

## **BGE 147 II 432**

Bundesgericht (BGE), 2021-05-28, FR

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bge\\_147\\_II\\_432](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bge_147_II_432)

FR: ATF 147 II 432

IT: DTF 147 II 432

### **Regeste**

Regeste Art. 2 Abs. 1 und Art. 23 AVUS; Art. 8 und 35 Abs. 1 IRSG; Art. 154 FinfraG; Auslieferung an die USA; beidseitige Strafbarkeit; Insidertatbestand; Günstigkeitsprinzip. Art. 154 Abs. 3 FinfraG ermöglicht a priori wie seine Vorgängerbestimmungen (aArt. 40 Abs. 3 BankG, aArt. 161 Abs. 2 StGB) die Bestrafung eines indirekten Insiders (E. 2). Rekapitulation der Grundlagen des Günstigkeitsprinzips (E. 3.1). Art. 23 AVUS bekräftigt dieses Prinzip für die Beziehungen zu den USA (E. 3.2). Die Anwendung des günstigeren Landesrechts (vorliegend Art. 35 Abs. 1 lit. a IRSG) erfordert keine Gegenseitigkeit (E. 3).

### **Erwägungen**

#### **E. 2**

Est puni d'une peine privative de liberté de cinq ans au plus ou d'une peine pécuniaire quiconque obtient un avantage pécuniaire de plus de 1 million de francs en commettant un acte visé à l'al. 1.

#### **E. 2.1**

Selon l' art. 2 al. 1 TExUS , une infraction n'est considérée comme donnant lieu à extradition que si son auteur est passible d'une peine ou d'une mesure de sûreté privative de liberté de plus d'un an aux termes du droit des deux Parties contractantes. Si la demande d'extradition vise une personne condamnée, l'extradition n'est accordée que si le solde de la peine à purger, de la mesure de sûreté ou des deux est d'au moins six mois. Cette disposition conventionnelle a pour but d'exclure l'extradition dans les cas bagatelles, lorsque la mise en oeuvre d'une procédure pour l'exécution d'une peine très courte apparaît comme disproportionnée (ROBERT ZIMMERMANN, La coopération judiciaire internationale en matière pénale, 5 e éd. 2019, n. 655 p. 713 s.). En revanche, lorsque l'extradition doit être accordée pour des infractions satisfaisant aux exigences de l' art. 2 al. 1 TExUS , elle peut également l'être pour toute autre infraction reconnue comme telle par le droit des deux Parties contractantes, indépendamment des restrictions temporelles de l'al. 1 ( art. 2 al. 4 TExUS ; ATF 132 II 81 consid. 2.1).

#### **E. 2.2**

Selon la pratique constante, l'autorité saisie d'une demande d'extradition fondée sur un traité se livre à un examen *prima facie* de la punissabilité en droit suisse des infractions poursuivies ( ATF 142 IV 175 consid. 5.5 et les arrêts cités). Elle se fonde sur les faits présentés dans la demande en les transposant comme s'ils étaient survenus en Suisse. La double incrimination ne suppose pas, comme le rappelle l' art. 2 al. 2 let. a TExUS , une identité des normes pénales ( ATF 146 IV 338 consid. 4.3; ATF 142 IV 175 consid. 5.5).

#### **E. 2.3**

Intitulé "Exploitation d'informations d'initiés", l' art. 154 LIMF a la teneur suivante: 1 Est puni d'une peine privative de liberté de trois ans au plus ou d'une peine pécuniaire quiconque, en qualité d'organe ou de membre d'un organe de direction ou de surveillance d'un émetteur ou d'une société BGE 147 II 432 S. 435 contrôlant l'émetteur ou contrôlée par celui-ci, ou en tant que personne qui a accès à des informations d'initiés en raison de sa participation ou de son activité, obtient pour lui-même ou pour un tiers un avantage pécuniaire en utilisant une information d'initié comme suit: a. en l'exploitant pour acquérir ou aliéner des valeurs mobilières admises à la négociation sur une plate-forme de négociation en Suisse, ou pour utiliser des dérivés relatifs à ces valeurs; b. en la divulguant à un tiers; c. en l'exploitant pour recommander à un tiers l'achat ou la vente de valeurs mobilières admises à la négociation sur une plate-forme de négociation en Suisse ou l'utilisation de dérivés relatifs à ces valeurs.

#### **E. 2.4**

L'alinéa premier de cette disposition réprime les initiés primaires, soit les personnes qui ont accès directement à l'information en raison de leur position d'organe ou de leur activité. L'alinéa trois vise les initiés secondaires, soit les personnes ayant obtenu l'information d'un initié primaire ou celles qui l'ont obtenue par un crime ou un délit, et qui exploitent l'information. L' art. 154 al. 4 LIMF érige en simple contravention le cas des initiés fortuits, soit qu'ils obtiennent l'information par hasard, soit que la source de l'information ne peut pas être déterminée. La disposition précédente, soit l'ancien art. 161 CP (exploitation de la connaissance de faits confidentiels), mentionnait (al. 2) la communication de l'information directement ou indirectement par un initié. Sur cette base, il était admis que l'information pouvait être transmise en chaîne à plusieurs personnes depuis l'initié proprement dit (BERNARD CORBOZ, Les BGE 147 II 432 S. 436 infractions en droit suisse, 2010, n° 29 ad art. 161 CP et les auteurs cités; SETHE/FAHRLÄNDER, in Kommentar zum Finanzmarktinfrakturgesetz, 2017, n° 66 ad art. 154 LIMF ). Le recourant invoque le texte même de l' art. 154 al. 3 LIMF - "information que lui a communiquée ou donnée une des personnes visées à l'al. 1" - et se fonde en outre sur le Message du 31 août 2011 relatif à la modification de la loi fédérale du 24 mars 1995 sur les bourses et le commerce des valeurs mobilières (ancienne loi fédérale sur les bourses, LBVM; RS 954.1), selon lequel les initiés secondaires sont des personnes ayant obtenu une information directement et activement auprès d'un initié primaire (FF 2011 6329 ss, 6360). Il invoque enfin SETHE/FAHRLÄNDER (op. cit., n° 66 ad art. 154 LIMF ), qui se fondent sur les mêmes sources pour exclure les chaînes d'initiés. Cette opinion est toutefois contredite par une partie majoritaire de la doctrine selon laquelle, si l'information privilégiée est transmise par une chaîne d'initiés, celui qui en bénéficie reste considéré comme un initié secondaire punissable au titre de l' art. 154 al. 3 LIMF pour autant que la chaîne d'information ne soit pas interrompue et que l'on puisse remonter à la source de l'information (WOHLKERS/PFLAUM, in Basler Kommentar, Finanzmarktaufsichtsgesetz, 3 e éd. 2019, n° 73 ad art. 154 FinfraG; THORMANN/REMUND, in Commentaire romand, Code pénal, 2017, n° 43 ad art. 154 LIMF ; WEBER, Informationsmissbrauch im Finanzmarkt, 2013, p. 90; WOHLERS, Die neue Insiderstrafnorm, Gesellschafts- und Kapitalmarktrecht[GesKR]2013, p. 345 ss, 350; LENGAUER, in Kapitalmarktrecht, Lengauer/Eggen/Straub[éd.], 2021, p. 752; NICOLAS LEU, Der revidierte Insidertatbestand, AJP 2013 p. 261 ss, 266). Avec cette partie de la doctrine, il y a lieu de considérer que l'adoption des dispositions de la LB, puis de la LIMF, avait pour but d'étendre et de préciser les éléments constitutifs du délit d'initié par rapport à l'ancien art.

161 CP en élargissant notamment le cercle des auteurs, en renonçant en particulier aux qualités spéciales posées pour l'initié primaire par l'ancien droit. Ainsi, même si l'expression "directement ou indirectement" figurant à l'ancien art. 161 al. 2 CP n'a pas été reprise dans l'ancien art. 47 al. 3 LB (dans sa teneur en vigueur jusqu'au 30 juin 2004), puis à l'art. 154 al. 3 LIMF, il est possible de retenir que l'obtention d'informations d'initiés par l'entremise d'un tiers tombe sous le coup de ces dispositions (cf. arrêt du Tribunal pénal fédéral SK.2017.19 du 19 décembre 2017 consid. 3.2.2). BGE 147 II 432 S. 437

### **E. 2.5**

En l'occurrence, il est reproché au recourant d'avoir, avec un complice, reçu des informations de la part d'intermédiaires en sachant que ces informations provenaient d'initiés primaires, soit d'une part d'un membre du conseil d'administration de la société de biotechnologies, et d'autre part des employés des deux banques. Le recourant et son complice connaissaient l'identité des initiés et ceux-ci auraient d'ailleurs été rémunérés avec une partie du produit des infractions. A tout le moins prima facie, de tels agissements tombent donc sous le coup de l'art. 154 al. 3 LIMF et le grief doit être écarté. 3. La Cour des plaintes a reconnu que la peine privative de liberté prévue à l'art. 154 al. 3 LIMF (soit un an au maximum), était inférieure au seuil fixé à l'art. 2 al. 1 TExUS (soit plus d'une année). Elle a toutefois considéré que l'art. 35 al. 1 let. a EIMP (qui exige une peine d'au moins un an de privation de liberté) permettait l'octroi de l'extradition en tant que norme plus favorable que le droit conventionnel. Le recourant estime que le principe de faveur ne pouvait s'appliquer dans le cas particulier: d'une part, il ne tient pas compte des intérêts privés de l'individu au détriment duquel il s'applique, alors que l'extradition constitue une atteinte massive à ses droits, nécessitant une base légale. D'autre part, l'application du principe de faveur se heurterait à la règle de la réciprocité (art. 8 EIMP), car il serait peu probable que, dans un cas identique, les autorités américaines accordent l'extradition puisqu'elles appliquent pour leur part exclusivement les règles du traité. Enfin, la justification tirée de l'égalité de traitement entre les Etats parties à un traité et ceux qui ne le sont pas serait sans pertinence puisque dans le second cas, il n'existe aucun droit à la coopération internationale (art. 1 al. 4 EIMP). Dans la mesure où le recourant tente ainsi de revenir sur la jurisprudence constante dans ce domaine, il est douteux que le grief porte sur une question de principe. A supposer qu'il soit recevable, il doit de toute façon être écarté.

### **E. 3**

Est puni d'une peine privative de liberté d'un an au plus ou d'une peine pécuniaire quiconque obtient pour lui-même ou pour un tiers un avantage pécuniaire en exploitant une information d'initié ou une recommandation fondée sur cette information que lui a communiquée ou donnée une des personnes visées à l'al. 1, ou qu'il s'est procurée par un crime ou un délit, afin d'acquérir ou d'aliéner des valeurs mobilières admises à la négociation sur une plate-forme de négociation en Suisse, ou d'utiliser des dérivés relatifs à ces valeurs.

#### **E. 3.1**

La jurisprudence constante considère en effet que l'existence d'un traité d'entraide judiciaire ou d'extradition ne prive pas la Suisse de la faculté d'accorder sa coopération en vertu des règles éventuellement plus larges de son droit interne (ATF 145 IV 294 consid. 2.1; ATF 142 IV 250 consid. 3; ATF 140 IV 123 consid. 2; ATF 137 IV 33 consid. 2.2.2; ATF 125 II 569 consid. 10a; ATF 123 II 134 consid. 1a; ATF 122 II 485 consid. 3b; ATF 120 Ib 189

consid. 2b). Le principe dit "de faveur" (Günstigkeitsprinzip) peut être tiré directement du droit international lorsque le traité contient une telle réserve expresse ou dans la mesure où il tend BGE 147 II 432 S. 438 à l'obtention d'une coopération "la plus large possible" ( ATF 122 II 140 consid. 2 p. 142; cas de l'échange de lettres avec l'Inde). Dans les autres cas, l'application du droit interne plus favorable peut se fonder sur l' art. 1 al. 1 EIMP , disposition qui réserve les dispositions dérogatoires des accords internationaux et implique, par défaut, l'application du droit interne. Elle découle de la considération générale que les traités ont pour but de favoriser la coopération internationale, et non de la limiter, et ne s'oppose donc pas à un octroi plus large de l'extradition. Il serait non seulement paradoxal, mais manifestement contraire à l'esprit des traités conclus dans ce domaine que la Suisse refuse l'extradition à des Etats auxquels elle est liée par une convention, dans des situations où elle l'accorderait à d'autres Etats sur la seule base de son droit national ( ATF 120 Ib 189 consid. 2b p. 191-192 et les arrêts cités). Contrairement à ce que soutient le recourant, l'application du principe de faveur ne se justifie pas uniquement dans le cas des traités anciens qui ne seraient plus adaptés aux situations actuelles: il s'agit en effet d'assurer qu'un Etat lié à la Suisse par un traité ne se retrouve pas désavantagé par rapport à un Etat non conventionné. Au contraire d'un traité (p. ex. art. 1 al. 1 TExUS ), la loi suisse ne confère certes pas le droit d'exiger une coopération internationale en matière pénale ( art. 1 al. 4 EIMP ). Toutefois, lorsque les conditions posées par la loi sont réalisées, la coopération internationale est dans la règle accordée par la Suisse et l'Etat mis au bénéfice des dispositions plus favorables du droit interne se trouve de facto avantagé.

### **E. 3.2**

Le recourant invoque l' art. 23 TExUS , considérant que cette disposition contiendrait une règle claire de conflit au bénéfice du traité. Il se livre toutefois à une lecture erronée de cette disposition. Intitulé "Effets sur d'autres conventions et sur le droit national", l' art. 23 TExUS a la teneur suivante: Dans le cas où une procédure prévue dans le présent Traité faciliterait l'extradition réglée dans un autre traité ou par le droit de l'Etat requis, la procédure est menée conformément au présent Traité. L'extradition réglée dans un autre instrument de droit international ou par le droit national des Parties contractantes n'est pas affectée par le présent Traité et ne s'en trouve donc ni exclue ni restreinte. Au contraire de ce que soutient le recourant, la seconde partie de cette disposition institue en matière d'extradition une réserve en faveur des dispositions plus favorables du droit national ou international. C'est également dans ce sens que l'interprète la jurisprudence BGE 147 II 432 S. 439 qui y voit une consécration expresse - et non une négation - du principe de faveur (arrêts 1C\_592/2019 du 16 décembre 2019 consid. 2; 1A.217/2002 du 18 novembre 2002 consid. 2.1).

### **E. 3.3**

Le recourant estime que l'application du principe de faveur se heurterait au principe de réciprocité, car la Suisse ne serait pas assurée d'obtenir l'extradition de la part des Etats-Unis dans les mêmes circonstances. Il invoque à ce sujet STEFAN HEIMGARTNER (Auslieferungsrecht, 2002, p. 40) et GERHARD FIOLKA (in Basler Kommentar, Internationales Strafrecht, 2015, n° 29 ad art. 1 IRSG) qui considèrent que le principe de réciprocité devrait être respecté lorsque l'entraide ou l'extradition est accordée sur la base du droit interne. Le recourant se fonde sur des conjectures - ainsi que, comme on l'a vu, sur une interprétation erronée de l'art. 23 du traité - pour affirmer que l'Etat requérant n'accorderait pas l'extradition à la Suisse dans des circonstances similaires. Quoi qu'il en soit, le principe

de réciprocité ( art. 8 EIMP ) n'est pas une exigence absolue ni un obstacle à l'entraide (ZIMMERMANN, op. cit., n. 229 p. 243 et les exemples cités). L' art. 8 EIMP prévoit en effet qu' en règle générale , il n'est donné suite à une demande que si l'Etat requérant assure la réciprocité. L'OFJ requiert une garantie de réciprocité si les circonstances l'exigent , ce qui confère à l'autorité un large pouvoir d'appréciation. L'Etat requérant est en l'occurrence lié à la Suisse par un traité d'extradition, et celui-ci ne prévoit nullement - en particulier à son art. 23 - que la règle de la réciprocité devrait s'appliquer lorsque l'extradition est accordée en vertu du droit national plus favorable (ZIMMERMANN, op. cit., n. 229 p. 243 et n. 575 p. 615 et la référence à l'art. 2 par. 7 de la Convention européenne d'extradition). Les infractions reprochées au recourant sont punissables aussi bien en Suisse que dans l'Etat requérant, l'application du principe de faveur permettant uniquement d'accorder l'extradition en vertu de l' art. 35 al. 1 let. a EIMP en raison de la peine prévue en droit pénal suisse. L'on ne se trouve dès lors pas dans un cas où l'infraction poursuivie serait exclue du champ d'application du traité (cf. arrêt 1A.59/2000 du 10 mars 2000). Il n'y a donc pas lieu dans un tel cas de requérir une déclaration de réciprocité. Au demeurant, il apparaît que les infractions poursuivies (soit des infractions économiques à grande échelle) font partie de celles qui permettent de déroger à cette exigence en application de l' art. 8 al. 2 let. a EIMP .

#### **E. 4**

Est punie d'une amende toute personne qui, n'étant pas visée aux al. 1 à 3, obtient pour elle-même ou pour un tiers un avantage pécuniaire en exploitant une information d'initié ou une recommandation fondée sur cette information afin d'acquérir ou d'aliéner des valeurs mobilières admises à la négociation sur une plate-forme de négociation en Suisse, ou d'utiliser des dérivés relatifs à ces valeurs.

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.