

# **BVGer B-4843/2015 vom 26. November 2015**

Bundesverwaltungsgericht, 2015-11-26, FR

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger\\_B-4843\\_2015](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger_B-4843_2015)

FR: TAF B-4843/2015 du 26 novembre 2015

IT: TAF B-4843/2015 del 26 novembre 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 du 24 mars 1995 sur les bourses et le commerce des valeurs mobilières (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 au délai de recours, à la forme et au contenu du mémoire de recours ainsi qu'au paiement de l'avance de frais (art. 38 al. 5 LBVM, art. 52 al. 1 et art. 63 al. 4 PA) sont en outre respectées. Le recours est ainsi recevable.

### **E. 2**

L'assistance administrative internationale en matière de surveillance des bourses et du commerce des valeurs mobilières est régie par l'art. 38 LBVM. 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 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 ;

principe de confidentialité). Le Tribunal fédéral tout comme le Tribunal de céans ont déjà eu l'occasion de constater que la SEC était une autorité de surveillance des marchés financiers au sens de l'art. 38 al. 2 LBVM à laquelle l'entraide administrative pouvait être accordée dans la mesure où elle satisfait aux conditions précitées (cf. arrêt du TAF B-2500/2015 du 7 juillet 2015 consid. 2.2 et les réf. cit.). La requérante ne le conteste d'ailleurs pas. Dans sa requête, la SEC ne s'est certes pas expressément engagée à respecter les principes précités ; elle se réfère cependant à l'accord multilatéral portant sur la consultation, la coopération et l'échange d'informations de l'Organisation internationale des commissions de valeurs (OICV ; cf. [www.iosco.org](http://www.iosco.org)) dont elle est signataire à part entière et qui impose aux parties le respect des principes de spécialité et de confidentialité aux art. 10 et 11 (cf. ATAF 2011/14 consid. 4). Qui plus est, dans le dispositif de la décision entreprise, la FINMA rappelle expressément à la SEC que les informations et documents transmis doivent être traités de manière confidentielle conformément à l'accord précité et utilisés exclusivement pour la mise en oeuvre de la réglementation sur les bourses, le commerce des valeurs mobilières ainsi que les négociants en valeurs mobilières et ne peuvent être retransmis à d'autres autorités, tribunaux ou organes qu'à cet effet. Elle attire en outre formellement son attention sur le fait que toute utilisation ou retransmission desdites informations à des fins étrangères à la mise en oeuvre de la réglementation sur les bourses, le commerce de valeurs mobilières et les négociants en valeurs mobilières nécessite l'autorisation de la FINMA. En l'absence d'éléments indiquant que l'autorité requérante ne respectera pas ses engagements, il peut être retenu que celle-ci remplit les conditions susmentionnées (cf. arrêt du TAF B 1800/2015 du 10 juin 2015 consid. 2.4). Il serait toutefois souhaitable, pour des motifs de clarté et de sécurité, que la FINMA veille à l'avenir à ce que les autorités requérantes, en particulier celles avec lesquelles elle a rarement coopéré, s'engagent de manière plus explicite à respecter les conditions de l'assistance.

### **E. 3**

La requérante allègue une constatation inexacte et incomplète des faits ainsi qu'une violation du principe de la proportionnalité en contestant l'existence d'une manipulation de marché dans laquelle elle ne peut donc être impliquée ; elle accuse la SEC de procéder à une fishing expedition en déposant plusieurs requêtes successives et reproche à la FINMA de s'en être remise à l'appréciation de celle-ci. D'après elle, l'identité de l'ayant droit économique et de son bénéficiaire ainsi que les informations relatives aux titres F. \_\_\_\_\_ ne présentent aucun lien avec l'affaire et leur transmission s'avère par conséquent incompatible avec le principe de la proportionnalité.

#### **E. 3.1.1**

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 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 2980/2007 du 26 juillet 2007 consid. 5.1). En principe, l'autorité requérante n'est pas tenue de présenter des preuves concrètes étayant ses

soupçons, cela d'autant moins lorsque les circonstances en question sont publiques - comme des cours d'actions cotées et autres informations disponibles sur Internet - et que rien n'indique que les faits exposés par l'autorité soient factices (cf. ATAF 2011/14 consid. 5.4.2). 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'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 du TAF B 1800/2015 du 10 juin 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. ; ATF 139 II 451 consid. 2.2.3 concernant l'assistance administrative en matière fiscale). S'agissant de possibles manipulations de cours, l'exigence d'un soupçon initial doit être considérée comme satisfaite lorsque les transactions concernées se trouvent en relation temporelle avec un développement suspect du marché (cf. arrêt du TF 2A.494/2004 du 17 novembre 2004 consid. 4.2 ; arrêt du TAF B-658/2009 du 23 avril 2009 consid. 5.1 et les réf. cit.)

### **E. 3.1.2**

En l'espèce, l'augmentation du cours ainsi que du volume de négoce de l'action de la société B. \_\_\_\_\_ entre le mois de décembre 2010 et le 12 mai 2011 s'avère indéniable (cf. [http://www.otcmarkets.com/stock/\[...\]/chart](http://www.otcmarkets.com/stock/[...]/chart)) et d'ailleurs non contestée par la recourante. Attendu que celle-ci a reçu et ensuite vendu les actions pendant cette période d'augmentation notable du cours faisant suite à une campagne publicitaire, ses transactions se trouvent en relation temporelle avec un développement suspect ou du moins inhabituel de sorte qu'il peut être conclu à l'existence d'un soupçon initial. La recourante ne remet pas non plus en cause l'existence d'une telle campagne mais estime qu'elle n'était ni fallacieuse ni trompeuse. Cette question n'a toutefois pas à être tranchée par l'autorité requise qui n'a pas à effectuer des recherches complémentaires ; pour sa part, la SEC n'a pas à présenter des preuves supplémentaires à l'appui de son exposé aussi longtemps que celui-ci ne semble pas dénué de tout fondement. Au demeurant, B. \_\_\_\_\_ avait elle-même reconnu l'existence d'une telle campagne en s'en distançant (cf. [http://www.sec.gov/Archives/edgar/data/\[...\].htm](http://www.sec.gov/Archives/edgar/data/[...].htm)). Il ressort en outre de plusieurs sites Internet que le titre avait fait l'objet de recommandations et pronostics très prometteurs mais apparemment payés par un tiers (cf. [http://www.\[...\]](http://www.[...]), [http://\[...\]](http://[...]) et [http://\[...\]](http://[...])). La recourante n'explique pas pourquoi elle qualifie B. \_\_\_\_\_ d'entreprise pionnière dans son secteur d'activité et ne fait pas valoir d'évènements ou de nouvelles propres aux affaires de la société ayant pu déclencher une telle évolution du cours ; il ressort en outre des comptes semestriels de celle-ci au 31 juillet 2011 qu'elle avait réalisé dans les six mois précédents des ventes à hauteur de USD 71'697 et une perte nette de USD 665'211 (cf.

[http://www.sec.gov/Archives/edgar/data/\[...\].htm](http://www.sec.gov/Archives/edgar/data/[...].htm)). Il ne peut ainsi être exclu que l'importante évolution du cours ait été influencée par ces annonces et ne soit pas uniquement due à l'essor de l'investissement dans le domaine du café, comme le prétend la recourante. Les autres arguments avancés par la recourante ne permettent pas de remettre en cause ce constat. Il n'est en effet nullement nécessaire que la société touchée par des activités de pump and dump disparaisse à la fin de l'opération ; les éléments caractéristiques d'une telle manipulation consistent en une augmentation du cours des actions cotées à la suite d'une campagne publicitaire ou de pronostics favorables, suivie généralement d'une chute du prix lorsque les investisseurs réalisent que le niveau atteint ne reflète en rien la valeur réelle ou raisonnable de l'entreprise concernée. Contrairement à ce qu'elle prétend, la recourante n'a pas réalisé un revenu faible ; elle a en effet vendu des titres pour une somme de plusieurs millions de USD ; l'importance des gains réalisés n'est en outre pas déterminante dans ce cadre (cf. arrêt du TF 2A.50/2005 du 16 mars 2005 consid. 2.3) ni le fait qu'elle aurait pu vendre les actions à un prix plus élevé. Enfin, elle ne peut être suivie lorsqu'elle accuse la SEC de procéder à une fishing expedition du fait que celle-ci a déposé trois requêtes sans expliquer les raisons du retrait de la deuxième et sans avoir demandé le nom de l'ayant droit économique déjà dans la première. Il n'est en effet pas contraire au principe de la proportionnalité que l'autorité requérante élargisse l'étendue de la demande d'entraide dans le courant de son enquête si elle constate - notamment au terme d'une première requête - que celle-ci nécessite des renseignements supplémentaires. On ne peut notamment attendre de l'autorité requérante qu'elle connaisse dès le départ l'identité de toute personne potentiellement impliquée dans les opérations faisant l'objet de l'enquête (cf. arrêt du TAF B-7241/2013 du 6 août 2014 consid. 4.2). Compte tenu de la similarité et de la cohérence des informations demandées dans les trois requêtes, il ne peut être conclu que l'autorité requérante procédait par des demandes successives à une recherche indéterminée de moyens de preuve. La FINMA pouvait considérer les raisons du retrait de la deuxième requête comme non pertinentes et renoncer à interroger la SEC comme le sollicitait la recourante ; en outre, on ne voit pas en quoi la FINMA aurait violé les principes de proportionnalité et de diligence en agissant de la sorte. Elle aurait pu toutefois informer plus tôt la recourante du retrait de la deuxième requête et du dépôt de la troisième.

### **E. 3.1.3**

En conclusion, 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 et que, partant, le grief de la recourante quant à la constatation incomplète et inexacte des faits doit être rejeté. Par ailleurs, la SEC a, de manière suffisante, donné les motifs de sa requête et mentionné les informations et documents nécessités.

### **E. 3.2**

La recourante fait valoir une violation du principe de la proportionnalité également en relation avec la transmission des noms de l'ayant droit économique et de son bénéficiaire ainsi que des relevés dévoilant la possession d'actions selon elle non liées à l'affaire. La FINMA explique pour sa part que ces informations doivent permettre à l'autorité requérante d'identifier les personnes qui se trouvent à l'origine des manipulations ou qui en profitent ainsi que de découvrir les flux financiers et la stratégie d'investissement de la recourante.

#### **E. 3.2.1**

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. 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 du TF 2A.701/2005 du 9 août 2006 consid. 4.2 ; ATAF 2008/66 consid. 7.2). Il appartient en outre au client concerné de réfuter de manière concrète et plausible les indices de son implication, d'une façon ou d'une autre, aux transactions en cause (cf. ATAF 2007/28 consid. 6.4 et les réf. cit., arrêts du TAF B-168/2008 du 26 mars 2008 consid. 6.1 et B 1589/2008 du 2 juin 2008 consid. 7.1). En l'espèce, la recourante ne se prévaut pas elle-même de la qualité de tiers non impliqué. Étant titulaire du compte au travers duquel les transactions ont été effectuées et ne présentant pas de raisons de croire que les transactions ont été effectuées à son insu, elle ne peut effectivement être considérée comme telle. Elle revendique toutefois cette qualité pour son ayant droit économique et le bénéficiaire de celui-ci en expliquant que la SEC n'avait pas cherché à obtenir leurs noms dans la première requête. Or, comme il a été expliqué plus haut (cf. supra consid. 3.1.2 in fine), l'autorité requérante peut être amenée au cours de son enquête à élargir son champ d'investigation ou à rechercher des données supplémentaires ; la recourante ne peut en déduire que les précités sont des tiers non impliqués. En l'absence d'éléments contraires, il ne peut être exclu que les personnes citées dans les formulaires A et T - soit The A.\_\_\_\_\_ Trust en tant qu'ayant droit économique du compte de la recourante ainsi que les personnes liées à ce trust, à savoir D.\_\_\_\_\_ en tant que bénéficiaire, son settlor H.\_\_\_\_\_ et la société E.\_\_\_\_\_ revêtant la qualité de protector - soient directement ou indirectement, mêlées aux transactions en question. Il est notamment envisageable que The A.\_\_\_\_\_ Trust, fondé le 22 janvier 2010, ait été mis sur pied dans le but de faciliter des activités de type pump and dump.

### **E. 3.2.2**

Comme il a été exposé plus haut (cf. supra consid. 3.1.1), l'entraide administrative ne peut être accordée que dans la mesure nécessaire à la découverte de la vérité recherchée par l'autorité requérante. La question de savoir si les renseignements demandés se révèlent indispensables 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). Elle doit cependant exclure de la transmission les pièces qui ne sont manifestement pas aptes à servir l'enquête menée par l'autorité requérante. En l'occurrence, les relevés de compte faisant état des versements effectués par la recourante ou en sa faveur ne sont pas impropres à faire avancer l'enquête ; au contraire, il apparaît opportun que la SEC connaisse les acteurs en jeu ainsi que la destination des fonds afin de pouvoir définir les tenants et les aboutissants des transactions pour lesquelles elle a requis l'entraide, notamment l'identité de toutes les personnes ayant éventuellement bénéficié ou été à l'origine de la réalisation soupçonnée d'une manipulation de marché (cf. arrêt du TAF B-2500/2015 du 7 juillet 2015 consid. 3.2, arrêt du TAF B-6868/2013 du 3 mars 2014 consid. 7.2). Il est vrai, comme le relève la recourante, que les actions de la société F.\_\_\_\_\_ détenues en portefeuille ont été vendues pendant la même période que les titres de B.\_\_\_\_\_ et non pas acquises à ce moment comme le déclare la FINMA ; toutefois,

attendu qu'il s'agit d'une société cotée elle aussi sur le marché OTC et compte tenu de la simultanéité de ces événements, cette information s'avère susceptible de renseigner la SEC sur le comportement spéculatif de la recourante ainsi que d'éventuels agissements similaires à ceux ayant touché B. \_\_\_\_\_ et de lui permettre, par recoupements, d'identifier des personnes avec lesquelles elle aurait pu collaborer dans ces opérations (cf. arrêt du TAF B-7241/2013 du 6 août 2014 consid. 5.3.1).

### **E. 3.2.3**

Compte tenu de ce qui précède, il appert que les personnes dont l'identité doit être dévoilée ne peuvent se prévaloir de la qualité de tiers non impliqué et que l'étendue des informations que la FINMA entend transmettre à la SEC est conforme au principe de la proportionnalité. Le recours est infondé sur ce point également.

### **E. 4**

Enfin, la recourante déclare que la transmission des relevés concernant ses versements et les titres qu'elle détient violerait son intérêt privé à ce que les informations en relation avec ses affaires personnelles ou ses stratégies commerciales ainsi que ses investissements ne soient pas transmises à la SEC. La FINMA rétorque que le secret bancaire ne s'oppose pas à l'assistance administrative si les conditions de l'art. 38 LBVM sont remplies. En effet, lorsque l'octroi de l'entraide s'effectue en conformité avec cette disposition, les personnes concernées ne peuvent se prévaloir de la protection des données ou du secret bancaire (cf. ATF 126 II 126 consid. 5 b/bb, ATF 125 II 83 consid. 5) ; en outre et de manière plus large, la restriction du droit au respect de la vie privée est licite sous ces conditions (cf. arrêt du TF 2A.234/2000 du 25 avril 2001 consid. 2b/bb). Partant, ce grief doit également être rejeté.

### **E. 5**

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 n'est pas inopportune (art. 49 PA). Dès lors, mal fondé, le recours doit être rejeté.

### **E. 6**

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

### **E. 7**

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