

BVGer B-4850/2010 vom 2. September 2011

Bundesverwaltungsgericht, 2011-09-02, FR

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger_B-4850_2010

FR: TAF B-4850/2010 du 2 septembre 2011

IT: TAF B-4850/2010 del 2 settembre 2011

Regeste

Entraide administrative et judiciaire

Erwägungen

E. 2

La LBVM et la loi sur la surveillance des marchés financiers du 22 juin 2007 (LFINMA, RS 956.1) entrée en vigueur le 1er janvier 2009 contiennent chacune leur propre réglementation relative à l'entraide à l'encontre des autorités étrangères de surveillance (art. 38 LBVM et art. 42 LFINMA). Les dispositions de la LFINMA sont toutefois subsidiaires à celles des autres lois - spéciales - sur les marchés financiers (art. 2 LFINMA ; cf. message du Conseil fédéral du 1er février 2006 concernant la loi fédérale sur l'Autorité de surveillance des marchés financiers, FF 2006 2741, 2760). En conséquence, l'art. 38 LBVM se présente comme une *lex specialis* et trouve application pour le cas d'espèce (cf. arrêt du Tribunal administratif fédéral B-7107/2009 du 15 février 2010 consid. 2).

E. 3

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). Aux termes de l'art. 38 al. 4 LBVM, la FINMA respecte le principe de la proportionnalité. 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 se révèlent 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 si bien que, sur ce point, il ne saurait substituer sa propre appréciation à celle de l'autorité étrangère chargée de l'enquête. Il doit uniquement examiner s'il existe suffisamment d'indices de possibles distorsions du marché justifiant la demande d'entraide (soupçons initiaux). 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 Tribunal fédéral

2A.649/2006 du 18 janvier 2007 consid. 3.2).

E. 4

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 à telle enseigne 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 Tribunal fédéral 2A.603/2006 du 21 décembre 2006 consid. 3 ; ATF 129 II 484 consid. 2.2, ATF 127 II 142 consid. 4, ATF 126 II 86 consid. 3 ; arrêt du Tribunal administratif fédéral B-1023/2009 du 5 mai 2009 consid. 5 et les réf. cit.).

E. 5

La recourante allègue en premier lieu que la décision de la FINMA viole le principe de la proportionnalité dès lors que la requête déposée par l'AMF ne laisse pas apparaître de soupçon initial concret de délit d'initié et se présente ainsi comme le prétexte à une recherche indéterminée de moyens de preuve. Elle s'emploie à démontrer que les opérations dans la gestion de son portefeuille s'avèrent courantes et ne ressortent pas de l'ordinaire ni par leur volume ni par le genre d'investissements. Elle reproche sur ce point à l'autorité inférieure de n'avoir pas tenu compte de la forte hausse du titre si bien que le pourcentage retenu par la décision querellée, soit 6.32% de son portefeuille au 1er septembre 2009, donne une impression tronquée de la réalité ; or, c'est, selon elle, la valeur de l'investissement qui devrait être prise en compte et, au moment de l'achat, la proportion représentait 2 à 3%. Elle soutient par ailleurs que, si elle avait bénéficié d'une information privilégiée, elle aurait acquis un nombre plus important de titres A._____ qu'elle se serait empressée de revendre après leur significative augmentation. La recourante estime en outre que les achats de titres A._____ n'ont pas été effectués dans une période pouvant être qualifiée de sensible ; de nombreuses informations publiques auraient été données sur lesdits titres peu avant leur acquisition.

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 Tribunal administratif fédéral B-1023/2009 du 5 mai 2009 consid. 7.1 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 Tribunal administratif fédéral B-2980/2007 du 26 juillet 2007 consid. 5.1 ; cf. Annette Althaus, Amtshilfe und Vor-Ort-Kontrolle, 2e éd., Berne 2001, p. 146). L'importance de l'évolution du cours ou le volume des transactions ne constituent en revanche pas des éléments pertinents (arrêts du Tribunal fédéral 2A.55/2003 du 17 mars 2003 consid. 4.2.1 et 2A.494/2004 du 17 novembre 2004 consid. 4.2 ; arrêt du Tribunal administratif fédéral B-658/2009 du 23 avril

2009 consid. 5.1). La jurisprudence estime que l'exigence d'un soupçon initial doit être considérée comme satisfaite lorsque les transactions concernées sont en relation temporelle avec un développement suspect du marché (arrêt du Tribunal administratif fédéral B-658/2009 du 23 avril 2009 consid. 5.1 et les réf. cit. ; arrêt du Tribunal fédéral 2A.494/2004 du 17 novembre 2004 consid. 4.2).

E. 5.2

En l'espèce, il ressort clairement de la demande d'entraide déposée par l'AMF qu'elle soupçonne que les interventions effectuées par E. _____ SA entre le 1er août 2009 et le 1er septembre 2009 puissent être constitutives d'un délit d'initié. À cet égard, elle a démontré que le cours du titre en cause s'est apprécié de 38.8% à la reprise de cotation le 26 août 2009. L'AMF a en outre précisé les bases légales fondant sa requête. À cet effet, elle précise être habilitée à prononcer des sanctions à l'encontre des personnes physiques et morales ayant enfreint les dispositions législatives et réglementaires relatives à la régulation des marchés financiers ; cela comprend la commission d'un délit d'initié (cf. art. L621-15 du Code monétaire et financier).

E. 5.3

Les diverses opérations d'acquisition des 26'000 titres A. _____ par la recourante, à un cours croissant de 2,30 euros à 3,237 euros, sont intervenues entre le 6 août 2009 et le 1er septembre 2009, soit peu de temps avant et après la publication par B. _____ du communiqué du 26 août 2009 annonçant officiellement l'apport de sa garantie à A. _____ (...). Cette annonce s'avère de toute évidence susceptible d'induire une modification de la valeur du titre, de surcroît les transactions en cause se trouvent en relation étroite avec l'annonce y afférente. Aussi, l'on ne saurait admettre, comme le prétend la recourante, que la période au cours de laquelle dit achat est intervenu ne s'avérait pas sensible. L'autorité requérante disposait dès lors d'éléments suffisants lui permettant de soupçonner un éventuel dysfonctionnement du marché ; dans ce contexte, elle pouvait légitimement demander à la FINMA des informations sur les acquisitions de titres ayant eu lieu durant la période en cause. La recourante allègue en outre que de nombreuses informations publiques ont été données sur les titres A. _____ peu avant le communiqué du 26 août 2009 ; elle s'est également fondée sur des analyses du marché. Ces arguments ne sont toutefois pas de nature à désamorcer le soupçon initial de possibles distorsions du marché. D'ailleurs, la FINMA n'avait pas à vérifier les raisons invoquées par la recourante pour expliquer ces opérations boursières (arrêt du Tribunal fédéral 2A.324/2004 du 24 juin 2004 consid. 2.1 ; arrêt du Tribunal administratif fédéral B-6040/2008 du 8 décembre 2008 consid. 4.2). Il appartient en effet à l'autorité requérante uniquement d'examiner, sur la base de ses propres investigations et des informations transmises par la FINMA, si ses craintes initiales de possibles distorsions du marché sont ou non fondées (ATF 127 II 142 consid. 5c). Les allégations de la recourante quant aux motifs et au volume de ces transactions ne se révèlent ainsi pas déterminantes dans ce contexte ; il en va de même des montants investis et des éventuels gains ou pertes consécutifs aux transactions. Dans ces circonstances, il faut admettre que les transactions effectuées par E. _____ SA pour le compte de la recourante sont en relation temporelle avec les événements ayant conduit à l'évolution du titre intervenue après la communication officielle de B. _____ du 26 août 2009. En conséquence, il convient de constater que l'état de fait présenté par l'autorité inférieure laisse apparaître un soupçon initial autorisant la transmission des informations sollicitées. Enfin, les renseignements requis par l'AMF apparaissent en rapport avec un éventuel

dysfonctionnement du marché et ne peuvent être qualifiés d'impropres à faire progresser l'enquête diligentée par l'AMF. Ces informations ne sortent en effet pas du cadre tel qu'il a été délimité par l'exposé des faits de la demande d'entraide administrative internationale. Le grief de la recourante selon lequel la requête de l'autorité française s'apparenterait à une "fishing expedition" s'avère donc infondé.

E. 5.4

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

E. 6

La recourante se prévaut également de ce que les signataires de dite société se présenteraient comme des tiers non impliqués puisqu'ils n'auraient jamais pris part aux transactions. Elle explique que H._____, (...), et I._____, (...), n'ont jamais géré les avoirs de la recourante, ce qui était laissé à l'ayant droit économique et au gestionnaire du compte au sein de la banque ; ils n'auraient jamais signé ou donné d'ordre oral à la banque en rapport avec les transactions litigieuses et n'auraient jamais pris d'initiative ou de décision relative à la gestion des avoirs de la recourante. Elle renvoie aux documents fournis par E._____ SA desquels elle conclut que les ordres auraient été donnés par G._____, clairement identifié comme client et donneur d'ordre. L'autorité inférieure rappelle que H._____ et I._____ sont, en qualité d'organes compétents et en tant que signataires pour X._____, impliqués dans les transactions sur le titre A._____ ; quant à G._____, il n'est au bénéfice d'aucun pouvoir lui permettant d'être actif sur le compte et donc de passer des ordres de transaction. Elle ajoute que l'identité du donneur d'ordre se présente de manière incertaine en l'espèce ; en effet, il ressort des documents produits par E._____ SA, d'une part, que G._____ serait identifié comme le client et qu'il aurait donné les ordres de transaction (alors qu'il n'est en réalité pas le client, mais l'ayant droit économique) et, d'autre part, que le donneur d'ordre serait l'une des personnes investies du pouvoir de signer individuellement pour X._____. Elle précise toutefois que la question du donneur d'ordre peut rester indécise puisque la FINMA doit dans tous les cas communiquer à l'autorité étrangère aussi bien le nom de la cliente - et celui des personnes autorisées à signer pour elle - que le nom de l'ayant droit économique, ces informations étant utiles à l'autorité requérante.

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 Tribunal administratif fédéral B-1023/2009 du 5 mai 2009 consid. 6.1 et les réf. cit. ; arrêt du Tribunal fédéral 2A.51/1999 du 24 novembre 1999 publié in : Bulletin CFB 40/2000, p.116, 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 Tribunal administratif fédéral B 1023/2009 du 5 mai 2009 consid. 6.1 et les réf. cit. ; ATF 127 II 323 consid. 6b/aa, arrêt du Tribunal fédéral 2A.12/2007 du 17 avril 2007 consid. 4.2 et les réf. cit.).

E. 6.2

À juste titre, la recourante n'invoque en l'espèce pas qu'elle revêtirait elle-même la qualité de tiers non impliqué. En effet, elle s'avère clairement identifiée comme titulaire du compte pour lequel les transactions en cause ont été effectuées. Par ailleurs, elle admet expressément ne pas avoir délégué la gestion de son portefeuille à la banque ; il ne ressort pas non plus des pièces versées au dossier qu'un mandat de gestion discrétionnaire aurait été délivré en faveur d'une autre personne. La recourante argue en revanche de la qualité de tiers non impliqués de H. _____ et de I. _____ pour s'opposer à la transmission de leurs noms. Or, il appert que les prénommés se présentent comme l'organe compétent de la recourante cliente de E. _____ SA, disposant chacun d'un pouvoir de signature individuelle. De ce fait, il faut en infirmer que leurs noms représentent formellement des informations relatives à la recourante, non des données portant sur eux en tant qu'individus ; pour cette raison déjà, la qualité de tiers doit leur être niée avant même que la question d'une éventuelle implication ne se pose. Il en découle que les deux signataires, en raison précisément de leur qualité d'organe compétent de la recourante, ne constituent pas des tiers auxquels la protection prévue par l'art. 38 al. 4 LBVM devrait être accordée.

E. 6.3

Dès lors que la recourante est titulaire du compte et ne détient elle-même pas la qualité de tiers non impliqué, toutes les données la concernant respectant les principes applicables à la transmission d'informations dans le cadre d'une demande d'entraide administrative internationale, en particulier celui de la proportionnalité (cf. supra consid. 3), peuvent se voir communiquées. Dans ces circonstances, force est de constater que, dans le cas d'un soupçon de délit d'initié, l'identité des organes compétents du titulaire du compte, jouissant d'un pouvoir de représentation, en font partie ; il paraît en effet opportun que l'AMF 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.

E. 6.4

Au regard des considérations qui précèdent, force est de constater que la transmission de l'identité de H. _____ et de I. _____ en tant que données concernant la recourante ne contrevient pas au principe de la proportionnalité et ne s'avère nullement inopportune.

E. 7

La recourante conclut, à titre subsidiaire, à la suspension de la procédure jusqu'à communication, par l'AMF, de plus amples informations sur les soupçons de délit d'initié. S'il est vrai que, 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 ainsi que les documents nécessités, l'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 en mains de l'autorité requise - les éléments obscurs

au moment de la requête (ATF 128 II 407 consid. 5.2.1 et les réf. cit.). Dans ces conditions et dans la mesure où les informations transmises par l'AMF laissent suffisamment apparaître l'existence d'un soupçon initial, il n'y a pas lieu d'obtenir de celle-ci des informations complémentaires. En conséquence, la conclusion de la recourante visant à la suspension de la procédure doit donc également être rejetée.

E. 8

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. 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, la recourante a succombé dans l'ensemble de ses conclusions. En conséquence, les frais de procédure, lesquels s'élèvent à Fr. 3'000.-, doivent être intégralement mis à sa charge. Ils sont compensés par l'avance de frais de Fr. 3'000.- déjà versée par la recourante. Vu l'issue de la procédure, la recourante n'a 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.