

# **BGer 2A.340/2002 vom 13. März 2003**

Bundesgericht, 2003-03-13, FR

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger\\_2A.340\\_2002](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger_2A.340_2002)

FR: TF 2A.340/2002 du 13 mars 2003

IT: TF 2A.340/2002 del 13 marzo 2003

## **Regeste**

Économie

## **Erwägungen**

### **E. 1**

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 la spécialité) et qu'elles soient liées par le secret de fonction ou le secret professionnel (lettre b).

#### **E. 1.1**

Le Tribunal fédéral a déjà eu l'occasion de constater que l'ASIC est bien une autorité de surveillance des marchés financiers au sens de l' art. 38 al. 2 LBVM à laquelle l'entraide administrative peut être accordée (arrêt 2A.234/2000 du 25 avril 2001, consid. 4, reproduit in: Bulletin CFB 42/2002 p. 61), ce que ne conteste d'ailleurs pas le recourant.

#### **E. 1.2**

Dans cet arrêt du 25 avril 2001, le Tribunal fédéral a également retenu que les membres de l'ASIC étaient soumis au secret de fonction et que, sur la base de leur droit interne, ils ne pouvaient divulguer les informations confidentielles dont ils avaient eu connaissance en raison de leurs fonctions, sous peine notamment de sanctions pénales (consid. 4c et 4d). Le recourant prétend que l'exigence de confidentialité ne serait plus satisfaite du fait d'une modification législative intervenue postérieurement à l'arrêt précité du 25 avril 2001. Il se réfère à une nouvelle disposition, soit la section 12HB (1) de l' "Australian Securities and Investments Commission Act 2001", en vertu de laquelle l'ASIC doit fournir à toute personne morale ou physique qui est sous le coup d'une procédure tous les documents liés à l'affaire obtenus dans le cadre de cette enquête: "[...] ASIC must, at the request of the corporation or other person [...], give to the corporation or other person: (c) a copy of every document that has been given to, or obtained by, ASIC in connection with the matter to which the application, notice or proceeding relates and tends to establish the case of the corporation or other person; and (d) a copy of any other document in ASIC's possession that comes to ASIC's attention in connection with the matter to which the application, notice or proceeding relates and tends to establish the case of the corporation or other person [...]". Or, comme le relève avec pertinence la Commission fédérale, il y a lieu d'observer que l'adoption de cette nouvelle disposition - qui garantit l'accès au dossier aux parties à la procédure - n'a pas pour effet de vider de sa substance le secret de fonction auquel continuent d'être soumis les membres de l'ASIC. A cet égard, il convient de relever que la

législation suisse offre aux parties des garanties de procédure similaires en ce qui concerne le droit de consulter les pièces du dossier (cf. art. 26 PA et 29 al. 2 Cst). Dans la mesure où la Commission fédérale doit elle-même respecter de telles garanties, il ne se justifie pas de soumettre l'octroi de l'entraide administrative à la condition que l'autorité requérante étrangère ne soit pas astreinte à une obligation de ce genre. Du reste, à l'instar du droit suisse (cf. art. 27 PA), la section 12 HB (3) de l' "Australian Securities and Investments Commission Act 2001" prévoit des exceptions au droit de consulter certaines pièces du dossier. Tel est notamment le cas où la divulgation pourrait porter atteinte aux intérêts légitimes d'une tierce personne: "The Court may refuse to make an order under subsection (2) in respect of a document or part of a document if the Court considers it inappropriate to make the order by reason that the disclosure of the contents of the document or part of the document would prejudice any person, or for any other reason". Dans ces conditions, l'exigence de confidentialité posée par l' art. 38 al. 2 lettre b LBVM est satisfaite.

### **E. 2.1**

Aux termes de l'art. 38 al. 2 lettre c LBVM, les informations transmises à l'autorité étrangère de surveillance des bourses et du commerce des valeurs mobilières ne peuvent être retransmises 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 justice. 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"). Les autorités étrangères de surveillance 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 indice qu'il ne le fasse pas dans le cas concret, rien ne s'oppose à accorder l'entraide administrative. S'il devait s'avérer que l'autorité requérante 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. La Commission fédérale peut donc exiger de l'autorité étrangère qu'elle lui donne l'assurance expresse de ne pas communiquer les renseignements fournis sans son assentiment préalable. Encore faut-il que les garanties fournies par l'autorité étrangère puissent assurer effectivement, de la part de l'autorité étrangère, le respect du principe de la spécialité et le principe dit du "long bras". A cet effet, il est nécessaire que les déclarations de "best efforts" soient claires et dénuées d'ambiguïté ( ATF 127 II 142 consid. 6 p. 147 s.; 126 II 409 consid. 4b/bb et 6b/cc p. 413 et 418 ss et les références citées).

### **E. 2.2**

Le recourant soutient que l'entraide administrative doit être refusée au motif que l'engagement de "best efforts" pris par l'autorité compétente dans le cadre de l'affaire qui a fait l'objet de l'arrêt du Tribunal fédéral du 25 avril 2001 ne serait plus valable à la suite d'une modification législative intervenue postérieurement à cette date. Selon lui, l'autorité

requérante aurait dû fournir à la Commission fédérale une nouvelle assurance expresse quant au respect du principe de la spécialité et du principe dit du "long bras". Toujours selon l'arrêt du Tribunal fédéral précité du 25 avril 2001, l'ASIC avait, par courrier du 15 août 2000, indiqué clairement qu'elle n'utiliserait les informations et documents fournis par la Commission fédérale que dans le cadre de sa mission de surveillance des marchés prévue par la législation australienne (consid. 4b). Par ailleurs, l'ASIC s'était engagée à requérir l'assentiment de la Commission fédérale avant toute retransmission de ces informations confidentielles à des autorités tierces (consid. 5c/aa et 5c/bb). Elle avait précisé que même dans les cas où elle était tenue de par la loi de retransmettre à d'autres autorités les informations remises par la Commission fédérale, elle s'engageait à mettre en oeuvre tous les moyens légaux pour empêcher une communication forcée (consid. 5c/bb). Sur la base de telles déclarations, le Tribunal fédéral a jugé que l'engagement de "best efforts" était suffisamment clair et dénué d'ambiguïté pour garantir le respect notamment du principe dit du "long bras" et que l'on ne pouvait rien exiger de plus de la part de l'ASIC (consid. 5 c/cc). En l'occurrence, il n'est pas nécessaire que l'ASIC renouvelle son engagement de "best efforts", contrairement à l'avis du recourant. En effet, il n'existe aucun indice sérieux et concret que l'ASIC ne respectera pas - ou qu'elle ne sera plus en mesure de respecter au regard des dispositions de son droit interne - le principe de la spécialité et le principe dit du "long bras" dans le cas particulier. L'entraide administrative ne saurait donc être refusée pour ce motif. Le fait que la législation australienne ait été entre-temps modifiée sur un point de détail n'y change rien. Certes, selon l'ancienne version de la section 18 (1) de l'"Australian Securities Commission Act 1989", intitulée "Distribution of report", [...] "the Commission (ASC) 'shall' give a copy of the report to the Minister". Quant à la nouvelle version de la section 18 (1) de l'"Australian Securities and Investments Commission Act 2001", elle dispose que l'ASIC "'must' give a copy of the report to the Minister". Mais, contrairement à l'opinion du recourant, on ne saurait déduire du remplacement du terme "shall" par celui de "must" que l'ASIC n'est plus en mesure de se conformer au principe dit du "long bras". Car il ne s'agit pas ici d'une modification substantielle mais plutôt de pure forme, qui n'a pas pour effet de remettre en cause les engagements pris par l'ASIC envers la Commission fédérale. Quoi qu'il en soit, le recourant n'a pas démontré le contraire.

### **E. 2.3**

Dans la décision attaquée, la Commission fédérale a d'ailleurs expressément rappelé, d'une part, que les informations et 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) et, d'autre part, qu'en application de l'art. 38 al. 2 let. c LBVM, la transmission de ces informations à des autorités tierces, y compris pénales, ne pouvaient se faire qu'avec son assentiment préalable, l'ASIC devant requérir son consentement avant de retransmettre les informations et documents (ch. 3 du dispositif). Il est vrai que l'ASIC est tenue, en raison de son droit interne, de transmettre certaines informations aux autorités fiscales australiennes. C'est pourquoi, l'ASIC a conclu avec celles-ci, le 4 juin 1999, un "Memorandum of Understanding" prévoyant que les informations reçues de la Commission fédérale par l'ASIC ne pourraient pas être utilisées à des fins fiscales; la validité d'un tel acte était limitée à trois ans, soit jusqu'au 4 juin 2002 (cf. arrêt du Tribunal fédéral précité du 25 avril 2001, consid. 5c/dd). Au moment où la Commission fédérale a rendu la décision attaquée, soit le 21 mai 2002, le "Memorandum of Understanding" était donc valable. Mais on ignore si un tel accord a été ou non reconduit et donc s'il lie encore les parties. A toutes fins utiles, il convient dès lors d'inviter la Commission fédérale à compléter son dispositif (ch. 2) en ce

sens que les informations et documents qu'elle se propose de transmettre à l'ASIC ne doivent être utilisés qu'à des fins de surveillance directe des bourses et du commerce des valeurs mobilières "et qu'ils ne sauraient en particulier être utilisés à des fins fiscales". Il y a lieu d'attirer l'attention de l'autorité requérante sur les conséquences d'une violation de ces exigences auxquelles est subordonné l'octroi de l'entraide administrative: pour le cas où l'ASIC ne se conformerait pas strictement à la décision attaquée, la Commission fédérale ne pourrait plus à l'avenir lui accorder l'entraide administrative.

### **E. 3.1**

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 128 407 consid. 5.2.1 p. 417; 127 II 142 consid. 5; 126 II 409 consid. 5 p. 413 ss, 86 consid. 5a p. 90 s.; 125 II 65 consid. 6 et les références citées).

### **E. 3.2.1**

L'autorité requérante soupçonne notamment le directeur unique de la société australienne A.\_\_\_\_\_ d'avoir recommandé, dans le cadre d'un séminaire, à des investisseurs potentiels de placer, par l'intermédiaire d'un trust, des capitaux dans une société américaine qui n'existerait pas. En outre, l'ASIC a découvert que A.\_\_\_\_\_ avait effectué un versement suspect de 389'785 dollars australiens sur un compte bancaire ouvert auprès de E.\_\_\_\_\_ à P.\_\_\_\_\_ et que l'ordre de transfert avait été signé par G.\_\_\_\_\_, qui est également sous le coup d'une enquête dans le cadre de la même affaire. Compte tenu de ces circonstances, l'ASIC pouvait légitimement demander à la Commission fédérale des précisions sur l'opération litigieuse. L'ASIC disposait d'assez d'éléments lui permettant de soupçonner une violation de la "Corporations Law" australienne qui fixe notamment les conditions auxquelles le fonds d'investissement doit être enregistré (section 601ED) et qui prohibe la fraude aux investisseurs (section 1000) ou tout comportement de nature à induire les investisseurs en erreur (section 999). Le soupçon initial d'irrégularités paraît plus que suffisant pour que l'entraide administrative internationale soit accordée. Le recourant s'oppose à la transmission de son identité à l'ASIC. Il prétend qu'il doit être considéré comme un tiers non impliqué au sens de l' art. 38 al. 3 LBVM , aux termes duquel 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. Or, 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. Il en va de même de celui dont le compte bancaire a été approvisionné par des montants de provenance suspecte (cf. ATF 126 II 126 consid. 6a/b p. 137 et les références citées; voir aussi arrêt 2A.51/1999 du 24 novembre 1999, consid. 5c, reproduit in: Bulletin CFB 40 2000 116). Conformément à cette jurisprudence dont il n'y a pas lieu de s'écarter, il convient donc d'autoriser la Commission fédérale à communiquer à l'ASIC l'identité du titulaire du compte bancaire sur lequel a été transféré la somme d'argent suspecte, d'autant plus que le recourant a lui-même reconnu avoir eu des relations d'affaires avec G.\_\_\_\_\_, lequel est impliqué dans la cause qui fait l'objet de la présente demande d'assistance administrative. C'est en vain que le recourant affirme que le versement litigieux correspond aux honoraires qu'il aurait perçus dans le cadre d'un transfert d'actions de sociétés sises au Monténégro en faveur notamment de G.\_\_\_\_\_. Si tel était le cas, on ne voit alors pas pourquoi A.\_\_\_\_\_ aurait versé au recourant une somme d'argent pour une transaction commerciale qui ne la concernerait soi-disant pas. De telles allégations ne sont de toute manière pas déterminantes dans ce contexte. En effet, il appartient uniquement à l'autorité requérante de déterminer, sur la base de ses propres investigations et des informations transmises par la Commission fédérale, si ses craintes initiales de possible violation des règles du marché étaient ou non fondées (cf. ATF 127 II 142 consid. 5 p. 146/147).

### **E. 3.2.2**

Se pose la question de savoir si la transmission des documents bancaires requis (divers extraits du compte bancaire) à l'ASIC est ou non compatible avec le principe de la proportionnalité. Le recourant conteste en effet l'utilité de communiquer de telles pièces à l'ASIC. Certes, une demande d'entraide administrative ne saurait servir de prétexte à une recherche indéterminée de moyens de preuve ("fishing expedition"); les informations et les documents ne doivent pas sortir du cadre tel qu'il a été délimité par l'exposé des faits dans la demande d'entraide administrative. A cela s'ajoute que lorsque l'entraide administrative est accordée à l'autorité requérante et que celle-ci est en même temps autorisée à retransmettre les informations aux autorités de poursuite pénale étrangères, ce sont alors les principes développés en matière d'entraide judiciaire pénale qui s'appliquent s'agissant notamment de l'étendue de la transmission autorisée des données. En pareil cas, le Tribunal fédéral n'examine les documents à transmettre à l'autorité requérante que pour vérifier s'ils pourraient éventuellement être importants dans la procédure pénale étrangère (examen limité à l'importance potentielle) ( ATF 128 II 407 consid. 6.3.1 et les références citées). Autrement dit, lorsque - comme c'est le cas en l'espèce - l'autorité requérante n'a pas sollicité l'autorisation de retransmettre les informations et documents aux autorités pénales compétentes, il y a lieu de se montrer plus restrictif quant à la transmission des informations: n'est ainsi autorisée que la communication des données qui sont utiles pour faire progresser l'enquête que l'autorité requérante mène dans le cadre de sa mission de surveillance des marchés. Or, force est d'admettre que les documents que la Commission fédérale se propose de transmettre à l'ASIC ne vont pas au-delà de ce qui est nécessaire ou du moins utile à l'enquête ouverte notamment à l'encontre de la société A.\_\_\_\_\_ et de G.\_\_\_\_\_. Ces pièces pourront en effet s'avérer utiles pour déterminer s'il n'y a pas eu d'autres versements douteux effectués sur le compte bancaire du recourant de la part de A.\_\_\_\_\_ ou de G.\_\_\_\_\_ ou encore d'autres personnes, qui seraient également liées à l'affaire en cause. De plus, les extraits de compte en question permettront de vérifier si des fonds suspects versés sur le compte bancaire du recourant auraient ensuite été transférés sur d'autres comptes bancaires (notamment aux Etats-Unis). Autrement dit, les documents

bancaires sont utiles pour retracer le cheminement exact d'éventuels fonds suspects et déterminer, de manière précise, les mécanismes d'une éventuelle fraude aux investisseurs. En résumé, l'entraide administrative internationale doit être accordée, quand bien même aucune demande formelle de retransmission des données en cause à des autorités pénales étrangères n'a (encore) été déposée.

#### **E. 4**

Au vu de ce qui précède, le présent recours doit être rejeté dans le sens des considérants. Succombant, le recourant doit supporter un émolument judiciaire ( art. 156 al. 1 OJ ).

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.