

Bundesstrafgericht
Tribunal pénal fédéral
Tribunale penale federale
Tribunal penal federal



Numéro de dossier: RR.2008.103

Arrêt du 18 décembre 2008
Ile Cour des plaintes

Composition

Les juges pénaux fédéraux Cornelia Cova, présidente, Giorgio Bomio et Jean-Luc Bacher,
le greffier David Glassey

Parties

A.,

représenté par Me Shahram Dini, avocat,
recourant

contre

JUGE D'INSTRUCTION DU CANTON DE GENÈVE,
partie adverse

Objet

Entraide judiciaire internationale en matière pénale à
la France

Remise de moyens de preuve (art. 74 EIMP)

Faits:

- A.** Le 3 août 2005, le Juge d'instruction près le Tribunal de Grande Instance de Paris a adressé une commission rogatoire aux autorités suisses, dans le cadre d'une enquête ouverte contre plusieurs personnes – notamment contre des dirigeants de la société B. – soupçonnées d'avoir commis des délits d'initiés en relation avec le titre la société C.
- B.** A l'origine active dans la fourniture de cartes téléphoniques prépayées, la société C. a été introduite sur le Nouveau Marché de la Bourse de Paris le 29 mars 1999. Son activité s'est élargie le 7 février 2000, après la signature d'un accord avec la société D. concernant la commercialisation de packs de téléphones mobiles. Le 21 décembre 2000, la Commission des Opérations de Bourse (ci-après: COB) a ouvert une enquête sur le marché du titre de la société C., après avoir constaté d'importants achats d'actions avant le 10 février 2000, date de l'annonce de la signature du contrat entre la société D. et la société C.. Les investigations de la COB ont fait apparaître que plusieurs personnes liées aux dirigeants de la société C. – notamment des membres de la famille du directeur de cette société – sont intervenues sur le titre dans les jours précédant le 10 février 2000. Les autorités françaises ont par ailleurs des raisons de croire qu'une information privilégiée a été utilisée par un groupe d'investisseurs liés à la société B. et à la banque suisse E., devenue par la suite F. La banque précitée est en effet intervenue massivement dans l'achat du titre de la société C. à partir du 7 février 2000, notamment par l'intermédiaire de la société B. Elle aurait ainsi acquis près de 40'000 titres entre le 7 et le 10 février 2000, puis réalisé un bénéfice supérieur à € 800'000.-- à l'occasion de leur revente entre le 14 et le 15 février 2000. La demande d'entraide du 3 août 2005 tendait notamment à l'identification des clients de la banque E. bénéficiaires des opérations réalisées durant cette période, plus particulièrement ceux suivis par G., gérant de la société B..
- C.** Le 1^{er} avril 2008, le Juge d'instruction du canton de Genève (ci-après: le juge d'instruction) a rendu plusieurs ordonnances d'admissibilité et de clôture de la procédure d'entraide dans le cadre du complexe de fait décrit plus haut. Il a notamment ordonné la transmission à l'autorité requérante d'un courrier de la banque F. caviardé du 7 août 2006 contenant la liste des comptes bénéficiaires des actions de la société C. – au rang desquels le compte n° 1 –, des avis d'achat y relatifs ainsi que d'un procès-verbal d'audience de G. du 5 juillet 2005 (act. 1.3).

- D. A. a formé recours contre cette décision par acte daté du 2 mai 2008, concluant au refus de l'entraide.

- E. H. (RR.2008.97), les époux I. et J. (RR.2008.98-99), G. et K. (RR.2008.100-101), L. (RR.2008.102) et M. (RR.2008.104) ont également recouru, par 5 actes séparés, contre une ordonnance rendue par le juge d'instruction dans le complexe de fait relatif au titre de la société C..

- F. Dans le cadre du recours formé par A., l'Office fédéral de la justice (ci-après OFJ) demande la jonction des causes RR.2008.102, RR.2008.103 et RR.2008.104 et conclut à ce que le recours soit déclaré irrecevable en tant qu'il est dirigé contre la transmission aux autorités françaises du procès-verbal d'audition du 5 juillet 2005, et rejeté pour le surplus (act. 7). Le juge d'instruction conclut au rejet du recours (act. 8).

Les arguments et moyens de preuves invoqués par les parties seront repris si nécessaire dans les considérants en droit.

La Cour considère en droit:

- 1.
 - 1.1 En vertu de l'art. 28 al. 1 let. e ch. 1 LTPF, mis en relation avec les art. 80e al. 1 EIMP et 9 al. 3 du Règlement du Tribunal pénal fédéral du 20 juin 2006 (RS 173.710), la IIe Cour des plaintes du Tribunal pénal fédéral est compétente pour connaître des recours dirigés contre les décisions de clôture de la procédure d'entraide rendues par l'autorité cantonale d'exécution.

 - 1.2 L'économie de procédure peut commander à l'autorité saisie de plusieurs requêtes individuelles de les joindre ou, inversement, à l'autorité saisie d'une requête commune par plusieurs administrés (consorts) ou saisie de prétentions étrangères l'une à l'autre par un même administré, de les diviser; c'est le droit de procédure qui régit les conditions d'admission de la jonction et de la disjonction des causes (BENOÎT BOVAY, Procédure administrative, Berne 2000, p. 173). Bien qu'elle ne soit pas prévue par la PA, applicable à la présente cause par renvoi de l'art. 30 let. b LTPF,

l'institution de la jonction des causes est néanmoins admise en pratique (cf. TPF RR.2007.187-190 du 8 avril 2008, consid. 1).

1.3 L'ordonnance attaquée par L. porte sur la transmission de documentation bancaire à l'autorité requérante. Les ordonnances faisant l'objet des recours formés respectivement par A. et M. portent sur la transmission de documentation bancaire, d'une part, et du procès-verbal d'audition à titre de témoin de G., acquis dans le cadre d'une procédure pénale suisse, d'autre part. Par souci de clarté, s'agissant en particulier de la lisibilité des considérants relatifs à la recevabilité des recours sur les différents points querellés, il ne se justifie pas, ainsi que proposé par l'OFJ, de joindre les causes RR.2008.102, RR.2008.103 et RR.2008.104.

2.

2.1 L'entraide judiciaire entre la République française et la Confédération est régie par la Convention européenne d'entraide judiciaire en matière pénale (CEEJ; 0.351.1), entrée en vigueur pour la Suisse le 20 mars 1967 et pour la France le 21 août 1967, ainsi que par l'accord bilatéral complétant cette convention (RS 0.351.934.92; ci-après: l'accord bilatéral), conclu le 28 octobre 1996 et entré en vigueur le 1^{er} mai 2000.

2.2 Le 27 novembre 2008, le Conseil de l'Union européenne a décidé la mise en œuvre de la totalité des accords bilatéraux d'association de la Suisse à l'Espace Schengen et à l'Espace Dublin à compter du 12 décembre 2008 (Journal officiel de l'Union européenne L 327 du 5 décembre 2008, p. 15 à 17). Selon la jurisprudence constante, le droit applicable à l'entraide internationale est celui en vigueur au moment de la décision. Le caractère administratif de la procédure d'entraide exclut l'application du principe de la non-rétroactivité (ATF 122 II 422 consid. 2a; 112 Ib 576 consid. 2; 109 Ib 62 consid. 2a, 157 consid. 3b; arrêt du Tribunal fédéral 1A.96/2003 du 25 juin 2003, consid. 2.2; TPF RR.2007.178 du 29 novembre 2007, consid. 4.3). Il en découle qu'en vertu des art. 2 ch. 1 et 15 ch. 1 de l'Accord du 26 octobre 2004 entre la Confédération suisse, l'Union européenne et la Communauté européenne sur l'association de la Suisse à la mise en œuvre, à l'application et au développement de l'acquis Schengen (RS 0.360.268.1; ci-après: l'Accord Schengen), en matière d'entraide, sont également applicables les art. 48 ss de la Convention d'application de l'Accord Schengen du 14 juin 1985 (ci-après: CAAS) entre les gouvernements des Etats de l'Union économique Benelux, de la République fédérale d'Allemagne et de la République française relatif à la suppression graduelle des contrôles aux frontières communes (n° CELEX 42000A0922(02); Journal officiel de l'Union européenne L 239 du 22 septembre 2000, p. 19 à 62).

- 2.3** Dans la mesure où l'entrée en vigueur des dispositions pertinentes de la CAAS ne comporte guère, en l'espèce, de changement substantiel des conditions d'octroi de l'entraide à l'Etat requérant par rapport au droit conventionnel (cf. consid. 2.1), un échange d'écriture supplémentaire afférent au droit applicable n'a pas été nécessaire.
- 2.4** Pour le surplus, l'EIMP et son ordonnance d'exécution (OEIMP; RS 351.11) règlent les questions qui ne sont pas régies, explicitement ou implicitement, par les traités (ATF 130 II 337 consid. 1 p. 339; 128 II 355 consid. 1 p. 357 et la jurisprudence citée). Le droit interne s'applique en outre lorsqu'il est plus favorable à l'octroi de l'extradition que la Convention (ATF 122 II 140 consid. 2 et les arrêts cités). Le respect des droits fondamentaux est réservé (ATF 123 II 595 consid. 7c p. 617).
- 2.5**
- 2.5.1** En sa qualité de titulaire du compte n° 1, le recourant a la qualité pour recourir contre la transmission à l'autorité française de la documentation bancaire relative à ce compte (art. 80*h* EIMP et art. 9*a* let. a OEIMP; ATF 126 II 258 consid. 2*d/aa* p. 260; 125 II 356 consid. 3*b/bb* p. 362; 123 II 161 consid. 1*d/aa* p. 164; 122 II 130 consid. 2*a* p. 132/133). Adressé dans les trente jours à compter de celui de la notification de la décision attaquée, le recours est recevable en la forme (art. 80*k* EIMP).
- 2.5.2** Le recourant prétend être habilité à recourir contre la transmission du procès-verbal d'audition de G.. Une telle faculté est reconnue au titulaire du compte uniquement si la transmission du procès-verbal équivaut matériellement à la remise de la documentation bancaire (ATF 124 II 180 consid. 2*b* p. 182). Tel ne semble pas être le cas en l'espèce, puisque les indications fournies par G. ne précisent pas les références du compte du recourant, ni le détail des opérations (v. Arrêt du Tribunal fédéral 1A.243/2002 du 15 janvier 2003, consid. 1). La question peut toutefois rester indécise en l'espèce. Il est en effet constant que la qualité pour recourir contre la transmission équivalant à la remise de la documentation bancaire du procès-verbal d'audition d'un tiers témoin n'est pas reconnue au titulaire de ce compte bancaire, lorsque la documentation y relative est transmise à l'Etat requérant au terme de la procédure d'entraide (Arrêt du Tribunal fédéral 1A.59/2005 du 26 avril 2005, consid. 3.3 et les références citées). En l'occurrence, la documentation relative au compte au sujet duquel le témoin a fait des déclarations a été transmise à l'Etat requérant selon la décision de clôture du 1^{er} avril 2008. Les griefs dirigés contre celle-ci devant être rejetés (ci-dessous consid. 3), le recourant ne dispose plus d'un intérêt digne

de protection à s'opposer à la transmission du procès-verbal consignant ces déclarations.

- 3.** Le recourant se plaint d'une violation du principe de la double incrimination. Selon lui, la signature d'un contrat entre la société D. et la société C. ne saurait être qualifiée de «fait confidentiel» au sens de l'art. 161 al. 3 CP.
- 3.1** La remise de documents bancaires est une mesure de contrainte au sens de l'art. 63 al. 2 let. c EIMP, qui ne peut être ordonnée, selon l'art. 64 al. 1 EIMP mis en relation avec la réserve faite par la Suisse à l'art. 5 ch. 1 let. a CEEJ, que si l'état de faits exposé dans la demande correspond aux éléments objectifs d'une infraction réprimée par le droit suisse. De même, à teneur de l'art. VIII let. a de l'accord bilatéral, l'entraide judiciaire consistant en une mesure coercitive quelconque peut être refusée si le fait qui a donné lieu à la commission rogatoire n'est pas punissable selon le droit des deux Etats. L'examen de la punissabilité selon le droit suisse 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 124 II 184 consid. 4b p. 186-188; 122 II 422 consid. 2a p. 424; 118 Ib 448 consid. 3a p. 451 et les arrêts cités). Il n'est ainsi pas nécessaire que les faits incriminés revêtent, dans les deux législations concernées, la même qualification juridique, qu'ils soient soumis aux mêmes conditions de punissabilité ou passibles de peines équivalentes; il suffit qu'ils soient réprimés, dans les deux Etats, comme des délits donnant lieu ordinairement à la coopération internationale (ATF 124 II 184 consid. 4b/cc p. 188; 117 Ib 337 consid. 4a p. 342; 112 Ib 225 consid. 3c p. 230 et les arrêts cités).
- 3.2** Selon l'art. 161 ch. 1 CP, est punissable d'une peine privative de liberté de trois ans au plus ou d'une peine pécuniaire 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.
- 3.2.1** A teneur du ch. 3 de cette disposition, abrogé le 1^{er} octobre 2008, étaient 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». Selon la jurisprudence, cette dernière notion devait être interprétée restrictivement, en ce sens que l'adoption d'une formulation tenant compte de faits non seulement «d'importance comparable», mais aussi «analogues» aux deux exemples retenus impli-

quait une ressemblance non seulement quantitative, mais aussi qualitative (ATF 118 Ib 547 consid. 4). Sous l'empire de l'ancien droit, l'analogie ne pouvait donc porter que sur les deux types d'opérations mentionnées à titre d'exemples; les faits confidentiels devaient 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'était pas le cas, en revanche des pertes ou des bénéfices importants (arrêt du Tribunal fédéral 1A.325/2000 du 5 mars 2001, consid. 2b). Le Tribunal fédéral a eu l'occasion de préciser dans l'arrêt du 5 mars 2001 précité (consid. 2d), qu'il était 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 étrangères, en ait circonscrit la portée de manière si étroite, mais que ces considérations téléologiques ne sauraient l'emporter sur le texte de la loi.

Le chiffre 3 de l'art. 161 CP a été abrogé par le ch. I de la LF du 20 mars 2008, avec effet au 1^{er} octobre 2008 (RO 2008 4501 4502; FF 2007 413). Dans son Message du 8 décembre 2006 concernant la modification du Code pénal suisse (suppression de l'art. 161, ch. 3, CP), le Conseil fédéral expose que «l'extension de la norme pénale sur le délit d'initié à tous les faits susceptibles d'influencer les cours est incontestée. La nécessité d'une telle mesure est reconnue tant par la doctrine et la jurisprudence que par les milieux économiques» (FF 2007 417). A teneur du Message, «il n'est guère possible de justifier objectivement la restriction de la norme pénale sur le délit d'initié à des faits tels que l'émission imminente de nouveaux droits de participation, le regroupement attendu d'entreprises ou tout autre fait analogue modifiant la structure de l'entreprise. L'exploitation de la connaissance d'une fusion imminente ou d'un mauvais résultat d'activités compromet dans tous les cas l'égalité des chances entre investisseurs. (...). La suppression complète et définitive de l'actuel ch. 3 permettra non seulement d'inclure les avertissements sur pertes et bénéfices dans le champ d'application de la norme pénale sur le délit d'initié, (...), mais aussi d'étendre celui-ci à tous les faits confidentiels dont la publication est susceptible d'exercer une influence notable sur le cours des titres concernés. Cette mesure apportera donc un très net élargissement du champ d'application de la norme pénale par rapport au droit actuel».

- 3.2.2** La condition de la double incrimination s'examine au regard du droit en vigueur au moment où il est statué sur la demande d'entraide judiciaire, et non au moment de la commission du délit (ATF 122 II 422 consid. 2a p. 424; 112 Ib 576 consid. 2 p. 584; 109 Ib 60 consid. 2a p. 62). Le caractère

administratif de la procédure d'entraide exclut l'application des principes du droit pénal matériel, tels que ceux de la «lex mitior» ou de la non-rétroactivité de la loi pénale (arrêt du Tribunal fédéral 1A.96/2003 du 25 juin 2003, consid. 2.2). En l'espèce, il ne semble *prima facie* pas exclu que le contrat conclu entre la société D. et la société C. dont il est fait état dans la demande d'entraide du 3 août 2005 puisse être qualifié de fait confidentiel au sens de l'art. 161 CP. Au demeurant, pour les motifs qui suivent, l'entraide doit être accordée même si une telle qualification ne devait pas être possible.

3.3

3.3.1 A teneur de l'art. 162 CP, celui qui aura révélé un secret de fabrication ou un secret commercial qu'il était tenu de garder en vertu d'une obligation légale ou contractuelle et celui qui aura utilisé cette révélation à son profit ou à celui d'un tiers sera, sur plainte, puni d'une peine privative de liberté de trois ans au plus ou d'une peine pécuniaire. Constitue un secret au sens de cette disposition 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, au calcul des prix, à la publicité et à la production (arrêt du Tribunal fédéral 6B_496/2007 du 9 avril 2008, consid. 5.1). Le comportement punissable au sens de l'art. 162 CP comporte deux variantes. Dans la première, la personne tenue au secret rend le secret accessible à une personne non autorisée; dans la seconde, un tiers exploite cette révélation illicite, pour lui-même ou pour autrui, étant entendu que la personne astreinte au secret ne peut pas être le tiers au sens de la seconde variante (ATF 109 Ib 57 consid. 5b).

3.3.2 En l'espèce, la signature du contrat entre la société D. et la société C. a conduit à un élargissement notable du secteur d'activité de la société C. Il ressort par ailleurs du rapport d'enquête de la COB annexé à la demande d'entraide que l'action de la société C. a «explosé» suite à l'annonce de la signature du contrat précité, sa valeur ayant augmenté de 136,7 % en neuf séances, avant d'atteindre son plafond historique de €143,9 le 10 mars 2000, le cours ayant triplé en cinq semaines. Dans ces conditions, il y a lieu d'admettre que la signature du contrat entre la société D. et la société C. constitue à première vue un «secret commercial» au sens de l'art. 162 CP. L'article paru le 27 janvier 2000 sur le site *l'Expansion.com* (act. 1.5) invoqué à l'appui du recours ne modifie en rien cette appréciation. En effet, cet article ne mentionne pas l'existence d'un accord survenu entre la société C. et la société D., mais se limite à faire état de négociations entre la société

C. et «trois opérateurs mobiles français (N., O. et D.)». Mais surtout, cet article n'explique pas l'ampleur des achats à compter du 7 jusqu'au 10 février 2000. Les autorités françaises soupçonnent certains dirigeants de la société C. d'avoir révélé à des tiers des informations sur la signature d'un accord entre cette société et la société D. concernant la commercialisation de packs de téléphones mobiles. Cet état de faits réalise *prima facie* les éléments constitutifs de l'infraction de violation du secret commercial au sens de l'art. 162 al. 1 CP. Le fait pour des tiers (en l'occurrence G.) d'avoir utilisé ces informations à leur profit ou au profit d'autres personnes (en l'occurrence son frère A.) est également susceptible de tomber, en droit suisse, sous le coup de l'art. 162 al. 2 CP. En conséquence, l'entraide ne saurait être refusée dans le cas d'espèce au motif d'une violation du principe de la double incrimination. Il n'est point nécessaire de vérifier si l'exposé des faits de la demande réalise également les éléments constitutifs d'autres infractions pénales selon le droit suisse. En effet, à l'inverse de ce qui prévaut en matière d'extradition, la réunion des éléments constitutifs d'une seule infraction suffit pour l'octroi de l'entraide régie par la CEEJ (ATF 125 II 569 consid. 6 p. 575, arrêt du Tribunal fédéral 1C_138/2007 du 17 juillet 2007, consid. 2.3.2). La transmission des documents litigieux à l'autorité requérante ayant au surplus été ordonnée sous réserve du principe de la spécialité, ceux-ci ne pourront pas être utilisés par les autorités françaises dans le cadre d'une éventuelle procédure visant une infraction fiscale au sens de l'art. 3 al. 3 EIMP. Le recours doit en conséquence être rejeté.

4. Les frais de procédure sont mis à la charge du recourant qui succombe (art. 63 al. 1 PA, applicable par renvoi de l'art. 30 let. b LTPF). L'émolument judiciaire, calculé conformément à l'art. 3 du Règlement du 11 février 2004 fixant les émoluments judiciaires perçus par le Tribunal pénal fédéral (RS 173.711.32; TPF RR.2007.26 du 9 juillet 2007, consid. 9.1), est fixé en l'espèce à Fr. 5'000.--, couvert par l'avance de frais déjà versée.

Par ces motifs, la Ite Cour des plaintes prononce:

1. La demande de jonction de causes formulée par l'OFJ est rejetée.
2. Le recours est rejeté.
3. Un émolument de Fr. 5'000.--, couvert par l'avance de frais déjà versée, est mis à la charge du recourant.

Bellinzona, le 19 décembre 2008

Au nom de la Ite Cour des plaintes
du Tribunal pénal fédéral

La présidente:

Le greffier:

Distribution

- Me Shahram Dini, avocat,
- Juge d'instruction du canton de Genève,
- Office fédéral de la justice, Unité Entraide judiciaire,

Indication des voies de recours

Le recours contre une décision en matière d'entraide pénale internationale doit être déposé devant le Tribunal fédéral dans les 10 jours qui suivent la notification de l'expédition complète (art. 100 al. 1 et 2 let. b LTF).

Le recours n'est recevable contre une décision rendue en matière d'entraide pénale internationale que s'il a pour objet une extradition, une saisie, le transfert d'objets ou de valeurs ou la transmission de renseignements concernant le domaine secret et s'il concerne un cas particulièrement important (art. 84 al. 1 LTF). Un cas est particulièrement important notamment lorsqu'il y a des raisons de supposer que la procédure à l'étranger viole des principes fondamentaux ou comporte d'autres vices graves (art.84 al. 2 LTF).