

06.102

**Message
concernant la modification du code pénal suisse
(suppression de l'art. 161, ch. 3, CP)**

du 8 décembre 2006

Madame la Présidente,
Monsieur le Président,
Mesdames et Messieurs,

Par le présent message, nous vous soumettons le projet de modification de la norme pénale sur le délit d'initié, en vous proposant de l'adopter. Par la même occasion, nous vous proposons de classer l'intervention parlementaire suivante:

2002 M 02.3246 Délit d'initié (N 02.3246, Jossen-Zinsstag)

Nous vous prions d'agréer, Madame la Présidente, Monsieur le Président, Mesdames et Messieurs, l'assurance de notre haute considération.

8 décembre 2006

Au nom du Conseil fédéral suisse:

Le président de la Confédération, Moritz Leuenberger
La chancelière de la Confédération, Annemarie Huber-Hotz

Condensé

Nous proposons de supprimer le ch. 3 de l'art. 161 du code pénal (actuelle norme sur le délit d'initié). Cette disposition, qui restreint de manière injustifiée la définition des éléments constitutifs de ce type de délit, fait en effet obstacle à la lutte contre le délit d'initié.

L'actuelle norme pénale sur le délit d'initié punit, pour autant que certaines conditions soient remplies, l'exploitation de connaissances préalables en vue d'obtenir un avantage pécuniaire. Est considérée comme élément constitutif du délit d'initié l'exploitation de la connaissance d'un fait confidentiel dont il est prévisible que la divulgation exerce une influence notable sur le cours de titres négociés en bourse ou avant bourse suisse.

Dans la formulation de l'art. 161, ch. 3, du code pénal (CP), la notion de fait (confidentiel) susceptible d'influencer les cours est très restrictive. L'interprétation donnée par le Tribunal fédéral limite elle aussi le champ d'application de la norme pénale à certains éléments constitutifs du délit d'initié. Ainsi, ne tombent pas sous le coup de la norme pénale les ventes de titres opérées avant l'annonce d'une chute des bénéfices dans le but d'éviter les effets d'une baisse de cours. Dans ces conditions, la norme en question se révèle trop peu efficace.

Limiter les éléments constitutifs du délit d'initié à certains faits susceptibles d'influencer les cours boursiers n'est guère fondé objectivement et reste insatisfaisant du point de vue de l'égalité des chances entre investisseurs. C'est pourquoi le Conseil fédéral propose de supprimer purement et simplement le ch. 3 de l'art. 161 CP. Ce faisant, il étend l'interdiction d'exploiter la connaissance de faits confidentiels à tous les faits susceptibles d'influencer les cours boursiers. Cette proposition de supprimer le ch. 3 de l'art. 161 CP a été unanimement saluée par les participants à la consultation.

Message

1 Grandes lignes du projet

1.1 Situation initiale

1.1.1 Situation juridique actuelle

L'art. 161 du code pénal (CP)¹, intitulé «Exploitation de la connaissance de faits confidentiels», est entré en vigueur le 1^{er} juillet 1988. Cette norme, dite «norme pénale sur le délit d'initié» a été introduite afin de sanctionner, dans certaines conditions, l'exploitation de la connaissance d'un fait confidentiel dont il est prévisible que la divulgation exerce une influence notable sur le cours de titres négociés en bourse ou avant bourse suisse.

L'art. 161 CP est formulé comme suit:

1. Celui qui, 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, en qualité de membre d'une autorité ou de fonctionnaire, ou en qualité d'auxiliaire de l'une de ces personnes, 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 d'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, sera puni de l'emprisonnement ou de l'amende.

2. Celui à qui un tel fait est 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, sera puni de l'emprisonnement pour un an au plus ou de l'amende.

3. Sont considérés comme faits, au sens des ch. 1 et 2, l'émission imminente de nouveaux droits de participation, un regroupement d'entreprises ou tout fait analogue d'importance comparable.

4. Lorsque le regroupement de deux sociétés anonymes est envisagé, les ch. 1 à 3 s'appliquent aux deux sociétés.

5. Les ch. 1 à 4 sont applicables par analogie lorsque l'exploitation de la connaissance d'un fait confidentiel porte sur des parts sociales, autres titres, effets comptables ou options correspondantes d'une société coopérative ou d'une société étrangère.

¹ RS 311.0

Le message du Conseil fédéral du 1^{er} mai 1985² sur les opérations d'initiés cite, parmi les biens juridiquement protégés, les obligations de fidélité et de loyauté des initiés envers la société concernée ainsi que l'intégrité du marché boursier et, par tant, l'égalité des chances entre tous les investisseurs³.

Le ch. 3 de l'art. 161 CP, qui n'était pas encore prévu au moment de l'élaboration du projet de message du Conseil fédéral et n'a été ajouté qu'au cours des débats parlementaires, restreint la notion de fait confidentiel susceptible d'influencer les cours en citant uniquement, à ce titre, «l'émission imminente de nouveaux droits de participation, un regroupement d'entreprises ou tout fait analogue d'importance comparable». Dans la doctrine, la question de savoir quels événements sont assimilables à des «faits analogues d'importance comparable» reste controversée. Certains experts sont favorables à une définition large, qui ferait entrer dans le champ d'application du ch. 3 des événements tels qu'une modification notable de la structure de l'entreprise, des gains ou des pertes extraordinaires ou une évolution inattendue de la marche des affaires (p. ex. la mise au point d'un médicament révolutionnaire). D'autres spécialistes, en revanche, privilégient une interprétation étroite du ch. 3⁴.

Après avoir soigneusement analysé les débats parlementaires menés autour de la norme pénale sur le délit d'initié, le Tribunal fédéral a opté pour une interprétation étroite de l'art. 161, ch. 3, CP.⁵ Il ne qualifie de «faits analogues d'importance comparable» que les faits se rapportant à des modifications de la structure interne ou externe de l'entreprise, tels que les scissions d'entreprises, les prises de participation majoritaires ou l'assainissement par diminution de capital. Ainsi, selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, ne tombent pas sous le coup de la norme pénale, par exemple, les ventes de titres opérées avant l'annonce d'une chute des bénéfices dans le but d'éviter les effets d'une baisse de cours. Bien qu'il ait constaté l'existence de cette lacune, le Tribunal fédéral n'a pas jugé utile de modifier l'interprétation de l'art. 161, ch. 3, CP.⁶

1.1.2 Motion Jossen-Zinsstag et ses répercussions

Le 12 juin 2002, le conseiller national Peter Jossen-Zinsstag a déposé une motion demandant au Conseil fédéral de proposer au Parlement une modification de l'art. 161 CP afin que la norme pénale sur le délit d'initié s'applique également aux ventes de titres opérées avant l'annonce d'une chute des bénéfices dans le but d'éviter les effets d'une baisse de cours.⁷ Le 20 septembre 2002, le Conseil fédéral s'est déclaré prêt à accepter la motion; celle-ci a ensuite été approuvée par le Conseil national le 4 octobre 2002 et par le Conseil des Etats le 2 octobre 2003.

² Message du 1^{er} mai 1985 concernant la modification du code pénal (opérations d'initiés), FF 1985 II 71, 74, 84.

³ Cf. Christoph Peter, dans Marcel Alexander Niggli/Hans Wiprächtiger [Hrsg.], Basler Kommentar, code pénal II, art. 111–401, Bâle 2003, art. 161, n° 12.

⁴ Cf. les différentes opinions à ce sujet: Daniela König, Das Verbot von Insiderhandel, Zürich/Basel/Genf 2006, p. 166 ss, avec renvois.

⁵ ATF 118 Ib 547 consid. 4e.

⁶ Arrêt du Tribunal fédéral 2A.567/2001 du 15 avril 2002, consid. 6.5.

⁷ 02.3246. Dans son développement, la motion fait explicitement référence à l'arrêt 2A.567/2001 du 15 avril 2002.

Au printemps 2004, le Département fédéral des finances (DFF) et le Département fédéral de justice et police (DFJP) ont décidé, d'un commun accord, de procéder à la révision de la norme pénale sur le délit d'initié dans le sens demandé par la motion Jossen-Zinsstag, menés dans le cadre de la mise en œuvre des recommandations du Groupe d'action financière sur la lutte contre le blanchiment de capitaux (GAFI), révisées en juin 2003, les travaux ont été effectués sous la direction du DFF et avec la collaboration du DFJP.⁸ Dans le cadre de ces travaux, le Conseil fédéral a proposé de supprimer l'art. 161, ch. 3, CP, conformément à la demande des autorités pénales et de surveillance ainsi que des banques. Le 12 janvier 2005, le Conseil fédéral a ouvert la procédure de consultation concernant le projet traitant des recommandations du GAFI, consultation qui s'est achevée le 15 avril 2005. Se fondant sur les résultats de cette consultation, le Conseil fédéral a chargé le DFF, à l'automne 2005, de remanier le projet et de lui présenter, au cours de l'année 2006, des propositions pour la suite des travaux.

Le 29 septembre 2006, le Conseil fédéral a fixé la suite de la procédure de mise en œuvre des recommandations révisées du GAFI, demandant au DFF de lui soumettre un projet de message à ce sujet au milieu de l'année 2007. A cette occasion, il a décidé d'extraire du projet relatif aux recommandations du GAFI la question de la suppression du ch. 3 de l'art. 161 CP et de traiter celle-ci séparément, dans le cadre d'une procédure accélérée. Le DFF a ainsi été chargé de présenter au Conseil fédéral, pour la fin de l'année 2006, un projet de message sur cette question.⁹

1.2 Résultats de la procédure de consultation

Le projet de suppression du ch. 3 de l'art. 161 CP dans le cadre de la mise en œuvre des recommandations révisées du GAFI a été mis en consultation en janvier 2005 auprès des gouvernements cantonaux, de seize partis politiques, de huit associations faitières de l'économie, du Tribunal fédéral, du Tribunal fédéral des assurances ainsi que de 30 autres organisations intéressées appartenant aux milieux de l'économie, de l'administration et de la doctrine. Les résultats de cette consultation ont été publiés en septembre 2005.

Il ressort de ces résultats 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.

⁸ Les recommandations révisées du GAFI prévoient, notamment, de formuler les normes pénales concernant le délit d'initié et la manipulation de cours de telle sorte que ces délits puissent être qualifiés d'infractions préalables au blanchiment d'argent. Etant donné que seul un crime peut être qualifié d'infraction préalable au blanchiment d'argent au sens de l'art. 305^{bis} CP, le cadre pénal actuel des deux délits boursiers (art. 161 et 161^{bis} CP) doit donc, du moins pour les cas qualifiés, être adapté en conséquence, autrement dit être élargi de manière à tenir compte des recommandations du GAFI.

⁹ Une révision en profondeur de la réglementation actuelle dans le domaine des délits boursiers et des abus de marché est exigée par différents milieux dans le cadre de la révision de la norme pénale sur le délit d'initié. C'est pourquoi, le 29 septembre 2006, le Conseil fédéral a également chargé le DFF d'examiner, en collaboration avec le DFJP, la nécessité d'une révision approfondie de la réglementation actuelle relative aux délits boursiers et aux abus de marché, y compris les compétences en matière de poursuite.

1.3 Rapport avec le droit européen

En abrogeant le ch. 3 de l'art. 161 CP, la Suisse se rapproche, dans sa définition du délit d'initié, de celle de l'abus de marché donnée par la directive de l'Union européenne;¹⁰ en effet, avec la suppression du ch. 3, la question qui se posera avant tout par rapport à des faits confidentiels est de savoir si ceux-ci sont susceptibles d'exercer, d'une manière prévisible, une influence notable sur le cours des titres concernés.

1.4 Classement d'interventions parlementaires

La motion Jossen-Zinsstag invite le Conseil fédéral à modifier l'art. 161 CP de telle sorte que les ventes de titres opérées avant l'annonce d'une chute des bénéfices dans le but d'éviter les effets prévus d'une baisse de cours tombent aussi sous le coup de la norme pénale sur le délit d'initié. L'initiative parlementaire Wicki¹¹ demande la suppression du ch. 3 de l'art. 161 CP. La suppression de l'actuel ch. 3 de l'art. 161 CP permettra d'inclure dans le champ d'application de la norme pénale sur le délit d'initié tous les faits confidentiels susceptibles d'influencer les cours. L'annonce d'une chute des bénéfices dans le but d'éviter les effets prévus d'une baisse de cours tombera ainsi sous le coup de la norme pénale sur le délit d'initié, ce qui répond aux attentes de l'auteur de la motion. C'est pourquoi le Conseil fédéral propose de classer la motion. En outre, la suppression du ch. 3 de l'art. 161 CP rendrait sans objet l'initiative parlementaire Wicki.

2 Commentaire de la modification proposée

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. Une telle restriction¹² n'est prévue ni par le droit américain, ni par la directive européenne sur les abus de marché.

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, comme le demande la motion Jossen-Zinsstag, mais aussi d'étendre celui-ci à tous les faits confidentiels dont la publication est

¹⁰ Directive 2003/6/CE du Parlement européen et du Conseil du 28 janvier 2003 sur les opérations d'initiés et les manipulations de marché (abus de marché), Journal officiel, L 096 du 12.04.2003, p. 16. Conformément à l'art. 1, al. 1, de cette directive, une «information privilégiée» est une information à caractère précis, qui n'a pas été rendue publique, qui concerne, directement ou indirectement, un ou plusieurs émetteurs d'instruments financiers ou un ou plusieurs instruments financiers, et qui, si elle était rendue publique, serait susceptible d'influencer de façon sensible le cours des instruments financiers concernés ou le cours d'instruments financiers dérivés qui leur sont liés.

¹¹ Initiative parlementaire Wicki du 21 septembre 2006 «Suppression de restrictions dans le droit pénal réprimant les opérations d'initiés» (06.459). L'auteur de l'initiative demande l'abrogation du ch. 3 de l'art. 161 CP.

¹² Cf. Daniela Koenig, Das Verbot von Insiderhandel, Zürich/Basel/Genève 2006, p. 265.

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. On peut ainsi partir du principe que cette modification du code pénal entraînera une augmentation notable du nombre – actuellement faible – des procédures pénales ouvertes en vertu de l'art. 161 CP.

Avec la suppression de l'actuel ch. 3 de l'art. 161 CP, la définition du fait confidentiel susceptible d'influencer les cours boursiers découlera, dans une large mesure, de la pratique et de la jurisprudence. Pour ce qui est de la notion de fait susceptible d'influencer les cours, une certaine pratique existe déjà actuellement en Suisse, à savoir celle de la SWX Swiss Exchange concernant l'interprétation de la disposition relative à la publicité événementielle (cf. art. 72 du règlement de cotation, RC). L'art. 72 règle le devoir d'information incombant aux sociétés cotées en Bourse (émetteurs), afin de garantir au mieux la transparence et l'égalité de traitement entre investisseurs. Les faits susceptibles d'influencer les cours au sens de l'art. 161 CP cessent d'être confidentiels dès lors qu'ils sont publiés. Sont considérés comme faits susceptibles d'influencer les cours les chiffres financiers, les fusions, les reprises, les scissions, les restructurations, les modifications de capital, les offres d'acquisition, les modifications importantes des résultats, les chutes du bénéfice, les avertissements sur les bénéfices et les mesures d'assainissement. Selon la SWX Swiss Exchange, tombent toutefois sous le coup des dispositions concernant la publicité événementielle tous les faits qui sont de nature à entraîner une modification notable des cours. Tel est le cas du lancement de produits nouveaux et performants, du retrait de produits performants, de la conclusion d'alliances avec de nouveaux partenaires de distribution ou de modifications importantes au niveau du personnel, touchant par exemple le conseil d'administration, la direction ou d'autres postes clés.¹³

Par ailleurs, la suppression du ch. 3 requiert l'adaptation rédactionnelle des faits cités sous ch. 4 et 5.

3 Conséquences

3.1 Conséquences pour la Confédération et les cantons

Il est difficile de prédire si et, le cas échéant, dans quelle mesure la suppression du ch. 3 de l'art. 161 CP engendrera une augmentation des demandes d'entraide judiciaire internationale, dont le traitement relève de la compétence des autorités fédérales. Les expériences faites ces dernières années montrent que, en matière de délits boursiers, les autorités étrangères ont davantage recours à l'assistance administrative qu'à l'entraide judiciaire. Il n'est pas encore possible de dire si cette tendance s'estompera une fois que l'art. 161 CP aura été révisé. Il convient également de souligner que, depuis que l'art. 38 de la loi sur les bourses, qui régit l'assistance administrative a été modifié, au 1^{er} février 2006,¹⁴ il est désormais possible de ne plus appliquer le principe de la double incrimination en matière d'assistance administrative dans le domaine boursier, ce qui n'est pas le cas en matière d'entraide

¹³ Cf. SWX Swiss Exchange, Commentaire relatif à la directive sur la publicité événementielle (Commentaire relatif à la DPE), état au 1^{er} mai 2005, chiffre marginal 3, en particulier p. 5.

¹⁴ RO 2006 197

judiciaire internationale; après la suppression du ch. 3 de l'art. 161 CP, par conséquent, le champ d'application de l'assistance administrative sera encore bien plus étendu que celui de l'entraide judiciaire. En outre, la Commission fédérale des banques assure son autofinancement intégral par le biais d'émoluments et de taxes de surveillance, si bien que ses éventuelles dépenses supplémentaires ne se répercuteront pas sur le budget de la Confédération.

La suppression du ch. 3 de l'art. 161 CP a pour conséquence d'étendre le champ d'application de la norme pénale sur le délit d'initié. Les autorités cantonales de poursuite pénale doivent donc s'attendre à une augmentation du nombre des procédures ouvertes pour exploitation de la connaissance de faits confidentiels et, pour cette raison, à un éventuel accroissement des charges de personnel.

3.2 Conséquences économiques

La croissance économique et la prospérité dépendent du bon fonctionnement des marchés des valeurs mobilières et de la confiance du public dans ces marchés. La suppression du ch. 3 de l'art. 161 CP contribue à garantir l'intégrité des marchés et à renforcer la confiance des investisseurs. Elle accroît, en outre, la bonne réputation de la place financière suisse. Pour ces diverses raisons, le projet devrait avoir des répercussions favorables sur l'économie.

4 Liens avec le programme de la législature

Le message concernant l'application des recommandations du GAFI et la révision partielle de la loi sur le blanchiment d'argent a été annoncé dans le rapport sur le programme de la législature 2003 à 2007 (FF 2004 1081). La révision de la norme pénale sur le délit d'initié dans le sens demandé par la motion Jossen-Zinsstag aurait dû avoir lieu dans le cadre de ce projet. Le 29 septembre 2006, le Conseil fédéral a décidé d'extraire du projet relatif aux recommandations du GAFI la question de la suppression du ch. 3 de l'art. 161 CP et de traiter celle-ci dans le cadre d'une procédure accélérée (voir ch. 1.1.2). Cette procédure n'a aucune conséquence sur le plan financier de la Confédération.

5 Aspects juridiques

En vertu de l'art. 123, al. 1 de la Constitution fédérale¹⁵, la législation en matière de droit pénal relève de la de compétence de la Confédération.

¹⁵ RS 101

6

Calendrier des travaux

Différents milieux mettent en évidence, depuis un certain temps déjà, la nécessité d'une révision en profondeur non seulement de la définition des faits susceptibles d'influencer les cours boursiers, mais aussi de celle des deux délits boursiers (exploitation de la connaissance de faits confidentiels et manipulation de cours). En effet, de l'avis de la Commission fédérale des banques et de SWX Swiss Exchange, de graves abus de marché ne sont pas compris dans la définition des délits boursiers. La motion Wicki du 18 septembre 2006 (E 06.3426); motion à laquelle le Conseil fédéral n'a pas encore répondu, fait le même constat.

Les critiques émises à l'égard du délit d'initié concernent, outre la définition étroite du fait susceptible d'influencer les cours, des éléments tels que la notion d'auteur du délit, la question des bénéficiaires du renseignement ou l'obtention d'informations susceptibles d'influencer les cours. En ce qui concerne les manipulations de cours, le principal problème mis en lumière réside dans le fait que seules les transactions fictives, et non les transactions effectives, sont prises en considération. De plus, des faiblesses sont relevées dans la mise en œuvre de la législation.

Face à ces constats, le Conseil fédéral a chargé le DFF, le 29 septembre 2006, d'examiner, en collaboration avec le DFJP, la nécessité d'une révision approfondie de la réglementation actuelle relative aux délits boursiers et aux abus de marché, y compris les compétences en matière de poursuite.

Les mesures permettant de qualifier certaines opérations d'initiés et manipulations de cours non plus de délits mais de crimes (infractions préalables au blanchiment d'argent) seront mises en œuvre dans le cadre du projet relatif aux recommandations du GAFI, comme prévu initialement. Ce projet sera soumis au Parlement au milieu de l'année 2007.

