

Les produits financiers dérivés présentent des caractéristiques techniques et légales spécifiques, qui, lorsqu'elles doivent être considérées dans le cadre d'une affaire pénale, peuvent engendrer de nombreuses difficultés. Aussi, il n'est pas inutile d'établir, en quelque sorte, un état des lieux relatif à ces instruments complexes, centré bien entendu sur les marchés financiers suisses mais sans négliger les enseignements que l'on pourrait tirer de l'étranger.

Sur le plan technique, on peut tout d'abord considérer la question sous l'angle de la définition légale : Les produits dérivés sont des contrats financiers dont le prix est dérivé, soit de valeurs patrimoniales comme les actions ou les obligations, soit de taux de référence comme les cours des monnaies.

Les plus connus sont les options et les « futures ». La vocation première de ces instruments est la couverture de risques. Paradoxalement, une grande majorité des opérations qui leur sont liées sont purement spéculatives. Plutôt que de couvrir des positions, on s'expose volontairement, attiré par l'appât du gain, à des risques de pertes importants. Il suffit de considérer l'effet de levier qui résulte de la relation entre le produit dérivé et l'actif sous-jacent pour en mesurer la portée.

Sur le plan légal, l'approche choisie distingue trois niveaux : les droits privé, administratif et pénal. Il s'agit de considérer les normes du droit privé relatives aux règles du mandat et celle du droit administratif au travers de la Loi sur les Bourses et le commerce des Valeurs Mobilières (LBVM), afin d'en tirer des enseignements utiles au niveau des infractions pénales.

Les procédures aux trois niveaux s'influencent mutuellement. Les irrégularités sur le plan privé et/ou administratif sont potentiellement révélatrices d'infractions pénales et pourront être exploitées dans le cadre de l'examen des éléments constitutifs.

Par ailleurs, on constate que le devoir d'information est omniprésent et particulièrement marqué en ce qui concerne les produits dérivés. On remarque aussi que certains intermédiaires financiers ou négociants en valeurs mobilières ne sont pas soumis à la LBVM et à la surveillance de la Commission Fédérale des Banques (CFB), notamment en ce qui concerne le marché des devises. Or, le rôle à tenir par cet organe de haute surveillance n'est pas négligeable et ses relations avec les autorités de poursuites pénales sont évidentes.

En terme de régulation des marchés financiers, on se heurte tant à un problème de ressources qu'à un problème de définition légale des instruments et acteurs à soumettre à une autorité de tutelle. Le cadre légal donné par la LBVM ne semble pas satisfaire aux nécessités d'un contrôle strict en ce qui concerne les marchés des produits dérivés. D'autre part, la structure de surveillance en place aujourd'hui ne dispose pas de moyens suffisants. On se plaît d'ailleurs à constater que la commission parlementaire Zimmerli planche actuellement sur la question de la surveillance des marchés financiers en Suisse.

Les différents comportements abusifs présentés aux chapitres III et IV démontrent, si besoin est, que les produits dérivés peuvent être à l'origine de nombreux agissements illégaux, des plus simples aux plus complexes.

Il est parfois difficile de qualifier ces comportements sur le plan pénal. En conséquence, nombre de ceux-ci resteront impunis. Cependant, la notion d'activité irréprochable, inscrite

tant dans la LBVM que dans la Loi Fédérale sur les Banques, permet de désigner les actes répréhensibles à cet égard. Avant de porter le débat sur le plan juridique, il s'agit de se donner les moyens de détecter les irrégularités au sens large.

Ainsi, les investissements pourront revêtir un caractère frauduleux dans des cas de rotation excessive du portefeuille, de fixation d'une limite de pertes peu opportune ou encore de démarchage agressif. Dans un autre registre, les produits dérivés sont les outils de manipulations boursières comme dans les cas de « cours coupés » ou « d'ordres rampants ». Ils sont également les instruments privilégiés des blanchisseurs d'argent.

L'observation des cas traités dans d'autres pays, plus particulièrement aux Etats-Unis, est symptomatique d'une criminalité très actuelle.

Cependant, sa détection est non seulement rendue difficile en raison d'une surveillance perfectible, mais encore du fait de l'attitude des acteurs concernés. En effet, les établissements financiers préfèrent, lorsqu'ils le peuvent, régler les cas litigieux à l'intérieur de leurs murs afin de ne pas subir de publicité négative. Quant aux victimes, elles ne sont pas toujours fiscalisées et craignent également une certaine publicité.

Dans ce domaine, l'approche prudentielle et préventive en vigueur dans d'autres pays, essentiellement anglo-saxons, est nettement plus développée que dans le nôtre. Une réflexion quant à la mise en place d'un système d'autorégulation applicable à tous les produits et intervenants pourrait être envisagée.

Quoi qu'il en soit, il est dans le devoir de tous les acteurs de l'appareil judiciaire de mettre en œuvre les moyens à disposition afin d'appréhender de la meilleure manière une criminalité difficile à maîtriser.