Urteilskopf

127 II 142

15. Extrait de l'arrêt de la IIe Cour de droit public du 9 mars 2001 dans la cause X. contre Commission fédérale des banques (recours de droit administratif)
Regeste (de):
Art. 38 BEHG: Internationale Amtshilfe, verlangt von der "Commission française des opérations de bourse" (COB).

Das Gesuch um Amtshilfe der COB - einer den Anforderungen an die Vertraulichkeit genügenden Aufsichtsbehörde über die Finanzmärkte - trägt dem Verhältnismässigkeitsprinzip Rechnung (E. 4 und 5).

Hinsichtlich des "Prinzips der langen Hand" erweist sich die "best efforts"-Erklärung der COB als ausreichend (E. 6).

Bewilligung der Weiterleitung von Informationen an die zuständigen ausländischen Strafbehörden (Art. 38 Abs. 2 lit. c BEHG): Verfahren und Voraussetzungen (E. 7).

Voraussetzungen vorliegendenfalls nicht erfüllt (E. 8).

Regeste (fr):
Art. 38 LBVM: entraide administrative internationale demandée par la Commission française des opérations de bourse (COB).

La requête d'entraide administrative de la COB - autorité de surveillance des marchés financiers satisfaisant à l'exigence de confidentialité - respecte le principe de la proportionnalité (consid. 4 et 5).

Au regard du principe dit du "long bras" l'engagement de "best efforts" de la COB est suffisant (consid. 6).

Autorisation de retransmettre des informations aux autorités pénales étrangères compétentes (art. 38 al. 2 let. c LBVM): procédure et conditions (consid. 7).

Conditions non réalisées dans le cas particulier (consid. 8).

Regesto (it):
Art. 38 LBVM: assistenza amministrativa internazionale chiesta dalla "Commission française des opérations de bourse" (COB).

La domanda di assistenza amministrativa della COB - autorità di vigilanza sui mercati finanziari che soddisfa le esigenze di confidenzialità - rispetta il principio della proporzionalità (consid. 4 e 5).

Tenuto conto del "principio della lunga mano", l'impegno di "best efforts" della COB è sufficiente (consid. 6).

Autorizzazione di trasmettere informazioni alle competenti autorità penali straniere (art. 38 cpv. 2 lett. c LBVM): procedura e condizioni (consid. 7).

Condizioni non adempiute nel caso specifico (consid. 8).

Sachverhalt ab Seite 143

BGE 127 II 142 S. 143

Le 11 août 1999, un projet de rapprochement entre les sociétés B., C. et la société française D. a été annoncé. Durant les jours précédant cette annonce, plus précisément du 2 au 9 août 1999, le cours de l'action D. a progressé d'environ 16%. Par ailleurs, le volume des transactions, qui était encore de 366'378 unités le 9 août 1999, a atteint 1'135'699 unités le 10 août 1999, 2'015'257 unités le 11 août 1999 et 1'541'530 unités le 12 août 1999. La Commission française des opérations de bourse (ci-après: la COB) a alors ouvert une enquête afin de s'assurer que les transactions réalisées sur les titres D. au cours de la période précédant l'annonce susmentionnée n'avaient pas été effectuées dans des conditions contraires aux dispositions légales et réglementaires relatives notamment à l'usage d'une information privilégiée. Ses investigations lui ont notamment permis de découvrir que la société E., à Zurich, avait procédé à plusieurs achats d'options et d'actions D. entre le 2 juillet et le 6 août 1999. Le 13 septembre 1999, la COB a requis l'assistance de la Commission fédérale des banques (ci-après: la Commission fédérale) afin d'obtenir de la société E., à Zurich, diverses informations en rapport avec ces acquisitions. Donnant suite à une demande de renseignements de la Commission fédérale, la société E., à Genève, à qui cette demande avait été

BGE 127 II 142 S. 144

transmise par la société E., à Zurich, a notamment indiqué avoir acheté 20'000 actions D. sur ordre de son client X. le 6 août 1999 pour le prix de 49,89 Euros l'unité; ces titres avaient été revendus le 11 août 1999 à 54 Euros l'unité, permettant ainsi audit client de réaliser un bénéfice de 82'200 Euros. Dans une prise de position séparée, ce dernier a par ailleurs expliqué être un professionnel de la gestion de patrimoines travaillant sur la base d'études "fondamentales et chartistes". Considérant que la société française D. avait un potentiel de hausse intéressant, il avait donné l'ordre, le 24 juin 1999, d'acquérir 20'000 titres au prix limite de 41,60 Euros. Comme seules 122 actions étaient disponibles à ces conditions, il avait annulé cet ordre et repris son projet le 6 août 1999 en raison de l'ascension quasi continue du cours du titre D. Il avait ensuite été surpris par l'annonce du rapprochement des sociétés B., C. et D. survenue peu après son achat. Au demeurant, l'acquisition de 20'000 actions pour un montant global d'environ 1'000'000 Euros n'avait rien d'inhabituel dans le cadre des affaires dont il assumait la gestion. Le 7 avril 2000, l'Office fédéral de la police a donné son accord à une éventuelle retransmission aux autorités pénales françaises compétentes des renseignements qui seraient fournis à la COB. Par décision du 27 avril 2000, la Commission fédérale a accordé l'entraide administrative internationale à la COB en lui indiquant que, le 6 août 1999, X. avait ordonné l'acquisition de 20'000 actions D. par le biais d'un compte ouvert auprès de la société E., à Genève, et qu'il prétendait avoir décidé cet achat en se basant sur la progression continue du titre au début du mois d'août 1999 (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 police, 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 d'usage d'une information privilégiée (ch. 3 du dispositif). En outre, en application de l'art. 38 al. 2 let. 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). Agissant par la voie du recours de droit administratif, X. demande au Tribunal fédéral d'annuler la décision de la Commission fédérale du 27 avril 2000 et de dire qu'il n'y a pas lieu d'accorder l'entraide requise, subsidiairement de renvoyer la cause à ladite Commission pour qu'elle statue dans le sens des considérants du Tribunal fédéral. Ce dernier a partiellement admis le recours et annulé le chiffre 3 du dispositif de la décision attaquée, de même qu'au chiffre 4 les mots "autres que celles figurant sous chiffre 3"; il a rejeté le recours pour le surplus.

Erwägungen

Extrait des considérants:

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 (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 l'espèce (cf. également ATF 126 II 86 consid. 3 p. 88-89), ce que l'intéressé reconnaît lui-même.

5. 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 126 II 409 consid. 5 p. 413-415, 86 consid. 5a p. 90-91 et les références citées). b) Le recourant reproche à l'autorité intimée d'avoir violé le principe de la proportionnalité et excédé son pouvoir d'appréciation. Il fait valoir que la demande d'entraide de la COB porte sur des transactions boursières réalisées dès le 2 juillet 1999 et ne s'intéresse ainsi pas à celles accomplies précédemment au mois de

juin et notamment pas à celle que lui-même a effectuée le 24 de ce mois-là, de sorte qu'aucun "soupçon initial de délit d'initié" n'existerait en rapport avec cette dernière opération. Or, dans la mesure où son achat du 6 août 1999 ne pourrait en être dissocié et résulterait en outre d'une étude de l'évolution des titres D. effectuée durant plusieurs mois, son comportement ne pourrait être considéré comme "suspect". De plus, le nombre de titres qu'il a acquis lors de cette deuxième transaction était similaire et non pas supérieur à celui qu'il avait eu l'intention d'acheter au mois de juin, ce qui démontrerait qu'il n'était pas "devenu initié" entre sa première et sa seconde acquisition. Enfin, le montant de son investissement n'aurait rien d'exceptionnel au regard du type de gestion qu'il effectue et le bénéfice retiré de l'opération litigieuse ne représenterait que 2,04% du portefeuille qu'il gère. c) L'autorité requérante a observé une animation du marché des titres D. dans les semaines qui ont précédé l'annonce, le 11 août 1999, d'un rapprochement entre les sociétés B., C. et la société française D. Ainsi, le cours de l'action de cette dernière a progressé d'environ 16% du 2 au 9 août 1999 et le volume des transactions a passé de 366'378 unités le 9 août 1999 à 1'135'699 unités le 10 août 1999 pour atteindre 2'015'257 unités le 11 août 1999. Dès lors, la COB disposait d'indices suffisants d'éventuels dérèglements du marché. Elle avait en outre découvert qu'un nombre important de titres D. avait été acquis par l'intermédiaire d'une banque suisse durant cette période, soit 10'900 options d'achat avec échéance en septembre 1999 et 25'650 actions, dont 20'000 pour le recourant. Vu ces éléments, elle pouvait légitimement demander à la Commission fédérale des précisions sur ces acquisitions (cf. dans le même sens ATF 126 II 86 consid. 5b p. 91 et la jurisprudence citée). Les raisons invoquées par l'intéressé pour expliquer son achat ne font pas obstacle à l'octroi de l'entraide administrative. L'autorité chargée de se

prononcer sur cette question n'est en effet pas tenue d'examiner si les indices de possibles distorsions du marché justifiant la demande d'entraide sont confirmés ou infirmés par les informations et 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 craintes initiales étaient ou non fondées (cf. ATF 126 II 86 consid. 5b p. 91). Par ailleurs, le recourant ne peut rien tirer en sa faveur du fait que la COB a fait partir son enquête du 2 juillet 1999. En effet, s'il avait effectivement acheté 20'000 actions D. le 24 juin 1999 pour les revendre le 11 août 1999, il est probable que cette enquête porterait aussi sur la période du 24 juin au 2 juillet 1999. En effet, l'achat d'un aussi grand nombre d'actions un mois et demi environ avant l'annonce du fait confidentiel, soit dans une période sensible (cf. ATF 126 II 86 consid. 5b p. 91), suivi de la revente de ces titres le jour même de cette annonce, aurait certainement alerté l'autorité requérante.

6. a) Aux termes de l'art. 38 al. 2 let. c LBVM, les informations reçues par l'autorité étrangère de surveillance des bourses et du commerce des valeurs mobilières 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; 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 police (depuis le 1er juillet 2000, c'est l'Office fédéral de la justice qui est l'Office en charge de l'entraide judiciaire en matière pénale, cf. art. 7 al. 6a de l'ordonnance du 17 novembre 1999 sur l'organisation du Département fédéral de justice et police [Org DFJP; RS 172.213.1]). b) Cette disposition oblige concrètement la Commission fédérale à ne pas perdre le contrôle de l'utilisation des informations après leur transmission à l'autorité étrangère de surveillance (principe dit du "long bras"; "Prinzip der langen Hand"; ATF 126 II 409 consid. 6b/bb p. 417, 126 consid. 6b/bb p. 139, 86 consid. 6b p. 92 et la jurisprudence citée). Les autorités étrangères ne sont toutefois pas tenues de faire une déclaration contraignante selon le droit international public, mais doivent s'engager, notamment, à mettre tout en oeuvre pour respecter le principe dit du "long bras" (exigence qualifiée en anglais de "best

efforts" ou de "best endeavour") dans l'hypothèse d'une retransmission d'informations à d'autres autorités, pénales ou non. Aussi longtemps que l'Etat requérant respecte effectivement ce principe et qu'il n'existe aucun signe qu'il ne le fasse pas dans le cas concret, rien ne s'oppose à accorder l'entraide administrative. S'il devait s'avérer qu'une autorité étrangère ne puisse plus se conformer à ce principe en raison de sa législation interne ou d'une décision contraignante à laquelle elle n'a pas les moyens de s'opposer, la Commission fédérale devrait alors refuser l'entraide (cf. ATF 126 II 126 consid. 6b/bb p. 139, 86 consid. 6c p. 92 et la jurisprudence citée).
c) Dans un courrier de son Président adressé le 26 mars 1999 au Président de la Commission fédérale (cf. ATF 126 II 86 consid. 7a p. 92-93), la COB s'est expressément engagée à ne retransmettre d'informations à des autorités pénales ou non pénales qu'avec l'accord préalable de l'autorité intimée. Faute d'éléments concrets (cf. ATF 126 II 409 consid. 4b/bb p. 413) et même si l'autorité de céans a pu se montrer hésitante dans une précédente affaire s'agissant de la retransmission d'informations auxdites autorités pénales (cf. ATF 126 II 86 consid. 7d/aa p. 94), rien ne permet en l'espèce de supposer que l'autorité requérante ne se conformera pas à cet engagement. Le recourant ne le prétend d'ailleurs pas. Au demeurant, l'obligation de la COB de communiquer certaines informations au Procureur de la République (cf. consid. 7a ci-dessous) ne fait pas, en soi, obstacle à l'octroi de l'entraide administrative (cf. dans ce sens ATF 126 II 409 consid. 4b/aa p. 412-413).

7. a) Les renseignements fournis à l'autorité requérante dans le cadre de l'entraide administrative le sont avant tout pour lui permettre d'exercer sa mission de surveillance des marchés; ils peuvent cependant amener cette autorité à soupçonner l'existence d'un délit d'initié. Si tel est le cas, il lui appartient alors d'effectuer des investigations supplémentaires puis de décider si, compte tenu des renseignements obtenus, elle doit saisir les autorités pénales compétentes (cf. ATF 126 II 409 consid. 5b/aa p. 415 et 6b/cc p. 418). A cet égard, elle ne peut leur communiquer les informations fournies par la Commission fédérale qu'avec l'autorisation de cette dernière (cf. art. 38 al. 2 let. c LBVM et consid. 6 ci-dessus). L'autorité intimée, de même que l'Office fédéral de la police, se prononcent sur la base des éléments dont ils disposent et doivent, au besoin, demander des compléments d'information à l'autorité requérante (cf. ATF 125 II 450 consid. 4a p. 459). Ils sont tenus d'examiner si toutes les conditions matérielles de l'entraide pénale internationale

sont remplies, notamment si l'exigence de la double incrimination est satisfaite (cf. ATF 126 II 409 consid. 6b/bb et 6b/cc p. 417-419).
Une telle procédure en deux temps permet de ne pas soumettre à des exigences trop élevées l'octroi, dans un premier temps, de l'entraide administrative à l'autorité requérante (cf. ATF 126 II 409 consid. 6b/cc p. 419; cf. aussi consid. 5 ci-dessus). Cette dernière pourra ainsi obtenir rapidement les informations dont elle a besoin pour sa mission de surveillance des marchés.
b) Si, lors du dépôt de sa demande d'entraide administrative, les investigations de l'autorité requérante sont déjà suffisamment avancées et font apparaître la nécessité d'une éventuelle retransmission d'informations aux autorités pénales étrangères compétentes, la Commission fédérale peut directement y consentir dans sa décision accordant l'entraide administrative. Ce consentement est toutefois soumis à des exigences plus élevées que celles nécessaires à l'octroi de ladite entraide. Des variations significatives du volume des titres échangés et de leur cours peu avant une annonce de rachat de société ne sont en particulier pas suffisantes. L'autorité intimée doit disposer d'éléments supplémentaires insolites lui permettant de soupçonner concrètement et avec un minimum de vraisemblance l'existence d'un comportement tombant sous le coup du droit pénal. Il ne faut

cependant pas poser d'exigences trop sévères quant à l'exposé des faits figurant dans la demande, notamment parce qu'il n'est pas encore possible de savoir avec certitude si, compte tenu de ses investigations ultérieures, l'autorité requérante transmettra ou non - malgré l'autorisation de la Commission fédérale - ses informations aux autorités pénales étrangères compétentes. Ainsi, pour pouvoir simultanément accorder l'entraide administrative à l'autorité requérante et l'autoriser à retransmettre les informations qui lui sont fournies aux autorités pénales étrangères compétentes, la Commission fédérale doit avoir connaissance - outre de la variation du cours des titres en cause et de l'augmentation de leur volume d'échanges durant une période sensible - d'indices lui permettant de soupçonner concrètement et de manière vraisemblable l'utilisation d'une information privilégiée par l'intéressé en rapport avec la transaction examinée. Si tel n'est pas le cas, la question d'une telle retransmission d'informations devra faire l'objet d'une nouvelle procédure et d'une décision séparée ultérieure (cf. lettre a ci-dessus et ATF 126 II 409 consid. 6b/cc p. 419-420 et les arrêts cités).

8. a) La COB peut être tenue de transmettre au Procureur de la République française des informations révélant des faits susceptibles

BGE 127 II 142 S. 150

d'une qualification pénale (cf. art. 12-2 al. 3 de l'ordonnance no 67-833 du 28 septembre 1967 instituant une commission des opérations de bourse et relative à l'information des porteurs de valeurs mobilières et à la publicité de certaines opérations de bourse; cf. également ATF 126 II 86 consid. 7d/aa p. 94). b) Dans sa requête d'entraide du 13 septembre 1999, la COB n'a pas expressément sollicité l'autorisation de communiquer audit Procureur les informations fournies par l'autorité intimée. Elle a toutefois clairement indiqué à cette dernière son obligation de le saisir si ces informations révélaient une infraction pénale. La Commission fédérale pouvait considérer d'office cette indication comme une demande d'autorisation implicite (cf. dans ce sens ATF 125 II 65 consid. 7 p. 75). c) L'autorité intimée a par ailleurs soumis à l'Office fédéral de la police une prise de position détaillée sur laquelle celui-ci s'est déterminé de manière circonstanciée. Elle a dès lors recueilli le consentement de ce dernier conformément aux exigences posées par la jurisprudence (cf. ATF 126 II 86 consid. 7d/bb p. 94-95). d) Au moment de prendre sa décision, la Commission fédérale connaissait l'évolution du titre D. durant la période sensible précédant l'annonce du projet de rapprochement entre les sociétés B., C. et la société française D. Elle savait en outre que, le 24 juin 1999, le recourant avait renoncé à acquérir 20'000 actions, faute d'avoir pu toutes les acheter au prix limite qu'il s'était fixé (41,60 Euros). Elle était de surcroît au courant du fait que, le 6 août 1999, il avait finalement acquis ces 20'000 actions à un prix plus élevé (49,89 Euros) que celui qu'il était disposé à payer le 24 juin 1999 et qu'il avait revendu ces titres le jour même, avec bénéfice. Ces seuls éléments ne sont cependant pas suffisants pour faire naître un soupçon concret et vraisemblable de délit d'initié. En effet, en tant que professionnel de la gestion de patrimoines, l'intéressé était sans nul doute particulièrement attentif à l'évolution des valeurs boursières et son comportement consistant à renoncer à un achat en spéculant sur une baisse du prix des titres qu'il convoitait ne paraît pas insolite. De même, il ne semble pas exclu, comme il le soutient, que sa décision d'achat au début du mois d'août résulte d'une analyse fondée sur la comparaison entre l'évolution du titre D. et celle d'actions de sociétés concurrentes depuis la date de son ordre d'achat du mois de juin. En l'état, l'autorité intimée ne disposait dès lors pas d'informations suffisantes lui permettant d'autoriser la COB à retransmettre

BGE 127 II 142 S. 151

aux autorités pénales françaises compétentes les informations qui lui étaient fournies. La décision attaquée doit

dès lors être annulée dans cette mesure. Dans ces conditions, il est superflu d'examiner encore si, comme le soutient le recourant, la Commission fédérale a violé le principe de la double incrimination. e) Par conséquent, conformément à la procédure en deux temps indiquée ci-dessus (cf. consid. 7a), si, après avoir poursuivi ses investigations, la COB devait juger nécessaire de retransmettre au Procureur de la République les informations actuellement fournies par la Commission fédérale, il lui incombera de solliciter l'autorisation de l'autorité intimée dont la décision, portant alors sur cette seule question, pourra, selon toute probabilité, intervenir dans des délais raisonnables.