

# **BVGer B-2165/2017 vom 21. Juni 2017**

Bundesverwaltungsgericht, 2017-06-21, FR

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger\\_B-2165\\_2017](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger_B-2165_2017)

FR: TAF B-2165/2017 du 21 juin 2017

IT: TAF B-2165/2017 del 21 giugno 2017

## **Regeste**

Entraide administrative internationale

## **Erwägungen**

### **E. 1**

Le Tribunal administratif fédéral examine d'office et librement la recevabilité des recours qui lui sont soumis (cf. ATAF 2007/6 consid. 1).

#### **E. 1.1**

À teneur de l'art. 42a al. 6 LFINMA (RS 956.1), la décision de la FINMA de transmettre des informations à l'autorité étrangère de surveillance des marchés financiers peut, dans un délai de dix jours, faire l'objet d'un recours devant le Tribunal administratif fédéral. L'acte attaqué constitue une décision de la FINMA au sens de l'art. 5 al. 1 let. a PA accordant l'assistance administrative à une autorité étrangère de surveillance des marchés financiers. Le Tribunal administratif fédéral est donc compétent pour statuer sur le présent recours.

#### **E. 1.2**

La recourante, qui a pris part à la procédure devant l'autorité inférieure, est spécialement atteinte par la décision et a un intérêt digne de protection à son annulation ou à sa modification. La qualité pour recourir doit dès lors lui être reconnue (art. 48 al. 1 let. a à c PA).

#### **E. 1.3**

Les dispositions relatives à la représentation, au délai de recours, à la forme et au contenu du mémoire de recours (art. 11 et 52 al. 1 PA de même qu'art. 42a al. 6 LFINMA) ainsi que les autres conditions de recevabilité (art. 44 ss et 63 al. 4 PA) sont en outre respectées. Le recours est ainsi recevable.

### **E. 2**

À teneur de l'art. 42 al. 2 LFINMA, l'autorité de surveillance ne peut transmettre aux autorités étrangères de surveillance des marchés financiers des informations non accessibles au public que si : - ces informations sont utilisées exclusivement pour l'exécution des lois sur les marchés financiers 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 par 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). Le Conseil fédéral a indiqué, dans son message du 3 septembre 2014 concernant la loi sur l'infrastructure des marchés financiers, que l'art. 42 al. 2 LFINMA posait définitivement les conditions auxquelles la transmission d'informations

aux autorités étrangères de surveillance des marchés financiers était possible, précisant que cette disposition correspondait dans une large mesure à l'art. 38 al. 2 de la loi sur les bourses du 24 mars 1995 (LBVM, RS 954.1, RO 2006 197 ; cf. FF 2014 7235, 7363). Aussi, la jurisprudence rendue sur la base de cette disposition conserve sa pertinence également sous le nouveau droit (cf. arrêt du TAF B-741/2016 du 13 mai 2016 consid. 2).

### **E. 3**

Le Tribunal administratif fédéral a déjà confirmé que la CMVM constitue une autorité de surveillance des marchés financiers au sens de l'art. 38 al. 2 LBVM à laquelle l'entraide administrative peut être accordée (cf. arrêt du TAF B-1261/2014 du 25 juillet 2014 consid. 2). Aucun élément n'indique in casu qu'il conviendrait de revenir sur cette jurisprudence qui reste en principe valable à la lumière de l'art. 42 al. 2 LFINMA.

### **E. 4**

La recourante se plaint d'une violation du principe de la proportionnalité. Elle conteste être impliquée dans une quelconque information privilégiée et/ou manipulation de marché au sens des art. 378 et 379 du Portuguese Securities Code dans le cadre de l'enquête de la CMVM concernant le titre A.\_\_\_\_\_. Elle souligne n'avoir vendu qu'une partie des titres A.\_\_\_\_\_ qu'elle détenait, ajoutant qu'au (...), elle en possédait encore (...). Selon elle, il serait contradictoire de se dessaisir d'une partie des titres sur la base d'une prétendue information privilégiée et d'en garder encore une très importante quantité ; si elle était en possession d'une information privilégiée, elle aurait vendu l'ensemble des titres A.\_\_\_\_\_. En outre, elle souligne qu'elle détenait aussi plus de (...) obligations d'une autre société du groupe H.\_\_\_\_\_ et qu'elle n'est pas la seule à s'être dessaisie de titres A.\_\_\_\_\_ entre le 3 et le 4 juillet 2014. Par ailleurs, elle estime que le volume des titres vendus a un caractère manifestement mineur ne laissant aucunement supposer une vente sur la base d'une information privilégiée ou d'une opération concertée. Dans ses remarques du 22 mai 2017, elle juge avoir démontré à satisfaction de droit qu'il n'existe aucun soupçon d'utilisation d'information privilégiée et/ou de manipulation de marché. L'autorité inférieure considère que la CMVM a présenté, dans sa requête, un état de fait clair duquel il ressort que l'autorité requérante disposait d'éléments suffisants pour lui permettre de soupçonner un développement suspect du marché en lien avec le titre A.\_\_\_\_\_. Elle rappelle qu'en tant qu'autorité requise, elle n'a pas à vérifier si la recourante avait effectivement bénéficié d'informations privilégiées, ni à établir l'implication dans une éventuelle manipulation de marché, ni à examiner si les indices de possibles distorsions du marché justifiant la demande s'avéraient confirmés ou infirmés par les informations et les explications recueillies à la demande de l'autorité requérante. Elle a exposé que la quotité des titres des ventes n'était pas pertinente dans le cadre de l'examen de la demande d'entraide.

#### **E. 4.1**

Aux termes de l'art. 42 al. 4, 2e phrase, LFINMA, la FINMA respecte le principe de la proportionnalité. L'entraide administrative ne peut être accordée que dans la mesure nécessaire à la découverte de la vérité recherchée par l'autorité requérante (cf. ATF 129 II 484 consid. 4.1 ; arrêt du TAF B-1800/2015 du 10 juin 2015 consid. 5.2.1). En général, il suffit que celle-ci démontre de manière adéquate que les informations requises sont de nature à servir à l'avancement de son enquête (cf. ATAF 2009/16 consid. 7.1 et les réf. cit.). Pour sa part, l'autorité requise doit uniquement examiner s'il existe suffisamment d'indices de possibles manquements aux obligations légales et réglementaires ou distorsions du

marché justifiant la demande d'entraide ; elle n'a pas à soupeser la véracité des faits présentés dans la demande pour autant que ceux-ci ne s'avèrent pas manifestement inexacts, incomplets ou contradictoires (cf. ATF 128 II 407 consid. 5.2.1 et les réf. cit. ; arrêt du TAF B-658/2009 du 23 avril 2009 consid. 5.1). L'exigence d'un soupçon initial doit être considérée comme satisfaite notamment lorsque les transactions concernées se trouvent en relation temporelle avec un développement inhabituel du marché ou la publication d'informations jusqu'ici tenues secrètes (cf. arrêt du TF 2A.494/2004 du 17 novembre 2004 consid. 4.2 ; arrêt B-658/2009 consid. 5.1 et les réf. cit.). La question de savoir si les renseignements demandés se révèlent nécessaires ou simplement utiles à la procédure étrangère est en principe laissée à l'appréciation de l'autorité requérante ; l'autorité requise 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 si bien que, sur ce point, elle ne saurait substituer sa propre appréciation à celle de l'autorité étrangère chargée de l'enquête (cf. ATAF 2009/16 consid. 4.3). L'assistance administrative ne peut être refusée que si les renseignements requis ne présentent aucun rapport avec d'éventuels manquements ou dérèglements du marché et se révèlent manifestement impropres à faire progresser l'enquête de sorte que la demande apparaît comme le prétexte à une recherche indéterminée de moyens de preuve (« fishing expedition » ; cf. ATF 129 II 484 consid. 4.1 et les réf. cit. ; ATAF 2011/14 consid. 5.2.2.1 ; arrêt du TF 2A.649/2006 du 18 janvier 2007 consid. 3.2). Dans ce cadre, l'exigence d'un soupçon initial découle du principe de la proportionnalité car elle vise à exclure une telle recherche indéterminée de moyens de preuve contrevenant audit principe (cf. arrêt B-1800/2015 consid. 5.2.3 et les réf. cit. ; arrêt du TAF B-759/2015 du 15 avril 2015 consid. 5.1 s.) ; aussi, si le client concerné parvient à désamorcer clairement le soupçon formulé, l'entraide doit être refusée (cf. ATF 128 II 407 consid. 5.2.1 s. et les réf. cit. ; voir aussi ATF 139 II 451 consid. 2.2.3 concernant l'assistance administrative en matière fiscale). De plus, de jurisprudence constante, l'importance de l'évolution du cours ou le volume des transactions ne sont pas pertinents (cf. arrêts du TAF B-1245/2013 du 4 septembre 2013 consid. 5.1 et B-168/2008 du 26 mars 2008 consid. 5.1 ; arrêts du TF 2A.55/2003 du 17 mars 2003 consid. 4.2.1 et 2A.494/2004 consid. 4.2). Au surplus, l'autorité inférieure, chargée de se prononcer sur l'octroi de l'entraide administrative, ne se voit pas tenue d'examiner si les indices de possibles distorsions du marché justifiant la requête s'avèrent confirmés ou infirmés par les informations et les explications recueillies à la demande de l'autorité requérante ; en effet, il ne lui appartient pas de se pencher sur l'existence d'une éventuelle infraction. Il incombera à la CMVM uniquement de contrôler, sur la base de ses propres investigations ainsi que des informations qui lui auront été transmises par la FINMA, si ses craintes initiales de possibles distorsions du marché sont ou non fondées (cf. ATF 129 II 484 consid. 4.2 ; 127 II 142 consid. 5c ; arrêt du TAF B-4929/2014 du 19 novembre 2014 consid. 3.2).

#### **E. 4.2**

En l'espèce, la CMVM a indiqué dans sa requête que le prix du titre A.\_\_\_\_\_ avait fortement chuté depuis mai 2014 après qu'un audit de la B.\_\_\_\_\_ avait révélé d'importantes irrégularités matérielles financières sur le compte de C.\_\_\_\_\_ ; A.\_\_\_\_\_ avait décidé de suspendre la cotation de son titre à l'Euronext de Lisbonne le (...) en raison des difficultés matérielles rencontrées alors par C.\_\_\_\_\_. Ces éléments témoignent déjà de l'existence d'une variation de cours inhabituelle. En outre, la CMVM a identifié des transactions sur un nombre important de titres, impliquant notamment D.\_\_\_\_\_, exécutées les 3 et 4 juillet 2014. La vente, par la recourante de 175'000 titres A.\_\_\_\_\_

précisément le 3 juillet 2014, se situe manifestement durant une période sensible puisqu'elle se trouve indubitablement en relation temporelle étroite avec la variation évoquée précédemment ainsi qu'avec une annonce susceptible de provoquer de telles variations. Contrairement à ce que soutient la recourante qui ne conteste pourtant pas les faits tels que présentés par la CMVM, ceux-ci suffisent à l'admission de l'existence d'un soupçon initial. Les arguments qu'elle avance ne permettent pas de le désamorcer. En revanche, ils visent à désamorcer un soupçon quant à sa propre participation à un éventuel délit ; en effet, elle allègue qu'elle ne s'est dessaisie que d'une partie de ses titres A.\_\_\_\_\_, que le volume des titres vendus présente un caractère manifestement mineur ou que l'exécution de la transaction pouvait se trouver motivée par les informations disponibles publiquement. Or, comme exposé précédemment, il n'appartient pas aux autorités requises d'examiner si les indices de possibles distorsions du marché justifiant la requête s'avèrent confirmés ou infirmés par les informations et les explications recueillies à la demande de l'autorité requérante ; cette tâche incombe uniquement à la CMVM qui pourra s'en acquitter sur la base des informations qu'elle aura collectées dans le cadre de son enquête, notamment auprès de l'autorité inférieure par le biais de la procédure d'entraide. En outre, la CMVM - dont la qualité d'autorité de surveillance des marchés financiers au sens de l'art. 42 al. 2 LFINMA respectant les exigences en matière de confidentialité et de spécialité est admise de jurisprudence constante (cf. supra consid. 3) - a expressément indiqué les motifs et les bases légales sur lesquels elle fonde son enquête, soit les art. 378 et 379 du Portuguese Securities Code.

#### **E. 4.3**

Sur le vu de ce qui précède, il appert que l'état de fait exposé par l'autorité requérante suffit à établir le soupçon initial nécessaire à l'octroi de l'entraide administrative que la recourante ne parvient pas à désamorcer. Elle a en outre suffisamment exposé les motifs et bases légales justifiant sa demande. Dans ces circonstances, la CMVM pouvait légitimement demander à la FINMA des précisions sur les transactions en cause.

#### **E. 5**

Se référant à la notion de tiers non impliqué, la recourante estime que les noms des signataires autorisés de la relation bancaire ne doivent pas être transmis.

#### **E. 5.1**

L'autre aspect essentiel du principe de la proportionnalité propre à l'entraide administrative repose sur la notion de tiers non impliqué (cf. arrêt du TF 2A.701/2005 du 9 août 2006 consid. 4.1 ; ATAF 2010/26 consid. 5.1) : à teneur de l'art. 42 al. 4, 3e phrase, LFINMA, la transmission d'informations concernant des personnes qui, manifestement, ne sont pas impliquées dans l'affaire faisant l'objet d'une enquête se révèle exclue. La jurisprudence a précisé que, d'une manière générale, la simple éventualité qu'un compte pourrait avoir servi, même à l'insu des personnes titulaires, à commettre une infraction suffit, en principe, à exclure la qualité de tiers non impliqué (cf. ATF 126 II 126 consid. 6a/bb ; arrêt 2A.701/2005 consid. 4.2 ; ATAF 2008/66 consid. 7.2). D'une manière générale, une personne ne peut être qualifiée de tiers non impliqué lorsqu'il existe un rapport direct et réel entre elle ainsi que les faits de la cause (cf. arrêt du TAF B-7195/2015 du 25 janvier 2015 consid. 10.1.1 ; Douglas Hornung, *Entraide administrative internationale - La mise en oeuvre des dispositions légales et les apports de la jurisprudence*, in : PJA 2001 p. 554). En effet, il paraît alors opportun que l'autorité requérante connaisse les tenants et les

aboutissants des transactions pour lesquelles elle a requis l'entraide, notamment les informations relatives à toutes les personnes éventuellement à l'origine des transactions suspectes (cf. arrêt du TAF B-4154/2015 du 5 octobre 2015 consid. 4.1 et les réf. cit.). Dans le cadre de l'entraide, l'implication s'examine uniquement en lien avec les transactions faisant l'objet de la requête d'entraide et non pas avec la commission avérée d'un délit d'initié ou d'une manipulation de marché qu'il appartiendra exclusivement à l'autorité requérante, soit in casu la CMVM, de trancher. Peut ainsi revêtir la qualité de tiers non impliqué celui qui démontre qu'il n'est pas en relation, d'une manière ou d'une autre, avec les transactions faisant l'objet de la requête d'entraide administrative ; peu importe, pour l'octroi de l'entraide, que ces transactions constituent en fin de compte un délit d'initié ou une manipulation de marché (cf. arrêt du TAF B-6868/2013 du 3 mars 2014 consid. 5.1).

### **E. 5.2**

En l'espèce, il est constant que les personnes que la recourante qualifie de tiers non impliqués se présentent comme les signataires autorisés de la relation bancaire, leur nom figurant dans la documentation d'ouverture du compte détenu par la recourante duquel la vente des titres A.\_\_\_\_\_ a été opérée le 3 juillet 2014. Ces éléments témoignent déjà d'un rattachement suffisant de ces personnes aux faits sous enquête pour que, attendu que la non-implication doit être manifeste, la qualité de tiers non impliqué leur soit niée.

### **E. 5.3**

Partant, la recourante ne saurait invoquer la qualité de tiers non impliqué des signataires autorisés de la relation bancaire pour empêcher la transmission de leurs noms à la CMVM.

### **E. 6**

En outre, la recourante estime que le nom desdits signataires ne doit pas être communiqué au motif également que l'autorité requérante s'intéresse uniquement à l'identité du donneur d'ordre de l'exécution de la vente des titres A.\_\_\_\_\_, au titulaire de la relation bancaire ainsi qu'à son ayant droit économique. Elle juge que le nom des parties ayant participé à son incorporation n'est d'aucune utilité à la CMVM. L'autorité inférieure explique que les documents contenant les noms des signataires autorisés font partie intégrante des documents d'ouverture de compte expressément demandés par la CMVM ; elle ne saurait procéder au retrait des pièces sans prendre le risque de priver la CMVM d'informations potentiellement utiles à son enquête. Elle considère que le certificat des signataires autorisés de la société fournit des indications sur les personnes habilitées à intervenir en son nom ; les pièces d'identité y afférentes doivent permettre à l'autorité requérante d'identifier de manière univoque les personnes habilitées à signer pour la société. Elle souligne en outre que les documents d'ouverture de compte s'avèrent utiles à la CMVM afin de déterminer si ses soupçons sont fondés et, le cas échéant, le rôle joué par chacune des personnes en cause.

### **E. 6.1**

L'assistance administrative ne peut être refusée que si les renseignements requis ne présentent aucun rapport avec d'éventuels manquements ou dérèglements du marché et se révèlent manifestement impropres à faire progresser l'enquête de sorte que la demande apparaît comme le prétexte à une recherche indéterminée de moyens de preuve (cf. supra consid. 4.1). En l'espèce, contrairement aux affirmations de l'autorité inférieure dans sa décision, il n'apparaît pas, à la lecture de la requête d'entraide du 21 octobre 2014, que la CMVM aurait expressément requis les documents d'ouverture de compte. Cela étant, cet élément ne suffit pas encore à en exclure la transmission. Il convient d'examiner s'ils

peuvent être transmis au titre de transmission spontanée.

### **E. 6.2**

En effet, la FINMA est de jurisprudence constante autorisée à compléter spontanément une demande d'entraide avec les renseignements lui semblant utiles sous l'angle du droit de la surveillance, dans la mesure où ces renseignements paraissent pouvoir servir à la procédure étrangère et qu'ils détiennent un rapport objectif avec elle (cf. arrêt du TF 2A.12/2007 du 17 avril 2007 consid. 5.1 et les réf. cit. ; ATAF 2010/26 consid. 5.6). En l'espèce, la recourante ne déclare pas s'opposer d'une manière générale à la transmission des documents d'ouverture de compte et, partant, à leur possible utilité pour l'autorité requérante. En revanche, elle se prévaut de l'inutilité des noms des signataires autorisés pour l'avancement de la procédure étrangère au seul motif que l'autorité requérante s'intéresserait uniquement à l'identité du donneur d'ordre de l'exécution de la vente des titres A.\_\_\_\_\_, au titulaire de la relation bancaire ainsi qu'à son ayant droit économique. Dès lors que l'entraide spontanée se révèle en principe admise, le seul fait que l'autorité requérante ne se soit pas expressément intéressée aux signataires autorisés et n'ait par conséquent pas requis d'informations à leur sujet ne permet pas encore de retenir que celles dont la transmission est envisagée par la FINMA ne puissent pas servir à l'avancement de la procédure étrangère. La recourante ne précise pas davantage en quoi les documents concernés paraîtraient inutiles à la procédure étrangère ou ne détiendraient aucun rapport objectif avec elle. Or, d'une part, il faut bien reconnaître que les informations sur les signataires autorisés de la relation bancaire dont le nom figure dans la documentation d'ouverture du compte détenu par la recourante et duquel la vente des titres A.\_\_\_\_\_ a été opérée le 3 juillet 2014 présentent indubitablement un rapport objectif avec l'enquête diligentée par la CMVM. En outre, elles fournissent des renseignements supplémentaires sur le compte bancaire duquel les transactions ont été effectuées et sur les personnes susceptibles d'être impliquées ; dans ce cadre, il apparaît opportun que la CMVM, dont l'enquête vise à déterminer l'existence d'un éventuel délit d'initié ou d'une manipulation de marché, connaisse les tenants et aboutissants des transactions pour lesquelles elle a requis l'entraide, notamment les informations relatives à toutes les personnes éventuellement à l'origine des transactions suspectes. Aussi, la transmission des noms des signataires autorisés ne s'avère pas critiquable.

### **E. 6.3**

Compte tenu de ces éléments, la transmission des informations telle que prévue dans la décision entreprise ne contrevient pas au principe de la proportionnalité prescrit à l'art. 42 al. 4 LFINMA.

### **E. 7**

Sur le vu de ce qui précède, il y a lieu de constater que la décision entreprise ne viole pas le droit fédéral et ne traduit pas un excès ou un abus du pouvoir d'appréciation. Elle ne relève pas non plus d'une constatation inexacte ou incomplète des faits pertinents et, respectant les conditions mentionnées et traitées ci-dessus, n'est pas inopportune (art. 49 PA). Dès lors, mal fondé, le recours doit être rejeté.

### **E. 8.1**

Les frais de procédure comprenant l'émolument judiciaire et les débours sont mis à la charge de la partie qui succombe (art. 63 al. 1 PA et art. 1 al. 1 du règlement du 21 février 2008 concernant les frais, dépens et indemnités fixés par le Tribunal administratif fédéral

[FITAF, RS 173.320.2]). L'émolument judiciaire est calculé en fonction de la valeur litigieuse, de l'ampleur et de la difficulté de la cause, de la façon de procéder des parties et de leur situation financière (art. 2 al. 1, 1ère phrase, et 4 FITAF). En l'espèce, la recourante a succombé dans l'ensemble de ses conclusions. En conséquence, les frais de procédure, lesquels s'élèvent à 3'000 francs, doivent être intégralement mis à sa charge. Ils sont compensés par l'avance de frais de 3'000 francs déjà versée.

#### **E. 8.2**

Vu l'issue de la procédure, la recourante n'a pas droit à des dépens (art. 64 PA).

#### **E. 9**

Le présent arrêt est définitif (art. 83 let. h LTF).

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