[AZA 0/2]
2A.134/2001

IIe COUR DE DROIT PUBLIC
****

9 novembre 2001

Composition de la Cour: MM. les Juges Wurzburger, Président,
Müller et Merkli. Greffier: M. Langone.

_____

Statuant sur le recours de droit administratif
formé par
A._____, et B._____, tous deux représentés par Me J.-Potter van Loon, avocat à Genève,

contre
la décision rendue le 24 janvier 2000 (recte: 2001) par la Commission fédérale des banques;

(entraide administrative internationale demandée par la
Commission française des opérations de bourse)
Vu les pièces du dossier d'où ressortent
les faits suivants:

A.- La société de droit français Groupe X._____, cotée sur le marché à Règlement mensuel en France, est un des leaders européens de la distribution de chaussures et d'habillement.
Son capital-actions est divisé en 7'651'902 titres d'une valeur nominale de 50 euros.

Lors de l'assemblée générale des actionnaires du 5 avril 2000, deux actionnaires importants, soit le fonds de placement anglo-saxon Y._____ Ltd. , détenu par E._____, possédant 32,9% des actions, d'une part, et F._____, détenant 9,3% des actions, ont réussi à faire voter la révocation des organes dirigeants de la société Groupe X._____. C'est E._____ qui a pris la tête du conseil de surveillance, organe suprême de la société. Ce résultat n'a été possible que parce qu'un certain nombre d'actionnaires moins importants ont voté dans le même sens qu'eux.

Le 31 mai 2000, la Commission française des opérations de bourse (ci-après: la COB) a requis l'assistance de la Commission fédérale des banques (ci-après: Commission fédérale) pour les besoins d'une enquête ouverte en France ayant notamment pour objet de déterminer si les acteurs présents, seuls ou de concert, n'ont pas en réalité dépassé les seuils de participation fixés par la loi imposant la rédaction d'une déclaration d'intention ou le dépôt d'une offre publique d'acquisition (OPA). La COB a découvert que plusieurs transactions portant sur les titres Groupe X._____ ont été réalisées entre décembre 1999 et mars 2000 à l'initiative ou par le truchement de banques suisses au profit de clients dont l'identité est parfois inconnue. Il apparaissait que plusieurs actionnaires ayant fait immobiliser leur titres pour participer à l'assemblée générale du 5 avril 2000 étaient domiciliés en Suisse. La COB souhaitait obtenir en particulier des renseignements sur A._____ et B._____, tous deux domiciliés en Suisse, dont les titres avaient été immobilisés par l'UBS Zurich. Elle a donc sollicité les informations et les documents portant notamment sur la nationalité et les activités de ces personnes détenant ou ayant détenu jusqu'à une
période récente (notamment entre le 1er décembre 1999 et le mois de mars 2000) des titres Groupe X._____, les motivations qui avaient conduit à ces opérations, ainsi que les dates et conditions d'acquisition ou de cession des titres. Elle voulait également savoir si ces personnes étaient bien les propriétaires des titres immobilisés en leur nom, si elles avaient personnellement assisté à l'assemblée générale incriminée ou s'y étaient fait représenter et dans quel sens elles avaient voté sur les différentes résolutions.

La COB s'engageait à ce que les renseignements reçus soient traités de manière confidentielle et précisait que, si les informations révélaient des faits susceptibles d'une qualification pénale, elle pourrait avoir à les transmettre au Procureur de la République française.

B.- Par acte du 15 juin 2000, la Commission fédérale a demandé à la banque UBS AG (ci-après: UBS) de lui transmettre les informations et les documents sollicités par la COB.

Le 27 juillet 2000, l'UBS a informé la Commission fédérale qu'entre le 1er décembre 1999 et le 5 avril 2000, A._____ et B._____ ont réalisé des transactions sur les titres Groupe X._____ sous la forme de ïransferts-livraisonsc̈ontre paiement. En février 2000, ces deux personnes avaient acquis, à titre fiduciaire, de la société Z._____ Corp. , à Panama, respectivement 74'458 et 67'542 titres Groupe X._____, soit 142'000 titres en tout. Ces titres ont été déposés et bloqués jusqu'à l'assemblée générale du 5 avril 2000; ils ont été ensuite restitués à la fiduciante Z._____ Corp. , dont l'ayant droit économique est D._____.

Au 5 avril 2000, D._____ restait donc l'ayant droit économique de 512'225 titres Groupe X._____. Mais seuls les 142'000 titres remis en mains de A._____ et B._____ (correspondant à environ 1,8% des droits de vote) ont été représentés à l'assemblée générale du 5 avril 2000 par C._____.

C.- Le 28 novembre 2000, la Commission fédérale a demandé à l'Office fédéral de la justice que la COB soit autorisée, le cas échéant, à retransmettre aux autorités pénales compétentes les informations qui lui seraient fournies dans le cadre de l'entraide administrative. Le 8 décembre 2000, l'Office fédéral de la justice a donné son accord à une telle requête.

Dans leurs déterminations des 23 août et 29 décembre 2000, A._____ et B._____ disent ne pas s'opposer à la transmission à la COB de toutes les informations les concernant personnellement, mais requièrent une décision formelle en ce qui concerne l'éventuelle retransmission de ces renseignements aux autorités pénales françaises.

D.- Par décision du 24 janvier 2000 (recte: 2001), la Commission fédérale a accordé l'entraide administrative internationale à la COB en lui indiquant notamment que D._____, par l'intermédiaire de différentes sociétés dont il a la maîtrise économique, avait vendu de décembre 1999 à fin février 2000 au moins 653'921 titres Groupe X._____ à Y._____ Ltd. et 579'774 à d'autres personnes, que D._____ demeurait, au 5 avril 2000, l'ayant droit économique de 512'225 titres, dont 74'458 et 67'542 détenus à titre fiduciaire respectivement par A._____ et B._____, seuls ces derniers titres ayant été représentés à l'assemblée générale du 5 avril 2000 par C._____ (ch. 1 du dispositif).
Elle précisait que les informations et les documents transmis ne devaient être utilisés qu'à des fins de surveillance directe des bourses et du commerce des valeurs mobilières (ch. 2 du dispositif). De plus, en accord avec l'Office fédéral de la justice, l'éventuelle communication de ces informations aux autorités pénales françaises compétentes était autorisée, la COB devant toutefois leur rappeler que leur utilisation était limitée à la poursuite du délit de violation des obligations de déclarer une participation qualifiée et d'effectuer une offre publique d'acquisition (ch. 3 du dispositif).
En outre, en application de l'art. 38 al. 2 lettre c de la loi fédérale du 24 mars 1995 sur les bourses et le commerce des valeurs mobilières (LBVM; RS 954. 1), leur transmission à des autorités tierces, autres que celles mentionnées au ch. 3 du dispositif, ne pouvait se faire qu'avec son assentiment préalable (ch. 4 du dispositif).
Enfin, les ch. 1 à 4 du dispositif seraient exécutés à l'échéance d'un délai de trente jours après la notification de la décision à l'intéressé, si aucun recours n'était déposé dans ce délai auprès du Tribunal fédéral (ch. 5 du dispositif).

E.- Agissant par la voie du recours de droit administratif, A._____ et B._____ demandent au Tribunal fédéral d'annuler la décision de la Commission fédérale du 24 janvier 2000 (recte: 2001) et de dire que la Commission fédérale n'est pas autorisée à transmettre à la COB l'information que D._____ est l'ayant droit économique des 142'000 titres Groupe X._____ détenus à titre fiduciaire par eux, ni les renseignements les concernant personnellement.

L'autorité intimée conclut au rejet du recours dans la mesure où il est recevable.

F.- Par ordonnance présidentielle du 17 avril 2001, l'effet suspensif au recours a été accordé.

Considérant en droit :

1. a) La décision par laquelle la Commission fédérale accorde l'entraide administrative internationale en application de l'art. 38 LBVM et ordonne la transmission de documents et de renseignements à une autorité étrangère peut directement faire l'objet d'un recours de droit administratif au sens des art. 97 ss OJ (art. 39 LBVM; ATF 125 II 65 consid. 1 p. 69, 79 consid. 2 p. 80).

b) En février 2000, la société Z._____ Corp.
(dont l'ayant droit économique est D._____) a remis à titre fiduciaire des actions Groupe X._____ à A._____ et B._____. Ces titres ont été déposés et bloqués auprès de l'UBS.

En tant que détenteurs de titres faisant l'objet des renseignements dont la communication est litigieuse (cf. deuxième point, premier tiret du chiffre 1 du dispositif de la décision attaquée), A._____ et B._____ ont tous deux qualité pour recourir (art. 103 let. a OJ; ATF 125 II 65 consid. 1 p. 70).

En revanche, dans la mesure où les recourants s'en prennent à la décision attaquée portant sur la transmission de documents et de renseignements concernant D._____ ou d'autres tiers, ils ne sont pas habilités à recourir.

2.- a) Saisi d'un recours de droit administratif, le Tribunal fédéral vérifie d'office l'application du droit fédéral, qui englobe les droits constitutionnels des citoyens (cf. ATF 125 II 497 consid. 1b/aa p. 500 et la jurisprudence citée), en examinant notamment s'il y a eu excès ou abus du pouvoir d'appréciation (cf. art. 104 let. a OJ). Il examine en particulier librement dans quelle mesure la coopération internationale doit être accordée. S'il est lié par les conclusions des parties, il ne l'est en revanche pas par leurs motifs et peut admettre le recours pour d'autres raisons que celles avancées par le recourant ou, au contraire, confirmer la décision attaquée pour d'autres motifs que ceux retenus par l'autorité intimée (cf. art. 114 al. 1 OJ; ATF 125 II 497 consid. 1b/aa p. 500 et la jurisprudence citée).

b) Bien qu'elle soit indépendante de l'administration, la Commission fédérale n'est pas une autorité judiciaire au sens de l'art. 105 al. 2 OJ (cf. ATF 115 Ib 55 consid. 2a p. 57), de sorte que le Tribunal fédéral revoit, le cas échéant d'office, les constatations de fait (cf. art. 104 let. b et 105 al. 1 OJ).

3.- a) Selon l'art. 38 al. 2 LBVM, l'entraide administrative internationale peut être accordée à des autorités étrangères de surveillance des bourses et du commerce des valeurs mobilières, à condition, notamment, qu'elles utilisent les informations transmises exclusivement à des fins de surveillance directe des bourses et du commerce des valeurs mobilières (let. a; principe de la spécialité) et qu'elles soient liées par le secret de fonction ou le secret professionnel (let. b).

b) Ces conditions sont réalisées en ce qui concerne la COB (cf. ATF 127 II 142 consid. 4; 126 II 86 consid. 3), ce que les recourants ne contestent pas.

4.- a) Dans le domaine de l'entraide administrative internationale, le principe de la proportionnalité découle de l'art. 38 al. 2 LBVM qui autorise uniquement la transmission d'informations et de documents liés à l'affaire. Selon ce principe, l'entraide administrative ne peut être accordée que dans la mesure nécessaire à la découverte de la vérité recherchée par l'Etat requérant. La question de savoir si les renseignements demandés sont nécessaires ou simplement utiles à la procédure étrangère est en principe laissée à l'appréciation de ce dernier. L'Etat requis ne dispose généralement pas des moyens lui permettant de se prononcer sur l'opportunité de l'administration de preuves déterminées au cours de la procédure menée à l'étranger, de sorte que, sur ce point, il ne saurait substituer sa propre appréciation à celle de l'autorité étrangère chargée de l'enquête. Il doit

uniquement examiner s'il existe suffisamment d'indices de possibles distorsions du marché justifiant la demande d'entraide. La coopération internationale ne peut être refusée que si les actes requis sont sans rapport avec d'éventuels dérèglements du marché et manifestement impropres à faire progresser l'enquête, de sorte que ladite demande apparaît comme le
prétexte à une recherche indéterminée de moyens de preuve (¨fishing expedition¨; ATF 127 II 142 consid. 5; 126 II 409 consid. 5 p. 413-415, 86 consid. 5a p. 90/91; 125 II 65 consid. 6 et les références citées).

b) Les recourants se plaignent d'une violation du principe de la proportionnalité. Ils allèguent que la demande d'assistance de la COB a pour objet de déterminer si les actionnaires, seuls ou de concert, présents à l'assemblée générale des actionnaires du 5 avril 2000, n'ont pas en réalité dépassé les seuils de participation fixés par la loi française qui imposent la rédaction d'une déclaration d'intention ou le dépôt d'une offre publique d'acquisition (OPA). En acquérant à titre fiduciaire 74'458, respectivement 67'542 titres Groupe X._____ (soit globalement 142'000), les recourants A._____ et B._____ prétendent qu'il n'ont de loin pas dépassé les seuils de participation entraînant une obligation d'annonce et de déposer une OPA. Ils considèrent donc qu'ils ne sont pas concernés par l'affaire, puisqu'ils ne peuvent pas avoir été les auteurs de telles infractions à la législation boursière.

Force est toutefois de constater que les renseignements et les documents concernant les recourants que la Commission fédérale se propose de transmettre à la COB apparaissent au contraire comme étroitement liés à l'affaire et de nature à faire progresser l'enquête. Ils paraissent utiles, voire indispensables, à déterminer si les actionnaires du Groupe X._____ (dont aucun ne détenait à lui seul la majorité des voix ou un pourcentage de 33 1/3% des voix déclenchant l'obligation d'annonce ou de dépôt d'une OPA) ayant exercé leur droit de vote à l'assemblée générale du 5 avril 2000 ont agi ou non de concert en vue de prendre le contrôle de la société (sur la notion d'action de concert, cf. notamment Matthias Feldmann, L'obligation de présenter une offre publique d'acquisition à la suite d'une prise de contrôle, thèse Lausanne 1999, p. 156 ss). Il est nécessaire de connaître l'identité de chaque actionnaire qui y a participé (ou s'y est fait représenter), afin de pouvoir déterminer s'il a ou non reçu des instructions particulières de vote de la part de l'un ou de plusieurs autres actionnaires.
Peu importe dès lors que les recourants n'aient acquis que 142'000 titres Groupe X._____ de la société Z._____ Corp. , représentant environ 1,8% du capital-actions du Groupe X._____. Le fait est que si l'on additionne les droits de vote exercés indirectement par les recourants (1,8%) à ceux de Y._____ Ldt. notamment (32, 9%), on obtient 34,7%, ce qui dépasse le seuil déterminant de 33 1/3 pour cent à partir duquel l'annonce ou le dépôt d'une OPA est obligatoire en droit français, comme d'ailleurs en droit suisse. Il est indifférent que les recourants n'aient détenu les titres en question qu'en tant que fiduciaires et qu'ils les aient restitués en août 2000 à Z._____ Corp.
De plus, on ne voit pas très bien ce que les recourants entendent déduire du fait que les titres en question sont en réalité toujours restés dans la sphère d'influence de l'ayant droit économique D._____. Avec la Commission fédérale, on peut préciser qu'il est sans importance que les recourants ne puissent être tenus pour personnellement responsables des infractions visées par la demande d'entraide administrative. Il suffit de constater qu'on ne peut exclure que les renseignements se rapportant aux recourants puissent être utiles à l'enquête administrative menée en particulier contre D._____. Or, le Tribunal fédéral a jugé, dans l'affaire connexe (cause 2A.131/2001), que la communication à la COB de renseignements au sujet de D._____ et des sociétés dont il a la maîtrise économique ne violait en aucune manière le principe de la proportionnalité de l'art. 38 al. 2 LBVM (cf. arrêt non publié du 9 novembre 2001 en la cause D._____ et consorts c. Commission fédéral des banques, consid. 5).

En définitive, il convient d'admettre que la présente affaire est étroitement liée à celle qui a fait l'objet de l'arrêt précité, si bien que la transmission à la COB des renseignements sur les recourants présente un intérêt pour la procédure étrangère et apparaît donc comme pleinement justifiée.

5.- a) En vertu de l'art. 38 al. 2 lettre c 2ème phrase LBVM, lorsque l'entraide judiciaire en matière pénale est exclue, aucune information ne peut être transmise à des autorités pénales; l'autorité de surveillance décide en accord avec l'Office fédéral de la justice. Cette disposition légale n'autorise donc la transmission d'informations aux autorités pénales étrangères que si les conditions de l'entraide judiciaire en matière pénale sont remplies.

Toutes les conditions matérielles de cette entraide doivent dès lors être réunies, y compris l'exigence de la double incrimination prévue notamment à l'art. 64 de la loi fédérale du 20 mars 1981 sur l'entraide internationale en matière pénale (EIMP; RS 351. 1).

b) Le 28 novembre 2000, l'autorité intimée a soumis à l'Office fédéral de la justice une prise de position détaillée en ce qui concerne le délit de violation de l'obligation d'annoncer le franchissement d'un seuil de participation; l'Office fédéral de la justice s'y est rallié dans un acte du 20 décembre 2000. Contrairement à l'avis des recourants, la Commission fédérale s'est donc conformée aux exigences posées par la jurisprudence en la matière (ATF 126 II 86 consid. 7d/bb p. 94-95 et l'arrêt cité).

c) Les recourants ne se plaignent pas expressément d'une violation du droit d'être entendus en tant qu'ils n'ont pas été invités à se déterminer sur l'échange d'opinion entre la Commission fédérale et l'Office fédéral de la justice.
Point n'est besoin cependant d'examiner plus avant cette question, du moment qu'une éventuelle violation a pu être guérie par la présente procédure devant le Tribunal fédéral jouissant d'un pouvoir d'examen en fait et en droit au moins aussi étendu que celui de la Commission fédérale: les recourants ont eu l'occasion de s'exprimer dans le présent acte de recours sur tous les points de l'affaire, y compris ceux qui ne lui avaient pas été soumis dans le cadre de la procédure devant l'Office fédéral de la justice (voir arrêt non publié du 9 novembre 2001 en la cause D._____ et consorts c. Commission fédérale des banques, consid. 3c).

d) Lorsqu'il existe des indices suffisants révélant des faits susceptibles d'une qualification pénale, la retransmission des informations obtenues par le biais de l'entraide administrative aux autorités pénales est en principe autorisée, pour autant que toutes les autres conditions de l'entraide judiciaire en matière pénale soient réunies, ce qui n'est pas sérieusement contesté. Dans le cas présent, il existe suffisamment d'éléments faisant naître un soupçon concret et vraisemblable d'infractions pénales, auxquelles D._____ pourrait avoir participé (cf. consid. 4 ci-dessus).
Contrairement à ce que soutiennent les recourants, il est sans importance, au regard du principe de la proportionnalité, qu'ils ne soient le cas échéant pas personnellement impliqués dans les faits qui pourraient éventuellement être reprochés sur le plan pénal à D._____ ou à d'autres actionnaires plus importants, étant donné que les informations concernant les recourants sont de nature à faire progresser une éventuelle enquête pénale. De toute façon, au vu de l'ensemble des circonstances, il y a tout lieu de penser que, d'une manière ou d'une autre, les recourants se sont associés à l'action incriminée. En tout cas, force est de constater que les soupçons de violation de la législation boursière française par les recourants eux-mêmes sont suffisants.

e) En outre, c'est à tort que les recourants laissent entendre que l'exigence de la double incrimination ne serait pas satisfaite pour ce qui concerne le délit de violation de l'obligation d'annoncer le franchissement d'un seuil de participation déterminant. En effet, il n'est pas douteux que la violation de l'obligation d'annoncer le franchissement d'un seuil de participation que ce soit vers le haut ou vers le bas est pénalement réprimée tant par le droit français (cf. art. 481-1 de la Loi française n°66-537 du 24 juillet 1996 sur les sociétés commerciales) que par le droit suisse (cf. art. 41 LBVM) (voir arrêt non publié du 9 novembre 2001 en la cause D._____ et consorts c. Commission fédérale des banques, consid. 6).

f) Selon la décision attaquée, l'utilisation des informations que la COB est autorisée à retransmettre éventuellement aux autorités pénales françaises est limitée à la poursuite du délit de violation des obligations de déclarer une participation qualifiée ët d'effectuer une offre publique d'acquisition (ch. 3 in fine du dispositif). Or, la prise de position du 28 novembre 2000 que la Commission fédérale a soumise à l'Office fédéral de la justice ne se réfère pas au délit de violation de l'obligation de déposer une OPA.
Les conditions de l'entraide judiciaire pénale pour la poursuite éventuelle de ce délit n'ont ainsi pas été dûment examinées par l'autorité compétente. Faute d'accord donné par l'Office fédéral de la justice à ce sujet, l'éventuelle retransmission des informations par la COB aux autorités pénales françaises compétentes ne saurait donc être autorisée pour ce qui concerne le délit de violation de l'obligation de déposer une OPA. A noter du reste qu'il est douteux que l'exigence de la double incrimination soit réalisée: la législation boursière suisse présente en effet la particularité de ne pas prévoir de sanctions administratives ou pénales en cas de violation

de l'obligation de présenter une OPA au sens de l'art. 32 LBVM (voir notamment Feldmann, op. cit. , p. 162; Stephan Frei, Öffentliche Übernahmeangebote in der Schweiz:
die Übernahmeregelung im Bundesgesetz über die Börsen und den Effektenhandel, 2ème éd., Berne 1998, p. 196).

6.- Vu ce qui précède, le recours doit être partiellement admis dans la mesure où il est recevable et la décision entreprise annulée en tant qu'elle autorise l'éventuelle retransmission des informations destinées à la COB aux autorités pénales françaises compétentes pour la poursuite du délit de violation de l'obligation de déposer une offre publique d'acquisition (ch. 3 in fine du dispositif). Pour le surplus, le recours est rejeté dans la mesure où il est recevable.

Il y a lieu de mettre les frais judiciaires à la charge des recourants, au motif qu'ils n'obtiennent que très partiellement gain de cause et qu'ils n'ont pas soulevé le moyen qui a conduit à l'admission partielle de leur recours (art. 156 al. 1 et 7 OJ). Il ne se justifie pas non plus d'allouer des dépens aux recourants, ni de modifier la décision attaquée en ce qui concerne les frais.

Par ces motifs,

le Tribunal fédéral :

1.- Admet partiellement le recours dans la mesure où il est recevable et annule au chiffre 3 du dispositif de la décision de la Commission fédérale des banques du 24 janvier 2000 (recte: 2001) les mots ët d'effectuer une offre publique d'acquisition.

Pour le surplus, le recours est rejeté dans la mesure où il est recevable.

2.- Met un émolument judiciaire de 5'000 fr. à la charge des recourants, solidairement entre eux.

3.- Communique le présent arrêt en copie au mandataire des recourants ainsi qu'à la Commission fédérale des banques.

_____

Lausanne, le 9 novembre 2001 LGE/dxc

Au nom de la IIe Cour de droit public
du TRIBUNAL FEDERAL SUISSE:
Le Président, Le Greffier,