2A.155/2000
[AZA 0]

IIe COUR DE DROIT PUBLIC
****

21 août 2000

Composition de la Cour: MM. et Mme les Juges Wurzburger,
président, Hartmann, Hungerbühler, Müller et Yersin.
Greffier: M. Dayer.

_____

Statuant sur le recours de droit administratif
formé par
H._____, représentée par Me Didier Bottge, avocat à Genève,

contre
la décision prise le 6 mars 2000 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.- Le 19 août 1999, la société A._____ a annoncé une offre publique d'échange sur le solde du capital de sa filiale, la société D._____.

La Commission française des opérations de bourse (ci-après: la COB) a ouvert une enquête pour s'assurer que les transactions réalisées avant cette annonce n'avaient pas été effectuées dans des conditions contraires aux dispositions légales et réglementaires françaises relatives, notamment, à l'usage d'une information privilégiée. Ses investigations lui ont notamment permis de découvrir que la banque C._____ à Genève avait acquis 1'015 titres D._____ le 17 août 1999.

B.- Le 24 décembre 1999, la COB a requis l'assistance de la Commission fédérale des banques (ci-après: la Commission fédérale) afin d'obtenir des informations sur l'identité du (ou des) donneur (s) d'ordre (s) final (s) pour le compte du (ou desquels) ces actions avaient été acquises; elle souhaitait également connaître l'identité des personnes ayant pris l'initiative d'acheter ces titres, les motivations ayant conduit à ces acquisitions, les caractéristiques des ordres reçus avec mention de leurs date et heure et, dans le cas où ces actions avaient été revendues, la date et l'heure de transmission des ordres de vente ainsi que le volume exécuté sur le marché. Elle s'engageait à ce que l'information reçue soit traitée de manière confidentielle et précisait que si les renseignements fournis révélaient des faits susceptibles d'une qualification pénale, elle pourrait avoir à les transmettre au Procureur de la République.

Le 30 décembre 1999, la Commission fédérale a demandé à la banque C._____ de lui transmettre les informations souhaitées par la COB ainsi que les documents d'ouverture de compte et de dépôt de titres. Le 13 janvier 2000, cette banque l'a notamment informée qu'une partie des actions en cause (115) avait été acquise pour le compte de H._____, domiciliée en France, le donneur d'ordre étant Y._____ gestionnaire de fortune travaillant pour la société Z._____, à Paris. Ces actions avaient été revendues pour le prix de 246, 80 Euros le 24 août 1999 à 10h17.

C.- Le 2 février 2000, H._____ s'est déterminée sur la demande d'entraide de la COB. Elle a soutenu

que la gestion de son compte auprès de la banque C._____ incombait à Y._____ et qu'elle n'était pas informée des choix de gestion opérés par ce dernier. En tant que simple détentrice du compte bancaire précité, elle n'était pas impliquée dans l'enquête menée par la COB, de sorte que la transmission de son identité à cette autorité violait l'art. 38 al. 3 de la loi fédérale du 24 mars 1995 sur les bourses et le commerce des valeurs mobilières (LBVM; RS 954. 1). Par ailleurs, l'acquisition des titres D._____ - au cours de 221 Euros - avait été effectuée dans le cadre d'une gestion de père de famille basée sur une étude de publications financières spécialisées et ne constituait dès lors pas un délit d'initié au regard du droit suisse. La Commission fédérale ne pouvait dès lors, sans violer le principe de la double incrimination, donner son accord à une éventuelle transmission aux autorités pénales françaises compétentes des informations fournies à la COB. Enfin, une pesée des intérêts en présence commandait de ne pas transmettre son identité à l'autorité requérante; elle n'était en revanche pas opposée à la transmission à
cette dernière sous une forme anonymisée des documents bancaires fournis par la banque C._____.
D.- Le 14 février 2000, la COB a informé la Commission fédérale de l'avancement de son enquête. Elle a tout d'abord précisé que l'ouverture de cette dernière avait été justifiée par le fait que, le 17 août 1999, après avoir été coté en début de séance au cours de 222 Euros et s'être comporté de manière peu active durant la matinée avec un volume moyen de 123 titres par transaction, l'action D._____ avait, dès 14h16, évolué subitement à la hausse pour atteindre 234 Euros à la clôture de la séance.
Elle avait en outre découvert que les premières acquisitions importantes avaient été effectuées par Y._____ dont le premier ordre d'achat avait été exécuté sur le marché à 14h16 et qui avait encore acquis 7'000 titres à 14h37 et 4'000 autres à 15h11. La société qui l'employait avait en outre acquis 1'000 actions à 14h59 et l'ordre d'achat de 1'015 titres par la banque C._____ avait été exécuté à 15h13. Elle relevait que ces achats pourraient être coordonnés avec ceux d'un autre investisseur ayant acquis 33'000 actions cette même après-midi du 17 août 1999, dans la mesure où Y._____ gérait deux comptes titres de sociétés appartenant à celui-ci et avait attribué à ces comptes un tiers des actions acquises le 17 août 1999. L'ensemble de ces achats manifestaient une intervention inhabituelle quant au volume sur le marché d'un titre traditionnellement étroit (8'000 actions échangées en moyenne par mois en 1999). Le moment des interventions ne permettait en outre pas d'imputer ces acquisitions à des rumeurs de marché puisqu'il s'agissait des premiers achats significatifs.

Le 21 février 2000, H._____ s'est déterminée sur ces éléments en reprenant en substance les mêmes arguments que ceux qu'elle avait développés dans son écriture du 2 février 2000.

Le 1er mars 2000, l'Office fédéral de la police - dont le préavis avait été d'abord négatif - a donné son accord à une éventuelle transmission aux autorités pénales françaises compétentes des renseignements qui seraient fournis à la COB.

E.- Par décision du 6 mars 2000, la Commission fédérale a accordé l'entraide administrative à l'autorité requérante et a accepté de lui transmettre les informations communiquées par la banque C._____ (chiffre 1 du dispositif).
Elle a précisé que ces informations ne devaient être utilisées qu'à des fins de surveillance directe des bourses et du commerce des valeurs mobilières (chiffre 2 du dispositif).
De plus, en accord avec l'Office fédéral de la police, leur éventuelle communication aux autorités pénales françaises compétentes était autorisée, la COB devant toutefois leur rappeler que leur utilisation était limitée à la poursuite du délit d'usage d'une information privilégiée (chiffre 3 du dispositif). En outre, en vertu de l'art. 38 al. 2 lettre c LBVM, leur transmission à des autorités tierces, autres que celles mentionnées au chiffre 3 du dispositif, ne pouvait se faire qu'avec l'assentiment préalable de la Commission fédérale (chiffre 4 du dispositif).
Enfin, les chiffres 1 à 4 du dispositif ne seraient exécutés qu'à l'échéance d'un délai de trente jours après la notification de la décision à l'intéressée, si aucun recours n'était déposé dans ce délai auprès du Tribunal fédéral (chiffre 5 du dispositif).

F.- Agissant par la voie du recours de droit administratif, H._____ demande au Tribunal fédéral d'annuler cette décision et d'en prendre une nouvelle accordant l'entraide administrative à la COB et lui transmettant les informations suivantes: L'acquisition de 115 titres D._____ le 17 août 1999 a été effectuée pour le compte

de Mme X, identité connue de la Commission Fédérale des Banques; en ce qui concerne les raisons qui ont conduit cette personne à procéder à ces transactions, Mme X expose qu'elle n'a aucune connaissance de cet ordre, qui a été donné par Y._____, gérant de fortune. Elle demande également de rappeler à l'autorité requérante que les informations transmises ne peuvent être utilisées qu'à des fins de surveillance directe des bourses et du commerce des valeurs mobilières, de l'autoriser à éventuellement transmettre lesdites informations aux autorités pénales françaises compétentes avec l'indication que leur utilisation est limitée à la poursuite du délit d'usage d'une information privilégiée et de lui rappeler que, conformément à l'art. 38 al. 2 lettre c LBVM, la transmission à des autorités tierces non pénales ne peut se faire qu'avec l'assentiment de la Commission fédérale; subsidiairement, elle demande
que la décision de cette dernière soit annulée et que la cause lui soit renvoyée pour qu'elle statue dans le sens des considérants du Tribunal fédéral. Elle invoque la violation de l'art. 38 al. 3 LBVM ainsi que celle du principe de la proportionnalité.

La Commission fédérale conclut au rejet du recours.

G.- Par ordonnance du 9 mai 2000, le Président de la IIe Cour de droit public a admis la requête d'effet suspensif formulée par la recourante.

Considérant en droit :

1.- a) La décision par laquelle la Commission fédérale accorde l'entraide administrative 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 (cf. art. 39 LBVM; ATF 125 II 65 consid. 1 p. 69, 79 consid. 2 p. 80).

b) Titulaire du compte bancaire faisant l'objet des renseignements dont la communication est litigieuse, l'intéressée a qualité pour recourir (art. 103 lettre a OJ; ATF 125 II 65 consid. 1 p. 69).

2.- Le 5 mai 2000, la recourante a, sans y avoir été invitée, rédigé une écriture complémentaire. Déposée après l'échéance du délai de recours (cf. art. 106 OJ) et sans qu'un second échange d'écritures au sens de l'art. 110 al. 4 OJ n'ait été ordonné, elle ne peut être prise en considération.

3.- Saisi d'un recours de droit administratif, le Tribunal fédéral vérifie d'office l'application du droit fédéral, y compris l'excès et l'abus du pouvoir d'appréciation (cf. art. 104 lettre a OJ; ATF 125 II 497 consid. 1b/aa p. 500). Il examine en particulier librement si les conditions pour accorder l'entraide administrative sont remplies et dans quelle mesure la coopération internationale doit être accordée. S'il est lié par les conclusions des parties, il ne l'est pas en revanche par leurs motifs et peut admettre le recours pour d'autres raisons que celles avancées par l'intéressée ou, au contraire, confirmer l'arrêt attaqué 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). Bien qu'elle soit indépendante de l'administration, la Commission fédérale n'est pas une autorité de recours au sens de l'art. 105 al. 2 OJ, de sorte que le Tribunal fédéral n'est pas lié par ses constatations de fait (cf. ATF 115 Ib 55 consid.

2a p. 57).

4.- 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 (lettre a; principe de spécialité) et qu'elles soient liées par le secret de fonction ou le secret professionnel (lettre b).

b) Comme le Tribunal fédéral a déjà eu l'occasion de le dire, la COB est une autorité de surveillance des marchés financiers au sens de l'art. 38 al. 2 LBVM à laquelle l'entraide administrative peut être accordée. Elle respecte en outre l'exigence de confidentialité imposée par l'art. 38 al. 2 lettre b LBVM (cf. ATF 126 II 86

consid. 3 p. 88-89).

5.- a) La transmission d'informations sur des personnes qui, de manière évidente, ne sont pas impliquées dans une affaire nécessitant l'ouverture d'une enquête est interdite (cf. art. 38 al. 3 LBVM).

b) La recourante soutient n'avoir eu aucune connaissance des placements effectués par Y._____ conformément au mandat de gestion qu'elle lui a confié. Elle ignorait en particulier l'acquisition des titres en cause jusqu'au moment où elle a appris l'existence de la demande d'entraide de la COB. Elle n'aurait en outre aucune compétence dans les domaines bancaires et de gestion de fortune, raison pour laquelle elle aurait mandaté Y._____. Elle ne recevrait par ailleurs aucun document bancaire en relation avec la gestion de son compte auprès de la banque C._____. Vu ces éléments, elle devrait être considérée comme un tiers non impliqué au sens de l'art. 38 al. 3 LBVM.

c) La notion de tiers non impliqué au sens de cet article est identique à celle qui était prévue à l'art. 10 de la loi fédérale du 20 mars 1981 sur l'entraide internationale en matière pénale (EIMP; RS 351. 1) avant son abrogation le 31 janvier 1997 (cf. RO 1997 p. 115 et 131). Elle doit dès lors être interprétée à la lumière de la jurisprudence concernant cette dernière disposition (cf. Manfred Küng/Felix M. Huber/Matthias Kuster, Kommentar zum Börsengesetz, Vol. II, n. 16 ad art. 38; Claude Rouiller, La coopération internationale en matière de surveillance des banques et des bourses, in RVJ 1997 p. 223 ss, p. 233-234).
Cette jurisprudence a notamment précisé que celui dont le compte bancaire pourrait avoir servi, même à son insu, à commettre une infraction, voire à transférer ou à dissimuler le produit d'une infraction ne peut en principe être considéré comme un tiers non impliqué (cf. ATF 126 II 126 consid. 6a/bb p. 137 et la jurisprudence citée).

Dans le cas particulier, l'autorité requérante soupçonne l'existence d'un délit d'initié réalisé par l'achat de titres D._____ au moyens des fonds se trouvant sur le compte de l'intéressée auprès de la banque C._____. Conformément à la jurisprudence mentionnée ci-dessus, dont il n'y pas lieu de se départir, dès l'instant où le compte bancaire de la recourante pourrait avoir servi à la commission d'une infraction, même à son insu, elle peut être considérée comme impliquée dans la procédure d'entraide, ainsi que l'a relevé à juste titre la décision attaquée (cf. consid. 7d de celle-ci).

6.- a) Dans le domaine de l'entraide administrative internationale, le principe de la proportionnalité découle de l'art. 38 al. 2 LBVM (cf. également l'art. 5 al. 2 Cst. ainsi que Hans-Peter Schaad, in Kommentar zum schweizerischen Kapitalmarktrecht, Bâle 1999, n. 90 ad art. 38 BEHG) 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 son appréciation.
L'Etat requis ne dispose généralement pas des moyens lui permettant de se prononcer sur l'opportunité de l'administration des preuves déterminées au cours de l'instruction 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'éléments suspects pouvant justifier la demande d'entraide. La coopération internationale ne peut être refusée que si les actes requis sont sans rapport avec l'infraction poursuivie 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 126 II 86 consid. 5a p. 90-91 et les références citées).

b) L'intéressée prétend que le principe de la proportionnalité - qu'elle estime à tort, découler des art. 9 et 29 Cst. (sur la portée de ces dispositions, cf. Jörg Paul Müller, Grundrechte in der Schweiz, 3ème éd. Berne 1999, p. 467 ss et 495 ss) - empêche la communication de son identité à l'autorité requérante. En effet, cette autorité aurait uniquement intérêt à connaître l'identité de Y._____ qui est intervenu en qualité de ¨gérant externe¨pour l'acquisition des titres en cause. La communication de sa propre identité ne permettrait aucune progression de l'enquête dans la mesure où elle n'a pas eu connaissance des transactions financières effectuées pour son compte par son mandataire. Ayant déjà appris qu'elle avait acquis 200 actions D._____ par le

biais d'un compte bancaire qu'elle possède en France, la COB serait d'ailleurs restée totalement indifférente puisqu'elle aurait conscience de son ignorance en matière financière. Enfin, le secret bancaire ferait obstacle à la communication aux autorités françaises de l'existence de ses avoirs bancaires en Suisse.

c) Ayant constaté un mouvement inhabituel du cours du titre D._____ dans l'après-midi du 17 août 1999 - soit deux jours avant l'annonce officielle par la société A._____ de son offre publique d'échange du solde du capital de sa filiale - de même qu'une augmentation subite et considérable du volume d'acquisition de ces titres, l'autorité requérante disposait d'éléments suffisants lui permettant de soupçonner l'existence d'un délit d'initié. Elle avait en outre découvert qu'une des ces acquisitions avait été effectuée par l'intermédiaire de la banque C._____ à Genève. Elle pouvait dès lors légitimement demander à la Commission fédérale des précisions sur cet achat (cf. dans le même sens ATF 126 II 86 consid. 5b p. 91 et la jurisprudence citée), notamment la communication de l'identité du donneur d'ordre ainsi que celle de la personne pour le compte de laquelle celui-ci avait agi. Comme l'a relevé à juste titre l'autorité intimée, même si l'ordre d'achat des titres en cause n'a pas été donné par la recourante, aucun élément du dossier ne permet, en l'état, d'exclure qu'elle soit à l'origine de l'opération et puisse être soupçonnée de délit d'initié. La communication de son identité à la COB n'est dès lors pas contraire au
principe de la proportionnalité (cf. dans ce sens ATF 125 II 65 consid. 6a p. 73). Par ailleurs, les explications de l'intéressée concernant les modalités du mandat de gestion conféré à Y._____, la manière dont celui-ci a pris la décision d'acquérir des titres D._____ ainsi que l'indifférence de l'autorité requérante en rapport avec son acquisition de tels titres au moyen de fonds déposés en France ne font pas obstacle à ce que son identité soit transmise à la COB.
L'autorité chargée de se prononcer sur la demande d'entraide n'est en effet pas tenue d'examiner si les soupçons justifiant la demande d'entraide sont confirmés ou infirmés par les informations ou les explications recueillies à la demande de l'autorité requérante. Seule cette dernière pourra, sur la base de ses propres investigations et des informations transmises par la Commission fédérale, décider si ses soupçons initiaux étaient ou non fondés. Au surplus, contrairement à ce que pense la recourante, le secret bancaire suisse ne fait pas obstacle à l'octroi de l'entraide administrative lorsque les conditions posées par l'art. 38 LBVM sont, comme en l'espèce, satisfaites (cf. ATF 125 II 83 et les références citées).

7.- A juste titre, l'intéressée ne soulève aucun grief à l'encontre des chiffres 3 et 4 du dispositif de la décision attaquée; elle s'y rallie même expressément en les reprenant en substance dans les conclusions du présent recours.
En effet, selon la jurisprudence, le simple rappel à la COB (cf. chiffre 4 du dispositif de la décision attaquée) de son obligation (cf. art. 38 al. 2 lettre c LBVM) de requérir l'accord préalable de l'autorité intimée avant toute transmission d'informations à des autorités non pénales est suffisant (cf. ATF 126 II 86 consid. 7c p. 93-94).
Par ailleurs, la Commission fédérale a estimé à bon droit que toutes les conditions de l'entraide judiciaire en matière pénale étaient remplies (cf. art. 38 al. 2 lettre c in fine LBVM), de sorte que l'autorité requérante peut être autorisée à transmettre, le cas échéant, des informations aux autorités pénales françaises compétentes (cf. chiffre 3 du dispositif de la décision attaquée). De surcroît, le consentement de l'Office fédéral de la police a été recueilli conformément aux exigences posées par la jurisprudence (cf. ATF 126 II 86 consid. 7d/bb p. 94-95).

8.- Mal fondé, le présent recours doit être rejeté.

Succombant, la recourante supporte les frais judiciaires (art. 156 al. 1, 153 et 153a OJ) et n'a pas droit à des dépens (art. 159 al. 1 OJ).

La Commission fédérale n'a pas droit à des dépens (art. 159 al. 2 OJ).

Par ces motifs,

le Tribunal fédéral :

1. Rejette le recours.

2. Met un émolument judiciaire de 3’000 fr. à la charge de H._____.

3. Dit qu’il n’est pas alloué de dépens.
4. Communique le présent arrêt en copie au mandataire de la recourante ainsi qu’à la Commission fédérale des banques.

_____
Lausanne, le 21 août 2000 DBA/elo

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

Le Greffier,