Tribunale federale
Tribunal federal

{T 0/2}
2A.649/2006 /viz

Arrêt du 18 janvier 2007
IIe Cour de droit public

Composition
MM. et Mme les Juges Merkli, Président,
Wurzburger et Yersin.
Greffier: M. Vianin.

Parties
X._____,
recourant, représenté par Me Shahram Dini, avocat,

contre

Chambre d'entraide internationale de la Commission fédérale des banques, Schwanengasse 12,
case postale, 3001 Berne.

Objet
entraide administrative internationale demandée par la Financial Services Authority (FSA) dans l'affaire A._____,

recours de droit administratif contre la décision de la Chambre d'entraide internationale de la Commission fédérale des banques du 16 octobre 2006.

Faits :
A.
A._____ (ci-après: la Société) est une société britannique cotée à la bourse de Londres.

Le 14 mars 2006 à 9 heures, la Société a annoncé qu'elle avait rejeté une offre publique d'achat. A la suite de cette annonce, le cours du titre a clôturé à une moyenne de 325 pence, ce qui correspondait à une hausse de 11% par rapport au jour précédent.

L'attention de l'autorité britannique de surveillance des marchés financiers, la Financial Services Authority (ci-après: la FSA), a été attirée par des transactions portant sur les titres de la Société effectuées à la bourse de Londres (London Stock Exchange) les 10 et 14 mars 2006, soit peu de temps avant et immédiatement après l'annonce précitée. La FSA a notamment constaté que, le 10 mars 2006, la société B._____ avait acheté 200'000 titres pour la banque C._____, à Genève, ce qui représentait 3,97% du volume des transactions effectuées ce jour-là. Ces titres avaient été vendus le 14 mars 2006 avec un gain considérable.

La FSA a ouvert une enquête afin de s'assurer que les transactions précitées n'avaient pas été opérées en violation des dispositions prohibant notamment l'utilisation d'informations privilégiées et l'abus de marché.
B.
Le 25 juillet 2006, la FSA a requis l'entraide administrative de la Commission fédérale des banques (ci-après: la Commission fédérale), afin d'obtenir des informations notamment sur l'identité de la personne pour le compte de laquelle les transactions précitées avaient été effectuées.

A la demande de la Commission fédérale, C._____ a indiqué que 200'000 CFDs (contracts for difference, produits dérivés sur actions) ayant pour sous-jacent les actions de la Société avaient été achetés puis vendus

respectivement le 10 et le 14 mars 2006 sur le compte de la société D._____ SA, sise à Panama. L'ayant droit économique du compte et donneur d'ordre des transactions était X._____, possédant la double nationalité suisse et française, domicilié à Paris, directeur commercial de E._____ SA, filiale de droit français de C._____.
Dans une détermination du 6 septembre 2006, X._____ s'est opposé formellement à la transmission de toute information le concernant à la FSA et a requis le prononcé d'une décision. Il a exposé avoir effectué les transactions en cause sur la base d'informations publiques, étant précisé qu'il sélectionnait des titres sous-évalués de nature à faire l'objet d'offres publiques d'achat. En l'occurrence, différentes circonstances (augmentation du volume des transactions, hausse du cours, révélations publiques selon lesquelles un actionnaire détenait un grand nombre de titres, rumeurs provenant de brokers) lui avaient donné à penser qu'une offre publique d'achat était imminente. Le 14 mars 2006, le conseil d'administration de la Société avait annoncé qu'il avait rejeté une telle offre. Le cours du titre étant monté, X._____ avait alors revendu sa position avec un bénéfice de 20%. Par la suite, il avait encore effectué deux opérations sur le titre de la Société, l'une à perte et l'autre à break even (au "point mort", le produit de la transaction étant équivalant aux coûts). En aucun cas, il n'avait bénéficié d'informations confidentielles ou privilégiées concernant la Société.
C.
Le 16 octobre 2006, la Chambre d'entraide internationale de la Commission fédérale a statué sur la requête de la FSA en décidant de lui accorder l'entraide administrative et de lui transmettre les informations obtenues de C._____, avec un résumé des indications données par X._____. Elle a rappelé expressément que les informations communiquées devaient être utilisées exclusivement pour la mise en oeuvre de la réglementation sur les bourses, le commerce des valeurs mobilières et les négociants en valeurs mobilières et ne pouvaient être retransmises à d'autres autorités qu'à cet effet (ch. 2 du dispositif). L'utilisation ou la retransmission de ces informations à des fins étrangères ne pouvait se faire qu'avec l'autorisation préalable de la Commission fédérale (ch. 3).
D.
Agissant par la voie du recours de droit administratif, X._____ demande au Tribunal fédéral, sous suite de frais et dépens, principalement, d'annuler la décision d'entraide et, subsidiairement, de compléter le ch. 2 du dispositif de la décision attaquée par la phrase suivante:
"En particulier, les informations transmises ne sauraient être utilisées à des fins fiscales, ni transmises dans cette optique aux autorités françaises, à charge pour la FSA d'obtenir, préalablement à toute transmission, de l'autorité étrangère l'assurance que ces informations ne seront pas utilisées à d'autres fins que la seule mise en oeuvre de la réglementation sur les bourses et le commerce des valeurs mobilières."
A titre préalable, X._____ demande que son recours soit doté de l'effet suspensif. Il dénonce une violation des principes de proportionnalité et, en relation avec sa conclusion subsidiaire, de confidentialité.

Sur le fond, l'autorité intimée conclut au rejet du recours, sous suite de frais et dépens.

Par ordonnance du 1er novembre 2006, le Président de la IIème Cour de droit public a admis la requête d'effet suspensif.

Le Tribunal fédéral considère en droit:
1.
1.1 La loi fédérale d'organisation judiciaire du 16 décembre 1943 (OJ) demeure applicable en l'espèce (art. 132 al. 1 LTF).
1.2 En vertu de l'art. 38 al. 5 de la loi fédérale du 24 mars 1995 sur les bourses et le commerce des valeurs mobilières (loi sur les bourses, LBVM; RS 954.1), la décision attaquée peut faire l'objet d'un recours de droit administratif.

La Commission fédérale a considéré que X._____, en tant que client de C._____, a la qualité de partie à la procédure d'entraide administrative, en vertu de l'art. 38 al. 3 LBVM en relation avec l'art. 6 PA. Etant atteint par la décision attaquée et ayant un intérêt digne de protection à ce qu'elle soit annulée ou modifiée, celui-ci a qualité pour recourir au sens de l'art. 103 lettre a OJ.

Pour le surplus, déposé en temps utile et dans les formes prescrites par la loi, le recours est recevable.
2.
L'art. 38 LBVM a été modifié par la novelle du 7 octobre 2005, entrée en vigueur le 1er février 2006 (RO 2006 197). En raison de sa nature procédurale, cette nouvelle disposition s'applique dès son entrée en vigueur, sans égard au moment où les faits concernant la demande d'entraide se sont produits (2A.213/1998, Bulletin CFB 37/1999 p. 21 ss, consid. 5b). Rendue le 16 octobre 2006, soit après l'entrée en vigueur de la modification précitée, la décision attaquée doit, par conséquent, être examinée à la lumière de la nouvelle teneur de l'art. 38 LBVM.
3.
3.1 En vertu de l'art. 38 al. 2 LBVM, dans sa nouvelle teneur, l'autorité de surveillance ne peut transmettre aux autorités étrangères de surveillance des marchés financiers des informations et des documents liés à l'affaire non accessibles au public qu'aux conditions cumulatives suivantes:

- ces informations sont utilisées exclusivement pour la mise en oeuvre de la réglementation sur les bourses, le commerce des valeurs mobilières et les négociants en valeurs mobilières, ou sont retransmises à cet effet à d'autres autorités, tribunaux ou organes (let. a; principe de la spécialité);

- les autorités requérantes sont liées par le secret de fonction ou le secret professionnel, les dispositions applicables à la publicité des procédures et à l'information du public sur de telles procédures étant réservées (let. b; exigence de la confidentialité).

Selon l'art. 38 al. 6 LBVM, l'autorité de surveillance peut autoriser, en accord avec l'Office fédéral de la justice, la retransmission des informations à des autorités pénales à d'autres fins que celles mentionnées à l'al. 2 lettre a, à condition que l'entraide judiciaire en matière pénale ne soit pas exclue.

La modification du 7 octobre 2005 a supprimé le principe dit du "long bras", qui obligeait l'autorité de surveillance à garder le contrôle de l'utilisation des informations après les avoir transmises à l'autorité étrangère. Aux termes de l'ancien art. 38 al. 2 LBVM, en effet, la communication d'informations aux autorités étrangères était soumise à la condition que celles-ci ne les transmettent à leur tour qu'avec l'assentiment préalable de l'autorité de surveillance suisse ou en vertu d'une autorisation générale contenue dans un traité international (let. c). La modification du 7 octobre 2005 a maintenu toutefois le principe de la spécialité: selon l'art. 38 al. 2 lettre a 2ème phr., la retransmission par l'autorité requérante à une autre autorité ne présuppose plus l'assentiment préalable de la Commission fédérale seulement pour autant qu'elle serve elle-même à la mise en oeuvre de la réglementation sur les bourses, le commerce des valeurs mobilières et les négociants en valeurs mobilières, c'est-à-dire qu'elle respecte le principe de la spécialité. Ce principe exclut que les informations transmises dans le but précité soient utilisées en particulier à des fins fiscales (Message du Conseil fédéral du 10 novembre 2004 concernant
la modification de la disposition sur l'assistance administrative internationale de la loi fédérale sur les bourses et le commerce des valeurs mobilières, FF 2004 6341 ss [ci-après: le Message], p. 6357 s.).
3.2 Aux termes de l'art. 38 al. 4 LBVM, l'autorité de surveillance respecte le principe de la proportionnalité. Le nouveau droit a ainsi inscrit ce principe dans la loi, en prenant en compte "l'application différenciée" que la jurisprudence du Tribunal fédéral en a faite (Message, p. 6360).

Selon la jurisprudence, 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 d'administrer des preuves déterminées dans 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 nature à fonder un soupçon initial 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 129 II 484 consid. 4.1 p. 493/494 et les références).
4.
4.1 En l’espèce, le recourant fait valoir qu’il a procédé aux transactions en cause en spéculant, sur la base d’informations publiques, sur une offre publique d’achat qui, ”contrairement à ses prévisions, ne s’est finalement pas produite”. Il relève que, dans les trois mois qui ont suivi, il a effectué deux autres opérations d’achat et de vente portant sur le titre de la Société, l’une à perte (les 7 et 14 juin 2006) et l’autre à break even (les 30 juin et 13 juillet 2006), ce dont l’autorité intimée n’aurait pas tenu compte. Ces faits démontreraient qu’il ne bénéficiait pas d’informations privilégiées concernant la Société. Dans le cas d’espèce, l’on ne se trouverait ainsi pas dans un contexte de délit d’initié ou d’utilisation d’informations privilégiées et il n’existerait pas suffisamment d’indices de distorsions du marché. Dès lors qu’un examen, ”même peu approfondi”, des circonstances entourant les transactions en question permettrait d’emblée d’écarter toute violation des règles sur les marchés financiers, la transmission des informations sur la base de la seule correspondance des dates conduirait à vider le principe de proportionnalité de son sens.
4.2 L’achat des 200’000 CFDs ayant pour sous-jacent les actions de la Société s’est produit durant la période précédant l’annonce d’une information confidentielle, à savoir le rejet d’une offre publique d’achat. Ces titres, qui représentaient une part importante (près de 4%) du volume des transactions effectuées ce jour-là, ont été revendus immédiatement après l’annonce en question, en procurant un gain considérable. Force est donc d’admettre que les transactions litigieuses ont eu lieu durant une période sensible. Or, la variation du cours des titres durant une période sensible constitue un indice suffisant de distorsion du marché, de nature à justifier l’octroi de l’entraide (cf. ATF 126 II 126 consid. 6a/bb p. 137). Quant aux deux autres opérations d’achat et de vente effectuées ultérieurement, elles n’excluent en rien que le recourant ait bénéficié d’informations confidentielles lors des transactions faites peu avant et après l’annonce du rejet de l’offre publique d’achat.

Dans ces circonstances, la FSA pouvait légitimement demander à la Commission fédérale des précisions sur les transactions en cause. L’entraide administrative internationale doit donc être accordée. La Commission fédérale n’avait pas à vérifier les raisons invoquées par le recourant pour expliquer ces opérations boursières, soit le fait qu’il se serait exclusivement fondé sur des informations rendues publiques pour procéder auxdites opérations. Il appartient à l’autorité requérante uniquement d’examiner, sur la base de ses propres investigations et des informations transmises par la Commission fédérale, si ses craintes initiales de possible distorsion du marché sont ou non fondées (cf. ATF 127 II 142 consid. 5c p. 146/147). Les allégations du recourant ne sont en effet pas déterminantes dans ce contexte; en revanche, celui-ci pourra les faire valoir devant la FSA.
5.
En ce qui concerne la conclusion subsidiaire, comme on l’a vu (ci-dessus consid. 3.1), le nouveau droit soumet la retransmission des informations obtenues par l’autorité requérante à une autorité tierce au respect du seul principe de la spécialité, le principe du ”long bras” ayant été abandonné. Dans la décision par laquelle elle accorde l’entraide administrative, la Commission fédérale rappelle expressément à l’autorité requérante que les informations communiquées ne peuvent être utilisées et retransmises que dans le respect du principe de la spécialité (Message, p. 6358), mais elle ne peut exiger d’elle qu’elle obtienne de l’autorité tierce, avant de lui retransmettre les informations, l’assurance que cette dernière respectera à son tour ce principe: cela reviendrait à introduire une formalité supplémentaire, qui n’est pas prévue par le nouveau droit, et irait à l’encontre du but de la modification du 7 octobre 2005, qui était de rendre la procédure d’entraide administrative plus simple, plus rapide et plus efficace (cf. Message, p. 6350, 6357). Dès lors, la conclusion subsidiaire doit également être rejetée.
6.
Les considérants qui précèdent conduisent au rejet du recours.

Succombant, le recourant doit supporter les frais judiciaires (art. 156 al. 1, 153 et 153a OJ) et n’a pas droit à des dépens (art. 159 al. 1 OJ).

Par ces motifs, le Tribunal fédéral prononce:
1.
Le recours est rejeté.
2.

Un émolument judiciaire de 8’000 fr. est mis à la charge du recourant.
3.
Le présent arrêt est communiqué en copie au mandataire du recourant et à la Chambre d’entraide internationale de la Commission fédérale des banques.
Lausanne, le 18 janvier 2007
Au nom de la IIe Cour de droit public
du Tribunal fédéral suisse
Le président: Le greffier: