

# **BVGer B-2921/2008 vom 17. Juli 2008**

Bundesverwaltungsgericht, 2008-07-17, FR

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger\\_B-2921\\_2008](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger_B-2921_2008)

FR: TAF B-2921/2008 du 17 juillet 2008

IT: TAF B-2921/2008 del 17 luglio 2008

## **Regeste**

Entraide administrative et judiciaire

## **Erwägungen**

### **E. 1.1**

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

### **E. 1.2**

À teneur de l'art. 38 al. 5 LBVM, la décision de l'autorité de surveillance de transmettre des informations à l'autorité étrangère de surveillance des marchés financiers peut, dans un délai de 10 jours, faire l'objet d'un recours devant le Tribunal administratif fédéral. En vertu de l'art. 31 de la loi fédérale du 17 juin 2005 sur le Tribunal administratif fédéral (LTAF, RS 173.32), le Tribunal administratif fédéral connaît des recours contre les décisions au sens de l'art. 5 de la loi fédérale sur la procédure administrative du 20 décembre 1968 (PA, RS 172.021), prises par les autorités mentionnées aux art. 33 et 34 LTAF. Demeurent réservées les exceptions - non réalisées en l'espèce - prévues à l'art. 32 LTAF. Le Tribunal administratif fédéral est donc compétent pour statuer sur les présents recours.

### **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 que l'art. 38 al. 5 LBVM), ainsi que les autres conditions de recevabilité (art. 44 ss et 63 al. 4 PA) sont en outre respectées.

### **E. 1.4**

S'agissant de la qualité pour recourir, il sied de l'examiner de manière séparée pour chacun des recourants dans la mesure où seule X.\_\_\_\_\_ SA est destinataire de la décision entreprise. De plus, dans sa réponse, l'autorité inférieure a dénié la qualité pour recourir à Y.\_\_\_\_\_.

#### **E. 1.4.1**

À teneur de l'art. 48 al. 1 PA, la qualité pour recourir est reconnue à quiconque a pris part à la procédure devant l'autorité inférieure ou a été privé de la possibilité de le faire (let. a), est spécialement atteint par la décision attaquée (let. b) et a un intérêt digne de protection à son annulation ou à sa modification (let. c). L'art. 48 al. 2 PA ajoute qu'a également qualité pour recourir toute personne, organisation ou autorité qu'une autre loi fédérale autorise à recourir.

#### **E. 1.4.2**

X.\_\_\_\_\_ SA, 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.

### **E. 1.4.3**

Y.\_\_\_\_\_ est l'ayant droit économique de X.\_\_\_\_\_ SA. Or, selon la jurisprudence, la qualité pour recourir n'est en principe pas reconnue, en matière d'entraide administrative ou pénale internationale, au détenteur économique d'un compte bancaire, même si la transmission des renseignements requis entraîne la révélation de son identité (cf. ATF 127 II 323 consid. 3b/cc ; ATF 125 II 65 consid. 1 et les références citées). Exceptionnellement, l'ayant droit économique d'une personne morale a qualité pour recourir lorsqu'il est établi que la société a été dissoute et qu'elle n'est plus à même d'agir (cf. arrêt du TF 1A.10/2000 du 18 mai 2000 consid. 1e). Tel n'est toutefois pas le cas en l'espèce dès lors que X.\_\_\_\_\_ SA a entrepris la décision du 21 avril 2008 rendue par la CFB. Sur le vu de ce qui précède, force est de constater que Y.\_\_\_\_\_ n'a pas la qualité pour recourir contre la décision entreprise. Partant, son recours doit être déclaré irrecevable.

### **E. 2.1**

À teneur de l'art. 38 al. 2 LBVM, 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 let. a, à condition que l'entraide judiciaire en matière pénale ne soit pas exclue.

### **E. 2.2**

Comme la jurisprudence a eu l'occasion de le constater à maintes reprises, la modification de l'art. 38 LBVM, entrée en vigueur le 1er février 2007, assouplit le principe de la confidentialité et supprime, dans le cadre du principe de la spécialité, celui 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. Pour le reste, les règles de l'ancien art. 38 LBVM ainsi que la jurisprudence y relative restent valables (arrêt du TF 2A.649/2006 du 18 janvier 2007 consid. 3.1, arrêt du TF 2A.266/2006 du 8 février 2007 consid. 3.1 et les réf. cit. ; arrêt du TAF B-2980/2007 du 26 juillet 2007 consid. 3 ; 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 [ci-après : Message], FF 2004 6341 ss). Ainsi, la retransmission par l'autorité requérante à une autre autorité ne présuppose plus l'assentiment préalable de la CFB 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, p. 6357 s.).

### **E. 2.3**

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'État 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'État 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. 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 et les réf. cit., arrêt du TF 2A.649/2006 du 18 janvier 2007 consid. 3.2).

### **E. 3.1**

L'AMF est une autorité de surveillance des marchés financiers au sens de l'art. 38 al. 2 LBVM à laquelle l'entraide administrative peut être accordée. Ses membres et agents sont astreints au secret professionnel pour les faits, actes et renseignements dont ils peuvent avoir connaissance en raison de leurs fonctions, dans les conditions et sous les peines prévues dans le cadre pénal, de sorte que l'exigence de confidentialité imposée à l'art. 38 al. 2 LBVM est respectée (arrêt du TF 2A.603/2006 du 21 décembre 2006 consid. 3, ATF 129 II 484 consid. 2.2, ATF 127 II 323 consid. 4, ATF 126 II 86 consid. 3b ; arrêt du TAF B-168/2008 du 26 mars 2008 consid. 3). Le Tribunal fédéral a également jugé qu'elle présentait des garanties suffisantes pour assurer de manière effective le respect du principe de la spécialité (ATF 129 II 484 consid. 2.2, ATF 127 II 142 consid. 6c, ATF 126 II 86 consid. 3b et 7 ; arrêt du TAF B-168/2008 du 26 mars 2008 consid. 3 ; arrêt du TAF B-1589/2008 du 2 juin 2008 consid. 3).

### **E. 3.2**

L'AFM est également une autorité de surveillance des marchés financiers au sens de l'art. 38 al. 2 LBVM à laquelle l'entraide administrative peut être accordée. En effet, le Tribunal fédéral a confirmé que la Stichting Toezicht Effectenverkeer (ci-après : STE), à laquelle l'AFM s'est substituée, remplissait les exigences de spécialité et de confidentialité imposées à l'art. 38 al. 2 LBVM (arrêt du TF 2A.434/2001 du 15 février 2002 consid. 3). De plus, dans sa requête d'entraide, l'AFM se réfère expressément à l'échange de lettres entre la CFB et la STE - dont elle reprend les assurances données quant aux exigences de confidentialité et de spécialité - et s'engage explicitement à ne pas retransmettre d'informations à des autorités tierces sans l'accord de la CFB.

### **E. 3.3**

S'agissant de la SEC, le Tribunal fédéral a récemment confirmé qu'elle satisfaisait pleinement aux exigences de confidentialité et de spécialité de l'art. 38 al. 2 LBVM (arrêt du

TF 2A.13/2007 du 3 septembre 2007 consid. 5 et les références citées). Elle constitue donc également une autorité de surveillance des marchés financiers au sens de dite disposition légale.

#### **E. 4**

La recourante se plaint, à titre liminaire, d'une violation du droit d'être entendu consacré à l'art. 29 al. 2 de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999 (Cst., RS 101) ainsi qu'aux art. 29 ss PA. Elle reproche à l'autorité inférieure de ne pas avoir requis la production du règlement d'organisation de K.\_\_\_\_\_ et de ne pas avoir entendu les parties au sujet de l'organisation de la direction opérationnelle de K.\_\_\_\_\_.

##### **E. 4.1**

La jurisprudence a déduit du droit d'être entendu, en particulier, le droit pour le justiciable de s'expliquer avant qu'une décision ne soit prise à son détriment, celui de fournir des preuves quant aux faits de nature à influencer sur le sort de la décision, celui d'avoir accès au dossier et celui de participer à l'administration des preuves, d'en prendre connaissance et de se déterminer à leur propos (ATF 132 V 368 consid. 3.1). En effet, le droit d'être entendu est à la fois une institution servant à l'instruction de la cause et une faculté de la partie, en rapport avec sa personne, de participer au prononcé de décisions qui portent atteinte à sa situation juridique (ATF 122 I 53 consid. 4a, ATF 122 I 109 consid. 2a, ATF 114 Ia 97 consid. 2a et les réf. cit.). Plus précisément, selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, le droit d'être entendu confère aux parties le droit de s'exprimer sur tous les points importants avant qu'une décision ne soit prise ; si cette règle s'applique sans restriction pour les questions de fait, il est admis que, pour ce qui est de la qualification juridique, elle ne vaut que dans l'hypothèse où une partie change inopinément son point de vue juridique ou lorsque l'autorité a l'intention de s'appuyer sur des arguments juridiques inconnus des parties et dont celles-ci ne pouvaient prévoir l'adoption (ATF 124 I 49 consid. 3c).

##### **E. 4.2**

En l'espèce, il ressort de l'état des faits présenté que la recourante a été invitée à se déterminer sur la transmission des informations aux autorités requérantes. S'agissant de la production du règlement d'organisation de K.\_\_\_\_\_, il sied de relever que la CFB a certes constaté, à plusieurs reprises, que ledit règlement n'avait pas été produit par la recourante. Toutefois, dans sa motivation, la CFB ne conteste ni l'allégation de K.\_\_\_\_\_ s'agissant de la composition formelle de sa direction opérationnelle, ni la teneur dudit règlement telle qu'elle a été rapportée par K.\_\_\_\_\_. De plus, lorsqu'elle signale qu'il est peu vraisemblable que Y.\_\_\_\_\_, en qualité de membre du conseil d'administration, n'ait pas été consulté en vue d'effectuer les transactions litigieuses, elle procède à une appréciation des faits pour laquelle, en vertu de la jurisprudence susmentionnée (cf. consid. 4.1), la recourante ne saurait revendiquer le droit à être entendu préalablement. Enfin, en tout état de cause, si une violation devait être reconnue, celle-ci s'avérerait de toute façon guérie par la présente procédure de recours dans la mesure où l'échange d'écritures a permis à la recourante de se déterminer sur ces éléments. Le grief de la violation du droit d'être entendu est donc dénué de pertinence.

#### **E. 5**

La recourante invoque également une constatation incomplète et inexacte des faits dès lors que l'autorité inférieure a retenu que K.\_\_\_\_\_ s'était ravisée en précisant que seule sa direction opérationnelle était au courant et à l'origine des transactions en cause. Elle signale

que K. \_\_\_\_\_ ne s'est nullement ravisée mais qu'il s'agit d'une précision voire d'une correction à la demande expresse de la CFB. En l'espèce, il sied de constater que l'utilisation du verbe « ravisé » en lieu et place de « préciser » ou « corriger », n'est pas de nature à modifier l'appréciation des faits par l'autorité inférieure, comme elle le signale dans sa réponse. En effet, peu importe le verbe utilisé, il n'en demeure pas moins que K. \_\_\_\_\_ a complété son allégation en indiquant que seule la direction opérationnelle était au courant et à l'origine des transactions litigieuses. Le verbe utilisé par l'autorité inférieure dénote très vraisemblablement une appréciation sur le comportement de K. \_\_\_\_\_ mais ne saurait pour autant consister en une inexactitude. Dans ces circonstances, force est d'admettre que l'autorité inférieure n'a pas constaté de manière inexacte et incomplète les faits en indiquant que K. \_\_\_\_\_ s'était ravisée dans son courrier du 16 octobre 2007.

## **E. 6**

La recourante invoque ensuite une violation de l'art. 38 al. 4 LBVM ainsi que du principe de la proportionnalité dans la mesure où elle n'a pas été impliquée dans l'affaire faisant l'objet de l'enquête. À cet égard, elle avance avoir donné un mandat clair et écrit de gestion de fortune discrétionnaire à K. \_\_\_\_\_ ; en outre, Y. \_\_\_\_\_, son ayant droit économique, n'aurait pas été informé ni n'aurait participé aux décisions d'investissement litigieuses. Elle précise pour le surplus que Y. \_\_\_\_\_ n'intervient nullement dans la gestion de K. \_\_\_\_\_ et que, en sa qualité de membre du conseil d'administration, il participe uniquement aux réunions de celui-ci qui ont lieu une fois par an avant l'assemblée générale.

### **E. 6.1**

A titre liminaire, force est d'admettre que les transactions litigieuses ont eu lieu durant des périodes sensibles et constituent dès lors des indices suffisants de nature à fonder un soupçon initial au sens de la jurisprudence (ATF 129 II 484 consid. 4.1 et les réf. cit., ATF 126 II 409 consid. 5a, ATF 125 II 65 consid. 6b/aa ; arrêt du TAF B-2980/2007 du 26 juillet 2007 consid. 5.1, arrêt du TAF B-168/2008 du 26 mars 2008 consid. 5.1, arrêt du TAF du B-1589/2008 du 2 juin 2008 consid. 6.1). La recourante ne le conteste d'ailleurs pas. Dans ces circonstances, les autorités requérantes pouvaient légitimement demander à la CFB des précisions sur les transactions en cause.

### **E. 6.2**

S'agissant de la qualité de tiers non impliqué revendiquée par la recourante, il sied de relever que, à teneur de l'art. 38 al. 4 LBVM, la transmission d'informations concernant des personnes qui, manifestement, ne sont pas impliquées dans l'affaire faisant l'objet d'une enquête est 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 (arrêt du TF 2A.701/2005 du 9 août 2006 consid. 4.2 ; ATF 126 II 126 consid. 6a/bb). En revanche, la transmission de données concernant les clients d'une banque peut être inadmissible s'il existe un mandat de gestion de fortune (écrit) clair et sans équivoque - par exemple un mandat discrétionnaire de gestion de fortune - et qu'aucune autre circonstance n'indique que le client, sur le compte duquel les transactions suspectes ont été effectuées, pourrait avoir été mêlé lui-même d'une manière ou d'une autre à ces transactions litigieuses (arrêt du TAF B-168/2008 du 26 mars 2008 consid. 6.1 ; ATF 127 II 323 consid. 6b/aa ; arrêt du TF 2A.12/2007 du 17 avril 2007 consid. 4.2 et les réf. cit.). Le Tribunal fédéral a posé l'exigence d'un rapport de gestion de fortune clair, écrit et sans équivoque afin d'éviter

les difficultés et les malentendus dans la détermination de manière précise des relations entre les personnes en cause (arrêt du TF 2A.3/2004 du 19 mai 2004 consid. 5.3.2). Il appartient toutefois au client concerné de démontrer qu'il n'a nullement été mêlé d'une manière ou d'une autre aux transactions en cause, celles-ci ayant été effectuées à son insu dans le cadre d'un mandat de gestion discrétionnaire (ATAF 2007/28 consid. 6.4 et les réf. cit. ; arrêt du TAF B-168/2008 du 26 mars 2008 consid. 6.1, arrêt du TAF B-1589/2008 du 2 juin 2008 consid. 7.1).

### **E. 6.3**

En l'espèce, les transactions litigieuses ont été ordonnées par K.\_\_\_\_\_ en vertu d'un mandat écrit de gestion discrétionnaire confié par X.\_\_\_\_\_ SA. Il convient cependant d'examiner si aucune autre circonstance n'indique que celle-ci ou son ayant droit économique, Y.\_\_\_\_\_, pourrait avoir été mêlés d'une manière ou d'une autre aux transactions litigieuses. Y.\_\_\_\_\_ est membre du conseil d'administration de K.\_\_\_\_\_ avec pouvoir de signature individuelle. Dans ces circonstances, il paraît peu vraisemblable, comme l'a relevé l'autorité inférieure, qu'une personne jouissant de responsabilités élevées dans une société de gestion de fortune ne soit pas informée lorsque celle-ci procède à des transactions et engage des sommes considérables pour le compte d'une société dont il est l'ayant droit économique. Ni l'allégation selon laquelle seule la direction opérationnelle de K.\_\_\_\_\_ est responsable de sa gestion, ni les motifs invoqués pour justifier les transactions ayant simultanément entraîné différentes demandes d'entraide ne permettent d'exclure que Y.\_\_\_\_\_ ait participé aux décisions d'investissements en cause.

### **E. 6.4**

Sur le vu de ce qui précède, force est de constater qu'il n'est pas manifeste que Y.\_\_\_\_\_ n'a pris aucune part aux transactions ayant éveillé les soupçons des autorités requérantes et que, dès lors, la transmission d'informations le concernant ne contrevient pas au principe de la proportionnalité.

### **E. 7**

Enfin, la recourante fait valoir que les autorités requérantes ont reçu de l'autorité inférieure la prise de position de K.\_\_\_\_\_ et n'ont pas demandé la transmission d'informations supplémentaires. Elle estime en conséquence qu'il ne se justifie pas de leur remettre des informations révélant son identité ainsi que celle de son ayant droit économique. Or, le Tribunal fédéral a, à réitérées reprises, reconnu que la CFB est habilitée à fournir spontanément des informations en lien direct avec une requête d'assistance, savoir même en l'absence d'une demande spécifique (ATF 126 II 409 consid. 6c/aa, ATF 125 II 65 consid. 7 ; arrêt du TF 2A. 162/2001 du 10 juillet 2001 consid. 4c). En l'espèce, les informations que l'autorité inférieure a décidé de transférer aux autorités requérantes sont directement liées à leurs demandes d'assistance puisqu'elles concernent une partie des transactions objet des trois requêtes. Elles peuvent donc être transmises même en l'absence d'une demande expresse.

### **E. 8**

Sur le vu de l'ensemble 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 n'est pas inopportune (art. 49 PA). Dès lors, mal fondé, le recours de X.\_\_\_\_\_ SA doit être rejeté.

## **E. 9**

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, les recourants ont succombé dans l'ensemble de leurs conclusions. En conséquence, les frais de procédure, lesquels s'élèvent à Fr. 3'500.-, doivent être intégralement mis à leur charge, soit Fr. 2'500.- à charge de X.\_\_\_\_\_ SA et Fr. 1'000.- à charge de Y.\_\_\_\_\_ dans la mesure où, pour ce dernier, l'examen de son recours se limite à la question de la recevabilité. Ils seront prélevés sur les deux avances de frais de chacune Fr. 2'500.- versées par les recourants. Le solde de Fr. 1'500.- est restitué à Y.\_\_\_\_\_. Vu l'issue de la procédure, les recourants n'ont pas droit à des dépens (art. 64 PA).

## **E. 10**

Le présent arrêt est définitif (art. 83 let. h de la loi du 17 juin 2005 sur le Tribunal fédéral [LTF, RS 173.110]).

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