

BVGer B-4675/2008 vom 29. August 2008

Bundesverwaltungsgericht, 2008-08-29, FR

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger_B-4675_2008

FR: TAF B-4675/2008 du 29 août 2008

IT: TAF B-4675/2008 del 29 agosto 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 le présent recours.

E. 1.3

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

E. 1.4

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 ainsi 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. 2.1

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

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. Le Tribunal fédéral a également jugé qu'elle présentait des garanties suffisantes pour assurer de manière effective le respect du principe de la spécialité (arrêt du TF 2A.603/2006 du 21 décembre 2006 ; ATF 129 II 484 consid. 2.2, ATF 127 II 142 consid. 4, ATF 126 II 86 consid. 3 ; arrêt du TAF B-2941/2008 du 14 juillet 2008 consid. 3.1 et les réf. cit.)

E. 4

Les recourantes se plaignent tout d'abord 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) dans la mesure où la CFB a refusé de leur donner accès aux documents du dossier qui se rapportent à une autre enquête en cours menée par l'AMF et dans lesquels apparaissent le nom de leur ayant droit économique. La Cour de céans a, en application de l'art. 27 PA, rejeté la conclusion préalable des recourantes tendant à obtenir l'accès à ces pièces par décision incidente motivée du 7 août 2008. Il a, par ailleurs, été constaté que les parties avaient suffisamment été renseignées à leur sujet et avaient eu l'opportunité de s'exprimer de sorte que les exigences de l'art. 28 PA avaient été respectées. Dans ces circonstances, le grief de la violation du droit d'être entendu s'avère mal fondé.

E. 5

Au niveau du droit matériel, les recourantes font valoir que la transmission des informations telle qu'ordonnée par l'autorité inférieure constituerait une violation du principe de la proportionnalité dès lors qu'il n'existe pas d'indice suffisant de possible distorsion du marché. À cet égard, elles relèvent que l'AMF n'a constaté qu'une hausse légère du cours de l'action A._____ et que dite augmentation ne constitue qu'une évolution parmi d'autres du cours du titre. De plus, elles précisent que le volume des transactions effectuées entre le 26 septembre et le 1er octobre 2007 est sensiblement le même que celui échangé entre les 15 et 19 septembre 2007. Elles indiquent en outre que le volume échangé entre les 27 et 28 septembre 2007 est largement inférieur à celui négocié à de nombreuses autres dates.

E. 5.1

Selon la jurisprudence, il convient de ne pas se montrer trop exigeant pour admettre l'existence d'un soupçon initial dès lors qu'au moment du dépôt de la demande d'entraide ou de la transmission des informations requises, il n'est pas encore possible de déterminer si celles-ci seront utiles à l'autorité requérante ou non. En général, il suffit que l'autorité requérante démontre de manière adéquate que les informations requises sont de nature à servir à l'avancement de son enquête (arrêt du TAF B-1589/2008 du 2 juin 2008 consid. 6.1, arrêt du TAF B-168/2008 du 26 mars 2008 consid. 5.1, arrêt du TAF B-2980/2007 du 26 juillet 2007 consid. 5.1 et les réf. cit.). Concrètement, l'autorité requérante doit exposer un état de fait laissant apparaître un soupçon initial, donner les bases légales de sa requête et décrire les informations et documents nécessités (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 ; Annette Althaus, Amtshilfe und Vor-Ort-Kontrolle, thèse, Berne 1997, p. 149). On ne saurait toutefois attendre d'elle que, à ce stade de la procédure, dit état de fait ne souffre d'aucune lacune ou d'éventuelles contradictions. En effet, une telle exigence s'avérerait en désaccord avec les buts de l'entraide administrative internationale dès lors que cette dernière vise précisément à clarifier, au moyen des informations aux

mains de l'autorité requise, les éléments obscurs au moment de la requête (arrêt du TAF B-1589/2008 du 2 juin 2008 consid. 6.1, ATF 128 II 407 consid. 5.2.1 et les réf. cit.). L'autorité requise doit, quant à elle, uniquement examiner s'il existe suffisamment d'indices de possibles distorsions du marché justifiant la demande d'entraide, notamment si les transactions concernées sont en relation temporelle avec un développement suspect du marché. L'importance de l'évolution du cours ou le volume des transactions ne sont en revanche pas relevants (arrêt du TAF B-1589/2008 du 2 juin 2008 consid. 6.1, arrêt du TAF B-168/2008 du 26 mars 2008 consid. 5.1 ; arrêt du TF 2A.55/2003 du 17 mars 2003 consid. 4.2.1, arrêt du TF 2A.494/2004 du 17 novembre 2004 consid. 4.2). Enfin, le seul fait que la demande de renseignements ne porte pas sur un gain très élevé ne constitue pas une violation du principe de la proportionnalité (arrêt du TF 2A.3/2004 consid. 5.2.4, ATF 125 II 65 consid. 6b). L'autorité requise n'a pas non plus à examiner la véracité des faits présentés dans la demande. En effet, dans la mesure où ceux-ci ne sont pas manifestement inexacts, incomplets ou contradictoires, elle est liée par les faits constatés dans la requête (ATF 128 II 407 consid. 5.2.1 et les réf. cit.).

E. 5.2

En l'espèce, l'AMF a exposé dans sa requête du 14 janvier que, en date du 8 octobre 2007, les sociétés A. _____ et B. _____ ont publié un communiqué annonçant leur rapprochement, à savoir l'avancement d'une OPA de B. _____ sur A. _____ au prix de EUR 42.- par action. Elle a également indiqué avoir observé entre le 3 et le 5 octobre 2007 une animation du marché du titre A. _____ représentant entre 3 et 5,5 % du capital ainsi qu'une augmentation de 8,5 % du cours du titre. De plus elle a précisé que, le jour de l'annonce, la valeur du titre s'est appréciée de 17 % à EUR 41.- et que 31 % du capital ont été échangés durant la journée. L'AMF a enfin découvert que les 27 et 28 septembre 2007, la banque C. _____ a acquis un nombre important de titres de la société en question, lesquels ont été revendus le 8 octobre 2007. Dès lors, afin de s'assurer que ces transactions n'ont pas été effectuées dans des conditions contraires aux dispositions légales et réglementaires applicables, notamment celles relatives à l'utilisation d'une information privilégiée, elle a requis de la CFB des informations relatives aux transactions réalisées par la banque C. _____ entre le 27 septembre et le 10 octobre 2007. L'AMF a en outre précisément indiqué les bases légales fondant sa requête.

E. 5.3

L'achat de titres par la banque C. _____ est intervenu peu de temps avant la publication du communiqué du 8 octobre 2007 contenant des informations susceptibles d'influer sur le cours du titre A. _____ ; leur vente a, quant à elle, eu lieu le jour même de dite publication. On ne saurait donc prétendre que les transactions en cause ne sont pas en relation temporelle avec l'évolution du cours du titre durant la période qui a précédé et suivi la publication du communiqué de presse du 8 octobre 2007. Par ailleurs, les informations données par l'AMF présentent un état de fait non lacunaire et satisfaisant aux exigences posées par la jurisprudence (cf. consid. 5.1) duquel il ressort que l'autorité requérante disposait d'éléments suffisants pour lui permettre de soupçonner un développement suspect du marché (cf. consid. 5.2). En effet, la variation du cours du titre en cause et l'augmentation inhabituelle de leur volume d'échange durant la période qui a précédé et suivi la publication du communiqué du 8 octobre 2007 sont suffisants pour accorder l'assistance administrative (arrêt du TAF B-160/2008 consid. 5.4 ; ATF 129 II 484 consid. 4.2 et les réf. cit.). Dans ces circonstances, il n'y a pas lieu de requérir de plus amples

informations de l'AMF quant à l'avancement de son enquête en cours comme le demandent les recourantes. Pour le reste, il faut admettre que les arguments développés quant à l'importance de l'évolution du cours ou du volume des échanges ne sont pas de nature à désamorcer le soupçon initial d'éventuel dysfonctionnement du marché ayant justifié la demande d'entraide.

E. 5.4

Sur le vu de ce qui précède, force est de constater que la requête déposée par l'autorité requérante laisse apparaître un soupçon initial concret de délit d'initié. Ce faisant, l'octroi de l'assistance administrative à l'AMF ne contrevient pas au principe de la proportionnalité.

E. 6

Les recourantes invoquent également qu'elles-mêmes, ainsi que leur ayant droit économique, revêtent la qualité de tiers non impliqué au sens l'art. 38 al. 4 LBVM et que, dès lors, une transmission des informations les concernant à l'AMF violerait le principe de la proportionnalité. À cet égard, elles allèguent que les transactions litigieuses ont été ordonnées sur la base d'un mandat de gestion discrétionnaire et qu'il n'existe aucun autre élément empêchant la CFB de donner à l'AMF une assurance inconditionnelle de leur non-implication dans les transactions litigieuses. À cet égard, elles indiquent que, quand bien même leur ayant droit économique soit un professionnel de la finance, il n'en demeure pas moins qu'il a confié un mandat de gestion discrétionnaire à E._____. Or, l'octroi d'un tel mandat entraînant des frais de gestion importants ne saurait se justifier si finalement il effectuait lui-même les opérations. Elles ajoutent que l'importance de l'investissement pour leur portefeuille s'explique par le fait que les comptes en cause étaient destinés à être gérés de manière agressive. Enfin, elles relèvent que l'autre enquête en cours en France impliquant leur ayant droit économique ne les concerne pas et qu'elles n'en ont pas connaissance ; elles estiment dès lors qu'il conviendrait à tout le moins d'attendre les résultats de dite enquête avant de déterminer si l'implication de leur ayant droit économique constitue un indice suffisant de possibles distorsions du marché.

E. 6.1

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 TAF B-2537/2008 du 10 juillet 2008 consid. 7.2 ; 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, arrêt du TAF B-2941/2008 du 14 juillet 2008 consid. 6.2, arrêt du TAF B-2921/2008 du 17 juillet 2008 consid. 6.2 ; 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. 6.2

En l'espèce, les transactions litigieuses ont été ordonnées par D. _____ de E. _____ en vertu d'un mandat écrit de gestion discrétionnaire confié par les recourantes. Il convient cependant d'examiner si aucune autre circonstance n'indique que celles-ci ou leur ayant droit économique, Z. _____, pourraient avoir été mêlés d'une manière ou d'une autre aux transactions litigieuses. Z. _____ exerçait, au moment de l'établissement de ces relations bancaires, l'activité professionnelle de gestionnaire de fortune auprès de la banque G. _____ et de gérant du fonds G. _____. Dans ces circonstances, il paraît peu vraisemblable, comme l'a relevé l'autorité inférieure, qu'une personne active dans le domaine de la finance ne soit pas informée lorsque le gérant de fortune mandaté procède à des transactions et engage des sommes considérables pour le compte de sociétés dont elle est l'ayant droit économique. De plus, il est pour le moins surprenant que les transactions en cause aient été effectuées au moyen de deux relations bancaires détenues par des sociétés ayant le même ayant droit économique, soit Z. _____. Enfin, point n'est besoin d'attendre l'issue de la procédure en cours en France impliquant l'ayant droit économique des recourantes. En effet, le fait que celui-ci soit impliqué dans une enquête de l'AMF relative à des délits d'initiés sur le marché du titre A. _____ constitue un indice additionnel ne permettant pas d'exclure qu'il ait participé aux décisions d'investissements en cause.

E. 6.3

Sur le vu de ce qui précède, force est de constater qu'il n'est pas manifeste que Z. _____ n'a pris aucune part aux transactions ayant éveillé les soupçons de l'autorité requérante et que, dès lors, la transmission d'informations le concernant ainsi que les sociétés dont il est l'ayant droit économique ne contrevient pas au principe de la proportionnalité.

E. 7

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 doit être rejeté.

E. 8

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 recourantes ont succombé dans l'ensemble de leurs conclusions. En conséquence, les frais de procédure, lesquels s'élèvent à Fr. 6'000.-, doivent être intégralement mis à leur charge, soit Fr. 3'000.- chacune. Ils seront prélevés sur les deux avances de frais de chacune Fr. 3'000.- versées par les recourantes. Vu l'issue de la procédure, les recourantes n'ont pas droit à des dépens (art. 64 PA).

E. 9

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.