

# **BGer 2A.649/2006 vom 18. Januar 2007**

Bundesgericht, 2007-01-18, FR

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger\\_2A.649\\_2006](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger_2A.649_2006)

FR: TF 2A.649/2006 du 18 janvier 2007

IT: TF 2A.649/2006 del 18 gennaio 2007

## **Regeste**

entraide administrative | Économie

## **Erwägungen**

### **E. 1.1**

La loi fédérale d'organisation judiciaire du 16 décembre 1943 (OJ) demeure applicable en l'espèce ( art. 132 al. 1 LTF ).

### **E. 1.2**

En vertu de l'art. 38 al. 5 de la loi fédérale du 24 mars 1995 sur les bourses et le commerce des valeurs mobilières (loi sur les bourses, LBVM; RS 954.1), la décision attaquée peut faire l'objet d'un recours de droit administratif. La Commission fédérale a considéré que X.\_\_\_\_\_, en tant que client de C.\_\_\_\_\_, a la qualité de partie à la procédure d'entraide administrative, en vertu de l' art. 38 al. 3 LBVM en relation avec l' art. 6 PA . Etant atteint par la décision attaquée et ayant un intérêt digne de protection à ce qu'elle soit annulée ou modifiée, celui-ci a qualité pour recourir au sens de l' art. 103 lettre a OJ . Pour le surplus, déposé en temps utile et dans les formes prescrites par la loi, le recours est recevable.

### **E. 2**

L' art. 38 LBVM a été modifié par la nouvelle du 7 octobre 2005, entrée en vigueur le 1er février 2006 (RO 2006 197). En raison de sa nature procédurale, cette nouvelle disposition s'applique dès son entrée en vigueur, sans égard au moment où les faits concernant la demande d'entraide se sont produits (2A.213/1998, Bulletin CFB 37/1999 p. 21 ss, consid. 5b). Rendue le 16 octobre 2006, soit après l'entrée en vigueur de la modification précitée, la décision attaquée doit, par conséquent, être examinée à la lumière de la nouvelle teneur de l' art. 38 LBVM .

### **E. 3.1**

En vertu de l' art. 38 al. 2 LBVM , dans sa nouvelle teneur, l'autorité de surveillance ne peut transmettre aux autorités étrangères de surveillance des marchés financiers des informations et des documents liés à l'affaire non accessibles au public qu'aux conditions cumulatives suivantes: - ces informations sont utilisées exclusivement pour la mise en oeuvre de la réglementation sur les bourses, le commerce des valeurs mobilières et les négociants en valeurs mobilières, ou sont retransmises à cet effet à d'autres autorités, tribunaux ou organes (let. a; principe de la spécialité); - les autorités requérantes sont liées par le secret de fonction ou le secret professionnel, les dispositions applicables à la publicité des procédures et à l'information du public sur de telles procédures étant réservées (let. b; exigence de la confidentialité). Selon l' art. 38 al. 6 LBVM , l'autorité de surveillance peut autoriser, en

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

### **E. 3.2**

Aux termes de l'art. 38 al. 4 LBVM, l'autorité de surveillance respecte le principe de la proportionnalité. Le nouveau droit a ainsi inscrit ce principe dans la loi, en prenant en compte "l'application différenciée" que la jurisprudence du Tribunal fédéral en a faite (Message, p. 6360). Selon la jurisprudence, l'entraide administrative ne peut être accordée que dans la mesure nécessaire à la découverte de la vérité recherchée par l'Etat requérant. La question de savoir si les renseignements demandés sont nécessaires ou simplement utiles à la procédure étrangère est en principe laissée à l'appréciation de ce dernier. L'Etat requis ne dispose généralement pas des moyens lui permettant de se prononcer sur l'opportunité d'administrer des preuves déterminées dans la procédure menée à l'étranger, de sorte que, sur ce point, il ne saurait substituer sa propre appréciation à celle de l'autorité étrangère chargée de l'enquête. Il doit uniquement examiner s'il existe suffisamment d'indices de nature à fonder un soupçon initial de possibles distorsions du marché justifiant la demande d'entraide. La coopération internationale ne peut être refusée que si les actes requis sont sans rapport avec d'éventuels dérèglements du marché et manifestement impropres à faire progresser l'enquête, de sorte que ladite demande apparaît comme le prétexte à une recherche indéterminée de moyens de preuve ("fishing expedition"; ATF 129 II 484 consid. 4.1 p. 493/494 et les références).

### **E. 4.1**

En l'espèce, le recourant fait valoir qu'il a procédé aux transactions en cause en spéculant, sur la base d'informations publiques, sur une offre publique d'achat qui, "contrairement à ses prévisions, ne s'est finalement pas produite". Il relève que, dans les trois mois qui ont suivi, il a effectué deux autres opérations d'achat et de vente portant sur le titre de la Société, l'une à perte (les 7 et 14 juin 2006) et l'autre à break even (les 30 juin et 13 juillet 2006), ce dont l'autorité intimée n'aurait pas tenu compte. Ces faits démontreraient qu'il ne bénéficiait pas d'informations privilégiées concernant la Société. Dans le cas d'espèce, l'on ne se trouverait ainsi pas dans un contexte de délit d'initié ou d'utilisation d'informations privilégiées et il

n'existerait pas suffisamment d'indices de distorsions du marché. Dès lors qu'un examen, "même peu approfondi", des circonstances entourant les transactions en question permettrait d'emblée d'écarter toute violation des règles sur les marchés financiers, la transmission des informations sur la base de la seule correspondance des dates conduirait à vider le principe de proportionnalité de son sens.

#### **E. 4.2**

L'achat des 200'000 CFDs ayant pour sous-jacent les actions de la Société s'est produit durant la période précédant l'annonce d'une information confidentielle, à savoir le rejet d'une offre publique d'achat. Ces titres, qui représentaient une part importante (près de 4%) du volume des transactions effectuées ce jour-là, ont été revendus immédiatement après l'annonce en question, en procurant un gain considérable. Force est donc d'admettre que les transactions litigieuses ont eu lieu durant une période sensible. Or, la variation du cours des titres durant une période sensible constitue un indice suffisant de distorsion du marché, de nature à justifier l'octroi de l'entraide (cf. ATF 126 II 126 consid. 6a/bb p. 137). Quant aux deux autres opérations d'achat et de vente effectuées ultérieurement, elles n'excluent en rien que le recourant ait bénéficié d'informations confidentielles lors des transactions faites peu avant et après l'annonce du rejet de l'offre publique d'achat. Dans ces circonstances, la FSA pouvait légitimement demander à la Commission fédérale des précisions sur les transactions en cause. L'entraide administrative internationale doit donc être accordée. La Commission fédérale n'avait pas à vérifier les raisons invoquées par le recourant pour expliquer ces opérations boursières, soit le fait qu'il se serait exclusivement fondé sur des informations rendues publiques pour procéder auxdites opérations. Il appartient à l'autorité requérante uniquement d'examiner, sur la base de ses propres investigations et des informations transmises par la Commission fédérale, si ses craintes initiales de possible distorsion du marché sont ou non fondées (cf. ATF 127 II 142 consid. 5c p. 146/147). Les allégations du recourant ne sont en effet pas déterminantes dans ce contexte; en revanche, celui-ci pourra les faire valoir devant la FSA.

#### **E. 5**

En ce qui concerne la conclusion subsidiaire, comme on l'a vu (ci-dessus consid. 3.1), le nouveau droit soumet la retransmission des informations obtenues par l'autorité requérante à une autorité tierce au respect du seul principe de la spécialité, le principe du "long bras" ayant été abandonné. Dans la décision par laquelle elle accorde l'entraide administrative, la Commission fédérale rappelle expressément à l'autorité requérante que les informations communiquées ne peuvent être utilisées et retransmises que dans le respect du principe de la spécialité (Message, p. 6358), mais elle ne peut exiger d'elle qu'elle obtienne de l'autorité tierce, avant de lui retransmettre les informations, l'assurance que cette dernière respectera à son tour ce principe: cela reviendrait à introduire une formalité supplémentaire, qui n'est pas prévue par le nouveau droit, et irait à l'encontre du but de la modification du 7 octobre 2005, qui était de rendre la procédure d'entraide administrative plus simple, plus rapide et plus efficace (cf. Message, p. 6350, 6357). Dès lors, la conclusion subsidiaire doit également être rejetée.

#### **E. 6**

Les considérants qui précèdent conduisent au rejet du recours. Succombant, le recourant doit supporter les frais judiciaires ( art. 156 al. 1, 153 et 153a OJ ) et n'a pas droit à des dépens ( art. 159 al. 1 OJ ).

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