Urteilskopf

109 Ib 47

7. Extrait de l'arrêt de la 1re Cour de droit public du 26 janvier 1983 dans la cause X. contre Office fédéral de la police (recours de droit administratif)
Regeste (de):
Vertrag mit den Vereinigten Staaten von Amerika über Rechtshilfe in Strafsachen. Börsengeschäfte aufgrund von Insider-Informationen.

Art. 1 Ziff. 1 lit. a des Vertrages: die Untersuchungen der amerikanischen "Securities and Exchange Commission" (SEC) sind den Ermittlungsoder Gerichtsverfahren im Sinne dieser Vorschrift gleichzustellen (E. 3a). Börsengeschäfte aufgrund von Insider-Informationen sind nach amerikanischem Recht strafbar (E. 3b).

Art. 4 Ziff. 2 lit. a des Vertrages: Voraussetzungen für die Anwendung von Zwangsmassnahmen (E. 4). Nach schweizerischem Recht weisen Insidergeschäfte grundsätzlich weder die objektiven Merkmale der ungetreuen Geschäftsführung (E. 5a) noch jene des Betruges auf (E. 5b); unter den Tatbestand der Verletzung des Geschäftsgeheimnisses im Sinne von Art. 162 StGB fallen sie nur, wenn bestimmte Voraussetzungen erfüllt sind (E. 5c). Abweisung eines Rechtshilfebegehrens, das keine Angaben darüber enthält, ob diese Voraussetzungen gegeben sind (E. 6).

Regeste (fr):
Traité avec les USA sur l'entraide judiciaire en matière pénale. Opérations en bourse par des détenteurs d'informations privilégiées.

Art. 1er ch. 1 let. a du traité: les investigations de la "Securities and Exchange Commission" américaine (SEC) ont rang d'enquêtes ou de procédures judiciaires au sens de cette disposition (consid. 3a). Caractère pénal, en droit américain, des opérations en bourse réalisées par des initiés (consid. 3b).

Art. 4 ch. 2 let. a du traité: conditions auxquelles est soumis l'octroi de mesures de contrainte (consid. 4). En droit suisse, les transactions d"'insider" ne réunissent en principe les éléments objectifs ni de la gestion déloyale (consid. 5a), ni de l'escroquerie (consid. 5b); elles ne sont punissables comme violation du secret commercial au sens de l'art. 162 CP qu'à certaines conditions (consid. 5c). Rejet d'une demande d'entraide qui n'indique pas si ces conditions sont remplies (consid. 6).

Regesto (it):
Trattato fra la Confederazione Svizzera e gli Stati Uniti d'America sull'assistenza in materia penale. Operazioni di borsa effettuate da detentori d'informazioni privilegiate.

Art. 1 n. 1 lett. a del trattato: le investigazioni della "Securities and Exchange Commission" americana (SEC) vanno considerate inchieste o procedure giudiziarie ai sensi di questa disposizione (consid. 3a). Carattere d'illecito penale, in diritto americano, delle operazioni di borsa realizzate da iniziati (consid. 3b).

Art. 4 n. 2 lett. a del trattato: condizioni a cui è subordinata l'applicazione di misure coercitive (consid. 4). In diritto svizzero, i negozi effettuati da "insider" non adempiono, in linea di principio, gli elementi obiettivi dell'amministrazione infedele (consid. 5a), né della truffa (consid. 5b); essi sono punibili quali violazioni del segreto commerciale ai sensi dell'art. 162 CP solo in presenza di determinati presupposti (consid. 5c). Reiezione di una domanda d'assistenza giudiziaria che non indica se tali condizioni siano soddisfatte (consid. 6).

Sachverhalt ab Seite 48

BGE 109 Ib 47 S. 48

Le 22 mars 1982, le Département de la justice des Etats-Unis d'Amérique a adressé à l'Office fédéral de la police une demande d'entraide judiciaire fondée sur le Traité entre la Confédération suisse et les Etats-Unis d'Amérique sur l'entraide judiciaire en matière pénale, du 25 mai 1973 (RS 0.351.933.6; ci-après: le traité). Les faits justifiant la demande sont, en bref, les suivants. Durant la période du 13 juin au 2 octobre 1981, des entretiens confidentiels relatifs à la reprise de Santa Fe International Corporation (Santa Fe) par Kuwait Petroleum Corporation (KPC) se sont déroulés entre les représentants de ces deux sociétés. Au cours des semaines qui précèdèrent l'annonce au public, le 5 octobre 1981, de l'accord de fusion, le volume des transactions sur les actions et options d'achat sur actions de Santa Fe a considérablement augmenté. C'est ainsi qu'entre le 21 septembre et le 1er octobre 1981, des acheteurs inconnus ont acquis, par l'intermédiaire de banques suisses, 3000 contrats d'option (permettant l'achat de 300'000 actions) et 35'000 actions de Santa Fe. Ces titres qui, grâce à la hausse des cours en bourse survenue après l'annonce de la reprise de Santa Fe par KPC, avaient subi une augmentation de valeur de plus de 5 millions de dollars, furent revendus pour la plupart. L'opération permit donc aux intéressés de réaliser d'importants bénéfices. D'après la Securities and Exchange Commission américaine (SEC), qui avait eu accès aux registres des courtiers en bourse, les acheteurs inconnus auraient utilisé des informations privilégiées pour mener à bien leurs transactions, enfreignant ainsi certaines prescriptions de la loi américaine sur le commerce des papiers-valeurs. Le Département de la justice des Etats-Unis requérait l'audition de témoins et la production par les banques suisses concernées de divers documents relatifs aux transactions litigieuses, aux fins

BGE 109 Ib 47 S. 49

notamment de découvrir l'identité des personnes qui avaient donné les ordres aux banques ou tiré bénéfice de ces ordres. Le 2 avril 1982, statuant en qualité d'office central au sens de l'art. 28 du traité et de l'art. 1er ch. 3 de la loi fédérale du 3 octobre 1975 relative au traité conclu avec les Etats-Unis d'Amérique sur l'entraide judiciaire en matière pénale (RS 351.93; ci-après: LEEU), l'Office fédéral de la police a décidé d'entrer en matière sur la demande d'entraide et a transmis celle-ci pour exécution aux autorités cantonales compétentes, conformément à l'art. 10 LEEU. L'Office fédéral a considéré que les aspects civil et administratif de la procédure devant la SEC ne devaient pas l'empêcher de prendre en considération la demande d'entraide. En outre, les mesures de contrainte sollicitées par les autorités américaines (levée du secret bancaire, assignation de témoins selon le droit cantonal) se justifiaient au regard de l'art. 4 ch. 2 lettre a du traité, dont les conditions d'application paraissaient remplies: les faits invoqués tombaient sous les sanctions des art. 148 CP (escroquerie) et 162 CP (violation du secret commercial), infractions toutes deux contenues au ch. 19 de la liste annexée au traité, la première expressément sous lettre a et la seconde implicitement sous lettre c ("malversation ou abus de confiance commis par n'importe quelle personne"). De toute façon, même si la révélation du secret d'affaires n'était pas couverte par le ch. 19 lettre c de la liste, l'infraction reprochée en l'espèce revêtait la gravité requise par l'art. 4 ch. 3 du traité et permettait donc l'application de mesures coercitives. Le recourant a fait opposition aux mesures ordonnées par l'Office fédéral de la police. Dans son mémoire d'opposition, il a affirmé qu'il avait donné ses ordres bancaires, objet de l'entraide, sans avoir eu qualité d'organe, d'agent ou de mandataire de KPC ou de Santa Fe, et sans avoir été lié par une obligation contractuelle de conserver le secret sur des informations reçues; le recourant a nié en tout état de cause avoir agi sur la base d'informations reçues et relevant de ce secret. Par décision du 30 juin 1982, l'Office fédéral de la police a rejeté l'opposition et confirmé qu'il y avait lieu d'admettre la requête d'entraide judiciaire présentée par les autorités américaines. Agissant par la

voie du recours de droit administratif, l'opposant débouté a demandé au Tribunal fédéral d'annuler la décision précitée de l'Office fédéral de la police. Il a soutenu que les conditions de l'art. 1er ch. 1 du traité n'étaient pas remplies, pas

BGE 109 Ib 47 S. 50

plus que ne l'étaient celles posées par l'art. 4 ch. 2 et 3 du traité pour l'application de mesures coercitives. Le Tribunal fédéral a admis le recours et annulé la décision attaquée.

Erwägungen

Extrait des considérants:

3. Aux termes de l'art. 1er ch. 1 lettre a du traité, la Suisse est tenue d'accorder l'entraide "lors d'enquêtes ou de procédures judiciaires relatives à des infractions dont la répression tombe sous la juridiction de l'Etat requérant ou d'un des ses Etats membres". Dans son mémoire adressé au Tribunal fédéral, le recourant s'attache longuement à démontrer que les investigations de la SEC ne peuvent avoir rang d'enquêtes ou de procédures judiciaires au sens de cette disposition. a) Il ressort du par. 78u de l'United States Code (section 21 du Securities Exchange Act; ci-après: SEA) que la SEC dispose d'amples pouvoirs d'investigation, tout à fait similaires à ceux d'une autorité ordinaire de police. Si ses recherches font apparaître des faits pouvant tomber sous le coup des dispositions réprimant les infractions aux règles sur le commerce des papiers-valeurs, la SEC est en outre habilitée à transmettre le dossier à l'Attorney General, qui jouit du pouvoir discrétionnaire de provoquer l'ouverture d'une procédure pénale (lettre d in fine). Il faut remarquer qu'en l'espèce les faits invoqués dans la demande d'entraide résultent des investigations opérées par la SEC avant qu'une action n'ait été introduite devant la Southern District Court of New York. En outre, c'est également avant que les renseignements récoltés n'aient été transmis à l'Attorney General, en vue du déclenchement d'une procédure pénale, que le Département américain de la justice a été saisi aux fins d'obtenir d'abord, par la voie de l'entraide judiciaire internationale, l'identité des auteurs d'ordres bancaires soupçonnés d'infractions. Les objections du recourant fondées sur cette situation se heurtent à une jurisprudence récente. En effet, dans son arrêt non publié J.S. c. Office fédéral de la police du 12 mai 1982, le Tribunal fédéral a posé - sans émettre de réserves - qu'une enquête préparatoire (Ermittlungsverfahren) de la SEC tombe sous le coup de l'art. 1er ch. 1 lettre a du traité. Certes, il s'agissait d'un cas où, semble-t-il, la SEC avait déjà porté l'affaire, sur la base du par. 78u lettre d in fine précité, devant

BGE 109 Ib 47 S. 51

l'Attorney General, qui avait usé de son pouvoir discrétionnaire de déclencher la procédure pénale ouverte sur les faits révélés par les investigations de la SEC. Il n'en demeure pas moins que le Tribunal fédéral a fondé son opinion pour une grande part sur l'avis que le Président des Etats-Unis avait lui-même exprimé dans son message au Sénat à propos de l'art. 1er al. 1 lettre a et aux termes duquel: "An investigation by the United States Securities and Exchange Commission is an investigation for which assistance could be furnished (if the other requirements of the Treaty are met) as long as the investigation relates to conduct which might be dealt with by the criminal courts" (Message from the President of the United States transmitting (to the Senate) the Treaty, p. 36). Il en résulte en l'espèce que même si les investigations de la SEC n'ont pas encore abouti à ce

que celle-ci fasse usage de la possibilité prévue au par. 78u lettre d in fine de l'United States Code, elles constituent une "enquête relative à des infractions dont la répression tombe sous la juridiction de l'Etat requérant ou d'un de ses Etats membres", au sens de l'art. 1er ch. 1 lettre a du traité. Que ces investigations aient été qualifiées ou non, par elle, d'enquête préparatoire pénale n'y change rien, du moment que toute investigation de la SEC peut déclencher, par le truchement de l'Attorney General, l'ouverture d'une enquête pénale, soit une procédure judiciaire au sens de la disposition précitée (voir MARKEES, Aktuelle Fragen aus dem Gebiete der internationalen Rechtshilfe, RPS 1973 p. 253/254). b) Le recourant fait également valoir qu'en l'occurrence les faits objet de la demande d'entraide ne peuvent avoir un caractère pénal, ni donner lieu par conséquent à répression pénale aux Etats-Unis, ce qu'exige pourtant l'art. 1er ch. 1 lettre a du traité. Il faut relever à cet égard que le Titre I par. 10 SEA (par. 78j de l'United States Code) pose une règle générale d'illicéité ayant la teneur suivante: "It shall be unlawful for any person, directly or indirectly, by the use of any means or instrumentality of interstate commerce or of the mails, or of any facility of any national securities exchange... (b) To use or employ, in connection with the purchase or sale of any security registered on a national securities exchange or any security not so registered, any manipulative or deceptive device or contrivance in contravention of such rules and regulations as the Commission may prescribe as necessary or appropriate in the public interest or for the protection of investors."

Chargée de l'exécution du SEA, la SEC a notamment édicté la règle 10 b-5 (17 Code of Federal Regulations 240), applicable au commerce des papiers-valeurs en bourse ou hors bourse (voir FORSTMOSER, Effektenhandel durch Insider, Société anonyme suisse 1973, p. 140/141). Cette règle est ainsi libellée: "It shall be unlawful for any person, directly or indirectly, by the use of any means or instrumentality of interstate commerce, or of the mails, or of any facility of any national securities exchange, a) to employ any device, scheme, or artifice to defraud,
b) to make any untrue statement of a material fact or to omit to state a material fact necessary in order to make the statements made, in the light of the circumstances under which they were made, not misleading, or c) to engage in any act, practice, or course of business which operates or would operate as a fraud or deceit upon any person, in connection with the purchase or sale of any security." Quant au caractère pénal des dispositions précitées établissant les conditions d'illicéité des opérations d'initiés ("insider"), il résulte du Titre I par. 32 SEA (par. 78 ff. de l'United States Code) qui punit d'emprisonnement jusqu'à cinq ans et d'amende jusqu'à 10'000 dollars la violation des dispositions du chapitre: "(a) Any person who willfully violates any provision of this chapter, or any rule or regulation thereunder the violation of which is made unlawfull or the observance of which is required under the terms of this chapter... shall upon conviction be fined not more than $ 10'000, or imprisoned not more than five years, or both..." Au vu de ce qui précède, c'est à tort que le recourant soutient que les faits objet de la demande d'entraide ne peuvent, en tant qu'ils correspondent selon le Département américain de la justice à des opérations d'initiés (consistant dans des ordres bancaires d'achat d'actions et d'options d'achat), revêtir un caractère pénal et donc la qualité d'infraction dont la répression tombe sous la juridiction de l'Etat requérant, au sens de l'art. 1er ch. 1 lettre a du traité.

4. Aux termes de l'art. 4 ch. 2 lettre a du traité, l'Etat requis doit, s'il s'agit comme en l'espèce d'une demande d'entraide impliquant des mesures de contrainte, s'assurer que les faits indiqués dans cette demande réunissent les conditions objectives d'une infraction qui soit, d'une part, punissable selon le droit en vigueur sur son territoire et, d'autre part, mentionnée dans la liste annexée au traité. Selon le ch. 3 du même article, lorsqu'il s'agit d'une infraction qui ne figure pas dans cette liste, l'office central

de l'Etat requis décide si sa gravité justifie néanmoins l'application de mesures coercitives. a) Pour décider de l'octroi ou du refus des mesures de contrainte sollicitées (ici: la levée du secret bancaire et l'obligation de témoigner), l'Etat requis applique exclusivement son propre droit, en l'occurence la loi suisse (art. 4 ch. 4 du traité). b) Le principe de la double incrimination que consacre l'art. 4 ch. 2 lettre a du traité n'exige pas que l'Etat requérant et l'Etat requis, dans leur législation respective, envisagent l'infraction sous le même angle juridique. Le traité n'impose pas, en effet, l'identité des normes et il suffit que les faits décrits dans la demande d'entraide soient punissables en vertu de chacun des deux droits (art. 4 ch. 4 du traité; SCHULTZ, Das schweizerische Auslieferungsrecht, p. 311 ss, spéc. 324, 326; ATF 92 I 115). c) Le Tribunal fédéral examine librement si les faits indiqués dans la demande d'entraide réunissent les conditions objectives d'une infraction punissable selon le droit suisse (ATF 105 Ib 427 consid. 5b).

5. En Suisse, l'abus d'informations privilégiées (transactions d"'insider", opérations d'initiés) est généralement réprouvé et considéré comme un acte moralement condamnable (voir FORSTMOSER, op.cit., p. 135 et les références). De lege lata, il n'est toutefois sanctionné par aucune disposition spéciale. Il convient dès lors de se demander si un tel comportement pourrait éventuellement remplir les conditions objectives d'autres agissements réprimés comme infractions par le droit pénal fédéral. On peut songer en particulier à la gestion déloyale (art. 159 CP), à l'escroquerie (art. 148 CP) et à la violation du secret commercial (art. 162 CP). a) L'art. 159 CP punit de l'emprisonnement celui qui, tenu par une obligation légale ou contractuelle de veiller sur les intérêts pécuniaires d'autrui, y aura porté atteinte. Selon la jurisprudence, l'auteur doit avoir eu la position d'un gérant, c'est-à-dire disposer d'une indépendance suffisante et jouir d'un pouvoir de disposition autonome sur les biens qui lui sont remis (ATF 105 Ib 427 consid. 5b aa, ATF 102 IV 92 et arrêts cités). Dans le cas des transactions d"'insider", les conditions objectives de la gestion déloyale ne sont pas réunies. Certes, de telles transactions peuvent être opérées par un organe de la société concernée, soit par une personne ayant une position de gérant. En règle générale, cependant, aucune atteinte n'est portée aux intérêts pécuniaires de

la société elle-même. Comme l'a relevé l'Office fédéral de la police dans sa décision du 2 avril 1982, un dommage n'est d'ailleurs intervenu en l'espèce ni auprès de la Santa Fe, ni auprès de la KPC. b) Commet une escroquerie au sens de l'art. 148 CP celui qui, dans le dessein de se procurer ou de procurer à un tiers un enrichissement illégitime, aura astucieusement induit en erreur une personne par des affirmations fallacieuses ou par la dissimulation de faits vrais, ou aura astucieusement exploité l'erreur où se trouvait une personne et aura de la sorte déterminé la victime à des actes préjudiciables à ses intérêts pécuniaires ou à ceux d'un tiers. La question de savoir si les transactions d"'insider" sont punissables en Suisse en vertu de ces dispositions est controversée. En ce qui concerne la présente affaire, les deux experts consultés par les parties estiment, l'un, que la punissabilité pour escroquerie est exclue (avis de droit du 15 juillet 1982), l'autre, que les conditions d'une telle infraction sont réunies (avis de droit du 3 février 1982). Dans sa décision du 2 avril 1982, l'Office fédéral de la police a considéré qu'il y avait obligation, selon le droit en vigueur à l'endroit des transactions (bourses américaines), soit de renoncer aux transactions, soit d'informer les vendeurs avant l'opération; le silence des acheteurs était donc contraire à leurs devoirs et le fait de profiter d'une erreur, en gardant le silence contrairement à une obligation légale, constituerait une escroquerie. Dans la décision attaquée du 30 juin 1982, l'Office intimé maintient que les faits incriminés réunissent les éléments constitutifs de l'escroquerie, en précisant toutefois que s'il n'est pas évident que l'achat et la vente d'actions Santa Fe par le recourant remplissent les conditions de l'art. 148 CP, il y aurait sans conteste escroquerie lors de l'acquisition d'options d'achat. aa) Il importe tout d'abord de relever que dans le cadre du marché boursier, les prix ne sont pas déterminés et

offerts individuellement par les acheteurs, mais dépendent des cours qui sont arrêtés en bourse. En outre, il n'y a pas de contacts individuels entre acheteurs et vendeurs. Dès lors, celui qui est disposé à vendre au cours de la bourse vend de toute façon, indépendamment de la personne de l'acquéreur. Au demeurant, les transactions sont passées en principe à l'aide de systèmes informatiques. Il résulte de cette situation ainsi que de la définition légale de l'escroquerie que dans le cas de l'"'insider" seule l'exploitation d'une erreur préexistante pourrait entrer en ligne de compte. Mais cela présuppose un comportement actif par lequel l'intéressé

BGE 109 Ib 47 S. 55

renforce et confirme l'erreur préexistante de la victime (voir REHBERG, Strafrecht III, Delikte gegen den Einzelnen, 2e éd., p. 67/68; ATF 76 IV 161). Un tel comportement fait défaut dans l'hypothèse envisagée, car l'"'insider" se fait généralement représenter à la bourse et n'agit pas en son nom propre. Il n'y a ainsi pas de relation personnelle de l'"'insider" avec sa victime qui pourrait lui permettre une escroquerie. Dans ces conditions, l'intention d'achat ou de vente ne saurait être assimilée à la confirmation ou au renforcement d'une erreur préexistante.
bb) Par ailleurs, le droit suisse - seul déterminant en la matière - ne connaît pas d'obligation légale d'avertissement pour l'"'insider". Celui-ci n'a notamment pas la position d'un garant vis-à-vis de son cocontractant à la bourse, car l'obligation de garant n'existe que pour la personne tenue de protéger le bien juridique d'autrui (ATF 106 IV 278; GERMANN, Das Verbrechen im neuen Strafrecht, Vb zu art. 9-34, p. 163/164, no 1 ad art. 148, p. 275/276; STRATENWERTH, Schweizerisches Strafrecht, besonderer Teil I, p. 223/224), ce qui n'est pas le cas de l'opérateur en bourse dont la seule obligation comme vendeur consiste à livrer les titres au prix du marché boursier et comme acheteur à en prendre livraison et à en acquitter le prix. En l'absence de contacts personnels, les opérateurs en bourse sont dans l'impossibilité de se protéger l'un l'autre. Pour les mêmes motifs, il convient d'exclure l'existence d'un devoir d'avertissement contractuel. Quant à la bonne foi, elle ne peut être retenue comme fondement du devoir de détromper le cocontractant que dans des circonstances spéciales, telles que rapports contractuels de longue durée exigeant une confiance accrue (cf. STRATENWERTH, op.cit., p. 217; ATF 87 IV 12 consid. 2). cc) Il ne faut pas oublier non plus que la définition légale de l'escroquerie exige que l'auteur fasse preuve d'astuce. Selon la jurisprudence, le simple mensonge ne constitue pas une tromperie astucieuse au sens de l'art. 148 CP; l'astuce exige toute une construction mensongère, des manifestations particulièrement trompeuses ou des artifices (ATF 108 Ib 298, ATF 106 IV 360 consid. 1). L'un des critères retenus consiste à déterminer si la victime était capable de déceler le mensonge de l'auteur (ATF 74 IV 151). Les caractéristiques du marché boursier relevées ci-dessus empêchent l'application de ce critère, étant donné notamment l'absence de contacts personnels de l'"'insider" avec son cocontractant.

BGE 109 Ib 47 S. 56

dd) Enfin, dans le cas de transactions d'"'insider", l'atteinte au patrimoine et le lien de causalité font défaut, qu'il s'agisse d'actions ou d'options d'achat, car la victime qui passe des ordres en bourse sans avoir connaissance de l'ordre correspondant donné par le cocontractant, aurait de toute façon conclu avec un tiers. Que la victime traite avec un "insider" ou avec un tiers, elle se trouve en définitive dans la même situation patrimoniale. Contrairement à ce que semble soutenir l'auteur d'un des avis de droit, les actions ou options d'achat ne renchérissent pas objectivement déjà au moment de la transaction. En effet, l'"'insider" acquiert ou vend ces titres au prix du marché boursier et son comportement - qui ne consiste qu'à tirer profit d'informations privilégiées - ne saurait être considéré comme la cause première et directe des fluctuations boursières ultérieures, dont l'intéressé ne peut d'ailleurs envisager l'évolution en toute certitude au moment de la transaction (cf. STRATENWERTH, op.cit., p. 228). Pour toutes les raisons qui viennent d'être évoquées, il y a lieu d'écarter

la punissabilité des transactions d"'insider" comme escroquerie au sens de l'art. 148 CP. c) Il reste donc à examiner si de telles opérations d'initiés peuvent réaliser les conditions objectives de l'art. 162 CP, soit d'une violation du secret commercial. Aux termes de cette disposition, est punissable d'emprisonnement ou d'amende celui qui révèle un secret commercial qu'il était tenu de garder en vertu d'une obligation légale ou contractuelle (al. 1), ainsi que celui qui a mis à profit cette révélation (al. 2). Constitue un secret, au sens de l'art. 162 CP, toute connaissance particulière qui n'est ni de notoriété publique ni facilement accessible et que son détenteur a un intérêt légitime à garder secrète. Par secrets commerciaux, on entend des informations qui peuvent avoir une incidence sur le résultat commercial; il peut s'agir notamment de connaissances relatives à l'organisation, la calculation des prix, la publicité et la production (ATF 103 IV 284 consid. 2b et les références). La plupart des auteurs traitant des opérations d'initiés qualifient les préparatifs de fusion ou d'absorption de sociétés de faits relevant du secret des affaires; ces préparatifs et pourparlers sont des éléments de la situation de l'entreprise (FORSTMOSER, op.cit., p. 142; STRATENWERTH, op. cit., p. 133; DRUEY, Geheimsphäre des Unternehmens, p. 134; BINDSCHEDLER, Der strafrechtliche Schutz wirtschaftlicher Geheimnisse, p. 19).

BGE 109 Ib 47 S. 57

D'après l'art. 162 CP, la personne qui, au courant d'informations qu'elle est tenue de garder secrètes, les utilise à son profit sans les révéler à un tiers, ne peut se rendre coupable de violation d'un secret commercial, car il n'y a ni révélation, ni mise à profit d'une révélation. Si en revanche la personne révèle à un tiers des informations qu'elle était tenue de garder secrètes et qui constituent un secret d'affaires, elle est punissable en vertu de l'art. 162 al. 1 CP et le tiers qui a mis à profit ces informations l'est également en vertu de l'art. 162 al. 2 CP. Appliquées au cas de Santa Fe et KPC, ces règles signifient que les transactions boursières litigieuses ne tombent sous le coup de l'art. 162 CP que si elles ont été opérées sur la base d'une révélation du projet de fusion. Ne seraient donc pas punissables, en Suisse, les organes de l'une ou l'autre société, ainsi que les confidents nécessaires (hommes de loi, banquiers, experts comptables et fiscaux associés aux pourparlers ou chargés de mandats spéciaux en vue de l'opération de fusion) ou toute autre personne tenue au secret des pourparlers, qui auraient utilisé pour leur propre compte les renseignements confidentiels qu'ils détenaient. Un tel comportement, il est vrai, paraît mériter moins d'égards sur le plan moral que celui - désintéressé peut-être - consistant à faire profiter d'autres personnes - amis ou connaissances - des avantages liés à la possession d'informations privilégiées. Il sied toutefois de relever à ce propos que le but de l'art. 162 CP n'est pas de sanctionner un procédé malhonnête, mais avant tout de protéger le détenteur d'un secret de fabrication ou d'un secret commercial.

6. Il découle des considérations qui précèdent qu'en droit suisse, les transactions d"'insider" ne réunissent en principe les éléments objectifs ni de la gestion déloyale (consid. 5a), ni de l'escroquerie (consid. 5b) et ne sont punissables comme violation de secrets commerciaux qu'à certaines conditions (consid. 5c). En l'espèce, la demande d'entraide n'indique pas si ces conditions sont remplies. Elle ne précise notamment pas si les "insider" ont agi eux-mêmes, éventuellement par l'intermédiaire de tiers auxquels ils n'auraient pas révélé le projet de fusion (comportement non punissable en droit suisse), ou s'ils ont fait part des informations privilégiées qu'ils détenaient à des tiers qui, à leur tour, les auraient mises à profit (actes réprimés en Suisse respectivement par les al. 1 et 2 de l'art. 162 CP). L'on ne saurait admettre la demande en pareilles circonstances. Ce serait en effet courir le risque de voir ordonner des mesures coercitives dans un

BGE 109 Ib 47 S. 58

cas où les faits ne réunissent pas les conditions objectives d'une infraction selon le droit en vigueur de l'Etat requis; partant, de violer l'art. 4 ch. 2 lettre a du traité. Le présent recours de droit administratif doit par

conséquent être admis, sans qu'il soit encore nécessaire d'examiner si les autres exigences posées par le traité pour l'octroi de mesures de contrainte sont en l'occurrence respectées, en particulier celle en vertu de laquelle l'infraction punissable doit être couverte par la liste annexée au traité (art. 4 ch. 2 lettre a). On peut se borner à relever à ce propos que dans deux arrêts rendus ce même jour, dans les causes U.S.A. et Cl. c. Office fédéral de la police, le Tribunal fédéral a jugé que la liste en question n'a pas à être interprétée extensivement aux fins notamment d'y inclure, sous ch. 19 lettre c ("Escroquerie, y compris:... c) malversation ou abus de confiance commis par n'importe quelle personne"), la violation de secrets commerciaux (art. 162 CP) commise dans le cadre du commerce des papiers-valeurs (transactions d"'insider").