

85.020

**Message
concernant la modification du code pénal
(Opérations d'initiés)**

du 1^{er} mai 1985

Messieurs les Présidents, Mesdames et Messieurs,

Nous vous soumettons un projet de modification du code pénal, concernant l'exploitation de la connaissance de faits confidentiels, et vous proposons de l'adopter.

Nous vous prions d'agréer, Messieurs les Présidents, Mesdames et Messieurs, les assurances de notre haute considération.

1^{er} mai 1985

Au nom du Conseil fédéral suisse:

Le président de la Confédération, Furgler

Le chancelier de la Confédération, Buser

Vue d'ensemble

La revision dont traite le présent message fait suite aux requêtes formulées par les milieux politique, économique et scientifique qui estimaient nécessaire que toutes les formes d'abus de connaissances privilégiées (opérations d'initiés) soient soumises à une norme spécifique de droit pénal. Une nouvelle disposition réprimant l'«exploitation de la connaissance de faits confidentiels» (art. 161 CP) est créée à cet effet.

Notre projet se limite à sanctionner pénalement les opérations d'initiés; nous renonçons donc tant à imposer des obligations civiles expresses à la société concernée qu'à instituer un organe fédéral de surveillance de la bourse.

La nouvelle disposition permettra dorénavant à notre pays de répondre aux demandes d'entraide judiciaire internationale dans les cas d'abus de connaissances privilégiées sans qu'il soit nécessaire d'avoir recours à des accords de droit privé.

Message

1 Partie générale

11 Données du problème

111 Motifs de la révision

Réalise une opération d'initié celui qui obtient pour lui-même ou pour un tiers un avantage pécuniaire en exploitant des informations confidentielles dont il dispose grâce à des rapports particuliers le liant à une entreprise; informations qui, lors de leur divulgation, sont de nature à exercer une influence notable sur le cours des titres.

En Suisse, de telles opérations – certaines formes du moins – sont actuellement considérées comme moralement répréhensibles; elles ne sont toutefois pas illégales dans la mesure où l'initié tire profit de l'information pour lui-même sans la révéler à un tiers. Ce qui est condamnable dans une telle opération, c'est que l'initié tire avantage d'informations confidentielles dont il a eu connaissance exclusivement grâce à sa position privilégiée et viole ainsi son devoir de fidélité envers la société anonyme. En outre, son comportement compromet l'intégrité du marché boursier et l'égalité des chances entre les investisseurs (Publikumsanleger). De tels abus ont suscité, ces dernières années, une attention de plus en plus vive.

Depuis quelque temps, la doctrine s'est attachée à définir pénalement l'abus de connaissances privilégiées¹⁾). A la suite d'un postulat adopté par le Grand Conseil, le Conseil d'Etat du canton de Zurich a demandé, par lettre du 13 octobre 1976, au Département fédéral de justice et police et au Département fédéral des finances, de créer une norme qui réprime l'abus d'informations privilégiées. Des sanctions ont également été réclamées par les milieux intéressés²⁾ et les médias³⁾. Les interpellations des conseillers nationaux Robbiani, du 10 décembre 1981, et de Capitani, du 26 janvier 1982, soulignent l'importance politique de la question. Dans nos réponses du 7 juin respectivement du 15 septembre 1982, nous avons donné des informations sur l'état des travaux législatifs en cours et exprimé notre ferme intention de soumettre dès que possible au Parlement des propositions y relatives.

112 Entraide judiciaire internationale

L'absence d'une disposition pénale sur l'abus d'informations confidentielles a aussi des incidences sur l'entraide judiciaire. En effet, si l'auteur effectue ses opérations en bourse étrangère par l'intermédiaire d'une banque suisse et que les autorités étrangères ouvrent une enquête contre lui pour abus d'informations privilégiées, la Suisse ne pourra exiger des informations de la banque en cause et les transmettre à ces autorités que si les éléments

¹⁾ La note ¹⁾ comme les autres notes figurent à la fin du message.

constitutifs d'une des infractions prévues par le droit pénal suisse sont réunis (double incrimination, cf. art. 64 de la loi sur l'entraide internationale en matière pénale, RS 351.1).

Dans ses arrêts du 26 janvier 1983 et du 16 mai 1984 concernant l'exécution de l'entraide judiciaire avec les Etats-Unis⁴⁾, le Tribunal fédéral a certes jugé que l'abus de connaissances privilégiées était punissable en vertu de l'article 162 CP (violation du secret de fabrication ou du secret commercial) lorsque l'initié révélait des informations confidentielles à des tiers (cf. *infra* ch. 15). Il n'empêche que l'entraide internationale présente encore une lacune importante. Le secret bancaire ne peut être levé que si l'on soupçonne fortement que l'initié a révélé ses informations à des tiers. Mais il ne peut l'être si l'initié s'est borné à utiliser personnellement ces informations pour effectuer des transactions boursières.

Cette situation juridique a donné lieu à des controverses dans les cas où les autorités américaines de surveillance du commerce des papiers-values (Securities and Exchange Commission, SEC) ont ouvert une enquête contre des personnes soupçonnées d'abus d'informations privilégiées. Toutefois, une solution provisoire a été trouvée grâce à la «Convention XVI de l'Association suisse des banquiers relative au traitement des demandes de renseignements de la Securities and Exchange Commission des Etats-Unis sur les abus d'informations privilégiées» ainsi qu'une déclaration de bonne volonté des deux gouvernements («Memorandum of Understanding»). Les banques suisses qui ont ratifié cette convention s'engagent à fournir, à certaines conditions, des renseignements aux autorités américaines concernant des opérations d'initiés réalisées sur le marché boursier américain.

La Convention XVI n'est cependant qu'une mesure provisoire prise en Suisse pour lutter contre l'utilisation abusive des banques suisses en vue de l'exploitation, réprouvée, d'informations privilégiées sur le marché américain. Elle ne lie ni les banques qui ne l'ont pas ratifiée, ni la plupart des sociétés financières. De plus la Convention XVI, aux termes de son article 11, 2^e alinéa, sera abrogée par l'entrée en vigueur de la réglementation suisse concernant les initiés, de sorte qu'il faudra alors emprunter la voie ordinaire de l'entraide judiciaire. La décision concernant la levée de secrets légalement protégés serait ainsi de la compétence des autorités et non d'organismes de droit privé.

12 Solutions adoptées ou envisagées par d'autres pays

D'autres pays européens se trouvent aussi confrontés aux problèmes posés par les opérations d'initiés. Néanmoins leurs solutions ne sauraient servir purement et simplement de modèle à la Suisse.

La France traite des opérations d'initiés du point de vue pénal; sur le plan civil, seules les normes générales régissant la responsabilité sont applicables. Toutes les actions sont enregistrées. S'il existe des indices qui donnent à penser que des transactions d'initiés ont eu lieu, la Commission des opérations de bourses (COB) procède à des investigations. Si les soupçons se confirment, elle requiert l'ouverture d'une enquête pénale. En *Grande-*

Bretagne, il existe des dispositions pénales et un code de conduite mais, par contre, pas de réglementation civile. Le fait, pour une société, de se soumettre au code de conduite est une condition de son accès à la bourse. Une autorité de contrôle de la bourse, instituée par le droit privé, veille à l'observation de ces règles de conduite.

La Belgique prépare des règles spécifiques de droit pénal et civil, elle renonce en revanche à la création d'une autorité de contrôle de la bourse. La réglementation civile devrait instituer l'annulabilité des opérations d'initiés. *La Norvège* a l'intention de traiter des transactions effectuées par des initiés tant du point de vue pénal que civil. Civilement, une action en responsabilité est prévue. Une autorité spéciale de surveillance devra contrôler le marché boursier. *Le Portugal* est aussi en train de concevoir des normes civiles et pénales spécifiques. Sur le plan civil, le juge devra pouvoir annuler l'opération d'initié. Les offres de fusion et de reprise doivent être signalées à une autorité de surveillance de la bourse qui existe déjà à l'heure actuelle.

Au Danemark, il n'existe pas de norme spécifique concernant les opérations d'initiés mais, par contre, des «règles éthiques concernant le commerce de papiers-valeurs cotés en bourse». Les organes sont tenus de déclarer la possession, l'acquisition ou la vente des actions de leur société; ces informations sont consignées dans un registre des actions. Les autorités de contrôle de la bourse ne disposent toutefois pas de moyens leur permettant d'imposer l'application de ces règles. *En Italie*, la situation est similaire. Certes, la loi concernant la «Commissione Nazionale per la Società e la Borsa» (CONSOB) contient certaines dispositions qui empêchent les opérations d'initiés et imposent aux organes d'une société d'informer trimestriellement la CONSOB de leurs propres transactions sur des titres de leur société. Néanmoins, aucune sanction adéquate n'est prévue en cas de violation de ces obligations. *En Suède*, les organes d'une société sont tenus d'informer un office d'enregistrement de la possession des titres de leur société ainsi que des transactions y relatives; c'est la violation de cette obligation et non l'opération d'initié en elle-même qui est réprimée. L'autorité de contrôle de la bourse n'a pas d'autre rôle de surveillance.

La République fédérale d'Allemagne règle les problèmes posés par les opérations d'initiés par le biais d'accords de droit privé. Un code de conduite impose aux personnes prenant part à des opérations boursières de fournir des renseignements à une commission spéciale d'examen, qui a été instituée pour chacune des huit bourses de la République fédérale. En cas d'infraction grave ayant des conséquences considérables, la commission peut ordonner la publication des résultats de ses investigations et contraindre l'initié à remettre à la société l'avantage pécuniaire obtenu. Le cas échéant, cette cession sera imposée judiciairement. *Les Pays-Bas* connaissent une situation analogue. Un code de bonne conduite, de droit privé, contraint les organes de sociétés qui prévoient des fusions à en informer six mois à l'avance une association pour le marché des papiers-valeurs ainsi que les négociants en bourse. Une double sanction est prévue: d'une part, l'interdiction pour les organes d'exercer leur fonction et, d'autre part, la suspension de la cotation des titres de la société.

La Finlande, la Grèce, le Luxembourg, l'Autriche et la Turquie ne disposent ni d'une réglementation concernant les opérations d'initiés ni d'un code de conduite. A notre connaissance, ils n'ont pas non plus de projets législatifs.

Le code de bonne conduite des *communautés européennes* concernant le commerce des papiers-valeurs institue un devoir général de loyauté sans implications civiles ni pénales. Le Conseil de l'Europe prévoit de charger, cette année encore, un comité d'experts de l'élaboration d'une réglementation adaptée aux problèmes posés par les opérations d'initiés.

Les Etats-Unis disposent depuis fort longtemps déjà de règles spécifiques réprimant les opérations d'initiés et dont l'observation est surveillée par l'autorité de contrôle du marché des papiers-valeurs (Securities and Exchange Commission; SEC). Ces règles ont constamment été améliorées et, à l'heure actuelle, traitent en détail d'un nombre considérable d'opérations d'initiés. Ainsi, les actionnaires importants et les organes sont tenus de faire enregistrer le nombre d'actions qui est en leur possession et de céder à la société tous les gains qu'ils auraient réalisés dans un délai de six mois à dater de la conclusion de l'affaire. En outre, soit les informations dont disposent les initiés doivent être révélées, soit ceux-ci doivent s'abstenir de négocier. Enfin, des dispositions spéciales concernant les offres de reprise sont récemment entrées en vigueur. Les infractions aux règles concernant les opérations d'initiés sont sanctionnées sur le plan civil, administratif et pénal. Les amendes qui peuvent être prononcées sont très élevées. A titre de peine, on peut aller jusqu'à percevoir le triple du montant du gain réalisé ou de la perte évitée. *Au Canada*, ce sont les 10 provinces qui sont compétentes en matière de réglementation concernant les opérations d'initiés. Dans l'ensemble, les réglementations canadiennes sont comparables à celles de l'Ontario (80 % du commerce boursier canadien est traité à la bourse de Toronto). Une commission spéciale (Ontario Securities Commission; OSC) contrôle le marché boursier. Les organes de sociétés et les actionnaires importants doivent se déclarer comme tels à l'OSC et rendre compte régulièrement de leurs possessions, acquisitions ou ventes d'actions. L'amende dont est passible celui qui contrevient à cette règle est très élevée; sur le plan civil, l'initié est contraint de céder à la société lésée le double de l'avantage pécuniaire acquis.

13 Procédure de consultation

131 Buts de la nouvelle réglementation

Le 16 novembre 1983, le Département fédéral de justice et police a été autorisé à engager une procédure de consultation concernant l'avant-projet de législation relative aux abus de connaissances privilégiées⁵⁾ (ci-après l'avant-projet). Cette procédure a duré jusqu'au 29 février 1984.

L'avant-projet visait essentiellement à combler la lacune qui subsiste dans le code pénal, dans le but d'assurer pleinement la protection des entreprises concernées, l'intégrité du marché boursier suisse et l'égalité des chances en-

tre les investisseurs. En outre, une nouvelle réglementation pénale complète devrait permettre d'établir la «double incrimination», de répondre aux demandes d'entraide judiciaire internationale et, partant, de mettre fin à la situation provisoire que constitue la Convention XVI (cf. ch. 112). Sur le plan civil, il s'agissait d'inciter la société elle-même à combattre les opérations d'initiés (obligation de déceler ces opérations) et de rendre ces dernières financièrement inintéressantes (cession obligatoire des avantages pécuniaires).

132 Considérations générales sur les avis exprimés

Tous les cantons (sauf celui d'Unterwald-le-Bas), les partis politiques représentés à l'Assemblée fédérale et plus de la moitié des organisations consultées se sont prononcés. Les milieux professionnels se sont eux aussi consacrés intensément à l'étude de l'avant-projet⁶⁾ en marge de la procédure de consultation.

Il ressort des avis exprimés que le bien-fondé d'une législation sur l'abus d'informations privilégiées n'est pas contesté. La disposition pénale de l'avant-projet à l'exception de certains points particuliers, fait presque l'unanimité. En revanche, la grande majorité des personnes et organismes consultés ne voit pas la nécessité d'édicter des normes civiles en cette matière.

133 Avis concernant la norme pénale

Le projet soumis à consultation s'articulait pour l'essentiel autour des éléments suivants:

- Actes délictueux: exploitation d'une information confidentielle dont la divulgation est de nature à influencer notablement le cours d'actions, de bons de participation ou d'autres titres négociés en bourse ou avant bourse;
- Auteur: membre de l'administration, de la direction ou de l'organe de révision et mandataire d'une société anonyme, ou encore membre d'une autorité, fonctionnaire et auxiliaire de toutes les catégories de personnes mentionnées ci-dessus;
- Reprise: cas le plus typique de regroupement de sociétés anonymes;
- Objet d'une opération d'initié: transaction portant sur des actions, des bons de participation ou d'autres titres d'une société anonyme, ainsi que sur des titres correspondants d'une société coopérative;
- Sanctions: délit poursuivi d'office, emprisonnement ou amende, prélèvement - non mentionné expressément - par le juge de l'avantage pécuniaire;
- Champ d'application: transaction sur des titres en bourse suisse.

Ainsi donc, l'avant-projet ne prévoyait de sanctionner que l'opération que l'initié véritable réalise à son propre profit. Toutes les autres formes d'opérations d'initiés (transmission à un tiers de l'information et exploitation de

celle-ci par le tiers, cf. *infra* ch. 233) devaient être considérées comme violations du secret commercial (art. 162 CP).

133.1 Remarque générale

Le bien-fondé de la norme pénale n'est pas contesté. Seul Bâle-Campagne estime que des règles de droit civil seraient plus adéquates.

133.2 Actes délictueux

La définition des actes délictueux est acceptée par la majorité des organismes consultés. Certains d'entre eux (GR, Vorort, Association des banquiers) souhaitent cependant une clarification des rapports entre l'accès à l'information confidentielle et son exploitation, d'une part, et entre la divulgation de cette information et la fluctuation des cours en bourse, d'autre part.

Par ailleurs il y aurait lieu d'ériger en élément constitutif fondamental le fait qu'il est prévisible que l'exploitation des informations est de nature à influencer sur le cours des titres (Vorort, Industrie-Holding, Association des bourses suisses). D'autres organismes consultés recommandent soit de préciser les notions de «confidentiel» ou d'«influence notable» (BE, SO, BS, BL, AG – ces cinq cantons nous ont adressé un rapport commun et sont appelés ci-après Nord-Ouest de la Suisse – OW, GR, Vorort, Association des banquiers, Chambre des sociétés fiduciaires et des experts-comptables, comptables diplômés); soit d'énumérer, dans la mesure du possible, les faits confidentiels (Vorort, Industrie-Holding).

133.3 Auteurs

Tous les organismes consultés approuvent la manière dont l'avant-projet établissait le cercle des auteurs, composé des personnes véritablement initiées. Une forte majorité souhaite toutefois que le tiers (bénéficiaire du renseignement, en anglais, «Tippee») soit aussi mentionné comme auteur par la nouvelle disposition (Nord-Ouest de la Suisse, ZH, LU, SZ, OW, TI, GE, PRD, PS, Parti libéral, Vorort, Industrie-Holding, Association suisse d'assurances, Association des banquiers, banquiers privés, Association des bourses suisses, Union syndicale suisse, Associations des employés, Union suisse des syndicats autonomes, Fédération suisse des avocats, Chambre des sociétés fiduciaires et des experts-comptables, Conférence des fonctionnaires fiscaux d'Etat).

133.4 Reprise de sociétés

L'avant-projet parlait de «reprise d'une société anonyme». La grande majorité des avis propose d'adopter de préférence une notion globale telle que le

regroupement, la combinaison ou la fusion de sociétés, ainsi que l'acquisition de participations (Nord-Ouest de la Suisse, ZH, LU, SZ, OW, PDC, UDC, Parti libéral, Vorort, Association suisse d'assurances, Association des banquiers, banquiers privés, Association des bourses suisses).

133.5 Titres

Une partie des organismes consultés attache de l'importance à ce que l'on examine si la notion de «titres» couvre réellement tous les «droits» pouvant faire l'objet de transactions abusives d'initiés (Nord-Ouest de la Suisse, UDC, Parti libéral, Association suisse d'assurances, banquiers privés, Association des bourses suisses, Fédération des avocats, Chambre des sociétés fiduciaires et des experts-comptables, comptables diplômés).

D'aucuns souhaitent une énumération exhaustive de tous les titres entrant en considération (ZH, Industrie-Holding), alors que d'autres proposent de remplacer le terme «titres» par «valeurs mobilières» (Vorort, Association des banquiers).

133.6 Sanctions

Selon l'avant-projet les opérations d'initiés devaient être poursuivies d'office. Rares furent les avis qui donnaient la préférence à une infraction poursuivie sur plainte (JU, Fédération des avocats).

Une grande majorité des organismes consultés – les mêmes qui rejettent toute réglementation civile – voudrait que la nouvelle norme pénale renvoie à l'article 58 CP, qui prévoit l'attribution à l'Etat des avantages pécuniaires acquis (Nord-Ouest de la Suisse, LU, ZG, SH, SG, PRD, PDC, PS, Association des banquiers, banquiers privés, Chambre des sociétés fiduciaires et des experts-comptables, Institut d'éthique sociale).

133.7 Champ d'application

L'avant-projet ne précisait pas si la réglementation ne visait que les titres de sociétés suisses ou si elle s'appliquait également à ceux de sociétés étrangères négociés en bourse suisse. Certains organismes consultés souhaitent que ce point soit éclairci (TI, PDC, PS, Industrie-Holding, Chambre des sociétés fiduciaires et des experts-comptables, comptables diplômés).

134 Avis concernant les normes civiles

Tous les organismes consultés se sont également exprimés au sujet de la réglementation civile projetée (art. 726a, 726b et 902a CO de l'avant-projet), qui prévoyait pour l'essentiel:

- d'obliger l'initié à céder à la société concernée les avantages pécuniaires acquis;

- d'obliger le conseil d'administration (de ladite société) à faire valoir le droit à la cession de ces avantages ainsi qu'à prendre d'une manière générale les mesures propres à empêcher ou à déceler les opérations d'initiés;
- de conférer à l'actionnaire le droit d'intenter action en restitution à la société en lieu et place du conseil d'administration;
- de consacrer la priorité du droit à réparation éventuelle des tiers lésés par les opérations d'initiés sur le droit de la société à la cession des avantages.

Ces dispositions étaient censées avoir pour effet:

- d'obliger les sociétés à contribuer à la lutte menée par les autorités de poursuite pénale contre les opérations d'initiés;
- d'ôter à de telles opérations tout attrait financier en instaurant la cession obligatoire des avantages pécuniaires.

La grande majorité des organismes consultés (tous sauf BL, TI, VS, NE, JU, Parti socialiste autonome du Sud du Jura, ainsi que l'Union suisse des syndicats autonomes) ne voit pas la nécessité d'édicter de telles dispositions. Leurs principaux arguments sont les suivants:

- la raison pour laquelle les gains réalisés par les initiés devraient être cédés à la société n'est pas évidente. Il serait plus logique et efficace, sur le plan de la prévention, de les verser à l'Etat en se fondant sur l'article 58 CP et de les attribuer en tout ou en partie aux éventuels tiers lésés, conformément à l'article 60 CP;
- la société serait dans la quasi-impossibilité de satisfaire aux obligations qui lui seraient imposées; en outre, l'actionnaire ne ferait certainement qu'exceptionnellement usage de son droit d'intenter une action. Inversement, d'aucuns font valoir que ces obligations vont de soi et qu'il n'y a pas lieu de les mentionner expressément dans la loi.

14 **Grandes lignes du projet**

Nous estimons qu'il ne faut pas attendre la fin de la revision des dispositions relatives aux infractions contre le patrimoine, qui fera l'objet d'une procédure de consultation ouverte dès la mi-1985, pour créer une législation sur les abus de connaissances privilégiées. Il n'est pas tolérable que l'initié qui agit personnellement et obtient des avantages pécuniaires demeure impuni, alors que la communication d'informations privilégiées à des tiers et leur exploitation par ceux-ci sont déjà sanctionnées par l'article 162 CP concernant la violation du secret commercial. De plus, il convient de créer les conditions permettant de répondre aux demandes d'entraide judiciaire internationale dans les cas où il y a eu exploitation d'informations confidentielles. Pour les motifs qui ont déjà été mentionnés, un code de conduite, tel que celui qui a été adopté par l'Association suisse des banquiers, n'est pas suffisant. S'il permet certes d'imposer des obligations qui vont au-delà des prescriptions légales minimales, il ne supplée en revanche pas l'absence de règles pénales lorsque celles-ci sont nécessaires pour protéger l'entreprise contre les opérations d'initiés, pour protéger l'intégrité du

marché boursier enfin, pour garantir l'égalité des chances entre les investisseurs. Le caractère illicite des opérations d'initiés est tellement prononcé qu'il y a lieu de confier aux autorités étatiques et aux tribunaux la poursuite de tels agissements. En accord avec la grande majorité des organismes consultés, nous proposons donc d'élaborer une législation spécifique en nous inspirant des considérations ci-après:

141 Norme pénale complète

Il convient de s'en tenir pour l'essentiel à la norme pénale telle qu'elle a été soumise à la procédure de consultation; nous l'avons modifiée dans la mesure où les avis exprimés le justifiaient. Le cercle des auteurs qui y est défini comprend également les tiers qui bénéficient des informations confidentielles et les exploitent, de sorte que toutes les opérations d'initiés sont regroupées dans une seule et unique disposition.

142 Abandon des normes de droit civil

La plupart des avis exprimés étant négatifs, nous renonçons à introduire les normes civiles proposées dans l'avant-projet (art. 726a, 726b et 902a CO). Cet abandon ne signifie toutefois aucunement que les opérations d'initiés bénéficient d'un blanc-seing sur le plan civil:

Les personnes de confiance s'engagent à faire preuve de fidélité envers la société conformément aux règles qui régissent le contrat de travail et aux dispositions relatives au mandat. Selon la doctrine dominante, les membres du conseil d'administration sont soumis également à une obligation générale de fidélité (art. 722, 1^{er} al., CO). Cette obligation implique que, lors de conflits surgissant entre leurs intérêts privés et les intérêts de la société anonyme, ces personnes tranchent en faveur de cette dernière. La société anonyme a en effet intérêt à éviter que des opérations d'initiés n'entachent sa réputation, ne découragent les investisseurs potentiels ou n'entravent des reprises envisagées. Or l'initié abuse à des fins privées d'informations qui appartiennent à la société anonyme. Il exploite pour son propre compte des informations sur lesquelles la société anonyme entend garder le secret.

De son côté la société prend aussi certaines responsabilités vis-à-vis du public: personne ne peut en effet, selon les règles de la bonne foi, faire appel au public pour obtenir des capitaux ou des fonds sans prendre en même temps des mesures internes pour s'assurer que ce même public ne soit pas lésé par des transactions d'initiés.

L'article 717 de notre projet de révision du droit des sociétés anonymes⁷⁾ institue un devoir général de diligence et de fidélité des administrateurs à l'égard de tous les intérêts de la société anonyme. Il va de soi que ce devoir comprend l'obligation d'empêcher, dans la mesure du possible, les opérations d'initiés. Il s'agit de l'une des nombreuses obligations (p. ex.: le devoir de défendre les intérêts de la société et celui de garder le secret) qu'il n'est pas nécessaire de mentionner expressément dans la loi.

Enfin, il sied de relever que le juge pénal peut ordonner la confiscation de valeurs pécuniaires lorsque celles-ci ont été acquises au moyen d'un acte délictueux (art. 58 CP).

143 Renonciation à instituer un organe suisse de surveillance des activités boursières

Contrairement à plusieurs autres pays (la France, l'Italie, les Etats-Unis et le Canada), la Suisse ne connaît à ce jour aucune autorité nationale de surveillance ou de contrôle de la bourse.

On peut se demander si la revision proposée ne constitue pas l'occasion d'instituer un tel organe, car celui-ci pourrait être doté de compétences de contrôle dans le cadre de la lutte contre les opérations d'initiés. Les autorités cantonales de poursuite pénale pourraient éprouver certaines difficultés à combattre les abus d'informations privilégiées tant qu'elles ne disposent pas de services spécialisés dans la lutte contre les délits d'ordre économique.

Nous ne voyons cependant pas quelle autorité fédérale serait aujourd'hui à même d'exercer la surveillance des activités boursières. La Banque nationale suisse ou la Commission fédérale des banques, institutions auxquelles l'on songe d'emblée dans ce contexte, ont un champ d'activité qui ne s'y prête guère. Par ailleurs, pour des raisons inhérentes à notre Etat de droit, il convient de renoncer à faire appel à une organisation privée telle que l'Association des bourses suisses ou l'une des commissions qu'elle a créées. Il ne faut en effet pas oublier qu'une autorité de surveillance est amenée à prêter son concours dans le cadre de poursuites pénales et qu'une telle compétence ne saurait être conférée à un organisme privé. Seule entrerait donc en ligne de compte l'institution d'un nouvel organe public. Mais il faudrait créer à cet effet une base légale et régler de nombreuses questions (p. ex. définir le domaine d'attribution du nouvel organe). Au demeurant, nous préférons renoncer à créer dans ce contexte de nouvelles unités administratives. Il faut tout de même rappeler que les devoirs de diligence et de fidélité des administrateurs d'une société impliquent l'obligation d'empêcher les opérations d'initiés et de participer aux investigations permettant de les déceler. Enfin, relevons que seuls quatre des organismes consultés ont suggéré la création immédiate d'une telle autorité de surveillance des activités boursières (PS, Parti libéral, banquiers privés, Association des bourses suisses).

15 Nécessité d'une nouvelle norme pénale

Le droit pénal positif ne sanctionnant pas certaines formes caractérisées d'opérations d'initiés (p. ex., l'initié qui exploite personnellement une information confidentielle sans la transmettre à autrui échappe à toute sanction), la nouvelle norme répond à un besoin certain. Les dispositions du droit positif sur l'escroquerie (art. 148 CP), l'usure (art. 157 CP), la gestion

déloyale (art. 159 CP), la violation du secret commercial (art. 162 CP) et la concurrence déloyale (art. 13 de la LF sur la concurrence déloyale, RS 241) pourraient certes être appliquées à l'abus de connaissances privilégiées. Mais à y regarder de plus près, ces dispositions se révèlent insuffisantes.

Si les éléments constitutifs de l'escroquerie ne sont pas réunis dans le cas qui nous occupe c'est essentiellement parce qu'il n'existe aucun contact personnel entre l'acheteur et le vendeur sur le marché boursier. En raison de cette particularité du marché boursier, il appert en effet d'emblée que plusieurs éléments caractéristiques de l'escroquerie ne peuvent être réalisés. Il s'agit par exemple de celui qui consiste à induire en erreur une personne par des affirmations fallacieuses ou du fait de déterminer la «victime» à commettre des actes préjudiciables à son patrimoine⁸⁾.

Il en va de même, en raison de l'anonymat du marché boursier, des éléments constitutifs de l'usure puisqu'ils présupposent à l'évidence un contact personnel entre l'auteur et la victime.

Quant à la disposition concernant la gestion déloyale, elle est généralement inapplicable, car par son comportement l'initié peut à la rigueur porter atteinte au renom de la société, mais non à son patrimoine, sur lequel il lui incombe de veiller. Cette disposition n'est applicable que dans l'hypothèse où l'initié achète des actions d'une société que sa propre société envisage d'acquérir et provoque par là une hausse des cours.

Par ailleurs, l'article 13, lettre g, de la loi fédérale sur la concurrence déloyale n'est pas applicable puisque l'initié ne surprend pas de secrets commerciaux ni n'en prend connaissance d'une manière contraire aux règles de la bonne foi.

Enfin, l'initié ne se rend pas coupable de divulgation du secret commercial, tant qu'il exploite lui-même des informations confidentielles sans les révéler à quiconque. Il en va autrement si l'initié transmet les informations à un tiers et que celles-ci constituent un secret commercial au sens de l'article 162, 1^{er} alinéa, CP, ce qui est en règle générale le cas. L'initié tombe alors sous le coup de l'article 162, 1^{er} alinéa, CP et le tiers qui a mis à profit cette révélation tombe sous celui de l'article 162, 2^e alinéa, CP⁹⁾. Dans les deux cas, l'infraction n'est sanctionnée que sur plainte déposée par la société.

2 Partie spéciale: Commentaire du projet d'article 161 CP

21 Place dans la systématique

Du point de vue de la systématique, la disposition qui vous est soumise comblera un vide laissé dès 1943 par l'ancien article 161, abrogé par la loi fédérale sur la concurrence déloyale. La nouvelle disposition, étant donné son objet, s'inscrira harmonieusement dans le titre deuxième du code pénal.

22 Actes délictueux

221 La connaissance des faits confidentiels en tant que condition préalable à la réalisation de l'infraction

L'acte suppose que l'auteur ait connaissance d'un fait confidentiel dont la divulgation dans le public exercera selon toute probabilité une influence notable sur le cours des titres en cause. Si l'auteur dispose de cette information, c'est uniquement grâce à la situation privilégiée dont il jouit dans ou envers la société (initié) ou parce qu'une personne qui se trouve dans une telle situation l'a divulguée à un tiers (cf. ch. 23).

Par rapport à l'avant-projet, les éléments constitutifs n'ont subi que quelques modifications d'ordre purement rédactionnel. La notion d'«information confidentielle» a été remplacée par celle de «connaissance de faits confidentiels». Sa définition est en outre précisée en ce sens qu'il est exigé que ce fait confidentiel soit de nature, en cas de divulgation, à exercer *de manière prévisible* une influence notable sur le cours des titres. On entend bien préciser par là que, pour être punissable, l'auteur doit avoir connu – et donc prévu – les conséquences de la divulgation du fait confidentiel. L'auteur ne pourrait d'ailleurs pas exploiter au sens de la norme une information privilégiée s'il n'était pas conscient de son effet prévisible sur les cours en bourse, autrement dit il n'existerait aucun rapport causal entre ses connaissances d'initié et l'avantage pécuniaire réalisé grâce aux fluctuations du cours. L'effet susmentionné est réputé prévisible lorsque le fait confidentiel est tel qu'il y a lieu, par expérience, de s'attendre à ce que sa divulgation exerce une influence notable sur le cours de valeurs cotées en bourse. En outre, il faut que la connaissance de ce fait soit suffisamment claire et certaine.

Peuvent constituer de tels faits: des projets d'union d'entreprises sous quelque forme que ce soit; une émission de nouveaux droits de participation ou d'obligations; des transactions immobilières ou d'autres opérations d'envergure; des pertes importantes imminentes ou venant d'être subies par la société.

222 Obtention d'un avantage pécuniaire

L'auteur cherche en règle générale à tirer parti de la primeur de l'information dont il bénéficie en achetant ou en vendant un certain nombre de titres. Il obtient un avantage pécuniaire, soit en réalisant un gain, soit en évitant une perte, lorsque l'information jusque-là confidentielle devient publique, ce qui entraîne effectivement une modification (à la hausse ou à la baisse) des cours. Si une telle réaction ne se produit pas, le délit n'est pas consommé, mais on se trouve en présence d'une tentative punissable. D'ailleurs, l'auteur peut également se procurer un avantage pécuniaire direct en ne procédant pas lui-même à l'opération boursière, mais en «monnayant» les informations confidentielles qu'il détient en tant qu'initié. A la différence de l'avant-projet, la nouvelle version de la disposition pénale nomme désormais expressément cette forme de l'acte délictueux (ch. 1^{er}, 5^e al.).

Conformément à plusieurs infractions typiques contre le patrimoine pré-vues par le droit positif (vol, abus de confiance, détournement, escroquerie, etc.), mais en dérogation à l'avant-projet, la nouvelle disposition déclare punissable non seulement celui qui obtient un avantage pécuniaire pour lui-même, mais également celui qui en procure un à autrui. Nous avons ainsi voulu répondre à un désir exprimé par de nombreux organismes consultés. Sans cette modification, il aurait effectivement été trop facile d'échapper à la nouvelle disposition, l'auteur ayant p. ex. pu céder d'em-blée l'avantage pécuniaire à son conjoint ou à une autre personne qui lui est proche.

Nous inspirant de la convention XVI de l'Association des banquiers, négociée avec les autorités américaines, nous renonçons à prévoir un montant minimum pour l'avantage pécuniaire obtenu.

Comme le prévoient les dispositions actuelles concernant les infractions contre le patrimoine, n'importe quel avantage pécuniaire obtenu suffit pour que le délit soit réalisé. La fixation d'un montant minimal serait une innovation qui s'intégrerait mal dans notre droit pénal fondé sur la notion de faute. Cependant, l'ampleur de l'avantage pécuniaire obtenu peut et doit être prise en considération lors de l'appréciation de la faute et, partant, de la fixation de la peine (art. 63 CP). Ajoutons que, parmi les propositions de révision du titre du code pénal relatif aux infractions contre le patrimoine, figure une disposition au sens de laquelle les infractions contre le patrimoine qui n'ont procuré qu'un avantage pécuniaire minime ne seront punissables que comme contraventions.

Le nouvel article 161 CP exige d'autre part qu'une influence *notable* sur les cours de la bourse soit prévisible faute de quoi chaque variation, même minime, des cours pourrait donner lieu à une enquête pénale. Or, des fluctuations d'une certaine amplitude sont typiques du marché boursier et s'y produisent quotidiennement. Par contre, elles sont notables, c'est-à-dire exceptionnelles, lorsqu'elles sortent de ce cadre habituel.

23 Auteurs

L'exploitation d'informations confidentielles, au sens de la nouvelle disposition, est un délit spécial car il ne peut être commis que par un cercle limité de personnes possédant des qualités particulières.

231 Initiés

Parmi les auteurs possibles, la disposition mentionne d'abord les membres du conseil d'administration, de la direction ou de l'organe de révision d'une société anonyme, donc les organes au sens du droit de la société anonyme¹⁰⁾, puis les mandataires de sociétés, ainsi que les membres d'une autorité et les fonctionnaires. Certes, les membres d'une autorité et les fonctionnaires sont, en vertu de l'article 320, chiffre 1, 1^{er} alinéa, CP, tenus, sous peine de poursuite pénale, d'observer le secret de fonction. Toutefois, le fonctionnaire (p. ex. membre de la Commission fédérale des

banques ou de son secrétariat) qui utilise à son profit une information confidentielle obtenue dans l'exercice de sa fonction ne se rend pas coupable de violation du secret de fonction.

De plus, la nouvelle disposition pénale vise les auxiliaires de tous les auteurs potentiels. La notion d'«auxiliaire» est celle qui figure à l'article 321, chiffre 1, 1^{er} alinéa, CP, elle s'applique essentiellement aux collaborateurs des initiés directs.

L'infraction est également réalisée lorsque l'auteur occupait sa position particulière au moment où il a obtenu les informations confidentielles, mais plus au moment où il les a exploitées et s'est procuré ainsi un avantage pécuniaire.

Nous nous sommes demandé si à une fastidieuse énumération des auteurs potentiels il ne fallait pas préférer une définition du cercle des auteurs plus générale telle que la comportait la norme civile prévue par l'avant-projet (organes et personnes liés par un rapport de confiance particulier à la société). Une définition de ce type se prête toutefois mal à une norme de droit pénal. D'une part, le Tribunal fédéral a, de manière très nette, donné un sens plus large au concept pénal d'organe qu'au concept correspondant de droit civil (ATF 100 IV 38). D'autre part, l'expression «liés par un rapport de confiance particulier avec la société» pourrait faire l'objet d'interprétations divergentes et se heurter ainsi à l'exigence de précision inhérente au principe de la légalité établi par l'article 1^{er} CP.

Retenons enfin qu'une énumération exhaustive des auteurs n'empêche pas de punir l'initié qui se sert d'un homme de paille pour accomplir son acte. Même dans ce cas, l'initié s'expose à une condamnation comme auteur. Quant à l'homme de paille, il pourra être condamné comme complice de l'initié lorsqu'il est au courant des faits et que l'élément subjectif est ainsi réalisé. Si l'homme de paille est lui-même un initié, il pourra évidemment être lui aussi poursuivi comme auteur principal.

232 Les initiés dans les groupes et en cas de regroupement envisagé de sociétés

Le cercle des auteurs ne comprend pas seulement les personnes qui ont une position particulière dans ou envers une société anonyme dont le cours des titres pourrait subir une modification en cas de divulgation des faits confidentiels en question, il inclut également toutes les personnes qui occupent une telle position auprès de sociétés dominant cette société anonyme ou dépendant d'elle (ch. 1, 1^{er} al.). Cela signifie que peuvent être considérés comme auteurs les initiés de toutes les entreprises qui appartiennent à un groupe de sociétés ou qui sont liées entre elles d'une autre manière.

Le chiffre 3 a pour but d'assurer que, dans le cas d'un regroupement de deux sociétés, les initiés de celles-ci puissent être sanctionnés lorsque, informés du projet, ils exploitent cette information pour se procurer un avantage pécuniaire, que celui-ci soit obtenu grâce à une fluctuation des cours des titres de l'une ou de l'autre société.

Selon le chiffre 2 de notre projet, tout tiers (bénéficiaire du renseignement, en anglais «Tippee») est en outre punissable, s'il exploite une information confidentielle (ch. 1, 4^e al.) qui lui a été transmise directement par un initié «véritable» au sens du chiffre 1, 1^{er} à 3^e alinéa, ou qui a été indirectement porté à sa connaissance par d'autres tierces personnes. Toutefois, les éléments constitutifs de l'infraction ne sont réunis que si le tiers savait ou devait savoir qu'à l'origine l'information a été révélée abusivement par un initié.

Si, à la différence des initiés proprement dits, les tiers n'abusent pas d'une position de confiance particulière et ne violent aucune obligation envers la société, il sont néanmoins conscients du caractère déloyal de la divulgation de l'information. Aussi leur acte est-il punissable, mais à un moindre degré (emprisonnement pour un an au plus). Par ailleurs, non seulement les obligations de fidélité et de loyauté des initiés envers la société concernée figurent parmi les biens juridiquement protégés, mais également l'intégrité du marché boursier et, partant, l'égalité des chances entre tous les investisseurs (Publikumsanleger).

Ne sont en revanche pas punissables les tiers qui, par une observation précise des opérations boursières et de faits permettant l'évaluation du cours des actions, ou par l'effet du hasard (p. ex. en interceptant une conversation tenue à haute voix dans un compartiment voisin), parviennent à tirer profit de certaines informations d'initiés. Car si de tels comportements étaient punissables, le droit pénal devrait également sanctionner de nombreuses autres situations dans lesquelles une personne qui a eu fortuitement la primeur d'une information en tire parti pour obtenir un bénéfice sur le marché.

24 Notion de titre

Parmi les titres pouvant faire l'objet d'une opération d'initié, la nouvelle norme pénale cite en premier lieu les actions, parce qu'elles sont l'objet traditionnel des transactions en bourse. Mais d'autres titres, dont on sait par expérience qu'ils sont soumis à des fluctuations de cours importantes, sont également visés. Sont réputés «autres titres» les bons de participation, les bons de jouissance, les obligations, les bons de participation à des fonds de placement, etc., que ceux-ci soient des papiers-valeurs au sens juridique du terme ou non. La notion d'«effet comptable correspondant» vise à tenir compte des évolutions possibles. Elle serait en particulier applicable si, en Suisse aussi, les seuls droits correspondants étaient négociés en lieu et place de papiers-valeurs ou de titres (transactions sur des titres «dématérialisés»). Enfin, l'expression «option sur ceux-ci» comprend les droits à l'achat d'actions, de bons de participation, d'effets comptables correspondants, etc.

La disposition ne vise que les titres cotés en bourse ou négociés avant bourse. Il existe cependant des marchés anonymes également en dehors de la bourse ou de l'avant bourse. On peut dès lors se demander s'il ne faut

pas inclure dans la norme pénale les titres négociés régulièrement hors bourse. Les raisons principales qui s'opposent à une telle mesure sont les suivantes:

- pour le juge, il serait extrêmement délicat de déterminer si les titres sont négociés régulièrement ou irrégulièrement hors bourse. Faute d'un critère de délimitation suffisamment précis, une telle extension de la norme ne serait guère compatible avec l'exigence de précision inhérente au principe de la légalité établi par l'article 1^{er} CP;
- par ailleurs, il se justifie qu'en tant que norme pénale, cette règle se limite strictement à l'objet à protéger, c'est-à-dire au marché boursier ou avant bourse officiel;
- enfin, en règle générale, seuls les titres cotés en bourse ou négociés avant bourse ont un cours facile à connaître, puisqu'il fait l'objet d'une publication régulière, condition dont dépend en principe la possibilité de tirer parti des fluctuations de cours à venir.

Dans ce contexte relevons que le commerce des papiers-valeurs ne saurait être considéré indépendamment du marché international. Alors qu'en Suisse s'est institué un marché avant bourse régulier, dans d'autres pays un commerce de ce type, officieux, se déroule en dehors de la bourse officielle. Lorsqu'il se pratique de manière régulière et organisée, ce commerce «extraboursier» d'autres pays est comparable au marché avant bourse suisse.

On sait que dans notre pays quelques grandes entreprises ont choisi la forme de la société coopérative. Pour cette raison, l'article 161, chiffre 4, prévoit que les dispositions des chiffres 1 à 3 s'appliquent également lorsque les opérations d'initiés ont porté sur les titres d'une société coopérative et non d'une société anonyme.

En outre, le chiffre 4 prévoit expressément l'application par analogie de cet état de fait à des titres et effets comptables *étrangers*, ainsi qu'à des options sur ceux-ci. Toutefois, ils doivent être négociés en bourse ou avant bourse en Suisse (cf. *infra* ch. 27). Il est absolument indispensable de viser aussi les opérations d'initiés portant sur des titres étrangers, faute de quoi la protection recherchée de l'intégrité de notre marché boursier ainsi que de l'égalité des chances entre les investisseurs (Publikumsanleger) serait lacunaire car une partie importante des titres qui sont traités à l'heure actuelle dans les bourses suisses sont de provenance étrangère.

25 Élément subjectif

Seule est punissable l'exploitation intentionnelle d'informations confidentielles (art. 18, 1^{er} al., CP). Cela vaut aussi bien pour l'initié véritable que pour le tiers.

26 Délit poursuivi d'office

L'abus d'informations confidentielles doit être poursuivi d'office. Cela est logique, car il existe avant tout un intérêt public à la protection recherchée

des biens juridiques que constituent tant «l'intégrité du marché boursier» que «l'égalité des chances entre les investisseurs» (Publikumsanleger). Si l'on avait érigé cette infraction en délit poursuivi sur plainte, il aurait pu être difficile, dans bien des cas, de désigner les personnes ayant qualité pour porter plainte. En effet, la personne qui peut déposer plainte est celle qui a été lésée par l'acte délictueux, c'est-à-dire la personne titulaire d'un bien juridiquement protégé auquel une atteinte a été portée de manière directe. Or, il est rare que des particuliers subissent un dommage à la suite d'opérations d'initiés.

27 Sanctions

271 Peine

A l'instar des faux renseignements sur les sociétés commerciales ou coopératives (art. 152 CP) et de l'incitation à spéculer (art. 158 CP), l'exploitation de la connaissance de faits confidentiels doit être considérée comme un délit et punie de l'emprisonnement ou de l'amende. Le maximum de l'amende sera de 40 000 francs (art. 48, ch. 1, 1^{er} al., CP); toutefois si l'auteur a agi par cupidité, le montant de l'amende ne sera pas limité (art. 48, ch. 1, 2^e al., CP).

272 Confiscation du gain illicite

L'avantage pécuniaire obtenu grâce à l'exploitation d'informations confidentielles est illicite au sens de l'article 58, 1^{er} alinéa, lettre a, CP, de sorte que le juge peut le confisquer au profit de l'Etat et, ensuite, l'allouer en tout ou en partie à un éventuel lésé (art. 60 CP). Nous renonçons donc à prévoir expressément cette faculté dans la nouvelle norme.

28 Champ d'application à raison du lieu

«L'exploitation de la connaissance de faits confidentiels» est une infraction donnant lieu à extradition. En vertu de l'article 35, 1^{er} alinéa, lettre a, de la loi sur l'entraide pénale internationale, comme d'ailleurs d'après l'article 2, chiffre 1, de la Convention européenne d'extradition, toute infraction frappée «d'une sanction privative de liberté d'un maximum d'au moins un an ou d'une sanction plus sévère» peut donner lieu à extradition. Le Suisse qui commet à l'étranger un délit pouvant donner lieu à extradition s'expose, en vertu de l'article 6, chiffre 1, CP, à être puni en Suisse, si l'acte est également réprimé dans l'Etat où il a été commis.

A la différence de l'avant-projet, la nouvelle disposition précise en outre que les titres concernés doivent être négociés en bourse ou avant bourse *en Suisse*. Cela est compréhensible, ne serait-ce qu'en raison de certains biens juridiques essentiels que cette disposition est notamment appelée à protéger, à savoir le bon fonctionnement et l'intégrité du marché boursier

et, partant, l'égalité des chances entre les investisseurs (Publikumsanleger). Notre droit pénal ne saurait évidemment avoir pour fonction de protéger les marchés des capitaux étrangers et leurs participants. C'est par le biais de l'entraide judiciaire en matière pénale que ce but peut être atteint.

29 Concours avec d'autres infractions

Lorsque les informations privilégiées constituent également un secret commercial au sens de l'article 162 CP, ce qui est en règle générale le cas, les initiés, s'ils divulguent leurs connaissances à des tiers, commettent simultanément une violation du secret commercial. Les tiers tombent eux-aussi sous le coup de l'article 162 CP s'ils exploitent ces informations (cf. ch. 15). Etant donné que le nouvel article 161 protège en partie d'autres biens juridiques que l'article 162 CP, on se trouvera dorénavant, dans de tels cas, en présence de ce que l'on nomme un concours idéal, c'est-à-dire que l'auteur est punissable en vertu des deux dispositions, ce qui a pour conséquence une augmentation appropriée de la peine (art. 68 CP).

Si l'initié qui divulgue ses connaissances à un tiers est membre d'une autorité ou fonctionnaire, il y a concours idéal entre les articles 161 et 320 CP (violation du secret de fonction).

Si, en transmettant ses informations privilégiées en vue d'obtenir un avantage pécuniaire, l'auteur a porté des secrets économiques à la connaissance de destinataires étrangers prévus par l'article 273 CP, il sera, à l'avenir, punissable tant en vertu de l'article 161 que de l'article 273 CP (service de renseignements économiques). En effet, l'article 273 CP ne recouvre pas l'article 161, qui n'a pas pour but de protéger la souveraineté territoriale, mais qui sanctionne le fait que l'infraction a été commise par un initié. A l'inverse, la norme protectrice de l'Etat que constitue l'article 273 CP ne protège ni la capacité de fonctionnement du commerce boursier, ni l'égalité des chances entre les investisseurs (Publikumsanleger) ou les rapports de fidélité entre employeur et employé. Par conséquent, l'article 273 CP ne réprime pas un tel acte sous tous ses aspects.

3 Conséquences financières et effets sur l'état du personnel de la Confédération et des cantons

La Confédération n'aura pas à supporter de frais supplémentaires. Les conséquences financières et les effets sur l'état du personnel pour les cantons ne dépassent pas le cadre de leur obligation constitutionnelle de garantir aussi la poursuite de cette nouvelle infraction.

4 Grandes lignes de la politique gouvernementale

Nous avons annoncé ce projet dans les Grandes lignes de la politique gouvernementale pour la législature 1983-1987 (FF 1984 I 153, ch. 46).

5 Constitutionnalité

Le projet se fonde sur l'article 64^{bis} de la constitution.

29916

- 1) Forstmoser, Effektenhandel durch Insider, la Société anonyme suisse (SAS) 1973, p. 133–152; Brunner, Wie kommt man den sogenannten Insidertransaktionen bei? SAS 1976, p. 179–194; Forstmoser, Strafrechtliche Erfassung von Insidermissbräuchen, SAS 1977, p. 14–23.
- 2) Hochschule St. Gallen: USA-Wirtschaftsrecht, eine extraterritoriale Anwendung und Auswirkungen auf europäische Unternehmungen, Zürich 23./24. 9. 1982; Association genevoise de droit des affaires; Transactions d'initiés, Genève, 24. 10. 1982; Nobel, Das Insidergeschäft, Revue Suisse de Jurisprudence (RSJ) 1983, p. 121–129 et 137–141.
- 3) Forstmoser, Schubarth, von Greyerz, Insley, Wichser in: Neue Zürcher Zeitung, n° 111 du 15./16. 5. 1982, n° 124 du 2. 6. 1982, n° 129 du 8. 6. 1982, n° 183 du 10. 8. 1982, n° 197 du 26. 8. 1982, n° 252 du 29. 10. 1982, n° 264 du 12. 11. 1982; Jost in Tagesanzeiger Magazin n° 46 du 20. 11. 1982.
- 4) ATF 109 I b 56 s c. 5c; arrêt non publié du TF, en la cause Santa Fé du 16 mai 1984.

5) *Art. 161 CP* (Exploitation d'informations confidentielles):

1. Celui qui, en qualité de membre de l'administration, de la direction, de l'organe de contrôle, ou 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 ceux-ci, obtient une information confidentielle dont la divulgation est de nature à exercer une influence notable sur le cours des actions, des bons de participation ou des autres titres de la société anonyme, négociés en bourse ou avant bourse, et se procure un avantage pécuniaire en exploitant cette connaissance, sera puni de l'emprisonnement ou de l'amende. Si la reprise d'une société par une autre est envisagée, les alinéas 1 et 2 s'appliquent aux actions, aux bons de participation et aux autres titres des deux sociétés.

2. Le chiffre premier s'applique par analogie lorsque l'exploitation d'informations confidentielles se rapporte à des parts sociales, à des bons de participation ou à d'autres titres d'une société coopérative.

Art. 726a CO (XI. Exploitation d'informations confidentielles).

1. Cession des avantages:

¹ Les organes ainsi que les personnes liées par rapport de confiance particulier à la société doivent céder à cette dernière les avantages pécuniaires qu'ils ont réalisés en exploitant des informations confidentielles dont la divulgation était de nature à exercer une influence notable sur le cours des actions, des bons de participation ou d'autres titres de la société anonyme négociés en bourse ou avant bourse.

² La même obligation incombe aux organes et aux personnes de confiance de sociétés contrôlant cette société anonyme ou dépendant d'elle ou de sociétés qui envisagent de la reprendre ou dont la reprise est envisagée.

³ Cette obligation incombe également aux tiers exploitant des informations confidentielles dont ils savent qu'elles ont été révélées, en violation du secret commercial, par des personnes mentionnées aux 1^{er} et 2^e alinéas.

Art. 726b CO (2. Obligations du conseil d'administration, prétentions des lésés):

¹ Le conseil d'administration veille à empêcher et à déceler l'exploitation d'informations confidentielles.

² Si des avantages pécuniaires ont été réalisés par l'exploitation d'informations confidentielles, le conseil d'administration fait valoir le droit à la cession. L'actionnaire peut aussi intenter action en lieu et place du conseil d'administration; son action tend à une prestation due à la société.

³ Si des personnes ont subi un dommage du fait de l'exploitation d'informations confidentielles, leur droit à réparation prime le droit de la société à la cession des avantages.

Art. 902a CO: (2. Exploitation d'informations confidentielles):

Les dispositions concernant la société anonyme s'appliquent par analogie à l'exploitation d'informations confidentielles sur des opérations portant sur des parts sociales, des bons de participation ou d'autres titres de la société coopérative négociés en bourse ou avant bourse.

- ⁶⁾ Stratenwerth, Zum Straftatbestand des Missbrauchs von Insiderinformationen, Festschrift für Frank Vischer zum 60. Geburtstag, Zürich 1983, p. 667-676; Opérations financières réalisées par les «initiés», colloque organisé par le Conseil de l'Europe, l'Université de Bologne et l'Université commerciale Bocconi de Milan, Milan 16-18 novembre 1983; Streitgespräch über den Missbrauch von Insiderwissen in: Der Schweizer Treuhänder 1984, p. 35-40; Centre d'études juridiques européennes, Genève, Colloque international «L'avant-projet de loi fédérale sur les opérations d'initiés», 13 et 14 mars 1984.
- ⁷⁾ FF 1983 II 757, article 717: Les administrateurs, de même que les tiers qui s'occupent de la gestion, exercent leurs attributions avec toute la diligence nécessaire et veillent fidèlement aux intérêts de la société.
- ⁸⁾ Cf. note 4.
- ⁹⁾ Cf. note 4.
- ¹⁰⁾ La terminologie correspond ici aux propositions concernant la révision du droit de la société anonyme, cf. FF 1983 II 757, particulièrement p. 1011 (titre précédant l'art. 707) et p. 1016 (titre précédant l'art. 727).
- ¹¹⁾ Cf. note 4.

Modification du

L'Assemblée fédérale de la Confédération suisse,
vu le message du Conseil fédéral du 1^{er} mai 1985¹⁾,
arrête:

I

Le code pénal suisse²⁾ est modifié comme il suit:

Art. 161

Exploitation de
la connaissance
de faits
confidentiels

1. Celui qui, en qualité de membre du conseil d'administration, de la direction, de l'organe de révision, ou 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 ceux-ci,

connaît un fait confidentiel, dont il est prévisible que la divulgation exercera 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, et obtient pour lui-même ou pour un tiers un avantage pécuniaire par l'exploitation de cette information,

ou porte un tel fait à la connaissance de tiers et, par ce moyen, obtient pour lui-même ou pour un tiers un avantage pécuniaire,

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 chiffre 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.

¹⁾ FF 1985 II 70

²⁾ RS 311.0

3. Lorsque le regroupement de deux sociétés anonymes est envisagé, les chiffres 1 et 2 s'appliquent aux deux sociétés.

4. Les chiffres 1 à 3 s'appliquent 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.

II

¹ La présente loi est soumise au référendum facultatif.

² Le Conseil fédéral fixe la date de l'entrée en vigueur.

29916

Message concernant la modification du code pénal (Opérations d'initiés) du 1er mai 1985

In	Bundesblatt
Dans	Feuille fédérale
In	Foglio federale
Jahr	1985
Année	
Anno	
Band	2
Volume	
Volume	
Heft	23
Cahier	
Numero	
Geschäftsnummer	85.020
Numéro d'affaire	
Numero dell'oggetto	
Datum	18.06.1985
Date	
Data	
Seite	70-94
Page	
Pagina	
Ref. No	10 104 392

Das Dokument wurde durch das Schweizerische Bundesarchiv digitalisiert.

Le document a été digitalisé par les Archives Fédérales Suisses.

Il documento è stato digitalizzato dell'Archivio federale svizzero.