CENTRE DE DROIT
BANCAIRE ET FINANCIER

Le Conseil fédéral propose d'élargir la définition légale

Par Ursula Cassani le 18 décembre 2006

Le 8 décembre 2006, le Conseil fédéral a publié son message concernant la révision partielle de la norme pénale sur le délit d'initié (« Message concernant la modification du code pénal suisse (abrogation de l'art. 161 du (sic !) ch. 3 CP) », version provisoire non datée).
La modification proposée consiste à supprimer le chiffre 3 de l'article 161 CP, réprimant l'exploitation de la connaissance de faits confidentiels (délit d'initié). Il s'agit de la clause qui, dans le texte légal actuel, limite le champ d'application de la norme à des faits d'extrême importance dans la vie de la société, soit « l'émission imminente de nouveaux droits de participation, un regroupement d'entreprises ou tout fait analogue d'importance comparable ». Cette clause empêche les autorités pénales suisses de poursuivre l'auteur et d'accorder l'entraide dans les cas d'abus manifestes commis par des initiés exploitant, par exemple, la connaissance d'informations privilégiées concernant des variations importantes dans la profitabilité de l'entreprise.
D'après le communiqué du Conseil fédéral, « la suppression proposée étend l'interdiction d'exploiter la connaissance de faits confidentiels à tous les faits susceptibles d'influencer les cours boursiers ». Cela ne va pas de soi, puisque le chiffre 1er al. 4 de l'art. 161 CP définit l'information d'initié comme 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 ». La variation de cours doit donc être non seulement « prévisible » mais aussi « notable ».
Il n'est pas inutile de rappeler, à cet égard, que le chiffre 3 de l'art. 161 CP n'a pas été proposé par le Conseil fédéral dans son projet de 1986 mais introduit lors des débats parlementaires, afin de préciser le champ d'application d'une infraction très contestée à l'époque. Le résultat dépasse les attentes, puisque cette clause constitue une des difficultés qui expliquent que l'infraction n'ait pratiquement jamais été retenue par les tribunaux pénaux suisses et qu'elle se soit même révélée insuffisante en matière d'entraide. Le Tribunal fédéral a adopté, en effet, une application particulièrement restrictive du chiffre 3, en jugeant, notamment, que la diminution du rendement net d'une société pour un seul trimestre n'est pas un fait analogue d'importance comparable aux deux hypothèses expressément visées à l'art. 161 ch. 3 CP (ATF 118 Ib 547). Dans le cas d'espèce, la publication subséquente du résultat avait entraîné une chute de 20 % du cours du titre, variation prévisible et qui a été qualifiée de « notable ». Refusant l'entraide dans le cas d'espèce au nom du principe de la légalité, le Tribunal fédéral a néanmoins concédé que ce résultat n'était pas satisfaisant ; toutefois, estimait-il, l'intervention du législateur était nécessaire pour faire sauter le verrou du chiffre 3.
Le Conseil fédéral propose donc maintenant au Parlement de suivre l'invitation du Tribunal fédéral ; en contrepartie, le juge pénal devra préciser ce qui est un fait dont l'impact sur le cours en bourse doit être considéré comme prévisible et notable. Ce faisant, le juge pénal est libre de s'inspirer des critères appliqués par la SWX Swiss Exchange à propos de l'art. 72

du Règlement de cotation régissant la publicité événementielle, auxquels se réfère d'ailleurs le message du Conseil fédéral ; il est aussi parfaitement concevable que des critères plus restrictifs soient retenus en matière pénale.
La suppression du chiffre 3 de l'art. 161 CP n'est guère contestable ni d'ailleurs contestée à l'heure actuelle. D'autres propositions de modifications plus incisives touchant la répression des délits boursiers sont d'ores et déjà à l'étude. D'une part, en date du 29 septembre 2006, alors qu'il mettait fin au « *Marschhalt* » dans le processus de mise en œuvre des recommandations GAFI 2003, le Conseil fédéral a réaffirmé la nécessité d'ériger certains délits d'initiés et manipulations de cours en crimes, pour en faire des infractions préalables au blanchiment et satisfaire ainsi aux exigences du GAFI. Ce projet de révision sera soumis au Parlement au milieu de l'année 2007. D'autre part, le Conseil fédéral a chargé le Département fédéral des finances, en collaboration avec le Département fédéral de justice et police, d'étudier l'opportunité d'une révision plus large de la réglementation du droit boursier et pénal dans le domaine des délits boursiers et des abus de marché, portant notamment sur une nouvelle définition de la compétence en matière de poursuite.

Reproduction autorisée avec la référence suivante: Ursula Cassani, Le Conseil fédéral propose d'élargir la définition légale, publié le 18 décembre 2006 par le Centre de droit bancaire et financier, https://cdbf.ch/fr/485/