

# Délits boursiers : la coopération entre la Commission française des opérations de bourse (Cob) et les autorités suisses



Patrick Blaser  
Avocat au barreau de Genève  
Etude Borel & Barbey  
Ancien Président de la Chambre d'accusation de Genève

*Dans le concert de l'internationalisation et de la globalisation des marchés financiers, dans le cadre duquel s'inscrit notamment la poursuite à travers les frontières des infractions boursières, la Suisse a adapté sa législation afin d'être en mesure de répondre aux demandes d'entraide internationale tout en préservant les spécificités de sa législation nationale, notamment en matière de secret bancaire. Le présent article a plus particulièrement pour objet de définir l'étendue et la portée de la coopération que la Commission française des opérations de bourse peut escompter pouvoir obtenir de la Suisse en matière de délits boursiers, par le biais de l'entraide internationale, qu'elle soit pénale ou administrative.*

**E**n matière de délits boursiers, ce n'est que dans un passé encore récent que la Suisse a adopté des dispositions dans son Code pénal sanctionnant, d'une part, le délit d'initié et d'autre part, la manipulation de cours. Le but de l'adoption de ces infractions pénales a été, notamment, de mettre la Suisse en mesure de pouvoir répondre aux demandes d'entraide internationale en matière d'infractions boursières, en particulier sous l'angle de l'exigence de la double incrimination.

C'est d'ailleurs dans ce même contexte que la Suisse, qui a adhéré en 1966 déjà à la Convention européenne d'entraide judiciaire en matière pénale (CEEJ), a adopté la loi fédérale sur les bourses et le commerce des valeurs mobilières (LBVM), entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> février 1997, qui contient une disposition (art. 38 LBVM) réglant l'entraide internationale administrative.

Le présent article fera d'abord une description des infractions boursières selon le droit suisse avant d'aborder les conditions à réunir, en particulier par la Commission française des opérations de bourse, pour obtenir l'entraide, pénale ou administrative, de la Suisse en matière de délits boursiers. C'est dans ce cadre que sera abordée la question relative à l'exécution en Suisse des investigations sollicitées par la Commission française des opérations de bourse et l'utilisation qui pourra ensuite être faite, en France, des informations et documents ainsi recueillis.

## I Les délits boursiers selon le droit suisse

Le Code pénal suisse (ci-après CPS) contient deux dispositions réprimant les infractions boursières. Il s'agit de :

- l'exploitation de la connaissance de faits confidentiels, appelée plus communément « délits d'initié » (art. 161 CPS)
- la manipulation de cours (art. 161bis CPS) <sup>1</sup>.

### 1. Le délit d'initié

Ce n'est que depuis le 1<sup>er</sup> juillet 1988 que le Code pénal suisse comprend une disposition réprimant le délit d'initié, l'art. 161 CPS <sup>2</sup>.

Il convient de rappeler brièvement le contexte dans le cadre duquel le législateur suisse a finalement adopté cet art. 161 CPS.

Par opération d'initié le législateur visait l'exploitation, pour soi-même ou pour un tiers, d'informations confidentielles, dont l'auteur dispose grâce à des rapports particuliers le liant à l'entreprise et dont la divulgation est de nature à exercer une influence notable sur le cours du titre <sup>3</sup>.

Dans la mesure où l'opération d'initié était effectuée

en faveur de l'initié, à l'exclusion de tout tiers, il était admis que cette opération n'était pénalement pas illégale en Suisse, quoique «moralelement répréhensible»<sup>4</sup>.

Toutefois le Tribunal fédéral suisse (ci-après le Tribunal fédéral), dans le cadre d'arrêts rendus en matière d'entraide judiciaire pénale avec les Etats-Unis, avait jugé que lorsque l'initié révélait des informations confidentielles à des tiers, cet «abus de connaissances privilégiées» devait être puni à titre de violation du secret commercial, infraction sanctionnée à l'art. 162 CPS<sup>5</sup>.

Néanmoins la situation juridique n'était pas satisfaisante. Le législateur suisse a par conséquent décidé de combler ce qu'il estimait être une lacune du CPS et d'adopter une disposition pénale dont le but serait, d'une part, d'assurer «pleinement la protection des entreprises concernées, l'intégrité du marché boursier suisse et l'égalité des chances entre les investisseurs» et, d'autre part, de permettre d'exécuter les demandes d'entraide judiciaire internationale en matière pénale, en particulier sous l'angle de l'exigence impérative de la «double incrimination»<sup>6</sup>.

C'est dans ce cadre que le législateur suisse a décidé d'insérer dans le CPS une disposition spécifique sanctionnant «l'exploitation de la connaissance de faits confidentiels» aussi bien en ce qui concerne l'auteur qui le fait dans son intérêt personnel que celui qui le fait dans l'intérêt de tiers.

La portée de cette disposition a été élargie pour toucher également les tiers qui, bien que n'étant pas eux-mêmes des initiés, se sont toutefois vu communiquer par des initiés des faits confidentiels qu'ils ont ensuite exploités en leur faveur ou en faveur de tiers (en anglais «Tip-pee»)<sup>7</sup>.

Pour sanctionner l'exploitation de la connaissance de faits confidentiels, le législateur suisse a recouru à une disposition (l'art. 161 CPS) dont la teneur n'est, loin s'en faut, pas des plus aisée à saisir. D'ailleurs, et comme le laissait présumer la rédaction de cet article 161 CPS, le Tribunal fédéral a souvent été amené à devoir préciser le sens et la portée de cette disposition.

C'est principalement dans le cadre d'arrêts rendus en matière d'entraide internationale, qu'elle soit pénale ou administrative, notamment en ce qui concerne l'exigence de la double incrimination, que le Tribunal fédéral a développé sa jurisprudence (cf. infra : chapitre III chiffre 5.4).

## 2. La manipulation de cours

C'est dans le même contexte que celui qui a conduit le législateur suisse à adopter l'article 161 CPS que ce même législateur a, plusieurs années après, soit en 1997, intégré dans le Code pénal suisse une disposition pénale réprimant également la manipulation de cours.

Cette infraction fait l'objet de l'article 161 bis CPS, entré en vigueur le 1<sup>er</sup> février 1997<sup>8</sup>.

Cette nouvelle disposition s'inscrit plus précisément dans le cadre de l'adoption par le législateur suisse d'une loi entièrement nouvelle, à savoir la Loi fédérale sur les bourses et le commerce des valeurs mobilières (ci-après : LBVM) qui est aussi entrée en vigueur en date du 1<sup>er</sup> février 1997<sup>9</sup>.

Succinctement, il convient de rappeler que la LBVM a été édictée afin de garantir la protection des investisseurs et le fonctionnement des marchés, ce qui suppose

avant tout une transparence accrue. Cette loi vise à réglementer l'admission des membres et des valeurs mobilières à la bourse, l'organisation du marché et la surveillance des transactions. Par ailleurs cette loi institue une autorité fédérale de surveillance, la Commission fédérale des banques (ci-après CFB), laquelle se voit, notamment, attribuer des compétences en matière d'exécution de demande d'entraide administrative internationale<sup>10</sup>.

En particulier la LBVM prévoit un certain nombre de dispositions pénales dont précisément l'introduction dans le CPS de l'infraction de «manipulation de cours» (article 161 bis CPS).

Selon le législateur suisse, l'introduction de cette nouvelle disposition pénale comblait une lacune puisqu'il a considéré, contrairement à la jurisprudence du Tribunal fédéral<sup>11</sup>, que l'infraction d'escroquerie (art. 146 CPS) ne pouvait pas couvrir les manipulations de cours et cela pour deux raisons : d'abord parce qu'il n'existe pas de lien direct entre la manipulation de cours et ses victimes et ensuite parce qu'il n'y a pas d'identité ou de correspondance entre l'enrichissement de l'un et le préjudice subi par les autres<sup>12</sup>.

Le but de l'article 161 bis CPS est de protéger en première ligne la confiance que les investisseurs placent dans l'intégrité et le fonctionnement correct du marché des capitaux.

Le législateur s'est toutefois bien rendu compte de la difficulté à appliquer cette norme notamment lorsqu'il s'agira de déterminer l'admissibilité, ou non, d'une influence sur les cours. A ce propos le législateur a considéré que la manipulation devait avoir pour objet la modification d'un cours de bourse par rapport à son «juste» cours, lequel peut être défini comme étant la valeur résultant des achats et des ventes effectués par un participant honnête et de bonne foi. La distinction entre des opérations admissibles et inadmissibles de nature à influencer le cours des valeurs mobilières doit finalement se faire au moyen de critères objectifs et subjectifs dont, notamment, celui de l'«enrichissement illégitime» qui permet d'exclure la punissabilité des transactions qui se déroulent conformément au droit des affaires, à la loi sur les bourses et aux règles professionnelles reconnues<sup>13</sup>.

## 3. La coopération entre la France et la Suisse

L'entraide internationale en matière d'infractions boursières entre la France et la Suisse peut suivre deux procédures différentes :

- celle de l'entraide judiciaire internationale en matière pénale (infra chapitre II)
- celle de l'entraide administrative internationale en matière boursière (infra chapitre III).

## II L'entraide pénale entre la France et la Suisse

### 1. Les principes généraux

A titre de bref rappel<sup>14</sup>, l'exécution en Suisse de l'entraide pénale entre la France et la Suisse est essentiellement régie par :

- la Convention européenne d'entraide judiciaire en matière pénale du 20 avril 1959 (ci-après : CEEJ)<sup>15</sup>.
- l'Accord conclu le 28 octobre 1996 entre la République Française et le Conseil fédéral suisse en vue de compléter la CEEJ<sup>16</sup>.
- la loi fédérale sur l'entraide internationale en matière pénale du 20 mars 1981 (ci-après : EIMP) et l'ordonnance sur l'entraide internationale en matière pénale datée du 24 février 1982 (ci-après : OEIMP)<sup>17</sup>.

La Suisse n'accorde son entraide en matière pénale que pour autant que les conditions suivantes, brièvement résumées, soient réalisées :

- la demande d'entraide ne doit pas concerner une infraction fiscale (à l'exception de l'escroquerie fiscale)<sup>18</sup>;
- l'entraide doit respecter le principe de la proportionnalité<sup>19</sup>, c'est-à-dire que les actes demandés par l'autorité requérante doivent être nécessaires pour la procédure pénale menée à l'étranger;
- l'entraide doit respecter le principe de la double incrimination<sup>20</sup> à teneur duquel l'état de fait exposé dans la demande d'entraide doit correspondre aux éléments objectifs d'une infraction réprimée tant par le droit de l'Etat requérant que par le droit suisse;
- l'entraide doit enfin respecter le principe de la spécialité<sup>21</sup> ce qui signifie que les renseignements transmis par la Suisse ne peuvent pas être utilisés par l'autorité requérante à d'autres fins d'investigation, notamment fiscales, que celles pour lesquelles l'entraide a été demandée.

## 2. La qualité d'autorité requérante de la Cob

Conformément à l'art. 24 CEEJ la France a énuméré les autorités devant être considérées comme judiciaires au sens de la CEEJ.

Or la Commission française des opérations de bourse (ci-après la Cob) ne fait pas partie des autorités judiciaires désignées par la France.

La question s'est donc posée en Suisse de savoir si la Cob était habilitée à formuler une demande d'entraide judiciaire en matière pénale pour, en particulier, les besoins d'une enquête menée en matière de délit d'initié.

En effet l'entraide judiciaire pénale n'est accordée par la Suisse que pour des affaires pénales, c'est-à-dire pour des procédures menées à l'étranger qui sont liées à une cause pénale<sup>22</sup>.

Le problème posé en Suisse a été celui de déterminer si la Cob pouvait être assimilée à une autorité pénale ou non.

Vue de la Suisse, la Cob constitue une autorité administrative indépendante qui exerce la surveillance des marchés financiers et qui a la compétence pour procéder à des «enquêtes administratives» en interrogeant toute personne susceptible de lui fournir des informations, en se faisant remettre tous documents jugés utiles et en pouvant accéder aux locaux à usage commercial<sup>23</sup>.

Depuis le 2 août 1989 la Cob a en outre le pouvoir de perquisitionner certains lieux, de saisir des documents ou de séquestrer des avoirs. Ces mesures ne peuvent toutefois avoir lieu qu'avec l'autorisation du Président du Tribunal de Grande Instance géographiquement compétent et sont exécutées sous le contrôle du juge<sup>24</sup>.

A l'issue de son enquête, la Cob peut recommander

au Ministère public d'engager des poursuites et d'ouvrir une procédure judiciaire pouvant aboutir au prononcé d'une condamnation pénale<sup>25</sup>.

Selon la jurisprudence suisse il n'est pas nécessaire, pour que la Suisse collabore en matière d'entraide judiciaire internationale pénale, que l'Etat requérant ait ouvert une procédure judiciaire proprement dite contre des personnes impliquées. En effet, selon le Tribunal fédéral, l'entraide judiciaire internationale pénale peut également être accordée à une autorité non judiciaire, voire une autorité administrative, menant une enquête préparatoire. Cela n'est toutefois envisageable qu'à la condition que cette enquête soit susceptible d'aboutir au renvoi des personnes impliquées devant un tribunal compétent pour réprimer les infractions qui leur sont reprochées<sup>26</sup>.

S'agissant de la Cob, le Tribunal fédéral a expressément admis que cette condition était réalisée au regard de l'art. 10-1 de l'ordonnance n. 67-833 dont le caractère pénal n'est pas contestable<sup>27</sup>.

Le Tribunal fédéral a par conséquent admis que la Cob a la qualité pour adresser directement une demande d'entraide pénale à la Suisse.

## 3. Les investigations de la Cob en Suisse

La question s'est ensuite posée de savoir quelle pouvait être l'étendue des investigations que la Cob pouvait solliciter de la Suisse dans le cadre d'une demande d'entraide internationale en matière pénale.

S'agissant des demandes d'entraide pénale tendant à une fouille, une perquisition ou une saisie, le droit suisse exige que celles-ci soient accompagnées d'une attestation établissant leur licéité dans l'Etat requérant<sup>28</sup>. Le but de cette exigence est d'éviter que la voie de l'entraide judiciaire ne puisse permettre à l'autorité requérante d'obtenir de la Suisse des mesures de contrainte qu'elle ne pourrait elle-même pas obtenir dans le cadre de sa propre législation nationale<sup>29</sup>.

Dans ce cadre, le Tribunal fédéral a jugé qu'il ne suffisait pas d'établir, de manière abstraite, que les mesures de contrainte sollicitées seraient possibles. En effet le Tribunal fédéral exige encore que l'autorité requérante établisse que les mesures de contrainte sollicitées sont autorisées par l'Etat requérant dans chaque cas particulier en produisant, par exemple, l'autorisation de l'autorité compétente lorsque la mesure sollicitée est subordonnée à une telle autorisation. Cette exigence reste toutefois une condition de forme dont l'irrespect n'entraîne pas automatiquement le rejet de la demande. En effet, l'autorité suisse d'exécution de la demande d'entraide peut, en cours de procédure, inviter l'autorité requérante à respecter cette exigence en complétant la demande d'entraide<sup>30</sup>.

S'agissant plus particulièrement de la Cob, cette dernière doit, selon la législation française, obtenir l'autorisation du juge compétent pour pouvoir saisir des documents et des avoirs, notamment bancaires<sup>31</sup>.

Il en résulte que pour chaque demande d'entraide internationale en matière pénale formulée par la Cob, l'autorité française compétente doit indiquer si la saisie de documents et d'avoirs bancaires sollicitée par la Cob est effectivement soumise à une autorisation judiciaire et, le cas échéant, produire une telle autorisation<sup>32</sup>.

### III L'entraide administrative entre la France et la Suisse

#### 1. Les bases légales

En Suisse l'exécution de l'entraide administrative internationale se fonde notamment sur les trois lois fédérales suivantes :

- la loi fédérale sur les fonds de placement entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 1995 (ci-après : LFP)<sup>33</sup>
- la loi fédérale sur les banques et caisses d'épargne également entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 1995 (ci-après : LB)<sup>34</sup>
- la loi fédérale sur les bourses et le commerce des valeurs mobilières entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> février 1997 (ci-après : LBVM)<sup>35</sup>.

En pratique on constate que l'entraide administrative internationale<sup>36</sup> entre la France et la Suisse est dans la très grande majorité des cas régie par la LBVM.

Par ailleurs on observe également que ce sont essentiellement des procédures de délits d'initiés qui sont à l'origine des requêtes d'entraide administrative internationale émanant de la France.

#### 2. Les autorités compétentes en Suisse et en France

##### 2.1 La Commission fédérale des banques (CFB)

En Suisse l'autorité compétente pour exécuter une demande d'entraide administrative internationale est la Commission fédérale des banques (ci-après : CFB), laquelle remplit de surcroît le rôle d'autorité de surveillance des banques ainsi que des fonds de placement et du commerce de valeurs mobilières.

C'est par conséquent à la CFB qu'est dévolu le rôle d'appliquer les dispositions de la LBVM en matière d'entraide administrative internationale.

Plus particulièrement il appartient, en premier ressort, à la CFB de vérifier que la demande d'entraide administrative internationale remplit l'ensemble des conditions prévues par le législateur suisse, notamment celles de l'article 38 de la LBVM.

##### 2.2 La Commission des opérations de bourse française (Cob)

En France c'est la Commission française des opérations de bourse (ci-après : la Cob) qui est à l'origine de la plus grande majorité des demandes d'entraide administrative adressées à la Suisse.

Dans ce cadre il convient de relever que la Cob est l'une des autorités de surveillance qui sollicite le plus l'entraide administrative de la Suisse, avec celle de l'Allemagne (le Bundesaufsichtsamt für den Wertpapierhandel) et de la Belgique (la Société de la bourse des valeurs mobilières de Bruxelles)<sup>37</sup>.

La compétence de la Cob à pouvoir requérir en Suisse l'entraide administrative internationale a fait l'objet de plusieurs arrêts rendus par le Tribunal fédéral dans le cadre desquels un examen attentif de la question a été effectué.

En effet pour gagner son «habilitation» à pouvoir requérir une demande d'entraide administrative, l'autorité

étrangère de surveillance, dont la Cob, doit remplir plusieurs conditions prévues à l'article 38 LBVM.

Sur un plan général, les deux premières conditions à remplir sont les suivantes :

- l'autorité étrangère doit avoir pour activité la surveillance des banques et du commerce des valeurs mobilières (art. 38 al. 2 LBVM)
- l'autorité étrangère est liée par le secret de fonction ou le secret professionnel (art. 38 al. 2 lettre b LBVM)

##### a) Une autorité de surveillance des bourses

Le Tribunal fédéral a toujours reconnu que la Cob était bien une autorité de surveillance des marchés financiers au sens de l'article 38 al. 2 LBVM<sup>38</sup>.

Dans ce contexte le Tribunal fédéral a en effet constaté qu'il ressortait de la législation française<sup>39</sup> que la Cob était bien une autorité administrative indépendante dont l'objectif est de veiller à la protection de l'épargne investie dans les instruments financiers et dans tous autres placements donnant lieu à appel public à l'épargne; par ailleurs la Cob veille également à l'information des investisseurs et au bon fonctionnement des marchés d'instruments financiers<sup>40</sup>.

##### b) Le secret de fonction ou secret professionnel

Le Tribunal fédéral a en outre admis que la Cob était liée par le secret de fonction ou le secret professionnel selon l'exigence prévue à l'article 38 al. 2 lettre b LBVM<sup>41</sup>.

En effet, selon l'article 5 de l'ordonnance n° 67-833, les membres et les agents de la Cob sont astreints au secret professionnel pour les faits, actes et renseignements dont ils ont pu avoir connaissance en raison de leurs fonctions<sup>42</sup>.

#### 3. L'utilisation des informations à des fins exclusives de surveillance

Par ailleurs, selon l'art. 38 al. 2 lettre a LBVM, la transmission à l'autorité étrangère de surveillance d'informations et de documents n'est admissible que pour autant que ces autorités utilisent ces informations «exclusivement à des fins de surveillance directe des bourses et du commerce de valeurs mobilières.»

Cette règle établit le principe de la spécialité.

S'agissant de la Cob, le Tribunal fédéral a déjà admis que cette autorité n'utilisait les informations transmises par la CFB qu'à des fins de surveillance.

C'est d'ailleurs dans ce cadre que le Président de la Cob, par un courrier du 26 mars 1999 adressé à la CFB, s'était expressément engagé à n'utiliser les informations fournies par la CFB que dans le cadre de ses activités «afin d'assurer l'application et le respect des lois et règlements relatifs à la protection de l'épargne investie en instruments financiers ou tout autre placement donnant lieu à appel public à l'épargne, à l'information des investisseurs et au bon fonctionnement des marchés d'instruments financiers»<sup>43</sup>.

A ce propos le Tribunal fédéral a admis que les autorités étrangères n'étaient pas tenues de faire une déclaration contraignante selon le droit international public, mais qu'elles devaient néanmoins s'engager à mettre tout en œuvre pour respecter le principe de la spécialité<sup>44</sup>. Et d'en

tirer la conclusion qu'aussi longtemps que l'Etat requérant respectait le principe de la spécialité, et que rien n'indiquait qu'il ne le ferait pas, l'entraide administrative pouvait être accordée<sup>45</sup>.

Par contre s'il devait s'avérer qu'une autorité étrangère ne pouvait 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, la CFB devrait alors refuser l'entraide<sup>46</sup>.

## 4. Les conditions pour une transmission d'informations à des autorités non pénales

### 4.1. Principes

Sur un plan général l'art. 38 al. 2 lettre c première phrase LBVM exige que les informations reçues par l'autorité étrangère de surveillance des bourses et du commerce des valeurs mobilières ne puissent 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 (c'est-à-dire la CFB) ou en vertu d'une autorisation générale contenue dans un traité international.

Ces restrictions apportées à la transmission ultérieure des renseignements communiqués par la Suisse obligent concrètement la CFB à ne pas perdre le contrôle de l'utilisation des informations, en particulier après leur transmission à l'autorité étrangère de surveillance<sup>47</sup>.

### 4.2. La coopération de la Cob avec d'autres autorités françaises de régulation

Dans ce cadre le Président de la Cob, dans son courrier du 26 mars 1999 adressé au Président de la CFB, a indiqué qu'il avait notamment pris note de ce que la CFB permettait «en principe que soient transmises à des autorités de régulation françaises partageant des missions de surveillance financière avec la Cob et soumises au secret professionnel, des informations que la CFB aura communiquées à la Cob en réponse à une requête» et que la transmission d'information à une autorité tierce ne pouvait intervenir qu'après l'assentiment de la CFB<sup>48</sup>.

Dans ce même courrier du 26 mars 1999, le Président de la Cob a précisé que les autorités de régulation avec lesquelles la Cob coopère de manière régulière<sup>49</sup> sont les suivantes :

- le Comité des établissements de crédit et des entreprises d'investissement (CECEI)<sup>50</sup>
- la Commission bancaire<sup>51</sup>
- le Conseil des marchés financiers (CMF)<sup>52</sup>
- le Conseil de la gestion financière (CDGF)<sup>53</sup>.

### 4.3. L'assentiment préalable de la CFB

Analysant le sens et la portée de cette lettre du 26 mars 1999, sous l'angle de la nécessité d'obtenir l'assentiment de la CFB en cas de transmission d'informations à d'autres autorités que la Cob, le Tribunal fédéral, dans deux arrêts du 24 février 2000<sup>54</sup>, a considéré que ce courrier pouvait laisser penser que la Cob se considérait comme autorisée à ne pas demander l'accord de la CFB avant de transmettre des informations aux «autorités de régulation» qu'elle énumère. Si tel devait être le sens de ce passage, le Tribunal fédéral a estimé qu'il ne serait pas compatible avec l'art. 38 al. 2 lettre c 1ère phrase LBVM.

Le Tribunal fédéral a toutefois relevé que la CFB semblait avoir compris la lettre du 26 mars 1999 comme un engagement de l'autorité requérante à requérir son assentiment dans tous les cas où elle envisage une communication d'informations à une autre autorité. D'ailleurs dans la décision soumise au Tribunal fédéral, la CFB rappelait précisément à la Cob que cette dernière devait obtenir son accord préalable avant toute communication d'informations à des «autorités tierces» non pénales. Pour être conforme à l'art. 38 al. 2 lettre c LBVM, la décision de la CFB devait ainsi être comprise, selon le Tribunal fédéral, comme obligeant la Cob à demander l'accord de la CFB avant toute transmission d'informations à n'importe quelle autorité non pénale.

Le Tribunal fédéral a toutefois jugé qu'il n'était pas nécessaire de demander à la Cob de le préciser, le sens des termes utilisés lui paraissant suffisamment clair. En outre le Tribunal fédéral a relevé que ni l'ordonnance n° 67-833 ni les deux lois mentionnées dans le courrier du 26 mars 1999, à savoir la loi n° 96-597 ainsi que la loi n° 88-1201, ne contenaient des dispositions obligeant la Cob à transmettre les informations fournies par la CFB à des autorités non pénales<sup>55</sup>. Enfin, le Tribunal fédéral a considéré que rien ne permettait de supposer que la Cob ne respecterait pas l'obligation que lui rappelle expressément la décision attaquée de la CFB.

Par contre dans ces deux mêmes arrêts du 24 février 2000, le Tribunal fédéral en a jugé autrement s'agissant du problème relatif à la transmission par la Cob d'informations, non pas aux autorités non pénales, mais aux autorités pénales<sup>56</sup>.

## 5. Les conditions pour une transmission d'informations aux autorités pénales

### 5.1. Les principes

S'agissant de la transmission d'informations non pas à des autorités non pénales mais à des autorités pénales, l'art. 38 al. 2 lettre c dernière phrase LBVM spécifie que, outre le fait que l'assentiment de la CFB est nécessaire (art. 38 al. 2 lettre c première phrase), aucune information ne peut être transmise à des autorités pénales lorsque l'entraide judiciaire en matière pénale est exclue<sup>57</sup>.

Cela signifie que l'entraide administrative accordée par la Suisse ne peut déboucher sur une transmission d'informations et de documents à des autorités pénales de l'Etat requérant que dans la mesure compatible avec le respect des conditions de l'entraide judiciaire en matière pénale telles qu'elles sont stipulées dans la CEEJ et dans l'EIMP.

Dans ce cadre l'art. 38 al. 2 lettre c dernière phrase LBVM prévoit que l'autorité de surveillance, soit la CFB, décide en accord avec l'Office fédéral de la justice (anciennement Office fédéral de la police)<sup>58</sup>.

La compétence décisionnelle finale ou prépondérante appartient toutefois à la CFB et non à l'Office fédéral de la justice<sup>59</sup>.

### 5.2. La coopération de la Cob avec les autorités pénales françaises

Dans ce cadre concernant précisément la transmission d'informations à l'autorité pénale, la lettre du 26 mars 1999 du Président de la Cob au Président de la CFB précisait que :

«Lorsque les informations portent sur des faits susceptibles d'être constitutifs d'un délit pénal, la Cob l'indique préalablement à la Commission fédérale dans sa requête. La transmission à une autorité pénale intervient après assentiment de la Commission fédérale».

Par ailleurs la Cob, dans ses demandes d'entraide administrative, précise en général que, dans l'hypothèse où les informations reçues révéleraient des faits susceptibles d'une qualification pénale, elle «pourrait avoir à les transmettre au Procureur de la République»<sup>60</sup>.

A ce propos le Tribunal fédéral, dans ses deux arrêts du 24 février 2000<sup>61</sup>, a retenu que la Cob pouvait effectivement être tenue de transmettre au Procureur de la République des informations révélant des faits susceptibles d'une qualification pénale<sup>62</sup>. Analysant le sens et la portée de la lettre du 26 mars 1999 sous l'angle de la transmission d'informations à l'autorité pénale française, le Tribunal fédéral a observé que le Président de la Cob indiquait uniquement qu'une telle transmission d'informations à l'autorité pénale n'interviendrait qu'après l'assentiment de la CFB. Selon le Tribunal fédéral une telle déclaration générale ne permettait toutefois pas de prévoir le comportement de la Cob pour le cas où la CFB refuserait de donner son accord pour la transmission d'informations et de documents à l'autorité pénale. Pour le Tribunal fédéral cette incertitude ne doit néanmoins pas entraîner le refus de l'entraide si la CFB – d'entente avec l'Office fédéral de la justice – avait valablement consenti à la transmission des données aux autorités étrangères chargées de la poursuite pénale. Par contre, dans le cas contraire, l'entraide administrative doit être refusée jusqu'à l'obtention de toutes les assurances requises par le droit suisse<sup>63</sup>.

Dans ces deux arrêts, qui concernent des requêtes d'entraide administrative formulées par la Cob, le Tribunal fédéral a en fait appliqué les principes qu'il avait déjà adoptés dans un arrêt antérieur du 30 août 1999<sup>64</sup> à propos d'une requête émanant non de la Cob mais de l'Office fédéral allemand de surveillance pour le commerce des papiers valeurs (ci-après : la BAWe)<sup>65</sup>. La BAWe est en effet confrontée au même problème que la Cob, à savoir que la loi allemande sur les bourses l'oblige, en cas de soupçon, à dénoncer au Procureur général les délits d'initié et cela même si les soupçons se fondent sur des renseignements qui lui sont transmis par une autorité étrangère de surveillance<sup>66</sup>. A l'instar du Président de la Cob, le Président de la BAWe avait également affirmé que les conditions d'entraide administrative posées par la Suisse seront respectées, tout en relevant que l'obligation de dénonciation pénale subsistait lorsqu'un soupçon d'infraction provenait de faits révélés par l'autorité étrangère de surveillance<sup>67</sup>.

Cependant dans un arrêt récent du 9 mars 2001<sup>68</sup>, le Tribunal fédéral a modifié la jurisprudence mentionnée ci-dessus dans le cas d'une demande d'entraide administrative, présentée par la Cob, en considérant que le principe dit du «long bras» ne s'opposait pas à l'octroi de cette entraide si aucun élément concret ne permettait de supposer que l'autorité requérante ne respecterait pas son engagement du 26 mars 1999<sup>69</sup>.

Dans le cadre de cet arrêt le Tribunal fédéral a même considéré que l'obligation de la Cob de communiquer certaines informations au Procureur de la République ne fait pas, en soi, obstacle à l'octroi de l'entraide administrative<sup>70</sup>.

Dans un arrêt du 10 mai 2001 rendu en la matière, et concernant également la Cob<sup>71</sup>, le Tribunal fédéral a confirmé ce point de vue en observant d'ailleurs que la CFB était elle-même soumise à un devoir similaire<sup>72</sup>. Dans ces circonstances le Tribunal fédéral a considéré qu'il ne se justifiait 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<sup>73</sup>.

Il en résulte que même si l'autorisation préalable de retransmettre des informations pénales aux autorités françaises compétentes ne peut être accordée à la Cob, le principe dit de «long bras» ne s'oppose en principe pas à ce que l'entraide administrative soit tout de même octroyée à cet organisme<sup>74</sup>.

### 5.3. Le cas de l'exclusion de l'entraide judiciaire en matière pénale

Enfin, l'art. 38 al. 2 lettre c deuxième phrase LBVM interdit expressément à l'autorité requérante de transmettre des informations à ses autorités pénales lorsque l'entraide judiciaire en matière pénale est exclue.

L'EIMP prévoit des motifs d'exclusion aux articles 2 et suivants EIMP. Ces motifs peuvent tenir à la nature de la procédure menée à l'étranger (art. 2 EIMP), à la nature politique militaire ou fiscale de l'infraction (art. 3 EIMP), à l'absence d'importance des faits (art. 4 EIMP) ainsi qu'à l'extinction de l'action (art. 5 EIMP).

A cela s'ajoute que l'entraide judiciaire pénale peut aussi être refusée lorsque certaines conditions ne sont pas réalisées, à savoir celles de la proportionnalité (art. 63 EIMP), de la double incrimination (art. 64 EIMP) et de la spécialité (art. 67 EIMP).

Dans un arrêt de principe du 30 août 1999<sup>75</sup>, le Tribunal fédéral a admis que l'art. 38 al. 2 lettre c deuxième phrase LBVM s'appliquait non seulement aux cas d'irrecevabilité de la demande d'entraide judiciaire pénale prévus aux articles 2 à 5 EIMP mais également aux cas de refus d'une demande d'entraide internationale pénale pour violation des principes énoncés aux articles 63, 64 et 67 EIMP<sup>76</sup>.

Dans ce cadre le Tribunal fédéral a en effet considéré que le recours à l'art. 38 al. 2 lettre c LBVM à l'expression «lorsque l'entraide judiciaire en matière pénale est exclue» devait s'interpréter non seulement au regard des articles 2 et suivants EIMP mais également selon les articles 63 et suivants EIMP.

En bref, le Tribunal fédéral a jugé que le recours à l'entraide administrative ne devait pas être utilisé par l'autorité requérante pour pouvoir éluder les règles sur l'entraide judiciaire internationale en matière pénale<sup>77</sup>.

### 5.4. Le principe de la double incrimination

Il appartient par conséquent aux autorités suisses d'exécution d'une demande d'entraide administrative de vérifier que toutes les conditions matérielles de l'entraide judiciaire en matière pénale soient réunies, y compris en particulier l'exigence de la double incrimination, prévue à l'art. 64 EIMP<sup>78</sup>.

Selon le principe de la double incrimination<sup>79</sup> l'infraction poursuivie dans l'Etat requérant doit également être punissable dans l'Etat requis<sup>80</sup>.

Sous réserve de l'abus manifeste et du renversement de la présomption selon laquelle l'acte mis en cause est

punissable dans l'Etat requérant, l'autorité saisie de la demande d'entraide doit, sous l'angle de l'examen du respect du principe de la double incrimination, se borner à vérifier que le droit suisse réprimerait les faits s'ils entraient dans la compétence des autorités suisses<sup>81</sup>.

L'examen de la punissabilité selon le droit suisse doit porter sur les éléments constitutifs objectifs de l'infraction, à l'exclusion des conditions particulières en matière de culpabilité et de répression<sup>82</sup>.

Il n'est toutefois pas nécessaire que les faits incriminés revêtent, dans les deux législations concernées, la même qualification juridique, qu'ils soient soumis aux mêmes conditions de punissabilité ou passibles de peines équivalentes<sup>83</sup>.

C'est la CFB, en accord avec l'Office fédéral de la justice, qui décide si la transmission à une autorité pénale peut, ou non, être autorisée<sup>84</sup>.

A cet égard, le Tribunal fédéral a été amené à rappeler tant à la CFB qu'à l'Office fédéral de la justice que leurs décisions devaient être suffisamment motivées et détaillées. En particulier, le Tribunal fédéral n'a pas admis le procédé de l'Office fédéral de la justice qui consistait à se contenter d'apposer la mention «*einverstanden*» (pour accord) en bas d'un préavis de la CFB dont le contenu était des plus sommaire.

Dans ce cadre, le Tribunal fédéral a en effet rappelé, à l'instar d'autres lois fédérales<sup>85</sup>, que l'intervention de l'Office fédéral de la justice ne pouvait être purement formelle mais qu'elle devait servir de garantie pour que les règles de l'entraide judiciaire en matière pénale ne soient pas éludées<sup>86</sup>.

Dans ces circonstances le Tribunal fédéral exige de la CFB et de l'Office fédéral de la justice qu'ils demandent, au besoin, des compléments d'informations à l'autorité requérante<sup>87</sup>.

En outre le Tribunal fédéral exige que l'exposé des faits de la demande d'entraide, au sujet duquel il n'y a toutefois pas lieu d'être trop exigeant, soit suffisant afin de permettre de qualifier les faits du point de vue juridique et que la demande contienne le texte des dispositions légales applicables pour que l'autorité puisse vérifier d'emblée s'il existe de manière évidente un motif d'exclusion<sup>88</sup>. Dans le cas d'espèce le Tribunal fédéral avait refusé à l'autorité de surveillance étrangère requérante d'autoriser de transmettre les informations recueillies aux autorités pénales compétentes (en l'espèce il s'agissait d'une demande de la BAWe). En effet le Tribunal fédéral a considéré que la demande d'entraide administrative ne permettait pas de déterminer si la présomption de manipulation des cours tombait, ou non, sous le coup de l'art. 161 bis CPS.

#### 5.5. Examen simultané ou en deux temps de la demande de transmission d'informations aux autorités pénales

Conformément à l'article 38 LBVM, 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. Ces renseignements peuvent cependant amener l'autorité requérante à soupçonner l'existence d'un délit d'initié. Si tel est le cas, il appartient à cette autorité d'effectuer des investigations supplémentaires puis de décider si, compte tenu des renseignements obtenus, elle doit saisir ses autorités pénales compétentes<sup>89</sup>.

S'agissant en particulier de la Cob, celle-ci ne peut communiquer aux autorités pénales françaises les informations fournies par la CFB qu'avec l'autorisation de cette dernière<sup>90</sup>. La CFB, de même que l'Office fédéral de la justice, se prononce sur la base des éléments dont ils disposent et doivent, au besoin, demander des compléments d'information à l'autorité requérante<sup>91</sup>. Par ailleurs la CFB, ainsi que l'Office fédéral de la justice, 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<sup>92</sup>.

La procédure d'exécution de la demande d'entraide administrative peut par conséquent se dérouler en deux temps, ce qui permet, selon le Tribunal fédéral, de ne pas soumettre à des exigences trop élevées l'octroi, dans un premier temps, de l'entraide administrative à l'autorité requérante<sup>93</sup>.

Mais la procédure d'exécution de la demande d'entraide administrative peut aussi ne faire l'objet que d'un examen. Dans ce cadre le Tribunal fédéral a posé les règles suivantes dans son arrêt du 9 mars 2001<sup>94</sup>.

Si, lors du dépôt de sa demande d'entraide administrative, les investigations de la Cob sont déjà suffisamment avancées et font apparaître la nécessité d'une éventuelle retransmission d'informations aux autorités pénales françaises, la CFB peut directement y consentir dans sa décision accordant ladite entraide. Ce consentement est toutefois soumis à des exigences plus élevées que celles nécessaires à l'octroi de ladite entraide. La CFB doit disposer en particulier 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, la Cob transmettra ou non – malgré l'autorisation de la CFB – ces informations aux autorités pénales étrangères compétentes.

Par conséquent le Tribunal fédéral a jugé que, 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 CFB doit avoir connaissance 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<sup>95</sup>.

Dans les cas soumis à l'examen du Tribunal fédéral, la Cob n'avait pas expressément sollicité, dans le cadre de ses demandes d'entraide administrative, l'autorisation préalable de la CFB de pouvoir communiquer au Procureur de la République<sup>96</sup> les informations qui seraient fournies par la CFB.

Il n'en demeure pas moins que la COB avait clairement indiqué à la CFB qu'elle pourrait être tenue de saisir le Procureur de la République si des informations en sa possession devaient révéler la commission d'une infraction pénale.

Dans ces circonstances, le Tribunal fédéral a considéré que la CFB pouvait considérer d'office cette indication comme une demande d'autorisation implicite<sup>97</sup>.

## IV Le principe de la proportionnalité

Outre les conditions examinées ci-dessus, l'article 38 al. 2 première phrase LBVM n'autorise la transmission d'informations et de documents à l'autorité de surveillance étrangère requérante que pour autant que ceux-ci soient liés à l'affaire que cette autorité instruit.

Il s'agit du principe dit de la proportionnalité.

L'exigence de la proportionnalité en matière d'entraide internationale administrative se retrouve également en matière d'entraide judiciaire pénale internationale<sup>98</sup>.

Les arrêts rendus par le Tribunal fédéral en matière d'entraide administrative se sont par conséquent largement inspirés, sous l'angle du principe de la proportionnalité, de la jurisprudence élaborée dans le cadre de l'entraide judiciaire pénale<sup>99</sup>.

L'entraide administrative ne peut ainsi 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*»)<sup>100</sup>.

Il en résulte que la CFB n'est en particulier pas tenue d'examiner si les indices de possibles distorsions du marché qui justifient la demande d'entraide administrative sont confirmés ou infirmés par les informations et explications qu'elle a obtenues dans le cadre de l'exécution de la demande d'entraide.

Selon le Tribunal fédéral, il appartient à l'autorité de surveillance étrangère requérante de décider si, au vu de ses investigations et des informations transmises par la CFB, ses soupçons sont fondés ou non<sup>101</sup>.

Toutefois et afin de pouvoir déterminer si le principe de la proportionnalité est respecté, l'autorité étrangère doit décrire l'état de fait pertinent, transmettre tous les renseignements nécessaires et indiquer les motifs justifiant la demande d'entraide administrative<sup>102</sup>.

Néanmoins, et comme en matière d'entraide judiciaire pénale, le Tribunal fédéral considère qu'il n'y a pas lieu de se montrer trop strict quant à l'énoncé de la demande d'entraide administrative ni d'ailleurs de déterminer si les soupçons sont ou non fondés, un début de soupçon pouvant justifier l'ouverture d'une enquête<sup>103</sup>. ■

<sup>1</sup> Ces deux infractions sont qualifiées, selon le droit suisse, de délit (art. 9 al. 2 CPS), et non de crime (art. 9 al. 1 CPS); elles sont passibles de l'emprisonnement (jusqu'à trois ans au plus, art. 36 CPS) ou de l'amende (jusqu'à 40'000 francs suisses, art. 48 CPS), les deux peines pouvant être cumulées.

<sup>2</sup> Selon l'art. 161 CPS :

«1. Celui qui, en qualité de membre du conseil d'administration, de la direction, de l'organe de révision, ou en qualité de mandataire d'une société anonyme ou d'une société dominant cette société anonyme ou dépendant d'elle, en qualité de membre d'une autorité ou de fonctionnaire, ou en qualité d'auxiliaire de l'une de ces personnes, aura obtenu pour lui-même ou pour un tiers un avantage pécuniaire, soit en exploitant la connaissance qu'il a d'un fait confidentiel dont il est prévisible que la divulgation exerce une influence notable sur le cours d'actions, d'autres titres ou effets comptables correspondants de la société ou sur le cours d'options sur de tels titres, négociés en bourse ou avant bourse suisse, soit en portant un tel fait à la connaissance d'un tiers, sera puni de l'emprisonnement ou de l'amende.

2. Celui à qui un tel fait est communiqué directement ou indirectement par l'une des personnes mentionnées au chiffre 1 et qui, par l'exploitation de cette information, obtient pour lui-même ou pour un tiers un avantage pécuniaire, sera puni de l'emprisonnement pour un an au plus ou de l'amende.

3. Sont considérés comme faits, au sens des chiffres 1 et 2, l'émission imminente de nouveaux droits de participation, un regroupement d'entreprises ou tout fait analogue d'importance comparable.

4. Lorsque le regroupement de deux sociétés anonymes est envisagé, les chiffres 1 à 3 s'appliquent aux deux sociétés.

5. Les chiffres 1 à 4 sont applicables par analogie lorsque l'exploitation de la connaissance d'un fait confidentiel porte sur des parts sociales, autres titres, effets comptables ou options correspondantes d'une société coopérative ou d'une société étrangère.»

<sup>3</sup> Message du Conseil fédéral du 1er mai 1985 concernant la modification du code pénal (opérations d'initiés), Feuille fédérale 1985 I 70 ss (ci-après FF 1985 I 70)p. 72 chiffre 111.

<sup>4</sup> FF 1985 I 70, p. 72 chiffre 111.

<sup>5</sup> ATF 109 Ib 56 ss, c. 5c.

<sup>6</sup> FF 1985 I 70, p. 75, 76, chiffre 131.

<sup>7</sup> FF 1985 I 70, p. 77 chiffre 133.3.

<sup>8</sup> Selon l'art. 161bis CPS : «Celui qui, dans le dessein d'influencer notablement le cours des valeurs mobilières traitées en bourse en Suisse pour se procurer ou procurer à un tiers un enrichissement illégitime, diffuse de mauvaise foi des informations trompeuses ou effectue des achats et des ventes sur de telles valeurs mobilières imputées directement ou indirectement à la même personne ou à des personnes liées dans ce but, sera puni de l'emprisonnement ou de l'amende.»

<sup>9</sup> Recueil systématique du droit fédéral (ci-après : RS) 954.1.

<sup>10</sup> Message du Conseil fédéral du 24 février 1993 concernant une loi fédérale sur les bourses et le commerce de valeurs mobilières, Feuille fédérale 1993 I 1269 (ci-après FF 1993 I 1269), p. 1270.

<sup>11</sup> ATF 122 II 422 c. 3aa et ATF 113 Ib 170 c. 3bb.

<sup>12</sup> FF 1993 I 1269, p. 1327 chiffre 2.10.2.1.

<sup>13</sup> FF 1993 I 1269, p. 1327 et 1328 chiffre 2.10.2.1.

<sup>14</sup> En ce qui concerne les principes généraux en matière d'entraide judiciaire pénale : Patrick Blaser, L'entraide judiciaire pénale en matière fiscale entre la France et la Suisse, Banque & Droit n° 78, p. 32 ss; et Carlo Lombardini, Entraide internationale en matière pénale et secret bancaire suisse, Banque & Droit n° 62, p. 15 ss.

<sup>15</sup> RS 0.351.1.

<sup>16</sup> RS 0.351.934.92.

<sup>17</sup> RS 351.1 et RS 351.11.

<sup>18</sup> Art. 2a CEEJ, art. 3 al. 3 EIMP, art. 24 OEIMP; sur l'ensemble de la question : Patrick Blaser, op. cit., Banque & Droit n° 78 p. 32 ss.

<sup>19</sup> Art. 63 al. 1 EIMP.

<sup>20</sup> Art. 64 EIMP; art. 5 ch. 1 lettre a de la CEEJ et la réserve émise par la Suisse; art. 8 de l'accord du 25 octobre 1996 entre la France et la Suisse.

<sup>21</sup> Art 67 al. 1 EIMP; art. 2 lettre a CEEJ et la réserve faite par la Suisse; art. 3 al. 1 de l'accord du 28 octobre 1996 entre la France et la Suisse.

<sup>22</sup> Art. 1 al. 1 lettre b et 63 al. 1 et 3 EIMP.

<sup>23</sup> Art. 5B de l'ordonnance n. 67-833 du 28 septembre 1967 instituant une commission des opérations de bourse relative à l'information des porteurs de valeurs mobilières et à la publicité de certaines opérations de bourse (ci-après l'ordonnance n. 67-833).

<sup>24</sup> Art 5ter et 8-1 de l'ordonnance n. 67-833.

- <sup>25</sup> Art. 10-1 de l'ordonnance n. 67-833.
- <sup>26</sup> ATF 118 Ib 457 c. 4b; ATF 116 Ib 455 c. 3a; ATF 113 Ib 270 c. 5a
- <sup>27</sup> ATF 118 Ib 457 c. 4b et c.
- <sup>28</sup> Art. 76 lettre c EIMP.
- <sup>29</sup> ATF 118 Ib 457 c. 5.
- <sup>30</sup> ATF 118 Ib 457 c. 5.
- <sup>31</sup> Art. 5ter et 8.1 de l'ordonnance n. 67-833.
- <sup>32</sup> ATF 118 Ib 457 c. 5 et 6.
- <sup>33</sup> Art. 63.
- <sup>34</sup> Art. 23 sexies.
- <sup>35</sup> Art. 38, dont la teneur est la suivante :
- «1. L'autorité de surveillance peut demander aux autorités étrangères de surveillance des bourses et du commerce des valeurs mobilières de lui transmettre les informations et les documents nécessaires à l'application de la présente loi.
2. Elle peut transmettre aux autorités étrangères de surveillance des bourses et du commerce des valeurs mobilières des informations et des documents liés à l'affaire, non accessibles au public seulement si ces autorités :
- a. utilisent ces informations exclusivement à des fins de surveillance directe des bourses et du commerce des valeurs mobilières;
- b. sont liées par le secret de fonction ou le secret professionnel et
- c. ne transmettent ces informations 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.
3. La loi fédérale sur la procédure administrative est applicable lorsque les informations à transmettre par l'autorité de surveillance concernent des clients de négociants. 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.»
- <sup>36</sup> Sur les principes généraux en matière d'entraide administrative : Carlo Lombardini, L'entraide internationale en matière boursière en droit suisse, Banque & Droit, n° 74 p. 18 ss; Douglas Hornung, L'entraide administrative internationale, PJA 5/2001, 548 ss et références citées
- <sup>37</sup> Rapport de gestion de la CFB 2000, p. 167
- <sup>38</sup> ATF du 21 août 2000 non publié n° 2A.150/2000 et références citées
- <sup>39</sup> Art. 1<sup>er</sup> al. 1 de l'ordonnance n. 67-833 et les art. 70 et 71 de la loi n° 96-597 du 2 juillet 1996 de modernisation des activités financières (ci-après la loi n° 96-597).
- <sup>40</sup> ATF 126 II 86 c. 3b; cf. également Riccardo Sansonetti, L'entraide administrative internationale dans la surveillance des marchés financiers, thèse Genève, Zurich 1998, p. 313; Thierry Amy, Entraide administrative internationale en matière bancaire, boursière et financière, thèse Lausanne 1998, p. 127-131.
- <sup>41</sup> ATF 127 II 142 c. 4b; ATF 126 II 86 c. 3c.
- <sup>42</sup> Dans les conditions et sous les peines prévues par l'art. 226-13 du nouveau Code pénal français auquel renvoie l'article 5 de l'ordonnance n° 67-833.
- <sup>43</sup> ATF 126 II 86 c. 3b.
- <sup>44</sup> En anglais cette exigence est qualifiée de «best efforts» ou de «best endeavour».
- <sup>45</sup> ATF 126 II 86 c. 6c.
- <sup>46</sup> ATF 126 II 86 c. 6c; ATF 125 II 450 c. 3c et la jurisprudence citée.
- <sup>47</sup> Principe dit du «long bras» (en allemand «Prinzip der langen Hand»); ATF 127 II 142 c. bb et la jurisprudence citée, notamment ATF 125 II 450 c. 3b.
- <sup>48</sup> ATF 126 II 86 c. 7a.
- <sup>49</sup> Conformément à la loi n° 96-597 du 2 juillet 1996 et à la loi n° 88-1201 du 23 décembre 1988 relative aux organismes de placement collectif en valeurs mobilières et portant création des fonds communs de créance (ci-après : loi n° 88-1201); voir également la loi n° 2001-420 du 15 mai 2001 sur les nouvelles régulations économiques présentée in Banque & Finance n° 78 p. 3 et ss par Hubert de Vauplane et Olivier Bohm, Les nouveautés en droit boursier et les marchés financiers apportées par la loi n° 2001-420.
- <sup>50</sup> Le CECEI est en charge de l'agrément des prestataires de services d'investissement après approbation de leur programme de travail par le Conseil des marchés financiers (CMF).
- <sup>51</sup> La Commission bancaire est en charge de la surveillance prudentielle des établissements de crédits et des autres prestataires en services d'investissement.
- <sup>52</sup> Le CMF édicte les règles de conduite applicables aux prestataires de services d'investissement, aux chambres de compensation et aux entreprises de marché; il vise les programmes d'activité des prestataires de services d'investissement français et européens établis dans un pays membre de l'EEE exerçant leurs activités en libre établissement ou en libre prestation de services; il habilite les personnes morales ou physiques établies dans un pays non membre de l'EEE à être membres d'un marché financier français; il veille au respect des règles de conduite applicables aux prestataires de services d'investissement.
- <sup>53</sup> Le CDGF sanctionne toute infraction aux lois et règlements applicables aux OPCVM et aux services de gestion de portefeuille pour le compte de tiers.
- <sup>54</sup> ATF 126 II 86 c. 7c et ATF non publié n° 2A.498/1999 c. 7b.
- <sup>55</sup> Cf. également Thierry Amy, op. cit., p. 127-131.
- <sup>56</sup> ATF 126 II 86 c. 7d/aa; ATF non publié n° 2A.498/1999 c. 7c/aa.
- <sup>57</sup> La même interdiction est également stipulée à l'art. 23 sexies al. 2 de la loi fédérale sur les banques (LB) ainsi d'ailleurs qu'à l'art. 63 al. 2 de la loi fédérale sur les fonds de placement (LFP).
- <sup>58</sup> Depuis le 1<sup>er</sup> juillet 2000 c'est en effet l'Office fédéral de la justice qui est l'Office chargé de l'entraide judiciaire en matière pénale (selon l'art. 7 al. 6a de l'ordonnance du 17 novembre 1999 sur l'organisation du Département fédéral de justice et police).
- <sup>59</sup> ATF non publié du 27 avril 2001 n° 2A.269/2000; Thierry Amy, op. cit., p. 509.
- <sup>60</sup> Sur la question de la répression en France des infractions boursières tant par l'autorité pénale que l'autorité administrative, cf. in Banque & Droit n° 78 p. 20 ss, Claude Ducouloux-Favard, La double peine pour les infractions boursières.
- <sup>61</sup> ATF 126 II 86 c. 7d/aa; ATF non publié n° 2A.498/1999 c. 7c/aa.
- <sup>62</sup> En application de l'art. 12-2 al. 3 de l'ordonnance n° 67-833; cf. également Thierry Amy, op. cit., p. 600.
- <sup>63</sup> ATF 125 II 450 c. 3c.
- <sup>64</sup> ATF 125 II 450.
- <sup>65</sup> La Bundesauftrichtsamt für den Wertpapierhandel (BAWe).
- <sup>66</sup> Art. 18 Wertpapierhandelsgesetz (WpHG).
- <sup>67</sup> ATF 125 II 450 c. 3c.
- <sup>68</sup> ATF 127 II 142.
- <sup>69</sup> ATF 127 II 142 c. 6c et la jurisprudence citée.
- <sup>70</sup> ATF 127 II 142 c. 6c; ATF 126 II 409 c. 4b/aa.
- <sup>71</sup> ATF non publié du 10 mai 2001 n° 2A.317/2000 c. 4c.
- <sup>72</sup> Art. 35 al. 6 LBVM.
- <sup>73</sup> ATF 127 II 142 c. 6c; ATF 126 II 409 c. 4 b/aa.
- <sup>74</sup> ATF non publié du 10 mai 2001 n° 2A.317/2000 c. 4d.
- <sup>75</sup> ATF 125 II 450 c. 4.
- <sup>76</sup> ATF 125 II 450 c. 4b; dans le même sens Riccardo Sansonetti, op. cit. p. 600 ; Peter Nobel, Schweizerisches Finanzmarktrecht, Berne 1997, n. 300 p. 209 ; Annette Althaus, Amtshilfe und Vor-Ort-Kontrolle, Berne 1997, p. 162 ss.
- <sup>77</sup> ATF 125 II 65 c. 5b; Urs Zulauf, Rechtshilfe Amtshilfe, RSDA 2/1995 p. 39, p. 58.
- <sup>78</sup> ATF 126 II 409 c. 6b/bb et 6b/cc.
- <sup>79</sup> Art. 64 EIMP; art. 5 al. 1 lettre a de la CEEJ du 20 avril 1959.
- <sup>80</sup> Sur la question cf. Patrick Blaser, op. cit., Banque & Droit n° 78, p. 34 et 35.
- <sup>81</sup> ATF 112 Ib 576 c. 11b/ba.
- <sup>82</sup> ATF 122 II 422 c. 2a.
- <sup>83</sup> ATF 124 II 184 c. 4b/cc; ATF 117 Ib 337 c. 4 a et jurisprudence citée.
- <sup>84</sup> Art. 38 al. 2 lettre c dernière phrase LBVM : «L'autorité de surveillance décide en accord avec l'Office fédéral de la justice».
- <sup>85</sup> Art. 23 sexies al. 2 lettre c LB et 63 al. 2 lettre c LFP.
- <sup>86</sup> ATF 126 II 86 c. 7d/bb; ATF 125 II 450 c. 4b.
- <sup>87</sup> ATF 125 II 450 c. 4a.
- <sup>88</sup> Robert Zimmermann, La coopération judiciaire internationale en matière pénale, Berne 1999 n. 162 p. 120.
- <sup>89</sup> ATF 126 II 409 c. 5b/aa et 6b/cc.
- <sup>90</sup> Cf. art. 38 al. 2 lettre c de la LBVM; ATF 127 II 142 c. 7a.
- <sup>91</sup> ATF 127 II 142 c. 7a; ATF 125 II 450 c. 4a.
- <sup>92</sup> ATF 126 II 409, c. 6b/bb et 6b/cc.
- <sup>93</sup> ATF 126 II 409 c. 6b/cc.
- <sup>94</sup> ATF 127 II 142 c. 7b.
- <sup>95</sup> ATF 127 II 142 c. 7b et la jurisprudence citée.
- <sup>96</sup> En application de l'art. 12-2 al. 3 de l'ordonnance n° 67-833.
- <sup>97</sup> ATF non publié du 10 mai 2001 n° 2A.317/2000 c. 6c; ATF 127 II 142 c. 8 b; ATF 125 II 65 c. 7.
- <sup>98</sup> Art. 63 EIMP;
- <sup>99</sup> A ce propos : Patrick Blaser, op. cit., Banque & Droit n° 78 p. 35 et les références citées.
- <sup>100</sup> ATF 127 II 142 c. 5a; ATF 126 II 404 c. 5; ATF 126 II 86 c. 5a et références citées.
- <sup>101</sup> ATF 127 II 142 c. 5c; ATF 126 II 86 c. 5b.
- <sup>102</sup> ATF 125 II 65, c. 6b/bb.
- <sup>103</sup> ATF 125 II 450 c. 3b; ATF 125 II 65 c. 6b.