l'a fait le juge d'instruction - qu'en raison de l'identité entre acheteurs et vendeurs, l'enrichissement illégitime ne pouvait être retenu. En effet, la demande d'entraide expose le soupçon que les ventes litigieuses ont profité à leurs auteurs. Quand bien même les investigations menées en Suisse ont démontré le contraire, l'examen de la double incrimination doit se faire sur la base des seuls soupçons initialement exposés.

b) L'OFJ est d'avis que, contrairement à la jurisprudence actuelle, la notion de "faits analogues d'importance comparable" devrait être élargie à toutes les informations susceptibles d'avoir les effets mentionnés à l'art. 161

ch. 1 CP. Tel serait l'opinion exprimée par la Commission fédérale des bourses (CFB) en matière d'entraide administrative, ainsi que par une partie de la doctrine récente. Cette interprétation permettrait par ailleurs l'octroi de l'entraide la plus large possible, notamment dans le cas de délits d'initiés dont le caractère international est marqué, comme l'exige l'art. 1 al. 1 CEEJ. Tel serait aussi le sens de l'art. 4 al. 4 TEJUS, qui permet de faire abstraction de différences dans les éléments constitutifs qui ne sont pas essentiels. Selon la demande d'entraide, l'annonce de la baisse importante du bénéfice aurait provoqué une chute, significative, de 7,4% du cours du titre.
3.- Contrairement à ce que soutient implicitement l'office recourant, l'autorité suisse saisie d'une demande d'entraide judiciaire ne peut, lorsqu'elle examine la punissabilité des faits selon le droit suisse, interpréter plus largement les dispositions applicables que ne le ferait le juge pénal national. Les règles d'interprétation valables dans ce domaine doivent être appliquées de la même manière.

Consacré à l'art. 1 CP, selon lequel nul ne peut être puni s'il n'a commis un acte expressément réprimé par la loi, le principe fondamental de la légalité des peines n'empêche pas le juge pénal - ou les autorités chargées de juger de l'admissibilité d'une demande d'entraide - de recourir aux méthodes habituelles d'interprétation des textes légaux, afin d'en dégager le sens véritable (ATF 126 II 71 consid. 6d p. 80/81; 228 consid. 2a p. 230/231). Le juge prendra d'abord en considération le texte de la disposition concernée, et sa place dans la systématique légale (interprétation littérale et systématique).
Il s'inspirera ensuite de son but, en particulier de l'intérêt protégé, et de la volonté du législateur, telle qu'elle ressort notamment des travaux préparatoires (ATF 118 Ib 448 consid. 3c p. 451/452 et les arrêts cités), pour autant toutefois qu'elle ait trouvé son expression dans le texte légal.

a) La jurisprudence rappelée par la cour cantonale, rendue dans le cadre d'une procédure d'entraide judiciaire, considère que la notion de "faits analogues d'importance comparable" doit être interprétée restrictivement (ATF 118 Ib 547 consid. 4 p. 553). Dans ce dernier arrêt, le Tribunal fédéral a tout d'abord rappelé que la doctrine était largement divisée sur l'interprétation de cette notion (consid. 4b). Il s'est ensuite livré à un examen de détail des travaux préparatoires:
le message du Conseil fédéral mentionnait, comme autres exemples, des opérations immobilières d'envergure, ainsi que des pertes imminentes importantes. Les débats parlementaires ont toutefois abouti à l'adoption d'une formulation tenant compte de faits non seulement "d'importance comparable", mais aussi "analogues" aux deux exemples retenus, ce qui impliquait une ressemblance non seulement quantitative, mais aussi qualitative. Seule une perte massive de substance de l'entreprise, devant entraîner un assainissement ou une restructuration fondamentale de la société, pouvait éventuellement satisfaire à l'analogie requise par le texte légal, la question étant toutefois laissée indécise.

Cette solution, certes insatisfaisante au regard des intérêts protégés (en particulier la protection des investisseurs), n'en correspondait pas moins au texte légal, que le législateur avait eu le loisir de modifier au cours des travaux parlementaires; toute une partie de la protection accordée aux investisseurs s'en trouvait ainsi réduite, mais il n'appartenait pas au juge d'y suppléer (consid. 4e/bb in fine p. 559).

b) La doctrine récente ne se prononce pas plus clairement en faveur d'une interprétation extensive de l'art. 161 ch. 3 CP qu'elle ne le faisait lors du prononcé de l'arrêt précité. Hofstetter (Die Insiderstrafnorm als Teil des Kapitalmarktsrechts - Konsequenzen für deren Auslegung, Recht 1999/4 pp. 126ss, 136.) préconise une telle interprétation, tout en précisant que seules les pertes importantes, portant atteinte à la substance de l'entreprise, peuvent entrer en considération. Les avis exprimés postérieurement à l'ATF 118 Ib précité ne se prononcent pas de manière déterminante en faveur de l'une ou de l'autre des tendances évoquées ci-dessus (cf. Strebel, Insidervergehen und Banken, thèse Zurich 1990, p. 60-61 qui reprend l'interprétation restrictive et les exemples de Böckli, Insiderstrafrecht und Verantwortung des Verwaltungsrates, Zurich 1989; Stratenwerth, Schweizerisches Strafrecht, Besonderer Teil I, Berne 1995, p. 412 et les auteurs cités, qui soutiennent également l'interprétation restrictive fondée sur le texte et la systématique de la norme; Trechsel, Kurzkommentar, Zurich 1997, n°16 ad. art. 161 CP). Au terme d'une synthèse des opinions doctrinales, et d'une interprétation littérale, historique, systématique et
téléologique, Peter (Aspekte der Insiderstrafnorm, insbesondere der "ähnliche Sachverhalt von vergleichbarer

Tragweite", thèse, Zurich 1991) estime lui aussi que l'adjectif "analogue" figurant à l'art. 161 ch. 3 CP ne peut se rapporter aux effets de l'information, puisque cela découle déjà de l'expression "d'importance comparable". L'analogie ne peut donc porter que sur les deux types d'opérations mentionnées à titre d'exemples. Les faits confidentiels doivent dès lors concerner des modifications structurelles internes (actionnariat) ou externes de la société, comme par exemple des divisions d'entreprises, des prises majoritaires de participations ou des assainissements par diminution de capital. Tel n'est pas le cas, en revanche des pertes ou des bénéfices importants (op. cit. p. 109-110).

c) La solution retenue dans l'ATF 118 Ib précité a encore été confirmée, notamment par un arrêt non publié du 25 février 1998 dans la cause X. Corp. , relatif à une demande d'entraide américaine. Cet arrêt maintient que l'analogie requise à l'art. 161 ch. 3 CP est limitée aux deux exemples figurant dans cette disposition (consid. 2c).

d) L'OFJ évoque l'obligation d'accorder l'entraide la plus large possible, telle qu'elle découle notamment de l'art. 1er de la CEEJ. Il est certes regrettable que la Suisse, qui s'est dotée d'une norme applicable aux délits d'initiés surtout pour pouvoir donner suite aux demandes d'entraide étrangère (Egli, L'entraide judiciaire accordée par la Suisse pour le répression des délits d'initiés; problèmes récents, in: Recht, Staat und Politik am Ende des zweiten Jahrtausends, Berne 1993 p. 605 ss, 606), en ait circonscrit la portée de manière si étroite; mais ces considérations téléologiques ne sauraient l'emporter sur le texte de la loi.

L'OFJ mentionne également l'art. 4 al. 4 TEJUS, qui permet de faire abstraction, dans l'examen de la double incrimination, des éléments constitutifs non essentiels d'une infraction. Tel ne peut toutefois pas être le cas de la notion même de faits confidentiels, qui se trouve au centre de l'art. 161 CP. La condition de la double incrimination serait par ailleurs totalement vidée de son contenu s'il suffisait, comme le préconise l'OFJ, que les droits des Etats requérant et requis tendent à la protection du même bien juridique, sans égard aux modalités de cette protection. La lecture de la norme française relative aux délits d'initiés fait d'ailleurs clairement apparaître que cette infraction est appréhendée de façon fondamentalement différente dans les deux Etats: l'art. 10-1 de la loi du 28 septembre 1967, modifiée le 2 juillet 1996, s'applique aux "informations privilégiées sur les perspectives ou la situation d'un émetteur. .., ou sur les perspectives d'évolution d'un instrument financier", ce qui permet une définition beaucoup plus large de la notion de faits confidentiels que celle qui prévaut en droit suisse.

e) En définitive, les arguments avancés par l'office recourant ne justifient pas de revoir la solution adoptée dans l'ATF 118 Ib précité. Les avis de doctrine évoqués ci-dessus, favorables à une application extensive de l'art. 161 ch. 3 CP, s'achoppent tous au texte de la disposition légale.
En réalité, la modification de pratique voulue par l'OFJ ne suppose pas un changement de jurisprudence, mais une révision législative que le Tribunal fédéral a déjà appelée de ses voeux.

L'OFJ se prévaut enfin de la position adoptée par la CFB dans le cadre de procédures administratives (notamment dans une décision du 30 août 2000 dans la cause N., faisant l'objet de la procédure de recours de droit administratif 2A.476/2000). L'OFJ perd toutefois de vue que la CFB a laissé indécise la question de savoir si la jurisprudence restrictive du Tribunal fédéral devait être confirmée, car, dans le cadre particulier de l'entraide accordée selon l'art. 38 al. 2 let. c LBVM, il suffisait que les normes de droit pénal des Etats requérant et requis tendent à la protection des mêmes intérêts juridiques. Or, comme relevé ci-dessus, tel n'est pas le cas lors de l'examen d'une demande d'entraide judiciaire en matière pénale.

4.- La demande d'entraide du 19 novembre 1997 indique que Y._____ et les autres personnes mises en cause auraient cédé leurs titres entre le 31 juillet et le 11 septembre 1992, soit avant l'annonce, le 21 septembre suivant, des résultats semestriels du groupe, "en fort retrait par rapport à l'exercice précédent". Les résultats nets consolidés pour le premier semestre de 1992 auraient été de 6 MF, alors qu'ils étaient de 41 MF pour l'exercice précédent. Après la publication de ce résultat, le cours de l'action aurait chuté de 7,48% au cours des trois séances suivantes; il aurait ensuite régulièrement baissé, puis se serait redressé quelque peu, juste avant l'annonce de l'absorption de la société X._____ par A._____. L'élément confidentiel porte donc uniquement sur une réduction importante du bénéfice du groupe par rapport à l'exercice précédent, ce qui ne constitue pas, comme cela est relevé plus haut, un fait confidentiel au sens de l'art. 161 ch. 3 CP.

Une partie de la doctrine évoque la possibilité de prendre en considération des pertes importantes, imminentes ou déjà subies, pour autant que la substance même de l'entreprise soit atteinte ou qu'elles nécessitent un assainissement (Schmid, op. cit. p. 115). Dans l'ATF 118 Ib 547, le Tribunal fédéral a lui aussi envisagé - sans toutefois l'affirmer - qu'une perte massive de nature à modifier profondément la "structure du bilan" et à rendre nécessaire un assainissement ou une restructuration fondamentale de la société, puisse éventuellement constituer un "fait analogue" au sens de l'art. 161 ch. 3 CP. Tel ne saurait être le cas, en revanche, lorsqu'il n'existe pas de perte, mais que le bénéfice de l'entreprise apparaît largement inférieur à celui de l'exercice précédent; rien ne permet de penser, en l'occurrence, que la survie de l'entreprise se soit trouvée en péril immédiat, rendant a priori nécessaire une restructuration de l'entreprise ou un rapprochement avec une autre entité. La société X._____ a finalement été absorbée par une autre société - fait qui, en soi, pourrait tomber sous le coup de l'art. 161 ch. 3 CP -, et il est possible que les résultats décevants de la société en soient la cause, mais cela n'apparaît pas
comme une conséquence inéluctable et d'emblée prévisible. L'OFJ relève qu'une diminution de 7,48% du cours de l'action serait suffisante "dans le cadre de l'entraide judiciaire". Ce faisant, il adopte un critère purement quantitatif, ignorant les exigences qualitatives de l'art. 161 ch. 3 CP.

Tels qu'ils sont supposés dans la demande d'entraide, les faits ne seraient dès lors pas punissables en droit suisse. C'est donc avec raison que le juge d'instruction, puis la Chambre d'accusation, ont refusé de donner suite à la requête.

5.- Le recours de droit administratif doit par conséquent être rejeté. Conformément à l'art. 156 al. 2 OJ, il n'est pas perçu d'émolument judiciaire. Une indemnité de dépens, due aux intimés, doit être mise à la charge de l'OFJ.

Par ces motifs,

le Tribunal fédéral :

1. Rejette le recours.

2. Dit qu'il n'est pas perçu d'émolument judiciaire.

3. Alloue aux intimés Y._____, X._____ et consorts une indemnité globale de dépens de 2000 fr., à la charge de l'Office fédéral de la justice.

4. Communique le présent arrêt en copie à l'office recourant (B 91380), au mandataire des intimés, au Juge d'instruction et à la Chambre d'accusation du canton de Genève.

_____
Lausanne, le 5 mars 2001 KUR/col

Au nom de la Ie Cour de droit public
du TRIBUNAL FEDERAL SUISSE:
Le Président,

Le Greffier,