Urteilskopf

125 II 450

45. Extrait de l'arrêt de la IIe Cour de droit public du 30 août 1999 en la cause Banque X. c. Commission fédérale des banques (recours de droit administratif)
Regeste (de):
Internationale Amtshilfe gegenüber deutschen Bundesaufsichtsamt für den Wertpapierhandel.

Art. 35 Abs. 2 BEHG: Verpflichtung zur Erteilung der verlangten Auskünfte (E. 2).

Art. 38 Abs. 2 lit. c BEHG: Verhältnis zwischen Rechtshilfe in Strafsachen und Amtshilfe. Wenn die Eidgenössische Bankenkommission im Einvernehmen mit dem Bundesamt für Polizeiwesen einer eventuellen Weitergabe von Informationen an die für die Strafverfolgung zuständige ausländische Behörde zustimmt, muss sie hierfür im Besitz aller nach schweizerischem Recht nötigen Zusicherungen sein (E. 3). Das erfordert, dass die materiellen Voraussetzungen für die Rechtshilfe gesamthaft erfüllt sind, einschliesslich das Erfordernis der doppelten Strafbarkeit nach Art. 64 IRSG. In dieser Hinsicht muss aus der Einwilligung des Bundesamtes für Polizeiwesen hervorgehen, dass die Vorschriften über die internationale Rechtshilfe in Strafsachen erfüllt sind. Im vorliegenden Fall sind die Voraussetzungen zur Bewilligung der Weitergabe an die Strafbehörde nicht gegeben (E. 4).

Regeste (fr):
Entraide administrative internationale à l'Office fédéral allemand de surveillance pour le commerce des papiers-valeurs.

Art. 35 al. 2 LBVM: obligation de fournir les renseignements demandés (consid. 2).

Art. 38 al. 2 lettre c LBVM: rapports entre l'entraide judiciaire en matière pénale et l'entraide administrative. Lorsque, d'entente avec l'Office fédéral de la police, la Commission fédérale des banques autorise la transmission éventuelle des informations à l'autorité étrangère compétente pour la poursuite pénale, elle doit être en possession de toutes les assurances requises selon le droit suisse (consid. 3). Cela implique que toutes les conditions matérielles de l'entraide judiciaire soient réunies, y compris l'exigence de la double incrimination prévue à l'art. 64 EIMP. Sur ce point, l'accord donné par l'Office fédéral de la police doit servir de garantie pour que les règles de l'entraide judiciaire en matière pénale ne soient pas éludées. Les conditions pour autoriser d'emblée la transmission à l'autorité pénale ne sont pas réunies en l'espèce (consid. 4).

Regesto (it):
Assistenza amministrativa internazionale all'Ufficio federale tedesco di sorveglianza in materia di commercio di cartevalori.

Art. 35 cpv. 2 LBVM: obbligo di fornire le informazioni richieste (consid. 2).

Art. 38 cpv. 2 lett. c LBVM: Rapporto tra l'assistenza giudiziaria in materia penale e l'assistenza amministrativa. Quando, d'intesa con l'Ufficio federale di polizia, la Commissione federale delle banche autorizza l'eventuale trasmissione di informazioni all'autorità estera competente per l'azione penale, deve essere in possesso di tutte le assicurazioni richieste dal diritto svizzero (consid. 3). Ciò presuppone che tutte le condizioni materiali dell'assistenza giudiziaria siano soddisfatte, compresa l'esigenza della doppia incriminazione prevista dall'art. 64 AIMP. Al riguardo, dall'accordo dato dall'Ufficio federale di polizia deve potersi dedurre che le regole dell'assistenza giudiziaria in materia penale sono rispettate. Nel caso specifico, le condizioni per autorizzare la trasmissione all'autorità penale non sono realizzate (consid. 4).

Sachverhalt ab Seite 451

BGE 125 II 450 S. 451

Le 30 septembre 1998, l'autorité de surveillance de la bourse de Francfort, soit la «Handelsüberwachungsstelle der Frankfurter Wertpapierbörse» (en abrégé: la HÜST) a constaté des ordres inhabituels passés sur les actions de la société IG Farben in Liquidation, qui pouvaient faire croire que le prix en bourse avait été manipulé. Un ordre de vente avait été donné à 10.07h. sur 60'000 actions et à 11.13h. un ordre d'achat portant sur 50'000 actions a suivi. Pour un cours s'élevant précédemment à DM 3.48, le cours d'achat était limité à DM 2.15 et le cours de vente à DM 2.05. La limite de cours a été fixée à DM 2.50 et l'ordre de vente a été en conséquence partiellement exécuté à un cours de DM 2.50. Le jour suivant, le cours de l'action à l'ouverture s'élevait à DM 3.05. D'après l'enquête préliminaire menée par la HÜST, les ordres de vente avaient été donnés par la Dresdner Bank AG de Francfort, laquelle a déclaré avoir agi pour le compte de la Banque X. à Genève. Par requête du 26 novembre 1998, l'Office fédéral allemand de surveillance pour le commerce des papiers-valeurs, soit le «Bundes-aufsichtsamt für den Wertpapierhandel» (en abrégé: le BAWe) qui, selon le droit allemand, est chargé de collaborer avec les autorités de surveillance étrangères en matière d'entraide internationale, a demandé à la Commission fédérale des banques la transmission des informations en possession de la Banque X. Il a également sollicité l'autorisation de pouvoir transmettre, cas échéant, les informations recueillies aux autorités pénales.

BGE 125 II 450 S. 452

Le 2 novembre 1998, la Commission fédérale des banques a demandé à la Banque X. de lui communiquer le nom et l'adresse du client et de l'éventuel ayant droit économique, pour lequel les actions IG Farben en Liquidation avaient été vendues, et de lui dire pourquoi le prix de vente minimum de ces actions avait été fixé en dehors du prix du marché. La Banque X. a répondu le 18 novembre 1998 que les ordres de vente avaient été passés pour le compte de la Banque X. Cayman Ltd, aux Iles Cayman (ci-après: la X. Bank Cayman). Elle a ensuite contesté la compétence de la Commission fédérale des banques pour demander des renseignements relatifs à des clients de filiales à l'étranger et déclaré que le client de la X. Bank Cayman s'opposait au dévoilement de son identité. Le 14 décembre 1998, la Commission fédérale des banques a pris la décision suivante: «1. La Commission fédérale des banques ordonne à la Banque X., sous la menace des peines d'amende ou d'arrêts de l'art. 292 du code pénal suisse, de lui communiquer les noms et adresses du client, et de l'éventuel ayant droit économique, de sa filiale X. Bank (Cayman) Ltd pour lequel elle a passé un ordre de vente portant sur 50'000 actions de la société IG Farben in Liquidation en date du 30 septembre 1998 et de lui faire savoir, si cela est possible, pourquoi le prix de vente minimum a été fixé en dehors des prix des marchés. Cette communication doit se faire dans un délai de dix jours à compter de la notification de la présente décision. 2. La Commission fédérale des banques accorde l'entraide administrative au Bundesaufsichtsamt für den Wertpapierhandel et lui transmet les noms et adresses du client, et de l'éventuel ayant droit économique, de la filiale X. Bank (Cayman) Ltd pour lequel Banque X. à Genève a passé un ordre de vente portant sur 50'000 actions de la société IG Farben in Liquidation en date du 30 septembre 1998, ainsi que les renseignements relatifs à la fixation du prix des actions mentionnés sous chiffre 1. 3. La Banque X. est tenue de communiquer la présente décision au client mentionné sous chiffre 1. 4. La Commission fédérale des banques rappelle au Bundesaufsichtsamt für den Wertpapierhandel que les informations et documents transmis ne doivent être utilisés qu'à des fins de surveillance directe des bourses et du commerce des valeurs mobilières. 5. La Commission fédérale des banques autorise la retransmission des informations figurant sous chiffre 2 à la Handelsüberwachungsstelle der Frank-

furter Wertpapierbörse. 6. En accord avec l'Office fédéral de la police, la Commission fédérale des banques autorise l'éventuelle transmission des informations figurant sous chiffre 2 par la Handelsüberwachungsstelle der Frankfurter Wertpapierbörse aux autorités pénales allemandes compétentes. La

BGE 125 II 450 S. 453

Handelsüberwachungsstelle der Frankfurter Wertpapierbörse est tenue de rappeler aux autorités pénales que l'utilisation de ces informations est limitée à la poursuite du délit de manipulation de cours. (...)».
La Banque X. a formé un recours de droit administratif contre cette décision et a conclu à son annulation. Le 5 février 1999, elle a également transmis à la Commission fédérale des banques les noms et adresses des deux clients de la X. Bank Cayman pour lesquels l'ordre de vente portant sur les actions de la société IG Farben avait été passé. Elle a également précisé qu'elle ne savait pas pourquoi le prix de vente minimum desdites actions avait été fixé en dehors des prix du marché.

Erwägungen

Extrait des considérants:

2. a) En vertu de l'art. 35 al. 2 de la loi fédérale sur les bourses et le commerce des valeurs mobilières du 24 mars 1995 (LBVM; RS 954.1), les personnes et les sociétés soumises à surveillance ont l'obligation de fournir à la Commission fédérale des banques tous les renseignements et les documents qu'elle exige afin d'accomplir sa tâche. La même obligation figure à l'art. 23bis al. 2 de la loi fédérale sur les banques et les caisses d'épargne (LB; RS 952.0). Dans la mesure où la Commission est chargée de l'assistance administrative (art. 38 LBVM), il lui appartient de recueillir toutes les informations utiles à l'exécution de sa tâche. En cas de refus, elle peut donc contraindre les intéressés à fournir les renseignements demandés par une décision formelle («Auskunftsverfahren»; voir ANNETTE ALTHAUS, Amtshilfe und Vor-Ort-Kontrolle, Diss. Bern 1997, p. 173 et 204; URS ZULAUF, Rechtshilfe - Amtshilfe, RSDA 2/1995, p. 59 n. 44; RICCARDO SANSONETTI, L'entraide administrative internationale dans la surveillance des marchés financiers, Zurich 1998, p. 587/588). Lorsque des clients sont concernés, la procédure de recherche d'informations et celle de leur transmission à l'autorité étrangère sont étroitement liées. Une décision formelle sur les renseignements à donner ne met donc pas fin à la procédure, mais constitue seulement une étape avant la décision sur l'entraide administrative et doit dès lors être qualifiée de décision incidente (ATF 125 II 79 consid. 3a p. 81 et les références citées). Du point de vue des règles de procédure, la Commission fédérale des banques n'est toutefois pas obligée de séparer la procédure de recherche d'informations de celle de leur transmission. Par économie de procédure et

BGE 125 II 450 S. 454

pour faire avancer la procédure d'entraide, elle peut, dans la même décision, à la fois obliger l'institut bancaire à fournir les informations requises au sujet de ses clients et décider de transmettre les informations ainsi obtenues à l'autorité étrangère (arrêt 2A.213/1998 du 29 octobre 1998 en la cause S. et consorts, consid. 3, publié partiellement in Bulletin CFB 37 p. 21ss). b) La recourante s'étant opposée à donner les informations requises, la Commission fédérale des banques l'a contrainte formellement à s'exécuter. Sur ce point, la recourante prétend que son droit d'être entendue aurait été violé, car elle n'a pas eu la possibilité de présenter ses

arguments dans un délai raisonnable avant la décision attaquée. Il est vrai que le 23 novembre 1998, après avoir eu connaissance de la réponse incomplète de la recourante, la Commission fédérale des banques a exigé que la Banque X. lui fournisse les renseignements demandés dans un délai de 48 heures et qu'elle n'a ensuite pas non plus accepté de lui accorder le délai de 60 jours que l'intéressée a sollicité par lettre du 25 novembre 1998. Toutefois, entre le moment où la demande d'entraide administrative a été envoyée à la recourante, le 2 novembre 1998, et la date où la décision attaquée a été rendue, le 14 décembre 1998, la recourante a disposé de suffisamment de temps pour faire valoir ses arguments. C'est d'ailleurs ce qu'elle a fait dans sa lettre du 25 novembre 1998, en déclarant qu'elle entendait préalablement contester la compétence de la Commission sous l'angle de la loi sur les bourses et de l'entraide judiciaire. Son droit d'être entendue n'a donc pas été violé. Au sujet des clients de la banque, la Commission fédérale des banques avait déjà invité la recourante, dans sa lettre du 2 novembre 1998, à informer les clients concernés de la demande d'entraide administrative et à leur dire qu'ils pouvaient prendre position s'ils le désiraient. Ceux-ci n'ont cependant pas fait usage de cette possibilité et ont laissé à la recourante le soin de déclarer qu'ils n'étaient pas d'accord que leur identité soit communiquée. On ne saurait ainsi considérer qu'ils n'ont pas eu l'occasion de se prononcer sur la demande d'entraide les concernant. Certes, la Commission aurait pu rendre d'abord une décision incidente pour contraindre la recourante à fournir les informations, ce qui aurait permis de fixer aux clients également un délai pour prendre position. Elle n'y était cependant pas obligée compte tenu de l'intérêt à pouvoir accélérer la procédure et du fait que l'on pouvait présumer que les clients en question avaient eu connaissance de la demande d'entraide, mais qu'ils avaient

renoncé à prendre position, puisqu'ils s'étaient opposés par l'intermédiaire de la banque à ce que leur identité soit révélée (arrêt précité du 29 octobre 1998 en la cause S. et consorts). c) Sur le plan matériel, la recourante estime que, dans le cadre d'une demande d'entraide administrative, elle n'est pas tenue de renseigner la Commission fédérale des banques sur des relations de l'une de ses filiales à l'étranger avec des clients. Comme on l'a vu, cette obligation découle des art. 35 al. 2 LBVM et 23bis LB, dans la mesure où l'assistance administrative fait partie des tâches de la Commission (art. 38 LBVM). La recourante ne peut donc pas opposer le secret bancaire à l'autorité de surveillance, d'autant plus que l'art. 47 al. 4 LB réserve expressément les dispositions de la législation fédérale et cantonale instituant l'obligation de renseigner l'autorité et de témoigner en justice (ATF 125 II 83 consid. 5 p. 84; SANSONETTI, op.cit. p. 529). En outre, la recourante ne saurait davantage se soustraire à cette obligation en faisant valoir qu'il s'agit d'une relation d'affaires de sa filiale aux Iles Cayman, dès lors que la Commission fédérale des banques avait bien précisé qu'elle renonçait à la transmission des informations requises si l'intéressée pouvait confirmer que la relation d'affaires en cause était gérée exclusivement par la X. Bank Cayman et qu'elle-même n'en avait aucune connaissance. La recourante n'a cependant pas été en mesure de donner cette confirmation. Elle a au contraire admis que certains de ses organes, à l'occasion des pouvoirs, fonctions ou relations qu'ils avaient eus avec la X. Bank Cayman détenaient des informations sur l'identité des clients concernés, de sorte que rien ne l'autorise à se soustraire à son devoir de renseigner l'autorité suisse de surveillance. d) Au vu de ce qui précède, la Commission fédérale des banques a exigé à juste titre que la recourante lui fournisse les informations demandées. Cette procédure se fonde au demeurant sur le droit de souveraineté de la Suisse qui lui permet de contrôler toutes les relations d'affaires se déroulant sur son territoire, sans pour autant violer la souveraineté d'un Etat étranger (ATF 108 Ib 513 consid. 2b p. 519). 3.- Selon l'art. 38 al. 2 LBVM, la Commission fédérale des banques peut, à certaines conditions, transmettre aux autorités étrangères de surveillance des informations et des documents liés à l'affaire, non accessibles au public. Il doit s'agir des «autorités étrangères de surveillance des bourses et du commerce des valeurs mobilières» qui utilisent ces informations exclusivement à des fins de surveillance directe des bourses et du commerce des valeurs mobilières

(art. 38 al. 2 lettre a LBVM; principe de la spécialité) et qui sont liées «par le secret de fonction ou le secret professionnel» (art. 38 al. 2 lettre b LBVM). Les informations données ne peuvent être transmises «à des autorités compétentes et à des organismes ayant des fonctions de surveillance dictées par l'intérêt public qu'avec l'assentiment préalable de l'autorité de surveillance suisse ou en vertu d'une autorisation générale contenue dans un traité international» (art. 38 al. 1 lettre c 1ère phrase LBVM). La transmission à des autorités pénales est prohibée, lorsque l'entraide judiciaire en matière pénale est exclue. Sur ce point, l'autorité de surveillance décide en accord avec l'Office fédéral de la police (art. 38 al. 2 lettre c 2ème et 3ème phrase LBVM). a) L'Office fédéral allemand de surveillance pour le commerce des papiers-valeurs, soit le BAWe, 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 (ATF 125 II 65 consid. 4 p. 71). Sa demande d'entraide a pour but de transmettre les informations obtenues à l'autorité de surveillance de la bourse de Francfort, la HÜST. La loi sur les bourses n'exclut pas une telle transmission, mais exige seulement qu'il s'agisse d'organismes ayant des fonctions de surveillance dictées par l'intérêt public et que la Commission fédérale des banques ait donné son assentiment préalable (art. 38 al. 2 lettre c 1ère phrase LBVM). Selon le droit allemand, c'est au BAWe qu'il appartient de coopérer avec les autorités étrangères de surveillance de sorte que, s'il ne dirige pas lui-même l'enquête, il y a lieu de déterminer, déjà dans la décision accordant l'entraide, si les informations transmises peuvent être communiquées à l'autorité chargée de l'enquête en cause. Les conditions pour une éventuelle transmission à la HÜST des informations recueillies sont en l'espèce remplies, dès lors que cette autorité est chargée d'enquêter dans la présente affaire pour savoir s'il y a eu ou non manipulation des cours. b) En l'espèce, la Commission fédérale des banques a aussi autorisé l'éventuelle transmission des informations communiquées à la HÜST aux autorités allemandes compétentes pour la poursuite pénale, si les soupçons de manipulations des cours devaient être confirmés. Le Tribunal fédéral a déjà eu l'occasion de souligner les rapports de connexité étroits pouvant exister entre l'entraide administrative et l'entraide judiciaire en matière pénale, dans la mesure où la loi n'a pas seulement pour but de surveiller les bourses et les négociants,

mais aussi le comportement du marché des valeurs mobilières. Ainsi, sur le plan interne, la Commission fédérale des bourses doit-elle ordonner les enquêtes nécessaires lorsque la bourse lui annonce qu'elle soupçonne une infraction à la loi ou une irrégularité (art. 6 al. 2 LBVM). Il s'agit-là d'une simple mesure de surveillance, même si l'infraction soupçonnée donne lieu ensuite à une enquête pénale. Par ailleurs, en matière d'entraide, la globalisation et l'internationalisation des marchés financiers nécessitent une surveillance générale et, partant, une collaboration étroite entre autorités de surveillance (ATF 125 II 69 consid. 7 p. 75). Il n'y a donc pas lieu de se montrer trop strict sur l'énoncé de la demande d'entraide administrative, ni de déterminer si les soupçons sont ou non fondés; il suffit qu'un début de soupçon justifie l'ouverture d'une enquête (ATF 125 II 65 consid. 6b p. 74). Les renseignements requis doivent cependant s'inscrire dans le cadre de l'enquête et paraître utiles à son déroulement.

Il n'en demeure pas moins que le législateur n'a pas voulu que l'entraide administrative puisse servir à contourner les conditions de l'entraide judiciaire en matière pénale. La loi sur les bourses limite donc l'utilisation des informations à des fins de surveillance directe des bourses et du commerce des valeurs mobilières (art. 38 al. 2 lettre a LBVM; principe de la spécialité). En outre, ces informations ne peuvent pas être transmises à d'autres autorités sans l'assentiment de la Commission fédérale des banques (ou sans une autorisation contenue dans un traité international), pas plus qu'elles ne peuvent être données à des autorités pénales étrangères si l'entraide judiciaire en matière pénale est exclue (art. 38 al. 2 lettre c LBVM). Ces restrictions obligent donc la Commis-

sion à ne pas perdre le contrôle de l'utilisation des informations obtenues après leur transmission à l'autorité étrangère de surveillance («Prinzip der langen Hand»; voir ZULAUF, op.cit. p. 57/58). De plus, l'accord donné pour la transmission des informations à une autre autorité, et notamment à l'autorité pénale, doit être donné sous forme d'une décision susceptible de recours (ATF 125 II 65 consid. 10 p. 77). Dans une précédente affaire (ATF 125 II 65 ss), l'Office fédéral allemand de surveillance du commerce des papiers-valeurs avait expressément déclaré qu'il connaissait les conditions dans lesquelles la Suisse accorde l'entraide administrative et qu'il s'engageait à les respecter, en particulier qu'il demanderait l'accord de la Commission fédérale des banques avant une éventuelle transmission des informations obtenues à une autre autorité. Sur la base de ces déclarations,

le Tribunal fédéral avait alors jugé que les assurances données étaient suffisantes pour garantir le principe de la spécialité (ATF 125 II 65 consid. 9b p. 76). Par la suite, le Président du BAWe a confirmé les assurances données, mais en relevant que si la loi allemande sur les bourses (Wertpapierhandelsgesetz, soit l'art. 18 WpHG) l'obligeait à dénoncer les délits de manipulation des cours au Procureur général en cas de soupçons, la même obligation était prévue lorsque des faits semblables lui étaient transmis par une autorité étrangère de surveillance. C'est pourquoi, dans de tels cas, il sollicitait l'accord de la Commission fédérale des banques pour une transmission éventuelle des informations au Procureur général, déjà dans la demande d'entraide administrative. Le BAWe a procédé de cette manière en l'espèce, de sorte qu'en accord avec l'Office fédéral de la police, la Commission a autorisé la HÜST à communiquer les informations délivrées aux autorités pénales allemandes. Une telle pratique correspond, au demeurant, au principe généralement admis en droit européen (ALTHAUS, op.cit. p. 77; ZULAUF, op.cit. n. 26 p. 57; SANSONETTI, op.cit. p. 338). c) Le Tribunal fédéral admet que le droit suisse n'oblige pas les autorités étrangères de surveillance à faire une déclaration contraignante sur le plan international et qu'il suffit qu'elles s'engagent à mettre tout en oeuvre pour respecter le principe de la spécialité. S'il devait s'avérer qu'une autorité étrangère ne puisse plus respecter ce principe en raison de sa législation interne ou d'une décision contraignante à laquelle elle n'a pas les moyens de s'opposer, il appartiendrait alors à la Commission fédérale des banques de refuser l'entraide (arrêt non publié du 25 janvier 1999 en la cause J., consid. 4 et arrêt précité du 29 octobre 1998 en la cause S. et consorts). En l'espèce, les déclarations du Président du BAWe qui, d'une manière générale, affirme que les conditions d'entraide administrative posées par la Suisse seront respectées, tout en relevant que l'obligation de dénonciation pénale subsiste lorsque le soupçon d'infraction provient de faits révélés par l'autorité étrangère de surveillance, ne permettent pas de savoir comment le BAWe se comporterait si la Commission fédérale des banques devait refuser de donner son accord pour la transmission des informations fournies à une autre autorité, accord obligatoire en vertu de l'art. 38 al. 2 lettre c LBVM (ATF 125 II 65 consid. 9b p. 76). Cette incertitude n'entraîne toutefois pas le refus de l'entraide administrative, pour autant que la Commission fédérale des banques (d'entente avec l'Office fédéral de la police) ait pu valablement consentir à la transmission

des données aux autorités chargées de la poursuite pénale en l'état du dossier. Dans le cas contraire, l'entraide administrative doit être refusée jusqu'à l'obtention de toutes les assurances requises selon le droit suisse en la matière.

4. a) L'art. 38 al. 2 lettre c LBVM interdit la transmission des informations aux autorités pénales lorsque

l'entraide judiciaire en matière pénale est exclue. La même obligation est contenue à l'art. 23sexies al. 2 lettre c LB, introduit par la loi fédérale du 18 mars 1994, ainsi qu'à l'art. 63 al. 2 de la loi fédérale sur les fonds de placement du 18 mars 1994 (LFP; RS 951.31). Elle avait été vigoureusement débattue aux Chambres lors de son adoption à la suite de l'amendement Poncet (SANSONETTI, op. cit. p. 494/495). Le Conseiller national Charles Poncet avait en effet proposé de refuser toute transmission d'informations à des autorités pénales lorsque l'entraide internationale n'a pas été accordée (BO 1993 CN 2462/2463 et 2496/2497). Le législateur a finalement refusé cet amendement, tant pour l'art. 23sexies al. 2 lettre c LB que pour l'art. 63 al. 2 lettre c LFP, en démontrant qu'il entendait ne pas vider l'entraide administrative de sa substance et pour éviter d'accumuler les procédures d'entraide judiciaire en matière pénale (BO 1994 CE 10 et 26). Reste que la Commission fédérale des banques et l'Office fédéral de la police sont tenus de se prononcer sur la base des éléments dont ils disposent et doivent demander, au besoin, des compléments d'information à l'autorité étrangère requérante; ils ne peuvent pas se désaisir en faveur du juge pénal (SANSONETTI, op.cit. p. 601), de sorte qu'il importe de déterminer en quoi doit consister leur examen des conditions matérielles de l'entraide en matière pénale. b) Selon Althaus, l'interdiction prescrite à l'art. 38 al. 2 lettre c LBVM correspond aux motifs d'exclusion des art. 2 ss de la loi fédérale sur l'entraide internationale en matière pénale du 20 mars 1981 (EIMP; RS 351.1). En revanche, le principe de la double incrimination prévu à l'art. 64 EIMP ne serait pas applicable, car il s'agit d'une condition pour l'octroi de l'entraide pénale internationale, mais non d'un motif d'exclusion (ALTHAUS, op.cit. p. 162 ss). D'autres auteurs admettent en revanche que la transmission des informations aux autorités pénales implique que toutes les conditions de l'entraide pénale internationale soient remplies (SANSONETTI, op. cit p. 600; PETER NOBEL, Schweizerisches Finanzmarktrecht, Berne 1997, n. 300 p. 209). Cette dernière opinion est convaincante. Bien que le Conseil fédéral, dans son Message du 27 mai 1998 sur la révision de la loi sur les banques et les caisses d'épargne, ait

incidemment indiqué que la formulation proposée renvoyait aux motifs d'exclusion des art. 2 ss EIMP (FF 1998 p. 3399 ss), on ne peut en déduire que la transmission des données aux autorités pénales ne doit être refusée que si l'entraide judiciaire «est exclue» dans le sens étroit et technique du terme. Rien ne laisse en effet présumer que le législateur ait voulu consciemment étendre la possibilité d'utilisation des données fournies dans des procédures pénales par rapport aux règles régissant l'entraide judiciaire en matière pénale en général. La question n'a d'ailleurs pas été débattue aux Chambres (séance du Conseil des Etats du 23 septembre 1998: BO 1998 CE 995 ss et séance du Conseil national du 9 mars 1999: BO 1999 CN 203 ss). Lors de la transmission de données aux autorités pénales, trois solutions sont envisageables: soit la transmission est permise sans autre, soit elle est possible, si l'entraide judiciaire en matière pénale peut être accordée, soit elle est interdite. Le législateur a en fait choisi la voie médiane, qui autorise la transmission des informations aux autorités pénales étrangères lorsque les conditions de l'entraide judiciaire en matière pénale sont remplies, plutôt que les autres voies consistant à autoriser la transmission dans tous les cas ou à la refuser systématiquement en exigeant le dépôt d'une demande expresse d'entraide pénale internationale, comme le voulait l'amendement Poncet (BO 1993 CN 2462 et 2496). Il s'agit donc de simplifier la procédure, tout en évitant que l'autorité étrangère puisse éluder les règles de l'entraide judiciaire en matière pénale (ZULAUF, op.cit. n. 39 p. 58; ATF 125 II 65 consid. 5b in fine p. 74). Cela implique que toutes les conditions matérielles de l'entraide judiciaire en matière pénale soient réunies, y compris l'exigence de la double incrimination prévue à l'art. 64 EIMP. A cet égard, il y a lieu d'exiger qu'avant de donner son accord, l'Office fédéral de la police confirme que ces conditions sont respectées, soit en se ralliant à une prise de position détaillée de la Commission fédérale des banques, soit en motivant lui-même son approbation. Il paraît en effet exclu qu'il se contente, comme en l'espèce, d'une simple mention («einverstanden») au bas d'une lettre de la Commission, dont le contenu est des plus sommaire. Expressément voulue par le législateur dans plusieurs lois fédérales (art. 23 sexies al. 2 lettre c LB, 63 al. 2 lettre c LFP et 38 al. 2 lettre c LBVM), son intervention ne saurait en effet être purement formelle, mais doit servir de garantie pour que les règles de l'entraide judiciaire en matière pénale ne soient pas éludées. En outre, s'il n'y a pas lieu

d'être trop exigeant quant à l'exposé des faits, il faut toutefois que ces derniers

puissent être qualifiés du point de vue juridique et que la demande contienne le texte des dispositions légales applicables pour que l'autorité saisie puisse vérifier d'emblée s'il existe, de manière évidente, un motif d'exclusion (ROBERT ZIMMERMANN, La coopération judiciaire internationale en matière pénale, Berne 1999, n. 162 p. 120). Dans le cas particulier, la demande présentée par le BAWe ne permet pas de dire si la présomption de manipulation des cours constatée le 30 septembre 1998 à la bourse de Francfort par la HÜST tombe sous le coup de l'art. 161bis CP, introduit par l'art. 46 LBVM, qui punit d'emprisonnement ou de l'amende toute manipulation de cours. Par ailleurs, rien n'indique que les conditions pour l'ouverture d'une information pénale soient réunies. c) Il s'ensuit que la décision attaquée doit être annulée en tant qu'elle autorise la transmission des informations recueillies auprès de la Banque X. aux autorités pénales allemandes compétentes. Il va également de soi que, même si cela n'a aucune incidence sur le plan pratique, les références au ch. 6 du dispositif qui sont faites aux ch. 7 et 9 dudit dispositif doivent également être annulées. Vu qu'en l'état actuel du dossier, une transmission des données requises par le BAWe, respectivement la HÜST, aux autorités pénales doit être exclue, l'octroi de l'entraide administrative dépend de l'assurance que les autorités allemandes respecteront la décision de la Commission fédérale des banques (voir consid. 3c in fine). Celle-ci ne pourra dès lors transmettre les informations demandées qu'après obtention d'une telle déclaration de la part du BAWe.