

Le délit d'initié secondaire (art. 154 al. 3 LIMF) est une infraction donnant lieu à extradition

Arrêt TF 1C_196/2021 (f) du 28 mai 2021* (ATF 147 II 432)

Par Kastriot Lubishtani, le 31 août 2021

Dans une procédure d'entraide, le fait de recevoir des informations d'intermédiaires provenant d'initiés primaires connus est, *prima facie*, constitutif du délit d'initié secondaire au sens de l'art. 154 al. 3 LIMF. Punissable par une peine privative de liberté d'un an au plus, cette infraction ne peut donner lieu à l'extradition vers les États-Unis sur la base du TExUS (art. 2 al. 1), mais tel pourrait être le cas sous l'angle du droit suisse (art. 35 al. 1 let. a EIMP). En vertu du principe de faveur, l'extradition peut donc être accordée.

I. En fait

La Suisse est sollicitée par les États-Unis en vue de l'extradition du recourant, accusé de délit d'initié. Il lui est reproché d'avoir reçu par un intermédiaire des informations concernant des sociétés dont il s'est servi pour obtenir des revenus chiffrés en millions, en sachant que ces informations provenaient d'un initié primaire et en connaissant son identité. L'Office fédéral de la justice donne son feu vert à la requête d'extradition dès lors que les faits reprochés pourraient être constitutifs, en droit suisse, de l'infraction de délit d'initié secondaire au sens de l'art. 154 al. 3 de la Loi fédérale sur l'infrastructure des marchés financiers, de violation du secret professionnel (art. 147 al. 1 let. b LIMF) et d'obtention d'un avantage pécuniaire (let. c et al. 2). Le Tribunal pénal fédéral rejette le recours contre cette décision d'octroi de l'extradition, en retenant, outre le délit d'initié, d'autres infractions.

Le recourant porte l'affaire devant le Tribunal fédéral qui est appelé à déterminer si le délit d'initié est une infraction donnant lieu à extradition et si le principe de faveur s'applique lorsque la peine maximale de l'infraction est inférieure au seuil du droit conventionnel.

II. En droit

Avant d'examiner l'affaire au fond, le Tribunal fédéral traite de la recevabilité du recours à la lumière de l'exigence du « cas particulièrement important » (art. 84 al. 1 et 2 LTF) (c. 1). À cet égard, il relève que le grief relatif au principe de faveur s'apparente en l'occurrence à une contestation de la jurisprudence constante ne suffisant pas pour caractériser une question juridique de principe ouvrant la voie du recours devant le Tribunal fédéral. Constatant que d'autres infractions, outre le délit d'initié secondaire, ont été retenues par l'autorité précédente, notre Haute Cour décide néanmoins d'entrer en matière, car l'extradition pour délit d'initié secondaire n'a encore jamais fait l'objet d'un examen par le Tribunal fédéral

(c. 1.1)

Au fond, le Tribunal fédéral rappelle que l'extradition entre la Suisse et les États-Unis est régie par le TExUS dont l'art. 2 al. 1 exige une infraction pour laquelle l'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 » (c. 2.1). Dans ce contexte, l'autorité saisie ne procède qu'à un examen *prima facie* de la punissabilité en droit suisse des comportements faisant l'objet de la requête d'extradition, sans que la double incrimination n'exige une identité des infractions (art. 2 al. 4 TExUS) (c. 2.2).

Le recourant conteste que la condition de la double incrimination soit donnée, car le fait de recevoir une information d'initié d'une autre personne que l'initié primaire serait constitutif de l'infraction prévue à l'art. 154 al. 4 LIMF, qui est une contravention, et non pas de l'alinéa 3 de cette disposition qui prévoit une peine privative de liberté d'un an au plus.

Le Tribunal fédéral distingue l'initié primaire visé à l'art. 154 al. 1 LIMF qui a directement accès à une information d'initié de l'initié secondaire de l'al. 3 qui tient l'information d'un initié primaire (« une des personnes visées à l'al. 1 »). Quant à l'al. 4, il n'appréhende que le cas des initiés, « pas visés aux al. 1 à 3 », dits fortuits obtenant l'information par hasard ou sans que la source de celle-ci ne puisse être déterminée. Remplacé finalement par l'art. 154 LIMF (après avoir transité à l'art. 40 aLBVM), l'art. 161 ch. 2 aCP visait autrefois l'auteur à qui l'information d'initié était communiquée « directement ou indirectement » par un initié. Sur la base de cet énoncé de fait légal, la doctrine admettait que l'information, émanant de « l'initié proprement dit », puisse être transmise en chaîne à plusieurs personnes (c. 2.4 1^{er} par.).

Pour le recourant, le délit d'initié secondaire au sens de l'art. 154 al. 3 LIMF réprime celui qui a obtenu l'information directement de la part de l'initié primaire. Il se fonde sur le Message du Conseil fédéral qui évoquait, lors du transfert de l'art. 161 ch. 2 aCP au droit pénal accessoire, les initiés secondaires comme les « personnes qui ont obtenu une information directement et activement auprès d'un initié primaire » (FF 2011 6329, 6360), ainsi que sur l'interprétation de deux auteurs de doctrine pour qui la transmission d'information en chaîne est exclue en raison la lettre claire de la loi (Rolf SETHE/Lukas FAHRLÄNDER, *in* : Sethe *et al.*, Kommentar zum Finanzmarktinfrasturgesetz FinfraG, Zurich/Genève/Bâle 2017, Art. 154 N 66). Le Tribunal fédéral constate cependant que la majorité de la doctrine est d'avis que cette variante de l'infraction appréhende non seulement l'information d'initié transmise directement par l'initié primaire, mais aussi l'information communiquée au moyen d'une chaîne, à condition que cette dernière ne soit pas interrompue et que sa source puisse être identifiée (c. 2.4).

Le Tribunal fédéral rejoint la doctrine majoritaire en considérant l'obtention d'une information d'initié par l'intermédiaire d'un tiers est constitutif de l'infraction visée à l'art. 154 al. 3 LIMF malgré la suppression de l'expression « directement ou indirectement » dans la loi (cf. TPF SK.2017.19 du 19.12.2017, c. 3.2.2). Dans la mesure où le recourant a reçu les informations d'initié d'un tiers, mais en sachant qu'elles émanaient d'initiés primaires dont il connaissait

l'identité, les actes qui lui sont reprochés sont *prima facie* appréhendés par cette disposition, raison pour laquelle sa critique tombe à faux (c. 2.4 s.).

Même si la sanction prévue par l'art. 154 al. 3 LIMF est inférieure à celle du seuil de l'art. 2 al. 1 TExUS, l'art. 35 al. 1 let. a EIMP n'exige pour sa part qu'une peine privative de liberté d'un an au moins pour que la Suisse accorde l'extradition. Au titre du principe de faveur, ce fondement légal autorise donc l'octroi de l'extradition (c. 3). Le Tribunal fédéral estime que l'application de ce principe n'est pas réservée aux traités anciens n'étant plus adaptés aux situations actuelles et qu'il a pour objectif général de ne pas désavantager un État conventionné par rapport à un État non conventionné (c. 3.1). Contrairement à l'interprétation du recourant, l'art. 23 TExUS consacre expressément le principe de faveur et n'ancre pas conventionnellement sa négation (c. 3.2).

Le principe de réciprocité (art. 8 EIMP) ne fait pas obstacle au principe de faveur. Soutenir, comme le fait le recourant, que les États-Unis n'accorderaient pas l'extradition dans les mêmes circonstances relève de « conjectures », d'autant plus qu'il ne s'agit pas d'une condition absolue. Qui plus est, les faits en cause sont poursuivis dans les deux ordres juridiques et le cas d'espèce diverge de l'hypothèse dans laquelle le champ d'application du traité exclurait l'extradition pour ladite infraction. Enfin, les agissements reprochés au recourant sont des « infractions économiques à grande échelle » et permettent de déroger à la réciprocité en vertu de l'art. 8 al. 2 let. a EIMP (c. 3.3).

Prétendant à la mise en œuvre d'une conception « tridimensionnelle » de l'entraide, dans laquelle l'État requérant et l'État requis garantissent les droits de la personne recherchée, le recourant requiert par ce biais un revirement de jurisprudence qui ne se justifie pas. En effet, cette conception fait fi de la complexité inhérente à l'entraide et découlant des différentes procédures et des divers acteurs dans les deux États. Dans tous les cas, l'autorité octroyant l'entraide ou l'extradition doit agir dans le respect des droits fondamentaux (c. 3.4).

Au vu de ce qui précède, le recours est rejeté.

III. Commentaire

Dans la mesure où le complexe de faits reproché au recourant pouvait être appréhendé en droit suisse par diverses infractions satisfaisant toutes au seuil de l'art. 2 al. 1 TExUS, l'octroi de l'extradition dans le cas d'espèce n'est pas critiquable et cet arrêt doit être approuvé. De ce fait néanmoins, se pose la question de la nécessité pour le Tribunal fédéral d'entrer en matière sur le recours pour se prononcer sur l'aptitude de l'art. 154 al. 3 LIMF à être une infraction donnant lieu à l'extradition sous l'angle du droit interne (art. 35 al. 1 let. a EIMP) et/ou du droit conventionnel, mais aussi, et surtout, sur la portée de cette infraction.

Si la 1^{ère} Cour de droit public du Tribunal fédéral ne procède qu'à un examen *prima facie* de la réalisation des éléments constitutifs de l'infraction examinée, elle a dû en l'occurrence aller plus loin pour opter pour l'une ou l'autre des interprétations existantes et controversées au sein de la doctrine. Cela n'est de toute évidence pas satisfaisant, car il s'agit d'une question

de droit pénal matériel qu'il appartient à la Cour de droit pénal de trancher au terme d'un examen approfondi. Même si l'interprétation retenue est favorisée par la doctrine majoritaire (cf. BSK FinfraG-WOHLERS/PFLAUM, Art. 154 N 73 ; CR CP II-THORMANN/REMUND, art. 154 LIMF N 43), elle n'est pas forcément évidente compte tenu de la lettre de la loi (cf. Lukas FAHRLÄNDER, Der revidierte schweizerische Insiderstrafatbestand, Zurich/Bâle/Genève 2015, N 213) et la tension qu'elle engendre nécessairement vis-à-vis du principe de la légalité (art. 1 CP). Par conséquent, cet arrêt ne saurait être considéré comme ayant déterminé la solution matérielle de la jurisprudence au sujet du délit d'initié secondaire au sens de l'art. 154 al. 3 LIMF s'agissant des chaînes d'initiés (cf. Yannick CABALLERO CUEVAS, Extradition vers les États-Unis : Le Tribunal fédéral précise la notion d'initié secondaire, semble être d'un autre avis en retenant que le Tribunal fédéral « précise la notion de délit d'initié secondaire »).

D'un point de vue pratique pour l'heure, il résulte de cet arrêt que dans une procédure d'entraide le fait de recevoir une information d'initié via un tiers en sachant qu'elle provient d'un initié primaire peut être constitutif du délit d'initié secondaire. Par conséquent, ce comportement peut donner lieu à extradition. Sauf revirement peu vraisemblable de la 1^{ère} Cour de droit public du Tribunal fédéral, il en restera ainsi jusqu'à ce que sa Cour de droit pénal se prononce et, par hypothèse, retienne la solution de la doctrine minoritaire dans l'interprétation de l'art. 154 al. 3 LIMF.

Proposition de citation : Kastriot LUBISHTANI, Le délit d'initié secondaire (art. 154 al. 3 LIMF) est une infraction donnant lieu à extradition, in : <https://www.crimen.ch/31/> du 31 août 2021