Urteilskopf

118 Ib 448

54. Extrait de l'arrêt de la Ire Cour de droit public du 13 octobre 1992 dans la cause Office fédéral de la police contre sociétés A., B., C., D., E., sieur Z. et Chambre d'accusation du canton de Genève (recours de droit administratif)
Regeste (de):
Französisches Ersuchen um internationale Rechtshilfe in Strafsachen. Beidseitige Strafbarkeit; Insiderdelikte, Art. 161 StGB.

Erfordernis der beidseitigen Strafbarkeit im allgemeinen (E. 3).

Im vorliegenden Fall betrifft die vertrauliche Information die Beteiligung der Gruppe M. am Kapital der französischen Bank Société Générale.

Die Ziff. 1 und Ziff. 2 von Art. 161 StGB sind in bezug auf die in Frankreich verfolgten Handlungen nicht unmittelbar anwendbar, da die vertrauliche Information nicht von Personen stammt, die mit der Société Générale verbunden sind, sondern von solchen, die zur Gruppe M. gehören (E. 4).

Wegen ihrer Bedeutung ist die im vorliegenden Fall erfolgte Beteiligungsübernahme mit einer Gesellschaftsverbindung im Sinne von Art. 161 Ziff. 4 StGB vergleichbar. Die Ziff. 1 und 2 sind deshalb auf die der Gruppe M. zuzurechnenden Insider oder "Tippees" anwendbar (E. 5).

Es ist unerheblich, dass die Aktien der Gruppe M. nicht börsenkotiert sind (E. 6a).

Regeste (fr):
Demande française d'entraide judiciaire internationale en matière pénale. Double incrimination; délits d'initiés, art. 161 CP.

Exigence de la double incrimination en général (consid. 3).

En l'espèce, l'information confidentielle concerne la prise de participation du groupe M. dans le capital de la banque française Société Générale.

Les ch. 1 et ch. 2 de l'art. 161 CP ne sont pas applicables directement aux faits poursuivis en France, car l'information confidentielle ne provient pas de personnes rattachées à la Société Générale, mais au groupe M. (consid. 4).

Par son importance, la prise de participation est en l'espèce assimilable à un regroupement de sociétés au sens de l'art. 161 ch. 4 CP. Les ch. 1 et 2 de art. 161 sont donc applicables aux initiés ou "tippees" rattachés au groupe M. (consid. 5).

Il est sans importance que les actions du groupe M. ne soient pas cotées en bourse (consid. 6a).

Regesto (it):
Domanda francese di assistenza giudiziaria internazionale in materia penale. Doppia incriminazione; reati d'iniziati, art. 161 CP.

Requisiti della doppia incriminazione in generale (consid. 3).

Nel caso concreto, l'informazione confidenziale concerne la partecipazione del gruppo M. al capitale della banca francese Société Générale. I n. 1 e n. 2 dell'art. 161 CP non sono direttamente applicabili ai fatti perseguiti in Francia, poiché l'informazione confidenziale non proviene da una persona collegata alla Société Générale, bensì al gruppo M. (consid. 4).

A causa della sua importanza nel caso concreto, l'avvenuta partecipazione è assimilabile a un raggruppamento di società ai sensi dell'art. 161 n. 4 CP. I n. 1 e 2 dell'art. 161 CP sono quindi applicabili agli iniziati o "tippees" collegati al gruppo M. (consid. 5).

Che le azioni del gruppo M. non siano quotate in borsa è irrilevante (consid. 6a).

Nozione di fatti confidenziali (consid. 6b).

Sachverhalt ab Seite 449

BGE 118 Ib 448 S. 449

A.- Dans le cadre d'une information pénale pour délits d'initiés, le 1er Juge d'instruction au Tribunal de Grande Instance de Paris (ci-après: le Juge d'instruction français) a, le 19 juin 1990, adressé aux autorités suisses une commission rogatoire. Se fondant notamment sur un rapport d'enquête de la Commission des opérations de bourse (COB), il y expose les faits suivants. Directeur de la société M. (ci-après: M. ou le groupe M.), P. envisagea, au mois de mai 1988, une prise de participation dans certaines sociétés françaises privatisées en 1987. Son choix s'est porté sur la banque Société Générale. Une filiale du groupe M. fut chargée d'acquérir les titres, par l'intermédiaire de différentes sociétés holdings. De nombreuses personnes ou sociétés financières ont été approchées. Le 24 octobre 1988, le groupe M. déclara à la Société des bourses françaises détenir 9,16% du capital de la Société Générale. C'est à cette date que l'opération fut connue du public. Ayant reçu du Comité des établissements de crédit, le 28 octobre 1988, l'autorisation de franchir le seuil des 10%, le groupe M. annonça détenir 14,18% des titres le 25 novembre 1988. L'opération échoua toutefois, devant la résistance de certains actionnaires de la Société Générale. A mi-avril 1989, la participation fut ramenée à 0,5%. Les personnes poursuivies en France

BGE 118 Ib 448 S. 450

avaient acheté des titres de la Société Générale avant que l'opération ne devienne publique, retirant de leur revente des bénéficies substantiels. La demande expose en particulier que différentes sociétés, au Liechtenstein et à Panama, gérées par Z. (ci-après: les sociétés), auraient acquis, entre le 1er mai et le 30 septembre 1988, 230 691 titres de la Société Générale et en auraient vendu 524 570. L'autorité requérante demande qu'il soit procédé à toutes les investigations nécessaires afin d'identifier les donneurs d'ordres et les bénéficiaires réels de ces opérations, que les comptes détenus par ces opérateurs en Suisse, et plus particulièrement à Genève, soient identifiés, que tous les documents financiers utiles concernant la période du 1er mai 1988 au 31 avril 1989 soient saisis et que les opérateurs concernés soient entendus sur les causes et les modalités de ces opérations, ainsi que sur leurs relations avec toute personne intervenue dans la prise de participation du groupe M. L'autorité sollicitait la présence de fonctionnaires français lors de l'exécution des actes d'entraide, notamment de l'audition des témoins. L'Office fédéral de la police (ci-après: l'OFP) a transmis cette requête le 23 juillet

1990 au cabinet des juges d'instruction du canton de Genève.

B.- Par ordonnance du 19 septembre 1990, le Juge d'instruction est entré en matière. Le 24 septembre 1990, il a notifié à Z. une ordonnance de perquisition et de saisie, demandant que soit révélée l'identité des donneurs d'ordres et bénéficiaires des opérations portant sur des titres de la Société Générale. L'ordonnance sollicitait la production de tous documents financiers, et mentionnait que Z. serait entendu comme témoin. Sur recours de Z. et des sociétés, la Chambre d'accusation du canton de Genève (ci-après: la Chambre d'accusation) a, le 11 mars 1991, annulé l'ordonnance d'entrée en matière. Le Juge d'instruction ayant, après le prononcé de l'ordonnance, renvoyé au magistrat requérant une partie des pièces jointes à la commission rogatoire, il n'était pas possible de déterminer si la condition de la double incrimination était réalisée.

C.- L'OFP a déposé contre cette ordonnance un recours de droit administratif. Dans le cadre de cette procédure, l'OFP a produit des documents joints à une nouvelle demande d'entraide formée le 23 mai 1991 par le Juge d'instruction français, et concernant la même affaire. Par arrêt du 28 août 1991, le Tribunal fédéral a admis le recours et renvoyé la cause à la Chambre d'accusation afin qu'elle examine,

à la lumière de ces nouvelles pièces et en faisant au besoin compléter la demande, si l'entraide était admissible.

D.- Le 6 décembre 1991, le Juge d'instruction a rendu une nouvelle ordonnance d'entrée en matière. Il a notifié le même jour à Z. une ordonnance de perquisition et de saisie, identique à la première. Par ordonnance du 11 décembre 1991, il a sollicité de toutes les banques genevoises la production des documents requis dans la demande d'entraide.

E.- Z. et les sociétés ont derechef recouru à la Chambre d'accusation contre les ordonnances du 19 septembre 1990, du 6 décembre 1991 et du 11 décembre 1991. Par ordonnances du 17 février 1992, la Chambre d'accusation a admis les recours et annulé les décisions attaquées. Elle a considéré que les faits décrits dans la demande n'étaient pas punissables en tant que délits d'initiés selon le droit suisse.

F.- Agissant par la voie du recours de droit administratif, l'OFP demande au Tribunal fédéral d'annuler ces dernières ordonnances et de renvoyer la cause à la Chambre d'accusation pour nouvelle décision. Le Tribunal fédéral a admis le recours.

Erwägungen

Extrait des considérants:

3. a) Selon l'art. 5 al. 1 let. a CEEJ, applicable en vertu de la réserve émise par la Suisse, l'exécution d'une commission rogatoire aux fins de perquisition ou de saisie d'objets est subordonnée à la condition que l'infraction poursuivie dans l'Etat requérant soit punissable selon la loi de cet Etat et de la partie requise. Selon la jurisprudence, l'examen de la punissabilité comprend, par analogie avec l'art. 35 al. 2 EIMP applicable en matière d'extradition, les éléments constitutifs objectifs de l'infraction, à l'exclusion des conditions particulières du droit suisse en matière de culpabilité et de répression (ATF 116 Ib 94 consid. 3cbb et les arrêts cités). b) Selon la commission rogatoire du 19 juin 1990, les infractions poursuivies en France sont des délits d'initiés, infractions prévues à l'art. 10 de l'ordonnance 67 833 du 28 septembre 1967. En droit suisse, ces infractions figurent,

depuis le 1er juillet 1988, à l'art. 161 CP, sous la note marginale "exploitation de la connaissance de faits confidentiels". c) 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 de la

BGE 118 Ib 448 S. 452

légalité des peines n'empêche pas le juge pénal - ou les autorités chargées d'examiner 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 116 IV 136 consid. 1a). Le juge prendra en premier lieu en considération le texte de la disposition concernée, et sa place dans la systématique légale (interprétation littérale et systématique; ATF 116 IV 140 consid. 2b). 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 (interprétation téléologique et historique; ATF 117 IV 333 consid. 2, ATF 116 IV 252 consid. 5a). En l'espèce, la référence à la jurisprudence et à la doctrine ne sera pas déterminante, la première n'étant pas établie dans ce domaine, et la seconde étant divisée sur de nombreuses questions ici litigieuses.

4. a) 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, de la direction, de l'organe de révision ou en qualité de mandataire d'une société anonyme ou d'une société dominant cette société anonyme ou dépendant d'elle, aura obtenu pour lui-même ou pour un tiers un avantage pécuniaire, soit 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 des actions, d'autres titres ou effets comptables correspondants de la société ou sur le cours d'options sur de tels titres, négociés en bourse ou avant bourse suisse, soit en portant un tel fait à la connaissance d'un tiers. Avec raison, l'autorité intimée a retenu que cette disposition ne pouvait s'appliquer directement aux faits qui sont reprochés aux personnes poursuivies en France. En effet, dans sa description des opérations suspectes, l'autorité requérante cite d'une part certaines personnes ou sociétés invitées par le groupe M. à participer à la récolte des titres de la Société Générale, et qui auraient effectué des transactions sur ces titres pour leur propre compte; d'autre part, elle mentionne des personnes et sociétés qui, n'ayant pas été invitées à participer à l'opération, auraient également acheté et revendu des titres de la Société Générale, parmi lesquelles les personnes poursuivies. Or, il ne ressort pas de la demande que l'une ou l'autre de ces personnes ferait partie du cercle des intéressés mentionnés à l'art. 161 ch. 1 CP en étant rattachée d'une quelconque manière à la Société Générale. b) Selon l'art. 161 ch. 2 CP, sera puni de l'emprisonnement pour un an au plus ou de l'amende celui à qui un fait confidentiel est

BGE 118 Ib 448 S. 453

communiqué directement ou indirectement par l'une des personnes mentionnées au ch. 1 et qui, par l'exploitation de cette information, obtient pour lui-même ou pour un tiers un avantage pécuniaire ("tippees"). Cette disposition n'est pas non plus applicable, directement, aux faits décrits dans la demande d'entraide, car les informations litigieuses, relatives à la prise de participation du groupe M. dans la Société Générale, ne provenaient pas de cette dernière, mais du groupe M. lui-même.

5. Aux termes de l'art. 161 ch. 4 CP, lorsque le regroupement de deux sociétés anonymes est envisagé, les ch. 1 à 3 s'appliquent aux deux sociétés. La Chambre d'accusation a estimé que le renvoi de cette disposition ne s'appliquait pas non plus aux faits mentionnés dans la demande: la prise de participation par le groupe M.

dans la Société Générale ne pouvait, en raison de son aspect limité, être assimilée à un regroupement de ces sociétés; leur rapprochement ne résultait pas d'une volonté concordante. a) Selon l'art. 161 ch. 3 CP, sont considérés comme faits au sens des ch. 1 et 2 l'émission imminente de droits de participation, un regroupement d'entreprises ou tout autre fait analogue d'importance comparable. L'OFP considère que la notion de regroupement de deux sociétés anonymes, au sens du ch. 4, s'étend, comme la notion de regroupement d'entreprises au sens du ch. 3, à tout fait analogue d'importance comparable. Les intimés soutiennent qu'en raison du principe strict de la légalité des peines, la notion étendue de regroupement d'entreprises (ch. 3) ne saurait s'appliquer à l'expression regroupement de deux sociétés (ch. 4). Cette opinion fait fi du rapport étroit existant entre le ch. 3, qui concerne les faits parvenus à la connaissance de l'intéressé, et le ch. 4 de l'art. 161 CP, qui concerne une opération pouvant être à l'origine de ces faits. Le renvoi du second au premier ne peut se comprendre que si ces dispositions font référence aux mêmes notions. En outre, la volonté du législateur, telle qu'on peut la dégager des travaux préparatoires, a clairement été de définir la notion de regroupement, aussi bien selon le ch. 3 que selon le ch. 4, dans un sens étendu (FF 1985 II p. 77-78). Il ressort des textes allemand de l'art. 161 ch. 3 et 4 CP ("Unternehmensverbindung" et "Verbindung zweier Aktiengesellschaften"), français ("regroupement") et italien ("raggruppamento") qu'il ne faut pas entendre par là seulement les opérations de fusion au sens strict, mais aussi d'autres circonstances touchant l'indépendance de

l'entreprise (SCHMID, Schweizerisches Insiderstrafrecht, Berne 1988 p. 112, s'appuyant sur les travaux préparatoires - p. 110 No 183). Il doit par ailleurs s'agir de faits qui, par leur influence importante sur l'organisation de l'entreprise, sur sa situation patrimoniale ou sur son rendement, sont de nature à influer sur sa valeur et donc sur le cours de ses titres (SCHMID, op.cit. p. 113 No 191). Or, dans la vie économique actuelle, une prise de participation d'une société dans le capital d'une autre société est un moyen fréquemment utilisé pour former un groupe de sociétés; elle répond à la notion de regroupement d'entreprises, conformément à la lettre et au but de la loi. Une prise de participation majoritaire n'est pas nécessaire; il suffit que celle-ci soit de nature à modifier, de manière significative, le cours des actions. Comme l'explique la COB dans son rapport d'enquête, les opérations menées par le groupe M. eurent notamment pour effet une profonde modification de la structure de l'actionnariat de la Société Générale; en particulier, le "noyau stable" d'actionnaires, initialement de 20%, fut porté à 42,5%; un groupe d"'auto-contrôle" détenant 5,3% des titres, fut constitué et la caisse de retraite de la banque prit une participation de 1,3%. Malgré le caractère proportionnellement modeste de la prise de participation du groupe M. (14,18% avant l'abandon du projet), l'opération engendra donc de profondes modifications structurelles et doit par conséquent être considérée, dans ses effets, d'une importance comparable à un regroupement d'entreprises. b) La cour cantonale a estimé que l'art. 161 ch. 4 CP ne pouvait s'appliquer, faute d'une volonté concordante de rapprochement des deux sociétés. Cette exigence ne trouve un fondement ni dans le texte, ni dans les objectifs de la loi. Comprise, comme on l'a vu, dans un sens large, la notion de regroupement s'étend aussi à une prise de participation opérée sans l'accord, voire à l'insu même de la société qui en est l'objet. Un accord de la société faisant l'objet d'une telle prise de participation n'est donc pas nécessaire. c) Sur le vu de ce qui précède, l'opération menée par le groupe M. doit ainsi être considérée comme un "regroupement de deux sociétés" au sens de l'art. 161 ch. 4 CP; les ch. 1 à 3 de cette disposition s'appliquent donc aux deux sociétés de sorte que, pour autant que les autres conditions soient remplies, celle de la double incrimination serait réalisée pour les personnes ayant, à l'égard du groupe M., la qualité d'initiés au sens de l'art. 161 ch. 1, ou de "tippees" au sens de l'art. 161 ch. 2 CP.

6. a) La Chambre d'accusation a considéré que le renvoi de l'art. 161 ch. 4 aux ch. 1 à 3 impliquait que

les actions des deux sociétés devaient être cotées en bourse. Tel n'était pas le cas du groupe M. Selon l'art. 161 ch. 1 al. 4 CP, est punissable l'exploitation de la connaissance d'un fait dont il est prévisible que la divulgation exerce une influence notable sur le cours d'actions ou d'autres titres négociés en bourse ou avant bourse suisse. L'exigence d'une cotation en bourse tient à la difficulté, pour le juge, de déterminer si les titres sont négociés régulièrement, et d'en connaître le cours (FF 1985 II 86 s.). Cette exigence ne peut donc logiquement concerner que les titres qui sont l'objet de la spéculation, et donc de l'infraction, soit en l'espèce les actions de la Société Générale. Le fait que les actions du groupe M. ne soient pas cotées en bourse n'est dès lors pas pertinent. b) Selon la Chambre d'accusation, l'opération lancée par le groupe M. était dans le domaine public dès mi-août 1988, de sorte que nombre de transactions n'étaient de toute façon pas punissables. aa) Un fait est confidentiel au sens de l'art. 161 CP tant que le public boursier n'en a pas - par une information officielle ou par d'autres moyens - la connaissance (STRATENWERTH, Schweizerisches Strafrecht, supplément 1987-1990, Berne 1990 p. 49 No 10; SCHMID, op.cit., No 200 ss). Une information cesse ainsi d'être confidentielle lorsqu'elle est connue, de manière presque certaine, par un cercle élargi d'acteurs boursiers (SCHUBARTH/ALBRECHT, Kommentar zum Schweizerischen Strafrecht, Berne 1990 No 79). bb) Aux termes de la demande d'entraide, l'opération lancée par le groupe M. n'aurait été connue du public que le 24 octobre 1988, date à laquelle le groupe M. a déclaré avoir franchi le seuil de 5% dans le capital de la Société Générale. Les intimés relèvent que P., directeur du Groupe, aurait très largement diffusé son projet, entre le 28 juin et la fin juillet 1988; selon le rapport de la COB, une rumeur circulait dans les milieux boursiers selon laquelle une banque étrangère envisageait une prise de participation importante dans le capital de la Société Générale; cette rumeur aurait été confirmée par la presse, les intimés se référant à un article paru le 28 août 1988 qui faisait état de gros ordres de bourse et d'un réaménagement au sein du noyau d'actionnaires tables; enfin, la hausse progressive de la valeur des actions depuis le début du mois d'août 1988 démontrerait que l'information s'est répandue dès le début dans le public.

cc) Ces circonstances ne suffisent pas pour dénier à l'opération lancée par le groupe M son caractère confidentiel. En effet, de par sa nature et son envergure, l'opération projetée nécessitait une très importante participation financière; de nombreuses personnes furent donc approchées. Il ressort du rapport de la COB que la direction de la Société Générale elle-même n'eut réellement connaissance de l'opération qu'au mois de septembre 1988; en effet, selon le directeur de cet établissement, "un faisceau convergent d'informations recueillies au cours des premières semaines de septembre (réd.: 1988) m'ont confirmé successivement qu'une manoeuvre était en cours visant le capital de la Société Générale, puis qu'elle se déroulait avec la complicité d'organismes publics". Les soupçons se portèrent sur le groupe M. après des contacts, à la fin du mois de septembre et au début du mois d'octobre 1988, entre les directeurs des deux sociétés. P. niait formellement que le groupe M. fût l'acheteur des titres; selon le rapport de la COB, ces soupçons ne furent confirmés que le 18 octobre 1988. La rumeur évoquée par les intimés, outre qu'elle soupçonnait à tort une banque étrangère, ne revêtait donc pas un caractère suffisamment précis pour que le public puisse être considéré comme renseigné de manière certaine. dd) Pour le surplus, il n'est pas contesté que la prise de participation du groupe M. a eu une influence notable sur le cours des actions de la Société Générale. c) Les intimés relèvent enfin que les personnes poursuivies en France ont reçu l'information litigieuse de P. Ce dernier n'ayant violé aucun devoir de confidentialité à l'égard du groupe M. - car les nombreux contacts noués avec des tiers l'avaient été dans l'intérêt de cette société -, il ne serait pas punissable en droit suisse (art. 161 ch. 1 CP). Il en découlerait que les tiers informés par P. ne seraient pas non plus punissables (art. 161 ch. 2 CP). A teneur de l'art. 161 ch. 2 CP, est punissable celui à qui un fait confidentiel est communiqué directement ou indirectement par l'une des personnes mentionnées au ch. 1; si la personne dont émane l'information doit avoir l'une des qualités énumérées au ch. 1 al. 1 à 3, il ne ressort pas de cette disposition qu'elle doive aussi avoir trahi un devoir de fidélité envers la société en ayant elle-même exploité la connaissance d'un fait ou en divulguant un renseignement de manière préjudiciable à cette société. Les biens juridiquement protégés par l'art. 161 CP sont non seulement les obligations de fidélité et de loyauté des initiés envers la société, mais aussi l'intégrité du marché boursier, et partant l'égalité des chances entre tous les investisseurs (FF 1985 II p. 86). Dès lors,

les ”tippees” sont punissables, quand bien même l’initié ne le serait pas, pour n’avoir pas, en divulguant l’information, violé un devoir de discrétion à l’égard de la société. Compte tenu de ce qui précède, la condition de la double incrimination est réalisée. Le recours de l’OFP doit par conséquent être admis. La cause sera renvoyée à la Chambre d’accusation afin qu’elle statue sur les autres moyens qui lui étaient soumis par les intimés.