



Rapport explicatif de la Convention sur les opérations financières des «initiés» et son Protocole *

Strasbourg, 20.IV.1989

I. La Convention sur les opérations financières des «initiés» a été élaborée au sein du Conseil de l'Europe par un comité d'experts placé sous l'autorité du Comité européen de coopération juridique (CDCJ).

La Convention a été ouverte le 20 avril 1989 à la signature des Etats membres du Conseil de l'Europe.

Après l'ouverture à la signature de la Convention et à la demande du Conseil des Communautés européennes, le Comité des Ministres du Conseil de l'Europe a adopté un Protocole additionnel. Selon ce Protocole, un article 16 bis est inséré dans la Convention, contenant une clause dite de «déconnexion» en ce qui concerne les Parties à la Convention qui sont aussi membres des Communautés européennes. Ce Protocole additionnel a été ouvert à la signature des Etats membres du Conseil de l'Europe à la date du 11 septembre 1989.

II. Le texte du rapport explicatif préparé par le comité d'experts et adressé au Comité des Ministres du Conseil de l'Europe, tel qu'amendé et complété par le CO, ne constitue pas un instrument d'interprétation authentique du texte de la Convention bien qu'il puisse être en mesure de faciliter la compréhension des dispositions qui y sont contenues.

Introduction

Le phénomène récent que constituent les opérations d'initiés sensibilise toujours plus l'opinion publique et empoisonne souvent les relations d'affaires. En outre, elles constituent un défi pour le législateur.

Pour faire le point des réglementations ou législations nationales existantes et pour mettre en évidence les lacunes du droit international, un colloque fut organisé à Milan, du 16 au 18 novembre 1983, par le Conseil de l'Europe, l'Université de Bologne et l'Université commerciale Bocconi de Milan, sous la présidence du professeur Joseph Voyame, directeur de l'Office fédéral suisse de la justice.

(*) Le traité de Lisbonne modifiant le traité sur l'Union européenne et le traité instituant la Communauté européenne est entré en vigueur le 1er décembre 2009. Par conséquent, à partir de cette date, toute mention de la Communauté économique européenne doit être lue comme l'Union européenne.

Les conclusions de ce colloque ont amené le Comité des Ministres du Conseil de l'Europe à créer un comité d'experts qui, sous la présidence du professeur Lutz Krauskopf, vice-directeur de l'Office fédéral suisse de la justice, et la vice-présidence de M. André Dupont-Jubien, chef du service juridique de la COB à Paris, a tenu quatre réunions de juin 1985 à juin 1987 et a soumis au CDCJ un projet de convention sur les opérations financières des initiés. Le comité a également bénéficié des avis émis par le Comité d'experts sur le fonctionnement des conventions européennes dans le domaine pénal (PC-OC), un des sous-comités du Comité européen pour les problèmes criminels (CDPC). Après examen, le CDCJ a approuvé le projet de convention le 6 mai 1988 et l'a transmis au Comité des Ministres qui l'a adopté lors de sa 423^e réunion en janvier 1989 et qui a décidé de l'ouvrir à la signature le 20 avril 1989.

Ont également participé aux travaux du comité qui a élaboré les projets de convention et de rapport explicatif des observateurs de la Finlande, des Etats-Unis d'Amérique et des représentants de la Commission des Communautés européennes.

Les marchés organisés de titres sont fondés notamment sur les principes de l'égalité d'accès à l'information entre tous les utilisateurs du marché et de la qualité des informations données aux investisseurs. Le respect de ces principes est nécessaire pour assurer la loyauté des transactions.

La présente Convention tend à pallier les difficultés apparues au niveau international dans la recherche des faits et des auteurs, et dans la répression d'opérations réalisées à l'encontre de ces principes sur des titres négociés sur les marchés organisés.

D'une part, de telles opérations sont réalisées parfois par des personnes qui opèrent directement ou indirectement sur le marché d'un pays où elles ne résident pas. D'autre part, les instruments de collaboration internationale existants ne sont pas adaptés pour rechercher les faits et en punir leurs auteurs.

Pour lutter efficacement contre de tels comportements, il est donc nécessaire de lever les obstacles qui empêchent les autorités nationales de déceler de telles opérations et de leur donner la suite prévue par les lois nationales applicables.

L'un des obstacles les plus importants est l'ignorance de l'identité et de la qualité des intervenants réels qui agissent par l'intermédiaire de personnes résidant hors du pays concerné.

Le délit d'initié ne se caractérise pas par la matérialité des faits: une opération délictueuse n'est pas en apparence différente d'une opération régulière. C'est parce que l'auteur de l'opération dispose, en raison de sa qualité ou en raison des circonstances, d'informations non connues du public que l'opération qu'il effectue ou qu'il fait effectuer devient un délit.

Le but essentiel de la Convention n'est donc pas d'organiser une assistance mutuelle internationale dans le déroulement des procédures judiciaires répressives; c'est notamment l'objet de la Convention européenne d'entraide judiciaire en matière pénale (Série des traités européens No. 30). Par contre, la présente Convention tend à créer une assistance mutuelle par un échange d'informations entre les Parties, pour permettre à la surveillance des marchés boursiers de s'exercer efficacement et pour rechercher si les auteurs de certaines opérations sur les marchés boursiers ont ou n'ont pas la qualité de personne initiée, ce qui mettrait en évidence le caractère frauduleux ou régulier de leurs opérations.

La Convention n'impose pas aux Parties de créer des organes de contrôle ou de surveillance des marchés boursiers. Toutefois, la coopération par l'échange d'informations suppose l'existence sur le plan national d'une structure adéquate, tant dans le domaine de la législation que dans le domaine des institutions aptes à assurer la recherche, la vérification et la transmission des informations. Sans une telle structure, il sera difficile aux Parties

d'assurer une mise en œuvre efficace de la Convention avec la célérité et la discrétion nécessaires.

Le mécanisme de la Convention est intentionnellement conçu comme extrêmement souple. Il se peut que certains Etats ne souhaitent pas y participer, ou ne ressentent pas, pour le moment, le besoin d'en bénéficier; une telle attitude des uns ne devrait pas empêcher les autres Etats de donner pleine application à la Convention dans leurs relations mutuelles. Pour cette raison, il est prévu que la Convention entrera en vigueur dès qu'un nombre très restreint d'Etats l'auront ratifiée.

Les auteurs de la Convention n'ont pas perdu de vue que les échanges d'informations entre les Parties devront faire face aux évolutions techniques. En outre, l'évolution des législations internes des Parties peut conduire à revoir les procédures prévues dans la Convention qui constituent seulement ce qui est possible en fonction de l'Etat actuel des législations nationales.

Le chapitre I donne les définitions de certains termes utilisés dans la Convention.

Le chapitre II institue une collaboration mutuelle entre les autorités des diverses Parties, de manière à assurer la transparence nécessaire toutes les fois qu'une opération boursière paraît suspecte au regard des principes évoqués ci-dessus. Cette collaboration garantit les droits légitimes des personnes mises en cause et les intérêts supérieurs des Parties concernées, en respectant les exigences de discrétion et de secret qui sont de rigueur dans de telles circonstances.

Le chapitre III permet que cette coopération internationale se poursuive, s'il y a lieu, en cas de poursuites pénales. A cet effet, les Parties qui connaissent de telles actions pourront obtenir l'aide des autorités des autres Parties dans les conditions prévues par la Convention européenne d'entraide judiciaire en matière pénale. Cette entraide sera assurée dès lors que les éléments définis dans la présente Convention se trouveront réunis. Ces éléments constituent une définition commune des «opérations d'initiés» sur lesquelles les Parties estiment qu'elles se doivent de coopérer pour lutter contre de tels agissements.

Le chapitre IV contient les clauses finales figurant dans la plupart des conventions et accords du Conseil de l'Europe.

Commentaires sur les dispositions de la Convention

CHAPITRE I – Définitions

Article 1

L'article 1 donne la définition et la portée de certains termes utilisés dans la Convention et relatifs aux opérations effectuées.

Le paragraphe 1 définit l'opération financière irrégulière effectuée par un «initié». Il s'agit de celle effectuée par la personne qui a directement eu connaissance de l'information privilégiée en vertu de son statut personnel, dont les différents cas sont énumérés à l'alinéa a. Il s'agit aussi de celle effectuée par une autre personne qui, en raison de sa fonction ou de sa profession, ne pouvait ignorer le caractère confidentiel des informations qu'elle détenait, ce qui exclut les circonstances purement accidentelles (par exemple un chauffeur de taxi), alinéa b. En outre, l'alinéa c inclut les personnes qui procèdent à de telles opérations en utilisant une information confidentielle reçue d'une des personnes mentionnées dans l'alinéa a ou b.

Par « président », il faut entendre non seulement le titulaire de ce poste, mais aussi le vice-président, et le terme « membre d'un organe d'administration » englobe les membres suppléants. D'autre part, par « membre d'un organe de surveillance », il y a lieu d'entendre aussi les commissaires aux comptes qui peuvent être internes ou externes à la société, ainsi que leurs suppléants.

Le terme « marché », à l'alinéa a, signifie non seulement le cours, mais aussi la fluctuation de la quantité négociée et le comportement général du titre, et d'autres éléments tels que les options négociables sur titre ou sur indice.

Finalement, ce qui est visé dans l'opération financière irrégulière, ce sont les perturbations du marché même, ce qui n'est pas limité à la réalisation d'un profit en argent, mais englobe toute opération qui a donné un avantage ou toute recherche d'un tel avantage par un commencement d'exécution.

Le paragraphe 2 donne quelques définitions supplémentaires:

- le terme « titre » désigne les valeurs mobilières émises ou admises sur le marché organisé, selon la loi nationale dont relève ce marché (et qui peut englober, le cas échéant, celles à support autre que le papier);
- le terme « autre émetteur » couvre, le cas échéant, l'Etat ou les collectivités publiques.

CHAPITRE II – Echange d'informations

Article 2

L'article 2 contient l'engagement des Parties de s'accorder mutuellement l'assistance la plus large lorsque des faits permettent d'établir, ou tout simplement laissent supposer, qu'une opération irrégulière a été effectuée par un initié. Cet article n'institue pas une surveillance des marchés avec un échange d'informations systématique et n'oblige pas les Parties à créer des commissions de surveillance telles que la COB ou la CONSOB. L'assistance est limitée aux opérations effectuées par les initiés.

Article 3

Cet article vise à permettre aux Parties d'étendre l'assistance à l'échange d'informations portant non seulement sur les opérations d'initiés, mais également sur toutes les opérations effectuées, s'il s'avère que celles-ci sont de nature à porter atteinte à l'égalité d'accès à l'information de tous les utilisateurs du marché ou si la qualité des informations données aux investisseurs potentiels n'est pas suffisante pour assurer la loyauté des transactions. Ainsi, les Etats qui le souhaitent pourront-ils étendre leur coopération à d'autres opérations effectuées sur ces marchés organisés, telles que, par exemple, les manipulations de cours ou le non-respect des obligations d'information.

Cet échange d'informations est facultatif; un Etat peut s'engager à fournir des renseignements, sous réserve toutefois de la réciprocité, par une simple déclaration au Secrétaire Général du Conseil de l'Europe.

La réciprocité s'établit nécessairement entre les Parties qui auront fait des déclarations similaires au Secrétaire Général du Conseil de l'Europe. Ceci n'exclut pas qu'elles coopèrent avec d'autres Etats, conformément à l'article 3, sans une telle déclaration formelle.

Article 4

Les Parties pourront désigner une ou plusieurs autorités soit en fonction de leur structure fédérale, soit en fonction de l'organisation de leurs services. Ces autorités pourront être soit administratives, soit judiciaires. Toutefois, les Parties ont l'obligation de désigner au moins une autorité.

Il est souhaitable que les autorités chargées de l'exécution des demandes puissent communiquer directement entre elles.

La désignation des autorités devra comporter les indications nécessaires pour que les autres Parties sachent quelle est l'autorité qui est directement chargée de l'exécution des demandes. A cette fin, chaque Partie fera une déclaration au Secrétaire Général du Conseil de l'Europe qui la communiquera aux autres Parties.

Article 5

L'article 5 indique ce que la demande d'assistance doit contenir.

Selon le paragraphe 1, la demande d'assistance doit exposer les motifs de la demande.

Selon le paragraphe 2, la demande doit comporter un exposé des faits d'où il résulte que des opérations irrégulières d'initiés sont susceptibles d'avoir été commises ou, si l'on se trouve dans un cas prévu à l'article 3, que des éléments établissent ou laissent supposer que les principes d'égalité d'accès aux informations ou de loyauté des transactions n'ont pas été respectés.

D'après le paragraphe 3, la demande doit préciser les dispositions qui n'ont pas été respectées et qui peuvent donc amener des sanctions.

Le paragraphe 4 dispose que c'est une langue officielle de l'autorité requise qui doit être utilisée, ou une des langues officielles du Conseil de l'Europe; ceci limite les cas dans lesquels il y a lieu de recourir à des services de traduction, ce qui pourrait avoir son importance non seulement pour la célérité de l'échange d'informations, mais aussi pour le secret. Il peut être dérogé à cette disposition par un simple accord entre autorités concernées, conformément à l'article 11.

Le paragraphe 5 énumère les indications à fournir avec la demande d'assistance. Ici aussi, si la nature de l'enquête exige d'autres indications, il va de soi qu'elles doivent être ajoutées à la demande; en d'autres termes, l'énumération du paragraphe 5 n'est pas exhaustive.

Article 6

L'article 6 concerne l'exécution de la demande et constitue le fondement des engagements des Parties.

Le paragraphe 1 indique que les modalités à suivre par l'autorité requise pour exécuter la demande sont celles prévues par le droit national de cette autorité.

Selon le paragraphe 2, l'autorité requise doit pouvoir mettre en œuvre ou faire mettre en œuvre si nécessaire, les procédures prévues par la loi nationale pour recueillir des témoignages. Dans le cadre de ces procédures, les sanctions prévues par ces lois nationales dans le cas d'une violation du secret professionnel ne s'appliqueront pas aux témoignages recueillis pour la recherche de l'information demandée et dont la communication ne peut être refusée.

Les dispositions mentionnées ci-dessus ne pourront en aucun cas porter atteinte aux lois nationales régissant aussi le respect des droits de la défense des personnes ou organismes impliqués dans l'opération irrégulière ou concernés par la demande.

Selon le paragraphe 4, le secret doit être gardé sur toute demande et sur toute fourniture d'assistance. Il ne faut pas perdre de vue que toute divulgation, ne serait-ce que celle qui concerne la demande elle-même, pourrait porter atteinte à l'honorabilité de la personne ou de l'organisme concerné. La règle du secret doit assurer le bon fonctionnement des procédures prévues par la Convention.

Toutefois, dans certains Etats, les citoyens doivent avoir accès aux dossiers de l'Administration et, dans ce cas, le secret ne peut être garanti. Par ailleurs, certains fonctionnaires ou certains services ont l'obligation de faire connaître à l'autorité compétente tout fait ou acte pouvant être sanctionné. Dans ce cas, la Partie concernée doit en faire la déclaration lors de la désignation des autorités chargées de traiter les demandes (voir article 4). Cette déclaration permettra d'échapper à l'obligation de secret, à la condition que cette exception trouve sa source dans la loi nationale de l'Etat qui fait la déclaration. Dans une telle situation, les autres Parties pourraient invoquer la réciprocité.

C'est ainsi que si la Partie requérante n'a pas l'assurance que l'autorité requise gardera le secret de l'information reçue dans le cadre de l'enquête qu'elle a effectuée, la Partie requérante sera elle-même fondée à se libérer de la garantie du secret à l'égard de cette autre Partie lorsqu'elle sera elle-même requise éventuellement dans une autre enquête par cette autre Partie.

Les dispositions de ce paragraphe, contrairement à l'article 7 qui s'adresse à l'autorité requérante, concernent la dérogation à l'obligation de secret de l'autorité requise qui pourrait découvrir une infraction à la loi pénale commise sur son territoire. Les deux articles ne se neutralisent donc pas.

Article 7

Cet article est relatif aux obligations de l'autorité requérante.

Le paragraphe 1 répond au principe de la spécialité: les renseignements obtenus par la demande d'assistance ne peuvent être utilisés à d'autres fins que celles qui figuraient dans la demande.

Le paragraphe 2 indique que la Partie requise peut, en règle générale, refuser de fournir les informations demandées ou, par la suite, après les avoir fournies, pour des raisons nouvellement intervenues, s'opposer à l'utilisation indiquée dans la demande ou fixer certaines conditions. Toutefois, cette faculté ne peut en aucun cas être appliquée lorsque les faits qui font l'objet de la requête, et qui bien évidemment entrent dans le champ d'application de la Convention, sont considérés par les deux Parties comme une irrégularité. Il n'est pas exigé que ces faits soient punissables de la même manière dans les deux pays. Il suffit qu'ils constituent pour eux une infraction pénale ou une faute passible de sanctions administratives, disciplinaires, ou civiles, à l'exclusion des faits donnant lieu seulement à réparation civile.

Certaines délégations étaient d'avis que cette possibilité de s'opposer à l'utilisation des renseignements fournis, même si les conditions de refus prévues à l'article 8 ne sont pas remplies, peut, le cas échéant, constituer un obstacle au bon fonctionnement de l'assistance. Toutefois, elles ont considéré que cette disposition constituait un point de départ acceptable au stade actuel des législations des divers Etats membres.

Le paragraphe 3 indique clairement que la Partie requérante peut utiliser les informations à d'autres fins que celles mentionnées dans la demande initiale à la condition d'en avoir informé au préalable l'autorité requise qui ne peut s'y opposer ou formuler des conditions particulières que dans les cas prévus ci-dessus.

Le paragraphe 4 aborde le problème de l'utilisation des renseignements obtenus par la voie de cette coopération administrative devant les juridictions pénales où les actes internationaux d'instruction sont normalement régis par les procédures de la Convention européenne d'entraide judiciaire en matière pénale. Le comité d'experts a considéré que les renseignements obtenus par la voie administrative peuvent être utilisés devant les juridictions pénales lorsque ces renseignements auraient pu être obtenus dans le cadre du chapitre III de la Convention. Par conséquent, lorsque l'autorité requérante souhaite utiliser l'information aux fins d'une poursuite pénale, elle doit s'assurer que l'information aurait pu être fournie par l'autorité requise en vertu de l'article 12, paragraphe 1.

En vertu du paragraphe 5 de cet article, l'utilisation et la transmission des informations à des fins fiscales, douanières ou de contrôle des changes sont exclues, sauf lorsque la Partie requise a fait une déclaration permettant l'extension de l'utilisation des informations à de telles fins.

Article 8

L'article 8 énumère les cas dans lesquels l'autorité requise peut refuser l'exécution de la demande d'assistance, à savoir:

- quand la demande n'est pas conforme aux dispositions de la Convention tant au fond que pour les procédures;
- quand l'exécution risque de porter atteinte à la souveraineté, à la sécurité, aux intérêts essentiels ou à l'ordre public de la Partie requise (l'interprétation de ces termes, en particulier les «intérêts essentiels», étant laissée à l'appréciation des autorités requises et tout refus fondé sur l'un de ces éléments devant être motivé);
- lorsque les faits sont prescrits dans la Partie requérante ou dans la Partie requise;
- quand les faits ont eu lieu avant l'entrée en vigueur de la Convention tant pour la Partie requérante que pour la Partie requise;
- lorsque la Partie requise a déjà entamé une action judiciaire à l'encontre d'une personne ou d'un organisme sur des faits qui font l'objet de la demande de renseignements; ou
- lorsque la Partie requise a déjà pris position ou a, par exemple, décidé de ne pas engager d'action ou d'arrêter celle qui était déjà entreprise.

Article 9

L'article 9 dispose que la Partie requérante doit indiquer comment elle souhaite recevoir les informations; la Partie requise y donnera suite autant que possible, et, pour ce faire, elle mettra en œuvre les moyens techniques dont elle dispose.

Article 10

L'article 10 garantit en son paragraphe 1 le respect du secret prévu à l'article 6 en permettant à la Partie requise qui aurait constaté une grave violation du secret par la Partie requérante de suspendre l'application du chapitre II à l'égard de cette Partie. Cette décision sera notifiée au Secrétaire Général du Conseil de l'Europe par simple lettre. Cette suspension, qui sera également notifiée au Secrétaire Général, pourra être levée à tout moment.

Le paragraphe 2 soumet l'application du paragraphe 1 à une procédure préalable au cours de laquelle la Partie mise en cause pourra présenter des observations sur la violation du secret qui lui est imputée.

Le paragraphe 3 charge le Secrétaire Général d'informer non seulement les Parties, mais aussi tous les Etats membres des applications qui seront faites de la faculté prévue au paragraphe 1. Cette règle est destinée à améliorer la bonne collaboration entre les Parties.

Article 11

L'article 11 laisse en fait aux autorités qui correspondent entre elles au-delà des frontières la possibilité de choisir la forme et/ou la langue qui leur conviennent le mieux. Sont visés des procédures plus simples, des moyens de communication autres que l'échange de correspondance et des langues autres que les langues officielles du Conseil de l'Europe ou de la Partie requise.

CHAPITRE III – Entraide judiciaire en matière pénale

Article 12

Le paragraphe 1 contient l'engagement des Parties de s'accorder mutuellement la plus large assistance possible dans le domaine judiciaire quand des infractions impliquant des opérations financières d'initiés sont en cause. C'est l'énoncé du principe général.

Le paragraphe 2 précise toutefois que les accords déjà existants en matière d'entraide judiciaire dans le domaine pénal seront respectés, et plus spécialement la Convention européenne d'entraide judiciaire en matière pénale et son Protocole additionnel, et d'autres accords ou arrangements spécifiques à ce domaine, en vigueur entre les Parties.

CHAPITRE IV – Dispositions finales

Articles 13 à 21

D'une manière générale, ces dispositions suivent le modèle de clauses finales mis au point par le Comité des Ministres du Conseil de l'Europe pour les conventions et accords élaborés au sein de l'Organisation.

Articles 14 et 18

Le nombre de ratifications requis pour l'entrée en vigueur de la Convention a été intentionnellement fixé à trois pour permettre une entrée en vigueur rapide et ne pas faire obstacle à son application par les quelques Etats qui voudraient utiliser son mécanisme. Par ailleurs, une entrée en vigueur rapide permettra de déceler s'il y a lieu d'avoir recours à la procédure prévue par l'article 18.

Article 15

Le libellé du paragraphe 1 doit notamment permettre l'adhésion d'organisations intergouvernementales comme la Communauté économique européenne.

Article 16 bis

Voir le Protocole.

Article 17

La Convention n'admet aucune réserve. Toutefois, il résulte du libellé de l'article 6 que certaines Parties, de par leur propres dispositions légales, qui sont même parfois d'ordre constitutionnel, ne seront pas en mesure de donner pleine application de certains articles. Dans une telle éventualité, elles sont tenues d'en faire la déclaration prévue par l'article 6.

Pour autant qu'une telle déclaration comporte une réserve, elle serait la seule autorisée par la Convention.

Article 18

L'évolution des législations internes des Parties, les évolutions techniques et de nouvelles situations peuvent rendre nécessaire l'adaptation de la Convention.

Par ailleurs, les Parties à la Convention peuvent rencontrer des difficultés dans la collaboration mutuelle, qui sont difficiles à prévoir maintenant.

En outre, certains Etats membres pourraient souhaiter adhérer au système d'assistance mutuelle, mais peuvent rencontrer des difficultés, par exemple d'ordre interne; celles-ci pourraient être contournées par des aménagements à la Convention, sans causer pour autant des inconvénients aux autres Parties.

Finalement, la présente Convention ne constitue, de l'avis de certains experts, qu'un point de départ au stade actuel des législations des Etats membres.

C'est pourquoi la Convention prévoit qu'à la demande d'au moins deux Parties à la Convention, une réunion devra obligatoirement être convoquée par le Secrétaire Général du Conseil de l'Europe, avec le mandat non pas de modifier la Convention, mais de faire les suggestions utiles. Des experts des Etats membres et des Parties qui ne sont pas Etats membres du Conseil de l'Europe assisteront à cette réunion.

La possibilité pour le Secrétaire Général de prendre l'initiative de cette réunion permet de répondre au désir d'information d'Etats non encore Parties à la Convention.

PROTOCOLE

L'article 16 bis vise à couvrir la situation particulière des Parties qui sont membres de la Communauté économique européenne. Il précise que, dans leurs relations mutuelles, ces Parties appliquent les règles de la Communauté et n'appliquent donc les règles découlant de la présente Convention que dans la mesure où il n'existe aucune règle communautaire régissant le sujet particulier concerné. Régissant uniquement les relations internes entre les Parties, membres de la Communauté économique européenne, ce paragraphe ne préjuge en rien l'application de la présente Convention entre ces dernières et les Parties non membres de la Communauté économique européenne.