Urteilskopf

113 Ib 67

12. Extrait de l'arrêt de la Ire Cour de droit public du 30 juin 1987 dans la cause U. S.A. contre Chambre d'accusation du canton de Genève (recours de droit administratif)
Regeste (de):
Rechtshilfe in Strafsachen. Art. 63 Abs. 5 und 64 Abs. 2 IRSG. Beidseitige Strafbarkeit.

Art. 63 Abs. 5 und 64 Abs. 2 IRSG sind nur anwendbar, wenn die Rechtshilfe und die Zwangsmassnahmen den Verfolgten entlasten sollen. Die Tatsache, dass diese Massnahmen eine solche Folge haben könnten, genügt nicht (E. 4a).

Das zu beurteilende Insidergeschäft ist nach französischem Recht und nach schweizerischem Recht gestützt auf Art. 162 StGB strafbar (E. 4b).

Regeste (fr):
Entraide judiciaire en matière pénale. Art. 63 al. 5 et 64 al. 2 EIMP. Double incrimination.

Les art. 63 al. 5 et 64 al. 2 EIMP ne sont applicables que si l'entraide et les mesures de contrainte ont pour but de décharger ou de disculper la personne poursuivie. Le fait que ces mesures puissent avoir une telle conséquence ne suffit pas (consid. 4a).

Punissable selon le droit français, l'opération d'initiés en cause l'est également selon le droit suisse, sur la base de l'art. 162 CP (consid. 4b).

Regesto (it):
Assistenza giudiziaria internazionale in materia penale. Art. 63 cpv. 5 e 64 cpv. 2 AIMP. Doppia incriminabilità.

Gli art. 63 cpv. 5 e 64 cpv. 2 AIMP sono applicabili soltanto se l'assistenza giudiziaria internazionale e le misure coercitive sono volte a scagionare la persona perseguita. Il fatto che queste misure possano avere tale conseguenza non è sufficiente (consid. 4a).

Punibile secondo il diritto francese, l'operazione insider di cui trattasi lo è anche secondo il diritto svizzero, ai sensi dell'art. 162 CP (consid. 4b).

Sachverhalt ab Seite 67

BGE 113 Ib 67 S. 67

Le 23 mai 1984, le Premier Juge d'instruction au Tribunal de Grande Instance de Paris a adressé au Président du Collège des juges d'instruction à Genève une commission rogatoire internationale qu'il avait établie le 18 mai 1984 pour les besoins d'une information suivie contre inconnu du chef d'infraction à l'art. 10-I al. 1 de l'ordonnance No 67-833 du 28 septembre 1967

instituant une Commission des opérations de bourse et relative à l'information des porteurs de valeurs mobilières et à la publicité de certaines opérations de bourse (cf. DALLOZ, Code des sociétés, 7e éd., 1986 p. 654 à 662). Il exposait que la Commission des opérations de bourse avait constaté, au cours des mois de juin à août 1983, une animation insolite sur le marché boursier des actions de deux sociétés françaises. En particulier, un grand nombre d'actions de l'une de ces sociétés avaient été acquises puis revendues quelques jours après sur ordre d'U. S.A., dont le siège est à Genève et qui aurait réalisé ainsi un substantiel bénéfice. Environ un mois plus tard, une opération de vente puis de rachat portant sur un paquet d'actions d'une autre société aurait été effectuée, avec profit, sur ordre d'U. S.A. Les circonstances entourant l'émission et l'exécution de ces ordres ont amené la Commission à soupçonner qu'U. S.A. avait bénéficié de renseignements livrés par une personne disposant d'informations privilégiées. Le nom de cette personne était indiqué ainsi que ses liens avec les sociétés et les banques concernées et son mode de procéder pour permettre la réalisation des transactions boursières litigieuses. La commission rogatoire tendait pour l'essentiel à la recherche de tous renseignements sur la source des informations ayant décidé U. S.A. à passer ses ordres de bourse, sur les modalités de l'exécution de ceux-ci ainsi que sur l'affectation et le transfert éventuel à des tiers des bénéfices en résultant. L'autorité requise était invitée à procéder à toutes auditions de témoins, réquisitions, perquisitions et saisies utiles, au vu des éléments recueillis, à la découverte de la vérité. Le Juge d'instruction genevois a entendu l'administrateur-délégué et un collaborateur d'U. S.A. qui, tout en contestant l'existence d'une opération d'initiés, lui ont remis divers documents relatifs aux faits mentionnés dans la commission rogatoire internationale. Par ordonnance du 4 novembre 1986, il a décidé de clore la procédure d'entraide et de transmettre aux autorités françaises le procès-verbal de l'audition des témoins et quatre pièces qu'ils avaient produites. Après avoir constaté la régularité formelle de la demande d'entraide, il a considéré principalement que les faits qui y sont allégués tomberaient, s'ils avaient été commis en Suisse, sous le coup de l'art. 162 CP. Il a admis, à titre subsidiaire, que les renseignements obtenus déchargeaient la ou les personnes poursuivies et que, partant, l'entraide devait être de toute façon accordée en application de

l'art. 63 ch. 5 EIMP. Il a enfin rappelé avec précision la portée de la règle de la spécialité. Par ordonnance du 4 février 1987, la Chambre d'accusation du canton de Genève a rejeté le recours formé par U. S.A. contre cette décision. Elle a simplement rectifié la motivation subsidiaire de l'autorité inférieure en affirmant qu'on se trouvait en présence d'un cas d'application, non pas de l'art. 63 al. 5, mais de l'art. 64 al. 2 EIMP, aux termes duquel les mesures de contrainte sont aussi admises en cas d'impunité de l'acte en Suisse si elles tendent à disculper la personne poursuivie. Le recours de droit administratif interjeté par U. S.A. contre cette ordonnance a été rejeté par le Tribunal fédéral.

Erwägungen

Extrait des considérants:

4. La question fondamentale soulevée en l'espèce est celle de la double incrimination des faits relatés dans la commission rogatoire du 18 mai 1984. En ratifiant la Convention européenne d'entraide judiciaire en matière pénale (RS 0.351.1), la Suisse a en effet émis une réserve au sens de ses art. 5 al. 1 et 23 al. 1, en déclarant

qu'elle subordonnait l'exécution de toute commission rogatoire exigeant l'application d'une mesure coercitive quelconque à la condition que l'infraction motivant la demande soit punissable à la fois selon le droit de la Partie requérante et selon le droit de la Partie requise (RS 0.351.1, p. 28). Avant de vérifier si cette condition est remplie en l'espèce, il convient toutefois d'examiner si l'on se trouve en présence d'un cas où l'entraide vise à décharger la personne poursuivie. C'est ce qu'ont admis tant l'autorité cantonale inférieure - qui, suivie en cela par l'Office fédéral de la police dans ses observations sur le présent recours, a fait application de l'art. 63 ch. 5 EIMP - que l'autorité intimée - qui s'est fondée sur l'art. 64 al. 2 EIMP.

a) Selon l'art. 63 al. 5 EIMP, l'entraide visant à décharger la personne poursuivie peut être accordée nonobstant l'existence de motifs d'irrecevabilité au sens des art. 3 à 5 de cette loi. Aux termes de l'art. 64 al. 2 EIMP, les mesures de contrainte sont aussi admises en cas d'impunité de l'acte en Suisse, si elles tendent à disculper la personne poursuivie. Cette dernière disposition, qui n'existait pas dans le projet du Conseil fédéral (art. 60; FF 1976 II p. 494), a été introduite par la Commission du Conseil des Etats. Il résulte des délibérations de cette Chambre que l'entraide visant à

décharger la personne poursuivie ne devrait être accordée, lorsque les faits poursuivis ne sont pas punissables en Suisse ou lorsqu'il existe des motifs d'irrecevabilité de la demande, qu'à deux conditions: l'intéressé doit avoir confirmé par son accord que la mesure requise est bel et bien ordonnée dans son propre intérêt et non pas dans un intérêt quelconque de l'Etat requérant; cette mesure ne doit pas être susceptible de léser les intérêts dignes de protection de tiers, impliqués ou non (Bulletin officiel de l'Assemblée fédérale (BO) CE 1977 p. 617, 1re colonne in fine, et p. 632, 1re colonne). Cette question n'a pas fait l'objet de discussions particulières au sein du Conseil national (BO/CN 1979 vol. 1 p. 852). Saisie d'une demande d'entraide qui vise à décharger la personne poursuivie, l'autorité administrative fédérale est elle-même prudente. Elle exige chaque fois que la personne poursuivie donne son accord à l'application des mesures exigées par la voie de l'entraide judiciaire, que cet accord soit consigné dans un procès-verbal et qu'une copie de ce procès-verbal lui soit envoyée. Cette prudence s'explique par l'idée que l'administration d'une preuve requise, à sa propre décharge, par la personne poursuivie dans la procédure étrangère peut, dans certaines circonstances, lui être très défavorable et aboutir à un résultat contraire à celui recherché (cf. JAAC 46/IV, No 68, p. 405, lettre b). Cette application limitée des art. 63 al. 5 et 64 al. 2 EIMP est justifiée. Il n'est en effet guère aisé pour les autorités de l'Etat requis de déterminer si les renseignements sollicités par un Etat étranger pour décharger la personne poursuivie seront utilisés exclusivement dans ce but, ou s'ils ne le seront pas aussi à des fins contraires à celles que tend à réaliser la coopération internationale de la Suisse en matière pénale. On comprend dès lors mal le raisonnement tenu en l'espèce par les autorités cantonales, repris par l'Office fédéral de la police. Alors même que la commission rogatoire du 18 mai 1984 ne vise manifestement pas à décharger la personne poursuivie, elles ont constaté que le résultat de l'enquête menée par le Juge d'instruction genevois déchargeait celle-ci; elles en ont tiré la conclusion que la Suisse pouvait renoncer à la condition de double incrimination, sur la base soit de l'art. 63 al. 5 soit de l'art. 64 al. 2 EIMP. Ce faisant, elles se sont livrées, en quelque sorte, à une appréciation anticipée des preuves recueillies à Genève, ce qui n'est pas du ressort de l'autorité chargée de se prononcer sur une demande d'entraide, de la même manière qu'il ne lui incombe pas, en principe, de se prononcer sur

l'opportunité des mesures d'instruction pour l'administration desquelles l'entraide est requise (cf. ATF 111 Ib 131).

Quoi qu'il en soit, il n'y a pas lieu de s'attarder plus avant sur l'application éventuelle de ces deux dispositions particulières. La condition de la double incrimination des faits tels qu'ils sont exposés dans la demande d'entraide est en effet de toute évidence réalisée. b) Il n'existe pas en droit pénal suisse de disposition topique sanctionnant comme telles les opérations d'initiés. Pour que celles-ci soient punissables, il faut qu'elles tombent sous le coup de l'art. 162 CP qui réprime la violation du secret commercial. Tel est le cas si la personne au bénéfice d'une information privilégiée, qu'elle devait garder secrète, l'a transmise à un tiers qui a tiré parti de cette révélation pour procéder à des opérations boursières. Tel n'est pas le cas, en revanche, si l'initié met à profit pour son propre compte les renseignements qu'il a obtenus dans l'exercice de ses activités confidentielles (ATF 109 Ib 57 consid. 5c; arrêt non publié X. du 16 mai 1984).
L'opération d'initiés ainsi punissable en droit suisse l'est également en droit français sur la base de l'art. 10-I al. 1 de l'ordonnance déjà citée du 28 septembre 1967. Cette disposition punit de l'emprisonnement et de l'amende notamment les personnes disposant, à l'occasion de l'exercice de leur profession ou de leurs fonctions, d'informations privilégiées sur les perspectives ou la situation d'un émetteur de titres ou sur les perspectives d'évolution d'une valeur mobilière, et qui auront réalisé ou sciemment permis de réaliser sur le marché boursier une ou plusieurs opérations sur le fondement de ces informations, avant que le public en ait connaissance. C'est bien ce que soupçonne l'autorité requérante. La personne mentionnée dans sa demande aurait en effet transmis à la recourante des informations obtenues confidentiellement dans l'exercice de ses fonctions auprès d'un établissement bancaire, pour permettre à celle-ci d'intervenir dans des conditions optimales sur le marché boursier, soit pour son propre compte, soit pour le compte d'un de ses clients. Les explications de la recourante se résument en réalité à une contestation de ces faits. Elles ne suffisent pas à démontrer que l'exposé détaillé qu'en donne la demande est manifestement erroné, contradictoire ou lacunaire (ATF 107 Ib 267 consid. 3a, ATF 105 Ib 425 /6 consid. 4b). C'est donc au juge du fond qu'elles devront êtres soumises, le juge de

l'entraide ne pouvant se fonder sur elles pour refuser de donner suite à la demande qui lui est soumise.