

BVGer B-4154/2015 vom 5. Oktober 2015

Bundesverwaltungsgericht, 2015-10-05, FR

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger_B-4154_2015

FR: TAF B-4154/2015 du 5 octobre 2015

IT: TAF B-4154/2015 del 5 ottobre 2015

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. 38 al. 5 de la loi sur les bourses du 24 mars 1995 (LBVM, RS 954.1), la décision de la FINMA 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. 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 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. Le recours est ainsi recevable.

E. 2

À teneur de l'art. 38 al. 2 LBVM, la FINMA 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). Par

ailleurs, l'art. 38 al. 4 LBVM prescrit que la procédure d'assistance administrative est menée avec diligence ; la FINMA respecte le principe de la proportionnalité. De jurisprudence constante, l'AMF est considérée comme une autorité de surveillance des marchés financiers au sens de l'art. 38 al. 2 LBVM à laquelle l'entraide administrative peut être accordée dans la mesure où elle satisfait aux conditions précitées (cf. arrêt du TAF B 8397/2010 du 31 janvier 2011 consid. 4 et les réf. cit.). La recourante ne le conteste d'ailleurs pas.

E. 3.1

Aux termes de l'art. 38 al. 4 2ème phrase LBVM, 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.). À cette fin, il lui appartient d'exposer un état de fait laissant apparaître un soupçon initial suffisant d'infraction, donner les motifs de sa requête et décrire les informations et documents nécessités (cf. ATF 128 II 407 consid. 5.2.1 et les réf. cit. ; arrêt du TF 2A.519/2003 du 5 décembre 2003 consid. 2.1 ; arrêt du TAF B 1261/2014 du 25 juillet 2014 consid. 4.1.1). Pour sa part, l'autorité requise doit, sous cet angle, 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. ; arrêts du TAF B 3763/2015 du 26 août 2015 consid. 5.1, B-658/2009 du 23 avril 2009 consid. 5.1). L'assistance administrative ne peut être refusée que si les renseignements requis s'avèrent sans rapport avec d'éventuels manquements ou dérèglements du marché et 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 suffisant 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.) ; 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).

E. 3.2

En l'espèce, il appert que l'AMF a indiqué dans sa requête que, le 5 décembre 2012, Y._____ a émis un avertissement portant sur les objectifs de la société pour la période 2013-2014 et annoncé que le résultat net serait compris entre 3.1 et 3.5 milliards d'euros contre l'objectif précédemment visé compris entre 3.7 et 4.2 milliards d'euros ; la société a également communiqué un nouveau plan d'économie. L'AMF a relevé que, le lendemain de l'annonce, le cours du titre Y._____ a baissé de 14.9% pour atteindre un cours de 14.55 euros. Ces éléments témoignent de l'existence d'une variation de cours inhabituelle. De plus, les transactions identifiées par l'AMF, exécutées entre le 3 et le 6 décembre 2012, se situent durant une période sensible puisqu'elles se trouvent indubitablement en relation temporelle étroite avec la variation évoquée précédemment ainsi qu'avec une annonce susceptible de

provoquer de telles variations. Cet état de fait suffit à l'admission de l'existence d'un soupçon initial. En outre, l'AMF - dont la qualité d'autorité de surveillance des marchés financiers au sens de l'art. 38 al. 2 LBVM respectant les exigences en matière de confidentialité et de spécialité est admise de jurisprudence constante (cf. supra consid. 2) - a expressément indiqué les motifs et les bases légales sur lesquels elle fonde son enquête, soit l'art. L621.1 du code monétaire et financier, ainsi que les art. 621-1 ss, 622-1 et 622.2 du Règlement général de l'AMF.

E. 3.3

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. Elle a en outre suffisamment exposé les motifs et bases légales justifiant sa demande. Dans ces circonstances, l'AMF pouvait légitimement demander à la FINMA des précisions sur les transactions en cause. La recourante ne le conteste d'ailleurs pas.

E. 4

Soulignant que la demande d'entraide porte sur des transactions effectuées sur le titre Y._____ juste avant et après une communication de cette société émise le 5 décembre 2012, la recourante relève toutefois n'avoir souscrit aucune part du fonds durant cette période critique. Elle en déduit que son acquisition des parts du fonds A._____, dont la dernière souscription remonte à septembre 2011, ne peut pas être considérée comme liée à l'obtention d'une éventuelle information privilégiée concernant un événement survenu dans la période visée par l'autorité requérante. Elle ajoute qu'il n'y a pas lieu d'entrer en matière sur la demande d'entraide puisqu'aucune transaction la concernant n'a été réalisée en Suisse ou depuis la Suisse durant la période visée par l'enquête de l'AMF. De son côté, exposant les liens professionnels entre C._____, D._____, K._____ et I._____, l'autorité inférieure estime qu'il ne s'avère pas manifeste que la recourante n'ait pris aucunement part aux transactions ayant éveillé les soupçons de l'autorité requérante. Elle en déduit qu'elle ne peut être considérée comme un tiers non impliqué au sens de l'art. 38 al. 4 LBVM.

E. 4.1

L'autre aspect essentiel du principe de la proportionnalité propre à l'entraide administrative est 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. 38 al. 4 3ème phrase 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. Principalement rendue sur la question de la non-implication manifeste de titulaires ou d'ayants droit économiques des comptes vers lesquels ou à partir desquels les transactions suspectes ont été opérées, 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 ; arrêt du TAF B-921/2015 du 1er juin 2015 consid. 4.1). En revanche, la transmission de données relatives aux 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 (cf. ATF 127 II 323 consid. 6b/aa, arrêt du TF 2A.12/2007 du 17 avril 2007

consid. 4.2 et les réf. cit. ; ATAF 2009/16 consid. 6.1 et les réf. cit.). Le Tribunal fédéral a posé cette exigence afin d'éviter les difficultés et malentendus dans la détermination précise des relations entre les personnes en cause (cf. arrêt du TF 2A.3/2004 du 19 mai 2004 consid. 5.3.2). Il appartient au client concerné de réfuter de manière concrète et plausible d'autres indices éventuels de son implication, d'une façon ou d'une autre, aux transactions en cause, celles-ci ayant été effectuées à son insu (cf. arrêt B 921/2015 consid. 4.1 et les réf. cit.). Pas plus le Tribunal fédéral que le Tribunal administratif fédéral n'a en revanche eu à définir la qualité de tiers non impliqué d'autres personnes, morales ou physiques, identifiées dans le cadre d'une procédure d'entraide. À cet égard, on retiendra d'une manière générale qu'une personne ne peut être qualifiée de tiers non impliqué lorsqu'il existe un rapport direct et réel entre elle et les faits de la cause (cf. Douglas Hornung, *Entraide administrative internationale - La mise en oeuvre des dispositions légales et les apports de la jurisprudence*, in : *Pratique juridique actuelle [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 4850/2010 du 2 septembre 2010 consid. 6.3).

E. 4.2

En l'espèce, il est constant que la recourante n'a pas acquis de parts du fonds A. _____ après septembre 2011. Cela étant, ce point importe peu puisque l'enquête de l'AMF ne vise pas à faire la lumière sur l'éventuelle utilisation d'une information privilégiée dans le cadre de l'acquisition de parts du fonds, qui plus est en dehors de la période sensible. Il est en revanche question d'établir si l'utilisation d'une telle information a pu conduire aux transactions identifiées par l'AMF entre le 3 et le 6 décembre 2012 ; dans ce but, il importe d'identifier toutes les personnes présentant un lien avec ces transactions. À cet égard, il s'avère également non contesté que la recourante n'a pas acquis elle-même de CDF Y. _____ au cours de la période sous enquête. Elle n'est ni titulaire ni ayant droit économique du compte à partir duquel les transactions identifiées par l'AMF ont été exécutées et qui appartient au fonds A. _____. La présente affaire se distingue sous cet angle de la jurisprudence déjà rendue en lien avec la notion de tiers non impliqué. Aussi, il convient de se pencher sur les circonstances de l'espèce afin de déterminer s'il existe néanmoins un rapport direct entre la recourante et les faits de la cause ou, en d'autres termes, si des éléments supplémentaires indiquent que la recourante pourrait avoir été mêlée d'une manière ou d'une autre aux transactions sous enquête. Dans ce contexte, le fait que la recourante ait été porteuse de parts du fonds au moment où les transactions sous enquête ont été exécutées constitue déjà indépendamment de la date de leur acquisition un indice de l'existence de tels liens dès lors que les transactions se révèlent de ce fait susceptibles de profiter à la recourante. De plus, il ressort des pièces versées au dossier que C. _____ et D. _____, dirigeants de B. _____, société gérante du fonds A. _____ Ltd, se présentent également respectivement comme l'administrateur président et l'administrateur délégué de la société L. _____ SA. Or, l'autorité inférieure a constaté que I. _____, ayant droit économique et signataire du compte de la recourante auprès de la banque E. _____ SA sur lequel elle détient les parts du fonds y travaillerait en qualité de broker et de responsable en développement, ce que la recourante n'a pas contesté. En outre, L. _____ SA se présente comme l'investment advisor du fonds. Enfin, il convient de souligner, avec l'autorité inférieure, que le fait que I. _____ soit lui-même gestionnaire du fonds J. _____ Ltd laisse apparaître qu'il se révèle capable de juger de l'opportunité des

placements effectués. Les liens ainsi décrits entre les différents intervenants suffisent à jeter un doute sur l'absence d'intervention de la recourante dans les transactions précitées. Or, attendu que, pour conduire au rejet de la demande d'entraide administrative, la non-implication doit être manifeste, un tel doute suffit a contrario à nier cette qualité à la recourante. C'est alors à l'AMF et non à la FINMA qu'il incombera ensuite de faire toute la lumière sur la réelle implication de la recourante.

E. 4.3

Sur le vu de ce qui précède, force est de constater qu'il ne s'avère pas manifeste que la recourante n'ait pris aucune part aux transactions ayant éveillé les soupçons de l'autorité requérante. En conséquence, elle ne peut être qualifiée de tiers non impliqué.

E. 5

La recourante estime que l'entraide ne peut être accordée car aucun négociant suisse n'est intervenu sur le marché suisse durant la période sensible contrairement à ce qui serait précisé dans le guide en la matière rédigé par l'autorité inférieure. Sur ce point, l'autorité inférieure note que l'entraide administrative est possible lorsque les informations requises par l'autorité étrangère sont détenues par un intervenant sur le marché suisse, ce qui selon elle est bien le cas en l'espèce.

E. 5.1

L'art. 38 LBVM, fixant le cadre et les conditions de l'entraide, ne contient aucune limitation comparable à celle alléguée par la recourante. Au contraire, il sied d'emblée de constater qu'une telle restriction irait manifestement à l'encontre du but de l'entraide. En effet, dans le cas d'une demande d'entraide émanant d'une autorité étrangère de surveillance des marchés financiers au sens de l'art. 38 al. 2 LBVM adressée à la FINMA, l'entraide doit lui permettre d'accomplir ses tâches en obtenant des informations et documents se trouvant sur le territoire suisse tout en respectant le principe de la territorialité en vertu duquel la collecte d'informations dans un État étranger n'est admise qu'avec son assentiment (cf. Hans-Peter Schaad, in : Basler Kommentar Börsengesetz Finanzmarktaufsichtsgesetz, 2ème éd. 2011, art. 38 n° 2 ; voir également Nina Arquint, Internationalisierung der Finanzmarktaufsicht, in : GesKR 2014 p. 131 ; Message du Conseil fédéral du 24 février 1993 concernant une loi fédérale sur les bourses et le commerce des valeurs mobilières [Loi sur les bourses, LBVM], FF 1993 I 1269, 1292). Les informations et documents susceptibles d'être transmis dans le cadre de l'entraide se présentent ainsi comme ceux qui se trouvent sur le territoire suisse (cf. Annette Althaus, Amtshilfe und Vor-Ort-Kontrolle, 2e éd. 2001, p. 26 s.).

E. 5.2

En l'espèce, il ne fait aucun doute que les informations requises par l'AMF se trouvent sur le territoire helvétique puisqu'elles sont détenues par une banque sise à F._____ ; aussi, l'autorité requérante ne peut les obtenir que par le biais de l'entraide. En outre, la recourante ne prétend pas, à juste titre, que les actes requis se révéleraient sans rapport avec d'éventuels manquements ou dérèglements du marché et manifestement impropres à faire progresser l'enquête (cf. supra consid. 3.1). Aussi, les conditions de l'entraide sont satisfaites sur ce point également. De plus, il est vrai que le document rédigé par la FINMA « L'Entraide administrative boursière internationale » d'août 2009 (<https://www.finma.ch/fr/mise-en-oeuvre/assistance-administrative/entraide-administrative/>, consulté la dernière fois le 16 septembre 2015) à laquelle se réfère la recourante indique, à sa page 13, qu'à l'origine d'une procédure d'entraide, il y a toujours la rencontre de deux éléments, soit d'une part une

enquête d'une autorité étrangère portant sur des transactions effectuées sur le marché dont elle assure la surveillance ainsi que, d'autre part, l'intervention d'un négociant en valeurs mobilières (par exemple une banque suisse) sur le marché étranger pendant la période sous enquête. Cependant, la recourante ne saurait rien tirer de ce document puisqu'il apparaît clairement que la FINMA n'y fait qu'exposer le déroulement d'une procédure type ; or, ainsi que cela a été indiqué précédemment (cf. supra consid. 4.2), la présente procédure se distingue d'une procédure type en ce qu'elle ne vise pas la transmission des informations relatives au titulaire ou à l'ayant droit économique du compte à partir duquel les transactions sous enquête ont été exécutées.

E. 5.3

En conséquence, l'AMF était légitimée à requérir les informations détenues par une banque sise en Suisse indépendamment de l'existence d'une intervention sur le marché suisse ou étranger durant la période sous enquête. Partant, le grief de la recourante doit être rejeté.

E. 6

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 précédemment (cf. supra consid. 3.1 ss et 4.1 ss), n'est pas inopportune (art. 49 PA). Dès lors, mal fondé, le recours doit être rejeté.

E. 7.1

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. 7.2

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

E. 8

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